

# TESIS DOCTORAL

***“DE LA DESLEALTAD  
PROFESIONAL DE LOS  
ABOGADOS Y PROCURADORES:  
ANÁLISIS DE LAS FIGURAS  
DELICTIVAS TIPIFICADAS EN  
EL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO  
PENAL DE 1.995”***

**DOCTORANDO:** ISABEL MARÍA DOMINGO DE LA BLANCA.

**DIRECTOR:** MIGUEL DOMINGO OLMEDO CARDENETE.

**DEPARTAMENTO:** DERECHO PENAL.

**PROGRAMA DE DOCTORADO:** “ANÁLISIS DOGMÁTICO Y  
POLÍTICO-CRIMINAL DEL NUEVO CÓDIGO PENAL”.



**“DE LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y  
PROCURADORES: ANÁLISIS DE LAS FIGURAS DELICTIVAS TIPIFICADAS  
EN EL ART. 467 DEL C.P. DE 1.995”**

**CAPÍTULO I**

***INTRODUCCIÓN***

**I. OBJETO DE ESTUDIO**

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA: IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD DEL MISMO.

**II. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA.**

1. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN.
2. JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA.

**PRIMERA PARTE**

**CAPÍTULO SEGUNDO**

**EVOLUCIÓN HISTÓRICO - LEGISLATIVA DE LAS DESLEALTADES  
PROFESIONALES TIPIFICADAS EN EL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO  
PENAL DE 1.995.**

**I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

**II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS REMOTOS**

1. ANTECEDENTES REMOTOS.
2. ETAPA CODIFICADORA.

**III. PRECEDENTES LEGISLATIVOS INMEDIATOS**

1. CÓDIGO PENAL TEXTO REFUNDIDO DE 1.973
2. TRATAMIENTO DE LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DEL ACTUAL ART. 467 EN EL DERECHO PENAL PROYECTADO ESPAÑOL.

**IV. CONCLUSIONES**

**SEGUNDA PARTE**

**DIMENSIÓN VALORATIVA DEL TIPO: EL BIEN  
JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO.**

## CAPITULO TERCERO

### **LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO MARCO LEGISLATIVO EN EL QUE SE UBICAN LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES: ANÁLISIS DEL TÍTULO XX DEL CP.**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

#### **II. EL TÍTULO XX DEL CÓDIGO PENAL DE 1.995: “LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”.**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.
2. EL DEVENIR HISTORICO DEL TÍTULO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
3. ÁMBITO DE PROTECCIÓN PENAL EN EL TÍTULO XX: EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

3.1 *Consideraciones generales.*

3.2 *Concepto de Administración de Justicia.*

3.2.1 La Justicia.

3.2.2 El Poder Judicial.

3.2.3 Potestad Jurisdiccional y Poder Judicial.

3.2.4 Administración de Justicia y Poder Judicial.

3.2.5 Conclusiones.

4. LA HIPÓTESIS DEL BIEN JURÍDICO COMÚN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LA PLURIOFENSIVIDAD DE LOS DELITOS DEL TÍTULO XX.

4.1 *Posturas doctrinales.*

4.2 *El bien jurídico protegido en el título xx y la Jurisprudencia: pluriofensividad de los tipos.*

4.3 *Conclusiones.*

5. LA INDEPENDENCIA DEL TÍTULO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.
6. A LA BÚSQUEDA DE UNA SISTEMÁTICA ADECUADA PARA LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

6.1 *Consideraciones generales. Sistemática anterior a la vigente regulación.*

6.2 *La sistemática adoptada por el Código Penal de 23 de Noviembre de 1.995.*

6.3 *Posturas doctrinales. Diversas propuestas de sistematización.*

6.4 *Conclusiones.*

#### **III. ESPECIAL REFERENCIA AL CAPÍTULO VII: “DE LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA Y LA DESLEALTAD PROFESIONAL.”**

## CAPÍTULO CUARTO

### **LA PROBLEMÁTICA DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS DESLEALTADES DEL ART. 467 DEL CÓDIGO PENAL.**

#### **I. INTRODUCCIÓN.**

**II. EL CARÁCTER UNIOFENSIVO O PLURIOFENSIVO DE LOS DELITOS DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ART. 467.**

1. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA Y LA PROCURADURÍA.
2. EL INTERÉS DEL CLIENTE.
3. LA DESLEALTAD PROFESIONAL Y EL BIEN JURÍDICO “CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”.
4. CONCLUSIONES.

**III. CUALIFICACIÓN PUNITIVA DE LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADO Y PROCURADOR.**

1. DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES: INFRACCIÓN DISCIPLINARIA E ILÍCITO PENAL
  - 1.1 *El derecho disciplinario y la profesión de abogado y procurador.*
  - 1.2 *Deontología de los profesionales de la abogacía y de la procuraduría.*
  - 1.3 *La potestad sancionadora de los Colegios Profesionales.*
  - 1.4 *El principio non bis in idem.*
2. CONCLUSIONES.

## **TERCERA PARTE**

### **EL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO PENAL. EL TIPO DE INJUSTO.**

#### **CAPÍTULO QUINTO**

##### **EL TIPO OBJETIVO (I)**

##### **: LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DEL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO PENAL. EL OBJETO MATERIAL.**

**I. LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO: ABOGADOS Y PROCURADORES.**

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA PROFESIÓN DE ABOGADO.
  - 2.1 *Origen etimológico.*
  - 2.2 *Definición y régimen actual.*
  - 2.3 *Deberes de los abogados.*
  - 2.4 *Formas de ejercicio de la profesión de abogado.*
3. EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES.

**II. EL ABOGADO Y EL PROCURADOR EN EL ARTÍCULO 467. CONCEPCIÓN EXTENSIVA O RESTRICTIVA.**

1. CUALIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO Y DEL PROCURADOR.
2. LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN CLIENTELAR.
  - 2.1 *Naturaleza de la relación clientelar.*

2.2 *Limites temporales de la relación clientelar.*

- III. **OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO.**
- IV. **CONCLUSIONES.**

## CAPITULO SEXTO

### **EL TIPO OBJETIVO (II): DETERMINACIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA.**

- I. **CUESTIONES PREVIAS.**
- II. **ACCIÓN TÍPICA DEL ART. 467.1º DEL CÓDIGO PENAL: DEFENSA, ASESORAMIENTO Y REPRESENTACIÓN PROFESIONAL DE LA PERSONA QUE TENGA INTERESES CONTRARIOS.**
  - 1. **CONSIDERACIONES GENERALES.**
    - 1.1 *Análisis comparativo de los artículos 361 del CPTR de 1.973 y 467.1º del CP de 1.995.*
    - 1.2 *Cualificación tipologica de la doble defensa o representación.*
  - 2. **LA ACCIÓN TÍPICA DESCRITA EN EL ARTÍCULO 467.1º DEL CÓDIGO PENAL.**
    - 2.1 *Asesorar, defender, representar.*
    - 2.2 *El consentimiento.*
    - 2.3 *La identidad del asunto.*
    - 2.4 *El conflicto de intereses.*
- III. **LA ACCIÓN TÍPICA DEL ARTÍCULO 467.2º DEL CÓDIGO PENAL: PERJUDICAR POR ACCIÓN U OMISIÓN DE FORMA MANIFIESTA LOS INTERESES ENCOMENDADOS.**
  - 1. **CONSIDERACIONES GENERALES.**
    - 1.1 *Análisis comparativo de los artículos 360 del CPTR de 1.973 y 467.2º del CP de 1.995.*
    - 1.2 *Tipología del perjuicio a los intereses encomendados*
    - 1.3 *Problemas interpretativos.*
  - 2. **LA ACCIÓN DESCRITA EN EL ARTÍCULO 467.2º DEL CÓDIGO PENAL.**
    - 2.1 *Causación por acción u omisión.*
    - 2.2 *El resultado: perjuicio a los intereses encomendados.*
    - 2.3 *La relación de causalidad entre la acción u omisión del abogado y procurador y el perjuicio a los intereses encomendados a los mismos.*
      - 2.3.1 *Consideraciones generales.*
      - 2.3.2 *La imputación objetiva del perjuicio en la modalidad del art. 467.2º consistente en un obrar activo.*
      - 2.3.3 *Imputación objetiva del perjuicio en la modalidad omisiva del art. 467.2º.*
  - 3. **SUPUESTOS DE AUSENCIA DE ACCIÓN.**
- IV. **CONCLUSIONES.**

## CAPÍTULO VII

### **DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS, ELEMENTOS SUBJETIVOS: ANÁLISIS DEL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LA DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADO Y PROCURADOR DEL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO PENAL.**

- I. CONSIDERACIONES GENERALES.**
- II. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LA DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 467.1º.**
  - 1. ANÁLISIS DEL DOLO EN EL DELITO DE DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN.
  - 2. LA POSIBILIDAD DE UN TIPO IMPRUDENTE DE DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN.
- III. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN EL TIPO DE PERJUICIO A LOS INTERESES ENCOMENDADOS DEL ARTÍCULO 467.2º DEL CÓDIGO PENAL.**
  - 1. MODALIDAD DOLOSA.
  - 2. MODALIDAD IMPRUDENTE.
    - 2.1 La delimitación de la “gravedad” de la imprudencia.*
    - 2.2 Negligencia profesional e ignorancia inexcusable.*
      - 2.2.1 Negligencia profesional.*
      - 2.2.2 Impericia profesional.*
- IV. BREVES REFLEXIONES EN TORNO AL ERROR DE TIPO.**
  - 1. CONSIDERACIONES GENERALES.
  - 2. ERROR DE TIPO EN EL SUPUESTO DE DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN
  - 3. ERROR DE TIPO EN EL SUPUESTO DE PERJUICIO A LOS INTERESES ENCOMENDADOS.
- V. CONCLUSIONES**

## CAPÍTULO VIII

### **ANÁLISIS DE LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD: EL ERROR DE PROHIBICIÓN. LAS FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN. SITUACIONES CONCURSALES. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.**

- I. AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**
- II. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD Y DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD**
- III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.**
- IV. FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN.**
  - 1. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: EL ITER CRIMINIS.
    - 1.2 Los actos preparatorios: conspiración, proposición y provocación para delinquir.*
    - 1.2 La tentativa.*

2. PROBLEMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

*2.1 Autoría directa.*

*2.2 Coautoría.*

*2.3 Autoría mediata.*

*2.4 Participación: inducción y cooperación necesaria. Complicidad.*

**V. SITUACIONES CONCURSALES.**

1. SITUACIONES CONCURSALES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO 467.1º DEL CÓDIGO PENAL.
2. SITUACIONES CONCURSALES EN RELACIÓN AL ARTÍCULO AL ARTÍCULO 467.2º DEL CÓDIGO PENAL.

**VI. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.**

**VII. CONCLUSIONES.**

**CAPÍTULO IX**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS.**

- I. DE LAS PENAS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 467: LA MULTA Y LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.**
- II. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO.**
- III. CONCLUSIONES.**

INDICE CRONOLÓGICO Y POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE SENTENCIAS CITADAS

INDICE BIBLIOGRÁFICO



# CAPITULO PRIMERO

## INTRODUCCIÓN

### I. OBJETO DE ESTUDIO

#### 1. PRESENTACIÓN DEL TEMA: IMPORTANCIA Y ACTUALIDAD DEL MISMO

Esta investigación se centra en el estudio y análisis de las conductas previstas en el artículo 467 del texto punitivo de 1.995. El vigente Código Penal –CP- ha incluido tal precepto en el Capítulo VII “de la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”, del Título XX “Delitos contra la Administración de Justicia”, del Libro II. En el mencionado artículo se agrupan una serie de figuras delictivas que, como se ha dicho, se engloban bajo el epígrafe de los delitos de deslealtad profesional, y se estructuran en dos grandes grupos, los delitos de doble defensa o representación, por un lado, y, los delitos de perjuicios dolosos o imprudentes a los intereses encomendados a abogados y procuradores en relación a la defensa o representación de sus clientes en el proceso, por otro.

He pretendido abordar un tema de investigación que, con carácter general, se podría enunciar como *“un esfuerzo por justificar la necesidad de tipificación penal de las conductas descritas en el artículo 467 del Código Penal de 1.995”*. El tema es especialmente importante en los tiempos que corren porque representa un exponente –de los muchos que pueden localizarse en el vigente Código- de la quiebra de los principios que tradicionalmente han constituido los cimientos del Derecho Penal –DP- como el de intervención mínima –*“ultima ratio”*-. Se trata de un supuesto en que se tipifican unas conductas propias de unos profesionales en relación a las reglas de su profesión, lo que supone una excepción en la legislación penal, que en general, no tipifica comportamientos que entran dentro del ámbito deontológico y disciplinario de una determinada profesión a no ser que dichas conductas lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos dignos de ser penalmente tutelados. Por tanto, uno de los problemas básicos que se plantean entorno a las figuras delictivas en estudio es el de dilucidar si la vía penal es la más idónea para proteger o salvaguardar el servicio estatal de la Administración de Justicia en un sentido amplio, o, en virtud del principio de la *“última ratio”*, el DP debe limitarse a garantizar los aspectos fundamentales de las funciones y fines del proceso debido, dejando los ataques menos lesivos al ámbito de las sanciones y a los recursos procesales.

Los motivos que han impulsado la investigación se deben a que, a pesar de ser figuras delictivas que pueden considerarse tradicionales en la codificación Penal Española, pues con algún otro matiz, aparecen en todos los Códigos Penales desde el CP de 1.822 hasta el vigente de 1.995, son muy escasos, en comparación con otros tipos delictivos, los trabajos, monografías u otro tipo de estudios que traten en profundidad tales conductas. Son pues, contadas las publicaciones que han abordado estos delitos, y desde luego, ninguna lo ha hecho en su integridad, resultando, sorprendente y paradójico el escaso interés que han suscitado hasta la fecha los delitos relativos a abogados y procuradores, no sólo dentro de nuestras fronteras sino también fuera de ellas.

Entiendo además, que la elección de las deslealtades profesionales de abogados y procuradores en el marco del proceso judicial, como tema de investigación, reúne tres tipos de interés que toda investigación de estas características debe comprender:

- Interés ***jurídico***, al tratarse de una materia no excesivamente tratada, se hace necesaria una tarea investigadora encaminada no sólo a recopilar el escaso material doctrinal y jurisprudencial existente sino también, y sobre todo, a contrastarlo, sistematizarlo y someterlo a algunas reflexiones más pormenorizadas sobre diversos aspectos controvertidos a los que no se ha dedicado mucha atención doctrinal hasta el momento.
- Interés ***profesional***, puesto que las conductas tipificadas se enmarcan en el ámbito de la actividad profesional y abarcan una gran diversidad de comportamientos por parte de los abogados y procuradores, en algunos de los cuales resulta bastante borroso el límite de lo disciplinario y lo penal. Es evidente que el presente trabajo puede resultar esclarecedor y espero que útil para tales profesionales, o por lo menos de su interés. Dicho interés se hace igualmente extensivo a todos los demás profesionales –Jueces, Fiscales, Secretarios Judiciales- que participan en la maquinaria de la Administración de Justicia.
- Interés ***social***, pues la imposición a los justiciables de su intervención en el proceso por medio de personas cualificadas profesionalmente es una consecuencia de la complejidad y tecnicismo que caracteriza los actos procesales y responde no sólo al interés de los propios justiciables, sino también a los fines públicos que dirigen el proceso, de los cuales no puede desentenderse el Estado. La institución de

la defensa, en concreto, y la postulación procesal, en general, garantizan la igualdad de las partes en el proceso, impidiendo la desproporción que representaría permitir a una parte sin conocimientos técnicos en Derecho enfrentarse a otra que sí los poseyera, por sí misma o por actuar convenientemente asesorada; garantizan que los actos procesales se desarrollen de acuerdo con el orden legal establecido y, en definitiva, cooperan con el Tribunal en la obtención de la decisión justa del litigio. De todo ello se deduce la enorme trascendencia que comporta la conducta desleal de abogados y procuradores frente a quienes no tienen más opción que valerse de ellos para impetrar la tutela de sus derechos ante la Administración de Justicia. Esa deslealtad profesional puede hacer tambalear la confianza que la sociedad en general deposita en la Administración de Justicia y en su correcto funcionamiento.

Se trata en cualquier caso de infracciones que requieren un tratamiento diferente al que tradicionalmente se les ha otorgado y que además merecen ser objeto de estudio aunque sólo sea por el interés que despiertan las permanentes discusiones en torno al el bien jurídico protegido a través de estos tipos.

## II. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA

### 1. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo no es más que un intento de analizar las figuras delictivas descritas en el artículo 467 del CP, tratando de sistematizar múltiples y diferentes aspectos teóricos que presentan, y ofrecer las claves para profundizar en ellos. Así mismo, se pretende contribuir a una mayor sensibilización de los profesionales de la abogacía y de la procuraduría en lo que concierne a su modo de proceder ante los Tribunales de Justicia. Como es de suponer, en él se mantiene una determinada perspectiva, que por su propia naturaleza, es discutible y relativa. En definitiva, no creo que se pueda afirmar que lo que aquí se aportan sean “soluciones”, sino más bien reflexiones que, ante todo, han pretendido seguir un camino argumentativo coherente.

### 2. JUSTIFICACIÓN DE SU ESTRUCTURA

- 3.1 La *Primera Parte* del estudio se dedica –a través del *Capítulo Segundo*, ya que el primero es introductorio- a efectuar un repaso a la evolución histórico – legislativa que en nuestro Derecho han experimentado las conductas denominadas actualmente como de *doble defensa o representación y perjuicio a los intereses encomendados* del art. 467 del CP de 1.995 comenzando por los precedentes más remotos, pasando por los diferentes Códigos Penales que se han sucedido en nuestro panorama legislativo desde el comienzo de la etapa codificadora y el nacimiento del moderno DP, hasta, finalmente, llegar al precedente inmediato de la actual regulación, que podemos hallar en los artículos 360 y 361 del Texto Refundido de Código Penal–TRCP- de 1.973, todo ello, sin pasar por alto los diferentes Proyectos y Anteproyectos de CP que, tras la entrada en vigor de la Constitución Española -CE- de 1.978, han precedido al vigente CP de 1.995. Se trata fundamentalmente de constatar la diferente denominación, ubicación y redacción a través de las cuales se han tipificado los delitos objeto de estudio, lo que constituye un punto de partida imprescindible para sentar las bases de una investigación rigurosa sobre los mismos.

3.2 La *Segunda Parte* aborda la temática del bien jurídico protegido, aspecto fundamental que pretende ofrecer las claves sobre las que se construya el resto de las argumentaciones de esta investigación. El análisis de un tema tan trascendental como es el del bien jurídico tutelado por el tipo penal, requiere el establecer unas rigurosas pautas de estudio que permitan una delimitación lo más precisa posible del mismo, para ello resulta imprescindible, partir del examen pormenorizado del Título XX del CP –“Delitos contra la Administración de Justicia”- al objeto de identificar el bien jurídico que en el mismo se protege, para a continuación, analizar la agrupación de delitos que integran el Capítulo VII –“De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional”-; y, finalmente, descender a la propia descripción típica del art. 467 con el objeto de deducir el bien jurídico afectado. Todo ello justifica los dos capítulos, en los que se ha procedido al análisis del tema del siguiente modo:

3.2.1 En el *Capítulo Tercero* se efectúa un análisis del Título XX “de los delitos contra la Administración de Justicia”, comenzando por ofrecer las bases teóricas y las herramientas conceptuales precisas en base a la terminología utilizada por el CP, -sin olvidar la necesaria referencia al devenir histórico del Título- y a partir de ahí se trata de deducir cual de los posibles significados se acerca más a la consideración de bien jurídico que el legislador ha estimado digno de protección penal. A la vista de la heterogeneidad de los delitos comprendidos bajo la rúbrica del Título XX me planteo diversas cuestiones como son: la hipótesis de un bien jurídico común a todos ellos, sin pasar por alto la posible pluriofensividad de muchos de los tipos delictivos contra la Administración de Justicia, la propia independencia del Título, y, la adopción de una sistemática adecuada al bien jurídico tutelado. Para finalizar el Capítulo me acerco de manera específica a las figuras delictivas denominadas de la obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional.

- 3.2.2 En el *Capítulo Cuarto* se acomete el estudio concreto del interés tutelado en el artículo 467 barajando todos los posibles bienes jurídicos que puedan considerarse implicados en las figuras delictivas en estudio. En íntima conexión con la materia objeto del capítulo, se aborda de modo específico, el tema de las relaciones y límites entre infracción administrativa e ilícito penal a propósito de las deslealtades profesionales, exponiendo las conclusiones alcanzadas al respecto.
- 3.3 La *Tercera parte* –el artículo 467 del Código Penal: el tipo de injusto- se procede al análisis dogmático de la deslealtad profesional de abogados y procuradores, estudiando estas infracciones tanto en la modalidad de doble defensa o representación como en la del perjuicio manifiesto a los intereses encomendados, para lo cual se ha seguido el esquema que marca la teoría jurídica del delito, y así se ha procedido de la siguiente forma:
- 3.3.1 En el *Capítulo Quinto* se trata el tema de los sujetos activos del delito –abogados y procuradores- analizando las características generales de estas profesiones y las condiciones que adicionalmente deben concurrir en dichos profesionales –colegiación, existencia de una relación clientelar,..- a fin de que a los mismos se les puedan imputar los delitos de deslealtad del art. 467, finalizando con las reflexiones a cerca del objeto material, el sujeto pasivo y el perjudicado por el delito cuya determinación aparece claramente marcada por la opción sobre el bien jurídico a la que se alude en las conclusiones del Capítulo anterior.
- 3.3.2 En el *Capítulo Sexto* de determinación de la acción típica se aborda de forma separada el estudio de los párrafos primero y segundo del art. 467 al tratarse de dos modalidades diferenciadas de deslealtad profesional. Dentro de este Capítulo, se han analizado los posibles supuestos de ausencia de acción.

- 3.3.3 En el *Capítulo Séptimo* se acomete el tema de los elementos subjetivos: dolo e imprudencia grave. Para finalizar con unas breves reflexiones sobre el error de tipo. Todas estas cuestiones han sido tratadas de forma diferenciada para la doble defensa o representación, y para la deslealtad de perjuicio a los intereses encomendados a abogados y procuradores en aras a una mayor claridad y coherencia en la sistematización de la investigación.
- 3.3.4 El *Capítulo Octavo* se destina al análisis de la antijuricidad y de la culpabilidad, las formas especiales de ejecución, las situaciones concursales, y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. No se ha pretendido entrar en el estudio pormenorizado de toda la regulación del CP en estas materias en atención a que esta investigación, pese a su carácter teórico, repercute, sin embargo, de lleno en la praxis del ejercicio de la abogacía y de la procuraduría en los Tribunales y a ella pretende concretarse.
- 3.3.5 Por último, en el *Capítulo Séptimo* como colofón a la investigación se agota el estudio del art. 467 con el tratamiento de las consecuencias jurídicas, y concretamente de las penas de multa e inhabilitación profesional, finalizando con el tema de la responsabilidad civil ex delicto.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DE LAS DESLEALTDES PROFESIONALES TIPIFICADAS EN EL ARTÍCULO 467 DEL CÓDIGO PENAL DE 1.995.**

#### **I. CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Con carácter previo a acometer el estudio de las figuras delictivas descritas en el artículo 467 del vigente CP de 1.995, resulta absolutamente imprescindible, dedicar un Capítulo a las referencias históricas y, concretamente, al tratamiento legislativo que en nuestro Derecho han recibido dichas conductas comenzando por los antecedentes más remotos, pasando por los diferentes Códigos Penales que se han sucedido en nuestro panorama legislativo desde el comienzo de la etapa codificadora y el nacimiento del moderno Derecho Penal, hasta, finalmente, llegar al precedente inmediato de la actual regulación, que podemos hallar en los artículos 360 y 361 del Texto Refundido de Código Penal-TRCP- de 1.973, todo ello, sin pasar por alto los diferentes Proyectos y Anteproyectos de CP que, tras la entrada en vigor de la Constitución Española -CE- de 1.978, han precedido al vigente CP Español de 1.995.

Tal referencia histórica, se hace de todo punto ineludible si se parte de la perspectiva de que todo material legislativo no es sino el resultado de la modificación, complemento o desarrollo de una legislación preexistente; por lo que el examen e interpretación rigurosa de cualquier figura delictiva contemplada en la regulación vigente, exige, como mínimo, una evocación de sus precedentes más o menos remotos.

El primer aspecto que conviene poner de manifiesto en relación a los delitos de deslealtad profesional de abogado y procurador es que, en modo alguno, éstos constituyen una novedad en nuestro Derecho, y, ello a pesar del escaso interés que han despertado en la doctrina y su infrecuente persecución en la práctica, de modo que, se han mantenido como



figuras tradicionales, tal y como lo demuestra su presencia en los distintos Códigos y Proyectos de CP que se han sucedido a lo largo de nuestra historia legislativa como vamos a tener ocasión de comprobar.

## II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS REMOTOS.

### 1. ANTECEDENTES REMOTOS<sup>1</sup> :

Las figuras delictivas tipificadas en el artículo 467 del vigente CP, remontan su origen a remotas épocas pasadas, concretamente los antecedentes históricos de la doble defensa se pueden encontrar en el Derecho Romano.

Efectivamente, y siguiendo a GARCÍA PLANAS, ya en el Digesto (L.I.D. XLVII, 15) la prevaricación se encuadraba entre los llamados delitos extraordinarios.

En el fuero Real, Ley 3, Título 9, Libro I, se dice “Si alguno fuere Vocero Consejero de otro en algún pleyto, no pueda de allí adelante ser Bocero de la otra parte, ni Consejero en aquel pleyto, é si aquel de quien es el pleyto, fuere a demandar á otro consejero ó ayuda para su pleyto, é aque á quien lo demandare no le diere consejo, ó no le prometiere ayuda, pueda aconsejar ó razonar por la otra parte, si quisiere”.

En las Partidas, L. 9, Tit. 6, P. III, vemos que “Guisada cosa es, et derecha, que los abogados á quien dicen los omes las poridades de sus pleytos, que las guarden, é que non las descubran a la otra parte, nin fagan engaño, en ninguna manera que ser pueda; por que la parte, que en ellos se fía, e cuyos abogados son, pierda su pleyto, ó se le empeore. Ca pues que él rescebió el pleyto de la una parte en su fé, é en su verdat, non se deve meter por consejero, no por desengañador de la otra. E cualquier que contra esto fiziere, desde que le fuere provado, mandamos, que ende adelante sea dado por ome de mala fama, é que nunca pueda ser abogado, nin consejero en ningún pleyto. E demás desto, que el judgador del logar le pueda poner pena por ende, según entendiere que la merece, por qual fuere el pleyto de que fue abogado, é el yerro que fizo en él maliciosamente. Otrosí dezimos, que si la parte que lo fizo su abogado menoscabare alguna cosa de su derecho por tal engaño, como sobredicho es, ó fuere dada sentencia contra él; que sea revocada, é que no le

---

<sup>1</sup> GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Fascículo II, Madrid 1.994, pp. 34 a 37.

empezca, e que tome el pleyto en aquel estado, en que era ante que fuesse fecho el engaño, si fuere averiguado”.

Ley 10. “Vienen lo omes á las vegadas, e muestran á los abogados sus pleytos, é descúbrenles sus poridades, por que puedan mejor tomar consejo, é ayuda de ellos. E acaece á las vezes, que después que ellos son sabidores del fecho, que se tienen maliciosamente, mas en caso diciendo que los non ayudarán, si non por precio desaguisado. En tal caso como este, dezimos, que si la parte que descubriesse su pleyto al abogado, le quisiesse pagar su salario..... que tenuto es el bocero de le ayudar, é aconsejar biené lealmente. Pero si alguno fiziesse esto maliciosamente, diciendo e descubriendo el fecho de su pleyto á mochos boceros, por que la otra parte non pudiesse aver ningun dellos para sí; mandamos que el judgador non sufra tal engaño como este. E que dé tales boceros como estos a la otra parte, si gelos pidiere manguer fuesen sabidores de pleyto de la otra parte, así como sobredicho es.....”.

Ley 15 “Praevicator en latin tanto quiere decir en romance como abogado que ayuda falsamente á la parte por quien aboga: é señaladamente, quando en poridad ayudáe conseja á la parte contraria, é paladinamente faze muestra, que ayuda á la suya, de quién recebió salario, ó se avino de razonar por él. Onde dezimos, que tal abogado como este debe morir como alevoso. E de los bienes dél debe ser entregado el dueño de aquel pleyto á quien fizo la falsedad, de todos los daños, é los menoscabos, que recibió andando en juicio.....”.

L. 1ª. Tit. 7, P. VII. “.....Esso mesmo (delito de falsedad) dezimos que faría el abogado que aperciesse á la otra parte, contra quien razonaba, á daño de la suya, mostrándole las cartas, ó las poridades de los pleytos que él razonava , ó amparava; é a tal abogado dicen en latin prevaricator, que quiere decir en romance, como ome que trae falsamente al que deve ayudar.....”.

Ley 11, Tit. 16, Lib. VII “ Otrosí faze el abogado engaño muy grande, ó el pesonero, ó el mandadero de otro, que en el pleyto que es comenzado, anda engañosamente ayudando a los adversarios, é destrovando la parte a que devía ayudar; é en tal engaño como este es buelta falsedad, que ha en sí ramo de trayción”.

En la Novísima Recopilación, Ley 12, Tit. 22, Lib V, se lee: “Mandamos, que si algunos abogados descubrieren los secretos de su parte a la parte contraria, ó á otro en su favor, ó si se hallare ayudar ó aconsejar á ambas las partes contrarias en el mismo negocio, ó si no quisiere jurar lo contenido en la Ley tercera de este título, que además de las penas sobre esto en derecho establecidas, por ese mismo hecho sean privados, y desde agora los privamos del dicho oficio de abogacía; y si después usaren de él, y ayudaren en cualquier causas, que pierdan y hayan perdido la mitad de sus bienes, los cuales aplicamos para nuestra cámara y fisco”.

## 2. ETAPA CODIFICADORA:

Los autores coinciden en que el Derecho Penal moderno nace en España, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, bajo las ideas de la Ilustración. Durante el reinado de Carlos III comienza en España la reforma de las leyes penales. Con el regreso de Fernando VII se derogó la nueva normativa establecida a raíz de la Constitución de Cádiz de 1.812, lo que no fue obstáculo para que el mismo monarca ordenara la formación de un Código Criminal. Así nació el primer Código español, el de 1.822, y, con él, una nueva etapa en la evolución del Derecho Penal histórico español. Centrándonos, pues, en la etapa codificadora podemos hacer un repaso pormenorizado de la ubicación y tipificación de las figuras delictivas que nos ocupan en los diferentes Códigos Penales Españoles y nos encontraríamos, como ya hemos apuntado, que su presencia, no así su ubicación, es constante a lo largo de la codificación Penal Española, pues con algún otro matiz, aparecen en todos los Códigos Penales desde el CP de 1.822 hasta el vigente de 1.995<sup>2</sup>:

- **El Código Penal de 1.822**, cuya vigencia efectiva ha sido ampliamente discutida, era un código cuyas notas definatorias venían dadas por un excesivo casuismo, variedad y dureza de las penas, y un lenguaje más artístico que jurídico,- hay que tener en consideración que se trataba de un Código basado en las ideas utilitaristas de la Ilustración-; este Código situaba en la Parte Primera (“Delitos Contra la Sociedad”), Título Quinto (“Delitos Contra la Fe Pública”), y Capítulo Sexto (“De los que violen el

---

<sup>2</sup> La reproducción de los textos se corresponde con LÓPEZ DE BARJA Y QUIROGA, L. RODRÍGUEZ RAMOS, Y L. RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, en “Códigos Penales Españoles: Recopilación y Concordancias”, Edit. Ediciones Akal, 1.998.

secreto que les está confiado por razón de empleo, cargo o profesión pública que ejerzan, y los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas”), los artículos 423 y 424, que, a su vez, tipifican las conductas de prevaricación de abogado y procurador, y, cuyo tenor literal era el siguiente:

**Art. 423: “Cualquier abogado, defensor, o procurador en juicio, que descubra los secretos de su defendido a la parte contraria, o que después de haberse encargado de defender a la una, y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandone, y defienda a la otra, o que de cualquier otro modo a sabiendas perjudique a su defendido para favorecer al contrario, o sacar alguna utilidad personal, será infame por el mismo hecho, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, y pagará una multa de 50 a 400 duros, sin poder ejercer más aquel oficio. Si resultare soborno, el sobornador será castigado con arresto de 4 a 18 meses”.**

**Art. 424: “Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, matronas, o cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de 2 meses a 1 año, y pagarán una multa de 30 a 100 duros. Si la revelación fuera de secreto que pueda causar a la persona que lo confió alguna responsabilidad criminal, alguna deshonra, odiosidad, mala nota o desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, una reclusión de 1 a 6 años. Si se probare soborno, se impondrá además la pena de infamia al sobornador, y no podrá volver a ejercer aquella profesión u oficio; El sobornador sufrirá un arresto de 1 mes a 1 año”.**

Se sancionaban, pues, en el artículo 423 con una pena que oscilaba entre cuatro y ocho años tanto la doble defensa como el perjuicio causado dolosamente al cliente, no contemplando, sin embargo, la negligencia grave o ignorancia inexcusables.

- **El Código Penal de 1.848**, se trataba de un texto que se puede calificar de autoritario liberal, en el que la primera adjetivación se fuerza tras la reforma de 1.850. Situado en la línea del eclecticismo de Rossi y Pacheco, experimenta, entre otras, la influencia del Código francés de 1.810, del brasileño de 1.830 y del español de 1.822. El Código de 1.848 recogía dentro del Libro II (“De los Delitos y sus penas”), Título VIII (“De los Delitos de los Empleados Públicos en el ejercicio de sus cargos”), Capítulo I (“Prevaricación”) los siguientes Artículos:

**Art. 266: “ El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión a la inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 a 500 duros.”**

**Art. 267: “El abogado o procurador que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal, y multa de 20 a 200 duros.”**

**Art. 268: “ Las Disposiciones de éste capitulo son aplicables en sus respectivos casos a los asesores, árbitros, arbitradores y peritos”.**

Como podemos apreciar tanto la ubicación como la redacción utilizada por el CP de 1.848 dista de la de su inmediato antecesor –CP de 1.822-, sin embargo, es evidente, que la estructura era similar a la del CPTR de 1.973, pero sin contemplar los casos de “negligencia o ignorancia inexcusables”, y desapareciendo la pena privativa de libertad.

- **El Código Penal de 1.850**, en cuanto a los delitos que nos ocupan, prácticamente reproducía la regulación y ubicación que efectuaba el anterior Código de 1.848. Debemos señalar, en general, que la reforma de 1.850, muy limitada, supuso un cierto endurecimiento respecto de la regulación anterior.
- **El Código Penal de 1.870**, era un texto que pretendía adaptar el Código de 1.850 a las exigencias de la Constitución de 1.869, su inspiración política era claramente liberal; y se refería a los delitos objeto de este estudio en los artículos 371 y 372 incluyéndolos dentro del Libro II (“Delitos y sus Penas”), Título VII (“De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”) y en el Capítulo I (“Prevaricación”); y disponiendo expresamente:

**Art. 371: “Será castigado con multa de 250 a 2.500 pesetas el abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo de ellos tenido conocimiento en el ejercicio de su ministerio”.**

**Art. 372: “El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial y multa de 125 a 1.250 pesetas”.**

Los aspectos más destacables respecto de las figuras delictivas que examinamos en el CP de 1.870 era la introducción en su artículo 371 de los términos “negligencia o ignorancia inexcusables”, apareciendo, por primera vez, la forma culposa en la descripción típica, y otra novedad la encontramos en el artículo 372, donde aparecía la expresión “o la aconsejare” hasta ese momento inexistente.

- **El Código Penal de 1.928**, apartándose de la línea clásica y liberal, incorporó el principio de defensa social, aceptado de una u otra forma en

la escuela sociológica alemana y en la tercera escuela italiana. En la parte especial, se creó el Título de los “Delitos Contra la Administración de Justicia”. Si bien, bajo el libro II (“Delitos y sus Penas”), Título (“Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos”) y el Capítulo I (“Prevaricación”) recogía el siguiente articulado:

**Art. 422: Será castigado con multa de 1.000 a 15.000 pesetas el abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicara a su cliente”.**

**Art. 423: “ El abogado o procurador que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial de 2 a 6 años y multa de 1.000 a 15.000 pesetas”.**

Y situaba en el Capítulo IV (“De la violación de secretos y publicación indebida de documentos”):

**Art. 439: “ El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, descubriere secretos de su cliente de que haya tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión, será castigado con multa de 1.000 a 25.000 pesetas”.**

El texto punitivo de 1.928 es el primero que destina un Título específico a las infracciones contra la Administración de Justicia, cuyo antecedente se encuentra en el Proyecto de 1.912. Por otra parte, cabe destacar que la revelación de secretos del cliente se extrajo del ámbito de la prevaricación, limitándose en los artículos 422 y 423 a sancionar las conductas que causaban un perjuicio, aunque como veremos más adelante el CP de 1.932 volverá a introducir la revelación de secretos dentro del tipo de prevaricación.



- **El Código Penal de 1.932.** Proclamada la II<sup>a</sup> república el 14 de Abril de 1.931, el Gobierno provisional anuló, que no derogó<sup>3</sup>, al día siguiente tanto el CP de 1.928 como la restante legislación penal del régimen anterior, con lo que se volvió al Código de 1.870. Tomando a éste como punto de partida, se elaboró seguidamente el Código de 1.932, en el que participaron penalistas como Jiménez de Asúa, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz. Al margen ya de la novedades condicionadas por el régimen republicano, los avances del Código de 1.932 radican en el terreno técnico, aspecto éste que no dudó en aceptar y profundizar algunos adelantos del Código de 1.982 -Delitos contra la Administración de Justicia, usura, etc-. Pues bien, el Código de 1.932 se refería a las figuras conocidas actualmente como deslealtades profesionales de abogados y procuradores en los artículos 365 y 366 en los siguientes términos:

**Art. 365: “Será castigado con multa de 500 a 5.000 pesetas el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su ministerio”.**

**Art. 366: “El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 250 a 2.500 pesetas”.**

Por tanto, el CP de la república, en 1.932, introduce de nuevo el descubrimiento de los secretos del cliente en el tipo de injusto que nos ocupa.

- **El C.P de 1.944**, cuyo Texto Refundido de 1.973 constituye el precedente más inmediato de la actual regulación, sitúa dentro del Libro II (“Delitos y

---

<sup>3</sup> El Gobierno de la Segunda República negó toda legitimidad al régimen dictatorial del General Primo de Rivera, por lo que, la legislación penal elaborada bajo dicho Régimen fue anulada, que no derogada, por el nuevo gobierno republicano, el matiz, desde luego, no es desdeñable, así por ejemplo, la anulación supuso para aquellos que hubiesen sido penados bajo figuras delictivas específicamente diseñadas por aquella legislación, la amnistía.

Penas”), Título VII (“De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”) y Capítulo Primero (“ De la prevaricación”) a los siguientes artículos:

**Art. 360: “Será castigado con las penas de suspensión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión”.**

**Art. 361: “El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.**

La redacción del Texto Refundido de 1.973, con excepción de las penas, arrancaba del texto revisado de 1.963, pues en éste se introduce la expresión “representación”, que sin duda parecía indispensable, dado que ésta es la función del procurador y no la de la defensa.

### III. PRECEDENTES LEGISLATIVOS INMEDIATOS

#### 1. CÓDIGO PENAL TEXTO REFUNDIDO DE 1.973

El CP de 1.944 experimentó numerosas reformas a lo largo de los años, llegándose a publicar un Texto Revisado en 1.963 y otro Refundido en 1.973, sin olvidar luego las modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático y, más exactamente, en la CE de 1.978, reformas todas ellas que fueron calificadas por amplios sectores doctrinales como meros “parcheos”, y, que no hicieron más que dilatar la publicación de un nuevo CP totalmente adecuado al Estado Social y Democrático de Derecho consagrado en la CE de 1.978.<sup>4</sup>

Los antecedentes inmediatos de los delitos previstos en el artículo 467 están representados en los artículos 360 y 361 de CPTR de 1.973.

El artículo 361 CP/ 1.973 tipificaba la doble defensa y establecía que: *“El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”*; por su parte, el artículo 360 disponía que: *“Será castigado con las penas de suspensión y multa de 1.000 a 5.000 pesetas el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión”*; con lo que regulaba conjuntamente la revelación de secretos y el perjuicio al cliente, tanto si se había realizado dolosamente como por una negligencia o ignorancia inexcusable, lo cual llevó a la doctrina a interpretar este precepto ampliamente, como cualquier acto doloso o culposo realizado por el abogado o el procurador en el ámbito de las relaciones con el cliente que supusiere un incumplimiento de los deberes profesionales. Llama la atención el hecho de que nos encontramos ante uno de los contados supuestos de tipificación expresa de

---

<sup>4</sup> MADRIGAL GARCÍA C, Y RODRÍGUEZ PONZ J, L; *Temario de derecho Penal para el acceso a la Carrera Judicial*. Editorial Carperi. Madrid .2000. Tema 2, p. 12.

modalidad imprudente, fuera del régimen de la cláusula general contenida en el art. 565<sup>5</sup> del CPTR de 1.973.

Muchas son las críticas que la doctrina ha dirigido sobre la anterior regulación de los denominados delitos de prevaricación impropia de abogados y procuradores del CPTR de 1.973; la primera es, sin duda, la inclusión de tales delitos dentro de la rúbrica de *los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos* y bajo la denominación de delitos de *prevaricación*. Esta ubicación que, no era en absoluto novedosa pues arrancaba de el CP de 1.848, resultaba cuando menos desafortunada y había sido objeto de debate por amplios sectores doctrinales.

En efecto, el concepto de prevaricación, común a muy distintos tipos delictivos, y su ubicación sistemática bajo el título “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, suscitaron no pocos problemas doctrinales. La equiparación sistemática de unas conductas realizadas por profesionales liberales junto a conductas de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos había sido objetada históricamente, tales críticas se remontaban a A. Groizard y Gómez de la Serna quienes ya respecto al CP de 1.870 se cuestionaban la ubicación bajo dicho título de las conductas realizadas por abogados y procuradores.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> El art 565 disponía, bajo la rúbrica “De la imprudencia punible”, que: “ El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor.

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda en el grado que estime conveniente.

Cuando se produjere muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o de negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo. Dichas penas se podrán elevar en uno o dos grados, a juicio del Tribunal, cuando el mal causado fuere de extrema gravedad.

Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.

En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente.”

<sup>6</sup> El Código Penal de 1.870. concordado y comentado, tomo IV, Salamanca 1.891, p. 121 “Todo nos disgusta en estos artículos; el sitio donde están colocados, los términos en que la incriminación se hace y las penas que señalan.

Que es impropio incluir los delitos que abusando de su profesión, pueden cometer los abogados y procuradores en un título consagrado a tratar de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos...”

Una primera dificultad conceptual derivaba de las heterogéneas cualidades profesionales de los sujetos activos del delito de prevaricación, de éste modo, en atención a su autor, se distinguía una prevaricación judicial, otra de funcionarios públicos, y la de abogados y procuradores; comportamientos todos ellos de difícil reducción a un denominador común. A todo lo expuesto, hay que añadir, el dato de que la propia acepción gramatical de *prevaricar* resultaba inútil como concepto válido para todas esas categorías, ya que el término *prevaricar* se definía tradicionalmente como: “*delinquir los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia*”<sup>7</sup>; y, es más que evidente, que los abogados y procuradores ni son empleados públicos ni dictan o proponen resolución alguna. En contra de esta opinión, nos encontramos planteamientos tan forzados, como el que se puede encontrar en alguna sentencia ya antigua en la que se llegó a estimar que, en el caso del procurador “*tiene facultades resolutorias en contadas situaciones jurídicas en las que sin dictar resolución “resuelve”, como por ejemplo, al efectuar una consignación ante el órgano judicial*”<sup>8</sup>.

Con la finalidad de justificar la sistemática y terminología utilizada por el Código de 1.973 en relación a estos delitos se intentaron múltiples redefiniciones del concepto de “prevaricación”, y se buscaron todo tipo de argumentos algunos ciertamente retorcidos a fin de atribuir a abogados y procuradores una condición equiparable a la de un funcionario o autoridad. Si a la falta de un concepto pacífico, se añade la dificultad sistemática para encontrar un bien jurídico común a todas las conductas prevaricadoras del CP de 1.973, y, la diversidad de profesiones y conductas típicas que en dicho CP se incriminan como prevaricación, se entiende, en definitiva, el *malestar* doctrinal existente al respecto.

Parece claro que no puede, en modo alguno, obviarse la estrecha relación que los profesionales de la abogacía y de la procuraduría han mantenido tradicionalmente con la Administración de Justicia, de la que son colaboradores necesarios. Estimo, que es en atención a esa estrecha relación, en base a lo cual se tipifican sus conductas desleales en cuanto las mismas impiden el normal desenvolvimiento del proceso al atentar contra

---

<sup>7</sup> No obstante, según el Diccionario de la RAE en su vigésimo segunda edición de 2.001. Tomo II, p. 1831 recoge como segunda acepción del término “prevaricar” la de “cometer cualquier otra falta menos grave en el ejercicio de un deber o función”, por lo que desliga la prevaricación en cierto modo del ejercicio del ejercicio de la función o autoridad pública.

<sup>8</sup> DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*, Colección Jurisprudencia Práctica, editorial Tecnos, Madrid, 1.996, pp. 14 y ss.

derechos procesales elevados a fundamentales por nuestra Constitución, provocando, como consecuencia de todo ello, una *aplicación torcida del Derecho*.

No obstante, la especial relación entre tales profesionales y los órganos jurisdiccionales no es óbice para atribuir a abogados y procuradores, ni siquiera en atención a una *bis analógica*, el status de funcionarios o autoridad, resultando de todo punto inapropiado la calificación de las conductas delictivas realizadas por los mismos como de conductas prevaricadoras, por lo que resulta infinitamente más apropiada la nueva terminología adoptada por el CP de 1.995 de “Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”, así como, la ubicación de estas figuras delictivas dentro de la órbita de los Delitos Contra la Administración de Justicia.

Como se ha señalado con anterioridad en el artículo 360 se tipificaba conjuntamente las conductas de revelación de secretos del cliente y el perjuicio a los intereses del mismo. Respecto de dicho artículo 360 se planteaban varias cuestiones; en primer lugar, algún autor se preguntaba si tenía sentido mantener la incriminación de la revelación de secretos de abogados y procuradores o si, como hacía el Proyecto de 1.992, sólo debía reservarse a aquellos casos en que las actuaciones procesales hubiesen sido declaradas secretas, por otra parte, y, en segundo lugar, la conducta de descubrimiento o revelación de secretos de sus clientes por parte de abogados y procuradores era la única de entre los profesionales liberales tipificada como delito, con lo que existía objetivamente una discriminación clara en relación a otro tipo de profesionales: médicos, psicólogos, asesores fiscales, ...etc. Todos estos problemas condujeron al legislador de 1.995, a retomar, en cierto modo, la formulación de los arts. 422 y 423 del CP de 1.928, y, a trasladar la revelación de secretos relativos al cliente de los que el abogado o procurador haya tenido noticia en el ejercicio de su profesión, “a los Delitos Contra la Intimidad” pasando a formar parte del tipo genérico del art. 199.2 del CP, traslado que, por otro lado, resulta totalmente congruente con la nueva situación de los delitos de deslealtad profesional dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

Ya, con anterioridad al Código de 1.995, algún sector doctrinal consideraba deseable reconducir la revelación de secretos dentro de una futura tutela penal de la intimidad; y en el caso de los abogados y procuradores entendía que el bien jurídico protegido sería la intimidad y la Administración de Justicia; en tal sentido se manifestaba,

entre otros, ROMEO CASABONA al sostener que “la relación que se establece entre profesional y cliente implica frecuentemente un acceso de aquél en la intimidad y en la vida privada de éste”<sup>9</sup>. No obstante, la revelación de secretos del cliente por parte de su abogado no tiene por qué necesariamente afectar a la Administración de Justicia, ya que no toda la actividad de estos profesionales -aunque si la mayor parte-, se desarrolla en el ámbito de dicha Administración.

Para concluir con las críticas efectuadas a la anterior regulación de estos delitos, cabe finalmente señalar que, desde una perspectiva político criminal, se habían planteado que la redacción de los artículos 360 y 361 del CPTR de 1.973 no estaba muy de acuerdo con los actuales fundamentos político-criminales inspiradores de la tipificación de comportamientos ilícitos de abogados y procuradores que se hayan en el artículo 24.2 de la C.E, artículo que proclama el Derecho de defensa.<sup>10</sup>

## 2. EL TRATAMIENTO DE LAS DESLEALTADES DEL ACTUAL ARTÍCULO 467 EN EL DERECHO PENAL PROYECTADO ESPAÑOL.

Desde la aprobación de la Constitución de 1.978 y la restauración del régimen democrático, y, hasta la publicación del vigente CP se han sucedido diversos Proyectos de CP en un esfuerzo denodado de adaptar la legislación penal al nuevo orden democrático establecido. Por lo que respecta a los delitos de deslealtad profesional del abogado y procurador su presencia no fue discutida en ninguno de los Proyectos iniciados en España desde la entrada en vigor de la CE, así podemos indicar que:

- **El proyecto de 1.980**, elaborado bajo el gobierno de la Unión de Centro Democrático –UCD-, en el que intervinieron juristas de la talla de Gimbernat, Rodríguez Mourullo, Conde-Pumpido, y que fue objeto de un intenso debate, tanto científico y técnico como parlamentario, siendo acreedor de numerosas enmiendas por parte de los grupos políticos, pero no llegando finalmente a ser aprobado por causa de la caída del gobierno de UCD y consiguiente disolución

---

<sup>9</sup> ROMEO CASABONA, C; “Responsabilidad Penal y responsabilidad Civil de los Profesionales. Presente y Futuro de los Conceptos de Negligencia y Riesgo.”, *la ley*, 29 de Octubre de 1.993, num. 3380, p. 7

<sup>10</sup> GARCÍA PLANAS, G; “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, *ADPCP*, Tomo XLVII G, Fascículo II, Madrid 1.994, cit., p. 33.

de las Cortes Generales en el año 1.982. Dicho Proyecto trataba las figuras delictivas que nos ocupan en los arts. 504 y 505, y, apuntaba en el sentido de incluir la prevaricación de abogados y procuradores en “Los Delitos contra La Administración de Justicia”<sup>11</sup>:

**Artículo 504: “El Abogado o Procurador que revelare los secretos de su cliente, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio, o realizare actos que perjudiquen los intereses que le fueron encomendados, será castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses y suspensión por tiempo de dos a seis años, si lo hiciera dolosamente, y con multa de tres a seis meses y suspensión de uno a tres años, si lo hiciera por negligencia o ignorancia inexcusable.”**

**Artículo 505: “El Abogado o Procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona sin el consentimiento de ésta defiende o representa en el mismo asunto a quien tuviera intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial por tiempo de seis a diez años.**

**En las penas expresadas incurrirán el Abogado o Procurador de una parte que, por sí o por persona interpuesta, asesorare o representare asistencia, consejo o ayuda a la parte contraria en el mismo negocio.”**

- **El PANCP de 1.983**, en el título XVII, “ Delitos contra La Administración de Justicia”, Capítulo VII, recogía la prevaricación de abogados y procuradores en los artículos 445 y 446.
- **El proyecto de 1.992**, constituía una continuación de los trabajos de la comisión que había elaborado el borrador de Anteproyecto en 1.990. El proyecto de CP de 1.992, en sus artículos 426 a 428 bajo la rúbrica de “Delitos contra La Administración de Justicia”, Capítulo I, reducía la prevaricación únicamente a la judicial. La de abogados y procuradores, desaparecía como tal,

---

<sup>11</sup> BOCG de 17 de Enero de 1.980 SERIE A- 108-I.



y se contemplaba bajo la misma rúbrica que la actual -“Delitos Contra la Administración de Justicia”-, pero en Capítulo diferente, concretamente en el Capítulo VII, bajo el subtítulo de “De la obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional ”, en los artículos 445 y 446<sup>12</sup>:

**Artículo 445: “ 1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, o realizare actos u omisiones manifiestamente perjudiciales para los intereses que les fueren encomendados, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a seis años.**

**2. Si los hechos fueren realizados por imprudencia grave se impondrán las penas de multa de tres a seis meses e inhabilitación especial para su profesión de uno a tres años.”**

**Artículo 446: “El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tuviere intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis a diez años.”**

La denominación de “De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional”, que fue la que finalmente adoptó el CP de 1.995, aparece por primera vez en el Proyecto de 1.992 que bajo tal rúbrica incluía también las conductas de no comparecencia ante las citaciones judiciales y el delito contra la libertad de los intervinientes en el proceso. Como novedades en materia de deslealtades profesionales cabe destacar, en primer lugar, la aparición como nueva modalidad delictiva de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos realizados por abogados o procurador; y, en segundo lugar, la reducción de la obligación de

---

<sup>12</sup> BOCG de 23 de Septiembre de 1.992 SERIE A. NÚM. 102-1

guardar secreto, por parte de abogado y procurador, únicamente a aquellas actuaciones procesales que el juez hubiere declarado secretas.

En lo que respecta a la doble defensa, la regulación era sustancialmente igual a la de los artículos 360 y 361 del CPTR de 1.973, con algún retoque, eso sí, en cuanto a la redacción.

Para finalizar señalar que, las figuras delictivas del artículo 467 aparecen desde el principio de los trabajos parlamentarios tendentes a elaborar el CP actualmente en vigor. Si bien, con una formulación distinta, que incluía dos artículos distintos, tipificando en el artículo 443 del Proyecto original la conducta de realizar actos u omisiones perjudiciales para los intereses que le fueren encomendados junto a la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas, a lo que se ha hecho puntual referencia en epígrafes anteriores, así como a la propia tramitación parlamentaria que derivaría en los términos del actual artículo 467 del CP.

Lo que sí ha evolucionado en los Códigos y Proyectos de CP previos al vigente, ha sido la ubicación sistemática que han mantenido estos tipos hasta llegar a su actual encuadramiento en el CP de 1.995 dentro del Capítulo VII, Título XX y Libro II. El cambio de ubicación que han experimentado estas figuras delictivas va íntimamente unido a la nueva denominación de las mismas, pasando de ser consideradas actuaciones de prevaricación a actos de deslealtad.

#### IV . CONCLUSIONES

Las *Deslealtades Profesionales de abogados y procuradores* representan figuras delictivas tradicionales a lo largo de nuestra historia legislativa que remontan su origen al Derecho romano. Aunque su ubicación dentro del Código ha sido cambiante, sin embargo, su presencia, es constante a lo largo de la codificación Penal Española, pues con algún otro matiz, aparecen en todos los Códigos Penales desde el CP de 1.822 hasta el vigente de 1.995.

El artículo 467 del Código de 1.995 es, además, heredero directo de los tipos previstos en el en los artículos 360 y 361 de CPTR de 1.973 –con la salvedad del secreto profesional que ha pasado ha tipificarse en el art. 199.2 como un delito contra la intimidad-

Con el nuevo CP de 1.995 se han producido, a grandes rasgos, una serie de modificaciones en relación a la anterior regulación de estos delitos:

1ª.- Se ha operado en los mismos un cambio de ubicación y de denominación ya que han pasado de ser considerados como delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos incluidos dentro de las conductas prevaricadoras, para integrarse en el Título de los Delitos Contra la Administración de Justicia calificados como deslealtades profesionales, lo que no puede menos que tildarse de absolutamente acertado.

2ª.- Se ha extraído de los mismos la revelación de secretos profesionales, lo que también resulta plausible, y sin duda trae causa o es consecuencia del cambio de ubicación sistemática de tales conductas.

## SEGUNDA PARTE

### DIMENSIÓN VALORATIVA DEL TIPO: EL BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

El análisis de un tema tan trascendental como es el del bien jurídico tutelado por el tipo penal, requiere el establecer unas rigurosas pautas de estudio que permitan una delimitación lo más precisa posible del mismo, para ello resulta imprescindible, partir del examen pormenorizado del Título XX del CP –“Delitos contra la Administración de Justicia”- al objeto de identificar el bien jurídico que en el mismo se protege, para a continuación, analizar la agrupación de delitos que integran el Capítulo VII –“De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional”-; y, finalmente, descender a la propia descripción típica del art. 467 con el objeto de deducir el bien jurídico afectado. Todo ello justifica, en cierta medida, la sistemática que sigue la segunda parte de esta investigación.

Las líneas directrices de la investigación, por lo tanto, están dirigidas hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico -tomado como bien jurídico genérico- en favor de una dimensión, en cuanto sea posible individual, particularista, del objeto de tutela, reconstruido con líneas específicas para la norma en estudio, lo que supone un esfuerzo que, en definitiva, va de lo universal a lo particular.

La opción sobre el bien jurídico protegido en estos delitos va a conllevar, como es lógico, una solución distinta para cada problema de interpretación del tipo<sup>13</sup>. En ese sentido

---

<sup>13</sup> Aunque algunos autores como DE LA CUESTA AGUADO minimizan la incidencia del bien jurídico en la configuración del injusto al señalar que:

*“la pretensión de mantener la operatividad del bien jurídico pasa, primero, por admitir su carácter de límite interno y, por tanto, inseguro, impreciso, secundario y poco efectivo para limitar el ius puniendi y, segundo, por una revisión de las funciones reales que cumple el bien jurídico. Ello no quiere decir, sin embargo, que el bien jurídico haya de desaparecer del concepto del delito, pero sí que las funciones que le toca desempeñar serán bastante más modestas aunque, probablemente, más efectivas de las que hasta ahora se venían pregonando.”;* en DE LA CUESTA AGUADO, P, M; “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto (VII)”. *Página Paz en la Red. Sistemas penales del tercer Milenio.* (<http://www.terra.es/personal/pazaguado/>).

se justifica que los primeros esfuerzos investigadores deban ir dirigidos a la concreta y correcta delimitación del interés jurídico - penal tutelado, pues ello va a condicionar el resto de las líneas de investigación a seguir.

## CAPÍTULO TERCERO

# **LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO MARCO LEGISLATIVO EN QUE SE UBICAN LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES: ANÁLISIS DEL TÍTULO XX DEL CÓDIGO PENAL.**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El actual emplazamiento de las deslealtades profesionales de abogados y procurador – antiguas prevaricaciones de abogado y procurador- bajo el Capítulo VII -De la obstrucción a la justicia y deslealtad profesional- del Título XX –Delitos contra la Administración de Justicia-, ha supuesto, desde luego, una interesante novedad sistemática, que ha venido a zanjarse la problemática engendrada por la interrelación de colectivos profesionales como son los abogados y procuradores, y su catalogación asimilada a los funcionarios que efectuaba el CPTR de 1.973. Las repercusiones de este cambio de ubicación no son tema baladí, el análisis detallado del Título XX, es punto de referencia inexcusable en orden al adecuado entendimiento del artículo 467 y, de las figuras delictivas que en él se recogen, y, sobre todo, resulta esencial en orden a la correcta delimitación del bien jurídico protegido como ya he puesto de manifiesto.

## II. EL TÍTULO XX DEL CÓDIGO PENAL DE 1.995: “LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”.

### 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El CP español de 1.995 en el Título XX del Libro II bajo la rúbrica de “Delitos Contra La Administración de Justicia”, recoge una serie de figuras delictivas bastante heterogéneas, y cuyo punto de confluencia *teóricamente* radica en que, todas ellas, de algún modo, afectan o tienen relación con la Administración de Justicia; ello no obstante, han surgido voces en la doctrina que han puesto de manifiesto el hecho de que no todas las conductas integradas en el Título XX son propiamente delitos contra la Administración de Justicia, pues estiman que no es éste el bien jurídico tutelado en todas ellas, o al menos no está tan claro que lo sea, en el sentido de que algunos de los delitos en él incluidos afectan más a otros bienes jurídicos que a la propia Administración de Justicia, tal es el caso de los de carácter personal a que se alude en el tipo de omisión del deber de impedir determinados delitos, o el honor en el delito de acusación y denuncias falsas, o la integridad en el ejercicio de las funciones de abogado y procurador en el delito de deslealtad profesional.<sup>14</sup>

Pero también se produce el fenómeno que pudiéramos llamar opuesto, es decir, determinadas conductas punibles aparentemente relacionadas con la Administración de Justicia se tutelan en otros Títulos del CP como es el supuesto de la usurpación de funciones judiciales tipificada en el artículo 508 del vigente Código. Por todo ello, y, en principio, no se puede afirmar que todas las infracciones que directa o indirectamente atentan contra la Administración de Justicia estén recogidas en el Título que nos ocupa, de manera que, la mayoría de los penalistas que se aproximan al estudio del tema experimentan la sensación que pudiéramos describir gráficamente con la expresión de que “*ni están todas las que son, ni son todas las que están.*”

La existencia del Título XX en el CP de 1.995, encuentra su justificación en el interés del Estado y de los ciudadanos en remover todos los obstáculos que impiden o enturbian el correcto funcionamiento de la *Administración de Justicia*, y por tanto, en garantizar la efectividad del *Poder Judicial* en su actual configuración dentro del marco del

---

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, F en: *Derecho Penal, parte especial*, decimoquinta edición. Valencia 2.004, pp. 875 y 876.

Estado Social y Democrático de Derecho, lo que resulta de todo punto esencial, en aras a no quebrantar la confianza de la sociedad en la *Justicia*, entendida ésta, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, no faltan voces –aunque ello no deja de ser discutible desde el punto de vista criminológico- que demandan que no se debe perder de vista el hecho de que dicha confianza en la Justicia tiene notables efectos preventivos en el terreno de la criminalidad, debido a que, quien conoce que no es fácil burlarla, y que si comete un delito tiene altas posibilidades de ser condenado, es probable que prefiera no enfrentarse a “la Justicia”; por el contrario, si se tienen opciones de eludir la condena, sea por el procedimiento que fuere, puede que no le importe o preocupe en exceso toparse de frente con *la maquinaria judicial*. A este respecto, me parece oportuno resaltar las siguientes palabras extraídas del Capítulo introductorio del Libro Blanco de la Justicia:

*“La confianza en la Justicia, la convicción de que Jueces y Tribunales van a responder adecuadamente y mediante una pronta y correcta aplicación de las leyes a las demandas de los ciudadanos, es un elemento esencial para el mantenimiento del respeto al ordenamiento jurídico y de la convivencia ciudadana.....”<sup>15</sup>.*

Por lo que respecta a su sistemática, el Título XX del vigente CP español, aparece estructurado en ocho capítulos, que se ocupan sucesivamente: de la Prevaricación (primero), de la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (segundo), encubrimiento (tercero), realización arbitraria del propio derecho (cuarto), acusación y denuncias falsas y simulación de delitos (quinto), falso testimonio (sexto), obstrucción a la justicia y deslealtad profesional (séptimo), y, del quebrantamiento de condena (octavo), con lo que, como puede apreciarse, el nuevo Título XX mantiene como núcleo central los delitos que en el Código anterior venían siendo considerados como atentatorios contra la Administración de Justicia -ACP Título IV del Libro II-, si bien, fiel al paulatino proceso evolutivo y de acrecentamiento de estos delitos, incorpora, por un lado, la prevaricación judicial y el encubrimiento -que en principio sólo cambian de ubicación dentro del CP-, y por otro, introduce, el novedoso Capítulo VII, rubricado: “De la obstrucción a la justicia y deslealtad profesional”; precisamente, la mayor parte de los

---

<sup>15</sup> *LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.997, p. 17.



denominados delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional, constituyen unas de las más destacables novedades no sólo del Título sino del propio CP de 1.995<sup>16</sup>.

En términos generales, el Título dedicado a los “Delitos Contra la Administración de Justicia”, ha destacado habitualmente por su defectuosa sistematización, a la que haré referencia más adelante, y por su tortuosa evolución histórica, caracterizada por una constante entrada y salida de tipos delictivos e incluso con nuevas denominaciones –que no siempre han llevado aparejado un cambio de contenido-; esta movilidad de los tipos penales destinados a la protección de la Administración de Justicia encuentra, como podemos apreciar, su continuidad en el vigente Código de 1.995 .

Por las razones expuestas, la gran mayoría de los autores, coinciden en calificar el Título de “Delitos contra la Administración de Justicia” como Título *permanentemente abierto*<sup>17</sup>. A esta situación ha contribuido fundamentalmente la falta de precisión en la determinación de un ámbito específico de protección penal común a todas las conductas punibles comprendidas bajo su rúbrica. En opinión de GARCIA ARÁN<sup>18</sup>, tal falta de concreción hay que buscarla fundamentalmente en tres dificultades con las que topan semejantes conductas delictivas:

- El carácter multívoco del concepto Administración de Justicia.
- La pluriofensividad de algunos de los delitos incluidos en el título.
- La dispersión en otros lugares del CP de tipos que mantienen también una cierta relación con la Administración de Justicia.

---

<sup>16</sup> TORIBIO GARCÍA, L, F; “Falsedad, delitos contra la Administración Pública”, *Estudios Judiciales / Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Madrid, 1.997, p. 517.

<sup>17</sup> Expresión con la que han bautizado este Título entre otros: PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Navarra, 2.000, p. 21, BENITEZ ORTÚZAR, I, F; *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional* Madrid, 1.999. p. 15, QUINTERO OLIVARES, G; *Comentarios a la parte Especial del Código Penal*, cit., p. 1.279, GARCIA ARÁN M; “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de 1.992”, cit., p. 519, MAGALDI / GARCÍA ARÁN; “Los Delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal”, en *Documentación Jurídica*, 1.983, pp. 1119-1120, GARCÍA MIGUEL, M; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Documentación Jurídica*, num. 37/40. Vol. II, 1.983, p. 1111..., etc.

<sup>18</sup> GARCÍA ARAN M, “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1.992”, en *Reforma criminal y reforma penal*, Homenaje a la memoria del Dr. Juan del Rosal, p. 520.

Se trata, sin duda, de cuestiones todas ellas, que merecen un tratamiento pormenorizado y que van a ser objeto de análisis en el presente capítulo tras un breve, pero imprescindible, recorrido por los antecedentes históricos del título de *Los Delitos Contra la Administración de Justicia*, dado que, no puede discutirse que la actual agrupación de estos delitos en el CP vigente -como en casi todos los delitos tipificados en el mismo-, es un reflejo de la evolución histórico-legislativa de nuestro Derecho Penal.

## 2. DEVENIR HISTÓRICO DEL TÍTULO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

CANTARERO BANDRÉS<sup>19</sup>, sitúa los orígenes de los delitos contra la Administración de Justicia, tanto en lo que se refiere a las figuras delictivas que los integran, como a la propia metodología de aglutinación de las mismas, en el Derecho Romano. Así muchos de los delitos que se agrupan actualmente como delitos contra la Administración de Justicia, en el Derecho Romano se consideraban como delitos contrarios al interés del Estado, entre ellos podemos señalar la omisión del deber de denunciar -previsto sólo para el delito de parricidio-. También se contemplaba en el Derecho Romano la calumnia, concepto acuñado por Marciano y cuya procedencia se situaba en las previsiones que acompañaban cautelarmente a la acusación con el fin de controlar la amplitud de ésta e impedir un ejercicio abusivo de la misma; el abandono injustificado o no autorizado de la acusación -llamado “Tergiversación”-; el perjurio, al menos el prestado en causa civil; el delito de soborno -*crimen falsi*-; los fraudes procesales dolosos, la prevaricación de diversas formas, la evasión de presos y el ejercicio arbitrario y violento del propio derecho. Los fraudes procesales aparentemente se castigaron en el Derecho imperial como “dolo procesal” imponiéndose penas públicas que lesionaban la libertad y el honor, y, en lo que respecta a la prevaricación, tal delito se expresó como hecho ilícito del defensor en las especies de pacto de *quotae litis* y prevaricación propiamente dicha.

La expresión *Delitos contra la Administración de Justicia*, según QUINTERO OLIVARES<sup>20</sup> “es de aparición temprana en el marco del *movimiento codificador europeo*.”

---

<sup>19</sup> CANTARERO BANDRÉS. R; *Administración de Justicia y Obstruccionismo Judicial*. Madrid, 1.995, pp. 15-16.

<sup>20</sup> QUINTERO OLIVARES G; en “Delitos Contra la Administración de Justicia”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1.980, p. 191.

Se encuentra ya en el Proyecto de CP para el reino itálico de 1.807 y en los Códigos de las dos Sicilias y Austriaco”. Sin embargo, por lo que respecta a España, la aparición, como tal, de un Título rubricado específicamente con el nombre de “Delitos Contra la Administración de Justicia” no se produce, hasta el CP de 1.928; por tanto, se trata de un título cuya existencia, con entidad propia, en la historia de la codificación penal española, es hasta cierto punto reciente.

Las razones que explican la tardía aparición en España de un Título de delitos contra la Administración de Justicia propiamente dicho, las sitúan algunos autores, en la tradicional *falta de simpatía*, que entre los ciudadanos de nuestro país, despiertan los Tribunales de Justicia y, por ende, en el distanciamiento que ha existido generalmente entre el pueblo español y sus Órganos Jurisdiccionales<sup>21</sup>; considero, no obstante, que, sin dejar de ser cierta tal afirmación, el motivo fundamental de que los Códigos Penales del siglo XIX no incluyeran un Título específicamente dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, responde más a las dificultades que ofrece la sistematización de tales figuras delictivas, que a otras posibles causas, pues lo cierto es que, el hecho de que no existiera un Título de delitos contra la Administración de Justicia como tal, no significaba que gran parte de las conductas que posteriormente se aglutinaron bajo tal criterio sistematizador no estuvieran tipificadas y castigadas ya por el legislador penal.

En efecto, con anterioridad al CP de 1.928, algunos tipos delictivos como era el caso de la acusación y denuncias falsas y el falso testimonio, se incluían en el CP de 1.870 entre las falsedades; y el quebrantamiento de condena se tipificaba junto con las coacciones, entre los delitos contra la libertad y la seguridad.

Ya en el Proyecto de 1.912, de COVIÁN Y LANDEIRA, se propugnó la sustantividad de un título independiente de los delitos contra la Administración de Justicia, que, sin embargo, no se produjo hasta el CP de 1.928, el cual integró en el Título VI - “Delitos contra la Administración de Justicia”, artículos 647 a 667-, los delitos de quebrantamiento de condena -hasta entonces entre los delitos contra la libertad y seguridad-, desórdenes en las prisiones, y, encubrimiento -lo que implicaba un alejamiento del funcionamiento de la actividad jurisdiccional como eje nuclear de estos delitos-.

---

<sup>21</sup> SERRANO BUTRAGEÑO. I (director) y OTROS; *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1.995, p. 6.

A partir de 1.928, el Título de *Delitos contra La Administración de Justicia* se fue sucesivamente enriqueciendo fundamentalmente por dos caminos:

- La tipificación de nuevas conductas, y
- El trasvase de figuras recogidas en otros títulos.

Dicho Título permaneció en el CP de 1.932, si bien añadiéndose nuevas figuras delictivas como son la acusación y denuncia falsa y el falso testimonio -ambas figuras procedentes del CP de 1.870 que las contemplaba en el Título dedicado a las falsedades-, y, extrayéndose el encubrimiento como delito autónomo, circunstancia ésta última que se mantuvo hasta la legislación inmediatamente anterior al vigente CP de 1.995, ya que, con el Texto de 1.995 desaparece el encubrimiento de la Parte General del Código como forma de participación en el delito y se vuelve a configurar como un delito autónomo. Así mismo, el CP de 1.932 comprendía bajo la rúbrica de Delitos Contra la Administración de Justicia, el quebrantamiento de condena y favorecimiento de evasión –incluida desde el Código de 1.848 en el Libro I -.

La presencia de un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia también se mantuvo en el Código de 1.944, en el que, además, se incorporó la simulación de delito y la realización arbitraria del propio derecho –ésta última incluida hasta ese momento entre las amenazas y coacciones-. Si bien, no puede obviarse el hecho de que el CP de 1.944 experimentó numerosas reformas<sup>22</sup> a lo largo de los años, de modo que podemos destacar los siguientes hitos legislativos:

- Por Ley de 17 de julio de 1.951, se añadió un nuevo Capítulo, concretamente el capítulo V, recogiendo la omisión del deber de impedir determinados delitos ( artículo 338 bis).
- En la reforma de 8 de Abril de 1.967 se incorporó al artículo 334 por el que se tipifica el quebrantamiento de la condena a privación del permiso de conducir.

---

<sup>22</sup> Se llegó a publicar un texto revisado en 1.963 y otro refundido en 1.973, sin olvidar luego las modificaciones inspiradas en el nuevo sistema democrático y, más exactamente, la Constitución de 1.978, que alcanzaron su punto culminante con la Ley Orgánica 8 / 1.983, de 25 de Junio, de reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

- En 1.978, por Ley de 28 de Diciembre, se agregó al artículo 338 bis la omisión del deber de poner en conocimiento de la autoridad determinados delitos.
- Ya en etapa post - constitucional la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de Junio de 1.983, introdujo, junto a las acusaciones y denuncias falsas, el primero de los delitos llamados de obstruccionismo judicial: el delito de coacciones y represalias contra denunciantes, partes procesales, intérpretes, testigos y peritos (artículo 325.bis), tomándolo del artículo 512 del Proyecto de C.P de 1.980, y del artículo 436 de la Propuesta de Anteproyecto de C.P de 1.983, y, suprimió las referencias a las penas de presidio que se contenían en el Título.
- Finalmente, la reforma operada por Ley Orgánica – LO- 3/1.989, de 21 de Junio, actualizó la cuantía de las multas y sustituyó en el artículo 338 bis la referencia a la “honestidad” por la de “libertad sexual”.

Así las cosas, la legislación inmediatamente anterior al vigente CP de 1.995, constituida, por el Texto Refundido de 1.973 ubicaba los Delitos contra la Administración de Justicia en el Título IV del Libro II dividido en cinco capítulos, e incluía las siguientes figuras delictivas: “Acusación y denuncias falsas”, así como los “atentados a la libertad de las partes, testigos o peritos”, “el falso testimonio”, “el quebrantamiento de condena y la evasión de presos”, “la realización arbitraria del propio derecho y la simulación de delito”, y, “la omisión de impedir determinados delitos o ponerlos en conocimiento de la autoridad”.

Tras la promulgación de la CE de 1.978 se sucedieron, como ya se ha indicado, numerosos textos proyectados de Código Penal con la finalidad de adaptar la legislación al nuevo orden establecido tras la implantación del Estado Social y Democrática de Derecho, y, en todos esos Proyectos aparece como algo libre de toda controversia la presencia de un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, pues:

El Proyecto de CP de 1.980, recogía en el Título XI del Libro II la regulación de los delitos contra la Administración de Justicia, incluyendo las figuras de omisión de funcionario de provocar la persecución de delitos, la prevaricación Judicial, y de abogado o

procurador, la obstrucción a la justicia, el quebrantamiento de la detención, el favorecimiento de evasión por parte de funcionario y la entrada indebida en territorio español.

En la PANCP de 1.983 los delitos contra la Administración de Justicia se ubicaban en el Título XVII incluyendo: la prevaricación, el favorecimiento personal y real, la obstrucción a la justicia por testigos y peritos, la entrada indebida en territorio español y la omisión por parte de funcionario de la persecución de delitos.

Finalmente los Proyectos de CP de 1.992 y de 1.994, comprendían dentro del Título XVII, denominado “Delitos contra la Administración de Justicia”, los delitos de: prevaricación, omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, encubrimiento de delitos, realización arbitraria del propio derecho, provocación indebida de actuaciones, falso testimonio, obstrucción a la justicia, deslealtad profesional y quebrantamiento de condena.

Por lo que respecta al vigente CP aprobado por LO de 23 de Noviembre de 1.995, en base fundamentalmente a los trabajos doctrinales de los últimos años, efectúa una nueva reordenación de los delitos contra la Administración de Justicia, de modo que, de un lado, incluye en el Título XX (artículos 446 a 471), conductas que el CPTR de 1.973 tipificaba dentro del Título de “los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, y, de otro lado, elabora una estructura interna diferente de la prevista en el Título IV del derogado Código de 1.973. El resultado supone la configuración definitiva de un Título de *Delitos Contra la Administración de Justicia* estructurado en los siguientes Capítulos:

- Capítulo I: “*La prevaricación*”. En el que se recogen figuras delictivas procedentes del Título VII: “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”.
- Capítulo II: “*De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución*”.
- Capítulo III: “*Del encubrimiento*”. Este Capítulo supone una verdadera novedad en nuestro Derecho Penal, pues el encubrimiento se regulaba en

los artículos 17 y 18 del Código de 1.973, como forma de participación. Al recogerlo ya en este Capítulo como delito autónomo se adopta una solución reclamada por la doctrina, admitida ya en el Proyecto de Silvela de 1.884, en el CP de 1.828 y en el Anteproyecto de Base del Libro I del CP del Ministerio de Justicia de 1.972 y que sólo en parte fue asumido por la Ley de 9 de Mayo de 1.950 que separó el encubrimiento con ánimo de lucro –receptación- del encubrimiento como forma de participación. Así mismo, esta solución era asumida por el Proyecto de 1.980 aproximándose al criterio de otros Códigos modernos como el italiano o el alemán.

- Capítulo IV: *“De la realización arbitraria del propio derecho”*. Ubicación que ha sido objeto de críticas al entender que además de la perturbación a la Administración de Justicia –lo que justificaría su inclusión en este Título-, se produce una perturbación de la libertad y seguridad individuales.
- Capítulo V: *“De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos”*. También, este Capítulo, ha sido objeto de críticas ya que estos delitos participan en gran medida de la naturaleza de los delitos contra el honor -de hecho en nuestros Códigos del siglo pasado se denominaban Acusación y denuncias calumniosas-.
- Capítulo VI: *“Del Falso Testimonio”*.
- Capítulo VII: *“De la obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional”* Se incluyen entre tales delitos la incomparecencias, sin justa causa, ante el órgano jurisdiccional en causa criminal (artículo 463), que en el CP anterior se castigaban, bien como denegación de auxilio entre los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos (artículo 371), bien como delito de desobediencia dentro de los delitos contra la seguridad interior del Estado (artículo 237). Así mismo, los delitos “contra la libertad de las partes en el proceso” tipificados en el antiguo artículo 325 bis, se extraen del capítulo dedicado a la acusación y denuncias falsas y se

ubican con otros comportamientos que afectan con carácter obstructivo el desarrollo de la función jurisdiccional, y finalmente, **las deslealtades profesionales de abogados y procuradores** abandonan los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos - ahora, contra la Administración Pública-, para incluirse entre los delitos contra la Administración de Justicia.

- Capítulo VIII: “*Del quebrantamiento de condena*”, dentro del cual se incluye la infidelidad en la custodia de presos, que conformaba el Capítulo II del Título VII del derogado Código de 1.973 .

No obstante, la ampliación y reestructuración del Título XX, es evidente que, aparentemente, han quedado al margen determinadas figuras delictivas que podrían haberse incluido en el mismo, como las que afectan al aspecto ideológico o político de la Administración de Justicia, cual es la independencia del Poder Judicial como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico, cuya lesión se encuentra sistemáticamente situada en otro lugar del CP -usurpación de funciones, detenciones ilegales cometidas por funcionarios,... etc.- <sup>23</sup>y que se han incluido otras, como es el caso del artículo 467 fundamentalmente el párrafo segundo, cuya tipificación como delito contra la Administración de justicia puede llegar a ser más que discutible, pero todo ello será objeto de estudio más detenido en las próximas páginas.

### 3. AMBITO DE PROTECCIÓN PENAL EN EL TÍTULO XX : EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

#### 3.1 *Consideraciones Generales.*

La correcta determinación del bien jurídico-penal protegido en el Título XX del Código de 1.995- como en cualquier otro Título del Código- es una cuestión esencial o de primer orden, teniendo en consideración la función que, en general, cumple el bien jurídico consistente fundamentalmente en limitar, justificar y explicar la concreta intervención del Derecho Penal, en otras palabras, la búsqueda del contenido exacto del "bien jurídico"

---

<sup>23</sup> O, desde otra perspectiva, el alzamiento de bienes en el marco de una causa judicial.



limita el *Ius Puniendi* estatal y establece, de manera precisa, las conductas de las que es necesario protegernos, pues haciendo propias las siguientes palabras de Jescheck: "*El Derecho Penal no puede intervenir siempre que se produzcan perturbaciones de la vida comunitaria, sino que ha de limitarse a la protección de valores fundamentales del orden social*".

Por otra parte, el estudio, así como, cualquier intento de reforma de los tipos penales que se comprenden dentro del ámbito de protección del Título de los delitos contra la Administración de Justicia debe estar guiada por la correcta individualización de los intereses que se entienden tutelados y, por tanto, el debate sobre el bien jurídico se convierte en un aspecto de vital importancia.

Ahora bien, la concreción del bien jurídico-penal, común objeto de protección por todos los delitos tipificados con el específico nombre de *delitos contra la Administración de Justicia* es, desde luego, un tema controvertido tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia, que aún no ha encontrado una solución plenamente satisfactoria y que ha acaparado la problemática central de estos delitos. La vaguedad e imprecisión de que adolece el Título XX en lo que respecta a la determinación de un bien jurídico que sirva de hilo conductor a todas las conductas punibles que en él se recogen, y que permita una correcta sistematización de las mismas, ha motivado que en la doctrina, se hayan apuntado diversas opiniones al respecto, que contienen tanto referencias a la idea de Justicia, como al Poder Judicial, o a la función estatal de administrar justicia, así como, al interés del Estado en la corrección de las resoluciones o, finalmente, a la puesta en marcha de la Administración de Justicia.

La tarea de encontrar un único bien jurídico en el que confluyan todas las conductas punibles incluidas en el Título XX debe partir del análisis de la terminología utilizada por el propio legislador Penal para denominar dicho Título -"Delitos contra la Administración de Justicia"-, ya que, la rúbrica de cada título y capítulo del CP es el referente inexcusable para enunciar y delimitar el contenido de los bienes jurídicos allí protegidos, además de poner de manifiesto la elección o preferencia por parte del creador de la Ley de una determinada técnica de tipificación.

El primer e imprescindible paso para la consecución del fin propuesto exige, por tanto, un esfuerzo conceptual considerable, que nos permita hallar una definición satisfactoria de lo que se debe entender por *Administración de Justicia*, y, ello, con absoluta independencia de que finalmente tal definición permita que la misma pueda ser considerada como bien jurídico digno de tutela penal, y, de que proporcione un adecuado criterio sistematizador de las distintas conductas punibles. En todo caso, y con carácter previo, considero necesario, poner de relieve que cualquier esfuerzo encaminado a definir la Administración de justicia debe estar guiado por lo dispuesto en nuestro texto Constitucional de 1.978, como inspirador de la totalidad del ordenamiento jurídico.

### 3.2 *Concepto de Administración de Justicia*

La determinación del concepto “Administración de Justicia”, es pues, de crucial trascendencia. De lo que se entienda por “Administración de Justicia” va a depender, como ya he tenido ocasión de apuntar con anterioridad, la fijación de dos cuestiones de enorme importancia para el objeto de nuestro estudio y que se encuentran íntimamente entrelazadas, tales cuestiones son:

- la concreción del ámbito de protección penal, es decir, la determinación del específico bien jurídico protegido en el Título XX del CP.
- Y, la adopción de un criterio sistematizador adecuado y satisfactorio para el conjunto de delitos que tutelan dicho bien jurídico.

Pese a que en un principio pudiera parecer sencillo, la definición de lo que se entiende por *Administración de Justicia* no resulta en absoluto fácil, precisamente el carácter multívoco del concepto “Administración de Justicia”, ha enturbiado considerablemente la interpretación y estructuración del catálogo de figuras delictivas comprendidas bajo la rúbrica de “Delitos contra la Administración de Justicia”, y ha dado lugar a las más importantes controversias doctrinales entorno a estos delitos.

Si efectuamos una mera aproximación gramatical descomponiendo la expresión y analizando por separado cada uno de los términos que la integran (Administración / Justicia) vemos como la palabra “Administración” -Del Latín *administratio*, -onis-, es

definida en el Diccionario de La Real Academia Española de La Lengua (RAE)<sup>24</sup>, en su acepción más general, como “Acción de Administrar”, lo que nos remite, pues, al significado del vocablo “Administrar”, apareciendo como posibles acepciones del mismo: “Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan”; “dirigir una institución”; “Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad”, etc.

Por su parte la “justicia”, es una palabra que encierra muy diversos significados y los más variados sentidos, así en el Diccionario de la Real Academia se da una primera definición como: “virtud que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde”, pero también se recogen otras como: “Atributo de Dios por el cual arregla todas las cosas en número, peso y medida. Divina disposición con que se castigan las culpas...”; “Derecho, Razón, Equidad...”; “Lo que debe hacerse según derecho o razón: “Pido justicia”; “Pena o castigo publico”; “Ministro o tribunal que ejerce Justicia”; “Ejecutor de Justicia”, .....; .

Entrelazando las dos primeras definiciones que de “Administración” y de “Justicia” da la Real Academia obtendríamos que “la Administración de Justicia es la acción de gobernar, ejercer la autoridad o mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan para dar a cada uno lo que le corresponde”. Definición que no deja de ser ilustrativa, pero sumamente imprecisa y genérica.

No obstante, a mayor abundamiento, cabe poner de manifiesto, que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua en cuanto a la expresión *Administración de Justicia*, utiliza tres posibles significados de la misma:

1. Sistema de Jueces y Tribunales.
2. Organización y funcionamiento de este sistema.
3. Gestión del sistema judicial y de su actividad.

A título ilustrativo, me parece interesante extraer una “particular” definición de Justicia diseñada *ex profeso* para el ámbito del Derecho Penal por el Diccionarios Jurídicos especializados, el cual se expresa en los siguientes términos: “Justicia es para Derecho Penal la finalidad de esta rama del Derecho, mediante la aplicación de las normas jurídicas

---

<sup>24</sup> *DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA.*, vigésimo segunda edición, 2.001

existentes, que nos lleva a tratar de forma desigual a los desiguales, partiendo de la idea originaria de que cada persona es un mundo completamente distinto al resto de las personas jurídicas o físicas y que, por tanto, a cada caso hay que aplicar dentro de los límites legales las circunstancias personales y objetivas en cuestión y de la persona a la que se va a administrar la justicia”<sup>25</sup>

Este *maremagnum* de posibles combinaciones y definiciones que pueden encontrarse en todo tipo de diccionarios y manuales no contribuye en absoluto al esclarecimiento del concepto, sino antes al contrario, se llega a un punto de absoluta confusión del cual surgen múltiples preguntas: ¿Qué significación hay que dar, en puridad jurídica, a la expresión *Administración de Justicia*?, ¿Son sinónimas las expresiones, *Justicia*, *Poder Judicial*, *Administración de Justicia* y *función Jurisdiccional*? ¿Se corresponde el concepto generalmente aceptado de *Administración de Justicia* con lo que cabe entender por la misma a los efectos del Título XX del Libro II del Código Penal de 1.995? ¿Es la *Administración de Justicia* un bien jurídico digno de protección penal independiente?

Resulta innegable, que al hablar de “Justicia”, entran en juego una serie de conceptos que no siempre se utilizan con la suficiente precisión -quizás porque algunos de ellos están tan interrelacionados que no es posible deslindarlos-, entre esos conceptos podemos señalar los siguientes:

- El ideal de *Justicia*, entendida como un bien que se administra.
- El *Poder Judicial* como concepto político dentro del esquema de división de poderes, y, a la vez, como concepto funcional equivalente al ejercicio de la *potestad jurisdiccional*.
- La *Administración de Justicia* como función estatal.
- La *Administración de Justicia* como conjunto orgánico integrante de la *Administración del Estado*.

Debe insistirse nuevamente en resaltar que cualquier depuración conceptual de los diferentes términos expuestos -sobre todo si queremos encontrar un concepto de *Administración de Justicia* que justifique la consideración de la misma como bien jurídico

---

<sup>25</sup> DEL ARCO TORRES. M. A (coordinador); en *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, 1.985, p. 202.

digno de protección jurídico – penal-, debe tomar como punto de referencia nuestro Texto Constitucional; no en vano, y sin perjuicio de las objeciones que a las mismas puede realizarse, las teorías constitucionales sobre la determinación material de los bienes jurídicos sitúan el proceso de criminalización primaria en la decisión del constituyente.

La CE de 1.978 habla de **Justicia** proclamándola entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico al señalar textualmente en el artículo 1.1 que: “*España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho que propugna como principios inspiradores de su ordenamiento jurídico la libertad, la Justicia, la igualdad y el pluralismo político*”; por otra parte, el Título VI de la Constitución del 1.978 lleva por rúbrica “**Del Poder Judicial**”, expresión que sólo se había utilizado en las Constituciones de 1.873 y 1.869, y, cuyo empleo en la de 1.978, en sustitución de otras contenidas en textos constitucionales anteriores, tales como “De la Justicia” o “De la Administración de Justicia”, trata de poner de relieve de una forma inequívoca, que el Judicial constituye uno de los tres poderes del Estado junto con el Legislativo y el Ejecutivo; y finalmente, la expresión **Administración de Justicia**, que es empleada en la Constitución en diversas partes de su articulado, si bien no siempre con el mismo significado<sup>26</sup>.

Seguidamente vamos a entrar en el examen de los diferentes conceptos que se barajan a fin de intentar encontrar una respuesta a los diversos interrogantes planteados:

### 3.2.1 La Justicia.

Pese a que, como se acaba de indicar, la CE proclama a la Justicia como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que la *Justicia* no es un valor claramente identificable en abstracto. Para muchos juristas, la Justicia se asimila al Derecho Natural, aunque la dificultad surge en determinar el contenido de ese Derecho. Se

---

<sup>26</sup> A modo de ejemplo podemos señalar: el artículo **125**: “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*”, el artículo **121**: “*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*”, El artículo **122.1**: “*La Ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.*”, artículo **149.1.5º**: “*El Estado tiene competencia exclusiva:..... 5ª Administración de Justicia*”

ha llegado a identificar la Justicia con los contenidos de la libertad del sistema democrático, y en este sentido, se ha concluido que la justicia como valor superior no añade nada a la Libertad y a la Igualdad, tal como resulta del escaso y confuso uso que hace el Tribunal Constitucional de este valor.

La finalidad específica, que diferencia, precisamente, al Derecho de otros órdenes, es *la Justicia*, sin embargo, muy pocas cosas definitivas se han dicho para entender la Justicia en este sentido, el motivo de ello, se centra en que no es posible encontrar un solo concepto, concreto, y real de Justicia, aunque se pueda dar una definición formal y, en éste sentido, generalizable de la Justicia.

Los fines del Derecho han variado históricamente en función de los sistemas sociales, y, según los poderes dominantes de cada sistema. Y todos los sistemas jurídicos se han autodefinido como instrumentos al servicio de la Justicia. La falta de una determinación universal y constante de la Justicia, no quiere decir, que no se la pueda definir, concebir e incluso asumir como compromiso social o individual. Lo que ocurre simplemente es que, al ser una cuestión radicalmente ideológica, no cabe encontrar una definición o la respuesta de su sentido con esa objetividad y universalidad que el hombre pretende para responder a todo lo que en su existencia presenta el interés de la pregunta sobre *¿Qué es la Justicia?*. Esto significa, que no hay una definición o un concepto de justicia, sino múltiples, variados y contradictorios.<sup>27</sup>

CARRARA habla de tres grandes sentidos de la palabra *Justicia*, un sentido *abstracto*, conforme al cual la Justicia se configura como la idea que expresa un orden supremo definidor de lo justo y lo injusto que determina las relaciones entre los hombres - *el ideal de la justicia*-; un sentido *concreto*, según el cual la palabra *Justicia* tiene un significado tendente a clarificar ese ideal a un hecho humano determinado, y, un sentido *mixto*, que participa de los dos anteriores al entender que la *Justicia* como: “ordenamiento con el cual el Estado, a través de sus leyes, crea unas instituciones en las que coloca a determinados sujetos para que, mediante actos y formas determinadas, conviertan en

---

<sup>27</sup> LÓPEZ CALERA .NM , *Introducción al estudio del Derecho*, Granada , 1.988, p. 107-108.

prácticos los preceptos legales, conviertan en concreto lo que en la ley se expresa de forma abstracta y hagan la Justicia según Justicia allí donde la necesidad lo requiera”<sup>28</sup>

Desde la perspectiva de la Justicia en sentido abstracto, metafísico, como realización de un ideal, ésta significa el derecho a castigar como fundamento de un orden ideal, divino, superior, y este postulado nos conduce a la conclusión irremediable de que todos los delitos son contra la Justicia en la medida en que todos lesionan el ideal de la Justicia. A la vista de lo expuesto ¿Puede estimarse en éste sentido a la *Justicia* como bien jurídico protegido por el Título XX? Las opiniones doctrinales parecen bastante unánimes en este punto, así de forma resumida podemos recoger las siguientes:

GARCIA ARÁN<sup>29</sup> descarta considerar objeto inmediato de protección penal la “idea” de Justicia, por tratarse de un concepto excesivamente vago. Así mismo, MAGALDI/GARCÍA ARÁN<sup>30</sup> afirman que en un Estado Social y Democrático de Derecho, la Justicia no es un concepto “ius naturalista” anclado en concepciones metafísicas, sino que equivale a la aplicación del Derecho vigente, cuya finalidad, llevada a cabo por un específico sector estatal y a través de unos cauces concretos, es la de resolver conflictos sociales.

BENITEZ ORTÚZAR<sup>31</sup> señala que la idea de Justicia como ideal abstracto no puede ser la que abarque el Título XX, pues en el Estado Democrático de Derecho el concepto de Justicia es el de una Justicia formal, que no puede ser otra que el resultado de la aplicación de la Ley material a través de los requisitos procesales preestablecidos en las leyes de procedimiento, con la característica añadida de que ambas leyes –sustantiva y procesal– son elaboradas por un parlamento democrático. Desde otra opción, la elaboración de un concepto de “Justicia material”, identificado con el “ideal de Justicia” abstracto, implicaría el análisis de la aplicación de la “Justicia” en cada caso concreto, tomando en

---

<sup>28</sup> CARRARA, *Programa del curso di diritto criminale, Parte speciale, V*, Firenze, 1.905, p. 2.476.

<sup>29</sup> GARCÍA ARÁN, M; “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia..”. cit., p. 520.

<sup>30</sup> MAGALDI / GARCÍA ARÁN; “Los Delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal”. cit. p. 1122.

<sup>31</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional.*, cit., p. 28.

consideración valores materiales en particular, al margen, en determinados casos, de la propias leyes sustantivas y de procedimiento.

Por su parte, PÉREZ CEPEDA<sup>32</sup>, estima igualmente que pretender tutelar un ideal de Justicia resulta imposible ya que cualquier acto injusto, sea delictivo o no, afecta o lesiona a dicho ideal. Ello, no obstante, puede admitirse que una de las acciones de la Administración de Justicia pueda ser la realización del fin último de la *Justicia*. Coincide en esta conclusión QUINTANO RIPOLLES<sup>33</sup>, cuando considera a la Administración de Justicia como una actividad destinada a actuar y procurar que la verdad del Derecho prevalezca por encima de todo. En la misma línea de pensamiento, QUINTERO OLIVARES<sup>34</sup>, después de dibujar un esquema sobre la protección de bienes jurídicos en cuatro grupos -al señalar que la tutela penal de la Administración de Justicia puede interpretarse: 1. Protección de la Administración de Justicia como parte de la Administración pública, y no como soporte del Poder Judicial, como conjunto orgánico integrante de la Administración del Estado. 2. Protección de la Administración de Justicia como actividad propia del Poder Judicial, es decir, como una actividad propia de la función del Estado. 3. Protección de la “idea de Justicia” como bien que se administra y que estos delitos vulneran en el sentido de que impiden o dificultan que pueda realizarse. 4. Se persigue reforzar la sumisión y respeto al Poder Judicial y a sus decisiones, así como la defensa de la independencia del mismo-, llega a la conclusión, de que el fin último de estos cuatro grupos es el de la Justicia, entendida unas veces como función, otras como deber de sumisión de lealtad o de colaboración con ella.

La conclusión que modestamente me permito extraer de todo lo expuesto se concreta en que la Justicia constituye uno de esos conceptos que todos sabemos lo que es pero que ninguno podemos definir con exquisita perfección al entrar dentro del resbaladizo y difuso ámbito del pensamiento ideológico. Lo que resulta de todo punto evidente, y, en lo que cualquier ciudadano coincide, es que *La Justicia* constituye uno de los valores superiores que debe inspirar nuestro ordenamiento jurídico – ordenamiento del que forma parte el CP-, así como, uno de los pilares fundamentales para una sociedad democrática cuya

---

<sup>32</sup> PÉREZ CEPEDA, AI. *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores.*, cit., p. 28.

<sup>33</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1.966, pp. 657-658.

<sup>34</sup> QUINTERO OLIVARES, G. “Los Delitos contra la Administración de Justicia”, *El Proyecto de Código Penal.*, cit., pp. 192 y ss.



convivencia debe residir en el respeto a la legalidad. Desde esta perspectiva la Justicia es específicamente protegida por todos y cada uno de los Títulos, Capítulos y artículos en que se estructura nuestro CP, y, por supuesto, también es objeto de protección en el Título XX, lo que sucede es que la dimensión del bien jurídico “*Justicia*” es tan excesivamente genérica y abstracta, que no es posible atribuirle como patrimonio exclusivo de protección a un grupo específico de delitos, ni siquiera por los que tutelan la Administración de Justicia.

### 3.2.2. El Poder Judicial

No menos problemas plantea la definición de la expresión *Poder Judicial*, su consideración como objeto de protección penal, y, su distinción, si es que se puede llegar a establecer con nitidez, de los conceptos Administración de Justicia y función jurisdiccional, al tratarse todos ellos de conceptos interdependientes. Las dificultades pueden estar motivadas por la doble acepción que recibe el sintagma “Poder Judicial” como concepto político dentro del esquema de división de poderes y, al mismo tiempo, como concepto funcional, a lo que cabe añadir el confusionismo al que ha contribuido la propia CE al utilizar la expresión “Administración de Justicia” con diferentes significados; así, en los artículos 125 y 149.1.5ª, la expresión se emplea como sinónimo de *Poder Judicial*; en cambio, en los artículos 121 y 122.1, la locución parece emplearse en relación a la globalidad del conjunto orgánico, jurisdiccional o no, ordenado al funcionamiento de los órganos judiciales.

Desde el punto de vista gramatical el vocablo *Poder Judicial*, se define por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, como: “*el que ejerce la Administración de Justicia*”.<sup>35</sup>

Por su parte algún Diccionario especializado de Términos Jurídicos en relación al Poder Judicial señala que: “*con esa denominación se conoce al llamado tercer poder del Estado de Derecho, está consagrado en la CE de 1.978 y lo detentan los Jueces y*

---

<sup>35</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Vigésimo segunda edición. 2.001

*Magistrados. Se encuentra configurado como un Poder autónomo e independiente cuyo órgano de gobierno lo constituye el Consejo General del Poder Judicial*.<sup>36</sup>

En cualquier caso, la importancia del mismo se hace patente en el Título IV de la CE de 1.978 que lleva por rúbrica: “Del Poder Judicial”(artículos 117 a 127); la elección de esta denominación, en lugar de la de “De la Administración de Justicia” fue en opinión de TOMÁS Y VALIENTE<sup>37</sup> tan consciente como significativa. Con tal denominación, señala MONTERO AROCA<sup>38</sup> quisieron los constituyentes romper con el pasado y no sólo a nivel terminológico, es más, la opción por la misma responde a la decisión de los constituyentes de que en España exista, al menos desde 1.978, un verdadero *Poder Judicial*, lo que se puso de manifiesto en los propios debates parlamentarios sobre la Constitución de 1.978, en los que hubo intentos para que el Título “Del Poder Judicial” modificara su denominación por “De la Justicia”, pero todos los argumentos fueron rechazados de forma contundente.

El artículo 117 párrafo 1º de la Constitución establece de forma textual que: “*La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley*”. Estimo que la expresión: “*La Justicia emana del pueblo*” es claramente inexacta, porque lo que el Constituyente ha querido decir es que “**el Poder Judicial**” -al igual que los restantes poderes-, emana del pueblo, la Justicia es un valor que no crea el pueblo, sino que ha de ser reconocido y aplicado.

El Estado constitucional se asienta sobre la división material de funciones y la separación formal de poderes. Ello significa que se reconocen en la actividad estatal “cometidos” de muy diferente naturaleza material que son, básicamente, reconducibles a tres: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Con el propósito de intentar optimizar la eficacia en su realización el constitucionalismo atribuye cada una de esas tres funciones a diferentes órganos, o conjuntos de órganos, del Estado. El *Poder Judicial* está compuesto,

---

<sup>36</sup> DEL ARCO TORRES, M. A (coord.); *Diccionario Básico Jurídico*, cit., p. 267.

<sup>37</sup> TOMAS Y VALIENTE F. “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, 1,989., p. 13.

<sup>38</sup> MONTERO AROCA, J; *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Madrid 1.990, p. 113.

en consecuencia, por el conjunto de órganos que, de acuerdo con la Constitución y las leyes tiene atribuida la función jurisdiccional.

Lo primero que se pone de manifiesto al analizar el *Poder Judicial* es su composición diferenciada respecto de los otros dos poderes del Estado. En efecto, la función legislativa estatal se atribuye a un solo órgano, las Cortes Generales<sup>39</sup>; y la función ejecutiva, aunque puede entenderse atribuida a todos los órganos administrativos, se identifica fácilmente en otro órgano, el Gobierno, al que la totalidad de la Administración Central está vinculada por una relación de jerarquía. El Poder Judicial, sin embargo, es un poder difuso, predicable de todos y cada uno de los órganos judiciales del país cuando ejercen función jurisdiccional, función que, ejercen sin relación alguna de sujeción jerárquica. Ello quiere decir, que el ejercicio de esa función es particularmente complejo, debido a esa diversidad de órganos. Hay quien como PERFECTO ANDRÉS<sup>40</sup> ha considerado que la expresión *Poder Judicial*, no puede emplearse en el sentido de un verdadero Poder, sino que tal expresión tiene un sentido más bien aproximativo y responde a la necesidad de un ámbito de independencia para el cometido institucional de administrar justicia. Ello no obstante, estimo que no cabe la menor duda de que el *Poder Judicial* constituye un verdadero Poder cuyas competencias son juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que está compuesto exclusivamente por los Jueces y Magistrados, siendo el hecho de administrar justicia lo que integra a dichos Jueces y Magistrados dentro del Poder Judicial. Ahora bien, considero que una de las causas que enturbian el carácter de Poder del *Poder Judicial* y lo hacen parecer difuso y pasivo radica en el hecho de que cada uno de sus órganos es depositario de la potestad jurisdiccional, en palabras de ciertos procesalistas<sup>41</sup> “Cada órgano, cuando actúa,

---

<sup>39</sup> La potestad legislativa, o potestad de dictar leyes, se atribuye en nuestra Constitución a las Cortes Generales tras afirmar el art. 66 en su número 1º que “las Cortes Generales representan al pueblo español y que están formadas por el Congreso y el Senado”, añade en su número 2º que “las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”. Ahora bien, debido a la estructura territorial del Estado Español, la potestad legislativa, entendida como potestad de dictar leyes, no corresponde en nuestro sistema constitucional únicamente a las Cortes. La existencia de Comunidades Autónomas dotadas de autonomía política y con Parlamentos propios, hace que la Constitución atribuya, al menos implícitamente, también potestad legislativa a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. Por otro lado, La Constitución prevé la posibilidad de que el Gobierno, por razones de urgencia, pueda dictar Decretos-Leyes, que son normas con rango de Ley, aunque las mismas deben ser convalidadas por las Cortes (art. 86). E, incluso, puede por delegación de las Cortes dictar normas que también tienen rango de Ley como son los Decretos Legislativos (art. 82) en sus dos manifestaciones de Textos Refundidos y Textos Articulados de Leyes de Bases.

<sup>40</sup> ANDRÉS IBÁÑEZ PERFECTO; *El Poder Judicial*. (escrito con CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ). Madrid, 1.986, p. 29.

<sup>41</sup> ALMAGRO NOSETE, J; GIMENO SENDRA, V; CORTES DOMÍNGUEZ, V; MORENO CATENA, V; *Derecho Procesal*, Valencia, 1.991, p. 51.

*se considera parte indivisible del Poder Judicial y al mismo tiempo depositario de todo el Poder Judicial*". También se le ha achacado por algunos autores como SERRANO BUTRAGUEÑO<sup>42</sup> que el Poder Judicial carece de iniciativa propia, exceptuando, en cierto modo, el orden penal, en contraposición con los poderes Legislativo y Ejecutivo que serían poderes más concentrados y activos.

Visto lo expuesto, *¿Constituye el Poder Judicial, en su consideración de uno de los poderes del Estado, y dentro del marco político de la división de poderes el bien jurídico tutelado en el Título XX del Libro II de nuestro Código Penal?*

Entre las opiniones doctrinales al respecto podemos destacar las siguientes:

La acepción política del Poder Judicial dentro del esquema teórico de la división de poderes, en opinión de GARCÍA ARÁN<sup>43</sup> es un concepto que resulta excesivamente vago para ser considerado como objeto inmediato de protección penal. Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>44</sup> considera que el legislador en el Título XX podía haber optado por la tutela del Poder Judicial como uno de los poderes del Estado, pero no ha sido así, al tipificar en el Capítulo III del Título XXI "Los delitos contra las instituciones del Estado y contra la división de poderes", comprende a aquellos que atentan contra el Poder Judicial como institución o como tal poder del Estado, de este modo, el Poder Judicial queda únicamente como posible bien jurídico tutelado unitario dentro del Título XX que se analiza, ahora bien, no como tal poder del Estado, sino específicamente en lo referente a la función que la Constitución le otorga, es decir, la función de administrar Justicia encomendada a Jueces y Magistrados. Tratar de dar otro sentido a la rúbrica "Delitos contra la Administración de Justicia", incluyendo los tipos referentes a las "instituciones del Estado", relativos al Poder Judicial – como uno de los tres poderes del Estado, junto al Legislativo y al Ejecutivo-, sería algo así como crear una "legislación especial" para un sector de la función pública, lo que no es aconsejable en un Estado democrático.

---

<sup>42</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO. I (director) y OTROS, *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., p. 17

<sup>43</sup> GARCÍA ARÁN, M; "Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia..", cit., p. 520.

<sup>44</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF. *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., p. 28.

PÉREZ CEPEDA<sup>45</sup>, con una visión que comparto plenamente, señala que los tipos penales tipificados como delitos contra la Administración de Justicia, son conductas difícilmente imaginables como ataques al concepto de Poder Judicial como poder del Estado, entendido como estructura política, ya que se trata de delitos que no sólo afectan a intereses relacionados con la Justicia, sino que atacan o atentan contra bienes jurídicos e intereses de personas particulares a través de cuya lesión se pretende llegar a la perturbación del servicio y funcionamiento de la Justicia. Con ello, no se quiere obviar el que mayoritariamente, los delitos contra la Administración de Justicia, en la medida de que distorsionan gravemente los fines y las funciones del proceso, tienen como sujeto pasivo al Estado y, en éste caso concreto, a los órganos que conforman el Poder Judicial.

No es, en mi opinión, el Poder Judicial, en cuanto uno de los poderes del Estado, el interés objeto de tutela por los delitos contra la Administración de Justicia, y la razón no se encuentra sólo en que se trate de un bien jurídico excesivamente vago, que no lo es, sino en la propia naturaleza de las figuras delictivas que se describen en el Título XX, y en la vocación de las mismas a la perturbación del funcionamiento de la Administración de Justicia.

### 3.2.3 Potestad Jurisdiccional y Poder Judicial

No obstante todo lo expuesto hasta este momento, parece evidente el hecho de que la CE de 1.978 contempla al Poder Judicial desde dos perspectivas distintas:

- Una perspectiva *Orgánica*: encaminada al ejercicio de la *función jurisdiccional*.
- Una perspectiva *Funcional*: o sea, esa *función jurisdiccional* en sí misma considerada.

Resulta difícil proporcionar un concepto general de potestad jurisdiccional, e incluso de jurisdicción, por el carácter cambiante y contingente de dicha función. Históricamente, la existencia del concepto de jurisdicción, como medio de imponer coactivamente la aplicación del Derecho en casos controvertidos, ha revestido muchas formas, ha sido ejercido por órganos de distintos tipos. Incluso el concepto de monopolio estatal de la

---

<sup>45</sup> PÉREZ CEPÉDA, A. I: *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 29.

jurisdicción es un concepto relativo, baste recordar las potestades jurisdiccionales de las autoridades religiosas, la jurisdicción señorial ...etc.

Aún admitiendo que, en la mayoría de los ordenamientos modernos, la potestad jurisdiccional es ejercida por órganos estatales, no se puede asociar sin más jurisdicción a la actividad de los Tribunales. Incluso en ordenamientos como el estadounidense o el francés, basados en principios de corte liberal, como la separación de poderes, la independencia del Poder Judicial,... etc, subsisten atribuciones jurisdiccionales en Organismos ajenos al Poder Judicial, como las facultades judiciales de las Cámaras en juicios políticos del tipo del “impeachment” norteamericano. Del mismo modo, facultades parecidas a las jurisdiccionales son ejercidas por organismos administrativos. Baste pensar en las facultades concedidas a los Juzgados Marítimos Permanentes y al Tribunal Marítimo Central, en materia de salvamento y remolque marítimo, por la Ley 60/1962 de 24 de Diciembre, de Auxilios, Salvamentos Hallazgos y Extracciones Marítimos; preceptos éstos, aún vigentes, que confieren a esos organismos de carácter administrativo, facultades parecidas a las de la jurisdicción civil, en orden a solventar conflictos entre particulares relativos a la ejecución de contratos de salvamento o remolque. En el extremo contrario, órganos jurisdiccionales ejercen facultades que no se pueden encuadrar dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional, tales como gran parte de las actuaciones de jurisdicción voluntaria, o los expedientes de convocatoria judicial de junta de accionistas de la Sociedad Anónima. Igualmente, el Registro Civil es una actividad esencialmente administrativa, aunque esté encomendada a los Juzgados. Esta confusión entre actividades jurisdiccionales y administrativas, no deriva solo de la asunción de facultades materialmente administrativas por órganos judiciales, sino que, son muchas veces razones puramente coyunturales o de política legislativa las que ocasionan que conductas parecidas puedan dar lugar a actuaciones administrativas o jurisdiccionales. Por ejemplo, con arreglo a los artículos 305 y 307 del CP, conductas similares son o no constitutivas de delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en consideración, no a la naturaleza de la conducta, sino a la cuantía de lo defraudado, de tal modo que tales actuaciones pueden dar lugar a la apertura de expediente sancionador, o a la incoación de un proceso penal.

Esta pluralidad de situaciones, constituye una dificultad considerable para elaborar un concepto uniforme de jurisdicción, de alcance universal, habida cuenta de la pluralidad de

circunstancias. Un concepto demasiado amplio de potestad jurisdiccional, puede llevarlo a la imposibilidad real de deslindarlo de la actividad de otros órganos administrativos.

Apoyándose en el artículo 117 de la Constitución, MORENO CATENA, CORTÉS DOMÍNGUEZ y, GIMENO SENDRA señalan que: *“El Poder Judicial, integrado por Jueces y Magistrados a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley y al Derecho, la soberanía nacional ha otorgado en exclusiva la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente les ha legitimado para la resolución jurídica, motivada, definida e irrevocable, de los conflictos inter-subjetivos y sociales, para la protección de los Derechos subjetivos, el control de la legalidad y la complementación del Ordenamiento Jurídico”*<sup>46</sup>; esta definición, no resulta satisfactoria en cuanto inserta en el concepto de jurisdicción la creación judicial del Derecho a través de la jurisprudencia. Tampoco resulta convincente partir para la fijación del concepto de jurisdicción de la naturaleza de los órganos que la ejercen. En efecto, *“genéricamente, el vocablo “jurisdicción” expresa, bien subjetivamente, una prerrogativa o cualidad del mando o poder político, o bien, por traslación objetiva, el ámbito territorial sobre el que se ejerce la autoridad o mando. De modo específico, sin embargo, lo jurisdiccional es asimilable a lo judicial: así que función jurisdiccional y función judicial vienen a representar una misma cosa: actividad del Estado ejercida por medio de sus órganos propios (órganos jurisdiccionales o jueces) para resolver, con carácter definitivo, los conflictos jurídicos entre ciudadanos, mediante la eficaz aplicación de las normas jurídicas. La jurisdicción se identifica, en este sentido, con la función de impartir o administrar justicia (...) sin embargo, con carácter más restringido, dentro de una concepción específica de jurisdicción, función judicial y función jurisdiccional no expresan en su totalidad contenidos equivalentes, pues cabe que los jueces desarrollen cometidos no estrictamente jurisdiccionales, por ejemplo, cuando actúan en razón de los llamados actos de jurisdicción voluntaria y cabe también que otros órganos, no estrictamente judiciales, desarrollen funciones jurisdiccionales”*<sup>47</sup> (...). La función jurisdiccional que han de desarrollar unos determinados órganos jurisdiccionales,

---

<sup>46</sup> MORENO CATENA, V; CORTES DOMÍNGUEZ, V; GIMENO SENDRA, V; *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1.997, p.37.

<sup>47</sup> Tal es el caso del Tribunal Constitucional, que sólo ejerce función jurisdiccional cuando resuelve recursos de amparo. El TC por su naturaleza y función no se incardina en el seno del Poder Judicial.

*se dinamiza o actúa en razón de un poder específico, llamado “potestad”, atribuido a los mismos (...).*<sup>48</sup>

De cualquier forma, como señala DE OTTO: *“La tarea de definir la función jurisdiccional, aún hoy objeto de un vivo debate en la doctrina, no tiene tan sólo un alcance científico o clasificatorio, sino que viene impuesta y ha de estar presidida por un concreto imperativo constitucional: el monopolio o exclusividad de la jurisdicción (...). Tal imperativo se contiene en el artículo 117.1 de la Constitución según el cual “la Justicia se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley” y se reitera en el artículo 117.3, al decir que: “La potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”. La definición de jurisdicción, por lo tanto, ha de partir de un imperativo constitucional concreto, en virtud del cual es obligado someter cierta función del Estado, la que se denomina en la Constitución “Justicia” o “potestad jurisdiccional” a un determinado grupo de órganos, los Juzgados y Tribunales, excluyendo que puedan ejercerla órganos de otras características. Todo ello quiere decir, que es preciso un concepto absoluto de jurisdicción, un concepto en el que ésta se identifique a partir de un determinado contenido material de la función misma, con abstracción total de quién sea su titular. Una actividad será entonces jurisdiccional, y caerá bajo el imperativo del monopolio jurisdiccional, sea cual sea el órgano que la ejerza”*<sup>49</sup>

Con el fin de evitar disquisiciones interminables sobre el concepto de *Potestad Jurisdiccional*, habrá de atenderse a la configuración actual de la misma, tal como viene definida en el artículo 117.3 de la Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial – LOPJ-. En este sentido, los elementos que vendrían a caracterizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional según GIL CRESPO<sup>50</sup> serían:

1. la capacidad de decisión de su titular,

---

<sup>48</sup> ALMAGRO NOSETE, J; GIMENO SENDRA, V; CORTES DOMÍNGUEZ, V; MORENO CATENA, V; *Derecho Procesal*, cit., p. 49.

<sup>49</sup> DE OTTO, I; *Estudios sobre el Poder Judicial*, M. J, Madrid, 1.989, pp. 17-18.

<sup>50</sup> GIL CRESPO, J. A; “El Secretario Judicial y la potestad Función Jurisdiccional”, *EJ/ Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Madrid, 1.999, pp. 237 y ss.



2. su ejercicio en relación con concretas pretensiones de actuación de derecho,
3. la independencia del titular de dicha potestad,
4. la irrevocabilidad de las decisiones, y,
5. la plenitud de la jurisdicción, entendida en sentido de capacidad, no sólo de resolver, sino de ejecutar lo resuelto, hasta su total actuación.

Considero, que resulta verdaderamente difícil deslindar conceptualmente función Jurisdiccional y Poder Judicial al tratarse de conceptos interdependientes, en la medida de que el concepto funcional del Poder Judicial, equivale al ejercicio de la potestad jurisdiccional, con lo que, entraríamos dentro de lo que se denomina definiciones circulares, de las resulta prácticamente imposible escapar y que poco aportan a la investigación; particularmente, me inclino por la definición que de **Jurisdicción** se efectúa en el ámbito de el Derecho procesal, en el sentido de: *la potestad conferida con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales para resolver los conflictos Inter-subjetivos, a través del cauce del proceso, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*<sup>51</sup>.

#### 3.2.4 Administración de Justicia y Poder Judicial.

Parece evidente que la función de administrar justicia presupone necesariamente un Poder Judicial, que integrado exclusivamente por Jueces y Magistrados, ejerza la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

Para autores como CRUZ VILLALÓN<sup>52</sup> las expresiones *Administración de Justicia* y *Poder Judicial* son equivalentes en base a que la vigente CE utiliza indistintamente ambas expresiones, inclinándose el constituyente por la expresión *Poder Judicial* a la hora de referirse predominantemente al aspecto orgánico de la “Administración de Justicia” y utilizando la fórmula *Administración de Justicia* a la hora de contemplar el “Poder Judicial” en su aspecto funcional.

---

<sup>51</sup> MADRIGAL GARCIA, C (coord.); *Temario de Derecho Procesal Civil. Judicatura*. Editorial Carperi. Madrid. 2.000. Tema 6, p.4.

<sup>52</sup> CRUZ VILLALÓN P: “La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía”, en *El Poder Judicial*. Madrid, 1.983, pp. 918-919.

Distinta es la opinión de otros autores como el constitucionalista GARCÍA MORILLO<sup>53</sup> el cual considera que la diversidad de términos y significados no oscurece, sin embargo, la nítida distinción entre *Poder Judicial* y *Administración de Justicia*; lo que diferencia a ambos, es la caracterización del primero como poder del Estado -separado de los otros dos e independiente de ellos-, derivada de la función constitucional que realiza, mientras que la Administración de Justicia, sin embargo, se encuentra funcionalmente subordinada al Poder Judicial, en la medida en que consiste en un conjunto de medios personales y materiales que se ordenan al mejor cumplimiento de los fines de aquél. Los medios personales se integran con una diversidad de cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia: Secretarios Judiciales, oficiales, auxiliares, agentes, médicos forenses, y, eventualmente, personal no funcionarial. Los medios materiales, por su parte, son todos aquellos precisos para el recto cumplimiento de las funciones judiciales, y su provisión corresponde al Gobierno o a las Comunidades Autónomas que hayan asumido las correspondientes competencias. Los medios materiales y personales, en su conjunto, configuran lo que gráficamente se ha dado en llamar “administración de la Administración de Justicia”.

Por otro lado, la distinción *Poder Judicial* y *Administración de Justicia*, responde, a la doble naturaleza de la tarea de impartir justicia. El Poder Judicial, es un poder de el Estado; pero la función de administrar Justicia es, también, una actividad prestacional del Estado, un servicio público, derivado del monopolio estatal del poder jurisdiccional entendido como poder de declarar y hacer efectivo el Derecho. En tanto que, el Poder Judicial es plenamente independiente de los otros dos poderes, la Administración de Justicia, como actividad prestacional, se incardina en la responsabilidad que corresponde al ejecutivo por el funcionamiento de los servicios públicos en general.

SERRANO BUTRAGUEÑO<sup>54</sup>, estima que es difícil separar el concepto de Administración de Justicia del de Poder Judicial y que la única nota distintiva entre ambos provendría de la diferenciación entre lo orgánico y lo funcional.

---

<sup>53</sup> GARCÍA MORILLO J: “El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal”, en *Derecho Constitucional*, Vol. II, Valencia 1.997, pp. 213 y ss.

<sup>54</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO. I (director) y OTROS, *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., p. 22

En el aspecto *orgánico*, el *Poder Judicial* está constituido por el conjunto de órganos que desarrollan la función de ejecutar y aplicar imparcialmente la Ley, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer la tutela judicial efectiva. Aunque, también cabe entender conceptualmente el Poder Judicial como institución, como abstracción, al igual que otros poderes del Estado.

La *Administración de Justicia*, en su aspecto *funcional*, es la encargada de hacer viable la labor de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, según las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan.

Evidentemente, estimo que, dentro del término Administración de Justicia confluyen diversos aspectos o actividades:

- la actividad jurisdiccional.
- la actividad procedimental.
- la actividad estrictamente administrativa.

Esa diversidad a la que acabo de aludir ha dado lugar a que determinados autores hablen de Administración de Justicia en un sentido amplio y en un sentido estricto, tal es el caso de CRESPO MONTES<sup>55</sup>, quien identifica la Administración de Justicia en sentido estricto con la potestad jurisdiccional y la Administración de Justicia en sentido amplio con la gestión de recursos personales, materiales, tecnológicos y financieros.

Entre ambos extremos, SERRANO BUTRAGUEÑO<sup>56</sup>—posición también apoyada por Benítez Ortúzar<sup>57</sup>—, aboga por un concepto intermedio de Administración de Justicia que

---

<sup>55</sup> CRESPO MONTES, F; ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O.; CORRALES MARTÍN A.; GÓMEZ MARTÍN, J; GÓMEZ MOLINO, A; IRIGOYEN AMO, C.; y YUSTE BARRASA, J; “La administración de justicia: de la teoría a la práctica”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1674, 1.993, p. 82.

<sup>56</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I (director) y OTROS, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., pp. 26 y 75 “El concepto de Administración de Justicia es difícilmente separable del de Poder judicial (...). En cualquier caso, ésta puede entenderse en un concepto estricto —juzgar y hacer ejecutar lo juzgado—, en un concepto amplio —incluyendo los medios materiales, humanos y tecnológicos que guarden alguna relación con la Administración de Justicia—, y, en un concepto intermedio o procedimental, que es el apropiado a los efectos del Título IV del Libro II del Código Penal”(se refiere al Código Penal de 1.973)

<sup>57</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., p. 30

comprenda tanto la actividad jurisdiccional como procedimental, entendiendo la actividad procedimental en sentido lato, es decir, incluida la actividad de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia, y propone la sustitución de la rúbrica de “Delitos Contra la Administración de Justicia”, por la de “Delitos contra la Realización de la Justicia”.

### 3.2.5 Conclusiones

¿Existe un concepto de Administración de Justicia plenamente satisfactorio y que permita la consideración de la misma como bien jurídico protegido en los diferentes tipos de delitos ubicados en el Título XX del CP?

Bajo mi personal punto de vista, y a pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina, la respuesta a esta pregunta es sumamente difícil, estimo que ninguno de los posibles sentidos con que se interprete la expresión de Administración de Justicia es, por sí sólo, y con exclusión de los demás, plenamente satisfactorio para abarcar todas las conductas previstas en dicho título, ya que cada una de esas conductas inciden sobre diferentes aspectos de la Administración de Justicia, y no siempre se contempla el mismo aspecto de ésta ni con el mismo sentido. Por todo ello, y a pesar de los inconvenientes, convengo con TORIBIO GARCÍA<sup>58</sup> en tres notas o características comunes a todos los delitos del Título XX:

1º.- Se protege a la Administración de Justicia en cuanto soporte de la actividad jurisdiccional, si bien sólo es posible una protección relativa y fragmentaria.

2º.- No se puede pretender tutelar un “ideal de Justicia”, sino más bien aspectos formales de la vida de la Justicia. En el supuesto del delito de prevaricación judicial –arts. 446 y 447 del CP de 1.995- con la expresión “injusta” ¿cabría incluir aquellas resoluciones que aún cuando resulten ajustadas al tenor literal de las normas sean contrarias a la justicia material? Piénsese, por ejemplo, en los numerosos casos que se plantean en la práctica, en los que se utilizan procedimientos perfectamente legales para fines totalmente injustos o de fraude, es decir, aquellos casos en los que se realiza una instrumentalización de la justicia y de los procedimientos judiciales. En tales supuestos, entiendo que en modo alguno es

---

<sup>58</sup> TORIBIO GARCÍA, L. F; “Falsedad, Delitos contra la Administración.....”, cit., p. 517 y 518.

posible hablar de prevaricación, en aras a la seguridad jurídica, siendo el legislador el que debe paliar en definitiva tales situaciones procurando un acercamiento entre la justicia material y formal, a tal respecto, hay que tener en cuenta que el fundamento del Derecho no radica en una estricta legalidad, sino en una legitimidad material a la que la propia legalidad se remite; la Justicia dota de sentido al ordenamiento jurídico en su conjunto por lo que la comunicación de la Justicia con del Derecho habrá de ponderarse no sólo en la fase de aplicación, sino también, y de manera fundamental, en la previa de elaboración de las normas.

3°.- Por último, todos los tipos tienen una vaga relación con el fin último de la Justicia, entendido de diferentes maneras, según los tipos, bien como función, como realización de un ideal o como deber de sumisión o respeto o lealtad y colocación con ella.

#### 4. LA HIPÓTESIS DEL BIEN JURÍDICO COMÚN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. LA PLURIOFENSIVIDAD DE LOS TIPOS PENALES DEL TÍTULO XX.

Dejando a un lado las polémicas en torno al concepto de Administración de Justicia, surge necesariamente la pregunta de si *responden los delitos del Título XX del libro II a la protección de un bien jurídico común* –sea éste la Administración de Justicia, la potestad jurisdiccional, el Poder Judicial,...o cualquier otro-.

Se trata sin duda de una cuestión para cuya resolución se han dedicado grandes esfuerzos doctrinales, y sobre la que se han vertido multitud de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, destacando un amplio sector doctrinal que ha tenido a bien en considerar que el bien jurídico común a los diferentes tipos debe ser *la función de Administrar correctamente la justicia*.

A continuación vamos a exponer las diferentes opiniones elaboradas por los autores, así como el punto de vista de la doctrina Jurisprudencial, para finalmente extraer una serie de conclusiones al respecto.

##### 4.1 Posturas Doctrinales.

Haciendo un breve repaso de las principales posturas doctrinales en torno a este tema, resulta absolutamente necesario consignar las siguientes opiniones autorizadas al respecto:

SERRANO GÓMEZ<sup>59</sup>, señala que: “el bien jurídico protegido es principalmente *el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*, institución fundamental para la convivencia social y desarrollo de las libertades y otros principios democráticos de cualquier país.”

GONZÁLEZ RUS<sup>60</sup>, sitúa el objeto de protección en los presupuestos necesarios para la correcta Administración de Justicia: “*La concreción de qué es lo que el Código considera relevante en orden a la tutela penal de la Administración de Justicia debe hacerse desde una visión funcional de la misma que ponga en evidencia cuál es su cometido constitucional. Situada en ese marco, la Administración de Justicia, en cuanto organización de medios, procedimientos y recursos personales y materiales, no puede ser en sí objeto de tutela penal, sino que la protección debe atender a la función a la que aparece destinada. O lo que es lo mismo, debe enfocarse desde la perspectiva del servicio que sustancialmente presta y que no es otro que el de servir de garantía última de los derechos e intereses personales y sociales, resolviendo conflictos y preservando los derechos y los legítimos intereses de los ciudadanos, conforme a la ley, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. (...). Probablemente la más exacta de todas sea la que apela directamente a la administración de Justicia o al servicio público de la Administración de Justicia, entendidas en una dimensión funcional y sustancial expuesta. (...). En todo caso, los delitos recogidos en el Título deben ser interpretados desde una dimensión sustancial, enfocándolos unas veces desde la perspectiva de la prevención –exigiendo la colaboración ciudadana o prohibiendo conductas que impiden el descubrimiento del delito o la persecución y castigo de los autores-, otras desde la del enjuiciamiento y el desarrollo del proceso –asegurando los presupuestos materiales de la justicia de las resoluciones-; otras, en fin, desde la ejecución –sancionando el incumplimiento del deber de acatarlas-. Sólo así puede encontrarse un denominador*

---

<sup>59</sup> SERRANO GÓMEZ, A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal, Parte especial*, Madrid, 2.004, p.772.

<sup>60</sup> GONZALEZ RUS, J. J; “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo. II* Madrid 2004, pp 851 y 852.

*común capaz de justificar el tratamiento conjunto de comportamientos tan diversos como los que se regulan en este Título XX.*

*En la mayoría de los casos, la lesión a la Administración de Justicia que provocan estos delitos supone al tiempo un peligro abstracto para bienes jurídicos personales, por lo que puede apreciarse el correspondiente concurso de delitos cuando se produzca la lesión efectiva de alguno de ellos.”*

MUÑOZ CONDE<sup>61</sup>, considera como objeto de protección la Administración de Justicia misma: “...el Título XX adolece de una cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico protegido e, incluso, algunos de los delitos en él incluidos afectan más a otros bienes jurídicos (...), que a la administración de Justicia. A pesar de todo, lo que les da sentido y autonomía es su relación con la Administración de Justicia, y con ella, al mismo tiempo, con el Poder Judicial....”.

GARCÍA ARÁN<sup>62</sup>, habla de la función estatal de administrar justicia como objeto de tutela jurídica en los siguientes términos: “... me manifesté partidaria de situar el objeto de protección de éste Título en la Administración de Justicia atribuida constitucionalmente a Jueces y Magistrados; función consistente en administrar, en nombre del Rey, “aquello” que emana del pueblo y que se concreta en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (...) en el Título que nos ocupa, se recoge la protección de la función jurisdiccional específica, lesionable también por quienes no se encuentran encargados directamente de su ejercicio”.

*“Obsérvese que esta reagrupación de delitos antes desperdigados por el Código, tiene un claro denominador común: lo que les une es la aptitud de los comportamientos para afectar al desempeño de la función de administrar Justicia como una de las actividades de prestación del Estado, concretada en un cauce legal exigible que es el proceso, fuera del cual no se administra Justicia...”<sup>63</sup>*

---

<sup>61</sup> MUÑOZ CONDE, F: *Derecho Penal, parte especial*, cit., pp. 875 y 876.

<sup>62</sup> GARCÍA ARÁN, M; “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia..”. cit., p. 520.

<sup>63</sup> GARCÍA ARÁN, M; “Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1.995, en “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 4 . 1.997, p. 280.

CALDERÓN CEREZO<sup>64</sup>, en relación al bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración de Justicia se expresa en los siguientes términos: “*El bien jurídico que se protege es la Administración de Justicia, si bien esta afirmación genérica deberá concretarse en varios de los tipos que el Título comprende, ya que no es sólo el denominado servicio público de la Administración de Justicia (la función jurisdiccional más precisamente), lo que se tutela sino además otros bienes más o menos conexos (...). Sobre las críticas sobresale la conclusión de que la voluntad del legislador es sancionar penalmente las transgresiones al normal desenvolvimiento de la Administración de Justicia, en su consideración de potestad jurisdiccional del Estado, a la que corresponde resolver en Derecho los conflictos de intereses sometidos a su conocimiento, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (artículos 117.3 de la Constitución Española y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)*”.

BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>65</sup>, se plantea tres posibles bienes jurídicos susceptibles de protección unitaria por los tipos penales comprendidos bajo la rúbrica del Título XX: el *ideal de Justicia*, el *Poder Judicial* como uno de los poderes del estado, y, la *función estatal de Administrar justicia* (función jurisdiccional), y considera que los dos primeros deben rechazarse, el *ideal de justicia* porque en un Estado social y democrático de Derecho, sólo cabe un concepto *formal* de la Justicia, y el *Poder judicial*, porque como tal, es ya objeto de protección en el Título XXI del Libro II del CP. Por tanto, la *función estatal de administrar justicia*, es la única que encuentra sentido autónomo de protección independiente concretado en la *correcta aplicación de la justicia formal* –entendiendo por justicia formal el resultado de la aplicación de la ley material a través de los requisitos procesales preestablecidos en las leyes de procedimiento elaboradas por un parlamento democrático-.

CALVO-RUBIO BURGOS<sup>66</sup>, llega a la conclusión que del estudio de las distintas resoluciones judiciales recaídas en torno a los tipos comprendidos en el articulado del

---

<sup>64</sup> CALDERÓN CEREZO, A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal, parte especial*, Barcelona, 2.001, p. 543.

<sup>65</sup> BENITEZ ORTÚZAR , I.F; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit. pp. 28 y ss.

<sup>66</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, J. A; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”, *EJ /MF*, Madrid, 1998, p. 465.



Título XX, el bien jurídico protegido lo es la propia Administración de Justicia, si bien no de manera abstracta, sino en su funcionamiento ordinario, es decir, se trata de proteger el *normal y correcto funcionamiento* de la administración de Justicia, por tanto, debe definirse la Administración de Justicia como “la función estatal de administrar justicia que se desempeña en modo exclusivo por los integrantes del llamado Poder Judicial a través de los cauces de un proceso”.

GONZÁLEZ RUS<sup>67</sup> aboga por una concepción funcional de la Administración de Justicia, y señala que el sentido de la administración de Justicia en este Título es muy amplio, acogiendo muy distintos aspectos de la función jurisdiccional, por eso la determinación concreta del aspecto específicamente protegido en cada caso debe hacerse en atención a cada figura delictiva en particular, y, por tanto, los delitos recogidos en este Título deben ser interpretados desde una dimensión sustancial.

Para PÉREZ CEPEDA<sup>68</sup> la más acertada posición en torno al bien jurídico – penal protegido en los delitos contra la Administración de Justicia es la que atiende a una visión funcional y constitucional de la Administración de Justicia y considera superada la posición de QUINTANO<sup>69</sup> que parte del proceso –como cauce para administrar justicia- y de la afectación a sus distintas fases argumentando que determinados delitos como la realización arbitraria del propio derecho o la omisión del deber de impedir determinados delitos van más allá de las actuaciones de los órganos de justicia y se extienden a la esfera individual de los ciudadanos sancionando su falta de colaboración o impidiendo que asuman poderes reservados al Poder Judicial. La autora subraya que para el análisis de los diferentes tipos contemplados en el Título XX deben ser interpretados desde una *dimensión sustancial*, que acoja tanto aspectos que aparecen directamente relacionados con el ejercicio estricto de la función jurisdiccional como la prevaricación judicial, el falso

---

<sup>67</sup> GONZALEZ RUS, J. J; “Delitos contra la Administración de Justicia”, cit, p. 852.

<sup>68</sup> PÉREZ CEPÉDA, A. I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., pp. 29 y ss.

<sup>69</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Comentarios al Código Penal, Revista de Derecho Privado*. cit., pp. 657-658, quién señala de forma textual que: “la cuestión de la naturaleza de estos delitos y el señalamiento del signo distintivo de su substantividad son problemas indisolublemente ligados al concepto que se tenga del proceso, en relación con la voluntad de las partes y con su complejo carácter de relación jurídica y de función pública (del civil, principalmente, por supuesto). Y dada la unánime tendencia a proclamar la substantividad del Derecho Procesal y a acentuar las esencias públicas del proceso civil, cada vez menos esclavizado al formalismo y al imperio de las partes, parece obligada una más efectiva protección a los altísimos bienes jurídicos que en él se ventilan.”

testimonio, algunos casos de obstrucción a la justicia, como otros aspectos que exigiendo la colaboración ciudadana con la justicia constituyen el presupuesto de su posibilidad de actuación tal es el caso del encubrimiento y la omisión del deber de promover la persecución de determinados delitos, o que contemplen aspectos relacionados con los operadores jurídicos como la deslealtad profesional, o bien que sancionen el incumplimiento del deber de acatar las resoluciones como el quebrantamiento de condena; por todo ello, habrá que acudir a cada tipo delictivo contenido en el Título XX para determinar concretamente el interés específicamente protegido en cada caso, teniendo en todo caso presente el carácter pluriofensivo de la mayoría de los delitos contra la Administración de Justicia. Para PÉREZ CEPEDA el concepto amplio de bien jurídico que ha mantenido el CP de 1.995 lleva a una concepción de la justicia como ámbito que afecta a los ciudadanos en cuanto consumidores de un servicio público y no sólo como justiciables. Se plantea si la vía penal es la más idónea para proteger este servicio estatal de administrar Justicia en sentido amplio o en virtud del principio de *última ratio* debe limitarse a garantizar los aspectos esenciales de las funciones y los fines de proceso debido, dejando los ataques menos graves al ámbito de las sanciones y de los recursos procesales.

SERRANO BUTRAGUEÑO<sup>70</sup> propugna como bien jurídico protegido *la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva* (artículo 24.1 de la Constitución Española), es decir el Derecho a que la Justicia, en todo caso, se realice en las mejores condiciones para su efectividad, y destaca la importancia de este bien jurídico en el Estado de Derecho y la necesidad de su protección por el DP, debiendo sustituirse la rúbrica de “Delitos contra la Administración de Justicia” del Título XX por la de “Delitos contra la realización de la Justicia” y ejercer una *vis atractiva* sobre los distintos tipos que, ubicados en otros lugares del CP, afecten de forma directa a la realización de la Justicia. Para este autor la viabilidad del Derecho a la Tutela Judicial efectiva habrá de comprender la protección penal de:

1. La exclusividad y autoridad de la jurisdicción y la independencia, incompatibilidades e inamovilidad de sus miembros.
2. El libre y lícito acceso a la jurisdicción.
3. El Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

---

<sup>70</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO. I (director) y OTROS; *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., pp. 30 y ss.

4. El deber de colaboración con la Justicia.
5. El Derecho a un proceso justo, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas.
6. El Derecho a la prueba lícita.
7. El Derecho a obtener una resolución imparcial, fundada en Derecho, que ponga fin al proceso.
8. El deber de acatar y cumplir las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos.

SUAREZ LÓPEZ<sup>71</sup> considera que el bien jurídico de los delitos contra la Administración de Justicia es la tutela judicial efectiva, y estima que tal bien jurídico no resulta incompatible con todas las demás opciones que se barajan por la doctrina –proceso, función jurisdiccional o normal funcionamiento de la actividad judicial-, sino al contrario, dichos conceptos se integran dentro de la idea de tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido. Tal planteamiento se aproxima bastante a la opción sostenida por SERRANO BUTRAGUEÑO que acabamos de exponer, no obstante, se aparta de la misma en el sentido de estimar que no es la viabilidad o probabilidad de la tutela judicial efectiva el valor que se pretende proteger, sino el derecho mismo. El carácter complejo del derecho a la tutela judicial efectiva va a dificultar enormemente la determinación de las conductas que deben ser penadas bajo el marco penal.

SERRANO PIEDECASAS<sup>72</sup> pone de manifiesto que la única nota en común es que todas estas conductas delictivas afectan al bien jurídico que tutela la actividad jurisdiccional, cuya lesión se lleva a cabo por distintos caminos.

#### *4.2 El Bien Jurídico Protegido en el Título XX y la Jurisprudencia: Pluriofensividad de los Tipos.*

*¿Cual es la postura de la Jurisprudencia en relación al bien jurídico Administración de Justicia?*

---

<sup>71</sup> SUAREZ LÓPEZ J, M; *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada, 2.000, pp. 235 y ss.

<sup>72</sup> SERRANO PIEDECASAS J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, 1.996, p. 408.

Los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse a cerca de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido no de forma general, sino con relación a las distintas resoluciones judiciales llevadas a cabo sobre el articulado incluido en los diferentes capítulos que integran este Título. Así podemos destacar entre otras, las siguientes resoluciones:

- En relación a la acusación y denuncias falsas, podemos mencionar la STS de 25 de Mayo de 1.997 (RJL Rnº 45/1.996)<sup>73</sup> que apunta –aún reconociendo el carácter pluriofensivo del tipo penal- como uno de los bienes jurídicos protegidos la correcta actuación, el buen hacer de la Administración de Justicia; la S AP Almería de 22 de Abril de 1.999 (RJL Rnº 63/1.999)<sup>74</sup>, que señala como esta modalidad delictiva constituye un ataque a la

---

<sup>73</sup> STS de 25 de Mayo de 1.997,- ponente Moner Muñoz-, el fundamento jurídico cuarto. “...es procedente hacer una referencia a cuál sea el bien jurídico en el delito de acusación y denuncia falsa, importante para describir la esencia del tipo penal y, pese a su ubicación en el Código, se trata de uno de los delitos denominados como pluriofensivos, es decir, de aquellos que protegen al mismo tiempo varios bienes jurídicos, en éste caso, probablemente con análoga intensidad, la correcta actuación, el buen hacer de la Administración de Justicia, por una parte, y el honor de la persona afectada por otra...”

<sup>74</sup> S AP Almería 22 de Abril de 1.999 –ponente Gálvez Costa-: “...En este sentido, hemos de anotar como bien refiere el recurrente, que se trata de un tipo “pluriofensivo” en la medida en que junto a la protección de la “Administración de Justicia”, se encuentran tutelados otros intereses particulares como el honor del denunciado (STS de 19 de Septiembre de 1.990). Carácter dual que es reconocido, en práctica unanimidad, por la doctrina por cuanto el objeto de protección no se agota en la protección de la Administración de Justicia, ya que si el delito o falta no es atribuido a un sujeto en concreto no es posible estimar su existencia. A ello debemos unir tres argumentos tradicionales a favor de la dualidad de bienes jurídicos protegidos:

- los antecedentes histórico legislativos del precepto que nos ocupa, llevan a cierta identificación con la denuncia calumniosa y la delación.
- La concordancia de la descripción legal de esta figura y de la calumnia, que sólo se diferencian en el especial elemento subjetivo del tipo del segundo delito, del ánimo de desacreditar socialmente al sujeto pasivo, que impone la admisión de figuras concursales entre ambas (Antonio MG, Delitos contra la Administración de Justicia). Ello lleva a que la acusación y denuncia falsa sea posible cometerla por dolo eventual, mientras que la calumnia no.( MC Derecho Penal, Parte Especial, pág. 729).
- La existencia a lo largo de todo el Código Penal (tanto de 1.973 como de 1.995) de otras figuras pluriofensivas.

Es lo que la doctrina Alemana llama la “Teoría de la Acumulación”, la simultanea puesta en peligro de un bien jurídico colectivo (la Administración de Justicia) y de bienes jurídicos individuales (intereses personales del falsamente acusado), lo que justifica la existencia y la penalidad asignada en el STBG al delito de acusación falsa (Frank Stbg, 18º Edic. parag. L64 marg. L).

El Tribunal Supremo ha venido defendiendo unánimemente la duplicidad de bienes jurídicos protegidos en el delito de acusación y denuncia falsa, desde las ya clásicas sentencias de 10 de Noviembre de 1.969 y 22 de Octubre de 1.974, o la de 23 de Septiembre de 1.987: “ esta modalidad delictiva constituye un ataque a la Administración de Justicia por cuanto implica la utilización indebida de la actividad jurisdiccional, aunque al mismo tiempo represente un ataque contra el honor de la persona acusada o denunciada falsamente”. La sentencia de 20 de Enero de 1.993, (...), “...al tratarse de una acción que no sólo perturba el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, provocando un proceso que carece de objeto procesal cierto, sino también causa un grave perjuicio al falsamente acusado”...”.

Administración de Justicia por cuanto implica la utilización indebida de la actividad jurisdiccional, aunque al mismo tiempo represente un ataque contra el honor a la persona acusada o denunciada falsamente; y en el mismo sentido podemos hacer referencia a las S AP de Vizcaya de 16 de Mayo de 2.001 –ponente Lamazares López- (BDAP a562/2.001), S AP de Murcia de 3 de Enero de 2.002 –ponente Fernández –Espinar López- (BDAP 346439/2002). Por otro lado, resulta interesante la STS de 18 de Junio de 1.990 –ponente Martín Pallín- la cual, exige para distinguir la acusación y denuncia falsa de la calumnia *“un propósito de causar un perjuicio a la Administración de Justicia pretendiendo en beneficio propio obtener una resolución injusta y perjudicial para el acusado”*.

- Falso Testimonio, a tal respecto podemos señalar: STS de 5 de Junio de 1.995 –ponente Bacigalupo Zapater-, (RJL Rnº 3182/1.994) señala en el fundamento de derecho primero que el delito de falso testimonio no es un delito contra las partes, sino contra la Administración de Justicia.; la STS de 3 de abril de 1.998 –ponente Móner Muñoz- (RJL Rnº 1577/1.997) que señala de forma textual: *“..(..) y ello porque el delito de falso testimonio, no es un delito contra las partes, sino contra la Administración de Justicia, que no requiere un específico elemento subjetivo,..”*, (en tal sentido se pronuncian también STS de 30 de Enero de 1.998 (RPL Rnº 1757/1996); S AP Toledo de 13 de Octubre de 1.998 (RJL Rnº 44/1998).

- Quebrantamiento de Condena, se trata de proteger la efectividad de los pronunciamientos de la autoridad judicial, como síntoma de normal funcionamiento de la Administración de Justicia. La S AP de Cáceres de 28 de Enero de 1.999 –ponente Riera Mateos- (RJL Rnº 4/1999) señala en su fundamento de derecho tercero: *“...En los Delitos de Quebrantamiento de condena, que afectan a la Administración de Justicia, el bien jurídico que se protege es el interés del Estado en el efectivo cumplimiento de las resoluciones judiciales, y en concreto, en su última fase, en la ejecución del fallo de las resoluciones...”*.<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Sin perjuicio del criterio mantenido por la jurisprudencia, SUAREZ LÓPEZ J, M; *El delito de autoquebrantamiento de...*, cit. p. 282 considera que el bien jurídico protegido en los delitos de quebrantamiento de condena, es el interés estatal en el cumplimiento de las sentencias penales de condena, en tanto que la lesión del mismo impide: a) la afirmación del Estado de Derecho, b) la finalidad de prevención general que se otorga a la pena y, por consiguiente, la eficacia del sistema penal a la hora de proteger los bienes jurídicos como misión del Derecho Penal; y c) la tutela judicial efectiva.

- Omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la Autoridad. La STS 457/2.002 de 14 de Marzo de 2.002 –ponente Delgado García- (BDI 2879/2000), considera que estos delitos encierran un atentado contra el Poder Judicial.<sup>76</sup>; la STS de 4 de Febrero de 1.999 –ponente Martínez Arrieta- (RJL Rnº 3913/1.997), establece que el bien jurídico protegido por el delito del artículo 450 es la Administración de Justicia en sentido amplio.<sup>77</sup>

- Realización arbitraria del propio derecho, abundante Jurisprudencia reconoce el carácter pluriofensivo del tipo siendo tesis dominante la que resalta su naturaleza de delito contra la Administración de Justicia, me parece oportuno destacar entre otras la S AP de Toledo de 11 de Mayo de 1.998 –ponente Tasendo Calvo- (RJL Rnº 29/1998): *“El delito de realización arbitraria del propio Derecho aparece tipificado en el artículo 455 del CP de 1.995, como un Delito contra la Administración de Justicia, (...). Con ello, si bien no desaparece la naturaleza pluriofensiva con que la doctrina y la Jurisprudencia (SS 14 de Noviembre de 1.984, 30 de Septiembre de 1.985 y 27 de Octubre de 1.992) venían conceptuando este delito, al considerar que, junto al ataque a la a Administración de justicia, se lesionan otros bienes jurídicos de carácter individual, cuales son la libertad, la seguridad o el patrimonio del sujeto afectado, se refuerza la consideración del primer bien jurídico mencionando como objeto de protección, concretado en el interés del Estado en*

---

<sup>76</sup> La STS 14 de Marzo de 2.002: *“...En tales artículos –se refiere a los artículos 448 y 450.2- se define ahora la llamada estafa procesal, figura tratada con detalle por la doctrina española y extranjera y reconocida con reiteración por la jurisprudencia de esta sala (sentencias de 2.11.1889, 10.3.60, 31.10.63, 3.10.67, 7.10.72, 26.6.72, 25.10.78, 4.2.80, 5.10.81, 19.12.81, 7.6.89, 24.7.90, 18.9.91, 9.2.92, 22.9.93, 4.3.97, 22.4.97 y 30.9.97, entre otras), que fue incorporada por vez primera a nuestra legislación en la importante modificación de 1983, tratándola como una figura más de estafa ordinaria, pues ha de cumplir todos los requisitos exigidos en la definición genérica del art. 528, pero con una agravación específica, la del nº 2º del art. 529, porque al daño que supone para el patrimonio del particular afectado, se une lo que encierra de atentado contra el Poder Judicial al que se utiliza como instrumento al servicio de ilícitas finalidades defraudatorias.*

*Tal número 2º se refería a dos supuestos distintos: el fraude procesal, cuando se inicia un proceso para obtener un beneficio patrimonial a través de la correspondiente resolución judicial; y el fraude administrativo, en el que la maniobra fraudulenta no se realiza dentro de un proceso judicial, sino en un procedimiento administrativo con el resultado de engaño, en este caso no al Juez sino al correspondiente funcionario público. En el nuevo CP de 1.995 (art. 250, nº 2º) ha desaparecido esta segunda modalidad agravada en este nº 2º del art. 529 (el fraude administrativo), quedando reducido este tipo cualificado únicamente a la modalidad de fraude propiamente procesal, con lo cual el fundamento de esta agravación queda ahora más claro: el atentado que supone contra el Poder Judicial”.*

<sup>77</sup> STS de 4 de Febrero de 1.999: *“...El bien jurídico, en la vigente redacción del delito, es la Administración de Justicia, en un sentido amplio. Las conductas descritas protegen el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la autoridad o sus agentes, para que impidan éste delito. Además mediante él se vertebra, de alguna manera, una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto..”*

*monopolizar el uso de la fuerza para resolver los conflictos mediante el ejercicio de la jurisdicción, desapareciendo así definitivamente su asimilación a los delitos contra la propiedad, como una figura privilegiada o...*”; STS de 1 de Marzo de 1.999 –ponente Marañón Chavarri- (RJL Rn° 3777/1997), S AP de Tarragona de 1 de Febrero de 1.999 (RJL Rn° 639/1.999).

- Obstrucción a la Justicia<sup>78</sup>, en relación al artículo 464 la S AP de Málaga de 16 de Febrero de 1.999 –ponente Torres Vela- (RJL Rn° 268/1998), sin perjuicio de su naturaleza pluriofensiva, cifra el bien jurídico protegido por el precepto en el más elevado y conspicuo de la regular Administración de Justicia salvaguardando la posibilidad de plena información del Tribunal para la más adecuada resolución en el fondo. Por su parte, la STS de 6 de Noviembre de 2.001 –ponente Móner Muñoz- (BDAP 168/2002) habla de que el comportamiento las conductas de represalias incriminadas en el art. 464 comportan un peligro abstracto para el correcto funcionamiento del proceso.

Por tanto, la Jurisprudencia ha venido ha reflejar, con diversos matices, las propias posiciones doctrinales, si bien con carácter general, parece predominar, no obstante, una concepción de la Administración de Justicia en sentido funcional como bien jurídico objeto de protección, aunque como ya hemos tenido oportunidad de comprobar en la mayoría de los casos la lesión a la Administración de Justicia que provocan este elenco de delitos supone al tiempo un peligro abstracto para bienes jurídicos personales –la libertad, la seguridad, el honor de las personas...-, de tal modo que, presentan no sólo un doble objeto de tutela, sino también un doble sujeto pasivo de la misma, por un lado el Estado, y por otro lado, el particular – es el fenómeno que se conoce con el nombre de pluriofensividad-. Precisamente un sector mayoritario de la doctrina incluye el delito descrito en el artículo 467.2 del CP dentro de la categoría de los delitos pluriofensivos, sobre la base de que comprende tanto la protección de los intereses particulares del cliente como el bien jurídico Administración de Justicia. Todo ello, ha desencadenado que se planteen numerosas dudas sobre su correcta localización, y ha dado lugar a importantes problemas dogmáticos cuyo análisis, con ánimo de no ser reiterativa, será objeto del Capítulo IV al tratar del estudio del bien jurídico concretamente tutelado en el artículo 467 del CP.

---

<sup>78</sup> En relación a las deslealtades profesionales los planteamientos jurisprudenciales sobre el bien jurídico serán objeto de análisis más adelante.

Frente a dicha posición, algunos penalistas, en lugar de reconocer el carácter pluriofensivo de estos tipos considera que la perpetración de alguno de los delitos contra la Administración de Justicia supone al tiempo un peligro abstracto para bienes jurídicos personales, de modo que cuando se produzca la lesión efectiva de alguno de ellos deberá aplicarse el correspondiente concurso de delitos<sup>79</sup>.

#### 4.3 Conclusiones.

Tras un análisis de las distintas posturas doctrinales y Jurisprudenciales, percibo que las diferencias entre los autores son más de carácter terminológico que de otro tipo y que en el fondo existe más o menos, con algunos matices, un acuerdo doctrinal sobre el interés jurídico protegido por todos los delitos contra la Administración de Justicia. Considero que el estudio de los diferentes tipos delictivos apunta al bien jurídico de la *Administración de Justicia entendida ésta en sentido funcional*, es decir, como el *correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia*. Pero, ¿Qué debe de entenderse por *correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*? ¿Qué criterios permiten, desde un punto de vista objetivo, precisar que la Administración de Justicia funciona de forma correcta?

La respuesta a esta pregunta hay que buscarla en nuestro texto Constitucional, y concretamente en el artículo 24 de la CE, pues es este artículo el que marca, vía derechos fundamentales, las condiciones cuyo cumplimiento garantiza el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, ello nos conduce a:

1º/ El **Derecho a la tutela judicial efectiva**, que se trata, sin duda, de un derecho complejo integrado por diversidad de elementos, o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales:

- el acceso al sistema judicial, que lo tienen todas las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras.
- El derecho a conseguir una resolución fundada en Derecho, que no tiene que ser necesariamente favorable a las pretensiones del demandante.

---

<sup>79</sup> En tal sentido, vid., GONZÁLEZ RUS, JJ; *Compendio de Derecho Penal Español. Parte especial. Tomo II*. cit. p. 852.



- El Derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos.
  
- El Derecho a obtener la ejecución de la sentencia. La efectividad de la tutela judicial exige que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que aquellas comportan en meras declaraciones de intenciones. (STC de 7 de junio de 1.982, ponente Begué Cantón (RJL 234)<sup>80</sup> y otras como SSTC 167/1987 y 92/1988). La ejecución de Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 CE (SSTC 67/1.984, 92/1.988), y STC 153/1.992, de 19 de Octubre, Boletín de Jurisprudencia Constitucional Sistematizada (BOJCS)-139, pág. 82 que señala: *“Ahora bien, esa imposibilidad de dar cumplimiento a la Sentencia en sus propios términos no implica, al menos en las Sentencias condenatorias, la ausencia de toda medida ejecutiva, de modo que baste la mera constatación de la imposibilidad de acordar el cumplimiento estricto de los mandatos que ella contiene para entender satisfecha la tutela judicial efectiva, siendo preciso que, en tales supuesto, se acuda a la adopción de otros medios de ejecución sustitutorios o subsidiarios que el ordenamiento ofrece, pues, en caso contrario, las decisiones judiciales quedarían en meras declaraciones de intenciones, y la parte que ha obtenido una sentencia favorable se encontraría en idéntica posición que antes de obtener dicho pronunciamiento.”*

---

<sup>80</sup> STC 7/06/1.982 fundamento jurídico segundo: *“Es preciso reconocer que ésta situación supone, como afirman los recurrentes, una violación del artículo 24.1 de la CE. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con la otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las resoluciones judiciales y el reconocimiento de derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones...”*

2º/ La **interdicción de la indefensión**. Ello quiere decir, tener la oportunidad de defender las propias posiciones en todo proceso judicial que afecte a derechos o intereses propios, y conlleva un mandato para el legislador en orden a promover la defensa. La interdicción de la indefensión se proyecta sobre todo el proceso y debe basarse en tres pautas interpretativas:

- Las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso.
- La indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la CE, no nace con la sola y simple infracción de las reglas procesales, sino que, se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.
- Por último, el art 24.1 no protege en situaciones de indefensión formal, sino en supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar perjuicio al recurrente.

3º/ El **Juez ordinario predeterminado por la Ley**. También se conoce con el nombre con el nombre del derecho al “Juez Natural”, y se trata de un derecho que participa de una doble naturaleza, por un lado, es una garantía institucional en todos los órdenes jurisdiccionales, y por otro lado, es un derecho del justiciable. El Juez ordinario es aquel que, teniendo atribuido el ejercicio de la función jurisdiccional, responde a las notas que proclama el art. 117.1º de la CE: independencia, inamovilidad, responsabilidad. Es el Juez integrado dentro del Poder Judicial, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en el que dentro de la unidad de jurisdicción se actualice esa integración.

4º/ El **Derecho a la asistencia de letrado**. Lo que se concreta en el ámbito penal en el artículo 520 de la LECrim –sobre asistencia letrada al detenido-, y, en el art. 118 de la misma –que reconoce el derecho de defensa a toda persona a quien se impute un acto punible, pudiendo actuar en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho-

5º El **Derecho a ser informado de la acusación formulada contra uno**, de suerte que sea factible ejercitar la propia defensa.<sup>81</sup>

6º El **Derecho a un proceso público con todas las garantías**. En el proceso penal la finalidad de este derecho es doble, por una parte, supone dar a los acusadores, y, en general, a las partes que intervienen, la plena posibilidad de exponer sus razonamientos y defender sus derechos, y por otra parte, permite al Tribunal disponer de todos los elementos para dictar su sentencia. El TC se planteó el problema de delimitar el contenido o alcance del derecho a un proceso con todas las garantías. En líneas generales, se trata de un derecho utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados del art. 24.2 de la CE. LLEVOT CALVET<sup>82</sup> incluye dentro del derecho a un proceso con todas las garantías:

- El derecho a la igualdad de armas procesales.
- La dualidad de posiciones: acusación y defensa – principio de contradicción. Principio de audiencia.
- El derecho de imparcialidad Judicial

7º El **Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas**. La existencia de las dilaciones indebidas es un problema a decidir en cada caso concreto.

8º El **Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa**, que se puede integrar dentro de la interdicción de la indefensión.

9º **Presunción de inocencia**, que ha dejado de ser un principio general del Derecho –“in dubio pro reo”-, para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata. Ahora bien, tal presunción es “*iuris tantum*”, de manera que, para desvirtuarla será necesaria una mínima actividad probatoria de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado; siendo el

---

<sup>81</sup> Como manifestación de éste principio el art 118 de la Ley de enjuiciamiento Criminal dispone que: “*la admisión de denuncia o querrela y cualquier otra actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntos inculcados*”.

<sup>82</sup> LLEVOT CALVET, C; en “El proceso con todas las garantías: acusación y defensa. Igualdad de armas”, XX años de la Constitución de 1.978: su influencia en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal Español. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*. Madrid. 1.999, p. 810.

TC quien ha de estimar, en el caso de recurso de amparo, si existe o no prueba suficiente para destruir tal presunción.

A la vista de este bien jurídico ¿Qué conductas deben comprenderse en el Título de Delitos contra la Administración de Justicia?

Estimo que sólo deben tipificarse aquellos comportamientos que constituyan un atentado *directo* contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia concretado en una violación de alguno o algunos de los derechos que proclama el artículo 24 de la CE. En consecuencia, las modalidades de conductas delictivas deben diversificarse dependiendo de la garantía de la tutela judicial que se haya vulnerado con el fin de atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia; por otro lado, los derechos y garantías que consagra el artículo 24 de la CE y que inspiran los valores protegidos penalmente, no son específicos de una determinada fase procesal –aunque puedan tener mayor incidencia en alguna de las mismas- , ni de un determinado tipo de proceso. Al tratarse, como digo, de garantías que deben estar presentes a lo largo del proceso, no estimo adecuada la estructuración general del Título de los Delitos contra la Administración de Justicia en base a las diferentes fases procesales.

Por otra parte, considero conveniente hacer una precisión en el sentido de que no debe entenderse por “correcto” un perfecto funcionamiento de la Administración de justicia o si se prefiere de la función jurisdiccional, sino que estimo que lo que se trata de garantizar y preservar es un mínimo aceptable, entendido como interés básico para la pervivencia de nuestro sistema social, democrático y de derecho. Así pues, será necesario realizar una selección de la perturbaciones más *graves* de la actividad jurisdiccional para darles, sólo a éstas, trascendencia penal, dejando el resto bajo la protección del régimen disciplinario, y, haciendo así plenamente efectivo el principio de intervención mínima o *última ratio* que debe ser referente inexcusable del Derecho Penal.

##### 5. INDEPENDENCIA DEL TÍTULO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Dentro del análisis de las figuras delictivas que nos ocupan surge inevitablemente la siguiente pregunta: *¿Constituyen los delitos contra la Administración de Justicia un grupo*

*de figuras delictivas de tal entidad que deben ubicarse por separado en un Título específico, o por el contrario, deben incluirse en otros títulos, especialmente dentro del Título dedicado a los delitos contra la Administración pública?*, Se trata, en definitiva, y, como bien señala BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>83</sup> de determinar si la objetividad jurídica de los delitos contra la Administración de Justicia es distinta de la objetividad jurídica de los delitos contra la Administración pública en general.

La pregunta no es baladí sobre todo si tenemos presente que la Administración de Justicia no es otra cosa que una parte de la Administración Pública. Así SERRANO PIEDECASAS<sup>84</sup> llama la atención sobre el problema de delimitar el ámbito típico de los delitos que afectan a la Administración de Justicia respecto de aquellos delitos que afectan a la Administración Pública, y considera que la razón radica en que desde el punto de vista subjetivo los órganos que ejercen la Administración de Justicia son parte integrante de la totalidad de los órganos que ejercen la Administración Pública. Desde el punto de vista objetivo, si bien la actividad jurisdiccional se conforma constitucionalmente como un poder independiente, la realidad nos indica que en el actual funcionamiento del Estado las zonas de interferencia entre sus distintos cometidos funcionales constituyen la regla general.

Las opiniones doctrinales en torno al tema planteado son divergentes, ello no obstante, el criterio autonomista es seguido por un sector mayoritario de la doctrina española.

Entre los partidarios de la autonomía de los delitos contra la Administración de Justicia frente a los delitos contra la Administración Pública se sitúa GARCÍA ARÁN<sup>85</sup>, esta autora con relación al CPTR de 1.973 estimaba que la protección de la Administración de Justicia como función era el hecho que explicaba la constante relación de este Título con el correspondiente a los “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, en este último se protegía el ejercicio de las funciones públicas en general, contra las

---

<sup>83</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; en *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., pp.16 y ss.

<sup>84</sup> SERRANO – PIEDECASAS, en “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, cit., p. 406.

<sup>85</sup> GARCÍA ARÁN, M; en “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia..”, cit., pp. 520 –521 y, GARCÍA ARÁN, M; en *Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1.995*, en “Delitos contra la Administración de Justicia”, cit., p. 280.

conductas de quienes las ejercían –con lo que resultaba paradójico la inclusión en el mismo de las prevaricaciones de abogados y procuradores de los artículos 360 y 361-, mientras que en el Título de “Delitos contra la Administración de Justicia” se protegía la función jurisdiccional específica lesionable también por quienes no se encuentran encargados directamente de su ejercicio. En opinión de GARCÍA ARÁN, el CP de 1.995 ha realizado una reordenación de tipos delictivos orientada a precisar como objetos de protección los aspectos funcionales de las Administraciones públicas, tuteladas como funciones públicas en general, y como función de Administrar Justicia o función jurisdiccional, en el título dedicado a la protección de la Administración de Justicia, por tanto, el hecho de que unos y otros delitos lesionen o atenten contra el ejercicio de funciones públicas –generales o específicas– justifica el trasvase de tipos de uno a otro Título y la permeabilidad entre ambos.

También BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>86</sup> se alinea entre aquel sector doctrinal que considera conveniente el tratamiento por separado de los delitos contra la función jurisdiccional del Estado, incluyendo, junto a los delitos cuyo sujeto activo son los propios Jueces y Magistrados, los realizados por particulares cualificados o no cualificados<sup>87</sup>. Este tratamiento autónomo respecto de los delitos contra la Administración Pública se explica en base a que la función jurisdiccional supone una función propia completamente autónoma de la función desarrollada por el resto del conjunto que conforma la Administración Pública, por ello resulta posible afirmar la existencia de una objetividad jurídica específica, aún cuando en ciertos supuestos sea extraordinariamente compleja.

En la misma línea se sitúa SERRANO BUTRAGUEÑO<sup>88</sup> para el que los delitos contra la Administración de Justicia no sólo tienen que gozar de autonomía, sino que además deben ejercer una cierta *vis atractiva* a la hora de aglutinar entre ellos a ciertos tipos delictivos de dudosa sistematización, y todo ello en base a la importancia que reviste la *realización de la Justicia*.

---

<sup>86</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF. En *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., pp.16 y ss.

<sup>87</sup> La terminología de particular cualificado y no cualificado no resulta afortunada y, desde luego, puede aportar cierto confusiónismo.

<sup>88</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO. I (director) y OTROS, *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., pp. 47-48.

Me parece interesante, con carácter previo, a exponer mi personal opinión sobre el tema, hacer referencia a la postura de CANTARERO BÁNDRES<sup>89</sup> y, de PÉREZ CEPEDA<sup>90</sup>. Para la primera de estas autoras en la función judicial desde el punto de vista subjetivo, es decir, de los órganos que ejercen tal función, la Administración de Justicia se presenta como una parte de la propia de la Administración del Estado, y, desde el punto de vista objetivo es posible deslindar los conceptos Administración / Justicia, así “*la actividad jurisdiccional se desarrolla en el ejercicio de un fin autónomo frente a las de la Administración como conjunto de tareas del Estado; aún más la propia Administración puede verse sujeta a la propia Administración de Justicia* –tal y como corrobora el artículo 106.1<sup>91</sup> de la CE-”.

Por su parte, la segunda de las autoras citadas, considera que las conductas que lesionan la función jurisdiccional deben ser delimitadas de forma autónoma, pero no residual, respecto de los delitos contra la Administración Pública, ésta última, tiene encomendadas actuaciones más amplias, complejas y disgregadas, como la prestación o el servicio que la administración ofrece a los ciudadanos con reflejo e influencia en todos los ámbitos de la vida social, y, las conductas que afectan a la Administración de Justicia matizan su contenido, su valor y sus límites a partir del marco de la Constitución y del modelo de Estado.

Si estimamos que el criterio aglutinador de un conjunto de figuras delictivas es el compartir la protección de un bien jurídico común a todas ellas, una vez fijado en el anterior epígrafe el bien jurídico que comparten los delitos contra la Administración de Justicia es preciso, a fin de resolver sobre su autonomía o dependencia, fijar el bien jurídico amparado por los delitos contra la Administración Pública.

Nuestro CP de 1.995 regula unos y otros delitos de forma autónoma y diferenciada, así los delitos contra la Administración de Justicia se regulan en el Título XIX del libro II, mientras que los delitos contra la Administración de Justicia se regulan en el Título XX del mismo libro. El Título XIX, es quizás uno de los títulos más profundamente reformados en

---

<sup>89</sup> CANTARERO BANDRÉS. R, *Administración de Justicia y Obstruccionismo Judicial*, cit., pp. 24-25.

<sup>90</sup> PÉREZ CEPÉDA, A. I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 37.

<sup>91</sup> El art. 106.1º de la CE dispone expresamente que: “*Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.*”

el NCP, heredero directo del Título VII del CPTR de 1.973, que ya desde su propia rúbrica nos pone de manifiesto el cambio que se va a operar en el mismo. Así, el Título VII del ACP se denominaba “De Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. Si comparamos una y otra rúbrica se aprecia claramente un cambio de óptica desde la que se van a tipificar las conductas incluidas en los distintos Capítulos que componen el nuevo Título XIX.

Dos eran las referencias básicas sobre las que se asentaban en el ACP las conductas tipificadas en el Título VII, el funcionario como sujeto activo por un lado, y por otro la infracción de los deberes del cargo. Ambos referentes se mostraban en los últimos tiempos como insuficientes en el nuevo marco constitucional de nuestro país para poder aglutinar aquellas conductas que el legislador, ya en el año 1.991, empezó a introducir en el ACP con la tipificación de los delitos de tráfico de influencias y uso de información privilegiada. Además en el caso de los delitos tipificados en los antiguos artículos 360 y 361 – prevaricación de abogado y procurador -, aunque desde luego se producía una afectación a la función pública, no se cumplía la exigencia de la condición de funcionario público del sujeto activo de una acción delictiva que suponga la infracción de un deber en el ejercicio de sus funciones.

De todo ello se podía deducir que los bienes jurídicos que en el CP de una democracia debía defender este tipo de delitos no tenían que ser tanto los de la Administración *per se*, encarnada en sus funcionarios, o bien su dignidad o prestigio, sino la actividad pública que aquellos desarrollan, es decir, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos. Por esta razón no se pueden perder de vista, a la hora de incriminar determinadas conductas que incidan en el funcionamiento de la Administración, los principios que constitucionalmente la informan. En este sentido, debe destacarse como idea básica la consideración despatrimonializadora de la actividad pública desvinculándola de su sujeto activo: el funcionario, y de su deber de cargo, para fijarla como instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad de prestación dirigida a la satisfacción de los intereses generales.

Dicho esto, es conveniente fijar los principios constitucionales que informan la actividad pública -administrativa, judicial y legislativa-. Para ello es obligado hacer referencia a los preceptos que la CE dedica a esta materia, a saber: los artículos 9.1 y 3, 103



y 106<sup>92</sup>, de los que se deduce que la actividad pública de la Administración debe regirse por los principios de servicio a los intereses generales, legalidad y objetividad en el cumplimiento de sus fines.

De todo lo expuesto se desprende que el bien jurídico común a todos los delitos del Título XIX, no es otro que el correcto funcionamiento de las actividades públicas plenamente sometidas al Derecho y al resto de los principios constitucionales que ordenan el funcionamiento de la Administración en el más amplio sentido de la palabra. Esta postura resulta avalada, entre otros, por autores como CRESPO BARQUERO<sup>93</sup> y LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN<sup>94</sup>.

La determinación de este bien jurídico para los delitos contra la Administración pública y su comparación con el bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración de Justicia revela a mi juicio dos conclusiones:

---

<sup>92</sup> Artículo 9.1º CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y 3º: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

Artículo 103 CE: “1. La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

Artículo 106 CE: “1. Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

<sup>93</sup> CRESPO BARQUERO, P; “Delitos contra la Administración Pública”, en *Código Penal de 1.995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. Granada, 1.998, p. 1.607: “En esta línea, el interés superior a cuyo amparo se dedica todo el Título puede identificarse con el correcto ejercicio de la función pública, preservándola de aquellos atentados que perturben el correcto ejercicio de la misión que le encomienda el artículo 103 de la CE, para cuya efectiva garantía se establecen lo oportunos principios de control jurisdiccional y responsabilidad en el artículo 106 del propio texto constitucional”

<sup>94</sup> LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN: *El Código Penal de 1.995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, 1.996, p. 176: según estos autores la “Administración pública” objeto de protección penal no se concibe, en fin, como ente o conjunto orgánico, ni en función de su dignidad o prestigio – que habían sido lugares comunes en la doctrina tradicional relativa a los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de su cargo – sino precisamente desde la óptica de la función pública como actividad de prestación a los administrados .

- La primera es que el bien jurídico protegido por las figuras delictivas comprendidas en el Título XX es más específico que del Título XIX, lo que ya de por sí justifica la independencia de los delitos contra la Administración de Justicia. Precisamente, PÉREZ CEPEDA<sup>95</sup> considera que la necesidad de establecer una distinción entre ambos grupos de conductas delictivas es el resultado de una evolución doctrinal encaminada a configurar los Títulos con una precisión cada vez mayor de bienes jurídicos.
  
- La segunda reside en que el correcto funcionamiento de la Administración Pública se rige por unos principios constitucionales, principios a los que también está sujeta la actividad administrativa de la propia Administración de Justicia – recordemos que dentro del término Administración de Justicia, entendida ésta en sentido amplio, confluyen las actividades: jurisdiccional, procedimental, y, la estrictamente administrativa-. Ahora bien, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia o función jurisdiccional que se protege en el Título XX del CP está además informado por unos principios concretos que rigen su actuación, cuya tutela esta igualmente garantizada constitucionalmente.

Aunque las dos conclusiones expuestas son, a mi juicio, más que suficientes para proclamar la autonomía e independencia de los delitos contra la Administración de Justicia debe tenerse también en consideración otro hecho relevante, y es que la función jurisdiccional está desarrollada por un poder independiente –el Judicial-. La autonomía e independencia del Poder Judicial son la base fundamental del Estado de Derecho. Ahora bien, tal autonomía e independencia no significan en absoluto ausencia de control. Dicha autonomía e independencia de la Administración de Justicia está amparada por los principios de unidad jurisdiccional (artículos de la 117.5 CE y 3 de la LOPJ)<sup>96</sup>, la

---

<sup>95</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit. p. 35.

<sup>96</sup> Artículo 117.5 CE: “ El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.” Y Artículo 3 de la LOPJ: “La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en ésta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos. La competencia de la jurisdicción militar quedará limitada al ámbito estrictamente castrense respecto de los hechos tipificados como delitos militares por el Código Penal Militar y a los supuestos de estado de sitio de acuerdo con la declaración de dicho estado y la Ley Orgánica que lo regula”

inamovilidad judicial (artículos 117.2 de la CE , 15 y 378 a 388 de la LOPJ)<sup>97</sup>, exclusividad (artículos 117.3 de la CE y 2.1º de la LOPJ)<sup>98</sup>, y, el principio de independencia (artículo 13 LOPJ)<sup>99</sup>.

La exclusividad jurisdiccional es una consecuencia del principio de división de poderes que, por un lado, asegura que no haya ningún sector del Derecho excluido de la justicialidad y, por otro, que los órganos no jurisdiccionales – Parlamento / s, Gobierno / s, Administración / es- no se vean libres de dicha potestad, por lo que como antes señalábamos en palabras de CANTARERO BANDRÉS, la propia Administración puede verse sometida a la jurisdicción, sin perjuicio de los privilegios de los que goza sobre todo en materia de ejecución de sentencias.<sup>100</sup>

Por su parte, la independencia no es sólo una garantía de la jurisdicción sino que se trata de una nota consustancial a ella, tal independencia ha de contemplarse desde una doble perspectiva: orgánica y funcional; en el primer sentido, se trata de evitar la ingerencia del Ejecutivo en la organización de los Juzgados y Tribunales, y postula la creación de órganos de autogobierno que realicen esa función (Consejo General del Poder Judicial-CGPJ-) y, en el sentido funcional es necesario garantizar la independencia del Juez frente al órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial.

Todos estos problemas que venimos analizando de delimitación Administración / Administración de Justicia, provienen de que en el Juez se dan dos circunstancias, si por un lado es el titular de la potestad jurisdiccional, por otro está encuadrado en una organización

---

<sup>97</sup> Artículo 117.2 CE: “ Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.” El artículo 15 LOPJ reproduce exactamente el artículo 117.2 CE.

<sup>98</sup> Artículo 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”. El artículo 2 de la LOPJ reproduce esta enunciación y añade a dichas funciones las del Registro civil.

<sup>99</sup> Artículo 13 LOPJ: “Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados”.

<sup>100</sup> La ejecución de sentencias contra la Administración choca en último extremo con la posibilidad de llegar a la ejecución sustitutoria sobre su patrimonio por impedirlo la Ley General Presupuestaria de 4 de Enero de 1.977, cuyo artículo 44 establece que: “Los Tribunales, Jueces, y Autoridades Administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución, ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes en general de la Hacienda Pública.”

administrativa, por todo ello pueden existir zonas en de intersección entre función Administrativa y Judicial.

LUZÓN PEÑA<sup>101</sup> apunta como uno de los riesgos que conlleva la separación en dos Títulos de ambos grupos de delitos, la posibilidad de encontrar problemas de doble tipicidad o de deslinde con otras infracciones, para cuya solución haría necesario acudir al principio de especialidad o a las reglas del concurso de delitos según los casos.

Es decir, en los casos problemáticos que refiere LUZÓN PEÑA, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 8 del vigente CP, o en su caso, a lo dispuesto en los artículos 73 a 78 del mismo cuerpo legal.<sup>102</sup>

## 6. A LA BÚSQUEDA DE UNA SISTEMÁTICA ADECUADA PARA LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

### *6.1. Consideraciones Generales. Sistemática anterior a la vigente regulación.*

Un tema de especial interés reside en el criterio adoptado por el nuevo CP de 1.995 respecto a la ordenación de los delitos contra la Administración de Justicia. Aunque algún autor –como es el caso de CANTARERO BANDRÉS<sup>103</sup>– considera que la clasificación sistemática de los diferentes grupos de delitos tiene su justificación más que en razones de fondo en una determinada técnica legislativa, no puedo compartir tal afirmación, pues el estudio de la sistemática sirve para buscar las claves interpretativas que hagan viables las prohibiciones penales en éste ámbito.

---

<sup>101</sup> LUZÓN PEÑA, D; “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela , 1.980, p. 228.

<sup>102</sup> El artículo 8 del CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de éste Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea tácitamente deducible.
3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen infracciones consumidas por aquél.
4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

<sup>103</sup> CANTARERO BANDRÉS, R: *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, cit. p. 23.

La existencia de un criterio sistemático coherente no ha sido precisamente el punto fuerte de este Título, es más, desde el CP de 1928 hasta el CPTR de 1.973 se ha producido una agregación continua de tipos dando como resultado una sistemática desprovista de toda ordenación lógica consecuencia de una progresiva sedimentación cronológica de conductas delictivas, de modo que, el Título IV del Libro II del ACP de 1.973 presentaba un mosaico de delitos constituyendo un residuo histórico de figuras que no encontraban mejor acomodo en otros lugares del Código. Esta caótica situación fue puesta de manifiesto prácticamente por todos los autores.<sup>104</sup>

Ya el proyecto de CP de 1.992 recogía mejoras técnicas y de sistemática. Sin embargo, GARCÍA ARÁN<sup>105</sup> destaca que mientras, que por un lado, las modificaciones sistemáticas precisan mejor el ámbito de lo protegido, por otro lado, alguno de los preceptos mantienen o incluso incrementan la imprecisión sobre el objeto de protección; la mencionada autora cita como ejemplo de tal afirmación dos aspectos:

- Por un lado, se mantienen conductas que son anteriores al ejercicio de la función de Administrar Justicia, y que, por lo tanto, presentan una lejana relación con el bien jurídico como es el caso de los delitos de omisión del deber de impedir determinados delitos y la realización arbitraria del propio derecho, y
- Por otro lado, se incluyen referencias a actos administrativos que nada tienen que ver con el ejercicio de la función de Administrar Justicia.

No menos farragosa, por ejemplo, resultaba y resulta la situación en nuestro CP militar promulgado por la LO de 9 de diciembre de 1.985, que contiene en el Título VIII de su Libro II los “Delitos contra la Administración de Justicia Militar”, donde se recogen algunos de los delitos que en el CP común se consideraban tales, como la simulación de

---

<sup>104</sup> Así, entre otros podemos citar a: SERRANO PIEDECASAS, quien señala que: “... Desde el Código Penal de 1.928 se van agregando al Título IV del Libro II una serie de Capítulos por meras razones cronológicas.....Sin duda, una sistemática abandonada a los avatares de la sedimentación no es la más deseable...” (“De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo CP”, cit., pp. 406 y ss); PÉREZ CEPEDA que en parecidos términos indica que:“... La sistemática del ACP de 1.973 carecía de ordenación lógica, pues respondía a una mera incorporación histórica de preceptos sin ningún criterio..”; SERRANO BUTRAGUEÑO afirma que el ACP ubica las modalidades del Título IV del Libro II sin demasiado orden ni concierto ( en *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., p. 48), .....etc.

<sup>105</sup> GARCÍA ARÁN, M., en “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia..”, cit., pp. 520 –521

delito (art.180), prevaricación (art.181 a 184), el falso testimonio (art. 183) y el quebrantamiento de condena (art.188), y otros que constituyen en el CP común delitos tipificados en diversos lugares, como la tortura (art. 182), cohecho (art. 185), atentado (art.186) y desacato o desobediencia (art.187).

En cualquier caso, se pone de relieve que, cualquier esfuerzo encaminado al logro de una tipificación sistemática de los delitos contra la Administración de Justicia plenamente satisfactoria desde el punto de vista penalista resulta en extremo dificultoso por los motivos de sobra conocidos, es decir: la ausencia de un concepto unívoco de Administración de Justicia unida a la difusa delimitación del ámbito típico de los delitos de la Administración Pública y los delitos contra la Administración de Justicia, y por último, al carácter pluriofensivo de algunos de los delitos incluidos en dicho Título. Tales dificultades y la incapacidad mostrada para sistematizar estos delitos han llevado a la doctrina a una cierta *resignación* según palabras de BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>106</sup>

#### *6.2. La sistemática adoptada por Código Penal de 23 de Noviembre de 1.995.*

Lo primero que debe resaltarse respecto de la regulación que de estos delitos realiza el legislador de 1.995 es la evidente ampliación de los mismos. En efecto, el Código de 1.995 fiel al incremento que progresivamente ha experimentado este Título añade: la prevaricación judicial, la infidelidad en la custodia de presos, el encubrimiento, y determinadas formas de obstrucción y deslealtad profesional de abogados y procuradores.

Ahora bien, esta ampliación como indica MUÑOZ CONDE<sup>107</sup>, no ha ido tan lejos como para considerar como delitos contra la Administración de Justicia a otros que indirectamente afectan al correcto funcionamiento de la misma a través de la lesión de otros bienes jurídicos más específicos como es el caso de la falsedad documental sobre todo en la modalidad de presentación en juicio de documentos falsos – sin embargo, sí se incluyen el falso testimonio, artículo 461.2 y la estafa procesal -. Tampoco se comprenden

---

<sup>106</sup> BENITEZ ORTÚZAR , IF. *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., p. 35.

<sup>107</sup> MUÑOZ CONDE, F: en *Derecho Penal, parte especial*, cit., pp 875. Pero también se refiere a éstos mismos extremos PÉREZ CEPEDA, A, I; *Delitos de deslealtad...*, cit., pp. 22 y 23.

los delitos que atentan contra el aspecto político o ideológico de la Administración de Justicia como es la independencia del Poder Judicial como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico. A los ya indicados me permito añadir el delito de alzamiento de bienes en un procedimiento ejecutivo o vía de apremio judicial.

El CP de 1.995 refleja las dificultades de sistematización de estos delitos ya que el nexo de conexión entre ellos aparece de manera vaga mediante una relación con un concepto de Justicia entendida desde sus más diversas perspectivas –funcional, realización de un ideal, deber de sumisión y respeto, o lealtad y colaboración con ella-. El legislador de 1.995 no ha establecido una clasificación homogénea de los delitos incluidos en este Título, pues los ocho capítulos que integran el Título XX no mantienen una línea argumental entre ellos.

No obstante, la sistemática del CP de 1.995 deja entrever una relación de los diferentes tipos con respecto al proceso, de modo que en cierto modo, el legislador clasifica las conductas atentatorias contra la Administración de Justicia tipificadas en el Título XX en razón al contenido funcional de la Administración de Justicia como bien jurídico, e intentando ordenar los distintos delitos en atención a la propia dinámica procesal, es decir, se sigue la sistemática que en su momento propuso QUINTANO RIPOLLÉS<sup>108</sup>:

#### Sistemática del Título XX del CODIGO PENAL DE 1.995:

- Fase pre-procesal: Capítulos II, III, IV, y V (Omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución, encubrimiento, realización arbitraria del propio derecho, de la acusación y denuncias falsas y de la simulación de delitos)
  
- Fase Procesal:
  - fase probatoria : Capítulo VI (Falso testimonio)
  - fase de desarrollo general del proceso: Capítulo VII (De la obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional)
  
- Fase ejecutiva: Capítulo VIII (Del quebrantamiento de condena)

---

<sup>108</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Curso de Derecho Pena II, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.963, pp. 9 y ss.

Con esta técnica legislativa, sin embargo, no parece tener encaje el Capítulo I que regula la prevaricación de Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales pues en opinión de la profesora PÉREZ CEPEDA<sup>109</sup> –opinión que también comparte LUZÓN PEÑA<sup>110</sup>-, se trata de delitos que tendrían que haberse situado entre aquellos que afectan al desarrollo del proceso en general, ello no obstante SERRANO PIEDECASAS<sup>111</sup> explica la ubicación de las prevaricaciones en capítulo a parte y previo a las fases procesales porque la prevaricación judicial puede extenderse a la fase ejecutiva del proceso y cita como ejemplo la aprobación de las sanciones disciplinarias dictadas por el juez de vigilancia -Capítulo IV, artículos 252 a 257 del RD 190/1.996, de 9 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario-.

A pesar de las críticas que puedan efectuarse de la actual sistemática lo cierto es que es opinión generalizada en la doctrina, que resulta más satisfactoria que la del ACP de 1.973.

### *6.3 Posturas doctrinales. Diversas propuestas de sistematización.*

Desde el punto de vista doctrinal, las propuestas de sistematización de las figuras delictivas contra la Administración de Justicia van desde la conceptualización de estos delitos como parte de un todo formado por la Administración pública hasta la completa separación de ésta con las más diversas proposiciones doctrinales. Los autores que se han ocupado del aspecto concerniente a la ordenación y clasificación de estos delitos no llegan ciertamente a un acuerdo sino que recogen y recapitulan posiciones introduciendo diversas variantes. Lo cierto, es que los diferentes esfuerzos clasificatorios no han logrado el suficiente grado de satisfacción sistemática que permita acaparar todos y exclusivamente los tipos atentatorios contra la Administración de Justicia. En cualquier caso, la opción por una determinada técnica de sistematización se encuentra en íntima conexión o discurre paralela a la

---

<sup>109</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 24.

<sup>110</sup> LUZÓN PEÑA; “ Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, cit., p. 781.

<sup>111</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, cit., p. 408.



configuración del bien jurídico protegido por los tipos delictivos que integran o pueden integrar el Título.

Al aludir a las diferentes propuestas doctrinales de sistematización aparece como necesario punto de partida, la propuesta formulada por QUINTANO<sup>112</sup>, este autor ordena los delitos contra la Administración de Justicia en atención a la diferente fase procesal a la que afecten, en esta línea, y con las matizaciones efectuadas por LUZÓN PEÑA<sup>113</sup>, resultaría la siguiente clasificación<sup>114</sup> de los tipos que nos ocupan:

1 .- *fase pre-procesal*, que incluiría:

- delito de omisión de impedir determinados delitos;
- delito de omisión del deber de promover su persecución;
- delito de favorecimiento y realización arbitraria del propio derecho.

2 .- *Delitos que producen el nacimiento indebido del proceso*:

- provocación indebida de actuaciones procesales.

3 .- *Delitos que inciden en el proceso*:

a) *fase probatoria*:

-Falso testimonio.

b) *En el desarrollo general del proceso o en su conclusión*:

-Obstrucción a la Justicia;

-Prevaricación.

4 .- *Delitos que afectan a la fase ejecutiva*:

- Quebrantamiento de Condena;
- Evasión de presos.

---

<sup>112</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Curso de Derecho Penal II*, Madrid, 1.963, pp. 569 y ss.

<sup>113</sup> LUZÓN PEÑA, D; “ Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, Salamanca, 1.982, pp. 779 y ss.

<sup>114</sup> Clasificación que recoge CANTARERO BANDRÉS, R, *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*. cit., pp. 36-37.

El recurso al proceso como hilo conductor de las conductas delictivas atentatorias contra la Administración de Justicia encuentra su justificación en el hecho de que el proceso es el cauce reglado para administrar justicia, por lo que la afectación a sus distintas fases pone de manifiesto la lesión al ejercicio de la función, no obstante, parece que al aceptar como atentatorios de la parte pre-procesal los delitos de omisión del deber de impedir delitos y la realización arbitraria del propio derecho, se desborda lo que constituye estrictamente el ejercicio de la función al implicar un concepto excesivamente amplio de la Administración de Justicia, por ello entiende que resulta preferible referirse directamente al ejercicio de la función desempeñada a través del estricto cauce procesal como requisito imprescindible del mismo.

SERRANO PIEDECASAS <sup>115</sup> se muestra también partidario de sistematizar los delitos contra la Administración de Justicia en función de las diferentes fases del proceso, y considera que la ubicación de estos delitos en su estricto marco procesal permite remitir todos los comportamientos atentatorios de los mismos como contrarios material o funcionalmente, al mandato del artículo 24 de la CE.

De gran interés resulta, sin lugar a dudas, la propuesta de sistematización que realiza SERRANO BUTRAGUEÑO<sup>116</sup>, autor que con carácter previo a realizar cualquier intento de ordenación jurídico – penal de este tipo de delitos sienta dos premisas:

- La primera consiste en atribuir al Título de los delitos contra la Administración de Justicia una *vis* atractiva sobre las conductas delictivas que aparecen dispersas en otros pasajes del CP.
- Y, la segunda, parte de la base –absolutamente criticable- de que no debe darse importancia al hecho de que una misma conducta pueda aparecer en dos Títulos distintos del Código ya que en el supuesto de que algún tipo contenga diversas formas de ataque al mismo bien jurídico, o atente contra varios bienes jurídicos

---

<sup>115</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, cit., pp. 406 y ss.

<sup>116</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO. I (director) y OTROS; *Delitos contra la Administración de Justicia*, cit., pp. 48 y ss.

diferentes, hay que atender a sus características principales o predominantes para su adecuada sistematización.

Sobre estas bases, y partiendo del bien jurídico “*viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE*”, Serrano propone la siguiente ordenación:

1. *Los delitos contra la exclusividad y autoridad de la jurisdicción y la independencia, incompatibilidades e inamovilidad de sus miembros.*

Se justifica dicho Título en base a que si se quiere dispensar una tutela judicial efectiva es necesario que se encuentren garantizadas la autonomía, exclusividad y monopolio de la jurisdicción, y por lo tanto, la independencia, incompatibilidades e inamovilidad de sus miembros, como presupuestos del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

La inclusión de este tipo de conductas delictivas en el CP y su ubicación dentro del Capítulo dedicado a los atentados contra la Administración de Justicia ha sido también apoyada por LUZÓN PEÑA<sup>117</sup>, quien considera que este tipo de delitos deben situarse con carácter previo a todos los demás de Capítulo.

En efecto, los tres principios básicos relativos a la función jurisdiccional son la unidad, la exclusividad, y la predeterminación legal del Juez<sup>118</sup>. Este último conocido también como el Derecho al *Juez natural*, cualidad que en nuestro ordenamiento constitucional se reconoce en el Juez ordinario, que es el que, teniendo atribuido el ejercicio de la función jurisdiccional, responde a las notas que proclama el artículo 117.1 de independencia, inamovilidad, responsabilidad. La independencia judicial no es sólo

---

<sup>117</sup> LUZÓN PEÑA, D; “consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, cit., pp. 779 y ss.

<sup>118</sup> El principio de Unidad aparece recogido en el artículo 117, números 5 y 6 de la CE, que establece: “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales...”; y lo desarrolla el artículo 3 de la LOPJ cuando señala que: “La jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y Tribunales previstos en ésta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos...”. El principio de exclusividad significa que sólo los Jueces y Tribunales tienen la potestad jurisdiccional, éste principio abarca dos facetas, una positiva y otra negativa perfectamente regladas en los números 3 y 4 del artículo 117 de la CE; Y, finalmente, el principio de predeterminación legal del Juez resulta del artículo 24.2 de la CE que incluye entre los derechos reconocidos a las personas el del *Juez ordinario predeterminado por la ley*.

garantía de la jurisdicción, sino una nota consustancial a ella, pues no puede hablarse de jurisdicción si la decisión de los litigios no se atribuye a órganos imparciales e independientes. Al mismo tiempo, la independencia se puede contemplar a través de una doble perspectiva: orgánica y funcional. En el primer sentido, trata de evitar la ingerencia del Ejecutivo en la organización de los Juzgados y Tribunales, y postula la creación de órganos de autogobierno que realicen esa función. Con esa finalidad, la CE, crea el CGPJ, ahora bien, desde la perspectiva de la independencia del Poder Judicial, se da la paradoja, de que es necesario garantizar ahora la independencia funcional del Juez frente al órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial, que ha sido establecido precisamente por la CE como una de las garantías de la independencia. En el aspecto funcional, la LOPJ garantiza la independencia judicial a través de diversas técnicas, la inamovilidad es una de ellas, pero no la única.

SERRANO BUTRAGUEÑO propone como figuras delictivas que deben quedar incluidas dentro del Capítulo propuesto:

A) La usurpación de atribuciones judiciales por funcionario público o por particular, así como la arrogación ilícita de competencias por parte del Juez.

Por lo que respecta a la usurpación de atribuciones judiciales ya se cometa por un funcionario público, ya por un particular, desde el punto de vista del procedimiento en el que tuviera lugar tal conducta, la consecuencia que se deriva sería una nulidad total o parcial de actuaciones, con el consiguiente retraso en la tramitación y los perjuicios que ello pueda conllevar para las partes, pero el mismo efecto procesal produciría por ejemplo, la usurpación de la condición de Secretario Judicial – único depositario de la fe pública judicial -, o la usurpación de las funciones del Ministerio Fiscal. Estimo, que en tales supuestos es preferible mantener la actual regulación de la usurpación de funciones públicas y del intrusismo en el Capítulo V del Título XVIII “De las falsedades”, y encauzar la repercusión que de estas conductas sufren las partes en el proceso por el cauce de la responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las acciones de regreso que competen al propio Estado.

En cuanto a la arrogación ilícita de competencias por parte del Juez, considero abiertamente que no tiene sentido incluirlo como un delito contra la Administración de Justicia, en el supuesto de que las competencias que se atribuyera el Juez no fueran de naturaleza jurisdiccional, sino de carácter administrativo, la solución más correcta es situar tal conducta entre los delitos contra la Administración pública, que sería el bien jurídico que en definitiva resultaría conculcado, sin olvidar que en el procedimiento civil existe lo que se conoce como excepción de jurisdicción. No obstante, si se trata de la asunción dolosa o negligente por el Juez de competencias jurisdiccionales que no le correspondan por venir atribuidas por la ley a otros órganos jurisdiccionales entiendo que en el caso de mediar dolo, y como a la fuerza en el proceso el juez manifiesta sus decisiones por medio de las resoluciones –providencias, autos, y, sentencias-, no habría ningún inconveniente para encuadrar tal conducta por la vía de la prevaricación. En el caso de la negligencia, sólo en el supuesto de que ésta sea grave quedaría incluida en los supuestos de prevaricación, en los demás casos entraría dentro del ámbito disciplinario, en este punto quiero resaltar que las partes del proceso cuentan con mecanismos procesales –excepciones, declinatorias, recursos-, que permiten corregir tales conductas.

B) Las calumnias e injurias, graves o leves, contra el CGPJ, el Tribunal Constitucional –TC- y el Tribunal Supremo –TS-, los desacatos, insultos, injurias, y amenazas contra la autoridad judicial o representantes del Ministerio Fiscal o contra el personal de la Administración de Justicia, así como los desórdenes públicos en la audiencia de un Tribunal o Juzgado.

C) Las incompatibilidades de los jueces, tales como las negociaciones prohibidas, el ejercicio de actividades vinculadas a sus funciones, y los que afectan a la independencia de los Jueces o Magistrados, y el cohecho para todos los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, y el tráfico de influencias. Así mismo un tipo específico respecto a la inamovilidad de Jueces y Magistrados.

## *2. Delitos contra el libre y lícito acceso a la jurisdicción:*

- A) Delitos contra la libertad del denunciante en el proceso, incluyendo las conductas consistentes en impedir que la denuncia se interponga.

- B) Delitos contra la licitud del acceso a la jurisdicción: acusación y denuncia falsas, simulación de delito y estafa procesal.

3. *Delitos contra el Derecho al Juez Ordinario predeterminado por la Ley:*

- A) Delito de entrega de causa criminal por Juez o Tribunal a otra autoridad o funcionario.
- B) La realización arbitraria del propio derecho.

4. *Delitos contra el deber de colaboración con la Justicia:*

- A) previos al proceso: omisión del deber de denunciar determinados delitos, encubrimiento o favorecimiento real o personal, omisión del deber de promover la persecución de los delitos por funcionario público y de los delitos relacionados con la información a la autoridad judicial de los detenidos.
- B) Durante el proceso: incomparecencia de testigo o perito ante una citación judicial, negativa a declarar del testigo en causa criminal – desobediencia grave a la autoridad- y delitos realizados por funcionarios judiciales de desobediencia y denegación de auxilio, y, para los Secretarios Judiciales, la obligación de dar cuenta inmediata de los escritos de libertad presentados por detenidos o presos.
- C) En la ejecución de lo resuelto: la obligación de colaborar con la Justicia en la ejecución de las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes y el delito de desobediencia respecto a los funcionarios en referencia específica a las sentencias.

5. *Delitos contra el derecho a un proceso justo, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas:*

- A) Sobre las garantías procesales: evasión de presos preventivos e infidelidad en la custodia de los mismos por funcionario o por

particular o el mantener indebidamente en prisión provisional a un ciudadano, la realización arbitraria del propio derecho, las prevaricaciones impropias de abogado y procurador –con extensión a ciertas estafas procesales y profesionales, extorsiones, coacciones, cobro de lo indebido, etc-, la sustracción de documentos que obren en autos y la revelación de actuaciones sumariales y judiciales –o uso ilícito y privilegiado de información contenida en ella-.

- B) Sobre las dilaciones indebidas: tipos en relación a la tardanza en poner en libertad a detenidos o presos o de notificar los autos de prisión, libertad o levantando la incomunicación, prevaricación judicial consistente en negarse a juzgar o el retardo malicioso en la Administración de Justicia.

6. *Delitos contra el derecho a una prueba lícita:*

- A) Torturas y coacciones y represalias contra testigos, peritos o interpretes y falso testimonio.

7. *Delitos contra el derecho a obtener una resolución imparcial, fundada en Derecho, que ponga fin al proceso:*

- A) Prevaricación judicial y cualquier tipo de parcialidad o discriminación por Jueces, Fiscales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, y el derecho a los recursos pertinentes y penalizarse los recursos manifiestamente temerarios o interpuestos por motivos espúreos.

8. *Delitos contra el deber de acatar y cumplir las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos:*

- A) Desobediencia por particulares o por funcionario, quebrantamiento de condena, evasión de penados, sentenciados o condenados, y la infidelidad en la custodia cometida por funcionarios o particulares.

Lo que no se puede reprochar a la propuesta de SERRANO BUTRAGUEÑO es que resulta plenamente consecuente con el bien jurídico que postula dicho autor para el Título XX, pero resulta cuanto menos, excesivamente casuística, y me muestro totalmente de acuerdo con las reflexiones de BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>119</sup> cuando señala que esta clasificación no puede ser considerada como una propuesta sistematizadora precisa y taxativa tal y como debe regir en la elaboración de un título del C.P, ya que, entran y salen tipos, desobediencias, coacciones o represalias a testigos, peritos o interpretes, infidelidad en la custodia de presos o detenidos, dando lugar a una configuración del título casuística e impropia de un CP.

Otra de las posibilidades que también se ha apuntado, consiste en la opción de clasificar estos delitos atendiendo a los posibles sujetos activos que pueden perpetrarlos, y así se distingue<sup>120</sup>:

A./ Delitos cometidos por Jueces y Magistrados, que comprenderían:

- prevaricación y retardo malicioso en la Administración de justicia.
- Incomparecencia del Juez o Magistrado o la revelación de actuaciones declaradas secretas.

B./ Delitos que pueden ser cometidos por otros funcionarios públicos al servicio de la Administración de Justicia:

- Retardo malicioso ocasionado por la actuación de Secretario Judicial u otro funcionario público al servicio de la Administración de Justicia.
- Incomparecencia del Secretario Judicial, o revelación de actuaciones declaradas secretas.
- Revelación de actuaciones declaradas secretas por otro funcionario al servicio de la Administración de Justicia.
- Obstruccionismo judicial llevado a cabo por el representante del Ministerio Fiscal.

---

<sup>119</sup> BENITEZ ORTÚZAR , IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., p. 38.

<sup>120</sup> BENITEZ ORTÚZAR , IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., pp. 40 y 41.



- Presentación de testigos, intérpretes o peritos falsos en juicio por el representante del Ministerio Fiscal.
- Proporción de la evasión del condenado, preso o detenido, e infidelidad en la custodia de presos por funcionario de prisiones.

C./ Delitos en que el sujeto activo es un particular cualificado:

- Deslealtad profesional realizada por abogado o procurador.
- Presentación de testigos, peritos o intérpretes falsos en juicio por abogado, procurador o graduado social.
- Falsa declaración de intérprete o perito, o falso testimonio por el particular citado como testigo en juicio.
- Evasión por el particular condenado, sometido a medida de seguridad, prisión preventiva o detenido.

D./ Delitos cometidos por particular no cualificado:

- Omisión de los deberes de impedir determinados delitos o promover su persecución.
- Encubrimiento real y personal.
- Realización arbitraria del propio derecho.
- Acusación y denuncia falsa y la simulación de delitos.
- Obstrucción a la Justicia por particular.
- Proporción de la evasión del condenado, preso o detenido, por particular.

Otra propuesta clasificatoria es la que efectúa DIAZ PITA<sup>121</sup>, quien partiendo del bien jurídico *potestad jurisdiccional*, entendida como capacidad de los órganos integrantes del Poder judicial para resolver los conflictos mediante la aplicación del Derecho objetivo, considera que debe de incluirse dentro de este título:

1. La acusación y denuncias falsas.
2. Delitos contra la libertad de las partes.

---

<sup>121</sup> DIAZ PITA, M .M; *El Delito de Acusación y Denuncias Falsas: problemas fundamentales*, 1.996, pp. 36-37.

3. Simulación de delito.
4. Falso testimonio.
5. Prevaricación Judicial.
6. Quebrantamiento de condena y evasión de presos.

#### 6.4 Conclusiones.

Entiendo que debe procederse de acuerdo con el criterio general de sistematización de los tipos delictivos, que con carácter general, se orienta, en primer lugar, en torno al bien jurídico protegido, para en un momento posterior, atender como criterio determinante de su sistematización, a la forma de ataque de ese bien jurídico, y dentro de la forma de ataque, ordenar los tipos desde el más básico al más complejo o cualificado, y, en el supuesto de que algún tipo contenga diversas formas de ataque al mismo bien jurídico o atente contra varios bienes jurídicos, atender a sus características principales o predominantes para su correcta o más adecuada sistematización.

Pues bien, si partimos de que el bien jurídico que tutela el Título XX no es otro que el *correcto funcionamiento de la Administración de Justicia* y de que sólo deben tipificarse aquellos comportamientos que constituyan un atentado **directo y grave** al mismo, debiéndose concretar tales atentados en la violación de alguno o algunos de los valores inspirados en los derechos que proclama el artículo 24 de la CE – artículo que concreta los derechos y garantías cuya observancia determina el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia-; por lo que, la sistemática a seguir vendría dada por el propio art. 24 de la CE, de modo que, las modalidades de conductas delictivas se diversifican dependiendo del derecho o de la garantía de la tutela judicial que se haya vulnerado con el fin de atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. En cualquier caso, la utilización del art. 24 de la CE como criterio sistematizador del Título de los delitos contra la Administración de Justicia, no debe ser óbice para incurrir en la frecuente confusión entre derechos fundamentales y bienes jurídicos –una de las principales críticas que se ha efectuado a las Teorías constitucionales del bien jurídico-<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> BARQUIN SANZ, J; *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1.992, pp. 222 y 223. Alude a la confusión que a veces se produce entre los derechos fundamentales y los bienes jurídicos, de modo que, si bien es cierto que en ocasiones la formulación de un derecho fundamental puede coincidir aparentemente con un objeto de protección penal, básicamente cuando sea inseparable la expresión formal del derecho de su contenido material y además exista algún tipo penal cuyo bien jurídico sea el mismo que el del

Por otro lado, no debe perderse de vista, que los derechos y garantías que consagra el artículo 24 de la CE, se predicán respecto de todos los procesos –civil, penal, contencioso-administrativo, laboral- y para todas las fases de los mismos -pre – procesal, procesal y de ejecución-, en base ello, considero que la sistematización primaria de los Delitos contra la Administración de Justicia en atención a las fases del proceso es desafortunada, y postulo la estructuración del título, en función del valor inspirado en el derecho o garantía del art. 24 de la CE que haya resultado violentado por la conducta delictiva, sin perjuicio de que, dentro de cada modalidad de ataque del bien jurídico las diferentes conductas se sistematicen dependiendo de la fase procesal en que acontezcan. A grandes rasgos e distinguiría:

1. Capítulo I: “**De las conductas que atentan contra la tutela judicial efectiva**”, que comprendería como modalidades delictivas dignas de tipificación:
  - Las que impidan u obstaculicen el acceso al sistema judicial. (se incluiría el art. 464 del CP, a este respecto las SS AP de Málaga de 2 de Octubre de 2.000 (BDAP 340721/2.002), y de 22 de Junio de 2.000 (BDAP 340710/2.002) – ponente Ruíz Martínez- señalan que: “El art. 464 del CP establece un sistema de específica tutela del derecho de los ciudadanos a acudir en cualesquiera condición ante los órganos jurisdiccionales.”
  - Las que entorpezcan o impidan conseguir una resolución fundada en Derecho.(artículos 446, 447 y 448, es decir, las prevaricaciones judiciales).
  - Las atentatorias contra el Derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos (que formarían parte de las prevaricaciones).
  - Las que lesionen o impidan la ejecución de la sentencia.(468, 469, 470 y 471 pero haga ineficaz un procedimiento ejecutivo o de apremio.)
  
2. Capítulo II **De las conductas que causan indefensión**, dentro de las cuales se incluirían las conductas desleales del art. 467 del CP, y en este capítulo se incluiría **las conductas que atentan contra la utilización los medios de prueba pertinentes para la defensa** ( art. 458,459, 460, 461, y 462 – falso testimonio-).

---

derecho fundamental, por ejemplo, en el caso del derecho al honor (art. 18.1 de la CE). En cualquier caso, la norma constitucional, el derecho fundamental, es un concepto y su objeto de protección, otro distinto.

3. **Capítulo III De las conductas que atentan contra el Juez ordinario predeterminado por la Ley.** (art. 455, la realización arbitraria del propio Derecho, en cuanto el que se toma la Justicia por su mano se auto convierte en Juez ejecutor), también cabría incluir en este Capítulo la llamadas “manipulaciones de repartos de asuntos”.
  
4. **Capítulo IV De las conductas que atentan contra el proceso público con todas las garantías,** capítulo que haría, en cierto modo de cajón de sastre para aquellas conductas que afecten de forma grave y directa al normal funcionamiento del proceso y no encuentren cabida en otro capítulo del Título. Entre estas conductas podrían incluirse por ejemplo la entrada y registro en domicilio sin presencia de Secretario Judicial.
  
5. **Capítulo V De las conductas contrarias a un proceso sin dilaciones indebidas.** (artículo 449 -retardo malicioso Juez, Magistrado o Secretario Judicial-, el art. 463 –incomparecencia en juicio-).

### III. ESPECIAL REFERENCIA AL CAPÍTULO VII : DE LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA Y LA DESLEALTAD PROFESIONAL.

La terminología utilizada para bautizar el Capítulo VII del Título XX: “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional” era desconocida para el CP de 1.973, aunque sí apareció recogida en el Proyecto de CP de 1.980. La utilización del concepto de “obstrucción y deslealtad profesional” permite agrupar correctamente una serie de conductas que tienen precisamente tal sentido, es decir, que suponen un entorpecimiento deliberado del funcionamiento cotidiano de la Administración de Justicia .

La obstrucción a la función jurisdiccional aparece en este Capítulo de varias formas tal y como advierte BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>123</sup>, bien a través de conductas que tratan de entorpecer directamente el normal desarrollo del proceso, perpetradas directamente por los intervinientes del proceso o por terceras personas, o, bien a través de conductas realizadas por los colaboradores de la Administración de Justicia.

La inspiración de estos tipos penales no hay que buscarla en figuras que reciben la misma denominación en otros sistemas jurídicos, en concreto en el mundo anglosajón, sino que debe conectarse según QUINTERO OLIVARES<sup>124</sup> con una percepción por parte del legislador de algunos problemas que aquejan a la eficacia y agilidad de la justicia, frente a los cuales otros sectores del ordenamiento jurídico se han mostrado aparentemente en la práctica ineficaces<sup>125</sup>. Con tal argumento, sin embargo, parece que lo que se pretende es

---

<sup>123</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F; *De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, cit., pp. 47 y ss.

<sup>124</sup> QUINTERO OLIVARES, G; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1.996, p. 1.979

<sup>125</sup> Por lo que respecta a los Abogados y Procuradores, la legislación que de un modo u otro se refiere a la conducta de éstos profesionales en el supuesto del art. 467 del CP:

LECrim:

- Art. 262. Obligación de denunciar, aquellos que por razón de sus funciones conozca de un delito público.
- Art. 260. La obligación del art. Anterior no alcanza al abogado o procurador respecto de las instrucciones o explicaciones que reciban de sus clientes.
- Art. 301. Corrige disciplinariamente al abogado o procurador que revele indebidamente el secreto del sumario.
- Art. 416.2º. Están dispensados de la obligación de declarar el abogado respecto de los hechos que le hayan revelado, en esa calidad, su defendido.

L. O. P. J.:

- Arts. 437, 438 y 442 se refieren a la responsabilidad disciplinaria de abogados y procuradores.

Las normas contenidas en el Estatuto General de la Abogacía y de la procuraduría, y finalmente, las normas deontológicas de la profesión de abogado, además de los siguientes artículos del “Código internacional de Deontología forense” elaborado por la “Internacional Bar Association”:

convertir al CP de 1.995, y por lo tanto, al DP en un instrumento en orden a suplir los déficits de regulación de otras ramas del ordenamiento jurídico, por tal motivo cierto sector doctrinal recuerda que la salvaguarda de los bienes jurídicos -tarea básica de todo el ordenamiento jurídico-, no implica necesariamente protección a través del DP.

El Capítulo VII constituye, en cualquier caso, una de las más destacables novedades en el CP de 1.995, pues aunque aparecen figuras que, sin recibir esa denominación genérica, ya eran constitutivas de delitos con arreglo al Código anterior -como era el caso de la prevaricación de abogados y procuradores-, el volumen de lo que puede calificarse como “nuevo” en este capítulo es superior en comparación con el material procedente de la legislación anterior.

La actual configuración del capítulo VII es, sin duda, el resultado de un desarrollo legislativo que puede sistematizarse atendiendo a cada una de las figuras delictivas que lo integran, así:

- El actual **art. 463**<sup>126</sup> tiene su inmediato precedente en el art. 372.2 CPTR de 1.973, que, ubicado entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, castigaba la conducta del testigo y del perito que dejara voluntariamente de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones cuando hubiera sido citado al efecto. El art. 463 contempla básicamente dos supuestos:

---

Art. 7 “*se considera incorrecto en un abogado, el ponerse en comunicación en un caso particular directamente con cualquier persona que él sepa que está representada en dicho caso por un abogado. Esta regla se aplica tanto a la parte contraria, como a los clientes en cuyo nombre ha sido consultado por otro Abogado*”, y,

Art. 12: “*Un abogado no debe representar nunca intereses opuestos. Esto se aplicará también a todos los miembros de una firma o sociedad de abogados*”.

<sup>126</sup> Art. 463 CP: “ 1. *El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de arresto de 12 a 18 fines de semana y multa de 6 a 9 meses. En la pena de multa de 6 a 9 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.*

2. *Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de 2 a 4 años.*”

3. *Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de arresto de 18 a 24 fines de semana, multa de 6 a 12 meses de inhabilitación especial por tiempo de 2 a 4 años*”

a) por un lado, la incomparecencia a juicio en causa criminal con reo en prisión provocando la suspensión, respecto del cual se ha puesto el acento, desde el punto de vista de su valor tutelado, en el desempeño de la función de Administrar Justicia como una de las actividades de prestación del Estado, concretada en un cauce legal exigible que es el proceso.

La adopción de este criterio –según el cual se tutela la no obstrucción del proceso por sus operadores esenciales- supone el abandono de otros bienes jurídicos apuntados por nuestra literatura científica, como la libertad del acusado, dado el escenario que dibuja la tipicidad del art. 463, que se enmarca dentro el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o el propio del delito de desobediencia.

No cabe duda, en suma, que el legislador ha escogido esta especie concreta de ausencias injustificadas en atención a la naturaleza del proceso en el que se enmarcan -criminal con reo en prisión provisional-, en el que, en efecto, la Administración de Justicia se resiente tanto con la prolongación inmotivada del acusado en prisión, como con el agotamiento del plazo previsto legalmente de tal situación -art. 504 LECrim.<sup>127</sup>-, persiguiendo, así, el respeto al principio de intervención mínima, a fin de que no cualquier clase de absentismo se reprima penalmente.

b) Por otro lado, se prevé en el art. 463 el supuesto de la incomparecencia a juicio en causa criminal sin reo en prisión provocando o no la suspensión; en efecto, el mismo art. 463 CP castiga a quien incomparece dos veces, si bien se tolera penalmente una primera inasistencia en atención a que, aunque se trata de una causa criminal, el acusado no se encuentra privado de libertad. En esta ocasión, no se precisa que, como consecuencia de lo anterior, se produzca la suspensión del juicio oral.

---

<sup>127</sup> Art. 504 LECrim. según la redacción dada por la LO 13/2003, de 24 de Octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento criminal en materia de prisión provisional: “...*El inculgado retenido en prisión provisional tiene el Derecho a que su caso sea atendido de forma prioritaria y con especial diligencia. El Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión provisional no se prolongue más allá de lo necesario. La situación de prisión provisional no durará más de tres meses cuando se trate de causa por delito al que corresponda pena de arresto mayor ni más de un año cuando la pena sea de prisión de tres años o de dos años cuando la pena sea superior. En éstos dos últimos casos, concurriendo circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el inculgado ...*”

La previsión es extensible a los abogados, procuradores y miembros del Ministerio Fiscal, pero no a Jueces, Magistrados o Secretarios Judiciales.

Se advierte en este supuesto con especial nitidez el objeto de tutela de estas figuras, cual es la necesidad de que la justicia, en su trámite más trascendente, no se detenga inmotivadamente por la desidia de alguno de los obligados a comparecer.

- El **art. 464**<sup>128</sup> del CP, aunque ampliando el ámbito de sujetos amenazados a los abogados y procuradores, encuentra su precedente en el art. 325 bis del CPTR de 1.973, que a su vez fue introducido por la reforma operada por la LO 8/1.983, de 25 de junio<sup>129</sup>. Este precepto recoge dos modalidades delictivas: en su párrafo primero, la consistente en intentar influir directa o indirectamente, utilizando violencia o intimidación, en el denunciante, parte, imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, diferenciando a efectos de pena, según el sujeto alcance o no su objetivo; en su párrafo segundo, las represalias contra las mismas personas por su actuación en un procedimiento judicial, que consistan en atentados contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, sin perjuicio de la pena que corresponde a la infracción que se haya cometido contra esos bienes jurídicos.

La S AP de les Illes Balears de 28 de Febrero de 2.000 –ponente Beltrán Mairata- (BDAP E74950/2.001) recogiendo las palabras una sentencia de 27 de Julio de 1.999, señala las diferencias entre el artículo 464 y el 325 bis del ACP al decir textualmente: *“las únicas diferencias entre uno y otro precepto, se limitan a una mayor sencillez del texto vigente, así como a una mayor claridad en la finalidad perseguida en cuanto atentatoria contra la normalidad de la actuación procesal; la inclusión de Abogados y Procuradores*

---

<sup>128</sup> Art. 464 CP: “ 1. El que con violencia o intimidación intente influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de 2 a 4 años y multa de 6 a 24 meses.

*Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.*

2. *Iguals penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.*”

<sup>129</sup> STS de 6 de Noviembre de 2.001 –ponente Mòner Muñoz- (BDAP 168/2.002): *“...El precepto mencionado, art. 464, tiene su precedente en el art 325 bis del CP derogado, introducido en la reforma parcial y urgente de 25 de Junio de 1.983, y tiene carácter de régimen general, los de protección penal de todos los intervinientes en procesos judiciales, y es contemplado con algunas normas especiales, como la L.O 19/1.994, de 23 de Diciembre, de protección de Peritos o Testigos en causas criminales..”*



*como posibles sujetos pasivos, sólo responde a la conveniencia de explicitar el término “parte”, anteriormente utilizado, evitando toda ambigüedad al respecto...”*

El fundamento de este tipo penal se relata en la Exposición de Motivos de la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, donde se lee que el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia. En relación al bien jurídico protegido, se persigue la protección de la indemnidad de quienes son ya colaboradores de la justicia, en el entendido de que se compromete una faceta muy concreta de su libertad de obrar, que pone en peligro, a su vez, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, como posibilidad de plena información del Tribunal para la más adecuada resolución de fondo. La ya mencionada S AP de les Illes Balears de 28 de Febrero de 2.000, ratifica dicha conclusión, si bien con la matización de que aunque las dos modalidades que contempla el art. 464 del CP son comportamientos relacionados con el proceso, su relación con el bien jurídico es distinta<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> S AP de Balears de 28 de Febrero de 2.000: “...*Ambas modalidades delictivas se inscriben dentro de lo que doctrinalmente se venía considerando una obstrucción a la Justicia, característica común elevada hoy al “nomen iuris” del Capítulo incluido dentro de los Delitos contra la Administración de Justicia, bien que ambos comportamientos aun cuando relacionados siempre con el proceso –penal o de distinta naturaleza– guarden una relación intensamente distinta con el bien jurídico específicamente protegido, pues con razón se ha dicho que si el objeto preferente de tutela es la Administración de Justicia (que necesita preservar el correcto desarrollo del proceso, sin interferencias ni condicionamientos que eliminen o desvíen las aportaciones de cuantos intervienen o deben intervenir en el mismo –con abstracción de los miembros que integran el Tribunal– como presupuesto de la búsqueda de la verdad, material o formal, y de la Justicia de las resoluciones) de hecho, mientras la acción típica del párrafo primero, puede efectivamente, entorpecer, el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, la acción típica del párrafo segundo atañe a agresiones llevadas a cabo porque el sujeto ha actuado libremente ya en el proceso, y en “represalia” por esta actuación, lo que evidencia que el presupuesto de ésta segunda modalidad, es, justamente, el que no se haya visto perturbado el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, bien que su incriminación responda a la inseguridad que la represalia pueda generar en los intervinientes en futuros procesos, quedando así configurada la dinámica típica como un delito de peligro abstracto, como revela el hecho de que la vida, la integridad, la libertad, la libertad sexual y los bienes, que son objetos jurídicos directamente concernidos, no forman parte del contenido material del delito, que se consuma con independencia de la consumación de las infracciones a que los ataques a esos bienes jurídicos diera lugar; ataques que tampoco precisan alcanzar la categoría de “delito” en su rigurosa y estricta significación...”*

- El art. 465 del CP<sup>131</sup> es un precepto de nuevo cuño. Se pretende con la tipificación de tales conductas proteger la Administración de Justicia en sentido amplio en la medida en que se produce, como delito de resultado que es, la desaparición para el procedimiento de que se trate de documentos o actuaciones. Se evitan, así, los abusos que pudieran producirse como consecuencia de la posición de privilegio que, en orden a la consecución de los originales de las actuaciones, se observa respecto a los abogados y procuradores. A mi juicio responde claramente al prototipo de delitos que encajan plenamente en la tutela del correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia.

- El art. 466 del CP<sup>132</sup> tipifica la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas, esta figura delictiva trae su precedente el art. 367 CPTR de 1.973 en lo que respecta a la revelación de secretos oficiales por funcionario público.

Se está protegiendo en el art. 466 CP la seguridad de las indagaciones judiciales propias de la fase de instrucción del proceso penal, con independencia de la posible revelación de datos del particular, que de producirse podrían dar lugar a situaciones concursales<sup>133</sup>. Según CORTÉS BECHIARELLI<sup>134</sup> nos encontramos ante una modalidad más de revelación de secretos que, por razón de su contenido, ha sido insertada en este Capítulo que, por lo demás, en cuanto a su arquitectura típica esencial, no difieren de los de tal naturaleza, catalogados como delitos contra la intimidad. Se pone así el acento en la dimensión colectiva del bien jurídico Administración de Justicia, frente al eminentemente personal del art. 199.2º CP (Sujetos activos pueden ser abogados o procuradores, Jueces o

---

<sup>131</sup> Art. 465 CP: “ 1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 7 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de 3 a 6 años.  
2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de 3 a 6 meses.”

<sup>132</sup> Art. 466 CP: “ 1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de 1 a 4 años.  
2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el art 417 en su mitad superior.  
3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.”

<sup>133</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F; *De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, cit., pp. 47 y ss.

<sup>134</sup> CORTÉS BECHIARELLI, E: “Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional”, en *Materiales para el estudio del Derecho*, Portal de Derecho Iustel , 2.003 (<http://www.iustel.com/>).

miembros del Tribunal, representantes del Ministerio Fiscal, Secretarios Judiciales o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia -a los que se le impondrán las penas del art. 417 en su mitad superior, en atención a la calidad de la información reservada, cfr., en tal sentido, ATSJ Comunidad Valenciana 10-2-1999- y particulares que intervengan en el proceso).

La singularidad de esta modalidad radica en su objeto material -actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial-. De suerte que nos encontramos ante una norma penal en blanco, que se complementa con lo dispuesto en los arts. 301 y 302 LECrim. y concordantes, acerca del secreto sumarial.

Esta exigencia típica -condición objetiva de punibilidad- delimita con exactitud el ámbito del delito, aportándole máxima seguridad jurídica, mucho más si se tiene en cuenta que el secreto sumarial ha de acordarse necesariamente en virtud de auto. Sin embargo, en opinión de nuestra jurisprudencia, a este delito se le debe dar un contenido restrictivo. No es lo mismo difundir incidencias procesales dando cuenta simplemente de su celebración, que divulgar el contenido específico y literal de la diligencia practicada sacando a la luz pública aquello que por su particular naturaleza debe permanecer secreto, es evidente que estas últimas alteran gravemente el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

- El **art. 467** <sup>135</sup> del CP como ya hemos tenido ocasión de señalar encuentra sus precedentes en los arts. 360 y 361 del CPTR de 1.973. A pesar de que es acertada la inclusión de las conductas descritas en el art. 467 dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, se trata de conductas delictivas que no terminan de perfilarse correctamente; entre alguno de los aspectos que merecen destacarse podemos señalar la no inclusión de la figura del graduado social o técnico en relaciones laborales como posibles sujetos activos del delito, así como la dificultad o falta de claridad del tipo a cerca de si los

---

<sup>135</sup> Art. 467 CP. “ 1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 2 a 4 años.

2. El abogado o procurador que por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo, profesión u oficio de 1 a 4 años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 6 meses a 2 años.”

hechos imprudentes se refieren a la imprudencia profesional o incluyen la impericia del profesional.

En resumen, se recogen en el Capítulo VII del Título XX del Libro II de nuestro vigente CP cinco artículos entre los que se diferencian dos bloques de figuras delictivas: por un lado, los delitos calificados como de obstrucción a la Justicia entre los que se comprenden la Incomparecencia (Art.463), y, Los delitos contra la libertad de las partes, peritos y testigos del proceso. (Art. 464); y por otro lado, los delitos que integran las deslealtades profesionales –arts. 465, 466 y 467 CP/1.995- que a su vez se subdividen entre aquellas deslealtades de abogados y procuradores frente a la Administración de Justicia bien obstaculizando el proceso (Art 465), o revelando actuaciones secretas (Art.466), y **las deslealtades de abogados y procuradores frente a sus clientes (Art. 467).**

La razones esgrimidas para justificar la existencia de este Capítulo y su ubicación dentro de los delitos contra la Administración de Justicia atienden fundamentalmente a la necesidad de reforzar el respeto al servicio a la Justicia, si bien, el objetivo ideal de conseguir un funcionamiento correcto de la Administración de Justicia es algo que excede de los Jueces y funcionarios que integran la misma y atañe a todos los ciudadanos, por lo que es preciso involucrar a funcionarios, profesionales, y, en general, a cuantos se relacionan con la Administración de Justicia en su correcto funcionamiento, lo que explica que dentro del Capítulo VII se hayan incluido tipos delictivos referentes a los ciudadanos - en concreto los Art. 463.1º, 464, 465.2º y 466.3º-, otros referentes a los abogados y procuradores -los previstos en los Art. 463.2º, 465.1º, 466.1º y 467-, y finalmente, las conductas concernientes a Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales - Art.463.2º y 3º, y 466.2º -.

En lo que se refiere a los particulares, y a la existencia del reproche penal que para las conductas que realizadas por los mismos se describen en los referidos artículos, responde su tipificación fundamentalmente a la preocupación que el propio legislador ya ha manifestado en otras ocasiones –como es el caso de la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 19/94, de 23 de Diciembre, de Protección a Peritos y Testigos en causas criminales-, en torno a falta de colaboración ciudadana con la Administración de Justicia;

preocupación que como ha indicado CALVO – RUBIO BURGOS<sup>136</sup> también ha sido puesta de manifiesto a nivel internacional por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y por las propias Naciones Unidas –resolución 827 de 25/05/1.993, y en su artículo 22-.

Por lo que respecta a la tipificación de las conductas obstructivas y desleales de abogados y procuradores *para con la Administración de Justicia*, no cabe la menor duda de que la misma se justifica por la especial trascendencia del vínculo que liga a estos profesionales con la maquinaria Judicial, vínculo que le viene dado por la asunción de sus propios deberes profesionales. También las deslealtades de abogados y procuradores *para con los clientes* también se han considerado como delitos contra la Administración de Justicia, al estimar el legislador de 1.995 que tales deslealtades ponen en peligro el bien jurídico *correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia*.

Por otro lado, la inclusión entre los delitos contra la Administración de Justicia de los antiguos delitos de prevaricación de abogado y procurador, abandonando así su disfuncional ubicación anterior como delitos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, es desde luego loable desde el punto de vista sistemático, sin perjuicio de que se pueda estar de acuerdo o no con la tipificación de todas las deslealtades descritas en el artículo 467 del CP.

Por último, en relación a las conductas previstas en los art. 463.2º y 3º y 466.2º, cometidas por Jueces, Magistrados, miembros del Ministerio Público, y Secretarios Judiciales, aún cuando es evidente que por su función en el proceso tiene una gran importancia no existen razones de política criminal que justifiquen su inclusión, y, difícilmente nos encontraremos en la práctica con la comisión de estos hechos delictivos, pensemos, por ejemplo, en el supuesto de dudosa aplicabilidad práctica en el que el propio Juez por su incomparecencia, sin justa causa, ocasiona la suspensión del proceso abierto en causa criminal con reo en prisión provisional.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, J. B; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”, cit., p. 465.

<sup>137</sup> Tal opinión es compartida por CALVO-RUBIO BURGOS, J. B; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”, cit., p. 466, y BENÍTEZ ORTÚZAR I. F; *De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, cit., p. 48.

Respecto a las críticas que se han realizado de este Capítulo VII destacan las concernientes tanto a la redacción de algunos de los tipos incluidos en el mismo, como a la falta de una sistemática uniforme ya que no sólo no se atiende a las fases del proceso que resultan afectadas en cada una de las conductas descritas en dicho Capítulo, sino que mientras unos tipos se refieren sólo al proceso penal –o más concretamente a una fase del mismo-, otros tipos, sin embargo, se refieren a todos los procesos judiciales y a cualquier fase en que los mismos se encuentren.

Frente a tales críticas, MUÑOZ CONDE<sup>138</sup>, señala, no obstante, que el actual Capítulo VII del Título XX tipifica unitariamente delitos que inciden en aspectos fundamentales de la Administración de Justicia y que no tienen adecuada protección en base a otros preceptos del CP.

En cualquier caso, y en cuanto concierne al objeto de estudio que nos ocupa podemos concluir que el examen detallado del Capítulo VII, viene en definitiva, a reafirmar como objeto de tutela el *normal funcionamiento de la Administración de Justicia*.

---

<sup>138</sup> MUÑOZ CONDE, F; *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 892.

## CAPÍTULO IV

### **LA PROBLEMÁTICA DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DEL ARTÍCULO 467 C.P.**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Tema clave y de especial discusión en la doctrina es el del interés jurídico específico a cuya protección atiende el tipo penal del artículo 467 del CP; interés que es preciso delimitar o concretar, en la medida de lo posible, de acuerdo con un criterio sistemático y de investigación coherente. Los primeros esfuerzos en tal sentido, nos llevan obligatoriamente a acudir a la ubicación sistemática en que se ha encuadrado dicho tipo dentro del CP, es decir, a la verificación del bien jurídico protegido en el Título y en el Capítulo en cuyo contexto el legislador ha enmarcado las conductas desleales que nos ocupan.

A tal respecto, no pasa, en absoluto, desapercibido que, las conductas que describe el art. 467 del CP han sufrido un cambio de sistemática respecto del ACP de 1.973, y ello, en opinión de SERRANO PIEDECASAS<sup>139</sup> no es casual, pues su anterior ubicación dentro de “los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, no obedeció a un *lapsus* legislativo, ya que, en el Estado autoritario la función legislativa y ejecutiva están unidas, con lo que el deber de fidelidad de los funcionarios pasa a conformar como valor supremo el contenido del bien jurídico. Desde esta perspectiva político-criminal, al abogado y al procurador se les castigaba por razón de su infidelidad con ocasión del ejercicio de la función pública. Sin embargo, en el marco del actual ordenamiento constitucional, la función pública debe ser protegida en tanto servicio dirigido a los ciudadanos. La infracción del deber de cargo como fundamento de la prohibición debe apoyarse sobre la relación Administración – ciudadano, y en ese sentido debe interpretarse

---

<sup>139</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “la obstrucción y Deslealtad...”, cit., pp. 420 y ss.

según SERRANO la razón por la que el legislador incluyó las conductas del art. 467 en el Título XX.

El análisis del bien jurídico protegido en el Título XX en el que se incardina el artículo 467 del CP de 1.995, ha sido objeto de examen más pormenorizado en las páginas precedentes, por lo que debe estarse a todo lo expuesto con anterioridad y concretamente a las conclusiones alcanzadas y que podemos sintetizar afirmando que:

“El bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración de Justicia no puede ser otro que la propia *Administración de Justicia entendida ésta en sentido funcional*, es decir, el *correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia*, siendo el artículo 24 de la CE, el que debe de tomarse como punto de referencia a la hora de marcar las pautas a cerca de aquellas condiciones cuyo cumplimiento garantiza el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, vía Derechos Fundamentales.”

Dicho bien jurídico se reafirma, como hemos podido comprobar en el Capítulo VII de “la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional”, dentro del cual se encuentra incluido el art. 467 del CP.

Todo ello pone de manifiesto, al menos en principio, –aunque bajo la regulación anterior se había apuntado algunas tendencias en tal sentido- que a la vista del actual emplazamiento de estas figuras delictivas, el bien jurídico protegido por el art. 467 del CP, o al menos uno de ellos, recae necesariamente sobre el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, en cuanto que abogados y procuradores sin tener la condición de funcionarios públicos intervienen en una posición privilegiada en dicho ejercicio, y por tanto, participan en el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que les permite en palabras de DE DIEGO DIEZ<sup>140</sup> poder *perturbarla, pervertirla y distorsionar* sus fines.

En semejantes términos SERRANO PIEDECASAS<sup>141</sup> considera que en la medida en que tanto el abogado como el procurador desempeñan un papel auxiliar, aunque

---

<sup>140</sup> DE DIEGO DIEZ, L.A; *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de Abogados y Procuradores*, cit., pp. 14-15.

<sup>141</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “la obstrucción y Deslealtad...”, cit., pp. 420 y ss.



esencial, en el desempeño del servicio prestado por la Administración de Justicia, su deslealtad profesional puede llegar a afectar a la función jurisdiccional. Deja por tanto, desde esta perspectiva, de ser relevante el hecho de que estos profesionales no sean funcionarios públicos o de que la relación habida con la parte sea contractual, y, lo esencial, es el precisar cuando estos profesionales con su intervención típica pueden incidir en el desarrollo de la función jurisdiccional.

Otros, autores<sup>142</sup>, sin embargo, consideran que el ámbito de tutela del art. 467 del CP excede del propio de la Administración de Justicia y alcanza de forma específica al correcto quehacer profesional de abogados y procuradores, en beneficio de sus clientes y, por supuesto, de la propia Administración de Justicia. Así por ejemplo, CORDOBA RODA<sup>143</sup> señala como bien jurídico común a las dos modalidades de deslealtades que tipifica el artículo 467, en un sentido genérico la Administración de Justicia y en un sentido concreto *la lealtad profesional*; y para CONDE-PUMPIDO FERREIRO<sup>144</sup>, el art.467 define delitos que tienen su ámbito de ejecución en el contexto de las relaciones que ligan a abogados y procuradores con sus clientes, por lo tanto, las conductas que se incriminan, no siempre afectan a la Administración de Justicia, y, por ello, el régimen de protección que se establece en este artículo excede sistemáticamente del objeto de protección del Título, en el que se pretende incluir fundamentalmente conductas que atentan contra el correcto ejercicio de la Administración de Justicia.

De forma paralela a la polémica planteada, PÉREZ DEL VALLE<sup>145</sup> introduce un elemento más de controversia, pues tras resaltar la importancia de la discusión sobre el bien jurídico, y de señalar que el contorno profesional del abogado determina que su actividad

---

<sup>142</sup> Entre los autores referidos se sitúan: CALDERÓN CERESO, A quien manifiesta: “La deslealtad punible no lo es tanto con la Administración de Justicia, que sólo indirectamente puede verse afectado, sino frente al cliente en el cumplimiento por abogados y procuradores de las obligaciones que surgen como consecuencia de las relaciones profesionales concertadas –arrendamiento de servicios–“ en, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob, cit. Pág. 566; MUÑOZ CONDE, F “Las deslealtades de abogados y procuradores frente a sus clientes afecta más lejanamente a la Administración de Justicia”, en: *Derecho Penal: Parte Especial*, Valencia, 2.001, pp. 875 y ss,... etc.

<sup>143</sup> CORDOBA RODA, J y GARCÍA ARÁN, M (directores); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*. Barcelona. 2004. Pág. 2311.

<sup>144</sup> CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III*. Madrid, 1.997, p. 4.363.

<sup>145</sup> PEREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión Penal”, *La Ley*, 1.997, pp. 1.837 y ss.

profesional se desarrolle en dos niveles<sup>146</sup>, estima que la pretensión de establecer una doble protección que permita abarcar los intereses de los particulares y los deberes de abogados y procuradores genera una cierta confusión fundamentalmente cuando los intereses del cliente o clientes y los intereses públicos no son coincidentes, sino que se contraponen frontalmente, de modo que para hallar una solución hay que tener en cuenta dos cuestiones: la crítica de la doctrina moderna a la teoría de los bienes jurídicos, y, la referencia de la dogmática penal a las reglas del proceso.

La doble dimensión de la función de abogados y procuradores, comporta, en efecto, una dualidad de lealtades, por un lado, hacia el cliente, y, por otro lado, hacia la Administración de Justicia, por lo que surge inevitablemente la siguiente pregunta: *¿es posible para estos profesionales optar por una sola lealtad?*

Si entendiéramos que abogados y procuradores no tienen más opción que decantarse por una de las lealtades expresadas se podría llegar a consecuencias bastante absurdas, de modo que, resulta, a mi juicio, tan descabellado considerar que el abogado –o en su caso el procurador- está al servicio exclusivo del cliente, y no tiene otro norte deontológico que el interés de éste, en aras al cual todo está permitido, como estimar que el abogado o procurador es un servidor de la Justicia y su exclusivo deber consiste en que el Derecho se aplique de forma correcta, lo que llevaría por ejemplo a situaciones tan “*sub-realistas*” como la de procurar la condena de su defendido si sabe que es culpable.<sup>147</sup>

Este tema entronca necesariamente con el alcance de la eximente del ejercicio legítimo del oficio del Art. 20 párrafo 7º CP, que obviamente pretende encontrar un ponderado equilibrio entre ambas lealtades de manera que en la misma no caben conductas tendentes a la obstrucción a la Administración de Justicia, pero si aquellas que podrían facilitar la acción de la justicia aunque afectar grave y directísimamente a su cliente.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Estos dos niveles vienen determinados, primero por la existencia de una relación profesional vinculada a la defensa jurídica que conlleva que la competencia institucional esté fundada en una relación de especial confianza, la cual, a su vez, está fundada en la confianza otorgada por el cliente o bien se concreta por la administración, en los casos en que el defensor es determinado por una organización; en segundo lugar, la lealtad respecto a los órganos jurisdiccionales.

<sup>147</sup> QUINTERO OLIVARES; *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1.991

<sup>148</sup> Art. 20.7º: “*Están exentos de responsabilidad criminal:....7º el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio, o cargo*”. Respecto de ésta eximente opera cuando los actos practicados lesionen bienes jurídico-penales, siempre que los mismos hubieran sido realizados en el estricto

Considero que, a éste respecto, es imprescindible tener en cuenta que el derecho de defensa y de representación no son derechos ilimitados, es decir, en nombre de esta tarea profesional no está justificado cometer delitos; por tanto, el derecho de defensa proclamado en el art 24.2º de nuestra Constitución, no permite conductas que vayan más allá de lo legalmente permitido<sup>149</sup>, por ello, las figuras delictivas previstas en el art. 467 constituyen un límite a la eximente del art. 20.7º, en la medida en que las deslealtades castigadas en aquel precepto constituyen, de principio, supuestos de ejercicio *ilegítimo* de la abogacía o en su caso de la procuraduría.

A la opción por una de las dos lealtades aludidas, es posible sumar, por último, una tercera posibilidad que sería la de entender que las lealtades apuntadas se encuentran en un plano de igualdad, lo que provocaría que en determinados supuestos exista una colisión de deberes –estado de necesidad-.<sup>150</sup>

Dos son las cuestiones que, a grandes rasgos, deben despejarse en relación a las conductas que describe el art. 467 para clarificar su ámbito de protección: en primer lugar, el interés o intereses jurídicos que se pueden ver afectados con la realización de las mismas, es decir, la discusión a cerca del carácter uniofensivo o pluriofensivo del tipo, y en

---

ámbito de los derechos y deberse que la profesión o el cargo facultan e imponen. Cuando en el cumplimiento de los deberes impuestos en el ejercicio de un oficio se traspasan los límites racionales, es decir, se produce un exceso, esta causa de exclusión de la antijuricidad no opera como tal, sino como eximente incompleta, pero para ello es siempre necesaria la existencia de un núcleo inicial y primario de cumplimiento de deber o de ejercicio legítimo del oficio, sin el cual no puede apreciarse esta circunstancia ni como eximente ni como atenuante.

<sup>149</sup> GARCÍA PLANAS, G; “Prevaricación de abogados y procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pp. 33-34. señala de forma textual que: “Si ojeamos la Jurisprudencia o a través de los medios de comunicación, vemos que, en ocasiones el abogado o el procurador lleva a cabo comportamientos ilícitos desde el punto de vista penal, que en las más de las veces, poco tienen que ver con los preceptos que comentamos –se refiere a los art. 360 y 361 del ACP-. Y es que el abogado no puede tener la misma actitud en temas penales, cuando actúa como defensor del acusado, que cuando actúa como defensor del perjudicado, es decir, ejerciendo la acusación particular, en el primer caso, es la propia ley quien como portavoz del acusado le revela de la obligación de decir verdad, siempre y cuando ello no comporte la falsa acusación de otra persona, en descargo del cliente; cuando el letrado ejerce la acusación particular no puede faltar a la verdad, so pena de cometer un delito de acusación y denuncia falsa.

Además, de comportamientos inherentes al derecho de defensa, pueden encontrarse en la Jurisprudencia y en la realidad diaria con profesionales del Derecho que pudieran asesorar a sus clientes para que lleven a cabo hechos que estén como mínimo entre lo éticamente desvalorizable y lo penalmente punible...”

<sup>150</sup> PÉREZ CEPEDA, A, I: *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y...*, cit. p. 65, si bien, QUINTERO OLIVARES; *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1.991, este autor estima que no puede justificarse un estado de necesidad ni completo ni incompleto si la razón última es algo injusto sino que se tratará de una coautoría o inducción al delito cometido.

segundo lugar, la determinación de los aspectos que cualifican desde el punto de vista punitivo la actividad profesional de abogados y procuradores.

## II. EL CARÁCTER UNIOFENSIVO O PLURIOFENSIVO DE LOS DELITOS DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ART. 467 DEL C.P

La inmensa mayoría de la doctrina no vacila en calificar las deslealtades profesionales descritas en el art. 467 del CP como un delito pluriofensivo, es decir, como un delito cuya perpetración conlleva la lesión de diversos bienes jurídicos, de modo que junto al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia se ven involucrados otros intereses jurídicos cuya tutela también se impetra a través de dicho precepto. La razón de ello se encuentra en la propia dimensión dual del trabajo de abogados y procuradores, que por un lado, como bien señala QUINTERO OLIVARES<sup>151</sup> son personas en las que el ciudadano, y la ciudadanía en general, ha depositado su confianza, y, que por otro lado, y, al mismo tiempo, son colaboradores necesarios y de excepción en un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Esta dimensión dual de ambas profesiones jurídicas se ha puesto de manifiesto no sólo por la doctrina sino también en numerosas sentencias y entre ellas, puede hacerse referencia a la reciente dictada por la AP de Valencia de 26 de Noviembre de 2.001 nº de recurso: 95/2.001 (BDAP 345570/2.002) al señalar de modo expreso: *“...En efecto, la prevaricación impropia que el antiguo Código contemplaba en los artículos 360 y 361, recibe ahora esta denominación más correcta por tratarse el sujeto activo de persona que no es funcionario, pero que, conforme a las exigencias del antiguo Estatuto de la Abogacía (RD 2090/82 de 24 de Julio) reproducidas en el novísimo (RD 658/2.001 de 22 de Junio) colabora necesariamente con la función jurisdiccional, sin desviarse del fin supremo de la Justicia, cumpliendo su función de defensa de los intereses confiados con el máximo celo y diligencia.”*

Desde una primera y rápida aproximación a las conductas que descritas en el art. 467 del CP, teniendo en cuenta la función pública o semipública que pueden desempeñar estos profesionales y el interés individual que puede verse gravemente afectado en dicha

---

<sup>151</sup> QUINTERO OLIVARES; *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 1.991; y en el mismo sentido se pronuncia TORIBIO GARCÍA L. F; Ponencia “falsedad, delitos contra la admón. Pública y contra la admón. De justicia. Títulos XVIII, XIX Y XX del nuevo Código Penal”. *Estudios jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, cit., pp. 529 y 530.

actuación profesional, la deslealtad del abogado y del procurador puede llegar a lesionar, según entiendo, hasta tres bienes jurídicos:

- El bien jurídico de *la función social de la Abogacía y/o de la procuraduría*.
- El bien jurídico del *interés individual del cliente*.
- El bien jurídico del *correcto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia*.

Vamos a analizar por separado cada uno de los posibles bienes jurídicos que pueden verse involucrados en las conductas desleales tipificadas en el art. 467 del CP, sin prejuizar, a priori, el papel que juegan en relación a las figuras delictivas en estudio, para a continuación elaborar las correspondientes conclusiones al respecto.

#### 1. LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA ABOGACÍA Y LA PROCURADURÍA.

Para abordar el tema de *la función social de la abogacía y de la procuraduría* me parece bastante ilustrativo hacer referencia a una pretensión planteada por un ciudadano español y la correspondiente respuesta efectuada por el Ministerio de Justicia.

En efecto, un ciudadano había pedido, en fechas recientes, al Congreso de los Diputados que derogara “toda norma” que obligue a los justiciables a comparecer asistido de abogado y representado con procurador, la respuesta que emitió el Gobierno al respecto el pasado 20 de Enero de 2.003 se traduce en las siguientes palabras<sup>152</sup>:

*“En lo que se refiere a la petición efectuada por el Sr. (...) para que se suprima la obligación de actuar con abogado y procurador en los procedimientos judiciales, hay que decir que, en general, la asistencia de éstos profesionales para defender los derechos del ciudadano ante la justicia se concibe, precisamente como una garantía para el justiciable, al poder contar en todo momento con el asesoramiento y la actuación de un profesional específicamente dedicado a esa actividad.*

---

<sup>152</sup> Revista del Consejo General de Procuradores, nº 44, Febrero 2.003, p.55.

*Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que otros países, establece con carácter general la preceptiva intervención de letrado y/o procurador ante los Tribunales, siendo sólo en casos expresamente mencionados en donde, por su escasa complejidad u otras circunstancias, se permite la actuación ante la Justicia sin la concurrencia de ésta defensa y representación técnica, lo cual es reflejo, precisamente, del derecho constitucional a la defensa y a la tutela judicial efectiva, establecido en el art. 24 de la Norma Fundamental.*

*Por ello, está establecido además un auténtico sistema de garantías mediante el cual, cuando una persona no puede proporcionarse por sí misma los servicios de un abogado o procurador, entran en juego toda una serie de mecanismos de asistencia jurídica gratuita y designaciones por turno de oficio, dirigidas a asegurar que, bajo ningún concepto, puedan producirse situaciones de indefensión”.*

*Concluye el Ministerio de Justicia: “En definitiva, la obligación de actuar bajo la dirección de un profesional especializado no ha representar ningún perjuicio para el ciudadano, sino, bien al contrario, una garantía para sus derechos, que difícilmente se podrían hacer valer en auténticas condiciones de indefensión si no se contara con la asistencia técnica de dichos profesionales, dada la complejidad y exigencia de conocimientos jurídicos que normalmente implican los procedimientos judiciales – cumplimiento de plazos, posibilidades de impugnación de resoluciones, fundamentación jurídica de las pretensiones, etc,-. Existiendo además el mencionado sistema de Justicia gratuita para quienes no pueden costearse la actuación de un abogado o procurador de libre elección, desaparece cualquier posibilidad de desprotección hacia los litigantes, siendo importante añadir, por otra parte, que los a profesionales del turno de oficio se les exigen unos requisitos de formación y experiencia profesional previa, que a día de hoy no se exige a quienes no prestan estos servicios, y que están sujetos además a un régimen disciplinario y de responsabilidad más riguroso incluso que es aplicable al resto de lo colegiados”.*

La anterior resolución del Ministerio de Justicia pone de relieve como la complejidad del ordenamiento jurídico hace imprescindible, con bastante frecuencia, la intermediación de un experto entre el ciudadano y la Administración de Justicia. En efecto, el acrecentamiento del acervo jurídico y el aumento de las dificultades en la inteligencia y

aplicación del Derecho, son hechos históricos que no permiten compatibilidad con los Tribunales sin técnica profesional. Hoy en día, en cualquiera de las diferentes modalidades del proceso, el particular que es parte en el mismo, no suele realizar de modo directo la actividad procesal -aún cuando ésta sea posible-, sino que la comparecencia a juicio se hace normalmente bajo la representación del procurador –que sigue la dirección técnica del defensor- y con la asistencia de letrado. Ello, no obstante, la actividad profesional de los abogados y procuradores ha sido objeto de valoraciones opuestas, y, así junto a un indudable prestigio social y el reconocimiento a su quehacer en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, convive una cierta dosis de recelo hacia esos colectivos, inherente a los intereses que gestionan.<sup>153</sup>

No puede discutirse pues, la posición institucional de la defensa y de la representación procesal en nuestra sociedad occidental, en cuanto desempeñan una función irrenunciable en la labor de defensa y reconocimiento de derechos que constituye una de las bases más importantes del Estado de Derecho, no pudiendo concebirse el mismo sin la existencia de la Defensa como institución y del abogado como sujeto cercano al ciudadano e instrumento para que aquellos derechos no decaigan o queden sin contenidos frente a la Administración y otros particulares.

La STS de 10 de Septiembre de 1.992 –ponente Ruiz Vellido- (BDAP 749/1992) pág. 1.752 señala expresamente: *“la alta significación de la Abogacía, uno de los soportes más eficaces del Estado de Derecho y cuya ejecutoria constituye un timbre de orgullo para cuantos la ejercen, institución consagrada, en orden a la realización efectiva de la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados mediante la aplicación de la ciencia y de la técnica jurídica, ...,supone al mismo tiempo una responsabilidad social y jurídica por cuanto su presencia significa en el campo del derecho, que es como decir en el ámbito de la sociedad...”*

Tal función esencial de la abogacía también ha sido reconocida y enfatizada por el principal interlocutor en nuestro quehacer diario ante la Administración de Justicia, la Magistratura, por medio del Consejo General del Poder Judicial –CGPJ- en su Libro

---

<sup>153</sup> FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992)”, Sobre el Tipo objetivo del delito de prevaricación de Abogado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1.993, p. 769.



Blanco de la Justicia, al tratar el “Acceso a la Justicia” en el Capítulo Primero, apartado III , donde podemos leer:

*3.1.- “El Abogado ocupa un lugar esencial en la Administración de Justicia, por cuanto le corresponde la dirección, aseguramiento y defensa de las partes en toda clase de procesos, por lo que su posición aparece ligada a los derechos fundamentales recogidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución. El Abogado tiene una intervención no menos lesiva en la fase previa a la exigencia de los derechos de los ciudadanos y la evitación de los procesos”.*

Esta alusión hecha a los abogados por el Poder judicial, comprende además la función mediadora y conciliadora, que sin duda es la mejor aportación a la no acumulación de expedientes ante Juzgados y Tribunales de Justicia, al impedir una mayor saturación en el trabajo de los mismos.

A todo lo expuesto hay que añadir que la relación que se entabla entre abogado y cliente, o entre procurador y cliente sitúa a ambos profesionales en una posición de garante de competencia institucional, pues se trata de una forma de relación social para la que no existe una alternativa de organización, todo lo cual a su vez se encuentra inmerso en la delimitación del bien jurídico, apoyado en una concepción de la abogacía y de la procuraduría como órganos de mantenimiento del Derecho, pero también en la de sectores que aluden a un funcionamiento adecuado de la abogacía y de otros tipos de asistencia jurídica.

En definitiva, ambos profesionales –abogado y procurador-, cumplen una evidente función social al resultar desde todo punto de vista imprescindibles para la participación de los individuos en los procesos judiciales y, por lo tanto, en la resolución de los conflictos sociales<sup>154</sup>. Por todas estas razones existe un palpable interés colectivo en el correcto y

---

<sup>154</sup> No obstante, frente a una sociedad en la que obra el convencimiento de recibir, por necesitarlo, el asesoramiento jurídico de un profesional para realizar cualquier acto que tenga una mínima trascendencia patrimonial, económica o personal en su entorno, la nueva ley de Enjuiciamiento Civil –LEC- sigue la tendencia legislativa de restringir el campo de actuación a los profesionales que hoy representan esa función de asesoramiento y dirección técnica en los procesos judiciales, como si este fuera un campo de fácil comprensión para cualquier ciudadano. Así la falta de preceptividad de la asistencia del Abogado en los juicios verbales sobre accidentes de circulación, gran número de desahucios, ciertos juicios de faltas y apelaciones de sentencias dictadas en juicios de faltas o verbales, a los que se añade ahora el nuevo juicio monitorio hasta los cinco millones de pesetas, son una clara paradoja para los profesionales en Derecho, puesto que vemos como se discute sobre indemnizaciones, responsabilidades e intereses en unos casos

adecuado desempeño de ambas profesiones –abogacía y procuraduría-, de modo que la deslealtad en el ejercicio de las mismas, entendiéndose éste en sentido amplio, podría menoscabar la confianza ciudadana en las instituciones que representan y terminar por convertir en ineficaz la función social que desarrollan.

La trascendencia de este aspecto de la función del abogado y del procurador ha llevado a algún sector doctrinal, e incluso jurisprudencial, a la conclusión de que el fundamento del art. 467 radica precisamente en preservar la confianza de los ciudadanos en la función social de la abogacía –lo mismo sería predicable respecto de la procuraduría-. Si bien a tal conclusión sólo puede llegarse a través de la teoría que concibe el delito como la infracción de un deber, teoría que se enmarca dentro de las nociones de delito de carácter filosófico, que configuran el delito como el quebrantamiento libre e intencionado de nuestros deberes. Esta concepción, universalmente abandonada, insiste en la idea del deber que pertenece más al orden moral que al Derecho.

En cualquier caso, el hecho de que los delitos previstos en el art. 467 del CP incriminen conductas que comportan, de forma evidente, la infracción de deberes profesionales no puede conducir a basar el injusto en la lesión de la confianza depositada en la función social de la abogacía o de la procuraduría, ya que si así lo entendiéramos deberían también castigarse desde el punto de vista penal la responsabilidad por la infracción de los deberes de cualquier otra profesión –jurídica o no- para, entre otras cosas evitar todo tipo de agravios comparativos con otros profesionales.

A mayor abundamiento, se ha llegado a argumentar la criminalización desde el punto de vista penal del incumplimiento de deberes profesionales, en tanto en cuanto cooperen con el funcionamiento de un servicio público, y desde esta perspectiva, sin embargo, y por idénticas razones, deberían también tutelarse penalmente, por ejemplo, las infracciones de deberes profesionales que se incardinan en el seno de las relaciones médico / paciente, o, las relaciones profesor / alumno cuando se presten los servicios en el marco de una institución pública, por tanto, tal criterio tampoco resulta satisfactorio.

---

millonarios y en otros, aun sin cuantificar económicamente, de suma trascendencia para los justiciables y sin que por ello la Ley reconozca, en estos procedimientos, la necesidad de la preceptiva intervención de letrado y de Procurador.

Por último, y, en otro orden de cosas, no conviene perder de vista que, para preservar la función social de la abogacía y de la procuraduría no es necesario acudir a la vía penal pues éstas ya disfrutan de un especial *status jurídico* a través de las normas sancionadoras y del Derecho Disciplinario ejercido por los respectivos Colegios Profesionales, que pretende evitar las lesiones que estos profesionales puedan efectuar desde dentro a la propia institución limitando y regulando el ejercicio de la profesión, -al papel del Derecho Disciplinario y de Colegios Profesionales a los que haré una referencia más extensa en próximas páginas-.

No parece, por tanto, que la relevancia social de una profesión pueda implicar por sí sola, la necesidad de tipificación penal de las conductas desleales desarrolladas por los que ejercen tal profesión, máxime cuando para preservar la función social de la abogacía y de la procuraduría se desarrolla todo un sistema de normas disciplinarias y de potestades sancionadoras a cargo de los correspondientes Colegios Profesionales, y sobre todo, de que el principio de última ratio e intervención mínima que sustentan nuestro DP parece vedar tal posibilidad.

En conclusión, considero que *la función social de la Abogacía y de la Procuraduría* debe descartarse como específico bien jurídico protegido en el art. 467 del CP.

## 2. EL INTERES DEL CLIENTE.

Este bien jurídico se encuentra en íntima conexión con el de la función social de la abogacía –o procuraduría-. El hecho que sirve de base para la consideración del interés particular del cliente como bien jurídico susceptible de protección –sea éste de la índole que sea-, no es otro que la relación de confianza que se establece entre el cliente y el profesional al que acude, y que determina que la conducta desleal del abogado o procurador genere una situación de mayor desamparo y peligro frente a la conducta de otras personas con las que no está vigente esa relación de confianza.

Es por tanto evidente, que la relación abogado / procurador y cliente exige inexorablemente un marco de confianza sin límites y sin fisuras. Ahora bien, la confianza existente entre ambas partes –cliente / abogado y/o procurador- se hace patente, es decir, se exterioriza desde el punto de vista jurídico a través de una relación

de naturaleza contractual –ya revista la forma de contrato de mandato, arrendamiento de servicios, o de un contrato innominado-, y en base a ello, de ese vínculo se derivan una serie de obligaciones profesionales para el abogado y para el procurador, y, una serie de obligaciones civiles por vía de responsabilidad contractual, las primeras son objeto de protección a través de las normas deontológicas de estas profesiones que tutelan los intereses privados de los clientes con el fin de preservar la función social de la abogacía<sup>155</sup> y de la procuraduría, y, las segundas, a través en nuestra ley sustantiva civil.

---

<sup>155</sup> **1º).- Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea** (Aprobado en sesión plenaria en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988, por el Consejo de Abogados de la Comunidad), contiene las siguientes normas:

“ 2.7. Intereses del cliente.

Sin perjuicio de las reglas legales y deontológicas, el Abogado tiene la obligación de defender lo mejor posible los intereses de su cliente, incluso en contraposición a los suyos propios, a los de un colega o a aquellos de la profesión en general.”

“3.2. Conflicto de intereses.

**3.2.1.** El Abogado no deberá ser ni el asesor, ni el representante, ni el defensor de más de un cliente en un mismo asunto si existe un conflicto entre los intereses de estos clientes o un grave riesgo de que sobrevenga un conflicto semejante.

**3.2.2.** El Abogado deberá abstenerse de ocuparse de los asuntos de todos los clientes afectados cuando surja un conflicto de intereses, cuando exista riesgo de violación del secreto profesional o en caso de que peligre la integridad de su independencia.

**3.2.3.** El Abogado no deberá aceptar el asunto de un nuevo cliente si existe el riesgo de violación del secreto de las informaciones dadas por un antiguo cliente o si el conocimiento de los asuntos de su antiguo cliente pueden favorecer al nuevo cliente de forma injustificada.

**3.2.4.** Cuando los Abogados ejerzan en grupo, los párrafos 3.2.1 a 3.2.3 serán de aplicación al grupo en su conjunto y a todos sus miembros.”

**2º).- Estatuto General de la Abogacía (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio)**

“Artículo 30

El deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada.”

**3º).- Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España** (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio):

“Artículo 32. Conflicto de intereses.

Los procuradores asociados no podrán asumir, en ningún caso, la representación de aquellos litigantes que tengan posiciones procesales contrapuestas o cuando adviertan que existe o puede producirse conflicto de intereses entre sus representados.”

“Artículo 37. Deberes esenciales de los procuradores.

1. Es deber del Procurador desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende y cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados.”

“Artículo 38. Deberes específicos.

1. Son deberes específicos de los procuradores todos aquellos que les impongan las leyes en orden a la adecuada defensa de sus poderdantes y a la correcta sustanciación de los procesos y los demás que resulten de los preceptos orgánicos y procesales vigentes.”

4º) Código Deontológico de la Abogacía Española (**Adaptado al nuevo Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio**):

En resumen, la lesión de la relación contractual que se establece con el cliente, produce, por un lado, una quiebra en la confianza depositada en el profesional abogado o procurador con quien se ha establecido la misma, y, por otro lado, como en todo incumplimiento contractual, acarrea una serie de perjuicios, para cuyo resarcimiento, el ordenamiento civil proporciona instrumentos adecuados.

Por todo ello, y desde tal punto de vista, el interés del cliente, en sí mismo considerado, no es un bien jurídico que necesite una específica tutela penal, de estimarlo de otro modo podría producirse, como ya hemos indicado, un agravio comparativo en relación a otros tipos de profesiones socialmente tan imprescindibles como las que contempla el art. 467 del CP, como son la de ingeniero, un médico, asesor financiero, arquitecto, ..etc., o incluso de profesiones jurídicas como profesores de

---

**“Artículo 4. Confianza e integridad:**

1. La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de éste una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.
2. El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquél.
3. En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el Abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo.”

**“Artículo 13.-Relaciones con los clientes**

4. El Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio Abogado

Caso de conflicto de intereses entre dos clientes del mismo Abogado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos.

Sin embargo el Abogado podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de mediador o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual, debiendo mantener en tal supuesto una estricta y exquisita objetividad.

5. El Abogado no podrá aceptar encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente, cuando exista riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser violado, o que de ellas pudiera resultar beneficio para el nuevo cliente.

6. El Abogado deberá, asimismo, abstenerse de ocuparse de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia.

7. Cuando varios Abogados formen parte o colaboren en un mismo despacho, cualquiera que sea la forma asociativa utilizada, las normas expuestas serán aplicables al grupo en su conjunto, y a todos y cada uno de sus miembros.”

**5.) Código Internacional de Deontología Forense elaborado por la Bar Association:**

“Art 7 Se considerará incorrecto en un abogado, el ponerse en comunicación en un caso particular directamente con cualquier persona que él sepa que está representada en dicho caso por un abogado. Esta regla se aplica tanto a la parte contraria, como a los clientes en cuyo nombre ha sido consultado por otro abogado”.

“Art. 12 Un abogado no debe representar nunca intereses opuestos. Esto se aplicará también a todos los miembros de una firma o sociedad de abogados.”

universidad, agentes de la propiedad inmobiliaria, Registradores de la Propiedad, Notarios, etc., que no tienen un tratamiento específico en nuestro CP.<sup>156</sup>

La nota diferencial, que justificaría la tipificación de las conductas de abogados y procuradores, en relación a otro tipo de profesiones jurídicas radica o puede explicarse a través de la exclusiva y excluyente intervención de aquellos ante los Tribunales de Justicia, y por tanto, en el proceso. Por ello, las conductas típicas deben circunscribirse al ámbito del proceso, constituyendo la deslealtad al cliente simplemente un presupuesto para otorgar relevancia penal a la conducta, pero no el fundamento de la protección penal.

### 3. LA DESLEALTAD PROFESIONAL Y EL BIEN JURÍDICO “CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”.

Para poder valorar el delito de deslealtad profesional de abogado y procurador como un delito contra la Administración de Justicia resulta imprescindible tener presentes dos cuestiones, en primer lugar, las relaciones de estos profesionales con el funcionamiento de dicha Administración, y, en segundo término, la configuración de la propia Administración de Justicia como una parte de la Administración pública a la que corresponde prestar a los ciudadanos un servicio público cuyo objeto es asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que proclama el artículo 24 de la CE.

Respecto de la primera cuestión, es evidente que, abogados y procuradores en su ejercicio profesional ante los Tribunales pueden influir en el desarrollo de la función jurisdiccional tanto de forma *positiva* como *negativa*:

- *positiva*, en cuanto, los órganos jurisdiccionales se benefician del organismo defensivo, por la ciencia y experiencia que los defensores poseen, prestando su ayuda al Tribunal en toda la amplitud de sus actuaciones y auxiliándole para encontrar lo justo de más fácil hallazgo en la lucha de las posturas contrapuestas. Puede decirse, en resumen, que estos profesionales –abogados y procuradores– colaboran activamente en la perfección del proceso.

---

<sup>156</sup> FELIP I SABORIT, D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992”, cit., pp. 778 y 779.

- *Negativa*, en el sentido, de que la deslealtad profesional de abogados y procuradores dentro del marco del proceso perturba la función jurisdiccional, dado que distorsiona la verdad poniendo en grave peligro la resolución justa del conflicto. En este caso, el abogado o el procurador se interpone como un obstáculo entre la Administración de Justicia y el ciudadano impidiendo que éste último pueda beneficiarse realmente de esta prestación del Estado.

Respecto de la segunda cuestión aludida, es necesario efectuar una serie de reflexiones.

Afirmar que el bien jurídico protegido en el art. 467 del CP es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, no es, a mi juicio suficiente. Una adecuada caracterización del bien jurídico, requiere una mayor concreción del mismo, y para ello, resulta imprescindible acudir al sentido dinámico que impone la CE, y concretamente a lo dispuesto en el art. 24 de la misma.

Hay, pues, que examinar el catálogo de valores inspirados en los derechos y garantías previstos en el art. 24 de la CE y precisar aquel o aquellos del mismo, cuya lesión a través de las conductas descritas en el art 467 del CP, ha generado la perturbación del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

En principio, cabe considerar como posibles derechos que pueden verse afectados con la perpetración de las deslealtades contempladas en el art. 467 del CP:

1º.- El *Derecho a un proceso debido y con todas las garantías*, el valor inspirado en este derecho como bien jurídico protegido plantea el problema de que el empleo que del concepto de “un proceso debido” hace el Tribunal Constitucional –TC-, único órgano que puede interpretar la voluntad del constituyente, resulta indeterminado al no precisar ni su naturaleza, ni su contenido jurídico específico. En relación a la interpretación de este derecho se han propugnado diferentes teorías –estricta, amplia y ecléctica-, de todas ellas coincido con PÉREZ CEPEDA<sup>157</sup>, en que la que resulta más satisfactoria es la tesis ecléctica que considera al derecho al proceso debido como un derecho fundamental que comprende el derecho de defensa y el derecho a la tutela

---

<sup>157</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., pp. 58 y ss.

judicial efectiva, así como el resto de las garantías establecidas en el artículo 24.2 de la CE.

2º.- *El derecho de defensa*. El valor inspirado en este derecho se articula en el art. 24.1 de la CE cuando después de reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos señala: “...*sin que, en ningún caso pueda producirse indefensión*”, se configura pues como un derecho subjetivo fundamental absoluto e irrenunciable para el ciudadano.

El Derecho de defensa se manifiesta en el proceso a través de una serie de garantías procesales de entre las que destaca el derecho a la defensa técnica.

En efecto, en un Estado Social y Democrático de Derecho no se permite que los ciudadanos asuman la auto tutela de sus derechos e intereses, es decir, no se permite la utilización de las vías de hecho, pero como contrapartida el Estado se compromete a crear los instrumentos adecuados para hacer efectiva la tutela de los derechos e intereses legítimos de cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera mediante la creación de órganos jurisdiccionales que asuman dicha función por un lado, y, asegurando que los mismos puedan ser utilizados, por otro.<sup>158</sup>

En conexión con esto último, y dado el tecnicismo del Derecho y del proceso, el ordenamiento jurídico exige, en primer lugar, que los solicitantes de Justicia comparezcan ante los órganos jurisdiccionales en condiciones de poder actuar frente a ellos –lo que exige un conocimiento de la ciencia y de la práctica jurídica- y, segundo lugar, exige que esa concurrencia se produzca en igualdad de condiciones –lo que requiere necesariamente una defensa para ambas partes-.

La defensa cumple pues un fin de Derecho Público en tres direcciones: auxilio de las partes, garantía del principio de igualdad, y, colaboración con el órgano jurisdiccional para realizar la tutela judicial efectiva.

---

<sup>158</sup> FELIP I SABORIT, D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992”, cit., p. 779.



Un sector mayoritario partidario de la denominada “*teoría del órgano*”, estima que el defensor no es sólo un defensor parcial de los intereses de la parte, sino que es también “*la protección asistencia*”, que se configura como un órgano de la Administración de Justicia, independiente y en el mismo nivel del Tribunal, de forma que actúa siempre bajo su responsabilidad y no sometido al control del Tribunal; y por ello, está obligado también a la prosecución de las funciones de la Administración de Justicia, y el contenido y límites de su actividad se establece en una ponderación de intereses públicos y privados.<sup>159</sup>

La defensa es un organismo que, en lo que respecta a nuestro Derecho, se compone de dos profesionales: abogado y procurador. El abogado se sitúa entre su cliente y el órgano jurisdiccional, debiendo estar en constante comunicación con ambos. El procurador tiene un ámbito limitado en el orden de la tramitación, notificación, comunicación entre partes, entre abogado y Tribunal, mantiene constantemente informado al abogado de las vicisitudes del proceso, y algunas veces, es destinatario directo de los actos procesales con efectos en el *dominus litis representado*<sup>160</sup>.

El derecho de defensa técnica, en tanto que presupuesto para la defensa jurídica, se constituye en un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, es en base a ello cómo se explica que la conducta desleal de quienes tienen a su cargo dicha defensa –abogados y procuradores- suponga al mismo tiempo un atentado directo al correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia a través de la lesión del derecho de defensa –en el caso de la doble defensa o representación-, y del derecho a un proceso con todas las garantías -en el delito de perjuicio a los intereses encomendados-.

#### 4. CONCLUSIONES

El Estado de Derecho Democrático se caracteriza porque se debe reducir al mínimo indispensable la coerción y el recurso al DP, que debe ser por principio general la *ultima ratio* en la lucha contra la criminalidad. No obstante, si el Estado Democrático decide

---

<sup>159</sup> PEREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión Penal”, cit., p. 1.835.

<sup>160</sup> No obstante, el nuevo Estatuto General de los Procuradores de 2.001 (Real Decreto 658/2001, de 22 de junio), parecer dejar el campo abierto para la asunción por parte de los procuradores de futuras nuevas funciones, si bien en la práctica aún no se han materializado.

incriminar una conducta, con el fracaso de la política criminal que ello comporta, debe al mismo tiempo individualizar el objeto de protección de la norma penal correspondiente.

No es fácil compatibilizar el principio de intervención mínima del DP con el nuevo concepto de Estado Social Intervencionista. Los bienes relevantes para el legislador a los efectos de protección penal, lo son los contenidos en la CE -entre ellos el Derecho a la tutela judicial efectiva que se satisface con el correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia-, pero existe otro tipo de bienes –como puede ser el interés del cliente o la función social de la abogacía o de la procuraduría-, respecto de los que puede entenderse que son objeto de protección penal aunque no tengan reconocimiento constitucional, al estar ligados a un valor de este rango de forma que la lesión de estos últimos sea necesariamente idónea para poner en peligro el primero. Este fenómeno da lugar a un adelantamiento de la barrera defensiva del DP. Pero esta técnica de criminalización anticipada sólo podrá ser puesta en práctica en relación a bienes constitucionales primarios. Su justificación viene dada por la importancia del bien afectado a través de la lesión de otro bien necesariamente conectado con aquel.

*En base a lo expuesto, ¿Puede sostenerse la naturaleza pluriofensiva del delito de deslealtad profesional de abogado y procurador en cualquiera de las modalidades que describe el art. 467 del CP de manera que pueda afirmarse como bienes jurídicos protegidos por dicho precepto: el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, el interés particular del cliente, y, la función social de la Abogacía?*

Antes de contestar a tal pregunta, es necesario hacer una serie de reflexiones de carácter general en torno al bien jurídico. Para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico – penal se deben concurrir en él dos requisitos:

1º.- *suficiente importancia social*, en el caso de intereses colectivos, existen además dos posibles enfoques para su valoración: la perspectiva de su importancia para el sistema y la perspectiva de su incidencia en los individuos. El Estado Social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo. En

concreto, en el caso de la función social de la abogacía y de la procuraduría, no cabe duda de que tiene una considerable importancia social.

2º.- *Necesidad de protección por el Derecho Penal.* No es suficiente que un bien posea una importancia social fundamental para que sea necesaria su tutela penal. Si se pueden utilizar otros medios de defensa menos lesivos –civiles, disciplinarios, administrativos- no hace falta elevar el bien jurídico al rango de bien jurídico – penal.

Tanto en el caso del interés del cliente, como en el supuesto de la función social de las profesiones jurídicas a que alude el art. 467 del CP y el ejercicio leal de la abogacía y de la procuraduría son intereses que reciben tutela jurídica ya sea por vía Disciplinaria o Civil, por lo que no necesitan de una especial y reforzada tutela penal en sede de delitos contra la Administración de Justicia. Se ha tratado de contrarrestar este argumento, esgrimiendo la inoperancia de las normas civiles, disciplinarias –en parte motivada por el corporativismo gremial- y procesales que han hecho surgir la necesidad de tipificación como delitos de estas infracciones, pero *¿a caso las normas penales han resultado más eficaces?* Considero que no, y, para llegar a dicha conclusión no hay más que examinar el dato objetivo que supone la *sequía de sentencias* que de este tipo de deslealtades puede encontrarse, tanto bajo la anterior regulación como desde la entrada en vigor del CP de 1.995 y, que en definitiva, demuestra lo poco que son perseguidas y los contados casos que llegan a los Tribunales -también es evidente su escasa repercusión doctrinal y social sobre todo en comparación con otros tipos delictivos-.

No cabe perder de vista, que en muchas ocasiones, no cabrá la protección penal de un bien jurídico frente a determinadas formas de ataque y sí frente a otras más peligrosas, a este respecto es clarificadora la S AP de Madrid de 23 de Abril de 2.001 (BDAP 336549/2.002)<sup>161</sup>. Estrechamente vinculada a esta premisa está la cuestión de hasta qué

---

<sup>161</sup> S AP de Madrid de 23 de Abril de 2.001: “... *Es evidente que la razón de incorporación del precepto –se refiere al art 467.2- el la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano de las profesiones jurídicas indicadas, ya que si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho Penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarán bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1.995 haya adjetivado al perjuicio del art. 360 del C.P de 1.973 la mención perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados. Solamente ese plus en la antijuricidad puede integrar el tipo penal.*”

punto es necesario que el ataque suponga un resultado lesivo o que simplemente ponga en peligro el bien jurídico penal.

Además el análisis del sustrato que subyace en cada uno de los tres posibles bienes jurídicos objeto de protección es diferente, así:

- Respecto de la función social de las profesiones de abogado y procurador, se fundamenta en la necesidad de preservar el prestigio social de una actividad profesional, su imagen, y, la confianza que cada ciudadano y la sociedad, en general, han depositado en la actividad desarrollada por los profesionales que la integran.
- Respecto del interés del cliente, se basa en la defensa de un interés particular ya sea de índole moral o patrimonial, centrado en la restitución o reparación del perjuicio ocasionado en dicho interés por la actuación de estos profesionales, pero al mismo tiempo se atiende a la protección de la confianza que cada cliente deposita en su abogado o procurador, razón por lo que la lesión a los intereses del cliente permitiría a éste acudir a la vía disciplinaria ante el correspondiente Colegio.
- El normal funcionamiento de la Administración de Justicia, tiene su fundamento en garantizar el adecuado funcionamiento de un servicio público cuyo objetivo final viene marcado por realización de la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24 de la CE, evitando en el caso de las conductas desleales del art. 467 del CP la conculcación de los derechos de defensa y de un proceso con todas las garantías.

Como corolario de todo lo expuesto en relación a los posibles bienes jurídicos que pueden barajarse como objeto de tutela por los delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, expresamente tipificados en el art. 467 del CP, es necesario, finalmente, tomar partida por una de las dos opciones iniciales –uniofensividad o pluriofensividad-. A tal respecto, y sin querer caer en una excesiva reiteración en cuanto a los argumentos ya expuestos, estimo que lo más coherente con los mismos es defender el carácter uniofensivo de los tipos objeto de la presente investigación y circunscribir el bien jurídico al interés de preservar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en tanto resulta perturbado o puesto en peligro como consecuencia de la infracción de los

valores que inspiran los derechos fundamentales de defensa y de un proceso con todas las garantías llevada a cabo a través de las conductas de doble defensa o representación y del perjuicio del interés del cliente. Deben quedar descartados tanto el interés del cliente como la función social de la abogacía y de la procuraduría, de éste modo, la tesis del carácter uniofensivo de los tipos, y por lo tanto, la interpretación restrictiva del art.467 del CP, es la que cobra más coherencia, y es, a mi juicio, la línea a seguir. Podemos a modo de resumen intentar finalmente, sistematizar los argumentos que avalan esta decisión:

1º.- La ubicación Sistemática del art. 467 del CP.

2º.- La tipificación conjunta de las profesiones de abogado y procurador, sin incluir otras profesiones jurídicas, y cuya diferencia con esas otras profesiones radica precisamente en la intervención exclusiva y excluyente de aquellos ante los órganos jurisdiccionales. No obstante, en este particular han de apuntarse las críticas realizadas por numerosos autores sobre la no inclusión de los graduados sociales o técnicos en relaciones laborales por su intervención en los procesos laborales y de Seguridad Social.

3º.- El carácter excepcional que supone la incriminación de estas conductas profesionales sólo justificable en atención al derecho fundamental lesionado o que puede verse en peligro por la perpetración de las mismas. No es posible garantizar el derecho de defensa y que el proceso se desarrolle con todas las garantías si el abogado o procurador defiende, asesora o representa a dos partes con intereses contrapuestos, o, si actúa en perjuicio de su defendido o representado

4º.- la tipificación autónoma y dentro de los delitos contra la intimidad de la revelación del secreto profesional –conducta que no necesariamente tenía que producirse en la órbita del proceso-, de modo que el haberse sacado dicha conducta del tipo de las deslealtades viene a reforzar el argumento de que éstas se circunscriben en el tipo del art. 467 del CP a las conductas del abogado y del procurador en el ámbito del proceso.

### III. CUALIFICACIÓN PUNITIVA DE LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES.

La determinación del bien jurídico que se ha efectuado, no es óbice para rendirse a la evidencia de que el ámbito de ejecución de los diferentes delitos que define el art. 467 del CP se produce en el contexto de las relaciones que ligan a abogados y procuradores con sus clientes, es decir, en el ejercicio de deberes propios de su profesión.

No todas las conductas que se realizan en el ámbito de la relación profesional cliente / abogado tienen trascendencia procesal -no ocurre lo mismo con la figura del procurador-, por lo tanto, no siempre afectan a la Administración de Justicia, y por ende, deben quedar extramuros del tipo penal; entre esas conductas extraprocesales se incluye el tan criticado “asesoramiento” del cliente, cuya ubicación en el art. 467 del CP ha determinado que algunos autores consideren que este delito se excede del bien jurídico protegido por el Título XX concretado en el buen o normal funcionamiento de la Administración de Justicia. Ante las críticas efectuadas, CALVO - RUBIO BURGOS<sup>162</sup> ha advertido que la profesión del abogado y del procurador se halla tan íntimamente ligada a la Administración de Justicia, que realmente su labor profesional, de un modo u otro, acaba siempre afectando a ese bien jurídico.

No obstante, estimo -aunque esta idea será desarrollada en posteriores capítulos-, que la inclusión del asesoramiento del primer cliente a que hace referencia el art. 467 .1º del CP, no supone ninguna extralimitación en cuanto al bien jurídico “*correcto funcionamiento de la administración de Justicia*” porque si bien es cierto, que el asesoramiento es una conducta profesional, que podríamos calificar, en principio, como extra-procesal, no lo es menos que según el tenor literal del mismo precepto tal conducta cobra relevancia penal sólo cuando, posteriormente, y, sin el consentimiento del asesorado, el letrado defiende a quien en el mismo asunto tiene intereses contradictorios, es decir, cuando puede alcanzar cierta y posible relevancia procesal, sólo en tales circunstancias el asesoramiento previo del primer cliente es susceptible de perturbar del normal funcionamiento de la Administración de Justicia.

---

<sup>162</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, J. B; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”, cit., p. 492.

En cualquier caso, resulta evidente que las deslealtades profesionales tipificadas por el legislador penal constituyen al mismo tiempo la infracción de reglas que rigen su profesión.

Por todo ello, es imprescindible, la determinación de los aspectos que cualifican la actividad de estos profesionales hasta el extremo de convertir lo que en principio aparece como la infracción de un deber propio de su profesión, pero que después se torna en todo un ilícito penal, es decir, en un delito. En razón a esa finalidad, vamos a intentar trazar la fina línea que separa el ilícito penal y la infracción disciplinaria.

#### 1. DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES: INFRACCIÓN DISCIPLINARIA E ILÍCITO PENAL.

Los delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, en general, y, en concreto, la doble defensa o representación y el perjuicio a los intereses encomendados, representan conductas con una eminente dimensión deontológica.

La explicación obedece al fenómeno de que determinados deberes integrados en el ejercicio profesional de la abogacía y de la procuraduría han saltado del plano de la especulación ética y se han revestido como ha manifestado SOTO NIETO<sup>163</sup> de un halo de juricidad, aunque yo diría más bien de un halo de “penalidad”, y ello fundamentalmente, en atención a la gravedad de las consecuencias que se derivan de la violación de los deberes de fidelidad hacia los clientes producidas en el marco del proceso. Tales consecuencias se han traducido, a su vez, en los casos más graves, en una perturbación del funcionamiento de la Administración de Justicia ocasionada como consecuencia de la conculcación de los derechos de defensa y de un proceso con todas las garantías.

Ahora bien, ello no comporta, como bien señala el citado autor, que todas las conductas que, de algún modo, puedan conectarse con el deber moral de lealtad en el ejercicio profesional de la abogacía y de la procuraduría sean necesariamente subsumibles en el tipo del art. 467 de CP.

---

<sup>163</sup> SOTO NIETO, F; “El Secreto Profesional del Abogado: Deontología y Tipicidad Penal”, *La Ley*, 1.997, p. 1.573.

### *1.1 Derecho Disciplinario y la profesión de Abogado y Procurador.*

Con carácter general la LOPJ de 1 de Julio de 1.985 (modificada por LO 19/2.003, de 23 de Diciembre) dentro del Libro VII -“Del ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian”- y del Título II (arts. 542 a 546) -“De los Abogados y Procuradores”- se refiere a la responsabilidad en que pueden incurrir los abogados y procuradores en el desarrollo de su ejercicio profesional disponiendo expresamente el art. 546 que:

*“1.- Los Abogados y Procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal, y disciplinaria, según proceda.*

*2.- Las correcciones disciplinarias por su actuación ante los Juzgados y Tribunales se regirán por lo establecido en esta ley y en la leyes procesales. La responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo procedimiento sancionador”<sup>164</sup>.*

---

<sup>164</sup> Pero también el art 57 del Estatuto General de Procuradores de 2.002 señala: “ 1.Los procuradores están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión.

2.Los procuradores en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya representación les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse igualmente su aseguramiento obligatorio”; y, el art. 59 EGP dispone: “1.-Los Procuradores están, también, sujetos a responsabilidad disciplinaria si infringieren los deberes profesionales que le son específicos”

Por su parte el Estatuto General de la Abogacía de 2.001:

“Artículo 78

1. Los Abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión.

2. Los Abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia, pudiendo establecerse legalmente su aseguramiento obligatorio.

Artículo 80

1. Los Abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales o deontológicos.

2. Las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los Abogados se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes procesales. Las sanciones o correcciones disciplinarias que impongan los Tribunales al Abogado se harán constar en el expediente personal de éste siempre que se refieran directamente a normas deontológicas o de conducta que deban observar en su actuación ante la Administración de Justicia.3. Las sanciones disciplinarias corporativas se harán constar en todo caso en el expediente personal del colegiado.”



Así son diversos los tipos de limitaciones a que están sujetos los abogados y procuradores en el ejercicio de su profesión, a saber, civiles (Libro IV del Código Civil), penales (Título XX, Capítulo VII, arts. 465 a 467 del Código Penal), procesales y disciplinarias.

La responsabilidad disciplinaria tiene su origen en conductas infractoras de deberes profesionales, no constitutivos de delito. La razón del sometimiento de los abogados – también de los procuradores- a la potestad disciplinaria obedece a la necesidad de preservar el orden propio de la organización de esta profesión para que, se cumplan debidamente sus fines institucionales.<sup>165</sup>

En efecto, la potestad disciplinaria se otorga a una amplia gama de sujetos de derecho, tanto públicos como privados, al objeto de que puedan cumplir sus fines institucionales. La potestad disciplinaria presenta, en cualquier caso una serie de notas comunes: 1º.- requiere como presupuesto la realización de un ilícito disciplinario, 2º.- el sujeto activo es la organización disciplinaria y el sujeto pasivo ha de ser un miembro de dicha organización; 3º.-la potestad disciplinaria se materializa en la imposición de una sanción, siendo la más grave la exclusión del sujeto pasivo de la organización; 4º.-la potestad disciplinaria se justifica en atención a la necesidad de preservar el orden interno de cada organización; 5º.-esta potestad se ejerce conforme a un procedimiento dividido en tres fases -iniciación, instrucción y resolución-; 6º.-el poder disciplinario atribuye a los sujetos activos máximo poder de instrucción y a los sujetos pasivos plenas garantías de defensa.<sup>166</sup>

El fundamento doctrinal de la potestad disciplinaria viene basado en la llamada “*teoría de la relación especial de sujeción*”<sup>167</sup>, originaria de la doctrina alemana y que se divulgó

---

<sup>165</sup> LAFUENTE BENACHES, M: “La responsabilidad disciplinaria de los abogados”, *Revista del Poder Judicial* n° 29, Marzo 1.993, p. 1 ponencia.

<sup>166</sup> PÉREZ CEPÉDA, A. I: *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 68 , y SUAY RINCÓN, J; “potestad disciplinaria”, en *libro homenaje al profesor Villar Palasí*, pp. 1312 y ss.

<sup>167</sup> COTINO HUESO, L; “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (particular seguimiento de la Jurisprudencia Constitucional, Contencioso Administrativo y militar de la presente década)” en *Revista del Poder Judicial* n° 55, 1.999, pp. 291 y ss.

La Administración para ser eficaz requiere de la limitación de los derechos y libertades de los directamente vinculados a ella, con la finalidad de modular su propia organización y funcionamiento a los efectos de conseguir un mejor servicio de la sociedad. En éste sentido se establece un tipo de relaciones del Estado con la persona que son más intensas que las que la general relación que existe entre unos y otro. Estas relaciones intensas implican restricciones en el estatuto de derechos del sometido.

entre la nuestra a partir del conocimiento de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la RFA –aproximadamente en los años 70 a través de un estudio de Gallego Anabitarte-, y que, en síntesis, consiste en que junto a la relación de supremacía general con la correlativa situación de sujeción general entre el Poder y los ciudadanos, existen otras relaciones de especial supremacía con idéntica sujeción, que en este caso se produce cuando una persona, por libre voluntad y determinados títulos académicos, funciones laborales y relaciones sociales o de vecindad, se incluye en un colectivo y por tal hecho acepta someterse a las reglas de disciplina propias del mismo.

En el planteamiento general de la teoría y en la época de su formulación quedaba claro que la persona de que se tratase tenía menores garantías que cuando se encontraba en una situación de sujeción general, siendo este el fundamento del ejercicio de la potestad sancionadora. La promulgación de la Constitución de 1978 creó un cisma en nuestra doctrina científica al entender que el artículo 23.1 de la misma la prohibía; sin embargo, la existencia de relaciones especiales de sujeción no es contraria a la Constitución al tratarse de una disciplina especial, si bien es claro que ha de concurrir un absoluto respeto a las normas constitucionales como las relativas a la tipificación de infracciones y sanciones, dado que el ejercicio de la potestad tiene que estar siempre enmarcado en la doble garantía sustantiva o de fondo y la procedimental, y si bien esta última hará siempre referencia al necesario conocimiento de los hechos imputados por el expedientado y al estricto cumplimiento de los plazos, a la libertad de pruebas y su práctica y a los recursos, la primera ha de regirse por los principios de legalidad y tipicidad, sin olvidar otros de obligado acatamiento, como pueden ser: a) el de la presunción de inocencia, cuya aceptación es pacífica hasta que su fundamento sea desvirtuado; b) El de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo y c) El principio de proporcionalidad, circunstancia ésta que debe medirse con exquisito cuidado en el caso de imposición de sanciones disciplinarias.

Frente a los claros supuestos de relaciones de sujeción especial como es el caso de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, resulta más discutible considerar sometido a supremacía especial a los miembros de los Colegios Profesionales -abogados, procuradores, etc...-.

No obstante, la STC 219/1.989, de 21 de Diciembre, (RTC 219/1989) en los FFJJº 5º y

6º admitió la incidencia de los genéricos y abiertos códigos deontológicos de los Colegios Profesionales, acudiendo a la existencia de una relación de especial sujeción.

Existen algunos autores que consideran que el derecho disciplinario de las organizaciones públicas tiene una serie de características que le son propias y especiales respecto del derecho disciplinario procedente de los grupos profesionales, a tal respecto se ha acudido al argumento de que la potestad disciplinaria de las instituciones públicas defiende intereses públicos cuyo titular es la colectividad social, mientras que la potestad disciplinaria de los Colegios Profesionales defiende los intereses internos de la propia colectividad.

Estimo que el régimen disciplinario ejercido por los Colegios Profesionales no tiene porque ser diferente del ejercido directamente por la Administración, y este criterio viene avalado básicamente por el hecho de que los Colegios Profesionales se encargan por *delegación* del Poder público de la gestión sobre la ordenación de la profesión, de la defensa de la ética, y, el respeto a los intereses particulares, sin olvidar, que conforme al art. 8 de la Ley 2/1.974, de 13 de Febrero, de Colegios Profesionales, la función disciplinaria colegial está bajo el control de los Tribunales<sup>168</sup>. Una facultad, en este caso la correspondiente a la potestad sancionadora disciplinaria, no modifica su naturaleza ya se ejerza ésta por el órgano delegado o por el órgano delegante. Este argumento resulta reforzado en el caso de abogados y procuradores, en el que además la colegiación es obligatoria –salvo tasadas excepciones– para actuar profesionalmente ante Juzgados y Tribunales. La potestad disciplinaria sobre abogados y procuradores está encaminada a conseguir un ejercicio ordenado de estas profesiones en aras a conseguir un mejor servicio de la sociedad.

La responsabilidad administrativa constituye el género y la responsabilidad disciplinaria –incluida la de los Colegios Profesionales– la especie. El art. 25 de la CE consagra la potestad sancionadora de la Administración, si bien estableciendo límites a la misma para preservar y garantizar los derechos de los ciudadanos. Igual reconocimiento encontramos en el art. 45.3 cuando habla de sanciones penales “o” administrativas. La típica

---

<sup>168</sup> Artículo 8.1. “Los actos emanados de los órganos de los Colegios y de los Consejos Generales, en cuanto estén sujetos al Derecho administrativo, una vez agotados los recursos corporativos, serán directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

manifestación de la potestad sancionadora es la sanción que se define como “un mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. De las sanciones administrativas se han efectuado diversas clasificaciones:

Una de ellas distingue entre sanciones disciplinarias, de policía, y, fiscales. Si bien, la que resulta más satisfactoria, a mi juicio, es la que distingue entre sanciones administrativas de autoprotección, en las que la Administración busca su propia protección como organización o institución, y, las sanciones administrativas de protección del orden general, en las que se busca la protección del orden social general, dentro de las primeras se ubican las sanciones disciplinarias que son aquellas que se imponen a personas que están en una relación de *sujeción especial* con la Administración por infracciones cometidas a la disciplina interna por la que se rige dicha relación

La responsabilidad disciplinaria en la que pueden incurrir los abogados, en el ejercicio de su profesión, puede ser de dos tipos:

- a) Responsabilidad por su actuación ante Juzgados y Tribunales, que compete declararla a estos órganos. Respecto de la misma la STC de 15 de Octubre de 1.996 –ponente Cruz Villalón- (BDL Rnº 2563/1993) señala que *“las correcciones disciplinarias impuestas por los Jueces y Tribunales a los Abogados en el curso del procedimiento (...), así como las resoluciones de las mismas, no son actos materialmente administrativos, sino resoluciones jurisdiccionales dictadas en un proceso con todas las garantías.*

*Lo establecido en los art. 448 y ss de la LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervengan en los pleitos no constituye solo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces y las salas sobre dichos profesionales..., sino también un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendada”;* así también la STC de 21 de Abril de 1.998 –ponente Xiol Rios- (BDL Rnº 6967/ 1993), cuyo FJ 3º.

- b) Responsabilidad por su conducta profesional ante los órganos de la Administración de justicia, que compete declararla a los Colegios Profesionales.

Respecto a la responsabilidad disciplinaria ante los Juzgados y Tribunales se regula en la LOPJ – Título V “De las sanciones que pueden imponerse a los que intervienen en los pleitos o causas”, añadido por LO 19/2003, de 23 de Diciembre cuyos artículos 552 a 557 disponen:

Artículo 552.

*Los abogados y procuradores que intervengan en los pleitos y causas, cuando incumplan las obligaciones que les impone esta Ley o las leyes procesales, podrán ser corregidos a tenor de lo dispuesto en este título, siempre que el hecho no constituya delito.*

Artículo 553.

*Los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los juzgados y tribunales:*

- 1. Cuando en su actuación forense faltaren oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los jueces y tribunales, fiscales, abogados, secretarios judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso.*
- 2. Cuando llamados al orden en las alegaciones orales no obedecieren reiteradamente al que presida el acto.*
- 3. Cuando no comparecieren ante el tribunal sin causa justificada una vez citados en forma.*
- 4. Cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas.*

Artículo 554.

*1. Las correcciones que pueden imponerse a las personas a que se refieren los dos artículos anteriores son:*

- a. Apercibimiento.*
- b. Multa cuya máxima cuantía será la prevista en el Código Penal como pena correspondiente a las faltas.*

*2. La imposición de la corrección de multa se hará atendiendo a la gravedad, antecedentes y circunstancias de los hechos cometidos, y en todo caso se impondrá siempre con audiencia del interesado.*

Artículo 555.

*1. La corrección se impondrá por la autoridad ante la que se sigan las actuaciones.*

*2. Podrá imponerse en los propios autos o en procedimiento aparte. En todo caso, por el secretario se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el juez o por la sala.*

Artículo 556.

*Contra el acuerdo de imposición de la corrección podrá interponerse, en el plazo de cinco días, recurso de audiencia en justicia ante el secretario judicial, el juez o la sala, que lo resolverán en el siguiente día. Contra este acuerdo o contra el de imposición de la sanción, en el caso de que no se hubiese utilizado el recurso de audiencia en justicia, cabrá recurso de alzada, en el plazo de cinco días, ante la Sala de Gobierno, que lo resolverá previo informe del secretario judicial, del juez o de la sala que impuso la corrección, en la primera reunión que celebre.*

Artículo 557.

*Cuando fuere procedente alguna de las correcciones especiales previstas en las leyes procesales para casos determinados, se aplicará, en cuanto al modo de imponerla y recursos utilizables, lo que establecen los dos artículos anteriores.*

Por su parte, en la Ley 1/2000, en su Título VIII, art. 247, punto 4º, que dispone:

*" Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe, podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios Profesionales respectivos por si pudiera proceder a la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria".*

De tal modo, que además de la posible sanción disciplinaria a imponer por el Colegio Profesional, el punto 3º del mismo art. 247, dispone la sanción a imponer a las partes por contravenir las reglas de la buena fe procesal, con el siguiente tenor literal:

*"si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, una mulata de 30.000 a un millón de pesetas sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieran podido causar"* .

Sin olvidar lo preceptuado en la LECrim, promulgada por RD de 14 de Septiembre de 1.882, cuyo art. 301 dispone: *"El Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario será corregido con multa de 250 a 2.500 pesetas"*.

Los arts. 552 y ss de la LOPJ establecen un procedimiento sancionador del incumplimiento de la normativa disciplinaria de abogados y procuradores previstas en las leyes procesales, siempre que el hecho no constituya delito. Al mismo tiempo, el art 546.2º y 3º de la LOPJ reconoce un derecho disciplinario colegial. Aunque el ámbito de actuación de cada una de dichas competencias resulta claramente delimitado, dado que en principio, parece evidente, que cuando la infracción se cometa en el curso del proceso, la potestad disciplinaria debe corresponder a los órganos jurisdiccionales, y, fuera de estos casos, a los Colegios Profesionales, lo cierto es que tal claridad se torna oscuridad a la hora de delimitar la materia objeto de depuración por cada una de ellas, pues como consecuencia de la existencia de las obligaciones éticas de los abogados y procuradores en relación con los Tribunales –art 11 del Código Deontológico- se produce una zona secante entre ambas que, en algunos casos, dificulta la determinación de la competencia para depurar las conductas de dichos profesionales cuando éstas se producen en el seno del proceso.

En relación con esa zona de solapamiento competencial, hay quienes se inclinan por reconocer competencia a los Colegios para imponer la sanción correspondiente si la infracción del profesional trasciende de lo estrictamente procesal y otros como DEL

ROSAL<sup>169</sup> que entiende que debe imperar el principio general de interpretación restrictiva de la competencia de los Jueces, en aras de la prerrogativa de independencia que asiste a los abogados en su actuación forense. Personalmente comulgo más con la primera opinión. Las infracciones previstas en las LECiv, LECrim, EGA Y EGP son normas disciplinarias que deben ostentar el mismo régimen jurídico, ahora bien, hay que tener en cuenta que:

1º.- Las sanciones previstas en las leyes procesales son impuestas por los Tribunales, mientras que las normas deontológicas son impuestas por el Colegio.

2º.- La función disciplinaria ejercida en *policía de estrados* tiene vigencia dentro de un ordenamiento jurídico territorial, y, cuando esta función es ejercida por los Colegios la sujeción a la misma tiene un carácter no territorial.

3º.- Las normas deontológicas pretenden el mantenimiento del orden dentro del ámbito profesional, la defensa de la ética, y, el respeto a los intereses particulares, en tanto, las normas disciplinarias en policía de estrados están encaminadas a prevenir los peligros y a reprimir las perturbaciones que se produzcan en el proceso por parte de aquellos que participen en la función pública de la Administración de Justicia.

Falta pues una regulación unitaria en materia disciplinaria concerniente a abogados y procuradores creando en relación a tales cuestiones un halo de inseguridad e incertidumbre jurídica.

## 1.2 *Deontología de las Profesiones de Abogado y Procurador.*

La ética profesional es un tema candente y de creciente interés tanto para los propios profesionales como para los ciudadanos en general, las razones se encuentran en el vertiginoso aumento de titulaciones y especializaciones, sin olvidar el crecimiento en progresión geométrica de la población con titulación universitaria u otro tipo de titulaciones sujetas a una normativa reglada, a efectos de mera ilustración en España existen unos 105.000 abogados, cifra que aumenta cada año. Eso significa, en teoría, un

---

<sup>169</sup> DEL ROSAL, R; “El amparo colegial de la Abogacía en sede disciplinaria” en *Revista Otrósí*, publicación del Colegio de Abogados de Madrid, nº 45, 2.003, p. 20.



abogado casi por cada 350 habitantes. La cifra más alta de Europa, donde la proporción oscilaba, con datos de hace unos años, entre un abogado por cada 1.100 habitantes en Gran Bretaña y uno por cada 3.300 en Francia.

Cada profesión tiene sus normas deontológicas que determinan las pautas de conducta profesional encaminadas a garantizar los intereses de los clientes que demandan los servicios profesionales y los intereses de la propia asociación, corporación o colectivo profesional.

La deontología es una disciplina puente entre lo ético y lo jurídico, es el ámbito ético-jurídico que viene determinado por lo deontológico. Aunque bien es cierto que entre las normas éticas y jurídicas hay cierta similitud, existen ciertas diferencias entre el contenido de lo ético y lo legal, o entre la moralidad y la legalidad.

Las normas éticas, pertenecientes al ámbito de moralidad de los hechos, están sustentadas sobre una base integrada por principios y valores universalmente reconocidos y aceptados por todos –probidad, desinterés y decoro-. En todas las profesiones se debe poseer una ética profesional basada, en primer lugar, en principios sociales, donde el enfoque de los problemas sea tanto racional como social. La ética ha de aspirar a ser universal, pues aunque la razón humana no sea absoluta, es necesario llegar a establecer criterios universales, partiendo de una estructura moral integrada por principios y valores éticos, pero teniendo en cuenta que esos valores han de ser entendidos como metas o fines valorados por la misma profesión y reconocidos, aceptados y respetados por toda la comunidad.

Consecuentemente, la ética es la construcción moral que orienta las actitudes, los comportamientos de los profesionales hacia la consecución de sus objetivos profesionales, todo ello, desde la doble vertiente del reconocimiento del ser humano en su totalidad y el respeto de los valores sociales.

Las normas jurídicas, por el contrario pertenecen al Derecho, siendo éste quien determina la legalidad de los actos y, por tanto, la legitimación jurídica de los actos profesionales.

Hay que distinguir los principios universales inspirados en la ética profesional, y, los deberes específicos de cada profesión que dimanen de las disposiciones legales y de las regulaciones deontológicas.

Podemos afirmar que normas deontológicas son las que se ocupan de regular el deber, dejando fuera de su ámbito concreto de interés otros aspectos de la moral. Son los deberes minimamente exigibles a los profesionales en el ejercicio de su actividad profesional. Las normas deontológicas vinculan el aspecto orientativo con el disciplinario, ello confiere al Código Deontológico un carácter bi-direccional, pero con actitud propia, siendo lo que hace posible a los profesionales definir, mediante normas reguladoras de su ejercicio, sus propios legítimos y diferenciadores códigos de comportamiento.

A la vista de todo lo anterior, Código Deontológico podría ser definido como fruto del resultado o unión de los siguientes enunciados:

- La Deontología es un conjunto de normas mínimas que un determinado grupo profesional establece, que reflejan la concepción ética común y mayoritaria de sus miembros, en cuyo seno se comprometen a desempeñar una determinada actividad. La Deontología la constituyen normas que recogen grandes orientaciones que deben guiar a los profesionales para el cumplimiento de sus funciones, estableciendo límites en función de los cauces por los que se mueve la sociedad y entre los que la profesión ha de discurrir.
- La Deontología son normas de menor grado no regidas por sanción estatal, pero que sí implican disposiciones disciplinarias dado que emanan de un órgano de contenido profesional. El incumplimiento de dichas normas lleva implícito sanciones previstas en los reglamentos o estatutos de las organizaciones de representación profesional reconocidos legalmente.

La deontología del abogado es, pues, el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de éste con sus clientes, sus compañeros, su Colegio, con la parte contraria, con los Tribunales de Justicia, y con los demás operadores jurídicos y que determina si su proceder es correcto o no, según su mayor o menor congruencia con lo que en ellas se dispone. En el caso de las profesiones jurídicas, en general, el objetivo fundamental es el

valor de la Justicia, en todo lo que concierne al resultado práctico de las propias actividades profesionales. No obstante, como bien señala MARTÍN RETORTILLO<sup>170</sup> las normas deontológicas son obligaciones profesionales que se integran de lleno en la profesión y deben de tratar de afianzar valores sociales más allá de ideologías y políticas concretas, encontrando como límites el pluralismo ideológico y la libertad de elección de la profesión reconocidos en la CE.

Así pues, además de las normas de carácter civil que regulan los derechos y obligaciones del abogado para con su cliente y que se enmarcan dentro del contrato de arrendamiento de servicios que de manera explícita o implícita suscriben las partes, además de las normas procesales que regulan el actuar del abogado ante los Tribunales, éste, como profesional, está sujeto al cumplimiento de normas sustantivas que constituyen ese aspecto de la Deontología, y cuya vulneración da origen a una responsabilidad disciplinaria. Hay un verdadero Derecho Penal Deontológico, catálogo de faltas e infracciones tipificadas y unas normas de procedimiento mediante las cuales se hace efectiva la responsabilidad que constituyen un verdadero Derecho Procesal Deontológico.

Pretender extender la deontología a la vida civil o penal, es igual a imponer a los abogados normas más estrictas que al resto de los ciudadanos. La Comisión deontológica de los Colegios Profesionales debe intervenir en los supuestos en que se pretende que se depure una actuación profesional, pero la mayor parte de las veces, lo que se desea es obtener la satisfacción de unas legítimas pretensiones, generalmente de contenido económico y que deben ser demandadas ante la jurisdicción civil o, lo que es más oportuno, solicitando un arbitraje del propio Colegio.

La conclusión es pues evidente. El abogado está sujeto -por su condición de tal- a una serie de obligaciones, entre ellas, la de cumplir con el máximo celo y diligencia la labor profesional que le ha sido encomendada. El abogado no puede olvidar su obligación de comportarse con dignidad, principio fundamental en el ejercicio que rige el ejercicio de la profesión. Y que la honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad siguen

---

<sup>170</sup> MARTÍN RETORTILLO, L; “EL papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”, en *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, p. 325.

siendo virtudes que deben adornar cualquier actuación del abogado. Todo lo dicho es también trasladable al procurador.

### *1.3 La potestad Sancionadora de los Colegios Profesionales*

Desde un punto de vista doctrinal, podemos definir los Colegios Profesionales como *aquellas entidades integradas por la asociación permanente y obligatoria de personas para la satisfacción de sus intereses profesionales comunes.*

El art. 36 de la CE. establece 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 deberán ser democráticos”* .

Los Colegios se rigen por sus Estatutos y por los reglamentos de régimen interior, sin perjuicio de las leyes que regulen la profesión de que se trate, son pues, corporaciones de derecho público amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

La ley regula con gran minuciosidad y prolijidad las funciones que pueden desarrollar los Colegios, desde representar a los colegiados, velar por la ética y dignidad profesional, organizar actividades y servicios de interés común, evitar intrusismo, regular honorarios,... etc, y cuantas otras redunden en beneficio de los intereses profesionales de los colegiados. Los colegios ejercen funciones administrativas entre las que se cuentan la imposición de sanciones a los colegiados. Es decir, por un lado, los Colegios Profesionales son organizaciones de base privada para la representación y defensa de los profesionales que agrupan y de los intereses generales de la profesión, pero, por otro lado, realizan funciones de vigilancia, ordenación y control de las profesiones que la Administración tendría que ejercer en todo caso, aunque no existiesen los Colegios, en interés no ya de los propios profesionales, sino fundamentalmente de los ciudadanos en general.

Cabe señalar que no deben confundirse los Colegios Profesionales con las Asociaciones Profesionales. Estas últimas son simples personas jurídico–privadas, sometidas exclusivamente al ordenamiento jurídico–privado y cuyo ámbito de actuación es

exclusivamente de defensa de los intereses de la profesión, sin relación alguna con el interés público.

La potestad sancionadora viene normada en la Ley de 17 de Febrero de 1974 de los Colegios Profesionales, como precepto general, regulándose la cuestión al detalle en los reglamentos aplicables a cada profesión y a cada organización colegial, tal y como ha sido reconocido por el TC, que se encarga de alejar esta potestad sancionadora de las derivadas de los Tribunales de Honor, específicamente prohibidos en el artículo 26 de la Constitución en las organizaciones profesionales.

Los destinatarios de esta potestad son los colegiados y su ejercicio tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de los deberes colegiales.

La distinción entre unas y otras correcciones disciplinarias tiene su fundamento en el artículo 442.2 de la LOPJ, que distingue entre las correcciones por actuaciones ante los Tribunales, respecto a las que se remiten a las leyes procesales, y aquellas otras en general que corresponden a los Colegios. Sin embargo, es claro que aquí se trata de casos límite, pues, normalmente la titularidad la tiene la organización colegial y la competencia la Junta de Gobierno del Colegio. Salvo si se trata de faltas disciplinarias cometidas por miembros de las Juntas Provinciales o del propio Consejo General, ya que, entonces, la competencia es de este Consejo.

El ejercicio de la potestad tiene por objeto asegurar el cumplimiento de los deberes colegiales. Así se manifiesta la doctrina general sobre el tema, al hablar de que del artículo 5 de la Ley de 13 de febrero de 1974, se deduce una habilitación colegial reconocida para mantener el orden jurídico y deontológico de la profesión, hacer cumplir las leyes generales y especiales y los Estatutos y Reglamentos de régimen interior, e impedir los casos de ejercicio profesional en los que no se cumplan las exigencias legales.

Se trata, por tanto, de un contenido muy amplio que da lugar a que se planteen muchos problemas de carácter jurídico.

De un modo inmediato es claro que el fundamento de la potestad disciplinaria se encuentra en la Ley 14-02-1974.

Sin embargo, se plantea un problema que nace del hecho de que la Ley no describa las concretas sanciones, remitiéndose a una pluralidad de normas que generan distintos supuestos. En efecto, el primero es el de la tipificación y las condiciones de ejercicio de la potestad disciplinaria por los estatutos de cada Colegio, y en consecuencia, por Decreto, ya que los estatutos los aprueba el Gobierno. No obstante, y a pesar de que ello implica que las infracciones y sanciones se tipifiquen en una norma de rango reglamentario, la Jurisprudencia no duda en admitir tal singularidad, sin más que exigir que el Estatuto esté aprobado por el Gobierno y publicado en debida forma. Pero, además, puede darse y se da de hecho, un caso aun más delicado, como es que la tipificación de las infracciones y sanciones y que las condiciones de ejercicio de la potestad disciplinaria no se establezcan por reglamento, sino por simples acuerdos de los Colegios, a los que se refiere el artículo 5, apartado. t ) de la citada Ley de 13-02-1974.

Por lo que se refiere a los procuradores el nuevo EGP se refiere a las potestades disciplinarias en los art. 59 a 63, en cuanto a los abogados habrá de estarse a lo dispuesto en los arts 80 a 96 EGA.

#### *1.4 El principio non bis in idem.*

En el supuesto de los tipos de doble defensa o representación y de perjuicio a los intereses encomendados del art. 467 del CP nos podemos encontrar con la posible concurrencia de sanciones penales y disciplinarias establecidas estas últimas en los respectivos estatutos profesionales *¿se estaría infringiendo el principio non bis in idem?*; con el fin de hallar una respuesta adecuada a la anterior pregunta es imprescindible determinar el alcance de dicho principio.

El principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*<sup>171</sup>, con carácter general, viene a significar que no es posible juzgar y castigar a un sujeto dos o más veces por un mismo hecho, y se reconoce como un principio que aglutina un gran consenso en la doctrina y que goza de una reconocida naturaleza constitucional a pesar de no estar expresamente formulado en la Constitución. Se trata de un principio que incide esencialmente en la esfera judicial y corresponde, por tanto, a los jueces preservar a los imputados de dobles o triples condenas por un mismo hecho. Su fundamento lo encontramos en la seguridad

---

<sup>171</sup> De ambos modos se ha venido denominando el principio.

jurídica como componente del Estado Social y Democrático de Derecho, pues el veredicto final de los Tribunales trae consigo la certeza sobre la responsabilidad o irresponsabilidad penal de un imputado, y aunque las decisiones judiciales no se encuentran exentas de errores, es preferible que cuando el fallo ha sido dictado con todas las garantías materiales y procesales necesarias para su validez, se zanje definitivamente el asunto, sin perjuicio de los recursos que el propio ordenamiento concede para enmendar posibles equivocaciones judiciales. Si la exigencia de *lex praevia* y *lex scripta* que impone el principio de legalidad obedece a la necesidad de garantizar un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, esa función de garantía devendría inútil si ese mismo hecho pudiese ser objeto de una nueva sanción<sup>172</sup>.

Tradicionalmente se han diferenciado dos vertientes de este principio: una de carácter procesal –bajo la cual surge este principio- y otra de naturaleza material. La primera vertiente se basa en la garantía impuesta por razones de seguridad jurídica y justicia, tendente a evitar que alguien pueda ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, es decir, evitar la duplicidad de procesos con todas las consecuencias que de ello se pueden derivar. La vertiente material, sin duda de mayor relevancia que la vertiente procesal dado que esta última representa, en definitiva, un medio para evitar el riesgo de efectiva lesión del principio *non bis in idem* en su vertiente material<sup>173</sup>, implica como ya he señalado la imposibilidad de castigar a un sujeto dos o más veces por un mismo hecho<sup>174</sup>. Para que

---

<sup>172</sup> CAMPOS VARGAS, J, L; “La configuración del Derecho Penal dentro del modelo de Estado social y Democrático de Derecho”, *Democracia Digital –Artículos*, Abril, 2.002.(<http://www.democraciadigital.org/etc/arts/0204penal.html>).

<sup>173</sup> BENLLOCH PETIT, G; “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”, en *Revista del Poder Judicial* nº 51, Madrid, 1.998, p. 307.

<sup>174</sup> El Tribunal Constitucional abordó ésta cuestión en su celebre sentencia de 30 de Enero de 1.981 (RTC 1981, 2), que ha sido recogida y reiteradamente copiada en posteriores pronunciamientos, así podemos mencionar La STC de 11 de Octubre de 1.999 –ponente García Manzano- (BDL Rnº 3657/1.994) Fjº 3º “...procede recordar la jurisprudencia de éste Tribunal sobre el principio *ne bis in idem* que, desde la S 2/1.981 ha sido considerado como parte integrante del Derecho fundamenta lal principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 de la CE). En el FJº 4º de aquella sentencia se declaró que “El principio general del Derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus conocidas manifestaciones ,que no recaiga duplicidad de sanciones – administrativa y penal- en los casos en los que se apréciela identidad del sujeto hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del *Ius Puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”. Posteriormente, en la STC 159/1.987 (FJ3º), se declaró que dicho principio impide que a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues “semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado, e inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad,

pueda entrar en juego este principio, es imprescindible que concorra una triple identidad: de sujeto, de hecho y de fundamento. Al respecto podemos mencionar la S AP de Girona de 27 de Abril de 2.000 (BDAP63373/2001), relativa a la vulneración del principio de dualidad de sanciones administrativa y penal, y que viene a establecer que se infringe el principio *non bis in idem* si se impone una sanción penal a hechos idénticos, objetiva y, subjetivamente, y, con los mismos fundamentos, que ya hayan sido objeto de sanción administrativa. Se trataba del supuesto de la concurrencia de la prohibición de conducción de un vehículo, por conducir con una tasa de alcohol superior a la permitida, que es infracción administrativa, y la de conducir bajo la influencia del alcohol, que es una infracción penal, y estima que protegen el mismo bien jurídico: “...el principio “*ne bis in idem*” se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión del poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del *ius puniendi* del Estado. (...).irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de **sujeto, hechos y fundamento**. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito pie la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que la única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo”.

El elemento más problemático de esa triple identidad es sin duda el de la “identidad de fundamento”. *¿Qué se entiende por identidad de fundamento?*

Si entendiéramos que “identidad de fundamento” es sinónimo de “identidad de fin o finalidad” se llegaría a resultados altamente insatisfactorios pues la sola diversidad de fines legítimos no es suficiente para justificar una doble punición, sería necesario además, de acuerdo con el principio de proporcionalidad<sup>175</sup>, la concurrencia de un doble injusto que

---

*contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (S 77/1.983 de 3 de Octubre FJº 4º).*

*Esta dimensión procesal del principio non bis in idem cobra su pleno sentido a partir de la vertiente material. En efecto, si la exigencia de la lex praevia y lex certa que impone el art. 25.1 de la CE obedece, entre otros motivos, a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese contenido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita...”*

<sup>175</sup> Un predicado más que limita la intervención penal es la proporcionalidad en el castigo (*poena debet commensurari delicto*). La pena por imponer debe resultar proporcional al hecho acusado y a la culpabilidad



justifique y legitime el doble castigo. Si considerásemos, por el contrario, que “la identidad de fundamento” ha de estimarse referida a la “identidad de bien jurídico protegido”, parece alcanzarse una mayor coherencia de argumentos, dado que la presencia de diversos bienes jurídicos lesionados, exige claramente un mayor desvalor, por lo que, el doble castigo o sanción no supondría una infracción del principio de proporcionalidad.

No obstante, aún cuando éste último argumento pudiera parecer plenamente satisfactorio BENLLOCH PETIT<sup>176</sup> llama la atención sobre la solución que arbitra el legislador penal de 1.995, para los supuestos en que mediante un solo hecho se lesionen diversos bienes jurídicos<sup>177</sup>-concurso ideal de delitos-, y que en modo alguno consiste en la mera adición de penas tal y como lo demuestra la dicción del art. 77 de dicho cuerpo legal. Esta solución es el reflejo de que no se percibe en la misma medida el caso de dos hechos diferentes que lesionan o ponen en peligro distintos bienes jurídicos, que el supuesto en que la lesión o el atentado contra una diversidad de bienes jurídicos se efectúe mediante un único hecho.

En el aspecto de la doble incriminación penal y administrativa la doctrina Jurisprudencial Constitucional ha sido tajante al considerar inconstitucional un doble castigo penal y administrativo por un mismo hecho, atendiendo fundamentalmente al tratamiento del problema desde la perspectiva del concurso de leyes -en el caso de concurrir identidad de fundamento jurídico-, con la posibilidad de imponer un sola sanción, señalando en tal sentido la preferencia de la jurisdicción penal sobre la gubernativa en relación al esclarecimiento de los hechos por aplicación del principio de prejudicialidad penal.

También ha insistido bastante el TS sobre el principio de *non bis in ídem* con

---

del autor . El principio de proporcionalidad ha encontrado pleno respaldo como integrador del debido proceso.

<sup>176</sup> BENLLOCH PETIT, G; “El principio de non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”, cit., pp. 345 y ss.

<sup>177</sup> El art. 77 del CP de 1.995 dispone expresamente: “ 1. lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se pensasen separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de ese límite, se sancionarán las infracciones por separado.”

relación a la imposible coexistencia de sanciones penales y disciplinarias, pues, en los casos en que lo imputado tenga relevancia criminal y profesional obligando a la incoación de una causa criminal y un expediente sancionador, el Colegio debe suspender la tramitación de este último hasta la resolución de aquella causa por no ser los hechos constitutivos de delito o falta, ya que, en caso de condena, el expediente ya no tiene razón de ser.

Pero el principio *ne bis in idem*, presenta como excepción la relativa a la duplicidad de sanciones cuando el sujeto activo lo es, además, de una especial relación de poder, es decir, se admite la coincidencia en un mismo sujeto y para un mismo hecho de una sanción penal y otra administrativa, cuando ésta está basada en una relación de supremacía especial. Significa ello, que a las relaciones entre el DP y el Derecho Disciplinario no le es aplicable el límite del principio *non bis in idem*; se trata de una doctrina, a la que se ha criticado su falta de concreción en cuanto a la determinación de qué debe entenderse por *relaciones especiales de poder*. El TC en S. 234/1.991, de 10 de Diciembre (RTC 1.994, 234) rechazó, sin embargo, que las relaciones de especial sujeción fueran una categoría válida para sustentar la inaplicabilidad del principio *non bis in idem*, en base que las relaciones de especial sujeción no constituyen un ámbito en que los sujetos quedan despojados de sus derechos fundamentales.

Para llegar a esta excepción se trajeron a colación los tres presupuestos cuya concurrencia determina la operatividad del principio de prohibición de doble sanción: identidad de sujeto, hecho y fundamento, de modo que en materia de sanciones penales y administrativas derivadas de una especial relación de sujeción, singularmente en las disciplinarias, es el tercer presupuesto el que no concurre, debido a que en el ordenamiento penal y en el disciplinario se protegen bienes distintos, y por tanto, la duplicidad sancionatoria es constitucionalmente correcta, así y en relación a la concreta sanción disciplinaria por un Colegio de Abogados a uno de sus colegiados podemos traer a colación la S AP de Lleida de 4 de Octubre de 2.000 (BDAP 168/2001) en la que se sostiene que la sanción en vía penal es posible pese a haber sido sancionado el acusado por el respectivo Colegio de Abogados ya que el fundamento de la sanción es distinto: “*se ha venido excluyendo la aplicación de dicho principio –non bis in idem- cuando entre Administración sancionadora y sancionado existe una relación de sujeción especial superpuesta a la general de sujeción entre Administración y administrado, de modo y*

*manera que mediante la sanción administrativa se castiga el incumplimiento de deberes especiales del sancionado que fueron infringidos con ocasión de la comisión de un hecho penalmente sancionable. (...)el concepto de “incumplimiento de deberes profesionales” es mucho más amplio que el perjuicio a los intereses del cliente, pudiendo englobar gran número de conductas de incumplimiento de obligaciones propias de la profesión reglamentada absolutamente inocuas penalmente. En cuanto a la realización de actos contrarios a la dignidad profesional, también su mismo enunciado señala que el bien jurídico protegido no es, como en el delito aquí objeto de persecución, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, de la que los Abogados forman parte integrante, sino la dignidad profesional de dichos profesionales, entendiéndose por tal el público concepto que la actuación de los mismos produce en la sociedad, por lo que la sanción de uno de los miembros de la Corporación por el descrédito o perjuicio que en el concepto público (y por extensión en los demás miembros del Colegio) ha causado una actuación incorrecta supone una causa o fundamento distinto al que supone la imposición de la sanción penal.”*

BENLLOCH PETIT<sup>178</sup> critica la excepción en base a que, por un lado, tal y como se hace en el concurso ideal de delitos lo más correcto, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, sería la moderación de la doble sanción atendiendo al hecho de que la doble o plural afectación tiene lugar en unidad de acción, y por otro lado, al constituir la condición de abogado o procurador uno de los elementos del tipo, y por lo tanto, representar un elemento expresamente tenido en cuenta en la determinación de la pena u otras consecuencias jurídicas del delito se generan serias dudas sobre si en este supuesto se están persiguiendo bienes jurídicos diversos en la esfera penal y en la disciplinaria.

Participo plenamente de esta última opinión, y considero que el supuesto concreto de las deslealtades de abogados y procuradores no existe diversidad de bienes jurídicos entre el ordenamiento penal y el disciplinario, pues si se acude al argumento de la existencia de una *relación de especial sujeción* – que a su vez es el fundamento de la potestad disciplinaria- para excepcionar la aplicación del principio *non bis in idem*, se llegaría a incurrir en una grave contradicción.

---

<sup>178</sup> BENLLOCH PETIT, G; “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”, cit., pp. 348 y ss.

El fundamento de la existencia de las *relaciones de especial sujeción* no es otro que garantizar el mejor funcionamiento de la Administración en la prestación de determinados servicios mediante el ejercicio de potestades de autorregulación u ordenación de la actividad o profesión de determinadas personas que forman parte –funcionarios, militares, jueces, secretarios judiciales, etc- o que se relacionan con ella –es el caso de los abogados<sup>179</sup> y procuradores<sup>180</sup>-, facultad que puede ejercer la Administración por sí misma o que puede delegar en los Colegios Profesionales, con ello, quiero decir, que el interés protegido es, en definitiva, el correcto funcionamiento de los servicios que presta la Administración garantizando el ejercicio ordenado de la profesión, interés que no difiere protegido en el art. 467 del CP que es el correcto, que no perfecto, funcionamiento del servicio que presta la Administración de Justicia mediante el respeto al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa de los particulares intervinientes en el proceso. En consecuencia, no hay diversidad de fundamento y debe operar el principio *non bis in idem*.

## 2. CONCLUSIONES

No obstante, todo lo expuesto, es evidente que las infracciones de deberes profesionales de abogado y procurador, dada la especial relación de dichos profesionales con la Administración de Justicia, ponen en peligro o perjudican la prestación de la función jurisdiccional exclusivamente ejercida por órganos estatales, y es en base a la importancia

---

<sup>179</sup> Artículo 30 del EGA de 2.001 dispone: “El deber fundamental del Abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la Abogacía se halla vinculada.” Y, el art. 1.2.1 del Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea (Aprobado por sesión plenaria en Estrasburgo de 28 de Octubre de 1.988 por el Consejo de Abogados de la Comunidad), dispone que: “Las reglas deontológicas están destinadas a garantizar, por su aceptación libremente consentida, la buena ejecución por parte del Abogado de su misión reconocida como indispensable para el buen funcionamiento de toda sociedad humana.”

<sup>180</sup> Artículo 1 del EGP de 2.002 establece: “2. Es también misión de la Procura desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor administración de justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten los juzgados y tribunales. Estas competencias podrán ser asumidas de forma directa o por delegación del órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación aplicable.”

del bien jurídico que se ve afectado, por lo que, debe justificarse la tipificación de tales conductas<sup>181</sup>. Ahora bien, a esta conclusión han de hacerse dos matizaciones:

- la primera, es que ha de tratarse de infracciones profesionales que atenten *gravemente* contra el bien jurídico penalmente protegido, criterio que viene avalado por numerosas sentencias entre las que podemos resaltar: S AP de Madrid de 23 de Abril de 2.001 nº de recurso: 112/2.001 (BDAP 336549/2.002): *“Es evidente que la incorporación del precepto en la ley Penal es **la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho Penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarán bien una conculcación de normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1.995 haya adjetivado al perjuicio del art. 360 del C.P de 1.973 la mención perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados. Solamente ese plus en la antijuricidad puede integrar el tipo penal que interpretamos.***”; y, la S AP de Valencia de 1 de Julio de 2.002 nº de recurso: 105/2.002 (BDAP 390003/2.003): *“El C.P –como recuerda la STS de 14 de Julio de 2.000- con el precepto de referencia (se refiere al art. 467.2) incorporado al C.P trata de incriminar aquellas conductas más intolerables desde el plano de las profesiones jurídicas que cita, de modo que adquieren punibilidad comportamientos que de otro modo quedarían relegados, bien a su tipificación en las normas colegiales de su actuación profesional (Estatuto General de la Abogacía), bien a la exigencia de responsabilidad civil por su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden...”*. El Auto de la AP de León nº 94/2004 (sección 2ª), de 14 de Junio –ponente Alberto Francisco Alvarez Rodríguez- (JUR 2004/188367) en relación a un exceso de reclamación que llevó a su cliente a asumir las consecuencias económicas como consecuencia de la posible condena en costas desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decretaba el archivo de

---

<sup>181</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F.; *De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, cit., pp. 207 y ss.: *“El legislador ha tipificado conductas desleales de unos profesionales con respecto a las reglas de su profesión, y ello constituye una excepción pues el C.P, como regla general, no tipifica éste tipo de conductas a no ser que las mismas lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos tutelados de modo genérico en el C.P”*.

las Diligencias Previas abiertas contra el letrado y señalaba textualmente entre otros argumentos lo siguiente: *“A todo ello hemos de unir que nuestro Derecho Penal se rige por el principio de intervención mínima, conforme al cual su ámbito de actuación debe quedar restringido a aquellas conductas que sólo puedan ser tratadas adecuadamente con el recurso a la pena. No parece que sea ese el caso de los hechos denunciados que, al fin y al cabo, de producirse, se traducirían en un perjuicio económico que podría trasladar a sus Letrados si, como dice, hicieron gala de algún tipo de negligencia profesional que a nuestro entender y en coincidencia con el Juez de Instrucción a cuyo auto nos remitimos no revestiría la gravedad a que alude el citado precepto.”*

- la segunda, es que la infracción profesional del abogado y procurador no constituye la esencia o el fundamento del injusto penal, sino el presupuesto del delito de deslealtad.<sup>182</sup> Así el Auto de la AP de Cáceres nº 86/2004 (Sección 2ª), de 2 de Junio –ponente Valentín Pérez Aparicio- (JUR 2004/176132) en relación a una de las conductas tipificadas en el artículo 467.1º señala que: *“Lo que sanciona nuestro Código no es una falta de lealtad en abstracto que impida a un abogado asistir a una persona contra otra respecto de la que fue en otro momento asesor legal, sino la falta de lealtad que, en concreto, coloca a una persona en situación de desventaja porque aquel profesional que le defendió o asesoró en un determinado asunto ahora defiende a su contrincante en el mismo asunto”*

En Cualquier caso, y de acuerdo con el principio de intervención mínima, la doble defensa o representación y el perjuicio a los intereses encomendados, sólo deben ser elevados a la categoría de ilícitos penales cuando lesionen gravemente o pongan en grave peligro las garantías y derechos que comprende el proceso debido y el derecho de defensa, provocando la imposibilidad o la prorroga innecesaria del proceso, la pérdida de derechos procesales, una resolución distinta en lo esencial o no favorable, la no efectividad o la efectividad parcial de una resolución. En estos supuestos estimo que no es compatible la sanción disciplinaria y la penal, y opera plenamente el principio *non bis in idem*. Las meras irregularidades en el desarrollo del proceso deben quedar relegadas, sin embargo, al ámbito de las sanciones disciplinarias y de los recursos procesales. Parece avalar tal conclusión

---

<sup>182</sup> PÉREZ CEPÉDA, A. I: *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., pp. 53 y ss.

CORDOBA RODA<sup>183</sup> cuando señala que la distinción entre todos estos ilícitos y el tipo penal responden a criterios de delimitación cuantitativa, pero esa diferenciación se refiere a la entidad de la infracción, no a la gravedad de la sanción. Esto es, si la infracción es por sí misma de mayor trascendencia, le corresponderá al orden penal; mientras que, si es de menor entidad, revestirá carácter disciplinario.

---

<sup>183</sup> CORDOBA RODA, J Y GARCIA ARÁN, M (directores); *Comentarios al Código Penal*. Ob. Cit. Pág 2310.

## TERCERA PARTE

### EL ARTÍCULO 467 DEL CODIGO PENAL. EL TIPO DE INJUSTO

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El “tipo”, en la teoría general del Derecho, se concibe como el conjunto de presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica, no obstante, en el seno del DP, dogmáticamente el tipo penal es, ante todo, *tipo de injusto*, es decir, *delimitación de las características determinantes del injusto específico de cada figura delictiva*<sup>184</sup>; por tanto, han de entenderse como pertenecientes a él todos los elementos que fundamentan la desvaloración jurídica de la respectiva clase de conducta, ya se trate de elementos objetivos o subjetivos –tipo objetivo / tipo subjetivo-. En los siguientes Capítulos vamos a acometer el examen tanto de unos como otros elementos en lo que concierne a los tipos de deslealtad profesional del art. 467 del CP comenzando con el llamado tipo *objetivo* -definido por la conducta descrita en la ley penal como productora de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que el legislador estima digno de protección, de modo que la persona que realiza la conducta descrita en la ley penal puede decirse que está realizando una acción típica- cuya estructura presenta como piedras maestras: los sujetos-activo / pasivo-, la acción, el resultado y el objeto, para finalizar esta tercera parte con el análisis del tipo *subjetivo*. Vid. S AP de Girona nº 1039/2004<sup>185</sup> (sección 3ª), de 13 de Diciembre –ponente Jose Antonio Soria Casao- (JUR 2005/34469) en cuanto al artículo 467.2.

Resumiendo a través de un cuadro sinóptico la *estructura típica básica del delito de deslealtad profesional* respondería al siguiente esquema:

---

<sup>184</sup> COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN T S; *Derecho Penal .Parte General*. Valencia. 1.999, pp. 305 y ss.

<sup>185</sup> El Fº Jº 3º señala que: “el tipo penal requiere como elementos integradores: a) Que el sujeto activo necesariamente deberá ser un abogado o procurador, por tratarse de un delito especial o de propia mano b) Desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos derivará en un resultado, c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses encomendados; d) desde el plano de la culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe de incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposos.



<b>Tipo objetivo</b>	<b>Tipo subjetivo</b>
abogado o procurador que ha asesorado o tomado la defensa o representación de alguien	Dolo o Imprudencia grave
- Defender o representar en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios - sin consentimiento	
Perjudicar de forma manifiesta los intereses encomendados	

## CAPÍTULO QUINTO

### **EL TIPO OBJETIVO I: LOS SUJETOS ACTIVOS Y PASIVOS DEL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL DEL ART. 467 DEL CP. EL OBJETO MATERIAL.**

#### **I SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO: ABOGADOS Y PROCURADORES.**

##### 1. INTRODUCCIÓN

Definido, en general, el delito en su concepción dogmática como acción típica, antijurídica, culpable y sancionada con una pena, el sujeto activo de un delito –o autor- se define, a su vez, como la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal; ello lleva a la necesidad ineludible de analizar las diferentes alternativas existentes en torno a los potenciales protagonistas de la infracción penal.

Indudablemente, en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto –o una pluralidad- que mediante un hacer o un no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal.

En los delitos del artículo 467 del CP de 1.995 –doble defensa o representación y perjuicio a los intereses encomendados- se restringe la posibilidad de su comisión a aquellos sujetos que además de realizar la acción típica reúnan las cualidades exigidas por el tipo, que en este caso concreto son las de ser abogado o procurador; así tanto el párrafo 1º como el 2º de dicho artículo se encabezan con las siguientes palabras: –“1. *El Abogado o Procurador que, habiendo asesorado o.....*2. *El Abogado o Procurador que, por acción u omisión,...*”-.

La limitación que efectúa el precepto en cuanto a los posibles sujetos activos, incluye al art. 467 del CP, dentro de categoría de los delitos especiales, que son aquellos en los que no toda persona puede ser autor, pues la posibilidad de serlo se halla limitada legalmente a determinados sujetos. A su vez, dentro de los delitos especiales, cabe calificar

los tipos de deslealtad profesional de abogados y procuradores como delitos especiales *proprios*, dado que no guardan relación con ningún tipo común<sup>186</sup>.

Para entender la inclusión por el CP de estas dos profesiones en el art. 467 no está de más recordar el papel de la abogacía y la procuraduría<sup>187</sup> en tanto dos profesiones profundamente implicadas con la función jurisdiccional que requieren de una sólida formación jurídica, exigiéndose en ambos supuestos para su ejercicio estar en posesión del título de licenciado en Derecho.

La Administración de Justicia constituye un servicio público del Estado, y en aras del buen funcionamiento del mismo, se hace necesaria la intervención de profesionales actuantes en el proceso, bien representando a las partes, bien asesorándolas para velar por los intereses de los ciudadanos, procurando el éxito de sus pretensiones y el mantenimiento del principio de igualdad entre las partes, esta actuación es conocida en la doctrina procesalista con el nombre genérico de *postulación procesal* y engloba en ella dos instituciones: la procuraduría y la abogacía.

Teóricamente, cabe atribuir capacidad de postulación a los propios litigantes, o bien imponerles la presencia de personas con la cualificación técnica necesaria para prestar la asistencia requerida; a su vez es posible, que esta asistencia se preste o no con carácter profesional ya sea por un solo tipo de profesionales o por dos, unos que se encargan de la representación de los litigantes ante los Tribunales y otros de su dirección técnica. Este último, es el sistema al que, como regla, se ajusta nuestro ordenamiento. La imposición a las partes de su intervención en el proceso por medio de personas cualificadas profesionalmente debe de entenderse como una consecuencia de la complejidad y tecnicismo que presentan las leyes y los trámites procesales en las sociedades evolucionadas.

A la dificultad que, en las sociedades modernas, ofrece el conocimiento del Derecho, se añaden otros argumentos como justificación de la defensa técnica de las partes, así la especial configuración del proceso civil, inspirado en el principio dispositivo, que

---

<sup>186</sup> Así lo han reconocido unánimemente la doctrina.

<sup>187</sup> Las figuras del abogado y del procurador ya aparecían reguladas en la LOPJ de 1.870 (arts. 855 a 888).

significa que el Juez no aplica la ley sino en la medida de las pretensiones de las partes correspondiendo a éstas la carga de la precisa identificación de aquellas y de la alegación y prueba de los hechos en que se fundan, se hace patente la trascendencia para los particulares legos en Derecho de valerse de una asistencia técnico - jurídico adecuada, aun en aquellos excepcionales casos en que ésta no sea preceptiva. Sin embargo, y a pesar de que en el proceso penal por delitos la labor de búsqueda y aportación de pruebas y hechos es asignada al mismo órgano jurisdiccional, se exige con más énfasis la presencia de letrado hasta el punto de que si el imputado no lo designa se le nombra uno de oficio.

Pero si la necesidad de esta intervención profesional es hoy pacíficamente aceptada, no lo es tanto la de imponer la actuación de dos profesionales diferentes -procuradores para el desempeño de la representación, y abogados para la defensa-. En el Derecho comparado se conocen todas las posibilidades. El de reunión de ambos cargos en una misma persona, como el “Rechtsanwalt” alemán o su diferenciación, como ocurre con los “barristers” y “solicitors” del Derecho inglés o los “avocats” y “avoués” del francés. Cabe también la posibilidad intermedia, de la que hay algunos ejemplos en nuestro propio ordenamiento procesal -proceso contencioso-administrativo-, de atribuir al litigante la opción de conferir la defensa y representación solamente al abogado o de designar para cada una de aquellas funciones, respectivamente a un abogado y un procurador.

Por tanto, si la intervención del abogado y procurador se consideran obligatorias no es sólo por interés de la parte, en la disponibilidad de cuyos derechos nadie puede inmiscuirse, sino en razón a los fines públicos a que responde el proceso, de los cuales el Estado no puede desentenderse.

Las conclusiones que se pueden extraer de todo lo expuesto, es que, la institución de la defensa, en sentido amplio, garantiza la igualdad de las partes en el proceso, impidiendo la desproporción que representaría permitir que una parte sin conocimientos técnicos en Derecho tuviera que enfrentarse a otra que sí los poseyera, por sí misma o por actuar convenientemente asesorada; garantiza que los actos procesales se desarrollen de acuerdo con el orden legalmente establecido y, en definitiva, coopera con el Tribunal en la obtención de la decisión justa del litigio.

Los dos apartados del artículo 467 del CP hablan indistintamente de abogados y procuradores, como posibles sujetos activos de las acciones descritas en los mismos. Como ya sucede en otros códigos históricos, el vigente CP, en lo que se refiere a la fidelidad, como norma de conducta profesional, impone los deberes que se derivan de ella con la misma intensidad al abogado y al procurador, incluyendo a ambos en el mismo nivel del tipo; sin embargo, son distintas las funciones y, por tanto, los deberes profesionales de cada uno de ellos, por lo que merecen una consideración diferenciada<sup>188</sup>. No obstante, y como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Estatuto General de los Procuradores de España –EGP– de 5 de Diciembre de 2.002, se han producido dos novedades bastante importantes en cuanto a la perspectiva profesional y, concretamente, a las funciones que puedan asumir en el futuro los procuradores. Efectivamente, el art. 3<sup>189</sup> del referido Estatuto al definir la figura del procurador señala en los párrafos segundo y tercero, que además de la tradicional función representativa los procuradores podrán asumir las funciones y servicios que como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes, y podrán ostentar *la defensa del cliente* cuando no esté reservada por ley a otras profesiones.

A continuación, vamos a examinar por separado la figura y el estatuto profesional de cada uno de los dos posibles sujetos activos del tipo, lo que va a contribuir sin duda a una mejor comprensión del precepto objeto de estudio y de los posibles problemas que en la práctica plantean estas figuras delictivas.

## 2. LA PROFESIÓN DE ABOGADO

***“Los que en nombre de la Ley han de defender en los Tribunales los derechos, la libertad, la honra, la vida de sus conciudadanos .....tienen que distinguirse principalmente por la solidez de su instrucción por la sobriedad del deseo de manifestarla, por la elevación de sus sentimientos, por el santo amor de la verdad y la justicia, y, sobre todo por el temple y la energía de un alma superior que desprecia los peligros que puede acarrearle su defensa”*** (Discurso pronunciado

---

<sup>188</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 4.363.

<sup>189</sup> Dice el art. 3 del EGP: “Son procuradores de los Tribunales quienes, válidamente incorporados a un Colegio:

1. se encargan de la representación de sus poderdantes ante los Juzgados y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional.

2. se encargan del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que, como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomiendan las leyes.

3. el procurador podrá ostentarla defensa del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones”

el 5 de Noviembre de 1.859 por D. Salustiano de Olozága  
, presidente de la Academia Matritense de Jurisprudencia)

## 2.1 Origen etimológico<sup>190</sup>

Podemos definir la figura de este profesional como *is cuja res est*, es decir, aquel a quien el asunto o causa le interesa, o le es propio. En este sentido es el *dominus causae*, el dueño, el propietario de la causa cuando el cliente se la entrega para que le defienda en su nombre y representación. Este interés le viene atribuido por su llamada al proceso o procedimiento en base a normas procesales de postulación. Entregada la causa o negocio por el cliente se convierte en postulator, el que reclama en juicio, el que demanda, el querellante, el demandante, del verbo latino *postulo-aa-are-avi-atum* (de posco), que significa pedir rogar, suplicar, exigir, reclamar, abogar, demandar, reclamar judicialmente, perseguir, acusar.

J. Corominas en su “Diccionario Critico Etimológico de la Lengua Castellana”, nos dice que el vocablo abogado proviene del latín *advocatus*, participio de *advocare*, significando convocar, llamar en calidad de abogado, derivado de *vocare*, llamar. El abogado es llamado por el cliente y éste, a su vez, advoca por él en justicia ante los Tribunales. *Advocatus-i*, de advoco, es según Cicerón, el que asiste al litigante en su presencia, consejo, dirección, etc. pero sin pronunciar alegato alguno, sin discursar.

El Digesto 50,13,1,11 define al *advocatus* en los siguientes términos: “*debemos considerar abogados a los que se dedican a la defensa de las causas; no se tendrán por abogados, sin embargo, los que suelen recibir algo por su consulta sin intervención en las causas*”; y en el Digesto 3.1.1.2 señala que: “*abogar es exponer ante un magistrado jurisdiccional la pretensión propia o la pretensión de un amigo o rebatir la pretensión de otro*”<sup>191</sup>

## 2.2 Definición y Régimen Actual.

---

<sup>190</sup> ORTIZ MUÑOZ, A; “El Abogado y su Circunstancia Latina”, *Revista del Colegio de Abogados de Granada*, número 29, año 2.000, pp. 27 a 29.

<sup>191</sup> “*Advocatos accipere debemus omnes omnino, qui causis agendis quoquo studio operantur: non tamen qui pro tretatu, non adfuturi causis, accipiere quid solent, advocatorum numero erunt*”.

Hoy son abogados -dice el Estatuto general de la Abogacía (EGA)- quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes, y cumplidos los requisitos para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y a la defensa de intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.

Por su parte, la LOPJ de 1 de Julio de 1.985 (modificada por LO 19/2003, de 23 de Diciembre) en su art. 542 señala que: “*corresponde en exclusiva la denominación y la 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*”. En las leyes vigentes, y en el lenguaje usual, se suele usar indistintamente los nombres de abogado, defensor, o letrado, si bien, la expresión “Abogado”, es empleada preferentemente para referirse a aspectos de su estatuto profesional, “Defensor”, es la que con más propiedad alude al papel que representa en el proceso, y “Letrado”, en la actualidad es la más imprecisa.

Hay quien, incluso, precisa más la definición del término “abogado”, dependiendo de que este profesional intervenga en el proceso civil o en el penal<sup>192</sup>, así:

*-Proceso Civil:* técnico –licenciado en Derecho- que tiene a su cargo la dirección y defensa de las partes intervinientes en un litigio.

*-Proceso Penal:* Técnico –licenciado en Derecho- que tiene a su cargo la defensa del inculpado en el proceso penal, puede intervenir desde el comienzo de las actuaciones y tanto en defensa como en acusación, reviste gran importancia en el proceso penal, ya que su intervención es imprescindible en todos los procesos seguidos por delito y en caso de efectuarse la detención de una persona, su asistencia es necesaria desde el comienzo de las diligencias ya sean policiales o judiciales.

Podrían darse otras tantas definiciones dependiendo del ámbito jurisdiccional de intervención, que en definitiva sería el resultado de adjetivar la definición que facilita el legislador a través de el EGA y de la LOPJ, con las funciones que le sean atribuidas en el concreto orden jurisdiccional.

---

<sup>192</sup> DEL ARCO TORRES, M. A (coord.); *Diccionario Básico Jurídico*, cit. p. 2.

Por su parte la STS de 10 de Noviembre de 1.990 –ponente Vivas Marzal- (Ar. 8875) en su FJº 2º acoge la siguiente definición: *“Abogado, es aquélla persona que, en posesión del título de licenciado en Derecho, previa pasantía, o sin ella, previo curso en Escuela de Práctica Jurídica, o sin él, se incorpora a un Colegio de Abogados y, en despacho, propio o compartido, efectúa, los actos propios de esa profesión, tales como consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o de Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de particiones de bienes, ejercicio de acciones de toda índole ante las diferentes ramas jurisdiccionales, y, en general, defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente, hallándose, sus funciones y régimen interno, regulados por el Estatuto de la Abogacía aprobado mediante Real Decreto de 24 de Julio de 1982, el cual define, a la Abogacía, como profesión libre e independiente, institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de los intereses públicos y privados mediante la aplicación de técnicas jurídicas, aplicación, ésta, reservada a los Abogados -art. 8- a quienes corresponde, de forma exclusiva y excluyente, la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica, determinando que, son abogados, quienes, incorporados a un Colegio, en calidad de ejercientes, se dedican, con despacho profesional, a la defensa de intereses jurídicos ajenos.”*

La normativa reguladora de esta profesión aparece contenida en los artículos 542 a 546 de la LOPJ de 1 de Julio de 1.995 (modificada por LO 19/2003), el EGA de 22 de Julio de 2001, que ha derogado el anterior de 24 de Julio de 1.982, el Real Decreto –RD- de 21 de Mayo de 1.986, dictado en desarrollo de una directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, que regula las condiciones que facultan el ejercicio de la libre prestación de los servicios de los abogados nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, establecidos con carácter permanente en cada uno de estos Estados, y, finalmente, los preceptos que les dedica el CP de 1.995 (artículos 464 a 467)<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> Otras normativas a tener en consideración:

- Ley 36/1988, de 5 de Diciembre, de Arbitraje.
- CE de 1.978
- Declaración Universal de Derechos Humanos, publicado el 17 de Marzo de 2.003.
- Ley 2/1.974, de 13 de Febrero, de Colegios Profesionales.
- Acuerdo de 18 de Junio de 1.996, del Pleno del TC, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional.
- Ley 29/ 1.998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- Código Deontológico de los Abogado de la Unión Europea, publicado el 28 de Septiembre de 1.988.



El Estatuto proclama enfáticamente que la abogacía es una profesión libre e independiente que podrá ejercerse ante cualquier clase de Tribunales, órganos administrativos, asociaciones, corporaciones y entidades públicas de cualquier índole, sin perjuicio de poder hacerlo también ante cualquier entidad o persona privada (artículos 1 y 8). Sin embargo, para el ejercicio de la misma se requiere la previa incorporación a un Colegio de Abogados, mediante la oportuna colegiación. La colegiación obligatoria no contradice el principio de profesión libre porque no podrá limitarse el número de los componentes de los Colegios de Abogados, ni cerrarse éstos temporal o definitivamente a la admisión de nuevos aspirantes -artículo 12-, y porque los Colegios de Abogados no pueden denegar el ingreso de quienes reúnan las condiciones exigidas legalmente para el ejercicio de la profesión.

Así mismo, los requisitos como condiciones generales de aptitud que se exigen para la incorporación a un Colegio de Abogados son: ser español o nacional de algún Estado miembro de la Unión Europea o de los Estados parte del acuerdo sobre el Espacio

- 
- Ley de Asistencia jurídica Gratuita, publicada el 10 de Enero de 1.996.
  - LO 5/1.995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado.
  - LO 1/ 1.979, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria,
  - Real Decreto 1949/2000, de 1 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. Publicado el 01/12/2000.
  - Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de abogado con título profesional obtenido en otro estado miembro de la Unión Europea. Publicado el 03/08/2001.
  - Directiva 89/48/CEE, del Consejo de 21 diciembre de 1988 relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. Publicado el 24/01/1989.
  - Orden de 30 de abril de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, en lo que afecta a las Profesiones de Abogado y Procurador. Publicado el 08/05/1996.
  - Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados. Publicado el 26/03/1977.
  - Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la Libre Prestación de Servicios de los Abogados. Publicado el 01/04/1986.
  - Real Decreto 1062/1988, de 16 de septiembre, por el que se Modifica el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de marzo de 1977, encaminada a facilitar el ejercicio efectivo de la Publicado el 21/09/1988.
  - Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. Publicado el 20/09/1996.
  - Reglamento de Procedimiento Disciplinario Publicado el 25/06/1993.
  - Código Deontológico de la Abogacía Española Publicado el 22/06/2003

Económico Europeo de 2 de Mayo de 1.992, salvo lo dispuesto en Tratados o Convenios Internacionales o dispensa legal, ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad, estar en posesión del título de licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, conforme a las normas vigentes, sean homologados a aquellos, carecer de antecedentes penales que inhabiliten para el ejercicio de la profesión, satisfacer la cuota de ingreso y demás que tenga establecidas el Colegio, no estar incurso en causa de incompatibilidad o prohibición para el ejercicio de la abogacía, formalizar el ingreso en la Mutualidad General de Previsión de la abogacía, Mutualidad de Previsión Social a prima fija o, en su caso, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda de acuerdo con la legislación vigente.

Por excepción, la colegiación no es necesaria cuando un abogado actúa al servicio de las Administraciones Públicas o Entidades Públicas por razón de dependencia funcional o laboral -artículo 439 de la LOPJ-. Tampoco precisa colegiarse quien actúe en defensa de asuntos propios o de parientes en el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado tenga capacidad legal para el ejercicio de la profesión.<sup>194</sup>

No obstante, la Proposición de Ley 122/000299 de “acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador”, que bajo el Gobierno del Partido Popular se encontraba en tramitación señalaba en su art. 2º:

*“son requisitos para acceder al ejercicio de la profesión de abogado y procurador:*

- a) Estar en posesión de la nacionalidad española o de otro estado miembro de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales y en las leyes.*
- b) Estar en posesión del título de licenciado en derecho válido en España.*
- c) Haber obtenido la acreditación de aptitud profesional regulada en esta Ley.***
- d) Estar incorporado al correspondiente Colegio de Abogados o de Procuradores.*
- e) Cualesquiera otros exigidos por la legislación vigente.”*

---

<sup>194</sup> Los que se hallen en este caso serán habilitados por el Decano del colegio de Abogados para la intervención que se solicite. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los Abogados y la asunción de las correlativas obligaciones (Artículo 17.5 EGA).

Respecto del requisito del apartado c) la Proposición de Ley contemplaba para la acreditación de la referida aptitud profesional la superación de una prueba regulada de forma expresa en la Ley, exigencia que viene siendo reclamada por amplios sectores de la abogacía.

Por lo que concierne a la responsabilidad exigible a los abogados, ésta puede ser:

- PENAL: los abogados están sujetos a responsabilidad penal por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su profesión (artículo 78.1 EGA).
- CIVIL: Los abogados en su ejercicio profesional están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les ha sido confiada (artículo 78.2 EGA).
- DISCIPLINARIA: Puede ser judicial o colegial, según e imponga por los Jueces y Tribunales o por los Colegios respectivos.

Las *funciones* del abogado se resumen en el ejercicio del derecho-deber de defensa de los intereses de sus clientes con exclusividad. En tanto no se halle expresamente previsto en las leyes, no se admitirá la atribución de tal defensa a quienes, sin ser los interesados, no pertenezcan a la abogacía. El deber fundamental del abogado es cooperar a la justicia asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le son confiados con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional. El abogado debe contribuir activamente a mejorar e incrementar la calidad de la Justicia, en orden a una mayor agilidad y eficacia, quedando sometido a la normativa legal y estatutaria, al fiel cumplimiento de las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía y al consiguiente régimen disciplinario profesional.

### *2.3 Deberes de los abogados.*

El abogado, como otros profesionales, tienen ciertas responsabilidades especiales, al igual que ciertas derechos igualmente especiales. Con carácter general el deber fundamental del abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados. En

ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada. La defensa jurídica es una obligación profesional tanto para la abogacía, como para los abogados, que se cumplirá ajustándose a las normas deontológicas.

El abogado sólo podrá rehusar su intervención en turno de oficio por causa justificada”.

Pero, es que además, son obligaciones del abogado:

- Para con la parte a quien defiende, además de las obligaciones que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, tiene la de actuar con el máximo celo y diligencia y la de guardar el secreto profesional.
- Para con la parte contraria, tiene la obligación de abstenerse de cualquier acto u omisión que determine una lesión injusta y la del trato considerado y cortés en cada caso.
- Respecto de los compañeros de profesión, han de evitar la competencia ilícita.
- En relación al turno de oficio, la abogacía asume la obligación de defender de oficio a los que acrediten haber obtenido el beneficio de justicia gratuita. En la jurisdicción penal vendrán, además, obligados a la defensa, si el interesado solicita el nombramiento de oficio o no designa abogado, así como a prestar el servicio de asistencia al detenido en los términos establecidos en la Ley.

#### *2.4 Formas de ejercicio de la profesión de Abogado*

Hay que destacar la posibilidad de dos figuras nuevas al tradicional ejercicio individual de la abogacía; el ejercicio conjunto de la abogacía, y, el ejercicio de la abogacía en colaboración con otros profesionales, ya que, con fecha de 18 de junio de 1.999, el Consejo General de la Abogacía Española aprobó las normas de ordenación de la actividad profesional de los abogados, promulgando cuatro normas:

1. Ejercicio individual de la abogacía.
2. Ejercicio de la abogacía en forma colectiva.
3. Ejercicio de la abogacía en colaboración con otros profesionales.
4. Publicidad del ejercicio de la abogacía

Para el ejercicio colectivo de la abogacía, los abogados podrán agruparse bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles. Las formas más usuales para el ejercicio colectivo de la abogacía son: la comunidad de bienes, sociedad civil irregular, sociedad civil, sociedad cooperativa, sociedad colectiva, sociedad limitada.

Los requisitos de cualquiera de esas formas son:

- objeto: en exclusiva el ejercicio profesional de la abogacía.
- Socios: únicamente abogados en ejercicio.
- Domicilio: la sede social de la agrupación.
- Intervención profesional: los socios no pueden tener despacho independiente, deberán dejar constancia de que pertenecen a un colectivo, las minutas se emiten en nombre del colectivo, y para los turnos de oficio y asistencia al detenido, podrán solicitar del colegio la facturación colectiva.
- Formalidades. El colectivo ha de constituirse por escrito, han de identificarse todos los integrantes de la agrupación, tienen la obligación de inscribirse en el Registro especial del Colegio respectivo.
- Responsabilidad civil: frente a los clientes se extiende con carácter personal, solidario e ilimitado a todos los abogados que hayan intervenido en el asunto.
- Prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.

No se pueden considerar despachos colectivos aquellas agrupaciones de abogados efectuadas con la finalidad de compartir gastos y en las que cada uno de sus miembros minuta individualmente; este tipo de asociación no es profesional puesto que lo que constituye es una entidad con personalidad jurídica o no, para prestar servicios a distintos abogados que ejercen la profesión de forma individual.

En cuanto al ejercicio de la abogacía en colaboración con otros profesionales, los abogados pueden establecer convenios de colaboración con otros profesionales, para prestar servicios conjuntos que incluyan los de asesoramiento jurídico, siempre con las siguientes condiciones:

- que las otras profesiones no sean incompatibles con el ejercicio de la abogacía.
- Que los profesionales no abogados se comprometan por escrito a acatar las normas deontológicas de la abogacía.
- Tendrán también la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos.
- Que el incumplimiento de las normas deontológicas de la abogacía se establezca como causa de extinción del convenio.
- Que el abogado/s convenidos asuman personalmente la responsabilidad disciplinarias por la infracción de las normas deontológicas de la abogacía en que puedan incurrir éstos o los profesionales no abogados.
- En cuanto al domicilio, responsabilidad civil, formalidades, intervención profesional, les son aplicables las mismas normas que las establecidas para los despachos colectivos de abogados.
- El convenio debe establecerse por escrito, y debe inscribirse en el Registro especial correspondiente al Colegio de abogados donde tuviesen su domicilio los abogados firmantes del mismo.

### 3. EL PROCURADOR A LOS TRIBUNALES

#### *3.1 Concepto y régimen actual*

El abogado se halla situado entre *el justiciable* que lo designa y el órgano jurisdiccional. Ambos han de estar en constante comunicación para aportación de datos, instrucciones sobre el asunto, notificaciones, actividades que constituyen la gestión no estrictamente defensora pero de gran importancia y que requiere permanente atención y diligencia. A medida que estos actos de gestión aumentan en número, se plantea el problema de si el abogado, que ha de concentrar su dedicación y preocupación al estudio de los asuntos desde el aspecto sustantivo del Derecho, debe asumir aquellos actos o es preferible que sean encomendados a otro profesional con dedicación exclusiva a aquellas funciones, para de esta forma no tener que hallarse sujeto a la eventualidad de abandonar constantemente una labor que exige continuidad y abstracción para atender otros menesteres importantes y necesarios.

Por otro lado, y por lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales, al entenderse directamente con el justiciable, desconocedor de la técnica procesal, o al entenderse directamente con el abogado, extrayéndole de esos otros quehaceres a los que esta llamado, encontrarían un grave obstáculo para el desarrollo normal y despacho de asuntos, evento, que el Estado en aras del buen funcionamiento de la Administración de Justicia como servicio público ha de tener en cuenta. De hecho, en los trabajos previos a la elaboración del Libro Blanco de la Justicia, las distintas fuentes jurídicas consultadas, especialmente los Jueces y Magistrados, se mostraron partidarios de establecer la preceptiva intervención del procurador en todo tipo de procedimientos o, al menos, en aquellos de mayor entidad, argumentado en apoyo de esta tesis, que en aquellos procedimientos en que no se exige dicha intervención se originan importantes disfunciones y dilaciones en la tramitación de las actuaciones. En este mismo sentido, el propio TC ha puesto de manifiesto la trascendencia de la intervención del procurador en el correcto desarrollo del proceso *«sin cuya colaboración no sólo se resentiría gravemente el normal funcionamiento del mismo, sino que resultarían de imposible cumplimiento las garantías de efectividad y defensa que impone la Constitución a la tutela judicial»* (RTC 110/1993).

De estas razones expuestas, así como de la especialización de funciones que hoy en día preside la vida cotidiana en nuestra sociedad, se desprende la necesidad de la existencia de un postulante profesional perito en Derecho procesal, conocedor del funcionamiento de la oficina judicial, que esté en contacto con ésta, velando por los intereses y derechos de sus representado, y colaborando a su vez con ella. Este profesional postulante especializado no es otro que el procurador de los Tribunales.

Etimológicamente la palabra procurador proviene de las latinas "*curator pro alio*", que significan la persona que cuida de otra. Dentro de ese significado literal pueden considerarse comprendidos a todos aquellos que representan o cuidan de cosas ajenas como mandatarios, apoderados, administradores, gestores, agentes, y hasta los propios representantes políticos, conocidos en Castilla con la misma denominación de procuradores. Así "*procurar*" deriva del latín *procurare, de curare*, de cura o cuidado legal.

Razones históricas avalan igualmente la raigambre de la institución de la Procura en nuestro Derecho que, a diferencia de los que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno ha perdurado con asentamiento, vigor y eficacia.

Sería conveniente dejar sentado qué es y qué labor desempeña el procurador.

El vigente EGP aprobado por RD 1281/2.002, de 5 de Diciembre, (BOE de 21 de Diciembre de 2.002) dispone que: "*Son Procuradores de los Tribunales quienes, válidamente incorporados a un colegio:*

1. *Se encargan de la representación de sus poderdantes ante los Juzgados y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional.*
2. *Se encargan del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes.*
3. *El procurador podrá ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservada por Ley a otras profesionales."*( Artículo 3).

La redacción del precepto que se acaba de transcribir, viene en definitiva, a dar la



razón a aquellos profesionales del Derecho, que con anterioridad al actual Estatuto Profesional, opinaban que la representación del procurador debía ser entendida, en sentido lato, ya que no sólo se trata de una representación física en ciertos trámites jurídicos, sino que incluye la asistencia técnica al abogado en pos de la defensa de los intereses de un cliente común, así como la asistencia y consejo al propio cliente.

Por su parte, la LOPJ, de 1 de julio de 1985 (modificada por LO 19/2003), en lo que respecta a estos profesionales, vino a establecer la exclusiva función de los procuradores en la representación de las partes en todo tipo de procesos como norma general y otorga a la figura del procurador la categoría de personas que cooperan con la Administración de Justicia. El artículo 543.1 establece que *"corresponde exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la Ley autorice otra cosa"* y el número 2 del mismo artículo añade: *"Podrán realizar los actos de comunicación a las partes del proceso que la Ley les autorice"*. El término "representación" aplicado en el contexto de la citada Ley, adquiere su máximo valor si recordamos la doble vertiente de que se inviste la función del procurador; de un lado conectada al cliente y por tanto dotada de un matiz privado, y de otro, relacionada con el abogado y por ello con una dimensión de carácter público, al unirse a éste en la consagración del derecho a la defensa. Una doble disposición que debemos circunscribir en todo momento dentro del ámbito en que se resuelve la identidad del procurador, cual es su relación "con" el proceso, y más allá, su intervención "dentro" del proceso, ya que no es posible buscar la representación fuera de la intervención procesal.

El objeto o la misión principal de la procuraduría es la representación técnica de quienes sean parte en un proceso. Se trata, pues, de una profesión liberal e independiente cuya misión es la de representar, no ante cualquier ámbito sino exclusivamente ante los órganos jurisdiccionales, de ahí su vetusta denominación de "causídicos" -de causas en sentido lato- que aún anacrónica es acertada por definitoria y limitativa. Cualquier representación llevada a cabo por el procurador fuera del ámbito jurisdiccional no la realiza como tal, sino como un mero mandatario; función que podría realizar cualquier persona sin necesidad de reunir los requisitos que al procurador le exige el ordenamiento jurídico. A esa función principal de representación procesal, se añaden una serie de nuevas funciones que podríamos calificar de difusas y para cuya concreción el Estatuto de la Procuraduría remite a lo que dispongan las leyes procesales, *en orden a la mejor Administración de*

*Justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten los Juzgados y Tribunales (Artículo 1 EG), funciones que podrán asumir los procuradores de forma directa o por delegación del órgano jurisdiccional, sobre todo en materia de ejecución*<sup>195</sup>.

A parte de algunas prescripciones contenidas en la LOPJ (artículos 543 a 546) y en el CP (artículos 464 a 467), las disposiciones más importantes en relación a los procuradores se encuentran en el EGP de 5 de Diciembre de 2.002 y en la LECiv 7/2.000.

La procuraduría se configura como una profesión liberal e independiente, sujeta al control de los Colegios de Procuradores, considerados como corporaciones de Derecho Público, y sometida al principio de colegiación obligatoria.

Para ser procurador son necesarias las siguientes condiciones:

- poseer la nacionalidad española o de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, sin perjuicio de lo dispuesto en Tratados o Convenios internacionales o salvo dispensa legal.
- Ser mayor de edad y no estar incurso en causa de incapacidad.
- Tener el título de licenciado en Derecho o los títulos extranjeros que, con arreglo a la legislación vigente, sean homologados a aquel, así como los títulos obtenidos en los estados miembros de la Unión Europea que faculten para ejercer en ellos la Procura y que hayan sido reconocidos en España de conformidad con las disposiciones vigentes.

---

<sup>195</sup> *La Revista del Consejo General de Procuradores, nº 49 de Abril de 2.003 en su pág. 6 bajo la rúbrica de “Reforma de la LOPJ: La ejecución delegada” contiene las siguientes palabras: “Creemos, por otra parte, que sería una ocasión óptima para introducir en nuestro ordenamiento jurídico y praxis judicial la figura de “la ejecución delegada”, tal y como ya existe en muchos países mediante los huissiers de justicia, pudiendo repercutir dicha delegación en los procuradores. Ello supondría una innegable agilización de esta trascendental fase del proceso sobre la que pesa un gran sentimiento de insatisfacción ciudadana dado que una ejecución a destiempo es una flagrante injusticia, además de una incuestionable descarga de trabajo para la propia oficina judicial...”*

- Haber obtenido el título de procurador, que será expedido por el Ministerio de Justicia, previa acreditación de los requisitos establecidos en el Estatuto General, de acuerdo con la Ley.

Además de la incorporación a un Colegio es requisito imprescindible para el ejercicio de la profesión haber constituido, a disposición de la autoridad judicial que corresponda y en garantía de su actuación profesional, una fianza en metálico o de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.

Al igual que los abogados, la responsabilidad a que están sujetos los procuradores puede ser penal, civil, y disciplinaria, y esta última imponerse por los Jueces o Tribunales o por los órganos rectores del Colegio correspondiente.

En lo que respecta a la posibilidad del ejercicio asociado de la procuraduría el mismo se contempla en el artículo 31<sup>196</sup> del Estatuto General, prescribiendo el artículo 32 del Estatuto que *“los Procuradores asociados no podrán asumir, en ningún caso, la representación de aquellos litigantes que tengan posiciones procesales contrapuestas o cuando adviertan que existe o puede producirse conflicto de intereses entre sus representados.”*

---

<sup>196</sup> Dice el art. 31: *“Los Procuradores de una misma demarcación territorial podrán asociarse, para el ejercicio de su profesión, en la forma y condiciones que tengan por conveniente, dando cuenta de ello al Colegio de Procuradores. El hecho de la asociación se hará público por medio de letreros, llacas o mambretes en los que figurará el nombre y apellidos de los asociados.*

*La forma de asociación deberá permitir la identificación de sus integrantes, habrá de constituirse por escrito e inscribirse, a los efectos de publicidad y del ejercicio de las competencias colegiales, en el Registro especial correspondiente al Colegio donde estuviere abierto el despacho. En dicho Registro se inscribirá su composición y las altas y las bajas que se produzcan.”*

## II. EL ABOGADO Y EL PROCURADOR EN EL ART. 467 DEL CP: CONCEPCIÓN EXTENSIVA O RESTRICTIVA.

Como ya he tenido ocasión de señalar los dos tipos penales previstos en el artículo 467 del vigente Código se configuran como delitos especiales propios<sup>197</sup>, ya que, por un lado, se restringe en ellos la posibilidad de comisión a aquellos sujetos que además de realizar las acciones típicas tengan como cualidad específica la de ser abogado o procurador, y por otro lado, se trata de tipos delictivos que no tiene correspondencia con ningún delito común.

La S AP de Madrid de 23 de abril de 2.001 –ponente Jorge Barreiro- (BDAP 336549/2002), sintetiza la doctrina sentada por la STS de 14 de Julio de 2.000<sup>198</sup>, y señala como primer elemento integrador del tipo penal “*que el sujeto activo sea un Abogado o un Procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano.*”; reitera la misma idea también acogiendo la mencionada STS de 14 de Julio de 2.000 la S AP de Valencia de 19 de Junio de 2.002 –ponente Ferrer Gutiérrez- (BDAP 390229/2003).

Ambos tipos -doble representación o defensa y perjuicio a los intereses encomendados-, por tanto, se configuran como especiales por la cualificación del sujeto activo. A su vez, esa cualificación se integra por dos notas<sup>199</sup>:

- La cualidad profesional del abogado y del procurador.
- La relación de esa misma índole con una persona determinada (el cliente).

La S AP de Málaga de 6 de Febrero de 1990 –ponente Godino Izquiero- (BDAP a242/1.990) Marginal 516, señala en el FJº 2 que “*la cualidad de Abogado en el sujeto*

---

<sup>197</sup> Así se ha reconocido unánimemente por la doctrina; SERRANO-PIEDECASAS, J, R; “la obstrucción y Deslealtad...”, cit, p. 419; SERRANO GÓMEZ, A; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 810: “...*Estamos ante un delito especial, pues únicamente lo pueden cometer los abogados y procuradores, por lo que sólo éstos pueden ser sujetos activos del delito...*”; GARCIA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y procuradores”, Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1.994, pp. 39-40: “...*sujeto activo de éste delito debe ser el abogado o procurador, pues se trata de un delito especial propio...*”; ...etc.

<sup>198</sup> STS de 14 de Julio de 2.000 –ponente Sánchez Melgar- (BDAP 680/2000) pág. 2025.

<sup>199</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, cit., p. 4365.

*activo del delito y la relación profesional del mismo con el cliente como elemento configurador y esencial del tipo- se refería al art. 360 del CPTR de 1.973-.”*

La cualidad de abogado o procurador, a los efectos de los tipos penales que nos ocupa, se reconoce, a quienes estén *habilitados para el ejercicio de la profesión*, y tengan (art.467.1º y 2º) o hayan tenido (art.467.1º) una *relación profesional clientelar real vigente en el momento de los hechos*.

Dos son pues los requisitos que deben concurrir en el sujeto activo, pasamos seguidamente a referirnos a cada uno de ellos.

#### 1. CUALIDAD PROFESIONAL DEL ABOGADO Y DEL PROCURADOR

Respecto del primero de los requisitos suscitados, la principal discusión se centra en el dilema de mantener una interpretación extensiva o restrictiva del concepto de abogado o procurador, o lo que es lo mismo, en adoptar una interpretación amplia o estricta del concepto de autor. Las consecuencias de la elección de una u otra opción son evidentes. Si se estima que debe admitirse un concepto amplio de autor, no habría inconveniente en atribuir tal condición de posible sujeto activo del delito a quienes siendo licenciados o doctores en Derecho no estuvieren inscritos en el correspondiente Colegio, o incluso podría darse cabida a la autoría de otros profesionales que asumen funciones de representación en el ámbito de la jurisdicción laboral –social-, me refiero, a los graduados sociales.

En relación con la exigencia de colegiación para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador no es unánime la opinión entre los expertos, por un lado, se estima que de acuerdo con el marco legal de la abogacía y de la procuraduría, y con la propia naturaleza de la pena de inhabilitación prevista parece evidente la necesaria colegiación de estos profesionales; por otro lado, se considera que la cuestión está más vinculada al ejercicio de hecho de la defensa o representación por quienes están en posesión del título de licenciado o doctor que habilitan para el ejercicio de la profesión.

A diferencia de lo que sucede con otras cuestiones, y, aún cuando la opción sobre el bien jurídico protegido en estos delitos debería, en principio, conllevar una solución distinta para cada problema de interpretación del tipo, en este extremo concreto, es difícil

considerar que la posición que se ostente respecto del interés jurídico protegido pueda conducir a soluciones solventes y plenamente satisfactorias.

En la doctrina alemana, la discusión sobre el alcance de la esfera de la autoría se concreta en dos grupos de respuestas: aquellos que consideran que deben comprenderse todos los sujetos que prestan asistencia jurídica en la forma reconocida por el Estado o que actúan ante una autoridad judicial en virtud de una disposición legal de carácter general o por una autorización particular; y aquellos otros, que estiman que sólo deben comprenderse a los sujetos que actúan como órganos de la “Administración de Justicia”<sup>200</sup>.

Por lo que respecta a la doctrina española, un sector claramente mayoritario, se muestra partidario de la exigencia de la colegiación, en este sentido podemos mencionar las opiniones entre otros de MAGALDI PATERNOSTRO<sup>201</sup>, quien señala que sólo a través de la incorporación a un Colegio de Abogados o de Procuradores se ingresa efectivamente en la abogacía y en la procuraduría; y sólo quienes estén colegiados como abogados y procuradores podrán actuar ante los Juzgados y Tribunales. También en esta línea se sitúan ELÉNDEZ SANCHEZ<sup>202</sup>, MUÑOZ CONDE<sup>203</sup>, QUINTERO OLIVARES<sup>204</sup>, FELIP I SABORIT<sup>205</sup>, ORTS BERENGUER<sup>206</sup>,...etc.

---

<sup>200</sup> PÉREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del abogado y su...”, cit., p. 1836.

<sup>201</sup> MAGALDI PATERNOSTRO M. J; “La prevaricación de abogado y procurador”, cit., p. 103.

<sup>202</sup> MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F, L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”, *Actualidad Penal n° 41*, 1.990, p. 470, que señala textualmente: “*Es necesario actuar con “habilitación necesaria” para poder ejercer como abogado o procurador, no bastando la simple titulación universitaria*”.

<sup>203</sup> MUÑOZ CONDE, F; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. p. 895 quien dice textualmente: “*...que tengan formalmente y no sólo de hecho la categoría de abogado o procurador, mediante la correspondiente inscripción en el Colegio Profesional*”

<sup>204</sup> QUINTERO OLIVARES, G; *Comentarios al nuevo CP*, cit., p. 1.990 señala: “*..de no pertenecer a ningún Colegio de Abogados o Procuradores, no tendría el carácter de abogado o procurador, y por lo tanto cometerían otros delitos, como estafa o intrusismo...*” .

<sup>205</sup> FELIP I SABORIT, D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencias de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992”, cit., pp. 773-774, quien dice taxativamente: “La condición de abogado y procurador se tiene mediante la colegiación.

<sup>206</sup> ORTS BERENGUER, E; *Derecho Penal . Parte especial*, Valencia, 1.993, p. 437, quien estima que: “*la imposición de las penas no tendría sentido sin colegiación...*”

Los argumentos que avalan la exigencia de colegiación de estos profesionales, y por lo tanto, la interpretación restrictiva de la cualidad de abogado y de procurador sería básicamente normativos, fundados en las propias exigencias de la LOPJ<sup>207</sup> y de los EG de la abogacía<sup>208</sup> y de la procuraduría<sup>209</sup>, que en términos generales, establecen que *la colegiación* tanto de los abogados como de los procuradores es obligatoria para poder ejercer los actos propios de la profesión y, por ende, para poder actuar ante los Juzgados y Tribunales. Todo individuo que, aun con el título oficial de licenciado en Derecho, no esté debidamente incorporado a un Colegio de Abogados o de Procuradores –salvo las excepciones previstas en la Ley-, no podrá ejercer las funciones que los respectivos estatutos profesionales y la LOPJ reservan a tales profesionales del mundo jurídico. Este es, además, el límite que marcará la relevancia de los hechos en relación al delito de intrusismo profesional respecto a la profesión de abogado y de procurador, del inciso segundo del apartado primero del artículo 403 del CP. Efectivamente, de no pertenecer a ningún Colegio de Abogados o Procuradores, el sujeto activo no tendría el carácter de abogado o procurador, y, por lo tanto, cometería otro delito, como estafa o intrusismo.

Coadyuvan a favor del anterior argumento sobre la concepción restrictiva de la autoría de estos delitos otros no menos relevantes como:

- El principio general de interpretación de las leyes penales que impone una lectura restrictiva de las mismas y conforme a su sentido gramatical, debiendo decantarse, en el caso de duda, por aquella interpretación que resulte más favorable al reo.
- La propia dicción del precepto penal que sanciona las conductas, de modo que la pena de inhabilitación prevista en el art. 467 del CP resultaría ineficaz de

---

<sup>207</sup> Dice el art. 544.2 de la LOPJ (modificada por LO 19/2003): “*La colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en ésta 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.*”

<sup>208</sup> “*Son abogados- dice el Estatuto general de la Abogacía art 1º (EGA)- quienes, incorporados a un colegio español de abogados en calidad de ejercientes, y cumplidos los requisitos para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y a la defensa de intereses jurídicos ajenos, públicos o privados.*”

<sup>209</sup> El art 1 del EGP califica en su párrafo primero a la procura como una profesión colegiada, el art. 3º se encabeza con los siguientes términos: “*Son Procuradores de los Tribunales quienes, válidamente incorporados a un colegio..*”, y, el art. 10 señala como primera condición para el ejercicio de la profesión de procurador el estar incorporado a un Colegio de Procuradores.

serle impuesta a un no colegiado, pues le privaría de una facultad que legalmente no posee.

Como contrapartida, FERRER SAMA<sup>210</sup>, abogaba por un concepto amplio de abogado en el que cabrían los licenciados en Derecho, no colegiados si actúan *de ipso* como abogados –v.g. emitiendo dictámenes–.

Frente a la posición mayoritaria de la doctrina, algunas sentencias parecen introducir cierta ambigüedad en cuanto al concepto de abogado y así la S AP de Zaragoza de 18 de Julio de 1.996 –ponente Pérez Legasa- (BDAP a329/1996) Marginal 869, dice textualmente: “...y aquí aprovechamos para decir que: “el concepto jurisprudencial del Abogado en un concreto juicio no tiene por qué coincidir con el concepto genérico y por lo tanto más amplio, de Abogado en definición estatutaria...”

La principal objeción que se ha efectuado a la concepción restrictiva de la autoría en las deslealtades del art. 467 del CP radica fundamentalmente en la marginación que la misma supone respecto de otro tipo de profesiones que asumen funciones en el ámbito jurisdiccional y cuyo ejercicio es igualmente susceptible de menoscabar el bien jurídico que el mencionado precepto pretende tutelar. De este modo, se ha criticado por amplios sectores doctrinales, el hecho de que no se incluyan en el tipo a otros profesionales como es el caso de los graduados sociales, gestores, agentes de la propiedad, técnicos en relaciones laborales,...etc, que aun cuando pueden ejercer funciones de representación, incluso de asesoramiento técnico de los sujetos en determinados procesos, y aunque su conducta desleal puede indudablemente atentar contra el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sin embargo, son comportamientos desleales totalmente irrelevantes desde el punto de vista penal, ya que, los mismos no se pueden incluir ni en el artículo 467 del CP, porque así lo impide su tenor literal, ni en ningún otro tipo debido a que no existe un delito común de referencia en relación a las deslealtades con respecto a cualquier otra profesión. La solución para tales conductas estimo que solo podría ser la sanción por la vía disciplinaria correspondiente a la profesión de que se trate. En este punto, parece carente de toda lógica la discriminación del ámbito penal de determinados profesionales que ocasionalmente y en concretos procesos pueden perturbar con su desleal

---

<sup>210</sup> FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, Tomo IV, Madrid, 1.956, p. 88.



proceder profesional el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como servicio público con exactas consecuencias perturbadoras que las que ocasionan las deslealtades perpetradas por abogados y procuradores. Para ser coherentes cabrían dos posibles opciones en aras a corregir la argumentada discriminación, bien eliminar el artículo 467 del CP vigente, y en atención al principio de intervención mínima, estimar que las conductas descritas en el mismo, queden relegadas al ámbito disciplinario correspondiente, o bien establecer un tipo común de deslealtad profesional que comprenda todas aquellas conductas desleales de los profesionales intervinientes en el proceso hacia sus clientes que atenten contra el bien jurídico tutelado en el título XX del CP de 1.995. En este sentido, es más correcta la formula del “patrocinatore”, que recogen los artículos 380 y 381 del Código Penal Italiano.

En definitiva, y, dada la actual regulación, hay que decantarse por un concepto restrictivo de abogado y procurador, por otra parte el único posible, puesto que se requiere la colegiación forzosa -con tasadas excepciones-, como requisito para el ejercicio de sus actividades profesionales en el marco en que se pueden cometer estos delitos.

Al hilo de lo que acabamos de afirmar, debemos señalar que hay dos supuestos, en el caso de los abogados, en que no es precisa la colegiación, se trata, en primer lugar de los Letrados del Estado, de las Comunidades Autónomas y Entes locales<sup>211</sup>, los cuales no precisan colegiación para desempeñar la defensa y representación de los citados entes públicos, y respecto de los que considero no existe ningún inconveniente para considerarlos

---

<sup>211</sup> Dice el art. 551 de la LOPJ (modificada por LO 19/2003) que: 1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el servicio jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo. La representación y defensa de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en ambos casos, y de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto. 2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas. 3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.

como posibles sujetos activos de los delitos que examinamos; y en segundo lugar, tampoco precisa colegiarse quien actúe en defensa de asuntos propios o de parientes en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, siempre que el interesado tenga capacidad legal para el ejercicio de la profesión<sup>212</sup>, respecto de este supuesto la profesora, PÉREZ CEPEDA<sup>213</sup>, estima que por exigencias del tipo -exigencia de una relación clientelar- no podrán ser sujetos activos de los delitos contenidos en el artículo 467 de CP, por su parte, GARCÍA PLANAS<sup>214</sup> considera que respecto del delito que tipificaba el art. 360 del CPTR de 1.973 no podía admitirse como sujeto activo al abogado defensor de sí mismo, pues en tal caso, faltaba la antijuricidad material, cual es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de otro; lo que no sucedía en el delito de doble defensa, todo ello se haría también extensivo al procurador que se representa a sí mismo. Dada la actual configuración de las deslealtades profesionales como tipos contra la Administración de Justicia, estimo que no debe de existir inconveniente, al menos en teoría, para poder considerar autor al abogado o procurador que actúe en defensa o representación de asuntos propios o de un pariente dentro del grado exigido por la Ley siempre que su intervención enmarcada en las conductas descritas en el art. 467 CP altere el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, sin que para negar tal posibilidad pueda esgrimirse la inexistencia de una relación clientelar que, a mi juicio no puede negarse, pues con independencia de que en estos casos el cliente sea el propio profesional o un pariente de éste, la asunción de la defensa o representación debe ajustarse a los mismos cánones legales, deontológicos y disciplinarios que con cualquier otro cliente, siendo irrelevante la ausencia de una contraprestación retribuida.<sup>215</sup>

En relación a los procuradores el art. 17.1º del EGP prevé la posibilidad de que el procurador no ejerciente se pueda representar a sí mismo, a su cónyuge o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, pero la calidad de no ejerciente no exime de la oportuna colegiación (art.16 del EGA).

---

<sup>212</sup> Conforme al art. 17.5º del EGA: *“Los que se hallen en éste caso serán habilitados por el Decano del Colegio de Abogados para la intervención que se solicite. Tal habilitación supone para quien la recibe, aunque sólo con relación al asunto o asuntos a que alcanza, el disfrute de todos los derechos concedidos en general a los Abogados y la asunción de las correlativas obligaciones.”*

<sup>213</sup> PÉREZ CEPEDA, A ,I; *Delitos de deslealtad profesional....*, cit. pp. 97 y ss.

<sup>214</sup> GARCÍA PLANAS, G; *“Prevaricación de abogados y procuradores”*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales –ADPCP-*, Cit. pp. 39-40..

<sup>215</sup> En la propia doctrina civil se conoce la figura del autocontrato.

Respecto a la posibilidad de considerar abogado o procurador a los efectos del artículo 467 al licenciado en Derecho inscrito en un Colegio de Abogados o de Procuradores, respectivamente, distinto del correspondiente al Partido Judicial en que se realiza la conducta, el problema se hacía más complejo en el caso de los abogados pues en el EGA de 1.982, como regla general, y sin perjuicio de las excepciones previstas, el abogado o procurador que no se encontrara debidamente habilitado para el ejercicio de la abogacía en un Partido judicial, no estaría en condiciones de poder intervenir ante los órganos jurisdiccionales de dicho partido judicial y, en consecuencia, no podría realizar el tipo del artículo 467 del CP; no obstante, había que tener en cuenta, los supuestos en que los Colegios Profesionales pertenecientes a varios partidos judiciales acordaban la colegiación recíproca de sus colegiados, de acuerdo con las competencias que les atribuía el artículo 4 del EGA.

BENITEZ ORTÚZAR<sup>216</sup> planteaba el supuesto del abogado inscrito en un Colegio de Abogados concreto y que en ese lugar comienza la función de asesoramiento y consejo previa a instar el proceso, que le correspondería en término judicial distinto; si el abogado también se inscribe o habilita en ese otro Colegio Profesional y defiende a la parte que tiene intereses contrarios, consideraba, y estimo que con buen criterio, que estaría realizando el tipo del artículo 467.1 del CP. Lo importante, es cumplir con los requisitos exigidos por el tipo en el lugar y en el momento en que se consuma el mismo, de lo contrario, podría suponer dejar el campo abonado para sustraerse fácilmente de la responsabilidad penal derivada de la conducta desleal.

El nuevo EGA ha clarificado la situación al establecer que para actuar profesionalmente en el ámbito territorial de cualquier otro Colegio diferente de aquel al que estuviere incorporado, no podrá exigirse al abogado habilitación alguna ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que se exijan habitualmente a los colegiados del Colegio donde vaya a intervenir por la prestación de los servicios de los que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial. Todo letrado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá actuar en todos los recursos de que sean susceptibles los asuntos que dirigió en cualquier instancia ante cualesquiera

---

<sup>216</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I F; *De la obstrucción a la justicia y la.....*, cit., pp. 216 – 217.

Tribunales o Juzgados, incluso ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, sin que para ello tenga necesidad de incorporarse a los Colegios donde radiquen los Tribunales ante los que dichos recursos, acciones o reclamaciones se substancien. (Artículo 17 EGA). En relación a los procuradores, el problema se simplifica considerablemente, ya que éstos tienen el deber profesional de residir en la demarcación judicial en la que vayan a actuar, debiendo mantener despacho abierto en dicha demarcación.

## 2. LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN CLIENTELAR

El segundo requisito imprescindible además de la colegiación es *la existencia de una relación profesional del abogado y procurador con el cliente*. Para dar vida al delito, es necesario que haya existido o exista una relación cliente-profesional entre la víctima y el sujeto activo -MAGALDI exige, además, que se dé en el marco de una causa judicial<sup>217</sup>. El desconocimiento sobre la existencia de dicha relación -error de tipo- si bien infrecuente, excluye el dolo y la responsabilidad criminal –así lo estimó la STS de 10 de Marzo de 1992 –ponente Puerta Luis- (Actualidad Penal Ref. 407)-.

Dos cuestiones se plantean en relación a este segundo requisito: por un lado, la naturaleza de la relación que vincula a estos profesionales con su cliente, y, por otro lado, la determinación de la vigencia de la misma en el momento de la comisión del hecho, lo que conduce al problema de delimitar el comienzo y el momento en que se considera finalizada tal relación. Vamos a referirnos por separado a cada uno de los dos profesionales jurídicos a que alude el precepto.

### 2.1 *Naturaleza de la relación clientelar.*

Parece obvio que es diferente la naturaleza de la relación clientelar según hablemos de abogado o de procurador.

El abogado está ligado al cliente por una relación de servicios, que puede tener por objeto el simple asesoramiento en Derecho o la defensa en un proceso jurisdiccional. La doctrina discrepa en relación a la determinación de la naturaleza jurídica de esa relación de

---

<sup>217</sup> MAGALDI PATERNOSTRO M. J.: “La prevaricación de abogado y procurador”, ob. cit.

servicios, así hay quienes la incluyen dentro de la figura del contrato de mandato, otros la consideran como un arrendamiento de servicios, e incluso algunos la ubican entre los contratos innominados. Lo realmente cierto es que como indica CONDE PUMPIDO<sup>218</sup>, ninguna de esas categorías contractuales abarca todo el contenido de la relación específica abogado-cliente, por lo que estima más acertado hablar simplemente de relación de servicios.

Compartiendo el criterio expuesto, GARCÍA BLEDA<sup>219</sup> subraya el carácter “sui generis” y complejo de la relación jurídica de servicios abogado-cliente hasta el punto de considerar que no es posible reducirla al contrato de arrendamiento de servicios, siendo también insuficiente limitarla a la de un contrato de mandato retribuido, dado que estos esquemas contractuales no agotan el contenido de los derechos y obligaciones derivados de dicha relación en tanto que de la misma se derivan vínculos y efectos procesales cuyo régimen y origen se encuentra en la LOPJ, LECiv, EGA y otras disposiciones complementarias. Otros matices que han contribuido a la peculiaridad que rodea a esta relación de servicios, radican en la existencia de actividades o actuaciones de los abogados que aún incluidas en el marco profesional difícilmente encajan en la esfera de una actividad profesional y liberal –como las que se realizan dentro de la organización de una empresa-, así como, otras muy variadas actuaciones extrajudiciales. Por tanto, en la tarea profesional del abogado se entrecruzan múltiples deberes y obligaciones respecto del mismo cliente y que no se limitan a la estricta ejecución de un mandato en el marco de la Ley.

Por otro lado, aunque generalmente el cliente contrata con el abogado la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación basada en un precio –honorarios profesionales- de naturaleza eminentemente civil, no es la única forma en la que trabajan los abogados como única modalidad de contratación-. En el mercado de trabajo se demuestra que existen abogados que son permanentes mediante contrato laboral trabajando asalariadamente, esta relación cambia no procesal pero sí sustantivamente los derechos y deberes existentes entre ambas partes, pues el abogado pasa a ser un asalariado o trabajador más subordinado al cliente, frente a la relación de naturaleza civil en la que ambas partes se encuentran en una relación de igualdad, no existe subordinación. Otra posible modalidad

---

<sup>218</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C; *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit. pp. 4363 –4364.

<sup>219</sup> GARCÍA BLEDA, J; “El contrato de servicios celebrado por los abogados”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (17/1.994). pp. 75 - 76.

contractual es la de la iguala, se trata de un contrato de arrendamiento de servicios más propio del ámbito mercantil, se caracteriza porque se establece una cantidad fija en concepto de honorarios profesionales -no sueldo- y se entiende que con esa cantidad se cubren los servicios que el abogado preste a su cliente por el tiempo que dure la relación. En consecuencia, aún cuando se admita que estamos ante una relación de servicios su naturaleza puede ser muy diversa: civil, laboral, mercantil,...

Igualmente, otra peculiaridad de esta relación de servicios frente a otras propias de profesionales radica en que no siempre el cliente elige libremente al letrado de su confianza sino que la relación entre ambos se establece en virtud de una designación de oficio, en la que además, la retribución que percibe el letrado viene impuesta o mejor dicho *orientada* por el Estado. No obstante, si bien es cierto, que las normas de honorarios profesionales que emitía cada Colegio marcaban unos mínimos de cobro de los abogados, con la Ley de Colegios Profesionales en la mano, cada profesional puede cobrar lo que quiera.

Cualquiera que sea la configuración que se asigne al vínculo que liga al abogado y al cliente, de lo que no existe dudas es que de ese vínculo se derivan una serie de obligaciones profesionales para el abogado, que han sido recogidas por las normas deontológicas de la profesión de abogado.

En efecto, el Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Consejo de Colegios de Abogados de Europa (CCBE) el 28 de Noviembre de 1.998, establece en el artículo 13 bajo la rúbrica de *relaciones con los clientes* las pautas deontológicas que deben guiar a los profesionales de la abogacía en relación con los sujetos con los que mantienen una relación clientelar.<sup>220</sup> De esas normas deontológicas emana un deber de fidelidad del abogado con su cliente que impide la relación profesional con la contraparte.

---

<sup>220</sup> Art. 13 . Relaciones con los clientes.- 1. La relación del Abogado con el cliente debe fundarse en la recíproca confianza. Dicha relación puede verse facilitada mediante la suscripción de la recomendable hoja de encargo.

2. El Abogado sólo podrá encargarse de un asunto, por mandato de su cliente.

GOYENA HUERTA<sup>221</sup> concluye que, con independencia de la polémica doctrinal en torno a la determinación de la naturaleza jurídica de la relación contractual que liga a abogado y cliente, los delitos que tipifica el art. 467 del CP tienen su ámbito de aplicación en el contrato de arrendamiento de servicios que precede a la designación de un abogado, y cuyo contenido, aparece regulado en el Estatuto General de la Abogacía.

Muy frecuentemente el contrato abogado – cliente se concierta verbalmente, aunque cada vez más se procede a la redacción de la llamada “hoja de encargo”<sup>222</sup>, en la que en definitiva se recoge el contenido del contrato estipulado: condiciones de los servicios profesionales a realizar, provisión de fondos y honorarios, colaboración del cliente, facultades de renuncia del abogado, forma de llevar el asunto, etc<sup>223</sup>. Ahora bien, y sin pasar por alto los diversos matices característicos expuestos, una cuestión que resulta bastante clara es que la obligación que liga al abogado con el cliente es una obligación de medios y no de resultados –S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001 –ponente Planchat Teruel- (BDAP 309495/2002)-, lo que viene a avalar la naturaleza jurídica contractual de arrendamiento de servicios que liga al abogado con el cliente, y que determina que el primero no contraiga una responsabilidad objetiva, una obligación de resultado o de resultado exitoso –S AP de Valencia de 26 de Noviembre de 2001 –ponente Moner de Ferrer- (BDAP 345570/2002), FJº 1º-. El Auto de la AP de Toledo nº 87/2004 (Sección 1ª), de 8 de Julio –ponente Rafael Cancer Loma- (JUR 2004/196875) señala en el Fundamento de Derecho 1º que: *“Configurada la relación con la parte por él representada o defendida en esencia como un contrato de servicios, el deber que un procurador y especialmente de un abogado asumen es fundamentalmente de medio, obligándose a desplegar su actividad con la debida diligencia, acorde con las normas legales, estatutarias y deontológicas, debiendo actuar con el máximo celo y diligencia en la defensa de los intereses que le han sido encomendados. Así , representa un deber para el procurador actuar con honradez y lealtad con su cliente debiendo ser probo, leal y veraz. Para el abogado constituye una obligación realizar diligentemente las actividades profesionales que impongan la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las*

---

<sup>221</sup> GOYENA HUERTA J(Hernández García, J; Grinda González, J, y, Muñoz Cuesta , J); *Los delitos contra la Administración de Justicia*. Navarra 2.002. p. 290.

<sup>222</sup> Hoja de encargo que se facilita por los Colegios de Abogados.

<sup>223</sup> GARCÍA BLEDA, J; “El contrato de servicios celebrado por los abogados”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (17/1.994). p. 89.

*exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto, sin que garantice o se comprometa el éxito de la pretensión.”*

Mucho más pacífica ha sido la determinación de la vinculación procurador-cliente al encontrarse limitada al ámbito procesal, de modo, que esta relación jurídica, así como, la posición del procurador en el proceso se configura adecuadamente como un mandato representativo, en virtud del cual, el procurador ostenta la plena representación de su cliente ante los Tribunales de Justicia. Confirma tal afirmación el art. 26.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al indicar que tendrá la responsabilidad que las Leyes imponen al mandatario. SANTOS BRINZ<sup>224</sup>, sin embargo, señala que también puede exigírsele responsabilidad con arreglo a las normas que disciplinan el arrendamiento de obra o, incluso, con base en las reguladoras de la responsabilidad extracontractual.

El mandatario –procurador-, no sólo se obliga a actuar por cuenta y encargo del mandante –el cliente-, sino también a actuar en su nombre. Los actos procesales realizados por el procurador producen sus efectos como si fueran realizados por el propio representado. La representación procesal tiene además una doble manifestación<sup>225</sup>:

- la que comprende los efectos peculiares de la representación en su aspecto pasivo, y, en la que el procurador frente al Tribunal ocupa el lugar de la parte de modo que se hace cargo de los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones. Tales actuaciones al entenderse con el procurador tienen la misma fuerza que si interviniera en ellas de forma directa el poderdante.
- La que comprende los efectos propios de la representación activa, integrada por los actos que el procurador realiza con destino al Tribunal y que poseen la misma fuerza que si los hiciese la parte como son los consistentes en firmar las pretensiones que se cursen a nombre del cliente y asistir a las diligencias y actos.

---

<sup>224</sup> SANTOS BRINZ, J; *La Responsabilidad Civil. Temas actuales*. Ed. Montecorvo, 2001, pág. 65.

<sup>225</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, j; “Falta de personalidad en el procurador del actor. Falta de reclamación previa en vía gubernativa. Falta de arraigo en juicio.” *Cuadernos de derecho judicial (24/1.994)*. p. 3 ponencia.



Junto a esa función representativa, el procurador actúa como intermediario entre la parte, el abogado y el Tribunal, de tal forma que está obligado a pasar al abogado copia de todas las providencias que se le notifiquen, lo que conforma el aspecto de gestión o de mandato.

El acto por el cual se confiere la representación al procurador es el poder<sup>226</sup>. Aunque la ley se refiere al poder no sólo como acto de apoderamiento, sino que, además de la genérica facultad de representación procesal, el poder representa el documento en que se concreta y acredita la declaración volitiva del otorgante, que constituye la genuina prueba legal de su conferimiento por el poderdante.

Por la trascendencia que el poder tiene para la eficacia de los actos procesales que realiza el procurador en nombre del poderdante, la ley exige, no sólo que exista, sino que, además, sea expreso y se acredite su existencia, lo cual depende, a su vez, de la forma en que el poder se otorgue.

El Código Civil –CC–, en el artículo 1280-5.º, dispone que deberán constar en documento público, entre otros, *"el poder general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio"*. Por tanto, la forma del poder es, por regla general, la escritura pública con intervención de notario, de suerte que, en virtud de las exigencias del Reglamento Notarial, el poder suele acreditar, además del mandato representativo, otras circunstancias del otorgante que hacen referencia a su capacidad de obrar, a su condición de representante, etc.

Pero también se admite que se otorgue por simple manifestación en la Secretaría del Juzgado o Tribunal; así, la LOPJ establece que la representación en juicio podrá conferirse en todos los procedimientos mediante comparecencia *apud acta* ante el Secretario del Juzgado o Tribunal que haya de conocer del asunto, argumento que repite el artículo 6 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

---

<sup>226</sup> La palabra “poder” no ha recibido una definición unívoca y se le han atribuido las siguientes acepciones: como documento en el que consta la representación que se ha conferido; como acto o negocio jurídico por medio del cual se otorga la representación, y ello con independencia de que tal negocio jurídico se encuentre o no fijado documentalmente, y finalmente, como situación jurídica en virtud de la cual el representante influye con sus actos en la esfera jurídica del representado

El poder puede ser general o especial. El general faculta para la realización de todos los actos procesales en los que no se disponga otra cosa. El especial se exige para determinados actos procesales de mayor gravedad o trascendencia v.g para querellarse. También cabe la designación de procurador por turno de oficio y por la propia parte en el escrito en que pida la concesión del beneficio de justicia gratuita. En los procedimientos penales el acusado o imputado suele designar directamente ante el Juez competente abogado y procurador, y en el caso de no hacerlo se le nombra de oficio.<sup>227</sup>

Por otro lado, es tradicional en nuestra doctrina, la distinción entre el mandato y el poder. El mandato supone y determina una pura relación interna que se constituye y desarrolla ajena al proceso. Frente a la relación bilateral que el mandato comporta, el poder es una declaración unilateral de voluntad dirigida, en el caso del poder procesal, al Juez. Las relaciones del procurador y su cliente son ajenas al proceso y se rigen por las reglas del mandato.

Ahora bien, no se requiere sólo la existencia, sino también la suficiencia o legalidad del poder. La legalidad del poder atiende a que el mismo haya sido otorgado conforme a las disposiciones vigentes y al no referirse a un proceso en concreto puede ser examinado con independencia del proceso o acto para el que pretende usarse. La suficiencia es un requisito relativo y para determinar su concurrencia es preciso relacionar el poder con el proceso o acto concreto, así la insuficiencia del poder puede derivar de la falta de capacidad del poderdante y de defectos en el contenido por no extenderse el mandato con representación al acto que en virtud de él trate de ejecutar el procurador, a pesar de haber sido declarado bastante por un “abogado”. Tampoco basta un poder cualquiera, sino que es necesario un poder para pleitos.

Finalmente, debemos recordar la figura que se conoce en la doctrina científica con el nombre de “falso procurador” o representante sin poder, que existe cuando una persona –procurador- realiza un acto que es aparentemente representativo, pero sin tener suficiente representación y ello, puede ocurrir por tres razones: a) Porque el poder de representación nunca se haya ostentado. b) Porque se han traspasado los límites que delimitaban un poder

---

<sup>227</sup> en este sentido hay que tener en cuenta lo dispuesto en los art. 440.2º de la LOPJ, 788.1º de la LECrim, y 22 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

de representación que fue otorgado en un principio. c) Por último, porque el poder de representación ha perdido su eficacia, por extinción.

El falso procurador hay que diferenciarlo del representante aparente. En el primero, el dominus o titular del negocio no ha participado en las gestiones llevadas a cabo por el fictus procurator; en ocasiones, no tendrá siquiera conocimiento de las actividades practicadas por aquél. A los terceros, que hayan contratado con la persona que no tiene poderes, no se le puede otorgar una protección absoluta, ya que tienen un grado de responsabilidad en el hecho de la no comprobación de la existencia o inexistencia del poder en el falso procurador, o bien, de la extensión de los límites del mismo. En la segunda figura, por el contrario, el dominus sí ha creado una apariencia jurídica, ya que con sus actos ha hecho que terceras personas que contrataron con el procurador, creyeran que lo hacía en su nombre y representación. En este supuesto, la protección que se brinda a dichos terceros es superior.<sup>228</sup>

Como colofón a todo lo expuesto, debemos recoger lo dispuesto en el Artículo 5.3 del EGP de 2.002 al señalar que *las relaciones entre el Procurador y su poderdante se regirán por las disposiciones contenidas en las leyes, por las previsiones de éste Estatuto General, estatutos de los Colegios de Comunidad Autónoma, los particulares de cada colegio, las normas relativas al contrato de mandato y demás disposiciones legales que resulten aplicables.*

Un supuesto muy frecuente se plantea en el caso de clientes que entablan una relación profesional con un abogado a fin de que le asesore y defienda sus intereses en juicio, y en el poder que le confiere para pleitos al letrado se le otorga la facultad de nombrar un sustituto, extremo éste último que también en el caso de los procuradores es muy habitual. *¿Es posible entender que en virtud de la cláusula de sustitución del poder otorgado al primer abogado se establece una relación profesional cliente-abogado/s sustituto/s en el sentido que exige el artículo 467 del CP? ¿Qué ocurre en el mismo caso pero si se trata del procurador? ¿Es admisible la sustitución de estos profesionales aunque*

---

<sup>228</sup> SOBRINO FERNÁNDEZ, J M; “El Falso Procurador”. *CGPJ Cuadernos de Derecho Judicial*(9/1.995). p.1 ponencia.

*el poder no lo prevea?, y en éste último supuesto ¿Se establece una relación profesional en los términos apuntados?*

Estimo que la relación profesional cliente – abogado / procurador sustitutos no se establece por la sola existencia del negocio de apoderamiento, sino cuando tales profesionales aceptan tal vinculo profesional mediante su intervención en el asunto. En el caso de que el poder conferido no prevea la posibilidad de sustitución considero que en puridad no debe admitirse en el caso de los abogados, y que por tanto, no se llegaría a establecer una relación clientelar. Sin embargo, esta opinión no coincide con la sostenida por el órgano de Gobierno del Poder Judicial, así el CGPJ en Resolución dictada por el Pleno del mismo, en su reunión de 6 de febrero de 2002 ha zanjado la cuestión sobre la sustitución de los procuradores en los siguientes términos:

En primer lugar, respecto a la posibilidad de sustitución entre procuradores, independientemente de que el sustituto apareciera o no en el poder, o de que la facultad de sustitución se encontrase expresamente dispuesta en el mismo.

Nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado las necesidades sustitutorias del procurador y las tiene reguladas por la LOPJ -art. 543.4-, en vía reglamentaria por el EGP y por la Orden Ministerial de 15 de Junio de 1.948 completada después por otras disposiciones del mismo rango normativo.

Esta regulación legal, que recoge de manera especial y precisa la sustitución del procurador en actuaciones concretas, se encuentra plenamente vigente y debe, en todo caso, operar en el ámbito de actuación de estos profesionales, pero es más:

*"Art. 1. 721 del CC: El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero responde de la gestión del sustituto:*

*1º Cuando no se le dio facultad para nombrarlo.*

*2º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona, y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.*

*Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo”.*

Es decir, que salvo prohibición expresa del mandante poderdante, la sustitución se permite, esté o no recogida de forma expresa dicha facultad.

Por ello, en aplicación de la normativa vigente, no siendo necesario poder especial para la sustitución del mismo y si el poderdante no lo prohíbe expresamente la sustitución opera plenamente.

En segundo lugar, se plantea la sustitución de procurador por parte de oficial habilitado.

En cuanto a dicha sustitución, el aludido artículo 543 de la LOPJ supedita su mecanismo a la forma reglamentaria "*que se determine*", en clara remisión a un desarrollo reglamentario por no ser necesario para ello una reserva de Ley al tratarse de un mero auxilio del Procurador.

La conclusión es evidente, a la vista de la regulación de la LOPJ, del EGP y del silencio que mantiene al respecto la nueva LEC, resulta legal la sustitución entre procuradores si la facultad de sustitución no se prohíbe expresamente en el poder, y la de éstos por oficial habilitado. Con tal conclusión la sustitución presupone el establecimiento de una relación clientelar de facto.

## 2.2 *Límites temporales de la relación clientelar.*

La segunda cuestión que nos planteamos es la que trata de dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿Cuándo comienza y cuándo finaliza la relación profesional?*

En cuanto a la data inicial, las conductas típicas incriminadas en el artículo 467 del CP deben estar siempre conectadas con la actividad jurisdiccional, por lo que resulta necesario que abogado y procurador hayan aceptado otorgar sus servicios profesionales para "el asunto" en cuestión. Abogado y procurador tienen contacto con los procedimientos en los que intervienen, los primeros como defensores y los segundos como representantes, y para intervenir legalmente han de ser designados por la persona en cuyo nombre intervienen; la autorización generalmente se hace a través de un poder general para pleitos otorgado por Notario. Respecto del procurador debe aceptar la representación, lo que puede realizar de forma expresa o presunta, ésta última por el mero hecho de hacer uso del poder

que se le hubiere otorgado, realizando cualquier acto de representación procesal. Respecto del abogado, es necesario que haya llevado a cabo el asesoramiento, por ejemplo, evacuando una consulta o bien que haya asumido la defensa técnica del cliente en una causa o pleito concreto, no siendo suficiente una mera consulta o la emisión de un consejo legal, en este sentido, un criterio objetivo importante sería la formalización de la correspondiente hoja de encargo, lo que ocurre, es que en la práctica se suele prescindir de dicho formulismo. En cualquier caso, el abogado debe intervenir profesionalmente como tal<sup>229</sup>.

Por lo que respecta a finalización de la relación cliente-procurador, la misma no ofrece dificultades al ser la propia LECiv la que determina en el art. 30 como causas de terminación de la representación:

1. la revocación expresa o tácita del poder, luego que conste en autos. Se entenderá revocado tácitamente el poder por el nombramiento posterior de otro procurador que se haya personado en el asunto. Si, en éste último caso, el procurador que viniere actuando en el juicio suscitare cuestión sobre la efectiva existencia o sobre la validez de la representación que se atribuya al que pretenda sustituirle, el Tribunal, previa audiencia de la persona o personas que aparezcan como otorgantes de los respectivos poderes, resolverá la cuestión por medio de auto.
2. la renuncia voluntaria o por cesar en la profesión o ser sancionado con la suspensión en su ejercicio. En los dos primeros casos, estará el procurador obligado a poner el hecho, con anticipación y de modo fehaciente, en conocimiento de su poderdante y del Tribunal. En caso de suspensión el Colegio de Procuradores correspondiente lo hará saber al Tribunal. Mientras no se acredite en los autos la renuncia o la cesación y se le tenga por renunciante o cesante, no podrá el procurador abandonar la representación de su poderdante, en la que habrá de continuar hasta que éste provea a la designación de otro dentro del plazo de diez días. Transcurridos éstos sin que se haya designado nuevo procurador, se tendrá a aquel por definitivamente apartado de la representación que venía ostentando.

---

<sup>229</sup> (STS de 5 de Julio de 2.000).

3. El fallecimiento del poderdante o del procurador.
4. Por separarse el poderdante de la pretensión o de la oposición que hubiere formulado y, en todo caso, por haber terminado el asunto o haberse realizado el acto para el que se hubiere otorgado el poder.

En lo que se refiere a la terminación de la relación cliente- abogado, y aceptando que la misma responde a la figura del arrendamiento de servicios, una de cuyas variedades está representada en el arrendamiento de servicios propio de las profesiones liberales no pactado en régimen de dependencia laboral, se estará a lo pactado por las partes, si bien estimo que, en la generalidad de los casos, les son aplicables las causas generales de extinción de los contratos.

Siendo el contrato de arrendamiento de servicios del abogado un contrato en el que ha de resultar esencial la confianza del cliente en el profesional que dirige su pretensión una de las causas de terminación más frecuente es la rescisión del contrato cuando precisamente surgen ciertas desavenencias entre abogado y cliente que suponen la quiebra de confianza de éste último, supuesto en el que es previsible y, en la mayoría de los casos aconsejable, que el cliente pueda prescindir de los servicios del letrado y llevar su encargo a otro que pudiera estar en mayor armonía con los deseos de aquél. Ningún obstáculo se ofrece si el abogado-director concede autorización para que el cliente designe libremente otro letrado; ahora bien, en ocasiones la ruptura de relaciones no suele ser pacífica y se traduce en el impago por parte del cliente al letrado de los honorarios devengados, por lo que es poco probable que el letrado conceda su venia o autorización al nuevo letrado designado, quien, de otra parte, queda impedido para aceptar tal encargo profesional, ya que queda terminantemente prohibido por EGA.

En el supuesto de divergencias o quiebra de confianza también puede el abogado hacer uso de su derecho a abandonar un asunto, en este caso se hace preciso hacer hincapié, y así se establece expresamente en el apartado 3.1.4 del Código de Deontología de los Abogados de la Comunidad Europea, que *«el abogado deberá asegurarse de que el cliente podrá encontrar la asistencia de un colega a tiempo para evitar sufrir perjuicios»*, e idéntica norma de cortesía se hace preciso guardar por parte de los Tribunales en los casos en que personada una parte con la asistencia de un determinado letrado, pendiente la litis, se produjera la renuncia del abogado a seguir asistiendo a su cliente; es obvio que cualquiera

que sea la causa de la renuncia, si no se concede un plazo adecuado en función de las circunstancias que permitan razonablemente preverse la parte de la asistencia de nuevo letrado, la posible pérdida de recursos, alegaciones, etc., puede hacer gravitar el fantasma de la indefensión, y las actuaciones así realizadas, viciadas de una posible nulidad.<sup>230</sup>

La STS de 5 de Febrero de 2002 –ponente Diego Ramos Gancedo-(Aranzadi 525/3) señala que. “...los artículos 745 y 746 de la LECriminal determinan los supuestos en que el Tribunal puede suspender el juicio oral, entre los cuales no se incluye la solicitud de cambio de letrado, bien al comienzo o durante las sesiones del Juicio oral. Sin embargo, como expresa la Sentencia de 23 de Marzo de 2000, recordando la de 23 de Diciembre de 1996, una interpretación conforme a la CE de los referidos preceptos permite acoger dicha causa de suspensión cuando el Tribunal aprecie que, de algún modo, la denegación de la suspensión para cambiar de letrado pudiera originar indefensión o perjudicar materialmente el derecho de defensa del acusado....”

La LOPJ en el art. 553.4 señala que: “los abogados y procuradores serán también corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales:... 4. cuando renuncien injustificadamente a la defensa o representación que ejerzan en un proceso, dentro de los siete días anteriores a la celebración del juicio o vistas señaladas.” El ya mencionado Auto de la AP de Toledo nº87/2004, de 8 de Junio señala en el segundo párrafo de Fundamento de Derecho Primero que: “No obstante, en la medida en que nos hallamos ante una relación contractual fundada en la recíproca confianza de las partes, es posible la renuncia del procurador y del abogado designados en turno libre, después de asumida la representación y defensa de los intereses de su cliente, si bien ésta nunca debe de suponer una lesión para aquel, cuya tutela le seguiría encomendada en tanto pueda hacerse cargo del asunto otro compañero. Esta idea aparece corroborada en el propio EGA (Real Decreto de 22 de Junio de 2001 (RCL 2001, 1679)) cuando contempla en el artículo 26 expresamente la posibilidad de renunciar en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se produzca indefensión al cliente.”

---

<sup>230</sup> GARCÍA BLEDA, J; “El contrato de servicios celebrado por los abogados”, *Cuadernos de Derecho Judicial* (17/1.994). p. 89.



El tema candente es que, en cualquier caso, la relación profesional debe estar vigente en el momento en que se comete el hecho presuntamente delictivo del art. 467.2º, y al menos haber existido tal relación en el caso del art. 467.1º, por lo que deberá estarse a las circunstancias concurrentes en el caso concreto al objeto de valorar dicha vigencia, teniendo, en todo caso, presentes las pautas apuntadas. La STS de 10 de Marzo de 1992 –ponente Puerta Luis- (Actualidad Penal Ref. 407), apreció error de tipo -al margen de posibles valoraciones éticas de su conducta- en el procesado –abogado de profesión- que intervino en una subasta en la fundada creencia de que su relación profesional con el cliente había concluido, al recibir una carta de éste que decía literalmente: *“Estimado Sr. O.: Después de nuestra reunión con vd. de ayer, mi esposa y yo hemos discutido concienzudamente nuestro problema y hemos llegado a la conclusión de que no deseamos gastar una suma estimada en más de 2.000.000 pts. a fin de iniciar una demanda contra el Sr. D., sin tener una garantía completa de que ganaremos nuestro caso.”*

### III. OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO

Es imprescindible, a la hora de abordar la cuestión del objeto material y del sujeto pasivo del delito efectuar con carácter previo una serie de precisiones conceptuales.

En primer lugar, no debe confundirse el objeto material y el objeto jurídico del delito, la matización resulta de suma importancia ya que ambos conceptos no son sinónimos –aunque en algunos supuestos puedan coincidir-. En puridad de términos jurídicos, el objeto material del delito se define como la persona, animal, o cosa sobre la que recae la acción delictiva, mientras que el objeto jurídico se identifica con el bien jurídico protegido, y que el delito lesiona o pone en peligro, dentro del cual se distingue a su vez entre: el objeto genérico que es el bien o interés de la comunidad y el objeto específico que es el bien o interés del sujeto pasivo.

Como correlación a esos dos conceptos, es preciso, a su vez, diferenciar entre la condición de sujeto pasivo del delito, y, la de perjudicado por la comisión del delito<sup>231</sup>.

El sujeto pasivo del delito, es el titular del bien jurídico protegido mediante la creación del tipo penal. Mientras el sujeto activo, sólo puede serlo el hombre, sujeto pasivo del delito lo son potencialmente, el hombre, las personas jurídicas, el Estado e incluso la propia sociedad o comunidad. Por lo que respecta al Estado no debe confundirse al sujeto pasivo “Estado”, como sujeto pasivo único, con el sujeto pasivo genérico de todo delito, que para algunos autores lo es siempre la sociedad representada por el Estado. Además, pensemos, que la sociedad es el sujeto pasivo inmediato en los delitos de riesgo en general, entre los que se cuenta el artículo 467.1º del CP de 1.995.

Por tanto, en orden al sujeto pasivo, es preciso distinguir entre: a) Sujeto pasivo del delito, que es el titular del bien jurídicamente protegido, y b) Sujeto pasivo de la acción o perjudicado, que es la persona sobre la que recae la acción típica y que, por tanto, puede aparecer también como objeto material del delito.

---

<sup>231</sup> la diferencia parece claramente si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 113 del CP: *“La indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares o terceros”*.

Normalmente, sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo de la acción coinciden, pero no siempre sucede así. El concepto de perjudicado es más amplio. Sujeto pasivo del delito es, como he señalado, el titular del bien jurídicamente protegido, y perjudicado es la persona que sufre los perjuicios derivados de la acción delictiva. La concreción del bien jurídico, por tanto, también es de gran trascendencia en orden a la adecuada identificación de quién sea el sujeto pasivo del delito, en tanto que es la titularidad del interés protegido penalmente la que determina aquella cualidad.

Circunscribiéndonos a las conductas de deslealtad profesional tipificadas en el artículo 467 del vigente CP, la cuestión del objeto material y del sujeto pasivo resulta un tanto espinosa dado que conecta directamente con el ya problemático tema del bien jurídico protegido, de tal forma que, la opción sobre el bien jurídico va a determinar, a su vez, la opción sobre el sujeto pasivo y sobre el objeto material del delito.

La primera tarea para identificar al sujeto pasivo consiste en dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿Quién es el Titular del bien jurídico tutelado por el art. 467 del CP?*

Como señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE<sup>232</sup> la teoría del bien jurídico distingue entre bienes “individuales” (vida, libertad, salud, propiedad...) y bienes jurídicos “universales” (seguridad del Estado, Administración de Justicia, orden económico, seguridad del tráfico...).

Los primeros serían aquellos que afectan al individuo aislado sin comprender, por tanto, situaciones colectivas o grupales en las que el sujeto puede verse inserto y frente él; los segundos expresarían, en un primer momento una forma de interés uniforme del conjunto de los individuos que se identifica con el máximo bien general de la colectividad entendida monolíticamente, es decir, como un todo homogéneo sin contradicciones internas, escisiones o divisiones.

El bien jurídico *correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia* en la medida en que trasciende a los valores puramente individuales y está impregnado por un profundo sentido social entraría dentro de la categoría de los llamados bienes jurídicos

---

<sup>232</sup> HASSEMER y MUÑOZ CONDE; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1.989, p. 107.

universales -supraindividuales, colectivos o transindividuales como también se han denominado-. Las peculiaridades por lo que respecta a su titularidad determinan que este bien jurídico no pertenezca exclusivamente a una persona en particular o grupo individualizable.

El normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia no parece un interés asignable a un sujeto o grupo de sujetos, hasta el punto de convertirse en sus titulares. Desde la perspectiva del particular –el cliente-, lo importante es la relación o vínculo flexible con el bien o valor objeto de interés, relación que viene determinada por la pertenencia a la colectividad o comunidad política general –Estado- que de haber un titular sería el único admisible.

No obstante lo expuesto, DE LA CUESTA AGUADO<sup>233</sup> critica la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos considerando que ya no constituyen dos categorías independientes, sino distintas soluciones jurídicas a diferentes situaciones sociales, con una única finalidad, una misma justificación e idénticos criterios de aplicación, sin desdeñar la importancia de las aportaciones efectuadas por las teorías sociológicas, para determinar el contenido del bien jurídico estima que ha de partirse de una consideración personalista de éste, en el sentido de que “los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal”. Esto indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona". En este sentido se podría decir que el contenido del bien jurídico, en nuestro sistema democrático, puede ser descrito por las teorías sociológicas, mientras que su fundamento teleológico viene mejor delimitado por las teorías personalistas. Pero este vago concepto de "interés humano" en que consiste el bien jurídico debe ser entendido como abstracción del valor o interés que, entre los concurrentes, debe obtener protección preferente en el ámbito penal en caso de conflicto social.

Para las teorías monistas, el bien jurídico, o se concibe desde el punto de vista del Estado, o bien se concibe desde el punto de vista de la persona, considerándose entonces

---

<sup>233</sup> DE LA CUESTA AGUADO, M; “Norma primaria y bien jurídico: incidencia en la configuración del injusto (VII)”. *Página Paz en la Red. Sistemas penales del tercer Milenio*. (<http://www.terra.es/personal/pazaguado/>).

que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo.<sup>234</sup>

Considero que efectivamente no existe una completa independencia entre bienes jurídicos individuales y colectivos, y tal afirmación se manifiesta de forma más que evidente en los delitos contra la Administración de Justicia en los que la medida de la lesión del interés jurídico tutelado de carácter “colectivo” –correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia- viene determinada o se encuentra en íntima conexión con los valores inspirados por los derechos y garantías fundamentales consagrados en el art. 24 de la CE, respecto de cuya titularidad, la STC de 12 de Abril de 1.988 (RTC 64/1.988) –ponente Diez Picazo y Ponce de León- en su F Jº primero dispone: “...Es indiscutible que en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquellos...”, y más adelante añade: “ (...). Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados, ámbitos de libertad o realizarlos intereses y los valores que forman el substrato último del derecho fundamental (...). Por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1 CE, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho público en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden.

Y así ha sido establecido por una extensa doctrina jurisprudencial de este Tribunal... ”.<sup>235</sup>

---

<sup>234</sup> HASSEMER Y MUÑOZ CONDE; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. cit., p. 108.

<sup>235</sup> Respecto de esta sentencia formularon voto particular los Magistrados Diez Picazo y Ponce de León, Truyol Serra, Rodríguez Piñeiro y Bravo Ferrer en el afirmaban: “Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son genuinos derechos subjetivos y, por consiguiente, situaciones de poder, puestas por el ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que estos realicen libremente sus

Como de fecha más reciente, la STC de 2 de Junio de 1.998 (RTC 117/1998) – ponente Gimeno Sendra-, cuyo FJº Séptimo señala que: *“Este Tribunal, en numerosas ocasiones, ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 C.E, como derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, es un derecho que corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho privado como a las de Derecho Público, en la medida en que la prestación de la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden...(…) Por ello, hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 CE corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho”*.

Por lo que respecta concretamente al derecho de defensa parecen ratificar la atribución de la titularidad del mismo a los particulares justiciables el hecho de que numerosas resoluciones judiciales reconozcan la renuncia implícita y por tanto, la disponibilidad de tal derecho por los mismos: AP ALICANTE) 22/10/1998 (RJL 779/1996)– ponente Flórez Menéndez-: *“la existencia de la indefensión a que se refiere el art. 238-30 LOPJ, que según reiterada doctrina no se produce cuando en la pérdida de la oportunidad de defensa interviene la negligencia del propio afectado.”*; APM. AP GRANADA (Sección 3) 20/01/1998 (RJL 52/1997) –ponente Mascaró Lazcano- *«no se producirá indefensión cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el Juzgador, el propio interesado, por imprudencia o negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los medios hábiles para hacer valer sus intereses»*; APM. AP MADRID (Sección 20) 26/02/1998 (RJL 462/1995) –ponente Salazar Benítez-: *“...sin que pueda alegar, en este momento, que se le ha producido indefensión por el hecho de que, en el transcurso del procedimiento, un Letrado renunciara a su defensa, ya que tuvo oportunidad de que se le designara abogado de oficio, como efectivamente hizo para la interposición del presente recurso.”*; AP MALAGA (Sección 5) 16/03/1998 (RJL

---

propios intereses...(…). El Estado posee potestades y competencias, pero de ningún modo derechos fundamentales”.

289/1997) –ponente De la Torre Deza-: “*la indefensión que alega no puede sino ser imputable a la misma.*”; TSJA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ANDALUCIA (Sala Social) 26/02/1999 (RJL 1566/1998) –ponente Jiménez Moreno-: “*La indefensión debe ser alegada por quien se ve afectada por ella.*”; TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 07/07/1983 –ponente Tomás y Valiente-: “*Si su diligencia ha sido menor que la de su adversario, no es posible imputar el resultado procesal a una indefensión quien pudiendo defender sus intereses legítimos por medio de las distintas armas que le ofrece el ordenamiento, no usa de ellas con la pericia técnica suficiente.*”

Desde el punto de vista doctrinal, diversas son las posturas que se han barajado respecto al sujeto pasivo y al objeto material de los delitos objeto de estudio, entre otras podemos mencionar las siguientes:

BENITEZ ORTÚZAR<sup>236</sup> apunta como objeto material del delito al cliente que ha visto afectados sus intereses contra los que se ha actuado deslealmente y como sujeto pasivo del delito al Estado, en tanto que es el titular del bien jurídico protegido -la Administración de Justicia-.

Por su parte, GARCÍA PLANAS<sup>237</sup>, señalaba en relación a los artículos 360 y 361 del CPTR de 1.973 que el sujeto pasivo, es el cliente, o sea el que ha contratado los servicios, para lo cual, requiere el presupuesto de una relación profesional, bien sea ante los Tribunales o no.

Para quienes consideran que el artículo 467 del CP responde al arquetipo de los delitos pluriofensivos, sujetos pasivos y perjudicados por un lado, objeto material y objeto jurídico por otro, coincidirían. Así como sujetos pasivos se calificarían tanto el cliente como el Estado, y el objeto material del delito sería doble, por un lado el interés del cliente y por otro, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, en esta línea se situaría QUERALT JIMÉNEZ<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F; *De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, cit., p. 219.

<sup>237</sup> GARCIA PLANAS, G; “ Prevaricación de Abogados y procuradores ”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1.994. cit., pp. 39-40.

<sup>238</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona. 2.002. p.865.

Sin embargo, si nos alineamos entre los que ubican los tipos del art. 467 del CP en la órbita de los delitos de carácter uniofensivo, -opción por la que me inclino decididamente-, y, concretamente, entre los tipos que tutelan el correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, sólo podría admitirse como único sujeto pasivo del delito al Estado, asumiendo el cliente la condición de perjudicado en cuanto titular del objeto material del delito y recayendo éste sobre el *derecho de defensa o el derecho a un proceso debido con todas las garantías*.



#### IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con la línea de investigación seguida, y, de la consideración de los delitos objeto de estudio como delitos *especiales propios* y *uniofensivos* tendríamos que extraer las siguientes conclusiones:

- Que los únicos *sujetos activos* posibles son ***los Abogados o Procuradores***, en su acepción más restrictiva, entendiéndose como tales aquellos Licenciados en Derecho que reuniendo los requisitos exigidos para el ejercicio de tales profesiones jurídicas se hallen oportunamente colegiados –a salvo las excepciones previstas por la propia Ley-, y que tengan una relación clientelar real con los sujetos intervinientes en el proceso que ha de permanecer vigente en los supuestos del art. 467.2º, o que incluso puede haber cesado en los tipos de doble defensa o representación del art. 467.1º.
- el *sujeto pasivo* mediato e inmediato del delito de doble defensa o representación y del delito de perjuicio al cliente es ***el Estado***, en tanto titular del bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración de Justicia..
- El *objeto material* sería ***el derecho de defensa, o en su caso, el derecho a un proceso con todas las garantías*** y el *perjudicado* por el propio mal del delito sería ***el cliente***, en atención a que es la persona que sufre los perjuicios derivados de la acción delictiva, dado que es el titular del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías sobre la que la misma recae. Estimo que el concepto de cliente debe equipararse al de justiciable, es decir, al de todos los sujetos jurídicos en cuanto pueden entrar en relación con la Jurisdicción o Administración de Justicia y que utiliza los servicios profesionales de quien ejerce la Abogacía o la Procuraduría.
- Y, finalmente, considero que el *objeto jurídico genérico* es ***el interés de la comunidad*** y el *objeto jurídico específico* es ***el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*** a través de la lesión de los valores inspirados en el derecho de defensa en el supuesto de la doble defensa o representación y el

derecho a un proceso debido y con todas las garantías, en el caso del perjuicio al cliente, y ello en la medida en que el bien jurídico se identifica con el objeto jurídico del delito.

## CAPÍTULO SEXTO

### EL TIPO OBJETIVO (II): DETERMINACIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA.

#### I. CUESTIONES PREVIAS

El delito, es ante todo, un acto humano, es decir, una acción, aunque no hay unanimidad sobre el nombre de este primer elemento del delito. Los clásicos hablaban del elemento material, externo o físico, para distinguirlo del elemento moral, interno o psicológico, esto es, la culpabilidad. Modernamente es corriente designarle como acción; pero es preciso advertir entonces el sentido amplio en que se emplea este vocablo, comprensivo tanto del hacer –acción en sentido estricto-, como del no hacer –omisión-.

La acción se expresa por medio del correspondiente verbo y constituye el núcleo del tipo. El tipo puede describir, aunque no siempre es así, el medio o instrumento para realizar la acción típica –delitos con instrumentos limitados-, el lugar en que se realiza –delitos de espacio circunscrito-, y el tiempo en que se efectúa –delitos con tiempo circunscrito-.

La doctrina alemana suele emplear el término “conducta” que sirve para comprender la acción y la omisión. Los italianos, sin perjuicio de utilizar el nombre de acción, se valen también del de “hecho” por entender que designa mejor la totalidad del elemento material u objetivo del delito, es decir, tanto la manifestación de voluntad como el resultado. En cualquier caso, el concepto de acción es central en la Teoría del delito. La acción, o sea, el hecho humano descrito en la figura de delito, implica una conducta exterior voluntaria, que produce un resultado<sup>239</sup>. Toda acción se integra pues, por una manifestación de voluntad – que puede consistir en una comisión, una omisión o una comisión por omisión-, un

---

<sup>239</sup> Hay que poner de relieve los dos conceptos de acción que se han formulado por la doctrina: la concepción causal que considera que la acción supone una conducta humana encaminada a la producción de una modificación del mundo exterior realizada voluntariamente que produce un resultado, debiendo entre la manifestación de voluntad y el resultado existir un nexo físico de causalidad; y, la concepción finalista según la cual, la acción es un concepto pre-jurídico existente antes de la valoración humana, y por ello precedente de la valoración jurídica. La acción humana se caracteriza por ser el ejercicio de la actividad final. La consecuencia fundamental es la inclusión del dolo dentro del elemento de la acción y eventualmente de la culpa.

resultado y una relación de causalidad entre la conducta del agente –abogado o procurador en nuestro caso- y el resultado exterior –la lesión del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia por el menoscabo del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho fundamental de defensa-. Hay que tener en cuenta, no obstante, los llamados delitos de mera actividad, en los que, la relación de causalidad no aparece, ya que por definición, carecen de resultado.

Por lo que respecta al *resultado* del delito, supone aquella modificación del mundo exterior que, como efecto de la acción, la ley toma en consideración para imputárselo jurídico-penalmente al sujeto activo. El resultado puede consistir tanto en un efecto material, como en una consecuencia de orden psíquico.

Circunscribiéndonos a las “acciones” que describe el art. 467 del CP se aprecia claramente la incriminación de dos conductas diferenciadas de deslealtad de abogado y procurador que suponen la quiebra radical de la esencia de la abogacía y de la procuraduría:

- en el apartado primero, se tipifica la figura que se ha denominado como de *doble defensa o representación*, aunque también se ha utilizado la expresión *traición de parte* para describir este tipo de conductas.
- en el apartado segundo, se recoge el llamado *perjuicio al cliente doloso e imprudente*.

Ambas modalidades conductuales configuran, en cierta medida, los delitos más graves en que pueden incurrir los abogados y procuradores, pues otros comportamientos de los mismos, incluso delictivos, son apreciados con una cierta benevolencia, cuando son realizados en aras al interés del cliente.

En cualquier caso, se trata de dos tipos penales distintos, pues ambos describen conductas diferentes entre sí, que a pesar de compartir ciertos caracteres por suponer unas actividades desarrolladas en el ámbito de una actividad profesional con idénticos sujetos activos y pasivos, y con coincidencia de bien jurídico protegido, exigen, sin embargo, un

estudio diferenciado dado que cada uno de los tipos descritos en el art. 467 responde a situaciones y a razones político - criminales distintas.

A grandes rasgos y si queremos apuntar otras notas de distinción entre uno y otro tipo podemos señalar que el delito del art. 467.1º es un tipo de peligro y de comisión exclusivamente dolosa, en cambio el tipo del art. 467.2º es un delito de lesión que admite la comisión culposa o imprudente.

## II. “LA ACCIÓN TÍPICA DEL ART. 467.1º DEL CP: DEFENSA, ASESORAMIENTO Y REPRESENTACIÓN PROFESIONAL DE LA PERSONA QUE TENGA INTERESES CONTRARIOS”.

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES.

#### 1.1 *Análisis comparativo de los arts. 361 del CPTR de 1.973 y 467.1º del CP de 1.995*

El delito conocido, en la práctica forense, como de “*doble defensa o representación*” comprende una serie de conductas, que aparecen tipificadas en el artículo 467.1 del CP de 1.995 en términos casi idénticos a las conductas penadas en el art. 361 del anterior CP de 1.944, su precedente inmediato.

Tales conductas fueron calificadas en términos coloquiales por la STS de 30 de Septiembre de 1.997 –ponente Conde – Pumpido Tourón- (RJL 363/1996) como de “*letrados trásfugas que traicionan la confianza en ellos depositada, cambiando de parte en el mismo asunto*”. -en relación claro está, a las conductas que recogía el art. 361 de ACP-. Por su parte, QUINTANO RIPOLLÉS<sup>240</sup> tildó tales conductas como de *grave inmoralidad procesal*.

En efecto, el texto del art. 361 (CP 1944) decía literalmente:

*“ El Abogado o Procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defendiere o representare después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.”*

Mientras que la norma del artículo 467.1 (CP 1.995) determina:

*“ El Abogado o Procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o representa en*

---

<sup>240</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Comentarios al Código Penal*. cit., p. 698.

*el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.”*

Como puede apreciarse las dos fórmulas son parecidas, en ambas se tipifica la defensa o representación de intereses incompatibles u opuestos en un mismo asunto. Las principales diferencias que se pueden apreciar, a primera vista, entre ambos preceptos radican fundamentalmente en los siguientes aspectos:

- en primer lugar, y, mientras el CPTR de 1.973 hablaba de “*parte*” el CP de 1.995 utiliza el vocablo de “*persona*”; *¿Qué significado puede asignarse a tal mutación terminológica? ¿cabe en base a dicha modificación ampliar la cobertura del tipo al desvincularse de la idea de existencia de una litispendencia que se desprendía del término partes?.*

La expresión “parte” parecía limitar, en opinión de algunos autores, la comisión del delito a aquellas situaciones en las que existía un enfrentamiento contencioso, pues parte procesal es sólo el que tiene interés directo en el proceso de acuerdo con las diferentes leyes rituales, de modo, que al utilizarse la expresión “persona” parece abrirse la intervención penal al asesoramiento o defensa de cualquiera con independencia de la existencia de una litispendencia formal entre las personas que el tipo menciona, pero de la que se deriven intereses materialmente contrarios.<sup>241</sup>

No obstante, es preciso profundizar en el significado del vocablo “parte” tanto en el proceso Civil como en el Penal, para comprender los inconvenientes que supone su utilización por la Ley penal, fundamentalmente en una materia en la que resulta de suma importancia delimitar el ámbito a que debe extenderse el alcance punitivo de la norma, y ello, básicamente en orden a no caer en la incriminación de conductas que sólo merecen un tratamiento deontológico.

La expresión “parte” no tiene el mismo significado en el proceso Civil y en el proceso Penal.

---

<sup>241</sup> QUINTERO OLIVARES, G; *Comentarios al nuevo CP*, cit., p. 1.992, y TORIBIO GARCÍA, LF; “Falsedad, Delitos contra la Administración pública y Contra la Administración de Justicia. Títulos XVIII, XIX y XX del nuevo Código Penal”, cit., pp. 529-530.

En el proceso Civil, las partes se definen como las *personas físicas o jurídicas*, que se constituyen en sujetos de un proceso, para pretender en él la tutela jurídica y que, por tanto, asumen la titularidad de las relaciones que en el mismo se crea, con los derechos, las cargas y las responsabilidades inherentes. Lo que sucede es que el concepto de parte, en el procedimiento Civil es puramente formal, pues es independiente de la titularidad material de los derechos que se discuten en el proceso, esta peculiaridad puede dar lugar a diversas situaciones. De éste modo, es posible que en cada una de las posiciones contrapuestas del proceso pueden intervenir varias personas conjuntamente –es el caso del litisconsorcio, en el que los diferentes litisconsortes se integran en una misma posición de parte-, pero también puede ocurrir, que se admita en el proceso junto a las partes principales, a otras personas que comparecen en apoyo de alguna de aquellas o en defensa de un derecho propio, incompatible con el que se está ventilando en el proceso, como ocurre en los supuestos de intervención procesal –v.g el tercerista-.

Por otro lado, en materia de jurisdicción voluntaria –encomendada a la Administración de Justicia- la Ley no permite hablar de “partes”, ello no obstante, la ausencia de litigiosidad no debe ser óbice, para que si el expediente se torna contencioso, no debiera ser reprochable una eventual conducta desleal del abogado o procurador que hubiere intervenido en los términos que especifica el art. 467.1º del CP, ya que, en estos casos, se podría reconducir la conducta previa del abogado en el expediente de jurisdicción voluntaria por la vía del asesoramiento al primer cliente, si entendemos que la ausencia de litigiosidad en dichos expedientes nos impide hablar de defensa.

En el proceso Penal, la LECrim denomina partes a las personas que intervienen en el proceso penal. Sin embargo, la aplicación del concepto de parte al proceso penal es muy discutido en la doctrina. Sucede que en el ámbito del proceso penal, las partes no ejercitan una acción que corresponda a un derecho subjetivo cuya titularidad ostenten, pues en el dicho tipo de procesos actúa el *ius puniendi* del Estado, que es indisponible para las partes. Para salvar las dificultades que se plantean, la doctrina habla de partes en sentido formal, considerando que son partes quienes tienen capacidad para intervenir en el proceso<sup>242</sup>.

---

<sup>242</sup> Intervención que en el proceso penal es absolutamente necesaria, en cuanto que en el sistema español, que se configura bajo el principio acusatorio, para que se abra el juicio y se dicte sentencia es preciso que exista acusación.



El Ministerio Fiscal y los acusadores particulares y privados sólo pueden actuar en el proceso como partes en sentido formal, en cuanto ejercitan una pretensión de condena de la cual no son titulares. Si bien, la situación del sujeto al que se le imputa la comisión de un delito si es la derivada de su consideración verdadera de parte, por cuanto el derecho a obtener la absolución, si es inocente, si constituye un derecho subjetivo propio y, por eso, a lo largo del proceso se le conceden múltiples ocasiones de actuar.

Toda esta complejidad que plantea la delimitación del propio concepto de “parte” pone de manifiesto lo poco conveniente que resulta utilizar dicho término a los efectos del tipo penal que nos ocupa, siendo desde luego plausible la utilización más amplia de la expresión “persona”, que responde, sin duda, a la necesidad de superar muchos de los inconvenientes y limitaciones que planteaba en la práctica aquel término.

- La segunda diferencia visible es la sustitución la expresión “*el mismo negocio*” por la de “*el mismo asunto*”, cambio que no estimo excesivamente trascendente ya que ambos términos resultan igual de vagos. El negocio se define: *como todo lo que es objeto de una ocupación lucrativa*, y el asunto tiene como una de las posibles acepciones la de: *aquella materia de la que se trata*; en realidad, se trata de términos que se pueden considerar sinónimos. Por ello, la sustitución de “negocio” por “asunto” poco aporta de novedad a la actual configuración del delito.
  
- en tercer lugar, y en cuanto al polémico “*el asesoramiento*”, el art. 361 parece referirlo al segundo cliente, es decir, se requiere que el profesional haya tomado la defensa o representación efectiva de una parte –en el proceso-, y *después* defienda, represente –en el proceso-, o asesore –fuera del proceso- a la contraria en el mismo asunto, sin el consentimiento de la primera. Por su parte, el art. 467.1º refiere el asesoramiento al primer cliente, dado que, el tipo comprende el supuesto del profesional que asesora –conducta extraprocesal- o toma la defensa o representación-conducta intra - procesal- de una persona, y sin el consentimiento de ésta, defiende o representa, sucesiva o simultáneamente –conductas intra - procesales- en el mismo asunto a quien tiene intereses contrarios.

- Pero, sin duda, la más relevante diferencia entre ambos preceptos radica en la diferente ubicación sistemática de uno y otro dentro del CP, que determina la necesidad de adoptar una interpretación más restrictiva de la norma penal dada su actual configuración como un delito contra la Administración de Justicia.

### 1.2 *cualificación tipológica de la doble defensa o representación.*

El tipo descrito en el art. 467.1º del CP, calificado como deslealtad profesional –o traición de parte-, no plantea una especial problemática, por cuanto parece el prototipo de las conductas desleales propias de las profesiones de abogado y procurador.

En atención a la clasificación general de los tipos penales, y de acuerdo con el tenor literal del precepto penal –art. 467 CP-, podríamos efectuar la siguiente descripción del tipo indicado, todo ello, sin perjuicio de las conclusiones que con posterioridad, y desde otra perspectiva más crítica puedan efectuarse:

- Según las modalidades de los sujetos: el delito de doble defensa o representación entraría dentro de la categoría de *delitos especiales propios*; ya que, por un lado, sólo puede ser sujeto activo quien ostente la condición de abogado o procurador, y, por otro lado, es un delito que carece de correspondencia con un tipo común.
- Según las modalidades de la acción y del resultado la traición a la parte se configura, en principio:
  - a) como tipología de *mera actividad*; basta con la realización de la conducta prohibida, sin necesidad de resultado para que se estime consumado el tipo, así lo manifiesta por ejemplo DE DIEGO DIEZ<sup>243</sup>y,

---

<sup>243</sup> DE DIEGO DIEZ, L. A.; *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores*, cit., p. 15.

- b) es un delito *compuesto mixto*, ya que contiene, bajo la misma conminación penal, distintas modalidades de conducta “*asesorar, defender, representar*”.
  
- Según su relación con el bien jurídico:
  - a) es un tipo de *peligro*<sup>244</sup>,
  - b) de *consumación anticipada*, el tipo se satisface con la iniciación de los actos que tienden a poner en peligro o lesionar bienes jurídicos,
  - c) de *naturaleza uniofensiva*, siendo el único bien jurídico protegido el correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, y
  - d) se trata de un delito a caballo entre los tipos permanentes – en que la ofensa se prorroga por cierto tiempo, en tanto el agente no decide cesar en la presión sobre el bien jurídico-, y de estado, -en el autor –abogado o procurador- realiza una acción de la que se desprende, en el momento en que la ejecuta, una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo y cuya duración ya no depende de su voluntad.
  
- Según la conexión entre los tipos:
  - a) es un delito autónomo –también llamado delito independiente o “*sui generis*”-, dado que aparece con una estructura jurídica unitaria con nueva jerarquía valorativa, contenido y ámbito de aplicación propios, y

---

<sup>244</sup> CONDE PUMPIDO FERREIRO, C; *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 4.365, señala que: “...es un delito de riesgo, o daño potencial, con lo que no es necesario que se produzca un daño real y efectivo...”.

b) es un delito primario, en atención a la jerarquía de la Ley penal.

Por otro lado, dada la naturaleza de los comportamientos descritos en el art. 467.1º sólo es imaginable la comisión por acción, quedando excluidos, a diferencia del párrafo 2º los supuestos de omisión<sup>245</sup>.

El problema interpretativo más importante de este delito radica precisamente en la necesidad de dotarlo de un contenido material propio, ya que, de entender el tipo en un aspecto meramente formal nos encontraríamos con la imposibilidad de superar el ámbito de la infracción estrictamente deontológica.

Tal cuestión no resulta novedosa, ya que, desde hace tiempo se planteó por la jurisprudencia del T.S -S 6 de Julio de 1.970, (RJ 1.970, 3202)-, en el sentido de que no podía bastar el hecho de que un mismo abogado o procurador defienda o represente en un mismo asunto a dos personas con intereses contrapuestos, sino que, para que pudiera nacer el ilícito penal habría de producirse un efectivo perjuicio en los intereses de alguno de ambos clientes, aunque no es necesario que el perjuicio ocasionado fuera de naturaleza económica<sup>246</sup>. Si ese perjuicio, no se exige y ni se demuestra, entiende TORIBIO GARCÍA<sup>247</sup> que no podemos llegar más allá de una era infracción deontológica.

Se indica pues, por un sector de la doctrina española que, en realidad, se trata de un delito de peligro –concreto o abstracto dependiendo de las diversas opiniones vertidas al respecto- para los intereses del primitivo cliente, y esta posición también ha sido acogida por parte de nuestra jurisprudencia.

---

<sup>245</sup> GOYENA HUERTA, J ( y otros), *Delitos contra la Administración de Justicia*. cit., p. 291.

<sup>246</sup> QUINTERO OLIVARES, G; *Comentarios al nuevo CP*, cit., pp. 1992 y ss , este autor considera que: “...la intervención del Derecho Penal se justifica en ese perjuicio, sin necesidad de que sea tangible económicamente, bastando con que afecte a las acciones o pretensiones del cliente traicionado, perjuicio determinado porque la ayuda que presta al contrario es valiosa para ese contrario precisamente porque viene a su vez nutrida por los conocimientos obtenidos en la anterior relación de confianza..”; en similares términos se pronuncia CALVO-RUBIO BURGOS, J. B; “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”. cit., pp. 493-494.

<sup>247</sup> TORIBIO GARCÍA, LF; “Falsedad, Delitos contra la Administración pública y Contra la Administración de Justicia. Títulos XVIII, XIX y XX del nuevo Código Penal”, cit., pp. 529 y 530.

En esta línea, BUSTOS RAMIREZ<sup>248</sup> afirma que estamos en presencia de un delito de peligro respecto de los intereses del cliente cuya base se halla en la falta de ética profesional.

Desde el punto de vista Jurisprudencial podemos mencionar las SSTS de 20 de Enero de 1.969 (RJ 1969, 479) y de 29 de Diciembre de 1973 (RJ 1973, 5111), de 6 de Julio de 1970 (RJ 1970, 3202) que tras resaltar la inmoralidad de la doble defensa, afirman que *“ésta implica un quebranto siquiera fuere potencial, de los intereses del primitivo cliente por aprovechamiento en su contra de datos y ventajas adquiridos por aquel por razón de su oficio”*; de fecha más reciente las SSTS de 16 de Noviembre de 1.996 (RJ 1.999, 1563) y de 26 de Noviembre de 1.999 –ponente García Ancos- (RJ 1.999, 4639) manifiestan utilizando términos semejantes que: *“...aunque se haya entendido por buena parte de la doctrina y de la Jurisprudencia el carácter puramente objetivo de éste delito de deslealtad, para su comisión se requiere como mínimo que el abogado o abogados imputados hayan creado un peligro concreto para los intereses de la parte...”*, por su parte, la STS de 25 de Mayo de 1.996, -ponente: Bacigalupo Zapater- (RJ 1996, 459) señala que: *“el tipo objetivo del delito del artículo 361 requiere que el abogado haya creado, al menos, un peligro concreto para los intereses de la parte que defiende. Este elemento no surge directamente del texto, pero es esencial si el mismo es entendido teleológicamente, es decir, en relación a la salvaguarda de los intereses de la parte defendida por el abogado. Por otra parte, el contenido del tipo debe ser proporcionado a la gravedad de la pena y ésta tiene una gravedad que superaría manifiestamente la correspondiente a una infracción meramente formal, es decir, de la cual no se hubiera derivado ningún peligro de perjuicio para la parte afectada. En este punto es indudable que el principio de proporcionalidad, que se deriva de la Constitución Española, tiene una significación decisiva en la interpretación de la ley penal, y junto a la finalidad de la misma, fundamentan la exigencia de un peligro de perjuicio de los intereses de la parte defendida por el abogado”*.

La posición expuesta supone aceptar de forma expresa una primacía de la consideración de la lesión de los derechos del cliente sobre la infracción de los deberes

---

<sup>248</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1.991, p. 439

profesionales<sup>249</sup>, y por ello, resultaría evidente que se protegen, aún en la tipificación de delitos que representan un peligro para el bien jurídico –correcto funcionamiento de la Administración de Justicia-, los intereses de estas personas. No obstante, PÉREZ DEL VALLE<sup>250</sup> considera que aún cuando esta conclusión pudiera parecer impecable, la idea de que mediante este delito se protege, en todo o en parte, el interés particular de las personas no ofrece respaldo.

Considero, una vez más, necesario recurrir a la naturaleza y contenido del bien jurídico protegido como argumento crucial para la resolución de este problema interpretativo. Resulta más que evidente, y es indiscutible, la necesidad de dotar de un contenido material al tipo del art. 467.1º ya que de otro modo no sería justificable que tal deslealtad profesional hubiese saltado desde el ámbito puramente deontológico al de la punición penal, sobre todo si tenemos en cuenta que en un Estado Social, Democrático y de Derecho debe reducirse la coerción al mínimo indispensable y el recurso al DP debe responder verdaderamente a su carácter de *última ratio*.

La merma que los llamados *delitos de peligro* suponen respecto del principio básico de intervención mínima del ordenamiento penal sólo puede justificarse en atención a la importancia fundamental del bien jurídico que se pretende tutelar.

Para determinar dicha importancia no es suficiente –aunque si es importante- que se trate de un bien que haya recibido un reconocimiento constitucional, lo que presupone su importancia social, sino que, además, se requiere la necesidad de su protección por el DP. Todos esos requisitos concurren en el bien jurídico al que deben responder los delitos tipificados en el Título XX del CP de 1.995, y que en el supuesto del art. 467.1º se concreta a través de la posible lesión del derecho fundamental de defensa.

---

<sup>249</sup> ORTS BERENGUER, E; *Derecho penal . Parte Especial*. Ob. Cit. quien defiende que “ ha de darse aquí mayor relevancia al derecho material del cliente que a la violación formal del deber profesional”, este autor critica las las SSTs de 9 de Octubre de 1.972 (Ar.4031) y 29 de Diciembre de 1.973 (Ar. 5111), pues consideran “*prevalente en esta figura delictiva la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho ( del cliente)*.”

<sup>250</sup> PÉREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión penal”, *La Ley* 1.997, cit., p. 1836.

Comparten este argumento GARCÍA ARÁN<sup>251</sup> al señalar que: “*lo decisivo en la interpretación debe ser que el derecho de defensa del primer cliente, debe quedar dificultado o impedido por la defensa de la parte contraria, de esta forma se proporciona el contenido material que reclama Quintero para evitar que este delito se interprete como la mera infracción formal de un deber.*”, y SERRANO PIEDECASAS<sup>252</sup> que considera que el perjuicio ocasionado por la deslealtad de estos profesionales cobra relevancia penal por el hecho de lesionar específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva del particular, fuera de este supuesto, el incumplimiento del abogado y del procurador pierde relevancia penal y queda en el mismo nivel que cualquier otro profesional.

Por otro lado, si acudimos al tenor literal del art. 467.1º se deduce que, mientras por un lado, no exige la causación de un perjuicio al cliente, por otro lado, hace patente claramente la necesidad, por exigencias del tipo, de la existencia de “*intereses contrapuestos*”, lo que, a su vez, conduce a la conclusión de que la realización de las conductas de doble defensa o representación entorpece directamente el normal desarrollo del proceso, en cuanto que, conculcan el principio de contradicción, y vulneran fundamentalmente el derecho de defensa de la persona “traicionada” por uno de estos profesionales, argumento que resulta compatible con la propia ubicación sistemática del artículo 467.1 dentro del título de los “*Delitos Contra la Administración de Justicia*”.

De cualquier modo, y aunque, de la letra de la Ley no se desprende la exigencia del perjuicio para el cliente, es evidente que la satisfacción de los intereses de éste a través del proceso pueden peligrar o verse perjudicados como consecuencia del atentado o puesta en peligro del derecho de defensa por la conducta desleal de los profesionales que le asisten, pero dicho perjuicio no deja de ser más que una de las consecuencias inherentes a la acción delictiva de manera que el verdadero fundamento de ésta se halla en el riesgo que genera para el bien jurídico protegido, que no es el interés del particular, sino el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Refuerza este argumento la S AP de Granada de 27 de Noviembre de 1.992 –ponente Bravo Gutierrez- (BDAP a134/1993) Marginal 441 cuyo FJº 2 exige “*para poder entrar en el tipo (del entonces vigente 361 del*

---

<sup>251</sup> GARCÍA ARÁN, M. “Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional en el C.P de 1.995”, en *Delitos Contra la Administración den Justicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., p. 8 de la ponencia.

<sup>252</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, cit., pp. 419 y ss

*CPTR de 1.973) es necesario que los actos de estos profesionales tengan en el caso concreto la naturaleza y eficacia de la dirección técnico-jurídica en orden a la formulación y fundamentación de pretensiones u otros actos procesales, orientados al ejercicio de las facultades que la ley procesal otorga para la defensa de los intereses encargados, y en otro, una asunción representativa para hacer y recibir los actos procesales por y para su poderdante voluntario o de designación colegial;... por lo que no entra en el campo del artículo examinado una participación meramente accidental, transitoria y secundaria...”.*

En consecuencia, en el caso del abogado o procurador, que no asumiera de “*facto*” un papel directivo y asuntivo, sino que, como indica la citada sentencia tuviera una intervención meramente accidental, incurriría, desde luego, en una conducta susceptible de reproche ético desde el punto de vista de la deslealtad que representa para su cliente, pero no podría resultar sancionado desde el punto de vista penal al faltar la esencia delictiva del riesgo objetivo para el interés jurídico-penal tutelado, a no ser que se interprete que dicha intervención accidental es suficiente para apreciar la concurrencia de responsabilidad penal en grado de tentativa, así lo interpreta PÉREZ CEPEDA<sup>253</sup> que en relación al procurador entiende v.g. que aún cuando en la práctica el poder a procuradores se otorgue a favor de varios entre los que puede aparecer el de la parte contraria, será necesaria por lo menos la aceptación de la representación por parte del procurador para apreciar la tentativa.

## 2. LA ACCIÓN TÍPICA DESCRITA EN EL ART 467.1º CP

El núcleo del tipo del art 467.1º del CP viene constituido por los siguientes hitos:

- Abogado o procurador que ha **asesorado** o tomado la **defensa o representación** de alguien, y
- Sin su **consentimiento**
- Defiende o representa a quien

---

<sup>253</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. cit., p. 181.



- en el *mismo asunto* tiene
- *Intereses contrarios*.

La redacción del artículo 467.1 del CP de 1.995 es prácticamente similar, como ya se ha indicado con anterioridad, a la del artículo 361 del CPTR de 1.973, pero existe una serie de matices a tomar en consideración en relación con el asesoramiento; por un lado, al utilizar el legislador de 1.995 la fórmula: “*habiendo asesorado o tomado la defensa o representación....*” frente a la de: “*El Abogado o Procurador que habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defendiere o representare después.....,o la aconsejare,....*”; parece evidente que ya no es necesario que el abogado haya llegado a tomar la defensa del primer cliente como requisito de la conducta típica; y por otro lado, mientras en el artículo 467.1 del vigente Código el asesoramiento se predica respecto del primer cliente en el texto del artículo 361 del CP de 1.944 la conducta de “*aconsejar*” aparece referida al segundo cliente, es decir, es distinto en uno y otro código el sujeto sobre el que debe ejercerse la asesoría.

A continuación, vamos a tratar de dar una interpretación de la conducta típica descrita, realizando una *disección* de los diferentes componentes de la misma.

### *2.1 Asesorar, defender, representar*

Siendo distintos los deberes profesionales, así como las facultades y derechos de los dos posibles sujetos activos del delito -abogado y procurador-, y en tanto en cuanto, no se desarrollen las novedosas facultades procesales que el actual EGP parece prever para los profesionales de la procuraduría<sup>254</sup>, lo más correcto será determinar la

---

<sup>254</sup> El vigente EGP aprobado por Real Decreto 1281/2.002, de 5 de Diciembre, (BOE de 21 de Diciembre de 2.002) dispone que: “*Son Procuradores de los Tribunales quienes, válidamente incorporados a un colegio: Se encargan de la representación de sus poderdantes ante los Juzgados y Tribunales de cualquier orden jurisdiccional. Se encargan del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes. El procurador podrá ostentar la defensa del cliente cuando no esté reservada por Ley a otras profesionales.*” (Artículo 3).

conducta descrita en el tipo penal por separado respecto de cada uno de estos profesionales jurídicos.

Por lo que se refiere al **abogado**, la conducta con relevancia penal consistirá en: **asesorar** o **asumir la defensa** de alguna persona en un asunto, para, sin su consentimiento, asumir, en el mismo asunto, la defensa de la persona o personas con intereses contrapuestos.

Ambas funciones, defensa y asesoramiento jurídico, forman parte del ejercicio profesional de la Abogacía; y así lo dispone el artículo 436 de la LOPJ y 6 del EGA al señalar expresamente 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 todo clase de procesos, o el asesoramiento y el consejo jurídico”*.

*¿Qué diferencias existen entre ejercer la defensa y asesorar? ¿Cabe considerar al asesoramiento como una especie o forma de defensa?*

Fuera de los supuestos en los que se adopte un concepto muy amplio de defensa, cabe entender, y, así se desprende claramente del propio EGA, el hecho de que, ambos términos no son en absoluto sinónimos, sino que la defensa aparece como una actividad relacionada de modo directo con el proceso, mientras que no se deduce necesariamente lo mismo respecto del asesoramiento. En el asesoramiento el letrado se limita a verter una opinión profesional, en tanto en cuanto, la defensa va más allá, y comporta la asunción por parte del letrado de actuaciones encaminadas a la protección de los intereses de su cliente.

En efecto, el término *“asesorar”* parece encontrarse más próximo a la actividad por la que se ejerce el consejo jurídico o la mera consulta de opinión del letrado, ya se efectúe éste de forma verbal o por escrito; antes, durante o tras la vigencia o el curso de un proceso pero extramuros de aquel. CORDOBA RODA<sup>255</sup> considera que *asesorar* es dar una opinión jurídica sobre unos hechos, y por tanto, el abogado que expresa su opinión verbal o escrita o que tras estudiar un asunto informa sobre las posibilidades jurídicas que el mismo ofrece

---

<sup>255</sup> CORDOBA RODA, J. Y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal Ob. Cit.* Pág. 2311.

no puede defender con posterioridad a otra persona con intereses contrarios a la de quien ha recibido tal asesoramiento.

Tal distinción se muestra acorde con una concepción restrictiva de la defensa, que es la que considero más adecuada. Dicha concepción es mantenida por la profesora PÉREZ CEPEDA<sup>256</sup> para quien la defensa sólo es predicable respecto de actos verificados dentro de un proceso de cualquier naturaleza, en el que sea preceptiva o facultativa la presencia de abogado o procurador, y ello, en base la propia literalidad del art. 467.1º y a la peculiar naturaleza del bien jurídico tutelado.

No obstante, el criterio expuesto no deja de ser minoritario dado que, la mayoría de la doctrina<sup>257</sup> se inclina por entender el término “defender” en sentido amplio, apoyándose en la supresión del término “*parte*” en la nueva regulación y su sustitución por el de “*persona*” con lo que parece desprenderse que el CP no limita la comisión del delito a aquellos casos en que exista un enfrentamiento contencioso, lo que permitiría al abogado perpetrar la conducta punible tanto dentro como fuera del proceso. Tal opinión se basaba, así mismo, en que de hecho, incluso, la Jurisprudencia, al interpretar la regulación anterior, también había estimado incursos en responsabilidad criminal los casos de deslealtad en el ámbito de asesoría o consejo (SSTS de 11 de Mayo de 1.989 (RJ 1989, 4953) y 19 de Octubre de 1.996 (RJ 1996, 7818)).

El verbo “*defender*” según MAGALDI PATERNOSTRO<sup>258</sup> debe de entenderse como sinónimo de “*dirigir en el aspecto técnico legal*” y CÓRDOBA RODA<sup>259</sup> entiende

---

<sup>256</sup> PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, cit., pp. 175-176.

<sup>257</sup> Así podemos mencionar a QUINTERO OLIVARES G; *Comentarios al nuevo CP*, cit., pp. 1992; DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores*, cit., p. 15, quien señala que: “*el verbo defender viene generalmente entendiéndose en sentido amplio de “dirigir en el aspecto técnico – legal, bien sea en el proceso, o en asuntos extraprocesales aunque se haga a través de la colaboración de otro abogado. El delito se comete con el simple asesoramiento o consejo técnico de la parte contraria, de forma que el doble asesoramiento queda también incluido en el tipo, sin que sea precisa la realización de actos que trasciendan al exterior, como presentar escritos, emitir informes..”*”, CALVO-RUBIO BURGOS, “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”, cit., pp. 493-494.; VIVES ANTÓN *Derecho Penal Parte Especial*, p. 739, que estima que: “*parece claro que la conducta tanto la comete el abogado que interviene como tal en un procedimiento, como el que se limita a emitir su opinión profesional o a dictaminar en el mismo asunto, siempre que antes haya asesorado o defendido a quien tenga intereses contrarios a los que ahora representa o defiende, y que no haya otorgado su consentimiento el primer cliente*”; y GOYENA HUERTA, J; *Delitos contra la Administración de Justicia*. cit., p. 291.

<sup>258</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: “La prevaricación de abogado y procurador”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1.994, p. 6 de la ponencia.

que defender a los efectos del artículo 467 del CP equivale a amparar o proteger los intereses de una persona.

En cualquier caso, me inclino por una interpretación restrictiva del verbo “defender”, de modo que la defensa sólo debe estimarse predicable respecto de actos que se producen dentro del proceso, cualquiera que sea su naturaleza, para sostener tal conclusión es suficiente atender a la literalidad de la Ley y a los principios informadores de la interpretación de las Leyes Penales que excluyen cualquier interpretación extensiva, analógica o perjudicial al reo.

En consecuencia, no existe duda, de que, de decantarnos por una interpretación restrictiva del término “*tomar la defensa*”, en ningún caso pueden comprenderse implícitamente incluidas en tal expresión, por ejemplo, las conductas de doble asesoramiento, máxime cuando el propio precepto penal distingue respecto del primer cliente entre las conductas de asesorar o defender, y, no lo hace respecto del segundo.

La Jurisprudencia, en las muy contadas ocasiones que ha llegado a pronunciarse, interpretó restrictivamente los términos “tomar la defensa”, exigiendo actos de postulación y excluyendo los de mero estudio sin llegar a emitir dictamen - STS de 22 de Diciembre de 1962, -ponente Cid y Ruiz Zorrilla- (Ar. 4950)- o intervención ejecutoria sin contención ni oposición -STS de 6 de Julio de 1970, -ponente de Oro Pulido- (Ar. 3202); doctrina que, para algunos autores, “no parece acomodarse al principio de lealtad procesal”.

Otra cuestión aunque relacionada con la anterior, se plantea en relación a la trascendencia de la inclusión en el tipo penal de la conducta de asesoramiento, *¿se entiende que tal expresión proporciona carta libre al Abogado para cometer la conducta dentro y fuera del proceso?*

Si se admitiese la posibilidad del doble asesoramiento, es decir, si se estimase cometido el delito por el abogado que habiendo asesorado a una persona asesore, sin el

---

<sup>259</sup> CORDOBA RODA, J. Y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal* Ob. Cit. Pág. 2312.

consentimiento de ésta, en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios la respuesta tendría que ser afirmativa, pero ello resulta muy discutible.

Reitero que no es posible sostener la comisión del tipo previsto en el art. 467.1º del CP a través del doble asesoramiento. El primer argumento que apoya esta afirmación, radica en que lo impide el tenor literal del mismo, ya que, en relación al primer cliente se diferencia el asesoramiento de la asunción de la defensa o representación, sin embargo respecto del segundo, sólo se alude a éstas últimas, como consecuencia, y dado que la mención separada del inciso inicial confirma que se trata de actividades diferentes, no es posible entender que también el asesoramiento al segundo cliente, habiendo hecho lo mismo con el primero, resulte típico- no debe distinguirse donde la ley no lo hace-, por lo que, como sostiene GONZÁLEZ RUS<sup>260</sup> *“El Abogado o Procurador que haya asesorado a un primer cliente, y, después asesore en el mismo asunto a la parte contraria, sin llegar a tomar la defensa o representación legal o material del mismo, no realiza el delito del art. 467.1º”*; pero es que además, lo que cualifica penalmente el asesoramiento del primer cliente es que, a pesar de ser una conducta extra - procesal, adquiere relevancia penal no por sí misma, sino por la repercusión procesal que puede derivarse de ella, sobre todo en harás al derecho de defensa del asesorado y del principio de contradicción.

En efecto, al asumir el profesional que realiza el asesoramiento, la defensa o representación de la parte contraria en un asunto relacionado con ese asesoramiento, parte de una serie de conocimientos que le ha proporcionado o confiado el primer cliente, es decir, está *contaminado* por una serie de datos que potencialmente pueden producir un evidente desequilibrio entre las partes enfrentadas, y que hacen realmente difícil un ejercicio imparcial y leal de la abogacía. Tal consideración del asesoramiento es la única que permite dar plena satisfacción a la propia exigencia del bien jurídico tutelado en cuanto que las conductas típicas deban de trascender al marco del proceso, ya que de otro modo, no es posible atentar contra el correcto no normal funcionamiento de la Administración de Justicia.

---

<sup>260</sup> GONZÁLEZ RUS, J, J; *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial II.* cit., p. 897., también comparte este criterio CADERÓN CEREZO, A; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 566 a 567 al señalar al respecto: *“la conducta típica requiere que dos o más personas (clientes) con intereses contrarios que se debatan en el mismo proceso, pleito o litigio, y en estas condiciones el abogado que hubiera asesorado a una de aquellas luego, sin su consentimiento, asuma la defensa o representación de la parte contraria. Si respecto de la última realiza actos de mero asesoramiento, la conducta no es punible.”*, y CORDOBA RODA, J. Y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal Ob. Cit.* Pág. 2313.

Ahora bien, *¿cualquier asesoramiento es potencialmente suficiente para cometer el delito?*, o mejor dicho, *¿qué requisitos intrínsecos debe reunir el asesoramiento profesional al primer cliente para que, en el supuesto que se cumplan las demás condiciones del tipo, éste tenga relevancia penal?*

Con independencia de cualquier otra consideración, y aunque parezca obvio, solo debe ser típico el consejo o asesoramiento conducente a un perjuicio para la otra parte, ya que el dirigido a conciliar las pretensiones encontradas no puede ser considerado en modo alguno integrante del tipo<sup>261</sup>.

Por otra parte, parece de todo punto evidente que para la perpetración del delito previsto en el artículo 467.1 del CP no basta un mero contacto informal, en el que se solicita simplemente la opinión del profesional y el primer cliente sólo revela hechos notorios o datos sin trascendencia; si no que, según MUÑOZ CONDE<sup>262</sup>, es preciso que se tenga un conocimiento efectivo y esencial sobre el asunto. Así también lo entendió la STS de 3 de Abril de 1.974 –ponente Sáez Jiménez- (Ar. Rnº 1679) al estimar que para que el asesoramiento pueda dar lugar a la comisión de este delito se requiere que el abogado o procurador haya llegado a tener efectivamente conocimiento del asunto, no bastando, una simple conversación o entrevista en la que sólo se revelan hechos notorios o datos sin trascendencia para el asunto en cuestión.

Consiguientemente, deben quedar fuera del tipo penal las simples conductas iniciáticas en las que el abogado no ha tenido conocimiento mas que de documentos públicos, según doctrina sentada desde PACHECO<sup>263</sup>- para el que las consultas previas, con exhibición de documentos públicos y sin que se comenten “secretos”, no constituye la figura que comentamos-, y en las que, aún no ha aceptado la relación de servicios para con el cliente. Si bien, como señala BENITEZ ORTÚZAR<sup>264</sup>, si el abogado no acepta la

---

<sup>261</sup> MELÉNDEZ SÁNCHEZ, FL; “Entorno al delito de Prevaricación. Especial referencia...”, cit., p. 471.

<sup>262</sup> MUÑOZ CONDE, F, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., pp. 895-896: “*Para Que el asesoramiento pueda dar lugar a la comisión del delito se requiere que el abogado o procurado haya llegado efectivamente a tener conocimiento del asunto, no bastando una simple conversación o entrevista en que sólo se revelan hechos notorios o datos sin trascendencia para el asunto en cuestión...*”

<sup>263</sup> En *El Código Penal. Concordado y comentado*, tomo II, Madrid, 1867. p. 412.

<sup>264</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., pp. 219 y ss.

relación de servicios profesionales con el primer cliente, pero el conocimiento que ha adquirido de los hechos es tal que comprende documentos y circunstancias íntimas del mismo y acepta la defensa de la parte que tiene intereses contrarios no debe existir inconveniente en estimar realizado el tipo del artículo 467.1 del CP. Dicha opinión entiendo que resulta completamente acertada, dado que, el no aceptar la defensa posterior, no afecta a la existencia de una relación profesional con el primer cliente, la cual existe en el momento en el que en calidad de abogado se presta el asesoramiento requerido.

Así mismo, señala este autor que no debe confundirse el asesoramiento extra-procesal con el asesoramiento pre-procesal de conocimiento de los hechos y estudio técnico jurídico que acerca del asunto realiza el abogado con carácter previo al inicio del procedimiento, y señala que, sólo éste último es el ámbito del asesoramiento al que se refiere el tipo, al ser el único asesoramiento que con carácter exclusivo y excluyente puede prestar el abogado y que lo diferencian de otros particulares profesionales del Derecho, como agentes de la propiedad inmobiliaria, Catedráticos, gestores administrativos.....etc; en el supuesto de que éstos participen en labores de asesoramiento pre-procesal o procesal, como puede ser la emisión de informes o dictámenes, quedarían fuera del tipo previsto en el artículo 467.1, respondiendo de sus actos de acuerdo con las normas deontológicas por las que se rigen sus respectivas profesiones, o, en su caso, respecto de los tipos penales contra bienes jurídicos individuales. Cabe preguntarse entonces: *¿por qué no adoptar la misma solución legislativa en relación a la actuación del abogado que realiza alguna de las conductas descritas en el artículo 467.1 del Vigente CP?*; a caso, *¿no supondrían las conductas de los profesionales mencionados -Gestores Administrativos, Agentes Administrativos,..- un ataque al bien jurídico protegido -correcto funcionamiento de la Administración de Justicia ?*.

Es, en definitiva, discutible que cualquier asesoramiento o consejo pueda ser entendido como actividad profesional y, por tanto, que sea correcta la extensión del tipo a todas las actuaciones extraprocesales de los abogados, resultaría infinitamente más adecuado a Derecho estimar que sólo aquellas asistencias de carácter jurídico dirigidas a un resultado procesal deberían enmarcarse en la órbita de los comportamientos típicos, dado que éstos han de constituir actividades profesionales prestadas en calidad de abogado realizadas en interés de una persona, en la medida que esa persona puede ser parte. En este sentido, se debe entender existente la relación profesional cuando la consulta profesional

jurídica realizada al letrado en cualquier lugar, si con carácter previo, se hace constar expresa o tácitamente el carácter con el que se solicita tal criterio profesional.

De manera consecuente con todo lo expuesto, las únicas modalidades delictivas de posible perpetración por los profesionales de la abogacía ex art 467.1º, - partiendo, eso sí, del presupuesto de la existencia de una verdadera relación profesional<sup>265</sup> abogado /cliente, ya continúe dicha relación, ya haya cesado, a éste respecto la S AP de Zaragoza de 18 de Julio 1.996, ponente Pérez Legasa, (BDAP a329/1996) Marginal 869 absolvió por un delito de prevaricación del art. 361 del anterior CP al no concurrir una relación específica abogado-cliente<sup>266</sup>-, según el tenor literal del precepto citado deben reducirse a dos:

*1ª - “asesorar a una persona y, sin su consentimiento, asumir la defensa de persona o personas con intereses contrapuestos en el mismo asunto.”*, con la inclusión de la actividad de “asesorar”, entre las posibles conductas con las que se puede perpetrar el delito descrito en el art. 467 del vigente CP se introduce por el legislador la fase pre-procesal en el tipo.

*2ª - “Tomar la defensa del primer cliente y, sin su consentimiento, defender en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios”*. En este supuesto, se parte de un procedimiento ya iniciado, en el que el abogado que tiene atribuida la dirección técnica y defensa respecto a una parte, bien porque el abogado de la contraparte ha renunciado a la defensa, o ésta ha renunciado a los servicios de su abogado inicial, o bien porque el abogado trata de llevar procesalmente la defensa de personas con intereses contrapuestos -aún con la colaboración de otro profesional-, se produce la doble actuación procesal típica exigida por el tipo. Es indiferente en este supuesto que continúe o haya cesado la defensa del primer cliente en el mismo asunto, aún

---

<sup>265</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J: *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial II.* cit., p. 898, considera que: “..el abogado o el procurador tanto en actuaciones procesales como extraprocesales han de haber aceptado la dirección o representación. No bastan los contactos informales que no acaban con la asunción de la representación o defensa..”; DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores*, cit., pp. 15-16 señala también que: “..debe haber una efectiva y aceptada relación profesional entre el sujeto activo y quienes en un mismo asunto mantienen posiciones enfrentadas, bien entendido que las consultas previas para hacerse cargo del caso o rechazarlo no integran éste delito..”

<sup>266</sup> La sentencia trataba del supuesto de apoderamiento concedido por la entidad ejecutada en calidad distinta de la de letrado, de modo que con posterioridad se produjo un ejercicio profesional a favor del ejecutante del apoderado.



cuando haya cesado, estaremos ante un supuesto típico. Ningún problema sustancial debe plantear esta modalidad delictiva. Si merece la pena apuntar, -sin perjuicio de su posterior tratamiento en sede de formas especiales de ejecución- la posibilidad de que el abogado ejerza la doble defensa a través de otro abogado, al cual utiliza formalmente, así como el caso de abogados pertenecientes a un mismo despacho que defienden en un asunto a personas con intereses contrapuestos, no obstante, habrá de estarse a las características concretas del caso de que se trate, y será necesario acreditar la indicada “instrumentalización”.

Ahora bien, entiendo que quedarían extramuros del tipo penal y estaríamos en presencia simplemente de infracciones estrictamente deontológicas, sin perjuicio de que si se comunicasen secretos de cualquiera de los clientes se estuviera en presencia del tipo de revelación de secretos profesionales del art 199 del vigente CP, en los siguientes casos:

- las conductas consistentes en el doble asesoramiento pues si en ambos casos se asesora extra-procesalmente no asumiendo el letrado ningún papel directivo en el desarrollo del proceso.
- En el caso del abogado que llevando la dirección letrada en un asunto de su cliente inicial, asesora en el mismo asunto a otro sujeto personado en el proceso que ostente intereses contrapuestos, paradójicamente tampoco podría entenderse cometido el tipo del artículo 467.1 porque tal conducta no entraría en la descripción del tipo penal. Aún cuando tal supuesto pudiera parecer altamente improbable, pues la parte contraria deberá estar personada en el pleito con otro profesional de la abogacía, que será el que desempeñe la defensa de su cliente; debo manifestar, en realidad, que no es una probabilidad tan remota fundamentalmente en el ámbito del procedimiento civil, ya que la nueva LECiv de 7 de Enero de 2.000 ha aumentado considerablemente los supuestos en que las partes pueden intervenir sin asistencia letrada en los litigios de escasa cuantía económica, en tales casos, resulta factible que una de las partes esté personada con asistencia letrada y la otra no, dándose la paradoja de que el mismo letrado que asiste a la primera, preste asesoramiento extraprocesal a la segunda.

En todo caso, habrá de estarse al caso concreto, y reconducir la conducta en cuestión bien por la vía disciplinaria, bien por la vía del apartado segundo del artículo 467 del CP.

Por lo que respecta a las posibles conductas punibles a realizar por el procurador, en realidad, sólo cabe la doble representación, puesto que entre sus funciones, en principio, no entra la defensa ni el asesoramiento jurídico, por tanto, la acción típica se limitará al supuesto del procurador que habiendo tomado la representación en un pleito o causa de una persona, sin el consentimiento de ésta asuma la representación de quien tiene intereses contrapuestos de modo simultáneo o sucesivo en el mismo asunto. No obstante, tal circunstancia puede verse modificada cuando se desarrollen las futuras facultades que para la procuraduría se prevén en el actual EGP. En cualquier caso, el artículo 438 de la LOPJ señala que: “*corresponde exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la Ley autorice otra cosa.*”

Siendo la representación la exclusiva función del procurador es preciso efectuar una serie de reflexiones a cerca de la significación del *el instituto de la representación*.

Con carácter general, la representación viene a ser la concesión de un poder de legitimación a determinada persona –representante- para que obre en interés y por cuenta de otra –representado- más, concretamente, la representación directa se define como “*el medio por el cual una persona realiza un acto jurídico a nombre de otro y por su cuenta para que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la persona del representado*”. Los requisitos generales de la representación son:

- a) capacidad suficiente del representante,
- b) que el representante ostente título bastante, y,
- c) que el representante obre en nombre y por cuenta del representado.

La posesión de capacidad para ser parte y capacidad procesal puede no ser suficiente para actuar válidamente en un proceso, pues a ello se añade la necesidad de intervenir por medio de un representante, denominado procurador –o representación

técnica-. La capacidad de postulación no guarda ninguna relación con la capacidad jurídica y con la capacidad de obrar, que son cualidades subjetivas, sino que hace referencia a la pericia profesional que se entiende necesaria para la realización de los actos que componen los procesos, dada la complejidad y el tecnicismo de éstos. Por ello, se obliga a las partes, salvo tasadas excepciones, a actuar mediante un representante cuya intervención se justifica por razones técnicas, en beneficio de las propias partes e incluso del buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

En cualquier caso, el procurador tiene una función estrictamente procesal y del contenido de la relación que liga al cliente con el procurador se desprende, sin lugar a dudas, que aquella se configura como un mandato representativo, pues el mandatario –procurador- no sólo se obliga a actuar por cuenta o encargo del mandante –el cliente-, sino también a actuar en su nombre. El acto por el cual se confiere la representación es el poder.

Hay que tener en consideración que en el uso forense los poderes se otorgan de ordinario a varios procuradores, por lo que con frecuencia, puede resultar que un mismo procurador tenga poder de dos partes en litigio, aunque actúe sólo de modo causídico de una de ellas. Para que el procurador incurra en el supuesto típico, no será bastante el mero hecho de estar designado en el poder de la parte contraria, ya que es necesario que el procurador acepte el poder, aceptación que puede ser expresa o presunta. La aceptación presunta resulta del hecho de que el propio procurador haga uso del poder, llevando a cabo actos de efectiva representación.

Por tanto, por lo que concierne al procurador, la doble intervención debe plasmarse en la asunción de dos representaciones incompatibles y es indiferente que se continúe o haya cesado la representación del primero de los clientes: aún habiendo cesado ésta si se asume la representación en el mismo asunto de quien ostenta intereses contrarios, estaremos ante un supuesto típico, siempre, claro está que falte el consentimiento del primer cliente.

No obstante, considero que si tenemos en cuenta las facultades tasadas por el poder que tienen los profesionales de la procuraduría, así como, la labor real de los mismos que generalmente queda reducida a meros *porteadores* de documentos y resoluciones sometidos a la dirección letrada, se hace difícil imaginar de qué modo la doble

representación en sentido estricto, pueda suponer un atentado tan feroz o directo a la recta Administración de la Justicia como para merecer la intervención punitiva penal, siendo a todas luces más una conducta reprochable disciplinariamente que sin duda pone de manifiesto una absoluta falta de ética profesional.

Finalmente, es posible apuntar la posibilidad de una conducta *mixta* consistente en el supuesto de que la relación profesional con un cliente fue a título de abogado, y posteriormente, con la parte con intereses contrarios como procurador, o viceversa; así como el supuesto del que actúa asesorando o defendiendo en un asunto a un sujeto como abogado en primera instancia y en el recurso interpuesto en relación al mismo asunto, actúa como procurador de quien tiene intereses contrarios sin el consentimiento del primer cliente. En todos estos casos de conductas denominadas “mixtas”, considero que no existe ningún inconveniente, legal o interpretativo para estimar realizado el tipo del artículo 467.1 del CP. Tales supuestos, aunque pudieran parecer de laboratorio, son perfectamente factibles ya que la abogacía y la procuraduría son dos profesiones que pueden desarrollar los licenciados en Derecho, siendo muy frecuente los transfugismos desde una a otra actividad profesional, sobre todo entre licenciados en Derecho noveles, de todas formas, puede que incluso cobren mayor relevancia o sean más habituales cuando los procuradores asuman las nuevas funciones que para los mismos vislumbra el legislador y cuya puerta ha dejado abierta su nuevo Estatuto profesional.

## 2.2 “El consentimiento”

La expresión “*sin el consentimiento de ésta*” significa que es requisito para estimar cometido el tipo del art. 467.1º del CP que la persona a la cual se asesora, defiende o representa no consienta que se haga lo propio con la persona o personas que en el mismo asunto tiene intereses contrarios, de tal forma que, de concurrir el consentimiento otorgado por el primer cliente se convertiría dicha conducta en atípica.<sup>267</sup>

El art. 467.1º sólo recoge de manera textual la referencia al consentimiento del primer cliente, pero no menciona nada en este extremo respecto del consentimiento del segundo,

---

<sup>267</sup> SERRANO GÓMEZ, A; *Derecho Penal Parte Especial*. cit., pp. 812-813: “*El Abogado puede defender a dos o más personas con intereses contrapuestos siempre que las partes estén de acuerdo y el Abogado sea imparcial*”.

no requiriendo, al menos de forma expresa, que el segundo cliente tenga conocimiento de la anterior o vigente relación profesional entre el abogado o el procurador y el primer cliente. Al margen de ello, *¿qué valor ha de atribuirse al consentimiento del cliente? ¿Qué requisitos son exigibles al consentimiento para que surta efecto penal?*

A fin de dar respuesta a estas preguntas vamos a analizar, en primer lugar, los requisitos que debe reunir el consentimiento.

Entre las notas características que se han venido exigiendo para que dicho consentimiento pudiese operar como causa de atipicidad destacan:

- que ha de ser *precedente*. El consentimiento debe haber sido prestado con anterioridad a la acción del sujeto activo, un consentimiento posterior a la asunción de las funciones de defensa o representación de quien tiene intereses contrapuestos en un mismo asunto, determina la preexistencia del delito y sólo puede ser entendido en términos de perdón. Ahora bien, el consentimiento hasta la ejecución de la acción es revocable; por otra parte,
- el consentimiento también ha de ser *expreso*, así lo indican las SSTS de 20 de Enero de 1969 (RJ 1989, 479) y de 20 de Enero de 1.994 –AP 1994-1, ref. 267-. Aceptado el requisito del carácter expreso del consentimiento, se extrae como consecuencia lógica, que la revocación del mismo una vez prestada también deberá ser expresa.
- A estos requisitos debe añadirse, aunque pueda resultar obvio, que el consentimiento *debe ser libre y consciente*, el consentimiento viciado, es decir el prestado bajo coacción, engaño, violencia, intimidación, error no surte efectos, es decir, se reputa inexistente.

Sin embargo si analizamos la teoría general del consentimiento en el DP a los requisitos aludidos deberían añadirse los de *capacidad y titularidad*<sup>268</sup>, es decir, es preciso

---

<sup>268</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; “El consentimiento en el Derecho Penal”, *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*. Madrid 1.999. pp. 14 a 18.

que el sujeto que presta el consentimiento posea la capacidad natural de discernimiento que le permita advertir el significado y consecuencias esenciales de su consentimiento, de manera que como señala BARREIRO<sup>269</sup>, “esa capacidad faltará cuando concurren ciertas circunstancias de carácter temporal –inconsciencia- o permanente -enfermedad mental-.”

Ahora bien, la capacidad para consentir está vinculada directamente con la titularidad del bien jurídico de que se trate, y es precisamente en este aspecto donde encuentra el principal escollo y motivo de crítica el consentimiento cuya eficacia reconoce el art. 467.1º, de modo que si aceptamos como bien jurídico protegido el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia -bien jurídico “universal”- el titular del mismo no es otro que el propio Estado, en contrapartida el precepto alude paradójicamente al consentimiento del cliente. Sin duda esta situación, cuando menos chocante, merece un análisis detenido.

El consentimiento, como la adecuación social, plantean el problema de determinar si han de ser considerados como causas de justificación, o entender que las mismas eliminan la tipicidad. El consentimiento de la víctima en la realización de la conducta puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal. Concurre ésta cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito de no mediar el mismo. En nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento puede tener relevancia penal excluyendo la tipicidad, más solamente en aquellos supuestos en que el titular del bien jurídico ofendido tiene la plena disponibilidad del mismo. En consecuencia, el consentimiento será irrelevante cuando la titularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro corresponda a la colectividad, desde esta perspectiva atribuir relevancia al consentimiento del cliente -sea uno de ellos o de ambos- resulta en cualquier caso poco coherente con el mantenimiento de la idea de protección de intereses colectivos, es decir, supone una objeción al bien jurídico protegido que es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Frente a esa idea se ha llegado a argumentar que el consentimiento afecta tan sólo a la contraposición de intereses.

También se ha acudido a la concepción del bien jurídico desde el punto de vista de la persona, de tal modo que los intereses o bienes jurídicos colectivos o universales sólo

---

<sup>269</sup> BARREIRO, J; *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Madrid, 1.990, p. 84.

resultan legítimos en la medida en que sirven para el desarrollo personal del individuo, adoptar tal posición, implica otorgar una mayor amplitud a la capacidad de disposición del individuo respecto del bien jurídico y atribuir mayor incidencia a los efectos que el consentimiento ha de producir. Desde esta óptica, la capacidad de disposición sobre los bienes jurídicos se amplía y el abanico de bienes jurídicos disponibles.<sup>270</sup>

Tal y como se ha manifestado reiteradamente la lesión al bien jurídico “*correcto funcionamiento de La Administración de Justicia*” tiene lugar, en el supuesto de las conductas descritas en el art. 467.1º, a través de la trasgresión al derecho de defensa -objeto material sobre el que recae la acción delictiva-, de modo que, si este último no resultase lesionado en modo alguno puede alterarse el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en este supuesto, y las conductas resultarían impunes. Es imprescindible recordar la esencia de tal derecho y las pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de apreciar la indefensión.

El derecho de defensa, quiere decir, tener la oportunidad de defender las propias posiciones en todo proceso judicial que afecte a derechos o intereses propios –que son disponibles por el titular de los mismos, es decir, la parte tiene la plena disponibilidad sobre el derecho subjetivo material que hace valer en el proceso-, y conlleva un mandato para el legislador en orden a promover la defensa. La interdicción de la indefensión se proyecta sobre todo el proceso y debe basarse en tres pautas interpretativas:

- Las situaciones de indefensión han de valorarse según **las circunstancias de cada caso.**
- **La indefensión** que proscribire el artículo 24.1 de la CE, **no nace se la sola y simple infracción de las reglas procesales**, sino que, se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

---

<sup>270</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; “El consentimiento en el Derecho Penal”, cit., p. 10.

- Por último, el art 24.1 **no protege en situaciones de indefensión formal, sino en supuestos de indefensión material** en los que se haya podido razonablemente causar perjuicio al recurrente.

El derecho de defensa es un derecho fundamental de naturaleza subjetiva cuyo titular es el propio justiciable, como titular puede disponer de tal derecho, lo que atribuye efectos al consentimiento del mismo –así se pone de manifiesto en numerosas resoluciones judiciales en las que se ha estimado que no existe indefensión por que el propio interesado ha renunciado expresa o tácitamente a su derecho a defenderse<sup>271</sup>-. En consecuencia, el consentimiento del titular de los intereses o derechos que se debaten en el proceso otorgado al abogado o procurador que realizan la doble defensa o representación, hace desaparecer la supuesta traición de parte y elimina la conculcación del derecho de defensa, quedando así el tipo desprovisto de objeto material sobre el que debe recaer la acción delictiva hasta el límite de entender que esta no alcanza el grado suficiente como para determinar la lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia . Tal argumento es asimilable a los convenios extintivos de los procedimientos o a la renuncia en los delitos que se persiguen a instancia de parte.

No obstante, PÉREZ CEPEDA<sup>272</sup> considera aconsejable, de “*lege ferenda*”, que el consentimiento no fuera causa de atipicidad de la conducta, puesto que lo fundamental es el buen funcionamiento de la Administración de Justicia a través de un proceso con todos los

---

<sup>271</sup> A tal efecto reproducir las ya mencionadas: APA. AP ALICANTE) 22/10/1998 (RJL 779/1996)–ponente Flórez Menéndez-: “la existencia de la indefensión a que se refiere el art. 238-30 LOPJ, que según reiterada doctrina no se produce cuando en la pérdida de la oportunidad de defensa interviene la negligencia del propio afectado.”; APGR. AP GRANADA (Sección 3) 20/01/1998 (RJL 52/1997) –ponente Mascaró Lazcano- «no se producirá indefensión cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el Juzgador, el propio interesado, por imprudencia o negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los medios hábiles para hacer valer sus intereses»; APM .AP MADRID (Sección 20) 26/02/1998 (RJL 462/1995) –ponente Salazar Benítez-: “...sin que pueda alegar, en este momento, que se le ha producido indefensión por el hecho de que, en el transcurso del procedimiento, un Letrado renunciara a su defensa, ya que tuvo oportunidad de que se le designara abogado de oficio, como efectivamente hizo para la interposición del presente recurso.”; APMA. AP MALAGA (Sección 5) 16/03/1998 (RJL 289/1997) –ponente De la Torre Deza-: “la indefensión que alega no puede sino ser imputable a la misma.”; TSJA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ANDALUCIA (Sala Social) 26/02/1999 (RJL 1566/1998) –ponente Jiménez Moreno-: “La indefensión debe ser alegada por quien se ve afectada por ella.”; TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 07/07/1983 –ponente Tomás y Valiente-: “Si su diligencia ha sido menor que la de su adversario, no es posible imputar el resultado procesal a una indefensión quien pudiendo defender sus intereses legítimos por medio de las distintas armas que le ofrece el ordenamiento, no usa de ellas con la pericia técnica suficiente.”

<sup>272</sup> PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 179.



derechos y garantías, sin que se deba conceder a las partes la facultad de decidir sobre el carácter lesivo o no de una determinada conducta, y por lo tanto, en tener potestad sobre el bien jurídico tutelado.

Ahora bien, aún cuando tal argumento pueda resultar acertado, si convenimos en que sólo deben encontrar acogida en las conductas punibles aquellos atentados más graves y directos al normal funcionamiento de la Administración de Justicia –fuera de dichos supuestos el DP no debe intervenir en su condición de “*ultima ratio*”-, es evidente que si concurre el válido y eficaz consentimiento de aquel cuyo derecho de defensa puede resultar lesionado, sería absurdo concluir que se ha producido una grave lesión del mismo, y por ende, afirmar que se ha alterado de forma fundamental, directa y grave el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, máxime cuando tal conducta ni tan siquiera podría ser objeto de reproche deontológico, por lo que el reproche penal debe desaparecer.

Otra cuestión que se plantea en torno al tema del consentimiento radica en si es necesario el del segundo cliente, a tal respecto, no existe acuerdo entre los autores, hay quienes se inclinan a exigirlo como QUINTERO OLIVARES<sup>273</sup> quien argumenta que si el primer cliente lo autorizase y el segundo lo ignorase, volvería a aparecer la conducta delictiva, y, en la misma línea se sitúa TORIBIO GARCÍA.<sup>274</sup>

BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>275</sup>, por su parte, considera apropiada la exigencia exclusivamente del consentimiento del cliente originario para excluir el tipo, así manifiesta que la ausencia del consentimiento del primer cliente dará lugar a la tipicidad de la conducta, lo que impide plantear, en estos casos, la relevancia del consentimiento del segundo cliente, y, en el supuesto de que preste su consentimiento el primer cliente, si el segundo desconoce la previa relación procesal entre aquel y su abogado o procurador, se podría realizar el tipo del artículo 467.2º del CP, ya que con su conducta omisiva el

---

<sup>273</sup> QUINTERO OLIVARES G; *Comentarios al nuevo CP*, cit., p. 1992.

<sup>274</sup> TORIBIO GARCÍA, LF; “Falsedad, Delitos contra la Administración pública y contra la Administración de Justicia. Títulos XVIII, XIX y XX del nuevo Código Penal”, cit., pp. 529 y 530. “*ha de faltar también el consentimiento del segundo cliente, pues de existir el del primero y desconocer el otro tal situación haría nacer el tipo.*”

<sup>275</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., p. 226.

abogado o procurador podría estar perjudicando de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados por el segundo cliente.

Otra posibilidad sería estimar necesario únicamente el consentimiento del primer cliente en el supuesto de que habiendo ya cesado la relación profesional con él se vaya a asumir la defensa o representación de quien en el mismo asunto tiene intereses contrarios, ya que al haber finalizado la relación profesional con el primero, el segundo cliente no ve peligrar los datos y ventajas confiados al abogado o procurador, en cambio, si la relación profesional se va a mantener simultáneamente con ambos será necesario el consentimiento de los mismos para que no surja el injusto típico -pensemos v.g. en los supuestos de un despacho colectivo de abogados que asume deberes en forma solidaria-.

### 2.3 La identidad del asunto

Frente al término “*negocio*” que utilizaba el CP de 1.944, el vigente Código de 1.995 acoge el de “*asunto*”. Varios interrogantes se plantean respecto de el mismo, *¿qué debe entenderse por “asunto”?* *¿debe tratarse del mismo proceso o del mismo procedimiento?*, *¿depende de la naturaleza del asunto?*, para analizar estas cuestiones es preciso deslindar una serie de conceptos como son los de proceso / procedimiento / asunto, así:

El *proceso* es el instrumento integrado por una serie de actos, por el que mediante su atribución a un órgano estatal se pretende la resolución de los conflictos de intereses mediante la actuación del Derecho objetivo.

El *procedimiento* no es más que el mecanismo para esa secuencia de actos; de modo que, en un mismo procedimiento, pueden tramitarse varios procesos o puede existir un procedimiento sin proceso en función pero separado de éste -pensemos por ejemplo en las diligencias preliminares que contempla el artículo 256 de la LECiv- .

Tradicionalmente el término “*asunto*”, así como también el de “*negocio*”, se han venido utilizando en la práctica forense para hacer referencia a la cuestión de fondo que es objeto del proceso, fundamentalmente en el ámbito de la jurisdicción civil, no existiendo

diferencias gramaticales significativas entre uno y otro, incluso la Real Academia de la Lengua Española los considera como vocablos sinónimos.<sup>276</sup>

Un sector doctrinal<sup>277</sup> estima que con el vocablo “*asunto*”, en lugar del término “*negocio*”, se ha mejorado técnicamente la redacción típica con relación al antiguo artículo 361 del CPTR de 1.973. Por asunto habrá que entender todo caso en el que intervengan el abogado o el procurador en el ejercicio de las funciones que le son exclusivas y excluyentes como titulares de la dirección técnica y defensa y de la representación del particular, respectivamente ante los Tribunales de Justicia; en este sentido, formarán parte del concepto “asunto” aquellas actuaciones previas de estudio del caso y posterior asesoramiento a la parte llevadas a cabo por el abogado como paso previo a instar el procedimiento concreto, incluso cuando el abogado recomienda a su cliente, tras el estudio del caso, no instar a los Tribunales de Justicia.

Estimo que, en modo alguno, puede hacerse sinónimo *asunto* de *proceso*; el término *asunto* se acerca más a **la causa motivadora del “conflicto de intereses”** entre los sujetos, es decir, al *fondo* de la cuestión, y el proceso representa *la forma* en que se sustancia el conflicto de intereses en orden a su resolución.

La identidad del asunto se encuentra íntimamente vinculada a la propia “contraposición de intereses” otro de los elementos que integran el tipo objetivo. En este sentido, el asunto surge antes del proceso, pero no adquiere relevancia penal a los efectos que nos ocupan mientras ese “asunto” o “conflicto” entre sujetos con intereses encontrados no se incorpora a la esfera jurisdiccional para su resolución, pues es en esa esfera en la que la posible conducta desleal del abogado o del procurador para con el cliente puede constituir un ataque para el bien jurídico de la Administración de Justicia.

Desde esta interpretación debe de aceptarse la afirmación de que un mismo “asunto” puede dar lugar a varios procesos, pensemos por ejemplo, en el ámbito civil un proceso monitorio en el que el deudor formula oposición, lo que ocasiona un nuevo

---

<sup>276</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Vigésimo segunda edición. 2.001.

<sup>277</sup> Concretamente BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, cit., p.220.

proceso verbal u ordinario según la cuantía de lo reclamado, o en la esfera penal unas diligencias previas por un delito de hurto en el que una vez efectuada la tasación de los efectos sustraídos se transforman en juicio de faltas, o viceversa; en todos estos casos no hay duda de que el asunto, el fondo, es el mismo, no así el proceso en el que se ventila ese “asunto”.

Por tanto, la identidad del asunto debe de entenderse en el sentido amplio de tratarse de la misma contraposición de intereses, aunque se trate de distintas fases<sup>278</sup>, y, yo añadiría, de que aunque se trate de distintos procedimientos.

A título de ejemplo, podemos señalar que en la Jurisprudencia apreció la existencia de un delito de doble defensa en el caso de un abogado que asesora a las dueñas de una finca en relación a su venta, haciéndose constar en el documento un precio de venta inferior al real porque había un arrendatario, y, poco después, el mismo abogado defiende al arrendatario ejercitando la acción de retracto -STS de 29 de abril de 1963, -ponente González Díaz-, (Ar. 2225)-.

La identidad del asunto determina que el asesoramiento previo a una de las personas implicadas en el conflicto impida la defensa de quien ostenta intereses contrarios, cuando se inicia el pleito, a no ser que medie el consentimiento de aquel a quien se asesoró en primer término.

Igualmente, considero que realiza el tipo del art 467.1 del CP de 1.995 el letrado que redacta la demanda de divorcio contencioso en nombre de la esposa y señalada la vista de juicio verbal no comparece su patrocinada, teniéndola por desistida, y después el mismo abogado interpone nuevamente demanda de divorcio pero esta vez su patrocinado es el marido.

---

<sup>278</sup> Esta opinión ha sido ratificada entre otros por: CALVO-RUBIO BURGOS, J, B; “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”, cit. pp. 493-494; OLAIZ POLO, I; “Delitos Contra la Administración de Justicia”, Cuerpo de Secretarios Judiciales nº V, Jornadas sobre Comentarios a algunos aspectos del código Penal, Madrid, 1.995. p. 417; CONDE-PUMPIDO, C, (Director), *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*, cit. p. 4365.

GARCÍA PLANAS<sup>279</sup> se muestra también partidaria de una interpretación amplia del mismo asunto, y añade que no es típica la conducta de asesoramiento en otro asunto distinto aunque se trate de una conducta poco ética o deontológica.

Frente a esta posición el auto de la AP de Cáceres nº 86/2004 (sección 2ª), de 2 de Junio (JUR 2004/176132) acoge un criterio restrictivo del término “*el mismo asunto*”: “*por el mismo asunto esta Sala entiende, en sentido restrictivo, aquel supuesto en que concurre la misma identidad subjetiva y objetiva que determina la existencia de cosa juzgada; la identidad de partes y fundamentalmente, de objeto, ha de ser, por tanto, absoluta, pues nos encontramos ante un tipo penal que, como cualquier tipo penal, no puede ser objeto de interpretación extensiva. El delito que analizamos no abarca “el similar asunto” ni “el asunto conexo”*. Es evidente que en el Derecho Penal debe regir el criterio restrictivo en la interpretación, si bien también lo es que con la elección por parte del legislador de un concepto tan genérico como el “asunto” se apunta, de acuerdo con los criterios de interpretación literal y teleológica, a cualquier litigio o materia litigiosa, ya que de haber sido otra la intención del legislador probablemente hubiese preferido utilizar el término de “el mismo proceso”.

En todo caso el asunto ha de ser el mismo, si la defensa o representación tienen lugar en otro asunto diferente, es claro que no puede existir la deslealtad profesional por inexistencia de defensas o representaciones contrapuestas (Auto del TS de 24 de Enero de 2.001 (RJ 2.001, 6485)).

#### *2.4. el conflicto de intereses*

El tenor literal del art. 467.1º del CP exige la existencia de intereses contrapuestos entre las personas a las que por partida doble el abogado o procurador prestan sus servicios profesionales, dicha exigencia resulta lógica dado que de otra forma no se generaría el riesgo que las conductas descritas en la norma penal suponen para el derecho fundamental de defensa, así CONDE PUMPIDO<sup>280</sup> afirma que es esa posición contrapuesta de intereses en conflicto y de sus titulares lo que determina la posibilidad de actuación del abogado o

---

<sup>279</sup> GARCÍA PLANAS, G.: “Prevaricación de abogados y procuradores”, cit., pp. 49-50.

<sup>280</sup> CONDE-PUMPIDO, C, (Director), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 4365.

procurador. Este requisito, resulta directamente de la expresión “*a quien tenga intereses contrarios*”, tal expresión se ha interpretado en el sentido de que se trate de personas con pretensiones opuestas, de tal forma, que la satisfacción de una de ellas implique el detrimento de la otra. CORDOBA RODA<sup>281</sup> subraya que la contrariedad de intereses no sólo puede darse con relación a quién es “la parte contraria” en el proceso, sino también en relación a otros sujetos de la causa, desde esta perspectiva se atiende más a la realidad o materialidad de las personas que intervienen en el asunto.

Así también lo ha entendido el TS en Sentencia de 25 de Mayo de 1.996 -ponente Bacigalupo Zapater- (BDAP 522/1996), pág. 1491, esta sentencia rechaza una concepción meramente formal de la contraposición de intereses, rechazando que un querellante tenga intereses contrapuestos inclusive contra personas a las que no tiene interés en perseguir, por no considerarlas implicadas en el delito, de este modo, señala que: “*El concepto de “contraria en el mismo negocio”, no puede ser entendido de esta manera. Desde una perspectiva material, ajustada a la finalidad de protección de la norma, es necesario que la contrariedad de intereses se manifieste de tal manera que la estimación de la pretensión de una de las partes importe necesariamente el rechazo de la pretensión de la otra. Sólo en éste caso sería posible admitir que las partes tienen intereses contrarios. (...) La simple posibilidad de una eventual contraposición de intereses, como parece aceptar la Audiencia, no es suficiente a éstos efectos.*”

El acusado había aceptado la dirección de unas querellas contra los representantes de una empresa, y “*cualesquiera personas que durante el curso de la investigación sumarial aparecieran como autores, cómplices o encubridores de los delitos continuados de falsedad en documento mercantil y estafa objeto de querellas*”. Las querellas denunciaban un fraude a los querellantes, a sus inversiones a través de la citada empresa, y se acumularon a otras diligencias instruidas por estafa contra los acusados. Con posterioridad a la presentación de dos de estas querellas, con carácter previo a la acumulación, y sin el consentimiento de los querellantes, el acusado asistió como letrado a un empleado de la empresa en una declaración como imputado en las diligencias previas por estafa citadas, y con posterioridad, continuó recibiendo notificaciones como defensor de este empleado. En la sentencia del TS se indica, además, que en un auto dictado por el

---

<sup>281</sup> CORDOBA RODA, J. Y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal* Ob. Cit. Pág. 2314.

Juez en estas diligencias tiempo después de la declaración se hizo constar que *“ninguno de lo empleados de la entidad tuvieron intervención alguna en la determinación de las citadas cantidades”*, en referencia a las cantidades cobradas por la empresa.

La existencia de intereses contrapuestos es un elemento del tipo que deberá ser determinado en cada caso concreto, en función de los intereses que el sujeto haya confiado al profesional que ejerce la postulación en el proceso. La falta de la contraposición de intereses, produce una ausencia de riesgo en lo objetivo y ánimo perjudicial, por lo que no concurrirá la propia esencia delictiva.

Ahora bien, una cuestión que se plantea es la de si el conflicto de intereses se debe interpretar desde un punto de vista material o exclusivamente procesal. Considero que ambas perspectivas deberán ser ponderadas en la apreciación del conflicto suscitado en el caso concreto en que se plantee la duda sobre la comisión del delito contemplado en el art. 467.1º del CP, ya que, a través de cualquiera de ellas es posible el ataque al bien jurídico.

PÉREZ DEL VALLE<sup>282</sup>, considera que la contraposición material de intereses está vinculada a la situación en el proceso de las partes. El concepto de “interés” referido a una parte o a una persona es subjetivo, y por ello, la apreciación de la existencia de intereses contrapuestos debe efectuarse desde tal perspectiva. Para el tipo sólo es trascendente si los intereses que el abogado o procurador han de salvaguardar en virtud del cometido que le ha confiado su cliente, entran en conflicto con los intereses -objetivos o subjetivos- de la parte contraria que dichos profesionales también han de salvaguardar. La referencia al proceso en particular incide también en las manifestaciones concretas de la contraposición de intereses, pues su ponderación, en cierto modo, depende del tipo de asunto jurídico que se discuta, así en los procesos matrimoniales, por ejemplo, existe una contraposición de intereses inherente a las partes. La valoración de la contraposición de intereses no procede sólo de una contradicción sustancial derivada de los intereses “subjetivos” de las partes, sino de su posibilidad de realización objetiva en el marco del orden jurídico.

---

<sup>282</sup> PÉREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión penal”, *La Ley* 1.997, cit., p. 1837.

### III. “LA ACCIÓN TÍPICA DEL ART. 467.2º DEL CP: PERJUDICAR POR ACCIÓN U OMISIÓN DE FORMA MANIFIESTA LOS INTERESES ENCOMENDADOS”

#### 1. CONSIDERACIONES GENERALES.

##### *1.1 Análisis comparativo de los arts. 360 del CPTR de 1.973 y 467.2º del CP de 1.995*

El origen inmediato del art. 467.2º del CP de 1.995 llamado como “perjuicio al cliente” se encuentra en el art. 360 del anterior CPTR de 1.973.

El art. 360 disponía expresamente que:

*“Será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas al abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio o negligencia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión.”*

El vigente art. 467.2º recoge textualmente el siguiente enunciado:

*“El abogado o procurador que, por acción u omisión perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.*

*Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.”*

Circunscribiéndonos a los aspectos que conciernen a los elementos objetivos del tipo y con independencia de las referencias al dolo y a la imprudencia, así como a los aspectos penológicos contenidos en los artículos reproducidos y cuyo estudio no es objeto



del presente capítulo, del análisis comparativo entre uno y otro precepto penal se pueden destacar como modificaciones más notables las siguientes:

- En primer lugar, es palpable que el art. 360 comprendía dos tipos penales diferentes: el perjuicio al cliente, y, la revelación de secretos. En el CP de 1.995, la revelación de secretos se ha escindido de la causación del perjuicio y ha pasado a integrar bien el tipo del art. 466.1<sup>o283</sup>, -si la revelación de secretos afecta al secreto sumarial, lo que justifica su inclusión dentro del Título XX “Delitos contra la Administración de Justicia”-, bien al tipo de revelación de secretos por el profesional del art. 199.2<sup>o284</sup> del CP dentro del Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.” Este cambio es totalmente acertado, ya que la incriminación de la revelación de secretos profesionales ajenos a la actividad de los abogados en el proceso queda fuera del ámbito de funcionamiento de la Administración de Justicia, y por tanto, no deben encontrar ubicación dentro del Título XX del Libro II del CP.
- En segundo lugar, el art. 360 del CPTR de 1973 utilizaba la fórmula de “*perjudicar al cliente*”, esta expresión denotaba una cierta imprecisión, pues tal tenor literal admitía un número muy amplio de sentidos posibles, de manera que dicha vaguedad conceptual podía perfectamente infringir el mandato de determinación derivado del principio de legalidad.<sup>285</sup> Por su parte, el CP de 1.995 describe la conducta típica con la expresión: “*perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados.*”, y ello, supone una novedad, porque se exige el carácter manifiesto del perjuicio, y porque al suprimir la expresión “*cliente*” y utilizar la más genérica de “*que le fueron encomendados*”, se amplía la conducta y se refuerza la idea del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como objeto de protección. En general, parece que en la doctrina encuentra

---

<sup>283</sup> Dice el art. 466.1º: “*el Abogado o Procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.*”

<sup>284</sup> El art. 199.2º dispone que: “*El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por un tiempo de dos a seis años.*”

<sup>285</sup> Así lo ponía de relieve FELIP I SABORIT, D; “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, cit., p. 772.

mejor acogida la actual redacción de la norma, así BENITEZ ORTÚZAR<sup>286</sup> considera que la nueva fórmula típica se ha mejorado con relación a la inmediatamente anterior en el sentido de resaltar la importancia, no tanto del perjuicio, como del carácter “manifiesto” del mismo.

- Mientras el art. 467.2º del CP hace referencia expresa a la posible comisión por omisión –referencia que ciertamente no hubiera sido necesaria al operar en cualquier caso el art. 11 del CP-, el antiguo art. 360 no contenía ninguna alusión a la posibilidad de la modalidad de comisión omisiva.
- Finalmente, destaca también a los efectos interpretativos de los diferentes elementos del tipo, el hecho de que mientras el Texto Refundido de 1.973 encuadraba las conductas del art. 360 dentro del Título de los delitos cometidos por los funcionarios en el ejercicio de su cargo, bajo la actual regulación se han trasladado al Título de los Delitos contra la Administración de Justicia.

Por parte de la Jurisprudencia, la STS de 14 de Julio de 2000 –ponente Sánchez Melgar- (BDAP 680/2000) Pág. 2025 considera al art. 467.2º en su actual redacción, “*más favorable por restrictivo, y de obligada observancia, por consiguiente,... siendo la definición del delito que ofrece más precisa y respetuosa con el principio de legalidad que la del art. 360.*”; y esta opinión ha sido seguida por otras como la S AP de Madrid de 23 de Abril de 2.001 –ponente Jorge Barreiro- (BDAP 336549/2002).

### *1.2 Tipología del perjuicio a los intereses encomendados*

Siguiendo, como ya hiciéramos en el caso del párrafo primero del art. 467, la clasificación general de los tipos penales podríamos establecer el siguiente perfil respecto del delito previsto en el art. 467.2 del CP:

- En atención a las modalidades de los sujetos, nos encontramos en presencia de:

---

<sup>286</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional.*, cit., p. 230.

- a) un delito *uni-subjetivo*, al no requerir la concurrencia de varios sujetos, y,
  - b) *especial propio*, al limitarse como en el párrafo primero la autoría a los sujetos que ostenten la condición de abogado o procurador.
  
- Por las modalidades de la acción y el resultado se trataría de:
  - a) un delito de *resultado* por requerir una modificación del mundo exterior derivada de la conducta de estos profesionales. En efecto, no se trata de un delito de mera actividad, sino que, es un delito de resultado derivado de una actividad profesional dolosa o imprudente y el resultado consiste en un perjuicio que ha de ser manifiesto y que ha de recaer sobre los intereses que se les han encomendado, debiendo de existir una relación causal entre la conducta del abogado o procurador y tal perjuicio, y,
  - b) es un delito *simple* en cuanto comprende una sola acción definida por el amplio verbo: “perjudicar”.
  
- Por su relación con el bien jurídico estaríamos en presencia de:
  - a) un *delito de lesión* en cuanto requiere un efectivo perjuicio del bien jurídico,
  - b) de *consumación normal*, formalmente se consuma cuando se produce la efectiva lesión de interés jurídico tutelado. La competencia territorial para conocer de estos delitos vendrá determinada por el lugar en que se haya seguido el proceso determinante del perjuicio en cuestión donde dicho perjuicio se ha irrogado y en el que la

actuación profesional se ha llevado a cabo, con independencia de que el letrado o letrados actuantes tengan, por ejemplo, su despacho profesional en otro partido judicial, circunstancia ésta puramente anecdótica que de ningún modo puede afectar al *forum delicti commissi* (A AP de Granada nº 265/2004 (sección 2ª), de 9 de Junio –ponente José Juan Sáenz Soubrier- (JUR 2005/59557).

- c) de carácter *uniofensivo*, pues aún en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina, el único bien jurídico tutelado es el buen y normal funcionamiento de la Administración de Justicia a través de la tutela del derecho a un proceso debido con todas las garantías.
- De acuerdo con la conexión con los tipos, el delito del art. 467.2º es, además, un delito *autónomo y primario*.

### *1.3 Problemas interpretativos*

Uno de los problemas interpretativos que plantea el art. 467.2º del CP es, además el de determinar el concepto y límites del perjuicio, el de delimitar el ámbito temporal en el que está vigente la relación profesional, así como, el ámbito procesal o extraprocesal de la actuación de abogados y procuradores.

La relación profesional entre el abogado y/o procurador y cliente debe encontrarse en vigor en el momento de comisión de la conducta delictiva, de modo que, a diferencia de lo que acontecía en el supuesto del párrafo primero del art. 467, si la relación entre el profesional jurídico y el cliente ha cesado con anterioridad no existe ninguna posibilidad de cometer el delito<sup>287</sup>

---

<sup>287</sup> PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*. cit., p. 185.

Dicha exigencia aparece también ratificada por la Jurisprudencia, a tal respecto podemos mencionar las SSTS de 10 de Marzo de 1.992 –ponente Puerta Cusi- (Actualidad Penal ref. 407), y de 10 de Septiembre de 1.992 –ponente Ruiz Vadillo- (Ar. 7.110), así como la STS de 17 de Diciembre de 1.997 –ponente Puerta Luis- (BDAP 157/1998) Pag. 423, cuyo FJº 3º señala que lo que el artículo exige es que los perjuicios “*sean consecuencia de un comportamiento activo u omisivo relacionado con las misiones encomendadas a estos profesionales, sobre la base de una relación profesional entre ellos y el cliente...*”

No vamos a reiterar aquí todo lo expuesto sobre la relación clientelar en el Capítulo dedicado a los sujetos del delito, simplemente, y a título de resumen diremos que:

El abogado está ligado al cliente por una relación de servicios, que puede tener por objeto el simple asesoramiento jurídico o la defensa en un proceso jurisdiccional, de ese vínculo se derivan una serie de obligaciones para ambas partes, y, concretamente, el abogado contrae una obligación profesional con el cliente, cuya naturaleza es de medios y no de resultados, de acuerdo con la propia esencia jurídica del arrendamiento de servicios.

Por lo que respecta a la vinculación procurador-cliente, tanto esta relación jurídica, como la posición del procurador en el proceso se amoldan a la figura conocida como mandato representativo.

Sin perjuicio de las opiniones disidentes al respecto, que no son pocas, las conductas típicas incriminadas en el artículo 467.2º del C.P deben estar siempre conectadas con la actividad jurisdiccional. Abogado y procurador tienen contacto con los procedimientos en los que intervienen, los primeros como defensores y los segundos como representantes, y para intervenir legalmente han de ser designados por la persona en cuyo nombre intervienen; la autorización generalmente se hace a través de un poder general para pleitos otorgado por Notario o por comparecencia *Apud acta* ante el Secretario Judicial del Juzgado en que se vaya a seguir el proceso. Pero, además, resulta necesario que abogado y procurador hayan aceptado otorgar sus servicios profesionales para “el asunto” en cuestión. Respecto del procurador debe aceptar la representación, lo que puede realizar de forma expresa o presunta, esta última resulta del mero hecho de hacer uso del poder que se le hubiere otorgado, realizando cualquier acto de representación procesal. Respecto del

abogado es necesario que haya asumido la defensa técnica del cliente en una causa o pleito. Hay que tener en cuenta, que cuando se trate de designación de por turno de oficio, el abogado y el procurador tienen la obligación de defender y representar a aquel a cuyo favor se efectúa la designación, no obstante, el abogado puede excusarse de la designación alegando el carácter insostenible de la pretensión.

Por lo que respecta a finalización de la relación cliente-procurador las causas de terminación las determina el art. 30 de la L.E.Civ<sup>288</sup>, y en lo que se refiere a la terminación de la relación cliente- abogado, y aceptando que nos encontramos en presencia de la figura del arrendamiento de servicios característico de las profesiones liberales no pactado en régimen de dependencia laboral, se estará a lo pactado por las partes en cuanto a la conclusión de dicha relación contractual, debiendo, en cualquier caso, estarse también a las causas generales de extinción de los contratos. (fallecimiento, rescisión, revocación,..).

El segundo gran problema interpretativo se centra en la delimitación del ámbito de actuación profesional, dicho problema enlaza de modo directísimo con el de determinación de los límites del “*perjuicio*”; en el caso del procurador, no se plantea mayor problema ya que su ámbito de actuación profesional queda limitado legal y estatutariamente al proceso; respecto del abogado, generalmente y sobre todo, bajo la regulación del art.360 del anterior CP<sup>289</sup> se había concebido ampliamente el ámbito de actuación profesional incriminado,

---

<sup>288</sup> Tales causas son:

1. La revocación expresa o tácita del poder, luego que conste en autos. Se entenderá revocado tácitamente el poder por el nombramiento posterior de otro procurador que se haya personado en el asunto. Si, en éste último caso, el procurador que viniere actuando en el juicio suscitare cuestión sobre la efectiva existencia o sobre la validez de la representación que se atribuya al que pretenda sustituirle, el Tribunal, previa audiencia de la persona o personas que aparezcan como otorgantes de los respectivos poderes, resolverá la cuestión por medio de auto.

2. La renuncia voluntaria o por cesar en la profesión o ser sancionado con la suspensión en su ejercicio. En los dos primeros casos, estará el procurador obligado a poner el hecho, con anticipación y de modo fehaciente, en conocimiento de su poderdante y del Tribunal. En caso de suspensión el Colegio de Procuradores correspondiente lo hará saber al Tribunal. Mientras no se acredite en los autos la renuncia o la cesación y se le tenga por renunciante o cesante, no podrá el procurador abandonar la representación de su poderdante, en la que habrá de continuar hasta que éste provea a la designación de otro dentro del plazo de diez días. Transcurridos éstos sin que se haya designado nuevo procurador, se tendrá a aquel por definitivamente apartado de la representación que venía ostentando.

3. El fallecimiento del poderdante o del procurador.

4. Por separarse el poderdante de la pretensión o de la oposición que hubiere formulado y, en todo caso, por haber terminado el asunto o haberse realizado el acto para el que se hubiere otorgado el poder.

<sup>289</sup> STS de 1 de Abril de 1970 –ponente Fidel del Oro Pulido- (Ar. 1610).

abarcando todas las actividades realizadas por el letrado en el ejercicio de sus funciones tanto procesales como extraprocesales -tanto públicas como privadas-<sup>290</sup> No obstante, la aceptación del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido impone la exigencia de que la conducta delictiva deba afectar esencialmente al derecho a un proceso debido con todas las garantías, por lo que, sólo puede concluirse que el ámbito de protección se extiende a la concreta actividad de estos profesionales dentro del ámbito procesal<sup>291</sup>. Ni que decir tiene, que dicha opinión no es compartida por algunos autores como GONZALEZ RUS<sup>292</sup>, que estima que el tipo debe abarcar cualquier actuación profesional de abogado y procurador.

Esta última opinión provocaría una discriminación evidente respecto de otro tipo de profesiones liberales, además de chocar con la ubicación sistemática del precepto y de suponer un atentado al principio de intervención mínima del DP que tradicionalmente, se ha venido respetando en esta materia, al no tipificarse como delitos conductas profesionales excepto que las mismas supongan un atentado a un bien jurídico considerado fundamental y, por tanto, resulten susceptibles de protección penal.

## 2 LA ACCIÓN TÍPICA DESCRITA EN EL ART. 467. 2

El núcleo objetivo del tipo del art. 467.2º del CP, como muy acertadamente señala OLAIZ POLO<sup>293</sup>, está constituido por:

---

<sup>290</sup> DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Prevaricación (deslealtad profesional) de abogados y procuradores*, cit., p. 20. Así mismo, en *el Manual Practico De Derecho Penal, Parte Especial*; - directora: Corcoy Bidasolo- se dice textualmente que: “*El tipo no se limita a las actuaciones procesales consideradas formalmente: se extiende a todas las realizadas por el letrado en el ejercicio de sus funciones(S AP de Badajoz de 7 de Junio de 2.001)*”

<sup>291</sup> CORDOBA RODA señala textualmente que: “la consideración de que la Administración de Justicia es el bien jurídico protegido en el Título XX del que el artículo 467 forma parte, conduce a restringir el ámbito de las conductas incriminadas por el presente artículo a las actuaciones profesionales que se lleven a cabo en el marco de un proceso judicial. Las actuaciones llevadas a cabo por un abogado, v.gr ., con ocasión de unas actuaciones de comprobación e investigación efectuadas por la Administración Estatal Tributaria, no podrán dar lugar a la aplicación del presente tipo. CORDOBA RODA, J. y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal*.Ob. Cit. Pág. 2316.

<sup>292</sup> GONZÁLEZ RUS, J ,J; *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial II*. cit., p. 898.

<sup>293</sup> OLAIZ POLO, I; “Delitos Contra la Administración de Justicia”, *Cuerpo de Secretarios Judiciales n° V , Jornadas sobre Comentarios a algunos aspectos del código Penal*. cit., p. 419.

- La causación por *acción u omisión* de
- un *perjuicio manifiesto* a los intereses que han sido encomendados.

Es decir, la conducta delictiva está integrada por:

- una manifestación de voluntad –acción u omisión- del abogado o procurador.
- De la que, en ambos casos, se deriva un resultado: el “perjuicio” para los intereses que el profesional tiene encomendados.
- Una relación de causalidad entre la conducta del abogado o procurador y el “perjuicio” a los intereses encomendados a éstos.

### *2.1 Causación por acción u omisión.*

En punto a la dinámica comisiva, la conducta del art. 467.2º puede desplegarse por acción o por omisión, siendo, además, la modalidad omisiva la más frecuente en la práctica<sup>294</sup>. La posibilidad de la omisión ya había sido admitida por la Jurisprudencia respecto de la regulación que de estas conductas realizaba el art. 360 del CPTR de 1.973, así podemos mencionar la STS de 10 de Noviembre de 1.990 –ponente Bacigalupo Zapater- (Ar.8874), en la que se admitió la realización omisiva en el caso del procurador que se ausentó del domicilio sin disponer de las medidas para informarse de los requerimientos por correo, estimando que el procurador omitió las medidas exigibles para el cumplimiento adecuado de sus deberes de garante.

Nuestro CP alude a ambas posibilidades comisivas -acción u omisión- al definir el delito en su art. 10 y decir que: “*son delitos o faltas las acciones y omisiones, dolosas o imprudentes, penadas por la Ley*”.

---

<sup>294</sup> La STS de 10 de Noviembre de 1.990 (RJ 1990, 8874) señala: “*dicha cuestión es totalmente clara, toda vez que, el comportamiento lesivo característico de los intereses que el legislador quiere proteger es el omisivo. Precisamente en el marco de la relación jurídica existente entre el procurador y el cliente, las omisiones del cumplimiento de deberes específicos de garantía que incumben al primero son, según la experiencia general, la forma normal de perjudicar los intereses del mandante.*”



La comisión, como un obrar activo, implica, en términos generales, un movimiento corporal voluntario que vulnere una prohibición, un precepto de no hacer; la omisión, en cambio, es una conducta inactiva, desde luego voluntaria como la comisión, que vulnera un deber jurídico de obrar. Para que la comisión o la omisión adquieran trascendencia penal, esto es, para que pueda hablarse de delitos de comisión o de omisión, es necesario que la norma penal haga suya la prohibición o el deber jurídico de obrar bajo la amenaza de una pena. Por otro lado, los deberes cuyo incumplimiento se eleva a la categoría de delito pueden provenir de diversas ramas del derecho –también del derecho disciplinario–.

Dentro de los delitos de omisión tradicionalmente se vienen distinguiendo entre los delitos de omisión propia y los de omisión impropia también conocidos como de comisión por omisión. Los primeros, es decir, los de *omisión propia*, se traducen en la inejecución voluntaria de un acto que la Ley Penal impone a un sujeto, y los delitos de *comisión por omisión* consisten en la producción de un resultado delictivo de carácter positivo mediante una inactividad, de modo, que si se pone el acento en el resultado, los delitos de comisión por omisión se identifican con los delitos de comisión; en cambio, si se atiende a la forma de manifestación de la voluntad delictiva, es decir, a la conducta inactiva del agente, los delitos de comisión por omisión se asemejan a los de simple omisión.

Por tanto, la diferencia entre una y otra omisión radica fundamentalmente en que en los delitos de omisión pura la ley penal declara que “el que omite esto o lo otro será castigado”, pues es la omisión misma la puesta bajo la pena, en cambio, en los de comisión por omisión se imputa al autor un resultado de relevancia penal no por su conducta activa, sino por no impedirlo.

Es evidente que la omisión tipificada en el art. 467.2º se encuadraría por sus propias características dentro de la categoría de los delitos de comisión por omisión – u omisión impropia -. No hubiera sido necesaria, pues, la expresa mención que el tenor literal del art 467.2º efectúa al utilizar la fórmula de “por acción u omisión”, dado que, el art. 11 del CP<sup>295</sup> admite en general la comisión por omisión en los delitos de resultado, siempre que concurra una posición de garante fundada en la ley, contrato o un actuar precedente.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> Dice el art. 11 que: “los delitos o faltas que consistan en un resultado positivo sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor

La posición de garante de abogados y procuradores obliga a ambos a actuar de forma leal tanto respecto de los intereses de sus clientes como en relación a la Administración de Justicia.

En lo que respecta a los intereses de los clientes la posición de garante del abogado y del procurador tiene un doble fundamento:

- a) **la ley**, que a su vez resulta de los respectivos Estatutos Profesionales y de la LOPJ. El EGA después de definir en su art. 1º al abogado como el profesional que defiende intereses jurídicos ajenos, al sistematizar las obligaciones que asume este profesional señala, en el art. 42.1º que, respecto de la parte a la que defiende, *además de las obligaciones que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, tiene la de actuar con el máximo celo y diligencia y la de guardar el secreto profesional*; por lo que respecta al procurador, el EGP en su art. 37 define como primer deber esencial de los procuradores el “*desempeñar bien y fielmente la representación procesal que se le encomiende.*” y al final del párrafo segundo de dicho art. añade “*En sus relaciones con su mandante el procurador se conducirá con probidad, lealtad, veracidad y respeto*”, finalmente, los arts. 542 y 543 LOPJ que encomiendan a estos profesionales *la representación y defensa de las partes en toda clase de procesos.*
  
- b) **La relación contractual** que mantiene el abogado –arrendamiento de servicios- y el procurador –mandato representativo- con el cliente. Se trata de situaciones de garantía procedentes de la libre asunción de deberes de protección o auxilio. De modo que, quien por contrato se obliga a tutelar determinados bienes jurídicos – en este caso los intereses jurídicos del cliente-, asume una posición de garante, en cuanto que el titular de los intereses, confiado en esa tutela, se expone a un peligro que sin esa tutela no asumiría o renuncia a otro tipo de

---

*equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) *cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

<sup>296</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”, cit., pp.493-494; BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional.* cit., p. 228; PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores.* cit., p. 187.

protección. De esta forma, la posición de garante se funda en el estrecho vínculo entre el sujeto y el bien jurídico que suponen las relaciones contractuales, cuyo contenido esencial atribuye a una de las partes una relación de confianza.

En cuanto a la posición de garante de los profesionales de la abogacía y de la procuraduría respecto de la Administración de Justicia resulta enfáticamente proclamada en la ley, en los términos que vamos a exponer a continuación:

1. El EGA establece en su art. Artículo 30 que: *“El deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella asesorando, conciliando y defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada.”*, y el art. 36, por su parte, viene a establecer que los abogados asumen para con el órgano jurisdiccional los deberes de *probidad, lealtad, y veracidad* en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones, y respeto en cuanto a la forma de su actuación.

2. El EGP señala en el art. 37 que es deber esencial del procurador *cooperar con los órganos jurisdiccionales en la alta función de Administrar Justicia, actuando con profesionalidad, honradez, lealtad, diligencia y firmeza en la defensa de los intereses de sus representados*. Si bien con anterioridad a dicho precepto el art.1.2º EGP establece que: *“Es también misión de la Procura desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor Administración de Justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que dicten los Juzgados y Tribunales...”*, y el art. 3.2: *“se encargan del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que, como cooperadores de la Administración de Justicia le encomiendan las leyes.”*

Gran defensor de la posición de garante de abogado y procurador es PÉREZ DEL VALLE<sup>297</sup> al partir de una concepción institucional de la defensa y de la representación.,

---

<sup>297</sup> PÉREZ DEL VALLE, C, “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión penal”. cit., pp. 1.835 y ss:”el ensayo en la interpretación de los tipos penales que contiene el art. 467 del CP sobre la base de una posición de garante de competencia institucional aplicable a delitos activos y omisivos permite obtener unas conclusiones razonables sin necesidad de forzar el enunciado de un bien jurídico protegido y, por tanto, supera las limitaciones de la Teoría de los bienes jurídicos....”

llegando a señalar como fundamento de los tipos penales descritos en el art. 467 del CP la infracción de las posiciones de garante de competencia institucional que ostentan tanto abogado como procurador, y que determinan que asuman de cara a la sociedad una función irrenunciable en la defensa y reconocimiento de derechos.

En consecuencia, existe una posición de garante formal y genérica de los abogados y procuradores en dos niveles, respecto de los intereses del cliente, y, respecto del normal desarrollo del proceso. Ahora bien, para apreciar la omisión, no es suficiente con constatar formalmente la existencia de un deber jurídico que obliga a estos profesionales a mantener una conducta leal frente a sus clientes y frente a la Administración de Justicia, la posición de garante exige, además, su concreción en el ámbito material.<sup>298</sup> El problema fundamental que se plantea es el de determinar en qué manera puede equipararse la causación de éste modo a la causación mediante un actuar positivo, es decir, el de la determinación de la relación de causalidad, problema que será objeto de análisis más adelante.

## 2.2 El resultado: Perjuicio de los intereses encomendados.

Para la consumación del delito contemplado en el art. 467.2º del CP es necesario que abogado o procurador *perjudiquen de forma manifiesta los intereses que les fueron encomendados*, así lo exige el propio tenor literal del precepto lo que determina la calificación de estos delitos como tipos de resultado. El verbo “perjudicar” representa el núcleo básico en torno al cual se articula el tipo objetivo. La S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001 –ponente Planchat Teruel- (BDAP 309495/2002) proclama en su FJº 2º que: “*el núcleo de la tipicidad gira entorno al perjuicio que debe ser manifiesto.*”

En efecto, el problema más relevante que plantea la conducta típica es, sin duda, el de interpretar y delimitar de forma rigurosa y, al mismo tiempo coherente, el concepto de “*perjudicar de forma manifiesta*”. Una interpretación demasiado amplia determinaría la inclusión en el tipo de conductas profesionales más propias del ámbito deontológico, por el contrario, una interpretación excesivamente estricta podría convertir al tipo en testimonial.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> SERRANO PIEDECASAS, J R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el...”. cit., p. 422.

<sup>299</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., p. 229.

CORDOBA RODA<sup>300</sup> critica la extraordinaria indeterminación del verbo “perjudicar” que dificulta la determinación de las conductas que deban de entenderse comprendidas en el tipo lo que supone una vulneración del principio de legalidad en su aspecto material e impone una interpretación muy rigurosa

El perjuicio, por sí sólo, de acuerdo con el tenor literal del precepto penal, no es suficiente para la incriminación de la conducta profesional, es imprescindible que vaya acompañado de dos cualidades:

- debe ser *manifiesto*, y
- debe recaer o tener por objeto los intereses que el abogado o procurador tengan encomendado.

La falta del carácter manifiesto del perjuicio o el hecho de recaer éste sobre intereses diferentes a los encomendados a los profesionales de la abogacía o procuraduría, impide la exigencia de responsabilidad penal por el cauce del art. 467.2º del CP.

El *perjuicio* se define de modo general por la RAE como *ganancia ilícita que deja de obtenerse o deméritos o gastos que se ocasionan por un acto u omisión de otro, y que éste debe de indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo.*

El concepto de “*perjuicio*”, en sus diversas vertientes, ha sido elaborado e interpretado por la Jurisprudencia, de modo que según ésta el perjuicio puede ser tanto patrimonial – evaluable económicamente en sus aspectos de daño emergente y lucro cesante-, como moral. No se exige que sea irreparable y no requiere una precisa cuantificación, basta con constatar el demérito patrimonial.<sup>301</sup>

---

<sup>300</sup> CORDOBA RODA, J. y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal*. Ob. Cit. Pág. 2317.

<sup>301</sup> SSTS de 30 de Octubre de 1.980 –ponente Huerta y Álvarez de Lara- (RJA 1.980, 3942), de 17 de Diciembre de 1.997 –ponente Puerta Luis- (BDAP 157/1998) Pág 423, de 1 de Febrero de 2000 –ponente García-Calvo y Montiel- (BDEAP 156/2001), de 22 de Mayo de 2000 –ponente Soriano Soriano- (BDAP 612/2002); S AP de Granada de 5 de Mayo de 1.990 –ponente Cáliz Covaleda- (BDAP a346/1990) Marginal

Es preciso advertir, los evidentes riesgos que conlleva el mantenimiento de un concepto excesivamente amplio de “perjuicio” en el sentido de conducir a confundir las fronteras de la intervención penal con toda forma de incumplimiento deontológico o contractual, eliminando los límites respecto de la responsabilidad civil y disciplinaria.

Para restringir y acotar el marco gramatical del comportamiento penalmente relevante se hace imprescindible la consideración del bien jurídico aquí protegido, esto conduce a encuadrar la función del abogado o procurador en el marco de su condición de colaboradores preeminentes de la Administración de Justicia y conectarla con los derechos y garantías que consagra el art. 24 de la CE. Por ello, se debe limitar el contenido y límites del perjuicio al único marco posible que es el del proceso. Quiere con ello significarse que en primer lugar, el perjuicio no es susceptible de ser causado por cualquier actividad profesional que desarrollen abogados y procuradores, sino sólo a través de aquellas que afectan de modo directo al proceso<sup>302</sup>, y que, en segundo lugar, el perjuicio penalmente sancionable por la actuación profesional es aquel que no se limita a la afectación de intereses particulares, sino que alcanza impidiendo o limitando los derechos de defensa y los inherentes a un proceso con todas las garantías.<sup>303</sup>

Desde la perspectiva expuesta, si el perjuicio se ha ocasionado por actuaciones extraprocesales, o si únicamente afecta a los intereses particulares del cliente, deberá acudir a la vía civil para su reparación, indemnización o resarcimiento, y a la vía disciplinaria para su sanción. No obstante, CORDOBA RODA<sup>304</sup> estima que el daño o menoscabo lo ha de ser para los intereses encomendados por el cliente, por lo que el perjuicio ha de tener relación con estos intereses y no con la Administración de Justicia. Este autor considera que la lealtad profesional que protege el CP en el tipo, es la referida al

---

757; S AP de Valencia de 19 de Junio de 2002 –ponente Ferrer Gutierrez- (BDAP 390229/2003); S AP de Valencia de 1 de Julio de 2002 –ponente Monterde Ferrer- (BDAP 390003/2003), entre otras muchas.

<sup>302</sup> Así MAGALDI PATERNOSTRO acota el tipo excluyendo los perjuicios que no afectan y se derivan directamente del proceso judicial en curso o en preparación. Vid MAGALDI PATERNOSTRO, MJ, “La prevaricación de abogado y procurador....” cit., p. 125; CALVO-RUBIO BURGOS, J, B; “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”. cit., p. 494.

<sup>303</sup> FELIP I SABORIT, D; “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado” cit., p. 776, éste autor relaciona el perjuicio con *la imposibilidad de disfrutar de la tutela judicial efectiva o de hacerlo de acuerdo con las formas constitucionalmente garantizadas*.

<sup>304</sup> CORDOBA RODA, J. y GARCIA ARÁN M. (directores); *Comentarios al Código Penal*. Ob. Cit. Págs. 2317 y 2318.

cliente, ha de rechazarse una interpretación que conduzca a entender que cualquier conducta del abogado o procurador que ataque a la Administración de Justicia comporte la comisión del art. 467.2 del CP pues no todo ataque a la Administración de Justicia conlleva un perjuicio para los intereses del cliente. Para apoyar tal solución Córdoba Roda se apoya en el sentido inequívoco de la redacción textual del artículo 467.2 que exige que el perjuicio afecte a los intereses encomendados por el cliente, sin embargo no encuentro en el tenor literal del precepto referencia alguna al cliente, sino que se habla genéricamente de “los intereses que le fueren encomendados”.

En esta línea de pensamiento, considero totalmente acertada la definición de perjuicio, a los efectos del art. 467.2º como *La pérdida concreta y real de un derecho o de una posición ventajosa en una determinada situación que tiene trascendencia en el proceso y afecta, por tanto, al derecho a un proceso debido imputable objetivamente a la actuación profesional del abogado o procurador fruto de su encargo profesional.*<sup>305</sup>

No obstante, existe algún sector doctrinal que no comparte el criterio expuesto, así DEL MORAL GARCÍA<sup>306</sup> considera excesiva la conclusión de considerar perjuicios típicos únicamente a los relacionados con procesos jurisdiccionales dado que la ubicación sistemática del precepto no puede ser un obstáculo para el castigo las actuaciones extraprocesales siempre que se trate de actividades propias de abogados.

---

<sup>305</sup> PÉREZ CEPEDA, A I, *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 192. Y CONDE-PUMPIDO, C; (Director), *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p.4365, quien afirma que. “el daño puede ser causado a través del proceso cuando se desestima la pretensión cuya defensa se ha encomendado al profesional y esa desestimación responde a una actuación profesional irregular, como puede ser el no haber efectuado alegaciones o propuesto pruebas. También el daño puede ser causado fuera del proceso, como cuando no se ha interpuesto un recurso que hubiera prosperado con toda probabilidad, o se deja que trascurra el plazo de caducidad de una acción sin formalizar la demanda ocasionando una pérdida de derechos, o bien dejando prescribir una acción con los mismos efectos. No promover la anotación preventiva de un embargo sobre bienes inmuebles, dando ocasión a un acto de enajenación que perjudica al ejecutante, es otro ejemplo de causación de un perjuicio en el ámbito extraprocesal de la gestión profesional.-respecto de éste último supuesto he de objetar que el embargo es plenamente eficaz desde el momento de la diligencia que extiende el depositario de la fe pública judicial, y no desde su anotación en el registro de la propiedad, de modo que la no anotación o la anotación tardía afecta a la prelación registral de los acreedores en el caso de posterior ejecución, sólo que nos encontraríamos con la figura de alzamiento de bienes-.

<sup>306</sup> DEL MORAL GARCÍA A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Código Penal de 1.995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 2001, p.12.

En cualquier caso, el perjuicio no puede ser presunto<sup>307</sup>, sino que ha de ser, por imperativo legal, *manifiesto*, es decir, patente, claro, acreditado, real, notorio<sup>308</sup>. El A AP de Toledo nº 87/2004 (sección 1ª), de 8 de Julio –ponente Rafael Cancer Loma- (JUR 2004/196875) señala que: “Este elemento objetivo “perjudicar los intereses encomendados” debe percibirse por el Juzgado o Tribunal de forma “manifiesta”, adjetivo que ostenta una significación equiparable a palabras sinónimas como claridad o evidencia”

GONZÁLEZ RUS<sup>309</sup>, sin embargo, interpreta el carácter manifiesto del perjuicio en términos de imputación objetiva y, en tal sentido, estima que el mismo debe aparecer como *consecuencia jurídicamente relevante de la acción u omisión del abogado o procurador*.

Que el perjuicio sea manifiesto significa, en términos generales, que ha de ser patente para terceros. No basta, por tanto, la mera infracción de las normas que han de regir la actuación de abogados y procuradores. Por otra parte, aún cuando el art. 467.2º no exige de modo expreso la gravedad del perjuicio, la misma se encuentra implícita o sobreentendida en el tipo penal no sólo porque el carácter manifiesto del perjuicio confiere a éste una cierta entidad o significación, sino porque en atención al principio de intervención mínima no tendrían cabida en el tipo penal aquellos comportamientos que no impliquen un atentado directo y grave para el bien jurídico protegido.

La S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001 –ponente planchat Teruel- (BDAP 309495/2.002), en su FJº 2º señala que: “La inserción del delito dentro de los que atacan la Administración de Justicia le confiere a modo de bien jurídico tutelado una dimensión más extensa que la mera individual del perjuicio al particular para entrar de lleno en la vulneración de los derechos que le confiere el art. 24 CE y en particular el de defensa.”

Por tanto, tales perjuicios deben concretarse en<sup>310</sup>:

---

<sup>307</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”. cit., p. 422

<sup>308</sup> Así lo afirman: SERRANO GÓMEZ, A; *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 813. GONZÁLEZ RUS, J, J; *Curso de Derecho Penal Español. Parte especial II*. cit., p. 897.

<sup>309</sup> CALDERÓN CEREZO, A; *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 566 a 567.



- la imposibilidad u obstaculización del acceso efectivo a la tutela jurisdiccional.
- La pérdida de medios de defensa o derechos procesales. v. gr. el procurador que no abona la provisión de fondos exigida por el perito para realizar el informe pericial a pesar de que el cliente se la ingresó con suficiente antelación en su cuenta, y llegado el acto del juicio éste queda privado de prueba pericial que pueda respaldar su pretensión.
- La desvirtuación de la decisión justa del proceso, que determina que éste concluya con una resolución diferente, en lo esencial, a la que debería haber recaído o menos favorable de lo que debía haber sido.
- La imposibilidad de la efectividad total o parcial en la ejecución del fallo.

A las que deberían añadirse, las más que frecuentes dilaciones indebidas imputables en considerables ocasiones a los profesionales intervinientes en el proceso (art 24 CE).

Desde el punto de vista Jurisprudencial, y sobre todo, a la vista de la Jurisprudencia más reciente, se respalda plenamente la tesis expuesta, en tal sentido podemos hacer referencia a la emblemática STS de 14 de Julio de 2000 –ponente Sánchez Melgar- (BDAP 680/2000) Pág.2050; en este caso el TS absuelve a un abogado en su intervención en un turno de oficio por falta de perjuicio manifiesto, dicho abogado fue designado para ejercitar la acusación particular en un proceso seguido por abusos deshonestos dándosele traslado en sucesivas ocasiones para formular el escrito de acusación sin que lo presentara, por lo que se tuvo por desistida a la acusación particular celebrándose el juicio sólo con la acusación pública del Ministerio Fiscal. Los argumentos esgrimidos por el TS para apreciar la no concurrencia del requisito del perjuicio manifiesto se exponen con verdadero acierto en el último párrafo del FJº 3º: *“Es evidente que la razón de la incorporación del precepto –se refiere al art. 467.2º- a la Ley Penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano de ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho Penal, los*

---

<sup>310</sup> PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 193, y, SERRANO – PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, cit., p. 420.

*comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarán bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional, bien la exigencia de responsabilidad civil para su desempeño con culpa, apreciada por la jurisdicción de dicho orden, en donde se repararán los perjuicios ocasionados, en su caso. De manera que no de otra forma puede explicarse que el legislador de 1.995 haya adjetivado el perjuicio(...)Solamente ese plus en la antijuricidad puede integrar el tipo penal que interpretamos(...). Ni se produjo el perjuicio por falta de proposición de prueba, ya que éstas se propusieron por el Ministerio Fiscal, ni por la penalidad impuesta, ya que el Tribunal condenó al autor del hecho, en la forma que el Derecho permitía, ni los perjuicios morales de la agresión se produjeron a la menor como consecuencia de la actuación del abogado, sino del condenado en el juicio penal. Ciertamente es que hubo una actuación omisiva, que fue la falta de presentación de los escritos citados, y su misma inactividad profesional, pero ello constituye el primer elemento del tipo; ahora bien, tal omisión no es suficiente para su integración penal, si no concurren los elementos objetivos y subjetivos que se exigen en el mismo. Y si bien es cierto que hubo un perjuicio para los intereses de la defensa que tenía encomendada, tal perjuicio(..) en razón de que fueron satisfechos los intereses por un órgano público, como es el Ministerio Fiscal, no resulta manifiesto, interpretado en el sentido palpable, patente, palmario u ostensible, ya que ese perjuicio manifiesto justifica la intervención del Derecho Penal para corregir la desatención profesional del acusado, abriéndose otras vías reparadoras en caso contrario(...) en éste caso sucedería que no hay perjuicios patrimoniales acreditados derivados de tal comportamiento, y los morales, dado que se cumplió la satisfacción judicial de los intereses, por la vía del Ministerio Fiscal, obteniéndose una sentencia conforme a Derecho,..., no puede decirse que adquiriesen carácter de norma penal como palpables o manifiestos...”*

Otro ejemplo, de sobra conocido, sobre perjuicios causados por la deficiente actuación profesional de abogado es el caso extraído de la noticia que se publicaba el día 22 de Febrero de 1.999 en el periódico, El Mundo, bajo el titular “**Varios querellantes del caso Ibercop rechazan el acuerdo del fiscal con los acusados**”, sostienen que no han sido totalmente resarcidos y que el abogado Emilio Rodríguez Menéndez desistió del procedimiento sin su autorización.- El testimonio puede significar la nulidad del acuerdo. Según relata uno de los afectados, varios pequeños accionistas de los que habían invertido sus ahorros en una filial de Ibercop acudieron para defender sus intereses y tratar de recuperar tales ahorros a un

abogado –el Sr. Rodríguez Menéndez- que no les pedía dinero por adelantado y que no iba a cobrar nada salvo que ganasen, en cuyo supuesto le pagarían un 10%. Conformes con ello acudieron a una notaría donde firmaron un poder general a favor de dicho letrado a fin de que les representara en la querrela que ya estaba en marcha, en la que se personaría como acusación particular. Hace como unos tres años, el abogado les citó en su despacho para hacerles entrega del primer pago en metálico, equivalente al 40% de la cantidad que habían perdido con sus acciones y firmaron un recibo. Año y medio más tarde, la escena se repitió y recibieron otro 40% del dinero que habían perdido, menos el porcentaje de Rodríguez Menéndez. Quedaba pendiente un 20%. Cuando el juicio se iba acercando el abogado les convocó para aleccionarlos sobre como tenían que declarar ante el Tribunal a favor de los acusados, y el 20% que faltaba no se los entregaría hasta que testificasen. Aproximándose la fecha de la vista oral el Sr. Rodríguez Menéndez suspendió la reunión que tenía fijada con sus representados y no les informó sobre la fecha exacta de celebración de la misma. Llegado el acto de la vista sólo asistieron los miembros del Tribunal, el representante del Ministerio Público, los acusados y sus letrados defensores, sin rastro de las acusaciones particulares que habían desistido justo la semana anterior. El abogado Rodríguez Menéndez había desistido sin poder especial y sin autorización de sus clientes, por ello la noticia recogía las siguientes palabras: *“El acuerdo entre el Fiscal y los acusados del caso Ibercop puede ser papel mojado y, por lo tanto, nulo de pleno Derecho. Varios perjudicados han denunciado que su abogado, Emilio Rodríguez Menéndez, les engañó al retirarse de la querrela presentada contra Manuel de la Concha, Jaime Soto y Benito Tamayo sin su conocimiento y autorización. Los querellantes añaden que no es cierto que hubieran sido totalmente resarcidos por los acusados, en contra de lo que manifestó el Fiscal del juicio: “no ha lugar a pronunciamiento alguno acerca de las responsabilidades civiles, habida cuenta de que han sido indemnizados todos aquellos que en la causa acreditaron su condición de perjudicados”*. La actuación del abogado determina que deba declararse nulo de pleno Derecho el desistimiento de los acusadores particulares, nulidad que debe extenderse al juicio al que no acudieron todas las partes personadas, por otro lado, tampoco sería cierto que hubieran sido totalmente resarcidos los perjudicados, como esgrimió el Fiscal para explicar su posición una vez alcanzado el pacto con los querellados y además los acusados no podrían protegerse bajo el paraguas del art. 21.5 del CP, “haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del Juicio oral”.

La doctrina del delito de deslealtad profesional que tan brillantemente sintetiza la STS de 14 de Julio de 2.000, ha sido acogida por la línea jurisprudencial más moderna, así podemos también mencionar la S AP de Madrid de 23 de Abril de 2.001 –ponente Jorge Barreiro- (BDAP 336549/2002), que reproduce de forma literal los argumentos de la primera.

También resulta interesante la STS de 22 de Mayo de 2.002 –ponente Soriano Soriano- Ref. Iustel.& 330348 en la que se señala que la actuación negligente del abogado contratado hace que decaiga el derecho de la parte -no subsana defecto en el plazo que se le concede, lo que fue notificado al abogado-. Ello provoca un perjuicio material -retraso en el reconocimiento del derecho del perjudicado- y también una angustia –inseguridad, desconfianza, y desánimo a cerca de sus expectativas para quién es lego en Derecho-, siendo esta última indemnizable como daño moral. El perjuicio a que hace referencia el tipo no es preciso que sea evaluable económicamente, sino que basta un notorio daño en los intereses del cliente ante la Administración de Justicia.<sup>311</sup>

---

<sup>311</sup> Reproducción del FJº 3º de la STS 22 de Mayo de 2.002: “3. Sobre esas afirmaciones, en principio, correctas, el Tribunal analiza la actuación letrada del acusado, buscando el nexo de causalidad, respecto a unos perjuicios, que al parecer no halla.

Así nos dice que no se instó la suspensión provisional del acuerdo disciplinario. Ello pudo impedir a los funcionarios, policías de la Guardia Urbana de Barcelona, eludir la peyorativa suspensión. Pero el Tribunal de origen razona, certeramente, que si tal suspensión no fue solicitada por el acusado y tuvo efectividad en el año 1995, habiéndose hecho cargo una nueva letrada en el año 1994, cuya actuación se supone impecable, tampoco instó la suspensión hallándose a tiempo para pedirla, o si la pidió, no fue concedida. Es obvio que el principio de ejecutividad de las resoluciones administrativas, no hacía aconsejable formular una petición con pocos visos de prosperabilidad.

También nos dice, sin tomar en consideración la doctrina de esta Sala, en orden a la determinación del alcance interpretativo del sintagma "perjudicar de forma manifiesta", que el perjuicio se produce cuando se malogra el patrimonio del cliente con relación a los derechos subjetivos cuya gestión encomienda a su letrado.

En suma, entiende que el perjuicio debe limitarse al económico, y algo más, que habiéndose hecho cargo otra letrada, que obtuvo en la instancia una resolución favorable, no ha llegado a producirse el perjuicio al cliente.

4. Sobre este particular debemos acudir a la secuencia de hechos probados en los que se describen los actos negligentes.

En ellos se dice que amén de recurrir una simple propuesta y no un acto administrativo, advertido de la circunstancia por la administración, cuando realmente recayó y le fue notificada la definitiva resolución administrativa sancionadora de la Alcaldía de Barcelona, no sólo no la recurre, sino que tampoco amplió a esta decisión administrativa el objeto del recurso interpuesto en su día contra la propuesta de acuerdo.

En fecha 26-10-94, recayó sentencia del T. Superior de Justicia en la que declaraba la inadmisibilidad del recurso por ser el acto impugnado una mera diligencia de trámite no susceptible de recurso en vía jurisdiccional. A partir de la sentencia surgen los desatinos de entablar el recurso de revisión, basado en precepto no vigente y cuando se le otorga un plazo de 10 días para que alegue lo procedente sobre el recurso de revisión, interesa se tenga por interpuesto el de casación. Sin comentarios.

Con la intervención de la nueva Letrada se impugnó el verdadero acto administrativo y recayó sentencia favorable el 3 de julio de 1997.

## 2.3 La relación de causalidad entra la acción u omisión del abogado y el procurador y el perjuicio a los intereses encomendados a los mismos.

### 2.3.1 Consideraciones Generales.

En los delitos de resultado, como el del art. 467.2º, debe mediar una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad –acción u omisión del abogado o procurador- y el resultado –el perjuicio a los intereses encomendados-, es decir, una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado al autor de la conducta que lo ha causado. Ello, naturalmente, sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos, a efectos de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción en sentido amplio y resultado, y, la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado. Por tanto, antes de imputar un resultado a una determinada acción es necesario establecer una relación de causalidad entra ambos. Para resolver el problema de la relación de causalidad se han formulado diversas teorías como más importantes podemos señalar: la de la equivalencia de las condiciones o de la “*conditio sine qua non*”, la de la causalidad eficiente, o la teoría de la causalidad adecuada.

La dogmática jurídico penal alemana ha elaborado la teoría conocida como de la “*imputación objetiva*”, que en cierta manera viene a ser complemento de las anteriores, y con arreglo a la cual, no es suficiente la existencia de una relación causal entre la acción y el resultado, sino que es preciso además, que el resultado pueda ser objetivamente atribuido al autor de la acción. En consecuencia, para poder afirmar la responsabilidad penal de una persona es necesario:

1º.- la efectiva existencia del nexo causal, a determinar conforme a la doctrina de la equivalencia, por lo que será causa toda condición sin la cual no se hubiera producido el resultado. Es decir, la conducta desplegada por el abogado o procurador, debe ser “*conditio sine quam non*” del incorrecto o gravemente anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

2º.- La relevancia jurídico-penal del nexo causal, para cuya determinación pueden utilizarse alguno de los siguientes criterios:

- la *creación de un riesgo jurídicamente relevante* -el resultado no es imputable si la acción del sujeto no ha creado un riesgo jurídicamente relevante-. Un primer elemento definitorio de lo que es la teoría de la imputación objetiva, nos lleva a presentar lo que se conoce como riesgo jurídicamente desaprobado, que a su vez, parte de lo que debe entenderse como riesgo permitido. Para que un riesgo pueda ser considerado como permitido no basta tan solo que la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad, sino que es indispensable la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo residual.

Cuando una actividad se desarrolla dentro de un riesgo socialmente visto como permitido, “no puede dar lugar a reproche jurídico, de ninguna naturaleza, aún en el evento de que se generen lesiones a particulares”. Es importante aclarar que para la imputación objetiva todo elemento de subjetividad dentro de la acción queda excluida –quedando reservado para su análisis en sede de imputación subjetiva-. Por lo tanto, si una lesión o cualquier resultado con importancia para el DP es consecuencia de una actividad desarrollada dentro del riesgo permitido, la intención o negligencia del sujeto pierden toda importancia. Para la teoría de la imputación objetiva, el criterio del riesgo permitido es y debe ser aplicable para todo delito culposos o doloso, siendo esto "importante consecuencia del reconocer que la calificación de una conducta como permitida o desaprobada no depende de la intención del autor".

El riesgo permitido, dentro de la teoría del delito, forma parte del injusto -no de la imputación subjetiva- y es aplicable a todo tipo de delito y a las tentativas en sí.

Por el contrario, los riesgos desaprobados "son todos aquellos riesgos que provienen de conductas desarrolladas por fuera de los límites del riesgo permitido." Para la fijación de un riesgo como desaprobado la teoría de la imputación objetiva toma como parámetro el consenso social dentro de límites especiales y temporales, puesto que es el grupo social el que debe fijar cuáles riesgos son soportados y cuáles no, en virtud de acciones socialmente necesarias, útiles o peligrosas.

El problema de la aplicación del riesgo desaprobado según el criterio de la imputación objetiva, está en el cómo demostrar que una conducta está en lo correcto dentro del medio social "siendo aplicable el in dubio pro reo en todas aquellos casos en que no exista certeza sobre si determinada actividad es considerada en su medio social o profesional como la indicada para la situación concreta es que se haya desarrollado".

Soluciones extraordinarias se han dado a esta interrogante, siendo la más llamativa la creación de la figura del "hombre medio", o en el caso que nos ocupa, la del "profesional medio". La principal crítica a esta figura entre otras, es la imposibilidad de determinar cómo es, en una sociedad, un profesional prudente.

Dentro de las soluciones llamadas "normativas" está en primer término, el recurrir a las normas escritas, no escritas, etc., como indicadoras de si la actuación fue o no conforme a un deber. También se propone, en segundo lugar, el análisis a profundidad de "la situación concreta en que el autor se encontraba al momento de producir el riesgo de cuyo análisis se trata".

La valoración del riesgo según la situación concreta no aleja a éste del punto objetivo, ya que no se explora dentro de la subjetividad del autor del hecho para determinar el tipo de riesgo, sino que la imputación objetiva recurre a un análisis de la conducta que le era exigible a todos aquellos sujetos que dentro de las mismas circunstancias en que estaba el autor, se hubiesen enfrentado a la situación dada.

Los criterios para la determinación de la conducta como creadora o no de un riesgo desaprobado son:

- a) la exigibilidad personal –o sea, la exigible a cada persona según su rol social-,
- b) la exigibilidad temporal -qué era y qué no era exigible en ese momento; es decir, si socialmente una conducta era vista como aprobada o desaprobada-  
y

- c) la abstracción de riesgos residuales permitidos o niveles de riesgo que no se pueden eliminar del todo.
- la *realización de dicho riesgo en el resultado*. Necesariamente debe existir una relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado penalmente relevante, para poder afirmar que este último es objetivamente imputable a determinada persona. Con ella se comprende inequívocamente, que lo que se pretende destacar es la necesidad de la existencia de un vínculo entre conducta y resultado, el cual solamente estará presente cuando el riesgo jurídicamente desaprobado haya sido el mismo que se realizó en el resultado penalmente relevante. Ahora bien, es necesario conocer cuándo un resultado lesivo puede estimarse como producto de la realización de un riesgo determinado. En general, se entiende que cuando sin la conducta generadora de un riesgo desaprobado es imposible explicar el resultado penalmente relevante estaremos en presencia de un comportamiento que, habiendo producido un riesgo jurídicamente desaprobado, se realizó en el resultado.

Y, por el contrario, cuando un resultado penalmente relevante pueda ser explicado sin la información que suministra una conducta, se tratará de un comportamiento que, pese a haber generado un riesgo jurídicamente desaprobado, no se realizó en el resultado penalmente relevante.

- El *fin de protección de la norma* -son imputables aquellos resultados que se han tratado de evitar con la norma penal-, es decir, conforme a este criterio no habrá imputación del resultado cuando éste no sea uno de los que se pretenden impedir con la norma penal. Una crítica insalvable que se hace al criterio del fin de protección de la norma es su imprecisión, pues, dependiendo de la forma amplia o estricta en que se interprete la norma, cabrá o no la imputación objetiva de un resultado.

- Otro criterio para la imputación objetiva es el de *la previsibilidad*. Para que a una acción que cause un resultado se le impute el mismo, es necesario que ésta sea "ex-ante", objetivamente previsible para quien va a producir ese resultado. En los tipos imprudentes se imputa el resultado a su autor por ser objetivamente previsible y evitable.



Los principales inconvenientes de la teoría de la imputación objetiva radican en la existencia de una multiplicidad de criterios de imputación, y, la diversidad de sus contenidos, dependiendo del autor que los trate, hasta el punto de que se ha convertido en objetivo de una gran cantidad de críticas.

Pues bien, vamos a ver como opera esta teoría en el delito objeto de estudio.

2.3.2 Imputación objetiva del perjuicio en la modalidad del art. 467.2º consistente en un obrar activo.

Es necesario que el perjuicio causado a los intereses encomendados pueda imputarse objetivamente a la acción realizada por el abogado o el procurador, ya se haya realizado ésta de forma dolosa o imprudente –teoría funcional-teleológica-.

La imputación objetiva debe realizarse a dos niveles:

1º el desvalor de la acción desarrollada por el abogado o el procurador debe configurarse como la creación de un riesgo para el bien jurídico –correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia-, de modo que desde una valoración “*ex ante*” se determine que el riesgo creado sobrepasa los límites de la adecuación de la actividad profesional;

2º el desvalor del perjuicio supone una relación entre el riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico y el perjuicio para los intereses encomendados por el cliente en el marco procesal.

El perjuicio puede ser objetivamente imputado al abogado o procurador cuando haya creado un riesgo jurídicamente relevante para el derecho a un proceso debido, y se demuestre a través de una comprobación posterior que ese riesgo o infracción se realiza en el perjuicio a los intereses encomendados. La realización del riesgo jurídico-penal relevante sólo es posible cuando el abogado o procurador tienen un conocimiento o la previsibilidad “pontencial” de que la conducta realizada sobrepasa los límites del riesgo permitido. Conocimiento o previsibilidad que a mi juicio se presume en el supuesto de abogados y procuradores, en tanto en cuanto, estamos en presencia de profesionales en el ejercicio de

su actividad profesional, actividad que se encuentra perfectamente reglada tanto en normas jurídicas como disciplinarias. Quiero con ello decir, que, la existencia de normas reglamentadoras de ambas profesiones en sus diferentes ámbitos de actuación marcando las conductas que quedan al margen de su adecuado desempeño relevan, en cierto sentido, tanto al abogado como al procurador, de elaborar psicológicamente la *previsibilidad* de los daños que impone su inobservancia, debido fundamentalmente a que a ambos les sería suficiente con obedecer, dado que es el legislador el que *a priori* efectúa el cálculo de la previsibilidad, siempre claro está que el comportamiento encaje en tales normas previsoras extra-penales.

### 2.3.3 Imputación objetiva del perjuicio en la modalidad omisiva del art. 467.2º

Las múltiples teorías que se han construido en torno al problema de la relación de causalidad en los tipos de acción ofrecen serios inconvenientes cuando se trata de trasladar a los delitos de comisión por omisión. Para tratar de salvar estas dificultades, se ha propuesto diferentes teorías causales especiales, de todas ellas la que ha gozado de mayor aceptación es la denominada de la “*causalidad hipotética*”. Esta teoría mantiene que lo que caracteriza la relación causal en los delitos de comisión por omisión es el hecho de que si el autor se hubiera comportado debidamente, lo sucedido no habría acaecido. Más ello, es entrar en el ámbito de las especulaciones abstractas e inseguras. Por esta razón, se indicó la necesidad de que el castigo de la omisión se independizase de su capacidad causal, es decir, que la causalidad no tenía que ser la cuestión decisiva en la omisión. De este modo, el problema del fundamento de la punibilidad de la omisión impropia abandonaba el terreno de la causalidad y pasaba al ámbito de la antijuricidad.

El siguiente paso consistió en explicar por qué era injusto típico el comportamiento pasivo que precedió al resultado, para responder a este interrogante se formuló la teoría del “deber de garantía” o “de la posición de garante”. Un simple deber de actuar no es suficiente para imputar el resultado a título de comisión omisiva. Para esto se necesita un deber de actuar de especiales características, que convierte al sujeto obligado en garante, es decir, se necesita un deber jurídico de impedir el resultado cuyo sentido sea el de querer fundamentar la imputación del resultado no evitado.

El Derecho atribuye a una persona la condición de garante utilizando como criterio la fuente formal de la que procede el deber de garantía: La Ley, un contrato, y, un actuar precedente. No obstante, hoy en día se tiende a la integración de esta clasificación formal de las situaciones de garantía en dos grandes grupos que atienden a criterios materiales y que son:

1º.- Los que consisten en la protección de determinados bienes jurídicos.

2º.-Las que tienen por objeto velar por determinadas fuentes de peligro.

Respecto a la posición de garante que asumen abogados y procuradores, su fuente formal dimana de la ley en lo que respecta a su relación y actuación ante la Administración de Justicia, y de la ley y del contrato en lo que se refiere a los intereses de su cliente. Por tanto, el criterio de imputación objetiva está basado en el supuesto del art. 467.2º en la vulneración del compromiso de protección del bien jurídico concretamente adquirido por el garante específico –abogado o procurador-.

CONDE PUMPIDO <sup>312</sup> manifiesta que cuando la conducta es omisiva es preciso que el profesional tuviera el deber de actuar y, además, que esa hipotética actuación omitida hubiera evitado el daño que se ha producido.

Ahora bien, en la omisión desleal de abogado y procurador no se puede considerar que todo perjuicio no evitado deba ser imputado a tales profesionales en consideración a la mera existencia de una posición de garantía. Debe exigirse un efectivo dominio sobre la causa del resultado. Esta exigencia, equiparable a la exigible en los delitos de comisión activa, presupone un control actual sobre el suceso. El dominio no debe confundirse con la posibilidad de la mera evitación, el dominio significa en el ámbito omisivo que ya se encontraba preestablecido.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III.* cit., p. 4367.

<sup>313</sup> SERRANO – PIEDECASAS, JR; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”. cit., p. 423.

Por tanto, para que pueda surgir la posición de garante específica que el juicio de imputación requiere, deberá analizarse y valorarse “*ex ante*” la existencia de un concreto riesgo idóneo para que se ocasione la imposibilidad u obstaculización del acceso efectivo a la tutela jurisdiccional, la pérdida de medios de defensa o derechos procesales de sus clientes, la desvirtuación de la decisión justa del proceso, que determina que éste concluya con una resolución diferente, en lo esencial, a la que debería haber recaído o menos favorable de lo que debía haber sido, la imposibilidad de la efectividad total o parcial en la ejecución del fallo, y será necesario, que el abogado o procurador dominando todo el proceso que debe dar lugar a la producción del resultado<sup>314</sup>, acepte el compromiso de contener el riesgo. El incumplimiento de actuar como medio para contener el riesgo hace que el perjuicio para los intereses encomendados puedan atribuirse al abogado o procurador en las conductas de comisión por omisión.

En resumen, diremos que siguiendo una teoría material -que es la más coherente con la postura restrictiva sostenida-, no basta una posición de garante genérica surgida de las fuentes formales de garantía, sino que para que una conducta de comisión por omisión pueda subsumirse en un tipo comisivo, es necesario una posición de garante específica asumida por abogado o procurador de forma personal en una situación concreta de riesgo. El abogado será garante específico de la defensa técnica ante los Juzgados y Tribunales, y el procurador asume la posición de garante específico de la representación ante los mismos. Esto lleva consigo un reducción del riesgo por una parte, y por otra, un aumento, debido a que la Administración de Justicia y el cliente se inhiben de efectuar otras medidas de protección de sus intereses. Desde que abogado o procurador aceptan la defensa o representación de los intereses de un cliente ante los Tribunales de Justicia, asumen el control con anterioridad a que surja el riesgo concreto. Pero, la posición de garante específica sólo se extiende a situaciones concretas sobre las que el abogado o procurador tienen el dominio sobre la vulnerabilidad de los intereses encomendados.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”. cit., p. 423 señala que: “*El juicio de imputación requiere, además la concreción del concepto de dominio en ese caso específico, comprobando que el objeto del suceso lesivo ya se encontraba controlado con anterioridad. De no actuar con éstas cautelas, la mera apreciación formal de la posición de garante deja abierta la puerta a supuestos de responsabilidad objetiva.*”

<sup>315</sup> PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*. cit., p. 189.

### 3. SUPUESTOS DE AUSENCIA DE ACCIÓN.

Los problemas relativos a la ausencia de acción surgen cuando se da un comportamiento que no depende de la voluntad de quién lo realiza y, por consiguiente, no puede considerarse obra suya, es decir, su acción. En los tipos que nos ocupan los supuestos de ausencia de acción se circunscribirían a la realización de las conductas de doble defensa o representación, o en su caso, de perjudicar los intereses encomendados a través de un comportamiento no voluntario del abogado o procurador, lo que ya de por sí parece bastante difícil de partida.

Si el delito es acción, hay que entender que no habrá delito cuando no concurren los elementos que integran éste. En esa obviedad descansa la opción legislativa seguida por nuestro Código cuando ha prescindido de la mención de los supuestos de ausencia de acción.

La doctrina, por su parte, viene tradicionalmente identificando como supuestos de ausencia de acción: *los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia y la fuerza irresistible*. A ellos, y su repercusión en las deslealtades profesionales del art. 467 nos vamos a referir seguidamente.

Respecto de los primeros, es decir, de los *movimientos reflejos* -vómitos, convulsiones, movimientos instintivos de defensa en el instante del sobresalto- en los que, por definición, se produce un estímulo exterior que es percibido por los centros sensoriales que, a su vez, lo transmiten directamente a los centros motores, lo que determina un movimiento no controlado por la conciencia, podemos concluir que en la medida en que los centros motores no son controlados por la voluntad, no puede hablarse aquí de “acción”, que sí concurre, no obstante, en los casos de reacciones impulsivas o explosivas o en los actos en cortocircuito, en los que al no resultar excluida la voluntad, no puede excluirse la acción. Pues bien, teniendo en consideración las características del delito de deslealtad -en cualquiera de las modalidades de doble defensa o representación o del perjuicio a los intereses encomendados-, no es fácilmente imaginable la posibilidad de ausencia de acción por obedecer la actuación del abogado, o en su caso, la del procurador a un movimiento reflejo. Los movimientos reflejos juegan su papel en delitos que consisten en un acto físico

“strictu sensu” como el homicidio o las lesiones, y no en delitos que requieren una especial “actuación intelectual” para su comisión.

En relación a los *estados de inconsciencia*, su ubicación dentro de los supuestos de ausencia de acción se basa en que tales estados hacen que los comportamientos realizados no dependan de la voluntad y, por tanto, no puedan considerarse acciones en sentido penal. Como estados de inconsciencia se mencionan por la doctrina: la hipnosis, el sonambulismo, la narcosis, la embriaguez letárgica, el sueño profundo. Tales estados eliminan también la voluntariedad. Excluyen, en consecuencia, la acción. En cualquier caso, resulta, *de facto*, bastante remoto que un abogado o procurador acometa una actuación que perjudique los intereses que le fueron encomendados –aunque es posible sobre todo en la modalidad omisiva- o realice el tipo de doble defensa o representación –en esta modalidad resulta a mi juicio prácticamente imposible- en estado de embriaguez letárgica, sonambulismo, sueño profundo. Diferente consideración merece, sin embargo, el discutido supuesto de la hipnosis, a la que voy a dedicar una específica referencia.

¿Es factible que el abogado o procurador realicen las conductas descritas en el art. 467 en estado hipnótico?

Con carácter previo a responder a la pregunta suscitada hay que intentar precisar qué es la hipnosis.

Como cualquier otro fenómeno que sea motivo de polémica, a la hipnosis se le han dado múltiples definiciones, muchas de ellas contradictorias entre sí. El punto de coincidencia de todas las definiciones que al respecto se han esgrimido radica en que un sujeto en estado hipnótico se encuentra de forma diferente a la que le es habitual, en tal sentido, se puede afirmar que la hipnosis es un estado de consciencia diferente, cuantitativa o cualitativamente, al habitual de vigilia. A la hipnosis se llega mediante inducción, en general proveniente del exterior del propio sujeto. En este estado se pueden producir fenómenos en el individuo que, de forma espontánea, nunca se darían en un estado habitual de vigilia. El estado hipnótico, permite la modificación de la casi la totalidad de la

conducta humana habitual, sus componentes cognitivos y oréticos así como de su forma de percibir la realidad y de relacionarse con su medio ambiente.<sup>316</sup>

La capacidad para ser hipnotizado es, lo mismo que cualquier otra aptitud, una cuestión de grado. En cualquier caso, es posible afirmar que, en principio, toda persona es susceptible de ser sometida a tal inducción, y por tanto, no se puede descartar la posibilidad, aunque remota, de un abogado o procurador cuya actuación se produzca bajo un estado hipnótico. Cuestión diferente es si dicho estado puede encuadrarse en los supuestos de ausencia de acción, para ello resulta imprescindible la anulación de la voluntad del sometido a hipnosis, en éste caso concreto, del abogado o procurador.

*¿Puede ser hipnotizado el abogado o procurador para hacer o decir algo en contra de su voluntad? ¿Se puede obligar a estos profesionales a realizar actos contrarios a sus principios éticos o morales bajo hipnosis?*

La cuestión radica en determinar si el sujeto sometido a hipnosis es un sujeto carente de voluntad. En tal sentido, uno de los mitos clásicos en el campo de la hipnosis es la pérdida de control. Es frecuente, sobre todo en el sujeto que se somete a la técnica hipnótica la creencia de que va a caer en un estado en el que no podrá oponerse a ninguna de las órdenes del hipnotizador, que actuará en función de sus peticiones y que cualquier intento de oposición a éstas sería totalmente inútil. Tal opinión es también frecuente entre profesionales de la salud y de la investigación en general.

En la actualidad, la practica totalidad de los teóricos<sup>317</sup> opinan que “el sujeto” no está en ningún caso bajo el control absoluto del hipnotizador, sino que conserva la “voluntad” suficiente como para oponerse o aceptar las sugerencias que se le inducen, incluso a la hora de aceptar o no la entrada en el trance, avalan tal afirmación los siguientes argumentos:

---

<sup>316</sup> GIL ROALES-NIETO, J (Y OTROS); *Hipnosis, fuentes históricas, marco conceptual y aplicaciones en Psicología Clínica*. Madrid, 2.001. pp. 149 y 150.

<sup>317</sup> Entre otros podemos mencionar a ANDRÉS CATENA, FRANCISCO J. RODRÍGUEZ CASTRO; “mitos y realidad de los fenómenos hipnóticos”, *Hipnosis, fuentes históricas, marco conceptual y aplicaciones en Psicología Clínica*. Cit., pp. 131 a 138.

- el hecho de que si el sujeto que se va a someter a la inducción se opone activamente, el trance será imposible de conseguir.
- La imposibilidad de utilizar la hipnosis para inducir comportamientos contrarios a las creencias éticas y morales del sujeto hipnotizado.
- La contrastada intervención de recursos cognitivos en el comportamiento realizado bajo hipnosis.

GARCÍA CUETO<sup>318</sup> afirma categóricamente que nadie pierde su aptitud volitiva ni su capacidad para tomar decisiones y responder libre, consciente y responsablemente ante las sugerencias pre, post e hipnóticas.

Considero, que es posible, al menos en teoría, la hipotética actuación del abogado o procurador bajo un estado hipnótico, dicho estado ocasiona, desde un punto de vista psicológico y científico, un estado alterado de consciencia caracterizado por la pérdida de la planificación de la conducta, por la alteración de la atención, de la selectividad de la percepción, la tolerancia a la distorsión de la realidad o la alteración de la memoria, pero por lo que a “la voluntad” respecta, ésta no resulta especialmente afectada o alterada, dando la impresión de que la conducta normal y el comportamiento hipnótico son básicamente similares. La única diferencia la encontramos en el componente subjetivo, ya que en hipnosis no aparece la sensación de control sobre la propia conducta, pues al no encontrar en introspección ningún signo de voluntad en la ejecución, asume la conducta como involuntaria. Todo lo expuesto conduce a la conclusión de excluir las conductas hipotéticamente hipnóticas de abogados y procuradores de los supuestos de ausencia de acción.

Frente a esta opinión, sin embargo, se han alzado otras como la de TERRADILLOS BASOCO<sup>319</sup> para el que caben supuestos de ausencia de acción, cuando el hipnotizador

---

<sup>318</sup> GARCÍA CUETO, E, (Y OTROS); “Hipnosis: definición, medida y procedimiento” *Hipnosis, fuentes históricas, marco conceptual y aplicaciones en Psicología Clínica*. cit., p. 158.

<sup>319</sup> TERRADILLOS BASOCO, J M y DE LA CUESTA AGUADO, M. P (coord..) “Teoría del delito, nuevos planteamientos, acción”. *Cuestiones Fundamentales del Derecho Penal*. Universidad de Cádiz. Cádiz 1.999, pp. 7 a 20. Yen internet pág. (<http://www.iustel.com>).



domine totalmente al sujeto hipnotizado. Pero no pueden excluirse posibilidades de apreciar manifestaciones del *versari in re illicita*, al menos en su modalidad imprudente.

En cualquier caso, los comportamientos realizados en estado de inconsciencia pueden cobrar relevancia penal, y desencadenar una responsabilidad de esta índole, en virtud de las llamadas "*actiones liberae in causa*", es decir, puede ocurrir que el sujeto se haya colocado de propósito en estado de inconsciencia para realizar la acción delictiva, o que incida en tal estado por una actuación negligente que, en definitiva, origina un evento cuanto menos evitable, pensemos por ejemplo, en el abogado o procurador que a consecuencia de encontrarse en un estado de embriaguez letárgica deja de presentar en plazo un recurso de apelación, que hubiese tenido grandes posibilidades de prosperar, deviniendo la resolución principal firme y ocasionando un evidente perjuicio para los intereses que afectan a su cliente.

Finalmente, *la fuerza irresistible* concurre cuando el sujeto que actúa lo hace compelido por una coerción externa absoluta (*vis absoluta*). La fuerza ha de tener origen externo. El anterior CP de 1.944 recogía expresamente en su artículo 8.9 la llamada eximente de fuerza irresistible –“está exento de responsabilidad criminal el que obra violentado por fuerza irresistible”- como supuesto característico de ausencia de acción. El vigente CP de 1.995, con mejor criterio, no lo ha incluido en el listado de circunstancias eximentes del art. 20 precepto alguno similar o equivalente. Sin embargo, la lectura de ambos textos es idéntica: en total ausencia de comportamiento voluntario, no puede apreciarse acción, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento legal expreso.

Ello, no obstante, la fuerza irresistible puede entenderse contenida implícitamente en el art. 28 del CP vigente a tenor del cual se considera autor del delito a “quien realiza el hecho por medio de otro, del que se sirve como instrumento” (autoría mediata). Tal autoría mediata incluye los estímulos psicológicos o de orden moral y el uso de la *vis física*. La fuerza irresistible prácticamente no opera en los delitos que estamos analizando.

#### IV. CONCLUSIONES

Las conductas que aparecen tipificadas en el artículo **467.1 del CP** de 1.995 lo son en términos casi idénticos a las descritas en el art. 361 del anterior CP de 1.944. Las principales diferencias entre ambos preceptos, además de la relativa a su distinta ubicación sistemática, radican fundamentalmente en:

1º.- La sustitución del termino “parte” por el de “persona”, la nueva terminología resulta, sin duda, mucho más adecuada y viene a superar los inconvenientes que se derivaban de las connotaciones inherentes al término “parte” .

2º.- La sustitución la expresión “*el mismo negocio*” por la de “*el mismo asunto*”, cambio que no estimo excesivamente trascendente ya que ambos términos resultan igual de vagos.

3º.- En lo que respecta al “*asesoramiento*”, el art. 361 parece referirlo al segundo cliente y, por su parte, el art. 467.1º refiere el asesoramiento al primer cliente.

Por otra parte, en atención a su tenor literal el tipo descrito en el art. 467.1º del CP entra dentro de la categoría de *delitos especiales propios, de peligro, de mera actividad*, es un delito *compuesto mixto, de consumación anticipada, de naturaleza uniofensiva*, se trata de un delito a caballo entre los tipos permanentes y de estado, es un delito autónomo y primario. Dada la naturaleza de los comportamientos descritos en el art. 467.1º sólo es imaginable la comisión por acción.

Se ha planteado la necesidad de dotar de un contenido material al tipo del art. 467.1º ya que, en opinión de parte de la doctrina y la Jurisprudencia, de otro modo no sería justificable que tal deslealtad profesional hubiese saltado desde el ámbito puramente deontológico al de la punición penal pero de la letra de la Ley no se desprende la exigencia del perjuicio para el cliente. No obstante, es evidente que la satisfacción de los intereses de éste a través del proceso pueden peligrar o verse perjudicados como consecuencia del atentado o puesta en peligro del derecho de defensa a causa la conducta desleal de los profesionales que le asisten, pero dicho perjuicio no deja de ser más que una de las consecuencias inherentes a la acción delictiva de manera que el verdadero fundamento de ésta se halla en el riesgo que genera para el bien jurídico protegido, que no es el interés del particular, sino el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. La doble

defensa o representación ha de hacer surgir en el caso concreto un efectivo peligro para el correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia para lo cual es imprescindible que el abogado o procurador asuman de hecho en el asunto en cuestión un papel directivo y no basta una mera intervención accidental en el mismo.

La conducta típica respecto del abogado consiste en asesorar o tomar la defensa de una persona y sin su consentimiento defender a quien en el mismo asunto tenga intereses contrarios. Por lo que respecta a los verbos nucleares del tipo “asesorar” y “defender” ha de optarse por una interpretación restrictiva de la defensa entendida esta como la realización de actividades encaminadas a la protección de los intereses encomendados por el cliente. Con lo cual el término defensa no engloba el asesoramiento sino que este último debe ser entendido como una actividad distinta a aquella y consistente en emitir una opinión profesional precedida de la revelación de hechos notorios o trascendentales del asunto por parte del cliente, siendo además preciso que tal asesoramiento se haya solicitado y prestado con tal carácter profesional. A partir de esta concepción restrictiva de la defensa no es posible sostener la viabilidad de la tipicidad de la conducta consistente en el doble asesoramiento.

Las posibles conductas típicas respecto del abogado quedan reducidas a:

- asesorar a una persona, y sin su consentimiento, asumir la defensa de quien en el mismo asunto tenga intereses contrapuestos.
- Tomar la defensa de una persona, y sin su consentimiento, defender en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios.

Respecto del procurador la conducta típica se circunscribe a asumir dos representaciones incompatibles; no obstante, dadas las reales competencias y funciones de estos profesionales en la mayoría de los casos reducidas a ser meros portadores de documentos es difícilmente imaginable que a través de estas conductas se pueda producir un atentado al correcto funcionamiento de la Administración de justicia capaz de justificar la intervención del Derecho Penal.

Por otra parte, deben encontrar cabida dentro del ámbito punitivo del artículo 467.1º del CP las llamadas conductas mixtas, es decir, la intervención cruzada en un mismo asunto como abogado y procurador.

El *consentimiento* del cliente en el marco del artículo 467.1º y las consecuencias del mismo, ha hecho surgir una de las principales objeciones al bien jurídico *correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*. En efecto, para que el consentimiento excluya la tipicidad de la conducta ha de ser además de precedente, expreso, libre y consciente, emitido por el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, que en el caso que nos ocupa no es el cliente sino el Estado. Ahora bien, la puesta en peligro del bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en este supuesto concreto sólo puede estimarse producido si resulta afectado el Derecho de defensa, y este último, es un derecho fundamental de naturaleza subjetiva cuyo titular es el justiciable que por lo tanto tiene la plena disponibilidad del mismo. Resulta absurdo sostener la lesión o puesta en peligro del derecho a la defensa de una persona que libre y conscientemente ha renunciado a las garantías inherentes al mismo y considerar que se ha producido un ataque al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Por otra parte, será desde mi punto de vista necesario únicamente el consentimiento del primer cliente en el supuesto en el habiendo ya cesado la relación con él se pretenda asumir la relación con quien en el mismo asunto tenga intereses contrapuestos, en cambio, si la relación profesional se pretende simultanear será necesario el consentimiento de todos los clientes afectados.

La *identidad del asunto* viene vinculada a la contraposición de intereses. El término *asunto* no puede considerarse equivalente al de *proceso* sino que es más amplio y debe ponerse en relación con la causa motivadora del conflicto de intereses, con el fondo de la cuestión.

Finalmente, por lo que respecta al *conflicto de intereses* no hay que atender a una concepción exclusivamente formal del mismo, sino que hay que ponderar tanto el aspecto material como el procesal determinando la existencia de intereses contrapuestos en atención a cada caso concreto y al tipo de asunto jurídico que se discuta.

En el artículo 467.2º del vigente CP se contemplan las conductas desleales de abogados y procuradores consistentes en la causación por acción u omisión de un perjuicio

manifiesto a los intereses encomendados por lo que en relación con la regulación que acogía el anterior CP, se ha extraído la figura de la revelación de secretos, se ha introducido la necesidad del carácter *manifiesto* del perjuicio, se ha suprimido la referencia al *cliente* utilizando la fórmula de *los intereses encomendados* y finalmente se ha recogido expresamente la posibilidad omisiva –aunque ello resultaba innecesario a tenor del artículo 11 del CP-.

El delito a que alude el artículo 467.2º es un delito unisubjetivo, especial propio, de resultado, simple, de lesión, de consumación normal, de carácter uniofensivo, autónomo y primario.

El perjuicio debe ser causado en el marco de una relación abogado/procurador y cliente que ha de encontrarse vigente, debiendo afectar la conducta delictiva de estos profesionales, por imperativo del bien jurídico correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, al derecho a un proceso debido con todas las garantías, por lo que, el ámbito de protección se extenderá a la concreta actividad de estos profesionales dentro de la esfera procesal.

El perjuicio a los intereses encomendados puede ser causado por acción u omisión, en cuanto a la modalidad omisiva, el artículo 467.2º se encuadra por sus propias características dentro de los delitos de omisión impropia. La posición de garante del abogado o procurador respecto de la Administración de Justicia resulta de la Ley, si bien esa posición de garante debe tener su concreción en el ámbito material.

En cualquier caso, el perjuicio ha de ser *manifiesto*, es decir, patente y recaer sobre los intereses que el profesional en cuestión tenga encomendados con afectación de los derechos de defensa y de aquellos derechos que son inherentes a un proceso con todas las garantías debiendo mediar una relación de causalidad entre la acción u omisión del abogado o procurador y el perjuicio ocasionado, el cual debe ser objetivamente imputable al abogado o procurador. El perjuicio puede ser objetivamente imputado al abogado o procurador cuando hayan creado un riesgo jurídicamente relevante para el derecho a un proceso debido, y se demuestre a través de una comprobación posterior que ese riesgo o infracción se realiza en el perjuicio a los intereses encomendados. En la omisión desleal de abogado y procurador no se puede considerar que todo perjuicio no evitado deba ser

imputado a tales profesionales en consideración a la mera existencia de una posición de garantía. Debe exigirse un efectivo dominio sobre la causa del resultado y no basta una posición de garante genérica surgida de las fuentes formales de garantía, sino que para que una conducta de comisión por omisión pueda subsumirse en un tipo comisivo, es necesario una posición de garante específica asumida por abogado o procurador de forma personal en una situación concreta de riesgo.

Por último, parece bastante remoto la concurrencia en los delitos objeto de estudio de los llamados supuestos de ausencia de acción.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### **DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS, ELEMENTOS SUBJETIVOS: ANÁLISIS DEL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LAS DESLEALTADES PROFESIONALES DE ABOGADOS Y PROCURADORES DEL ART. 467 DEL C.P.**

#### **I. CONSIDERACIONES GENERALES.**

El tipo penal constituye la descripción legal de la acción u omisión dolosa o imprudente punible<sup>320</sup>, es decir, la tipicidad delimita el ámbito punible en base a la lesividad abstracta al bien jurídico. De acuerdo con tal afirmación podemos concluir que la conducta típica se divide en dos partes:

- una parte objetiva, llamada tipo objetivo o conducta externa, que encierra o contiene todo el desvalor del resultado, y,
- una parte subjetiva o tipo subjetivo, que comprende el desvalor de la acción.

*¿Qué papel juegan el dolo y la imprudencia en los tipos descritos en el art. 467 del CP? ¿Qué se entiende por tipo subjetivo del delito de deslealtad profesional?, ¿Qué elementos integran dicho tipo subjetivo?*

La respuesta a estos interrogantes exige una serie de reflexiones previas aunque estas se efectúen de forma un tanto general.

La determinación de los elementos subjetivos del tipo puede ser diversa en atención a la postura que se adopte en orden al contenido y a las relaciones entre los diversos

---

<sup>320</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO, I; “Introducción a la teoría jurídica del delito”, *Código Penal 1.995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. cit., pp. 134 y ss.

elementos del tipo. En este sentido, cabe señalar la existencia de dos líneas fundamentales de pensamiento:

Para aquellos autores que opinan que la culpabilidad se agota en el estudio del dolo y la imprudencia, los elementos subjetivos del tipo no guardan con la culpabilidad más relación que la que existe entre todos los elementos del tipo. Es, más bien, a propósito del estudio de las relaciones entre la antijuricidad y el tipo cuando se aborda la cuestión de los elementos subjetivos del tipo. Así, vienen a señalar los partidarios de esta postura, que si normalmente los tipos penales no contienen más que elementos descriptivos relativos a la acción, existen algunos que incorporan elementos subjetivos. Tales elementos subjetivos constituyen elementos subjetivos del tipo o elementos subjetivos del injusto que entroncan más con la antijuricidad que con la culpabilidad, aunque sea uno de los signos de la unidad orgánica del delito.

Más existe otra postura doctrinal que incluye el dolo dentro de la parte subjetiva del tipo y más concretamente dentro del tipo doloso de la acción, de modo que puede decirse que elementos subjetivos del tipo son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización.

Tradicionalmente se ha entendido que en el supuesto de la doble defensa o representación del artículo 467.1º estamos ante un delito doloso, conclusión que en la actualidad por imperativo del artículo 12 del CP no admite la más mínima duda, si bien por lo que concierne al tipo subjetivo, no contiene descripción de requisito alguno de carácter subjetivo.

Por lo que respecta a la modalidad delictiva consistente en la causación por acción u omisión de un perjuicio a los intereses encomendados se prevé expresamente la comisión imprudente, de tal forma que, para estimar constituido el desvalor específico de la conducta el tipo de injusto exige la concurrencia de *imprudencia grave*.

Es más que evidente pues la polémica existente entorno a la ubicación sistemática del dolo y la imprudencia entre los que proclaman su adscripción al tipo de injusto y los que defienden su inclusión en el juicio de la culpabilidad, sin obviar aquellas posiciones que mantienen la doble naturaleza o vertiente de determinados elementos anímicos, de tal



forma, que éstos juegan un doble papel: de una parte, son elementos esenciales del juicio de desvalor en la medida en que fundamentan el injusto del hecho y, de otra, han de considerarse también como elementos del juicio de culpabilidad en la medida en que forman parte del nexo a establecer entre autor y hecho. A continuación, vamos a adentrarnos en el estudio del dolo y la imprudencia optando por su ubicación dentro del tipo de injusto del art. 467 en sus párrafos 1º y 2º.

En consecuencia, dentro del tipo subjetivo vamos a seguir el siguiente esquema:

- elementos generales: Art. 467.1----- DOLO

Art. 467.2----- DOLO E IMPRUDENCIA.

- elementos excepcionales: no concurren.

## II. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LA DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN DEL ART. 467.1º DEL CP.

### 1. ANÁLISIS DEL DOLO EN EL DELITO DE DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN.

La mayoría de la doctrina<sup>321</sup> (García Planas, Benítez Ortúzar, Magaldi Paternostro, Conde Pumpido, Calvo-Rubio, Goyena Huerta, Queralt Jiménez ...) considera que, en el supuesto de la conducta tipificada en el art. 467.1º del CP nos encontramos en presencia de un delito exclusivamente doloso.

Obra dolosamente el abogado o procurador que asume la doble defensa o representación de quienes ostentan intereses contrarios en un mismo asunto con conciencia de ello –*elemento intelectual*– y con voluntad de hacerlo –*elemento volitivo*–. La concurrencia de ambos elementos es imprescindible para poder apreciar la existencia del dolo.

El *elemento intelectual*, a su vez, implica que el sujeto activo –abogado o procurador – ha tenido conocimiento de los elementos constitutivos del tipo penal, la STS de 25 de Mayo de 1.996 –ponente Bacigalupo Zapater- (BDAP 522/1996) Pág. 1.491, señala de forma expresa que: “*Para el dolo es esencial el conocimiento de los elementos del tipo objetivo*”, en el caso objeto de la citada sentencia, se discutía la concurrencia de uno de los elementos del tipo que era la contraposición de intereses.

El dolo del abogado o procurador, por tanto, debe de abarcar en el supuesto del art. 467.1º del CP los siguientes aspectos:

---

<sup>321</sup> PÉREZ CEPEDA, A I; *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*. cit., p.179; BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., p. 227; CONDE-PUMPIDO, C, (Director), *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*, cit., p. 4366; MAGALDI PATERNOSTRO, MJ, en “La prevaricación de abogado y procurador.....” cit., p. 125; CALVO-RUBIO BURGOS, J, B; “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”, cit., p. 494; DE DIEGO DÍEZ, L. A.: *Prevaricación (deslealtad profesional) de abogados y procuradores*, cit., p. 18; GARCIA PLANAS, G; en “ Prevaricación de Abogados y procuradores ”. cit., p. 50. GOYENA HUERTA, J; *Delitos contra la Administración de Justicia*. cit., p. 293; QUERALT JIMÉNEZ, J; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. cit., p. 865.

- la existencia de la relación profesional -vigente o no-, por la que se ejerce la defensa, el asesoramiento o la representación.
- la ausencia del consentimiento previo del primer cliente.
- La existencia de intereses contrapuestos entre las personas con las que se mantiene la doble relación profesional.
- La identidad del asunto.

También se ha incluido dentro del elemento intelectual el conocimiento de la significación antijurídica de la conducta realizada estimando que para apreciar que ha existido el dolo es preciso también que el sujeto tenga conocimiento de la significación antijurídica de la conducta típica que realiza. Tal conocimiento, no exige ni siquiera un saber jurídico, que es evidente que poseen o deben poseer tanto los abogados como los procuradores, sino que basta con que se sepa que se obra contra intereses jurídicamente protegidos, es decir, basta con un conocimiento de la antijuricidad material, que ha de ser actual, real y no meramente potencial. Por tanto, el conocimiento de que la doble defensa o representación está prohibida por la Ley, es requisito indispensable del dolo, pero hay que estimarlo implícito en la propia condición de abogado y procurador<sup>322</sup>. En el caso de los profesionales de la abogacía y de la procuraduría, si consideramos las normas que disciplinan las condiciones para su ejercicio, resulta prácticamente imposible pensar que puedan desconocer el carácter antijurídico –penal y disciplinario- de la doble defensa o representación.

No obstante, hay que advertir que para quienes defendemos la teoría finalista ortodoxa, la conciencia de la antijuricidad se sitúa fuera del dolo. Esta dirección doctrinal propone un concepto más restringido del dolo y que incluye únicamente conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita en el tipo de injusto. Y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica.

---

<sup>322</sup> GOYENA HUERTA, J; *Delitos contra la Administración de Justicia*. cit., p. 293.

Respecto del *elemento volitivo* es preciso que el abogado o procurador, en este caso, hubiera querido la acción –defender o representar a dos personas con intereses contrapuestos en el mismo asunto-, y hubiera querido -dolo directo- o aceptado como posible -dolo eventual- la puesta en peligro del correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia por merma de los valores inspirados en los derechos de defensa y de un proceso debido y con todas las garantías. Estimo que dentro del querer de estos sujetos –abogado o procurador- debe entrar, además de los resultados por ellos directamente queridos, aquellos que se representaron como probable consecuencia de su acción, y que sin quererlos directamente los aceptaron para el caso de que se produjeran. Significa esto, que dolo directo de primer grado, el de segundo grado o de consecuencias necesarias y el dolo eventual, quedan comprendidos en el actuar doloso incluido en el art. 467.1º. GOYENA HUERTA<sup>323</sup> propone como ejemplo de concurrencia de dolo eventual el supuesto del abogado o procurador que represente el hecho cuando aún está vigente su relación contractual con la otra parte, aunque no tenga certeza sobre ese extremo y, pese a ello, opte por defender o representar a la contraria. Considero, no obstante, que tal ejemplo no resulta acertado dado que como ya he tenido ocasión de exponer al tratar el tema de la relación clientelar, para la comisión de la conducta delictiva descrita en el art. 467.1º del CP no es necesario que la relación clientelar con el primer cliente se encuentre vigente en el momento de asumir la defensa o representación de quien ostenta intereses contrapuestos, en consecuencia, en el ejemplo aludido estaremos en presencia de dolo directo, que no eventual, o en su caso, también cabría plantearse la posibilidad de la concurrencia de un error vencible.

El dolo, en cualquier caso, debe concurrir en el momento en que se realiza la acción, es decir en el momento en que abogado o procurador asumen “de facto” la defensa o representación en un mismo asunto de quien tiene intereses contrarios a aquel al que previamente se ha asesorado defendido o representado.

Si quisiéramos resumir las conclusiones a que nos lleva el estudio del dolo en el tipo delictivo que analizamos podríamos remitirnos a la STS de 20 de Enero de 1.994, -ponente Cotta y Marquez de Prado- (BDAP 267/1.994), pág 657, que lo califica como de “dolo específico”, constituido por *el hecho de defender o representar profesionalmente*

---

<sup>323</sup> GOYENA HUERTA, J; *Delitos contra la Administración de Justicia*. cit., p. 293.

*como abogado o procurador a dos personas con intereses contrapuestos en el mismo asunto con conciencia y voluntad de lo que se hacía, con lo que se quiebra así la lealtad que debe presidir siempre las relaciones de los letrados con sus clientes.* Es admisible tanto el dolo directo como el dolo eventual y basta con el conocimiento de los elementos del tipo, no es precisa una concreta voluntad de causar daño y tampoco se requiere la precisa intención o el ánimo de utilizar en contra del primer cliente el conocimiento de circunstancias que puedan perjudicarles, pues tal precisa intención no es exigida por el tipo como uno de sus requisitos.

## 2. LA POSIBILIDAD DE UN TIPO IMPRUDENTE DE DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN.

*¿Es posible la perpetración del delito de doble defensa o representación a título de imprudencia?*

El CP de 1.995 no contempla la comisión imprudente de la figura de la doble defensa o representación, porque aunque el dictado literal del último párrafo del art. 467 dispone que: *“si los hechos fueran realizados por imprudencia grave...”*<sup>324</sup>, no especificando si se circunscribe a los “hechos” del art. 467.2 o si se extiende también a los tipificados en el 467.1º, del dictado conjunto del precepto se infiere que en el ánimo del legislador se encuentra implícita la primera opción al no haber asignado al último inciso del precepto el carácter de párrafo independiente. De este modo, el apartado segundo del art. 467.2º parece referir la posibilidad imprudente únicamente a las deslealtades de abogados o procuradores que por acción u omisión perjudican los intereses que tuvieren encomendados y, por tanto, la imprudencia no resulta punible en el supuesto de las deslealtades tipificadas en el párrafo primero del mismo artículo. Tal interpretación ha sido acogida también por la doctrina sin fisuras y de forma prácticamente unánime.

En efecto, hoy por hoy, sólo puede hablarse de tipo de delito imprudente cuando la naturaleza del mismo lo permita y cuando –consiguientemente– así esté establecido en el

---

<sup>324</sup> Quizás hubiese sido preferible la siguiente redacción: “Si el perjuicio a que se refiere el párrafo anterior fuese ocasionado por imprudencia grave...”, en lugar de hablar genéricamente de “hechos”.

imprescindible tipo específico de la parte especial del Código<sup>325</sup>. Además, podemos decir que con carácter general, se ha venido negando la posibilidad de la imprudencia o del delito imprudente en relación a:

- a) aquellos delitos que al describirlos el legislador en su forma dolosa contienen elementos subjetivos del injusto; v.g el ánimo de lucro en los delitos de robo o de hurto.
- b) Aquellos delitos en los que el legislador para configurar el elemento intencional utiliza expresiones como “de propósito”, “a sabiendas”, “maliciosamente”....
- c) Aquellos delitos considerados como de *mera actividad*, supuesto en el que se sitúa el tipo de doble defensa o representación del art. 467.1º. El TS se ha inclinado en aplicar los preceptos que regulan la imprudencia solo a los delitos de resultado concurriendo además éste, en tal sentido se pronuncian las SSTs de 29 de Febrero de 1.996 (BDAP 333/1.996) Pág. 961. -ponente Puerta Luis-, de 30 de Enero de 1996 (BDAP 248/1996) Pág. 715. -ponente Conde Pumpido Tourón-, entre otras que por reiteradas hacen innecesaria su enumeración.

BENITEZ ORTÚZAR<sup>326</sup>sostiene en relación a la doble defensa o representación que, aún cuando no se castiga la comisión imprudente, en cualquier caso, va a resultar imposible la apreciación de la misma, y ello, porque nos encontramos ante profesionales de la práctica del Derecho. No obstante, quiero llamar la atención sobre la opinión vertida por MELÉNDEZ SANCHEZ<sup>327</sup> que en relación al anterior art. 361 consideró que si bien la doctrina admitía como única posibilidad de comisión la conducta dolosa, habría sin embargo, que hacer una consideración diferenciada según se trate del abogado o del procurador. Si nos atenemos a las competencias estatutarias de ambos profesionales jurídicos, es evidente que los abogados tienen un conocimiento pleno de las pretensiones de sus clientes a fin de construir una defensa adecuada, el hecho objetivo de la defensa o el

---

<sup>325</sup> el artículo 12 del propio CP que señala textualmente que: “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

<sup>326</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., p. 227.

<sup>327</sup> MELÉNDEZ SANCHEZ FL; “Entorno al delito de Prevaricación. Especial referencia....”, cit. p. 471.

consejo jurídico, presupone inevitablemente, el prevalimiento de las informaciones suministradas por el primer cliente que pueden ser utilizadas en su contra. En estas conductas resulta patente la existencia del dolo.

En el caso del procurador, si se tiene en cuenta que su función exclusiva consiste en la de representación del cliente, y que se encuentra sometido a la dirección letrada del pleito, es posible la comisión culposa en la conducta consistente en representar simultánea o posteriormente a otro cliente con intereses contrapuestos en el mismo negocio, y ello con independencia, de que la culpa pueda ser calificada como inexcusable, y sin eliminar, por supuesto, la posible comisión dolosa.

Debemos tener presentes que las reflexiones que efectúa Meléndez Sánchez, están realizadas bajo la regulación del anterior TRCP de 1.973, cuyo criterio para la incriminación del delito imprudente es diametralmente opuesto al vigente. Así el CP de 1.995 sigue el criterio de *numerus clausus*, que se traduce en la tipificación específica y separada de cada delito, tanto en su forma dolosa como imprudente, de lo que resulta que cada tipo delictivo tiene descritos los grados de culpabilidad: doloso y culposo o imprudente. Conforme a este sistema, no pueden existir más conductas imprudentes punibles que las establecidas determinada y concretamente en el Código con relación a cada tipo delictivo doloso concreto. Por el contrario, el sistema del *numerus apertus* se traduce en que la imprudencia no está castigada como modalidad o grado de culpabilidad en la perpetración de cada delito, sino que está configurada como “*crimen culpae*”, en general. El sistema de *numerus apertus* pone en relación el delito de imprudencia con cada uno de los tipos penales que existía en el CP de 1.973, sin traba ni impedimento legal.

Desde otro punto de vista, sostengo que las argumentaciones de Meléndez Sánchez más que abonar la posible admisión de la comisión imprudente en la doble representación vienen a poner de relieve la innecesaria tipificación penal de este tipo de conductas dado el escaso riesgo que para el bien jurídico comporta el hecho de que un mismo procurador asuma la representación en un asunto de sujetos con intereses contrapuestos sin el correspondiente consentimiento destipificante, ya que en realidad dicha representación actúa con sujeción a una dirección letrada del pleito y ésta corre a cargo de los abogados. No obstante, podría replantearse tan radical argumento en el previsible caso de que a los procuradores se les atribuya por futura legislación mayores competencias procesales que

las de estricta representación desempeñadas hasta la fecha, mientras tanto ello ocurre considero que la doble representación no merece más que un reproche ético-deontológico pero no penal.

En cualquier caso, y volviendo al tema que nos ocupa, la apreciación de la comisión imprudente del tipo descrito en el art. 467.1º del CP va a encontrar dos escollos de difícil superación, por un lado, la dificultad que representa la propia estructuración del art. 467 del CP, toda vez que la referencia a la imprudencia se constriñe al segundo apartado del artículo, y, por otro lado, el sistema de “*numerus clausus*” de delitos y faltas imprudentes que consagra el artículo 12 del propio CP al señalar textualmente que: “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”<sup>328</sup>. A estos argumentos hay que añadir que dada la condición de profesionales del mundo jurídico, tanto del abogado como del procurador, se hace en la práctica imposible la apreciación de la comisión imprudente de estas conductas, sobre todo teniendo en cuenta que ha de tratarse en cualquier caso de una imprudencia grave, que es la exigida por el propio tipo penal.

Por todo ello, ha de postularse la exclusión de las conductas de doble defensa o representación de la órbita de la comisión imprudente.

---

<sup>328</sup> La STS de 12 de Julio de 1.999 –ponente José Augusto de Vega Ruiz- Ref. iustel 257659: “...el nuevo Código Penal de 1995 ha introducido una sustancial modificación, ciertamente espectacular, no por eso menos acertada, en lo que respecta a los delitos cometidos por imprudencia, abandonando la definición genérica que se contenía en el artículo 565 para sustituirla por los supuestos de delitos concretos, en los casos en que como infracción penal vinieren significados.

Según el artículo 12 la imprudencia criminal solo se castigaría cuando expresamente lo disponga la ley, precepto éste que supone el punto de partida para toda la nueva regulación jurídica y penal de las imprudencias. El “peculiarísimo sistema” que hasta ahora regía la culpa (según decía el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio), culminaba con el genérico artículo 565 del Código de 1973, el cual venía a plantear la duda de si se trataba de un delito de imprudencia o de unas reglas de punición de delitos cometidos por imprudencia.”



### III. EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN EL TIPO DEL PERJUICIO A LOS INTERESES ENCOMENDADOS DEL ART. 467.2º DEL CP.

La deslealtad profesional del abogado o procurador consistente en perjudicar los intereses encomendados admite tanto la comisión dolosa como la imprudente. Se trata de uno de los supuestos que entran dentro del catálogo cerrado de delitos en que se tipifica la imprudencia, y ello quizás, en atención a la propia vulnerabilidad del bien jurídico protegido ante las conductas descuidadas de estos profesionales. La conducta típica, pues, ha de tener su origen en un comportamiento doloso o por imprudencia grave<sup>329</sup>

En tal sentido se pronuncia la más que mencionada STS de 14 de Julio de 2.000<sup>330</sup> al señalar de forma expresa que: *“el tipo penal requiere como uno de los elementos integradores....., un comportamiento doloso, en el que debe de incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo en el que concurra la imprudencia grave.”*

Si comparamos la vigente redacción del art. 462.2º con la que a estos comportamientos delictivos otorgaba el anterior art. 360 del CPTR de 1.973, en el delito del art. 360 el elemento subjetivo, podía ser de modo indistinto, la malicia – abuso malicioso, o la negligencia o ignorancia inexcusables, previniéndose la misma pena en ambos casos, lo que no dejaba de ser una anomalía ciertamente extraña, a la que cabe añadir el detalle de que era uno de los excepcionales supuestos en los que se tipificaba expresamente la imprudencia. La explicación que encuentro para esta referencia expresa a la comisión imprudente bajo un sistema de *numerus apertus* radica en que dado que el tipo en la anterior regulación contenía elementos intencionales como era la alusión a la malicia resultaba inevitable, se quería punir la imprudencia, la alusión expresa a la misma.

Mientras que en el art. 360 se equiparaba el comportamiento doloso al imprudente<sup>331</sup>, en el art. 467.2º del CP de 1.995, se distinguen, dos tipicidades diferentes, descritas en párrafos distintos y castigadas con penas diversas: la dolosa para la que se

---

<sup>329</sup> Así lo reconoce la STS de 10 de Septiembre de 1.992 –ponente Ruiz Vadillo- ( RJ 1.992, Ar. 7110).

<sup>330</sup> STS de 14 de Julio de 2.000 –ponente Sánchez Melgar- (BDAP 680/2000) Pág.2050.

<sup>331</sup> Así lo afirmaba GARCIA PLANAS G.: “Prevaricación de abogados y procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. cit., pp. 46-47.

reserva mayor pena –multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de 1 a 4 años-, y la culposa si los hechos fueren realizados por imprudencia grave y que se castiga con pena menor – multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 6 meses a 2 años-<sup>332</sup>.

En realidad, en la actual regulación se contemplan cuatro modalidades delictivas:

- 1) Perjudicar dolosamente los intereses encomendados mediante una acción.
- 2) Perjudicar dolosamente los intereses encomendados mediante una omisión.
- 3) Perjudicar los intereses encomendados mediante una acción imprudente.
- 4) Perjudicar los intereses encomendados mediante una omisión imprudente<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> S AP de Barcelona de 29 de Marzo de 2.001 –ponente Pelluz Robles- (BDAP 331886/2002), ésta sentencia analizaba la conducta de una abogada designada de oficio que no contesta a la demanda ni interviene en diligencia procesal alguna subsiguiente, y la STS de 31 de Mayo de 1.999 –ponente Jiménez Villarejo- (BDI Ref. IUSTEL 218686): “El art. 360 CP 1973 comprendía dentro de las prevaricaciones la conducta del “abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión”. Se yuxtaponían así en el precepto derogado dos -en rigor, tres- infracciones de distinta naturaleza y gravedad en que pueden incurrir abogados y procuradores, cuales son el descubrimiento de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión y la irrogación de perjuicio al cliente por abuso malicioso del oficio o por negligencia o ignorancia inexcusable. En el CP 1995 el descubrimiento de secretos realizado por un profesional ha pasado a ser un tipo autónomo definido en el art. 199.2 que se incluye, en el título X, entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en tanto el hecho de perjudicar, de cualquier otro modo, al cliente por un abogado o procurador se ha convertido en un delito de deslealtad profesional, previsto en el art. 467.2, que forma parte de los delitos contra la administración de justicia a los que está dedicado el título XX. A su vez, este delito ha sido dividido en un tipo doloso y otro culposo, antes unificados por la misma pena y ahora diferenciados en los párrafos primero y segundo del art. 467.2 que establecen penas distintas para la modalidad dolosa y la culposa.”

<sup>333</sup> Tanto en la modalidad activa como en la omisiva la imprudencia por exigencia del tipo penal ha de ser grave.

A continuación vamos a detenernos en un análisis más detallado de cada una de ellas.

## 1. MODALIDAD DOLOSA

El tipo doloso del perjuicio a los intereses encomendados al abogado o procurador ha sido definido de forma diferente en la norma derogada del art. 360 y en la vigente del art. 467.2º.1. En efecto, el dolo exigido en el art. 360 CPTR requería realizarse con *abuso malicioso del oficio* de abogado o procurador, elemento ausente en el nuevo CP que no utiliza para caracterizar la acción el adjetivo malicioso, ni ningún otro que se le parezca, aunque es evidente que el tipo descrito en él es de naturaleza dolosa, puesto que el culposo aparece singularizado en el párrafo siguiente<sup>334</sup>.

Estas diferentes definiciones del tipo doloso nos ponen de relieve que mientras el art. 360 el dolo del autor tenía que ser directo –pues otra cosa no significa la malicia- en el previsto en el actual art. 467.2º.1 puede ser eventual. (S AP de Barcelona de 29 de Marzo de 2.001).<sup>335</sup>

A título ilustrativo, la Jurisprudencia apreció la conducta dolosa en el supuesto del abogado que confeccionó una sentencia inexistente estimando la demanda para engañar a su cliente (STS de 10 de Septiembre de 1.992 antes mencionada –ponente Ruiz Vadillo- RJ, 1.992 Ar. 7110), o el caso del abogado que tras redactar a sus clientes un contrato de compraventa, aconsejándoles consignar un precio menor del real, formuló contra ellos demanda de retracto en nombre del arrendatario – en este caso el delito de doble defensa quedaría consumido por el de perjuicio al cliente- (STS de 29 de Abril de 1963 –ponente González Díaz- RJ, 1.963 Ar. 2225), o respecto del procurador cuando no consigna la cantidad entregada por su cliente para enervar el desahucio y evitar el lanzamiento (STS de 27 de Noviembre de 1.950 –ponente Eugenio de Eizaguirre y Pozzi- RJ, 1950 Ar. 1.721).<sup>336</sup>

---

<sup>334</sup> SERRANO PIEDECASAS, J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”. cit., p. 423.

<sup>335</sup> S AP de Barcelona de 29 de Marzo de 2.001 –ponente Pelluz Robles- (BDAP 331886/2002).

<sup>336</sup> DE DIEGO DÍEZ, L. A: *Prevaricación (deslealtad profesional) de abogados y procuradores*. cit. pp. 21–22; y SERRANO PIEDECASAS, J, R; en “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”. cit., pp. 423-424.

El primer párrafo del art. 467.2º no plantea especiales problemas, solo se trataría de probar la intencionalidad del profesional de causar doloso perjuicio a los intereses que tiene encomendados, perjuicio que además debe constar de forma *manifiesta*, es decir, patente, lo que determina que no ofrezca problemas su apreciación.<sup>337</sup>

En la modalidad dolosa del art. 467.2º.1 la causación del perjuicio aparece como consecuencia de una actuación profesional irregular concreta que ha buscado de forma intencionada irrogar el perjuicio a los intereses encomendados atentando contra el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia mediante la lesión de los valores que inspiran el derecho a un proceso debido o el derecho de defensa. El perjuicio y su carácter manifiesto debe ser abarcado por el dolo del autor. Es suficiente la intención de perjudicar, sin otra intención ulterior –*animus nocendi*-. Así mismo, como en los delitos de resultado estimo que para que pueda apreciarse la existencia del dolo, es necesario el conocimiento del alcance causal de los actos realizados, es decir, ha de comprobarse la existencia de un conocimiento *ex ante* de la adecuación del nexo causal para provocar el resultado, bastará a tal efecto, que se sepa que la acción que despliega el abogado o el procurador normalmente provoca el perjuicio de los intereses incluidos en el ámbito de protección de la norma penal.

Ahora bien, también se admite la posibilidad de perpetración del tipo mediante dolo eventual, de tal forma que, se incluyen las conductas en las que sin tener una precisa intención de perjudicar se sigue una conducta gravemente dañosa con conciencia absoluta de su carácter dañoso, o por lo menos, con la conciencia de una alta probabilidad de que se va a producir el resultado perjudicial, sin que la comprensión de tal situación produzca la actuación profesional adecuada<sup>338</sup>. Dicho en otras palabras, el abogado o procurador se plantean o representan la posibilidad de que su conducta pueda ocasionar la lesión al derecho de defensa o a los derechos dimanantes de un proceso con todas las garantías-impidiendo con ello, o alterando gravemente el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia-, y a pesar de ello, deciden seguir adelante con la misma, de tal forma que, aceptan o consienten dicho resultado para el caso que se produzca.

---

<sup>337</sup> TORIBIO GARCÍA, LF; “Falsedad, delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia.....”. cit., p. 530.

<sup>338</sup> CONDE-PUMPIDO, C, (Director), *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III*. cit., p. 4.637.

El dolo eventual se diferenciaría de la culpa consciente, en que el primero debe comprender un elemento intelectual -o conocimiento de la eventual lesión grave y directa para el bien jurídico normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia-, y otro elemento volitivo aunque de menor intensidad que el presente en el dolo directo –el abogado o procurador no desea la realización del perjuicio, y sin embargo, al plantearse la previsibilidad de que se produzca realmente, consiente en ello, es decir, lo acepta-. En la culpa consciente falta precisamente el elemento volitivo. En los casos en los que sólo ha existido la previsión respecto de la extralimitación del riesgo permitido, pero no en cuanto al resultado, estaríamos en presencia de una culpa consciente, y cuando ni tan siquiera existe tal previsión nos encontraríamos con la llamada culpa inconsciente.

En la modalidad dolosa, además, caben las formas imperfectas de ejecución, por ejemplo, intentar pactar con la parte contraria para perjudicar al cliente.

En cuanto a la modalidad omisiva de perpetración a que alude el art. 467.2º, el dolo en los delitos de comisión por omisión, como el que nos ocupa, puede manifestarse de dos maneras coincidentes en lo sustancial con el dolo directo de primer grado y con el dolo eventual respectivamente, según que:

- el abogado o procurador consciente de la situación de peligro para el normal funcionamiento de la Administración de Justicia, y de su propia capacidad de acción, decide resueltamente abstenerse de obrar. En estos casos el dolo no presenta diferencias respecto de la modalidad comisiva. La STS de 4 de Marzo de 1.994 (Ar. 6868) tiene declarado que el dolo en los delitos de comisión por omisión está constituido por el conocimiento de las circunstancias que condicionan el surgimiento del deber de actuar propio de la posición de garante que ocupa el omitente, así como el de su capacidad de realizar la acción requerida para impedir el resultado lesivo para el bien jurídico.
- Más frecuente, sin embargo, es la omisión del abogado o procurador consistente en un mero y pasivo “dejar hacer” o “dejar pasar” en la que no existe una resolución de permanecer inactivo propiamente dicha. En tales casos hay quienes se decantan por

estimar que el dolo se agota en la faceta cognoscitiva<sup>339</sup>, no obstante, considero que la falta de resolución expresa y positiva es aparente, ya que aceptar el curso de los acontecimientos sin querer intervenir debe interpretarse no sólo como conocer, sino como incluso querer la omisión.

## 2. MODALIDAD IMPRUDENTE

El inciso segundo del art. 467.2º tipifica la única conducta culposa que se recoge en todo el Capítulo VIII del Título XX al disponer textualmente que: “*Si los hechos fueran realizados por **imprudencia grave**, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.*”

El art. 360 del CPTR de 1.973 hablaba, sin embargo, de “*negligencia o ignorancia inexcusable*”, recogiendo así la llamada imprudencia temeraria, calificada en el vigente art. 467.2º.2 del CP como imprudencia grave.

El aspecto que diferencia la modalidad dolosa, ya examinada, de la imprudente radica en que mientras en la conducta dolosa el abogado o procurador conocen los elementos del tipo coincidentes con la conducta que quieren realizar, en la modalidad imprudente, la acción que despliegan estos profesionales no va dirigida a realizar ningún tipo, es decir, en el injusto imprudente la “negligencia” o “descuido” vienen a sustituir a “la decisión contra el bien jurídico” propia del delito doloso.

El CP de 1.995 no da ninguna definición de imprudencia, no obstante, por “actuar imprudente” puede entenderse *aquella conducta humana que, por falta de previsión o inobservancia de un deber de cuidado, produce un resultado dañoso en un bien jurídico protegido por la Ley*<sup>340</sup>. La imprudencia consiste en un hacer u omitir contrarios a un deber, cuyo cumplimiento exige el legislador en una actividad que entraña mayor o menor

---

<sup>339</sup> A tal respecto la STS de 18 de Marzo de 1.997 (BDAP 414/1997) Pág. 1065 –ponente Bacigalupo Zapater- señala: “ en los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión,...el dolo no requiere el consentimiento del hecho que se omite impedir. (...).al respecto de los elementos que caracterizan al dolo en los delitos de omisión la Jurisprudencia viene sosteniendo que el dolo en los delitos de omisión no requiere otro elemento que el conocimiento de la situación generadora del deber, dado que en la omisión no puede darse la voluntad de realización del hecho, pues, evidentemente, éste no es ejecutado por el omitente”.

<sup>340</sup> MADRIGAL GARCÍA, C (coord.); *Temario de Derecho Penal. Parte General*, cit, Tema 15. p. 1.

peligro, de manera que si no se lleva acabo con cuidado se crea un nuevo riesgo o se aumenta el que ya existía<sup>341</sup>.

En el caso concreto que nos ocupa, nos topamos de frente con lo que se ha denominado una “imprudencia profesional” fundamentada en el importante riesgo que late para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia con motivo del desarrollo de las conductas profesionales realizadas por abogados y procuradores en el curso del proceso, debiendo conjurarse el peligro con la aplicación del cuidado debido. En efecto, algunas conductas, cuyo riesgo se asume socialmente –conductas lícitas- porque se obtiene de ellas algo que se considera valioso para la sociedad – la colaboración preeminente en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, colaboración cuya trascendencia constituye el fundamento que justifica la instauración de la defensa y representación técnica ante los órganos jurisdiccionales-, se encomiendan a personas profesionalmente adiestradas –abogados y procuradores- con el fin de que ejerzan dichas actividades con mayor seguridad para la colectividad.

*¿Qué elementos o requisitos deben confluir en la conducta desplegada por el abogado o procurador para poder calificarla de imprudente?*

Acogiéndonos a criterios jurisprudenciales y doctrinales podríamos sistematizar los elementos que integran el comportamiento imprudente (SSTS de 30 de Enero de 1.996 y de 26 de Febrero de 1.996 )<sup>342</sup> en los siguientes:

2. Una conducta voluntaria del abogado o procurador consistente en hacer o no hacer, pero no dolosa o maliciosa. Yo añadiría, que ha de tratarse de una acción u omisión *voluntaria* -exenta de dolo o malicia pues si estos concurren estaríamos obviamente ante un delito doloso o intencional- pero realizada por el abogado o procurador *en el ejercicio profesional* ante la Administración de Justicia, es decir, en el proceso, pues es la asunción de la actuación profesional la que

---

<sup>341</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A; “El problema de las lagunas “conscientes” y la Jurisprudencia creativa”. *Revista del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid. 1.990, p. 119.

<sup>342</sup> STS de 30 de Enero de 1.996 –ponente Conde - Pumpido Tourón- (BDAP 248/1996) Pág. 715, y STS de 29 de Febrero de 1.996 –ponente Puerta Luis- (BDAP 333/1.996), p.961.

hace surgir la posición de garante y ésta, dadas las características del delito que nos ocupa, tiene carácter previo a cualquier deber objetivo de cuidado. En palabras de COBOS GÓMEZ DE LINARES<sup>343</sup> “no es el hecho de ser profesional el que implica el deber, sino el hecho de hacerse cargo de la situación, para lo cual es necesario ser profesional”.

3. Que esa conducta infrinja un deber objetivo de cuidado, es decir, una conducta descuidada. Mientras la posición de garante aparece cuando el profesional se hace cargo del “caso”, el deber objetivo de cuidado es aquel que debe observar el abogado o procurador cuando emprende una específica actuación procesal. Por tanto, la determinación de la conducta exigible se efectuará en el caso concreto y tomando como punto de referencia la “*lex artis*”. Tal infracción se completa desde una perspectiva subjetiva, con la exigencia de que sean previsibles tanto el resultado a la postre causado por la conducta como el curso causal entre uno y otra, es decir, el abogado o procurador pudo y debió prever las consecuencias de su acción, y si no lo hizo fue a causa de su propia dejadez o descuido, lo que permite la imputación subjetiva de tales consecuencias a través del oportuno juicio de culpabilidad. Lo que ocurre es que tal previsión se presume dadas las características del tipo y teniendo en consideración que nos encontramos en presencia de actividades profesionales perfectamente regladas, de tal modo, que al abogado o procurador le bastaría con obedecer las normas de actuación profesional sin necesidad de plantearse las posibles consecuencias derivadas de su infracción.
4. Que tal conducta produzca una lesión, un mal efectivo y concreto para el correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia en cuanto bien jurídico que representa el valor protegido por la Ley penal. Para poder sostener el carácter antijurídico del

---

<sup>343</sup> COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.; “El problema de las lagunas “conscientes” y la Jurisprudencia creativa”. cit., pp. 120-121.



comportamiento imprudente es necesario algo más que el desvalor de la acción, es necesario, la producción del desvalor del resultado típico cuando éste es directa consecuencia del desvalor de la acción descuidada.

5. Que exista una relación de causa efecto entre ambos extremos, es decir, que concurra una causalidad entre la acción u omisión voluntaria y el resultado dañoso.

Por tanto, cuando el abogado o procurador se hacen cargo de un asunto, asumiendo una posición de garante respecto del correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, crean una situación de riesgo si no llevan a cabo las actividades profesionales conforme a los criterios de la profesión extraídos fundamentalmente de la *Lex artis*, definida esta última como aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos, que han sido aceptadas y aprobadas por la comunidad científica o profesional, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad profesional de que se trate<sup>344</sup>. Si el abogado o el procurador no evitan el acaecimiento del perjuicio, deben ser lógicamente responsables del mismo.

Ahora bien, el último párrafo del art. 467.2º no castiga cualquier tipo de imprudencia del abogado o procurador, sino, limita el reproche penal únicamente a los supuestos de imprudencia grave (STS de 31 de Mayo de 1.999 –ponente Jiménez Villarejo-La Ley Rnº 1270 /1998<sup>345</sup>, y, S AP de Alicante de 3 de Mayo de 1.999 –ponente Mira-Perceval Verdú- BDAP a288/1.999, Marginal 962<sup>346</sup>) por lo que la llamada imprudencia simple, quedaría a un lado. El simple descuido entraría, en su caso, en el ámbito de las reglas deontológicas y disciplinarias de los Estatutos Generales de la Abogacía o de la Procuraduría.

---

<sup>344</sup> HAVA GARCÍA, E; “La Imprudencia inconsciente”. *Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona*. Granada. 2.002, p. 149.

<sup>345</sup> DEL MORAL GARCÍA, A; *Código Penal de 1.995*, cit., p. 2.512.

<sup>346</sup> esta sentencia recalca la exigencia de imprudencia grave para la apreciación del tipo del art. 467.2º.2 del CP y considera merecedora de reproche civil pero no penal la conducta del abogado que contacta por medio de procurador con otro letrado habilitado en el lugar donde debía celebrarse el juicio.

La polémica sobre la delimitación de la imprudencia penalmente relevante de abogados y procuradores se plantea fundamentalmente en dos frentes: por un lado, respecto de la determinación de la gravedad de la imprudencia en las conductas propias de la profesión, y, por otro lado, respecto del tratamiento que deba de efectuarse de la llamada impericia profesional.<sup>347</sup>

### *2.1 La delimitación de la “gravedad” de la imprudencia.*

En efecto, uno de los principales problemas que se plantea es determinar lo que debe de entenderse por imprudencia grave en la actuación de estos profesionales del Derecho.

En principio, y según la terminología empleada por el CP, cabe distinguir entre la imprudencia grave y la leve, ahora bien, el Código no define ninguna de estas clases de imprudencia, ni señala el criterio para diferenciarlas. Es evidente, con carácter general, que tendrán encaje en la imprudencia grave los supuestos más extremos de falta de diligencia para prevenir un resultado previsible y evitable o para cumplir un deber objetivo de cuidado. Y en la imprudencia leve los supuestos de menor entidad. Ahora bien, el problema estriba en establecer los límites entre una y otra.

Considero desde una perspectiva general que la diferenciación entre una y otra categoría de imprudencia ha de efectuarse por la relevancia del deber de previsión o “deber saber” omitido en conjunción con el deber objetivo de cuidado o “deber evitar” infringido y que, con carácter relativo y no dogmático, dada la multiplicidad de supuestos que pueden presentarse, puede decirse que cuando se aprecie la omisión de una diligencia o previsión liviana, no cualificada, se estará ante la imprudencia leve, pero cuando el abogado o procurador deja de guardar la cautela y previsión necesaria que cualquier profesional medio observa y la acción se efectúa con manifiesta inhibición del primario y elemental deber objetivo de cuidado, debe entrar en juego la imprudencia grave.

---

<sup>347</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., pp. 232 y 233.

La valoración del carácter imprudente del comportamiento de abogado y procurador debe de seguir las pautas que son utilizables en otras profesiones<sup>348</sup>. La expresión utilizada por el CP en el art. 467.2º.2 “*por imprudencia grave*” supone, por lo tanto, que se castiga, no cualquier imprudencia, sino aquella que se deriva de una actuación que normalmente ningún profesional medio hubiese realizado o llevado a cabo.

Los procedimientos, no cabe la menor duda, en ocasiones son complejos, pero ello no exime a abogados y procuradores de ser diligentes, en todo caso, habrá imprudencia grave cuando no se observa el deber objetivo de cuidado que hubiere observado un abogado o procurador medio.<sup>349</sup>

No obstante el criterio del profesional medio no resulta totalmente satisfactorio, así BENITEZ ORTÚZAR<sup>350</sup> considera que no es posible establecer criterios generales para determinar qué conductas negligentes del abogado o procurador en razón al desempeño de su actividad profesional y que causan un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados pueden ser calificadas de imprudencia grave y cuales quedan en el ámbito disciplinario. Entiende así mismo, que el criterio del profesional medio sólo es relevante en la modalidad imprudente en tanto en cuanto, pueda ser relevante respecto al error de tipo que será vencible si para el profesional medio lo hubiese sido.

Cierto es, que la diligencia debida es siempre una realidad ideal a través de la cual se trata, en cualquier caso, de establecer una forma modélica de realización de la conducta, que, a su vez, pueda servir de término de comparación con la forma de realización de la acción que se enjuicia.

En todo caso, debe estimarse que la determinación de la gravedad de la imprudencia es un elemento valorativo, de carácter circunstancial debiendo el juzgador en

---

<sup>348</sup> GARCÍA ARÁN, M; “Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional en el C.P de 1.995”, en *Delitos Contra la Administración den Justicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., p. 9 de la ponencia.

<sup>349</sup> SERRANO GÓMEZ, A; *Derecho Penal Parte Especial*. cit., p. 813; OLAIZ POLO, I; en “Delitos Contra la Administración de Justicia”, *Cuerpo de Secretarios Judiciales nº V ..*, cit., p. 419; QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y otros: en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”. cit., pp. 1.992-1.993.

<sup>350</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., pp. 232 y 233.

la motivación de la sentencia determinar en cada caso los elementos de juicio que apoyan la gravedad de la conducta calificada como imprudente, y para ello deberán ponderarse diversas cuestiones y circunstancias:

- La importancia del bien jurídico afectado.
- El carácter más o menos elemental de la norma y del deber de cuidado infringidos, desde esta perspectiva será más grave infringir una norma clara y precisa del EGA o del EGP, que la infracción de un mero requisito formal subsanable. Así por ejemplo, no es lo mismo la conducta del procurador que olvida comunicar al letrado y al cliente el día señalado por el Juzgado para la celebración de un acto procesal relevante (v.g: el acto del juicio), -ya que es uno de los deberes fundamentales de la procuraduría mantener informado al cliente y al letrado del curso de las actuaciones judiciales, así como, recibir las citaciones, notificaciones y emplazamientos-, que el procurador que olvida acompañar a la demanda las copias de la misma o las tasas judiciales exigidas en ciertos procesos civiles.

Con carácter general, es un deber elemental exigible a estos profesionales conocer el estado en que se encuentran las actuaciones judiciales en el momento en el que se hacen cargo de los intereses de sus clientes, de manera que es preciso que se informen y que preparen de manera conveniente el caso, debiendo actuar con cautela ante las situaciones que puedan entrañar peligro para los intereses encomendados. Cuan frecuente resulta la conducta de muchos letrados que se agolpan en las puertas de las salas de vistas, sobre todo los días de Juicios de Faltas, con la finalidad de captar clientes, y entran en “Sala” sin tener conocimiento de las actuaciones o después de haberles echado un breve “vistazo” minutos antes o la práctica de las sustituciones entre abogados a última hora que determinan que el abogado actuante tenga un conocimiento meramente referencial del asunto,...etc.

- La medida en que la acción del abogado o procurador se ha distanciado del riesgo permitido, para ello el abogado o procurador debe haber infringido el deber de cuidado cuando era evitable que lo hiciera. Desde éste punto de vista, se distancia más del riesgo permitido el abogado inexperto que infringe v.g el deber de documentarse y preparar el acto del juicio que el abogado que tiene una contrastada

experiencia en la materia objeto de la litis y, en base a ello, no prepara su intervención en el acto del juicio o lo hace excesivamente a la “ligera”.

- Otras circunstancias concurrentes en el caso: precauciones omitidas, conductas concurrentes, ...etc.

Ahora bien, en cada concreto comportamiento, influyen de modo decisivo todo un cúmulo de circunstancias concurrentes, que no pueden ser previstas de modo específico ni en las reglas técnicas ni en la *lex artis*, y que no obstante deben ser tenidas en cuenta a la hora de identificar la pauta de cuidado exigible al autor, y de ponderar su cumplimiento en el caso concreto. La doctrina admite de modo casi unánime la ponderación de todas estas circunstancias a la hora de concretar la norma de cuidado infringida<sup>351</sup>; en consecuencia, una vez concretado el baremo general de cuidado que le era exigible al profesional, habría que sopesar otros factores subjetivos que concurren en el sujeto activo en los que entrarían las capacidades especiales y el grado de conocimiento, no obstante, la consideración de los conocimientos y capacidades personales del sujeto activo en la determinación del baremo de cuidado aplicable, constituye una cuestión independiente cuya solución es objeto de un profuso debate y que ha sido relegada por la mayoría de la doctrina al ámbito de la culpabilidad. Desde mi punto de vista, y de acuerdo con las reflexiones de LOPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>352</sup>, los conocimientos especiales pertenecen al tipo objetivo en aquellos casos en que existe una posición de garante, mientras que los problemas de evitabilidad individual en sentido estricto pertenecen al tipo subjetivo. Los conocimientos especiales se encuentran en el tipo objetivo en el que tienen un tratamiento potencial: Lo que el sujeto debió saber. Sin perjuicio de ello, los conocimientos especiales también aparecen en el tipo subjetivo, bien de manera concreta dando lugar a la imprudencia consciente, bien de manera potencial dando lugar a la imprudencia inconsciente.

---

<sup>351</sup> HAVA GARCÍA, E; “La Imprudencia inconsciente”. cit., p. 150.

<sup>352</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; “El Delito imprudente en el Código Penal de 1.995”. *Poder Judicial n° 40.* Madrid. 1.995, pp. 226-227.

En todo caso, será necesario para la atinada apreciación de la imprudencia punible, que el juzgador a la vista del caso concreto, extreme el celo al narrar en la sentencia los hechos probados, para hacer honor a la afirmación de que la certera calificación depende esencialmente de las circunstancias de lugar, tiempo, ocasión y modo.

La S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001<sup>353</sup> en su F Jº 2º señala que: “ *la apreciación de la gravedad de la negligencia requiere el examen de la actuación del abogado encausado..retomando la obligada noción de imprudencia a fin de descartar de la misma aquellos quebrantos de los intereses confiados que tengan adecuada solución en vía gobierno – corporativa, o, ya dentro de la jurisdiccional, en el orden civil debe tratarse de una absoluta dejación o desatención de los mismos....la negligencia que integra la faceta subjetiva del injusto no debe equipararse al actuar descuidado capaz de producir obligación de resarcimiento...*”

Finalmente, la imputación del resultado a la acción imprudente supone que aún cuando estos profesionales no hubieren querido la producción del resultado, si se comprueba posteriormente que la conducta realizada fuera de los límites del riesgo permitido se realizó en el resultado, y éste encaja en el fin de protección de la norma, podrá serles imputado.

Por lo que respecta a la modalidad omisiva del art. 467.2º la Jurisprudencia ha venido señalando que “*habrá que apreciar culpa en la omisión, cuando el comitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación generadora del deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado no alcanza la meta por la forma descuidada en que se ejecuta dicha acción.*”<sup>354</sup>

Ahora bien, se ha producido en ocasiones una confusión de conceptos entre la posición de garante y el deber objetivo de cuidado, considerando que existe una infracción del deber objetivo de cuidado con carácter previo a la posición de garante, lo que ha dado lugar a que

---

<sup>353</sup> S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001 –ponente Planchat Teruel- (BDAP 309495/2002).

<sup>354</sup> SSTS de 25 de Abril de 1.988 (RJ 1988, 2864), 30 de Junio de 1.988 (RJ 1988, 5387); 10 de Noviembre 1.990 (RJ 1990, 8874).

en muchas ocasiones se castiguen como conductas imprudentes lo que en realidad son delitos dolosos de comisión por omisión.<sup>355</sup>

## 2.2 Negligencia profesional e ignorancia inexcusable.

La segunda cuestión de trascendencia se plantea al socaire de las conductas comprendidas dentro del concepto de imprudencia grave, y se concreta en torno al debate sobre si la imprudencia grave abarca exclusivamente las acciones y omisiones poco cuidadosas o la desidia y el abandono en el ejercicio profesional, o si también comprende, lo que se denomina “*ignorancia inexcusable*”, como carencia de los conocimientos elementales y minimamente exigibles al profesional.

En efecto, hay que distinguir dos tipos de conductas negligentes del profesional<sup>356</sup>:

1º.- la que nace de la incuria o desidia, que admitiría ser encuadrada dentro del concepto jurídico – penal de imprudencia definida como aquella actuación que ningún profesional medio habría tenido, y

2º.- aquella que no es fruto de la desidia, sino de la falta de preparación profesional, impericia o falta de conocimientos especializados, en estos casos, se entraría en un terreno mucho más resbaladizo, que va más allá del caso concreto y atañe a la necesidad existente en la sociedad española de garantizar de alguna forma un nivel adecuado de preparación en abogados y procuradores.

La STS de 30 de Enero de 1.996 –ponente Conde –Pumpido Tourdón- (BDAP 248/1.996) Pág. 715 alude a ambos tipos al señalar que: “*La impericia profesional consiste en la carencia de conocimientos propios, habilidad o experiencia exigibles para el desempeño de la profesión de que se trate, y la negligencia profesional consiste en la omisión de las específicas normas de prudencia técnicas impuestas a los profesionales en*

---

<sup>355</sup> PEREZ CEPEDA, A, I ; *Delitos de deslealtad profesional de....*, cit., pp. 205, 206 y 207.

<sup>356</sup> TORIBIO GARCÍA, LF; “Falsedad, delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia.....”. cit., p. 530.

*la ejecución de los actos de su profesión y que hacen gravitar sobre ellos una exigibilidad superior en el cumplimiento de sus deberes objetivos de cuidado.”*

### 2.2.1 Negligencia profesional.

Se traduce en la conducta del abogado o procurador caracterizada por la más absoluta falta de atención o por la ausencia de las previsiones que exige la más elemental cautela en las actividades encomendadas a los mismos en su esfera profesional concerniente al proceso.

Para la realización del tipo culposo del art. 467.2º.2 basta que el perjuicio para los intereses encomendados al profesional se produzca como consecuencia de la falta de diligencia debida. Como ya he tenido ocasión de señalar, y sin ánimos de resultar reiterativa, en todas las manifestaciones del deber de cuidado que compete a abogados y procuradores, la medida de la diligencia de cuidado tiene que hacerse con relación en relación al bien jurídico penal protegido en su materialización a través del proceso debido y con todas las garantías, de modo que para la fijación de los límites del riesgo permitido deberán tomarse en consideración las reglas que regulan el desempeño del ejercicio profesional de la abogacía y de la procuraduría –*lex artis*-, y cuya finalidad es evitar fundamentalmente un uso estéril, peligroso o en definitiva, contrario a la pretensión última de cada una de estas profesiones y que sirven para orientar la acción de los profesionales en orden a excluir los riesgos innecesarios. Dichas reglas del correcto desempeño de la profesión permiten –a efectos jurídicos – penales- que se puedan llevar a cabo por el observador imparcial –el Juez- el juicio *ex ante* a cerca de cual era la conducta debida y establecer la diferencia frente a la efectivamente realizada<sup>357</sup>.

Igualmente, habrá de evaluarse en cada supuesto las circunstancias concurrentes, y el grado de evitabilidad individual<sup>358</sup>.

---

<sup>357</sup> Como ejemplo de todo lo indicado, CONDE – PUMPIDO C, (Director), *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia, Tomo III*. cit., p. 4.637 señala que en el caso del abogado su actuación profesional consiste en el asesoramiento sobre el derecho o en la dirección procesal de una causa o pleito. Los contenidos de los actos indicados y su conformidad real con los dictados del derecho positivo constituyen la referencia obligada para determinar su deber de diligencia.

<sup>358</sup> PÉREZ CEPEDA, A I, *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 204.



## 2.2.2 Impericia Profesional.

En la actualidad la mayoría de la doctrina considera que el art. 467.2º.2 comprende, dentro de la imprudencia grave exigida por el tipo, los casos de *imprudencia profesional*, en los que el abogado o procurador hubieren actuado con desconocimiento total e indispensable de las prácticas habituales propias del ejercicio de sus respectivas profesiones, o por abandono o desidia de las técnicas propias del ejercicio profesional; pero también comprenden la llamada *impericia profesional*, basada en el déficit de conocimientos, en la defectuosa aplicación de los mismos, o en la ineptitud para el ejercicio profesional.

Entre los autores que defienden la integración de la impericia dentro de la imprudencia grave destacan GONZÁLEZ RUS<sup>359</sup>, ORTS BERENGUER<sup>360</sup>, BENITEZ ORTÚZAR<sup>361</sup>...etc.

CALVO RUBIO BURGOS<sup>362</sup> considera una conducta totalmente imprudente la del profesional que ofrece sus servicios sin un mínimo de conocimientos, y entiende desde luego que no cabe exigir a un particular -que puede que no haya tenido nunca relación con la Administración de Justicia- que sepa cuales eran los profesionales más capacitados. A tal respecto, QUNTERO OLIVARES<sup>363</sup> no considera que para negar la relevancia penal de la

---

<sup>359</sup> GONZÁLEZ RUS, J, J; “Delitos contra la Administración de Justicia...”. cit., p. 898: “*el castigo de los comportamientos por imprudencia grave refleja el amplio criterio de intervención con el que el Código se enfrenta al ejercicio profesional de abogados y procuradores .Dentro de la misma, se incluyen los supuestos de negligencia y los de impericia profesional en los que el perjuicio se produce bien por abandono o desidia, bien por desconocimiento o inexperiencia grave, precisión que habrá de hacerse aplicando los tradicionales criterios de valoración de la imprudencia.*”

<sup>360</sup> ORTS BERENGUER, E; *Derecho Penal. Parte Especial.* cit., p. 439-440: “*dentro de la imprudencia grave del art. 467.2 tiene cabida la ignorancia inexcusable a que se refería en anterior art. 360 . Procederá aplicar ésta variante cuando el abogado o procurador, por olvido de la diligencia más elemental exigible a un profesional medio o por desconocimiento impropio de quien ejerce una de aquellas profesiones, ...*”

<sup>361</sup> BENITEZ ORTÚZAR, IF; *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional.* .cit, pp. 232 y 233. Para éste autor no existe ningún impedimento para incluir en el tipo la impericia profesional, si bien es cierto que el CP no es el que debe de velar por la formación jurídica sólida de los profesionales del derecho que ejerzan la abogacía o la procuraduría, esa capacidad debe de presumirse en los licenciados en derecho inscritos en los respectivos colegios profesionales.

<sup>362</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, JB; “De la Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional”. cit., p. 495.

<sup>363</sup> QUNTERO OLIVARES / VALLE MUÑIZ ;*Comentarios a la parte especial del Derecho Penal.* Aranzadi. 1.999, p. 1.993.

impericia en el ámbito profesional que nos ocupa pueda acudir al argumento de que nos encontramos en presencia de profesiones liberales, cuyos representantes resultan elegidos de forma libre por los clientes, o que, en el supuesto de designación por turno de oficio de la formación de los abogados o procuradores deban responder los Colegios Profesionales y la Administración.

También GARCIA ARÁN<sup>364</sup> estima que, aún cuando el CP no puede convertirse en instrumento para lograr una formación profesional adecuada, no puede descartarse totalmente la responsabilidad penal en supuestos de clamorosa ignorancia que afecte claramente al derecho de defensa, ya que en éste se incluye el derecho a la defensa técnica, de tal forma que en la profesión de abogado la preparación técnica mínima se vincula al ejercicio de un derecho fundamental que puede resultar vacío de contenido en algunas ignorancias inexcusables. Para García Arán resulta imprescindible la interpretación restrictiva del ámbito del delito imprudente, pero sin renunciar a la intervención penal en estos supuestos, habida cuenta además, que estadísticamente los casos de provocación *dolosa* del perjuicio resultan, seguramente, inapreciables y la actuación profesional poco cuidadosa puede redundar en graves afectaciones a derechos fundamentales. .

Con carácter previo a cualquier posicionamiento al respecto se hace inevitable efectuar una serie de reflexiones que pongan de relieve la trascendencia jurídico, social y penal del tema planteado.

Los conocimientos y capacidades del profesional de la abogacía o de la procuraduría en base a los cuales se le exige mayor diligencia que al profano, se expresan en su pericia adquirida, la cual permite que el Estado le autorice a desempeñar dicha profesión. La impericia supone la ineptitud técnica para el ejercicio de la profesión y suele ser debida tanto a la falta de conocimientos técnicos como de actualización de los mismos.

Es del todo evidente que la abogacía es una de las profesiones más difíciles y exigentes dentro de las relacionadas con la ciencia jurídica. Exige una especial preparación técnica, una completa dedicación y, además, una especial preocupación por el cumplimiento de los deberes morales y sociales que su ejercicio impone. El título de licenciado en Derecho

---

<sup>364</sup> GARCÍA ARÁN, M ; “ Obstrucción a la Justicia y Deslealtad Profesional en el C.P de 1.995”. cit., p. 9 de la ponencia.

genera una apariencia de competencia profesional, en tal sentido, las enseñanzas conducentes a la obtención del título oficial de licenciado en Derecho deberían proporcionar una formación científica adecuada en los aspectos básicos y aplicados del Derecho. Esta formación les capacita o al menos así debería ser, para ejercer la defensa en juicio tanto de los intereses y derechos de las personas físicas como jurídicas, realizar dictámenes sobre cuestiones legales, prestar asesoramiento jurídico,...etc. Sin embargo, el Presidente del Consejo General de la Abogacía, Carlos Carnicer, durante el acto de entrega de la Cruz al mérito en el servicio de la abogacía al decano del Colegio de Palencia, el día 5 de Diciembre de 2.002, hizo una grave afirmación al sentenciar que el derecho de defensa en España no está garantizado *“porque la Licenciatura en Derecho no es suficiente para garantizar una defensa eficaz”*.

Es una obligación para con los ciudadanos y con los propios aspirantes, exigir que quien acceda tenga conocimiento de lo que es la abogacía y se encuentre preparado para ejercer un oficio que exige, una especial preparación técnica y ética.

Si analizamos los requisitos que los países de la Unión Europea exigen a los licenciados en Derecho para poder ejercer la profesión de abogado, comprobaremos que en España nos encontramos en franca desventaja respecto a ellos por cuanto, un licenciado en Derecho de cualquiera de esos países podría ejercer en España con solo ser licenciado con título homologado por el Ministerio de Educación y Cultura y previa realización de unas pruebas de aptitud que, al no estar reguladas específicamente por norma alguna, dejan al arbitrio de cada Colegio la decisión en la incorporación de estos profesionales. Todos sabemos que ni la pasantía ni la incorporación a las Escuelas de Práctica Jurídica son obligatorias para poder ejercer. En cambio, si un licenciado en Derecho en España, pretende ejercer en cualquiera de los países de la Unión Europea, se verá sometido a una serie de pruebas y plazos de pasantía que probablemente le disuadan de su empeño<sup>365</sup>.

Respecto del ejercicio de la procuraduría sólo desde hace unos años se exige la titulación de licenciado en Derecho, no obstante, aún subsisten procuradores en ejercicio que carecen incluso de tal título.

---

<sup>365</sup> “El Problema del Acceso a la Abogacía”, Revista “Plaza Nueva” del Colegio de Abogados de Granada, número 27, Granada, 2000.

La necesidad de una adecuada preparación profesional tanto de los abogados como de los procuradores ha calado en el ánimo del legislador de tal modo que bajo el Gobierno del Partido Popular existió una Proposición de Ley 122/000299 de Acceso al ejercicio de las profesiones de abogado y procurador<sup>366</sup>, en cuya exposición de motivos señalaba que: *“La finalidad –de la Ley- es regular el acceso al ejercicio en España de las profesiones de abogado y procurador y el establecimiento de un sistema objetivo y riguroso de acreditación de aptitud profesional.*

*En las sociedades más modernas y avanzadas, en las que existe una creciente complejidad de las relaciones jurídicas, los abogados y procuradores desempeñan una decisiva función constitucional como intermediarios entre la Administración de Justicia y el conjunto de los ciudadanos. Ello exige, según señala la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, adoptada por el Congreso de los Diputados, el 16 de abril de 2.002, prestar la necesaria atención a su capacitación profesional con el fin de asegurar un elevado nivel de calidad en los servicios que prestan...”*

En cualquier caso, es del todo evidente que el CP no puede convertirse en instrumento para lograr que los profesionales de la abogacía y de la procuraduría tengan una sólida formación jurídica y respondan a la específica preparación exigida por las características del asesoramiento, defensa o representación que tengan encomendada. En el examen de la imprudencia, si se pierde la perspectiva de que el DP debe limitarse a fijar unos límites mínimos para las relaciones sociales, entraríamos en el resbaladizo terreno de la formación profesional adecuada al tipo y complejidad de cada asunto o proceso.<sup>367</sup>

*¿La tutela jurídico – penal debe abarcar los ataques imprudentes por ignorancia inexcusables o impericia?*

El tema de la impericia profesional enlaza directamente con la determinación del grado de conocimientos del profesional en cuestión y con la calificación de la imprudencia en consciente o inconsciente.

---

<sup>366</sup> Que aún cuando se dude de que llegue a ver la luz es un punto de referencia inexcusable.

<sup>367</sup> QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y otros: en “Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal”, cit., p. 1.992.

El concepto de *lex artis* resulta eminentemente dinámico, por lo que, las profesiones de abogado y procurador al entrañar un contacto permanente con focos de riesgo requieren un proceso de reciclaje de los conocimientos de carácter interrumpido. Es un deber elemental de estos profesionales actualizar sus conocimientos, estar al tanto de la evolución de los criterios u orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, conocer los cambios legislativos. De acuerdo con lo expuesto, *¿el deber elemental citado es exigible con la misma intensidad a todos los profesionales expertos o noveles, especializados o no?; ¿debe el abogado o procurador que carece de experiencia profesional o de conocimientos especializados abstenerse de asumir la defensa o representación en un asunto que encierre complejidad jurídica o que concierna a una rama jurídica especializada, bajo riesgo de infringir con ello el deber elemental aludido?*

Con carácter previo a tratar de despejar estas cuestiones, quiero significar que por lo que respecta a la especialización, la misma no opera en el ejercicio de la procuraduría –no existen procuradores especializados-, y, no se encuentra reglada tampoco en el ejercicio de la abogacía tal y como sucede en otras profesiones como, por ejemplo, la medicina en la que la especialización se adquiere por la superación de un examen –Mir- y de un periodo de practicas tuteladas en la especialidad en cuestión para la posterior obtención de un título oficial acreditativo de una especialidad. En consecuencia, más que de abogados especializados cabría hablar de abogados con conocimientos superiores al “abogado medio” en una determinada rama del ordenamiento jurídico por acumular en su persona una serie de méritos académicos –como puede ser un doctorado, realización de cursos, masters,...etc- o simplemente prácticos. No obstante, si bien es cierto que no existen en Derecho especialidades regladas como tales al uso de las que existen en otras profesiones fundamentalmente en el ámbito de las profesiones de la rama médico-sanitaria, en la práctica un elevado número de profesionales de la abogacía ofrecen sus servicios como expertos en una determinada rama del Derecho, ya sea título de: laboristas, matrimonialistas,...etc, con lo que resulta innegable que cuando un determinado cliente se dirige a tales profesionales y les encomienda la defensa de sus intereses lo hace en buena medida con motivo de los méritos que el profesional se irroga esperando con ello una mejor protección de sus pretensiones.

De acuerdo con la actual regulación la capacidad técnica de los profesionales de la abogacía y de la procuraduría se presume por el hecho de tener el título de licenciado en Derecho y estar colegiados, y no se establece ninguna restricción oficial en orden a la actuación profesional de abogados y procuradores ante las diferentes jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa, laboral. No corresponde al DP ocuparse de tales cuestiones, y en base a ello, tampoco es función del DP tratar de impedir “a priori” a un profesional que se haga cargo de un determinado asunto cualquiera que sea el orden jurisdiccional al que competa o la concreta materia aplicable al caso. Debe, a mi juicio, rechazarse frontalmente la denominada provocación culpable por asunción o emprendimiento según la cual, se produce una infracción del deber de cuidado cuando el profesional de la abogacía o de la procuraduría se hace cargo de la defensa o representación en un asunto en el que carecía de la necesaria preparación técnica para desempeñar la actividad profesional. La razón por la que sostengo tal criterio estriba fundamentalmente en el hecho de que cuando un profesional se hace cargo de la defensa o representación de los intereses de un cliente en un asunto sólo está asumiendo un papel de garante de esos intereses, pero no con ello está infringiendo ningún deber, de tal forma, que es en el momento de realización de una intervención profesional concreta cuando la falta de preparación técnica, información o actualización de conocimientos que conduce a la ignorancia inexcusable o impericia puede determinar la infracción del deber de cuidado, con ello nos evitamos que el DP deba entrar a evaluar con carácter previo los conocimientos o la experiencia de ningún profesional. Ahora bien, no veo ningún inconveniente en trasladar dicha culpa por asunción al momento en que el abogado o procurador acomete un concreto acto procedimental sin haber observado el mínimo deber de preparación, información, documentación, exploración de la doctrina y la Jurisprudencia (consultas a bases de datos,...etc.) para suplir la falta de conocimientos o de actualización de los mismos, sobre todo si tenemos en cuenta la posibilidad de renuncia a la defensa o representación, o incluso de solicitar una suspensión o aplazamiento, o de conceder la venia a otro colega.

El problema dogmático que plantea la ignorancia inexcusable se origina a la hora de determinar la cognoscibilidad sobre el riesgo, es decir, el abogado o procurador que realiza el ilícito imprudente si no conoce la concreta pauta de cuidado que infringe con su conducta, no puede prever el resultado típico y tampoco observar el cuidado que le era

exigible, estaríamos ante lo que se conoce como culpa inconsciente cuya punibilidad ha sido y es muy discutida.

FEIJOO SÁNCHEZ<sup>368</sup> mantiene que la impunidad de todo descuido sin representación se corresponde con una visión *arcaizante y decimonónica* del DP. La imprudencia inconsciente debe punirse cuando sea grave, la STS de 12 de Julio de 1.999 –ponente José Augusto de Vega Ruiz- Ref. Iustel: 257659, en relación al homicidio por imprudencia del artículo 142, mantiene que en dicho precepto cabe la imprudencia grave tanto en los supuestos de culpa consciente como en la culpa inconsciente. Ello es así porque el citado precepto se refiere a las más graves infracciones de las normas de cuidado, lo que no implica necesariamente una representación mental de tal infracción por parte del sujeto.<sup>369</sup> En el mismo sentido se pronuncia la STS de 28 de Junio de 1.999 –ponente José Augusto de Vega Ruiz- Ref. Iustel. 220440.

---

<sup>368</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B; “Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible”. *Revista del Poder Judicial n° 61. Consejo General del Poder Judicial.* 2.001, pp. 153 a 156. FEIJOO considera que plantearse los límites mínimos de la imprudencia punible no conducen necesariamente a considerar impunes los supuestos de imprudencia inconsciente o sin representación ya que no existe una relación entre el dato y la consecuencia.

<sup>369</sup> El F .Jº 4: “...En dicho precepto cabe la imprudencia grave tanto en los supuestos de culpa consciente como en la culpa inconsciente. Ello es así porque el artículo 142 se refiere a las más graves infracciones de las normas de cuidado, lo que no implica necesariamente una representación mental de tal infracción por parte del sujeto.

El artículo alude a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad. Se habla así, en las tradicionales resoluciones de esta Sala, de "falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias", o de "ausencia absoluta de cautela". Solamente cabe decir, en esta obligada introducción jurídica, que el artículo 142 no alude a la infracción de reglamentos para fijar criterios legales de imprudencia, precisamente porque las previsiones reglamentarias no se corresponden "per se" con las normas de cuidado. La valoración de la gravedad legal de la imprudencia no puede quedar vinculada a criterios reglamentarios ni a exigencias más o menos formales.

Sabido es el casuismo fundamental que rige todo cuanto a la imprudencia en la circulación se refiere. Ese casuismo ha propiciado innumerables resoluciones, de todas clases, respecto de las causas, de las definiciones y de los efectos al hecho acaecido correspondiente. Más, sin embargo, siempre existió un elemento común como configurador de la más grave de las imprudencias, en los casos en los que se faltaba a las más elementales normas de precaución y cautela, conjugando el deber objetivo de cautela, la permisibilidad y la participación mental del sujeto.

Pero la permisibilidad que propicia la unión entre la acción y el efecto, exige en lo fundamental, que la acción por su propia peligrosidad pueda producir ese resultado y que ello sea previsible por un ciudadano medio situado en las mismas condiciones y circunstancias que el autor del hecho (Sentencias de 30 de abril de 1997).

Dejando de lado las sucesivas teorías de la previsibilidad del resultado lesivo producido, de la capacidad del agente para prevenirlo o de la omisión del deber objetivo de cuidado, se llega con un sentido práctico a la consideración simplista de que en una sociedad de riesgos aceptados, según decía la Sentencia de 4 de febrero de 1993, la culpa consiste precisamente en llevar el riesgo de la acción más allá de los límites socialmente admitidos. En definitiva, "se trata de que toda persona acomode su conducta, cuando ésta puede trascender a terceros, a unos patrones que eviten aumentar las posibilidades o probabilidades de lesionar los bienes jurídicos de tales terceros".

Constituye un presupuesto subjetivo de la imprudencia el previo conocimiento por parte del sujeto activo de la pauta de comportamiento cuidadoso que le es exigible observar en una determinada situación. Pero ese presupuesto requiere una reflexión mucho más compleja de lo que pudiera parecer a simple vista. Entre los hitos que han contribuido a aumentar la dificultad del tratamiento del tipo imprudente se encuentra la delimitación y oscilación de la culpa desde la problemática “zona gris” ubicada entre el dolo eventual y la culpa consciente –límite por arriba de la imprudencia-, pasando por la culpa consciente ya sea en su modalidad grave o leve, y, concluyendo con la llamada culpa inconsciente. Pues bien, considero que entre la imprudencia consciente y la inconsciente se sitúa otra “zona gris” que denominaría como *imprudencia o culpa co-consciente* y que constituiría el límite subjetivo por debajo para sostener que un determinado sujeto es capaz de realizar acciones u omisiones descuidadas, es decir, el límite mínimo de la culpa.

La culpa co-consciente se fundamenta, a su vez, en la co-consciencia de la norma de cuidado que hace referencia a la necesidad de constatar que la concreta medida de cuidado, que debería haber observado el sujeto activo en la situación determinada para actuar prudentemente, se encontraba en su mente en forma de lo que se denomina “conocimiento disponible”<sup>370</sup>, de tal modo que podía haber actualizado -es decir, haber conocido plena y efectivamente- la concreta medida de cuidado que le era exigible aplicar en ese instante sin necesidad de realizar grandes esfuerzos mentales, es decir, si hubiera realizado una mínima reflexión.<sup>371</sup>

Si tenemos en consideración que el abogado y/o procurador cuentan con una formación jurídica que hace presuponer su competencia y capacidad profesional y, a ello, añadimos que las conductas a las que alude el art. 467 del CP pertenecen a actos propios de su

---

<sup>370</sup> Expresión que encuentra su origen en la Hipótesis topográfica de Freud, la cual diferenciaba tres partes de la mente: 1. lo consciente, que sería aquella parte que contiene los elementos cognitivos de los que podemos disponer en un momento determinado.

2. el pre-consciente, que sería aquella parte de la mente donde se hallan los datos de nuestra mente de los que no estamos haciendo uso, pero de los que podemos disponer en un momento determinado y utilizarlos si queremos.

3. y, finalmente, el inconsciente que es la parte caótica y desordenada de nuestra mente y la única que no puede ser controlada por el yo.

<sup>371</sup> HAVA GARCÍA, E; “La Imprudencia inconsciente”. cit., pp. 244 y ss.



profesión, es decir a conductas profesionales, podemos concluir, que es deber minimamente exigible a los mismos el empleo de los conocimientos y las posibilidades de actuación de los diversos recursos profesionales para los que están capacitados a través de la formación recibida, todo ello, obviamente, al servicio de la defensa de los intereses específicamente encomendados, en relación a la concreta actuación profesional de que se trate. Este deber elemental de todo profesional de la abogacía o procuraduría conlleva una serie de deberes complementarios como son el de actualización de conocimientos, estudio de antecedentes y preparación del caso concreto, consulta de las nuevas orientaciones doctrinales y jurisprudenciales, conocimiento de las reformas legislativas (A título anecdótico pensemos en los estudiantes de licenciatura en Derecho, quizás no exista futuros profesionales más conscientes a la sazón, de la velocidad a la que se suceden las reformas legislativas, reformas que hacen prácticamente efímeras las posibilidades de aprovechar los manuales universitarios de un año para otro, inclusive algunos textos quedan desfasados nada más que comenzar el curso académico).

Es evidente, que tales razonamientos ratifican la idea de que salvo la existencia de una incapacidad individual constatada basada en síntomas de alguna clase de deficiencia psíquica o intelectual, de falta de conocimientos o de una especial dificultad de la situación, el abogado o procurador es co-consciente de la pauta de cuidado que le impone el deber de estudio, preparación, y actualización de conocimientos, y cuyo conocimiento se halla disponible en su mente, lo que permite afirmar que aquel profesional que incurra en ignorancia inexcusable, si hubiera realizado una mínima reflexión antes de actuar, se habría dado cuenta fácilmente de que las circunstancias fácticas hacían preciso que aplicara las medidas de precaución que había aprendido previamente, es decir, que actuara con el cuidado que le era exigible.

En consecuencia, la ignorancia inexcusable de abogado o procurador es típica en base a la co-consciencia de la pauta de comportamiento cuidadoso que impone al abogado o procurador un deber de conocimiento de su profesión -disponible en la mente de los mismos-, pauta de cuidado que no es actualizada por el abogado o procurador debido a una distracción, olvido o despiste, es decir, el sujeto realiza los elementos objetivos del tipo imprudente, precisamente por no haber tomado, en el momento de la acción u omisión, las medidas necesarias para asegurar que no se produjera ese vacío de conocimientos.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo expuesto en las líneas precedentes, estimo que no existen argumentos para excluir la ignorancia inexcusable del ámbito tipificador penal, dado que el CP en el caso del art. 467.2º.2 no distingue el origen de la negligencia grave. La postura más conforme con la sana crítica será aquella que atienda a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, es decir, será el juzgador el que ponderando las circunstancias del supuesto concreto, interprete si la falta de preparación del profesional –abogado o procurador-, que ocasiona un perjuicio manifiesto para los intereses encomendados, ha constituido una simple falta deontológica o una negligencia punible en atención a su gravedad.

#### **.IV. BREVES REFLEXIONES EN TORNO AL ERROR DE TIPO.**

##### 1 CONSIDERACIONES GENERALES.

Teniendo en cuenta la regulación que del mismo efectúa el CP de 1.995- art. 14<sup>372</sup>-, podríamos definir el *error de tipo* en relación al delito que nos ocupa, como el desconocimiento o falta de representación o representación equivocada por parte del abogado o procurador de alguno o de todos los elementos constitutivos del tipo de deslealtad profesional, ya sea en la modalidad descrita en el párrafo 1º del art. 467 o ya se trate de la prevista en el párrafo 2º del mismo artículo. No obstante, los tipos del art. 467 contienen elementos normativo-valorativos del tipo respecto de los cuales el conocimiento exigible al abogado o procurador no es el propio del lego o profano en la materia, el error sobre dichos elementos no excluye el dolo, en tales supuestos admito excepcionalmente el llamado *error de subsunción* con relevancia como error de prohibición, pues precisamente en base al error sobre el elemento normativo-valorativo podría conducir al abogado o procurador a creer que la conducta que realiza no está prohibida.

Conforme a criterios generales, el llamado *error de prohibición* sería aquel en el que abogado o procurador, no incurren en el desconocimiento o representación equivocada de todos o alguno de los elementos de la situación descrita en el tipo de injusto, sino en el hecho de estar prohibida su realización, es decir, saben lo que están haciendo, pero consideran que su conducta no está prohibida por el Derecho.

*¿Qué efectos se derivan del error de tipo en general?* El error de tipo incide en todos o alguno de los elementos del tipo, y como los elementos del tipo deben ser abarcados por el dolo del autor, el error de tipo afecta al dolo, excluyéndolo total o parcialmente, según que aquel sea invencible o vencible. Con carácter general puede decirse que el error de tipo invencible determina la exclusión de la responsabilidad, y si es vencible transforma la conducta dolosa en imprudente, si ello es posible. El propio CP fija como módulos para la determinación de la vencibilidad o invencibilidad del error “las circunstancias del hecho y las personales del autor -entre las que se incluyen: la formación

---

<sup>372</sup> El art. 14 CP dispone: “1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada en su caso, como imprudente./ 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación....”

cultural, experiencia, condiciones psicológicas,...etc-”. Así entre otras muchas, la S AP de Segovia de 4 de Octubre de 1.995 –ponente Espejel Jorquera- (BDAP a70/1996) Marginal 168 establece que es doctrina reiterada la de que “...*la apreciación del error y la de su vencibilidad vienen determinadas por la consideración de las circunstancias objetivas del hecho y las subjetivas del autor, lo que comporta que deban tenerse en cuenta las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, sus conocimientos técnicos y vulgares, sociales, jurídicos, políticos, familiares y vecinales y las posibilidades de ser instruido o asesorado*”. Con tales criterios y teniendo en consideración la condición de profesionales del Derecho que concurre en los únicos posibles sujetos activos –abogados o procuradores-, resulta en general muy difícil la apreciación del error, máxime cuando además es absolutamente imprescindible para la estimación del error, vencible o invencible, un apoyo probatorio, es decir, que se halle demostrado y fundado el error mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien estampadas en la sentencia de que se trate, no siendo en modo alguno suficientes las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable (STS de 18 de Julio de 2.000 –ponente Saavedra Ruiz- (BDAP 18/2.001) Pág. 44; la S AP de Segovia de 4 de Octubre de 1.995 –ponente Espejel Jorquera- (BDAP a70/1996) Marginal 168).

## 2. ERROR DE TIPO EN EL SUPUESTO DE DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN.

Dado que el error de tipo afecta a los elementos que integran éste, teniendo en cuenta los hitos que configuran el art. 467.1, es evidente, que en el supuesto que nos ocupa el error puede recaer sobre todos o al menos alguno de los siguientes extremos:

- sobre la *relación clientelar o la posición de garante*
- sobre el *consentimiento*
- sobre la *identidad del asunto*
- sobre la existencia de *Intereses contrarios*.

Respecto a la *relación clientelar* y a la *posición de garante*, estimo que el error de tipo de carácter invencible por desconocimiento de que la persona o el cliente a quien se

defiende o representa detenta intereses contrarios en un mismo asunto en relación a aquel al que previamente se ha asesorado, defendido o representado, es técnicamente posible como señala GARCÍA PLANAS<sup>373</sup>, pero altamente improbable como afirma PÉREZ CEPEDA<sup>374</sup>, entre otras causas por que la consumación del delito se produce en el momento en que el abogado o procurador asumen la defensa o representación procesal, lo que implica que con antelación exista un conocimiento de los intervinientes en el proceso. A tal argumento se añade el de que tratándose de profesionales con formación jurídica se hacen prácticamente inviables argumentaciones en relación con el error según MELÉNDEZ SÁNCHEZ.<sup>375</sup>

Ahora bien, se puede pensar en un error de tipo vencible en el supuesto del abogado que no recuerda que previamente ha asesorado a la parte contraria, pero también tal caso resulta muy poco probable dado que se exige para que el asesoramiento sea típico que este implique el conocimiento de aspectos trascendentes en el asunto no bastando con un contacto informal o intrascendente, y en tales condiciones se reducen aún más las posibilidades de un olvido por parte del abogado. No obstante lo expuesto, aún cuando se admitiera la existencia del error de tipo vencible cuyas consecuencias se traducen en la exclusión del dolo pero no de la imprudencia, dicha responsabilidad a título de imprudencia no podría hacerse efectiva a través del tipo paralelo imprudente dado que el Código vigente no contempla la modalidad imprudente en el supuesto de la doble defensa o representación, y si esta modalidad no existe, la conducta deberá estimarse atípica y, en consecuencia impune.

Otro posible supuesto de error de tipo puede producirse por el desconocimiento de que se ha asumido la posición de garante, por ejemplo, en un despacho colectivo que asume deberes en forma solidaria<sup>376</sup>.

---

<sup>373</sup> GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. cit., p.50.

<sup>374</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. cit., p.180.

<sup>375</sup> MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F, L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”, cit., p. 476.

<sup>376</sup> PEREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión Penal”, cit., pp.1.838-1839.

Por otro lado, los errores referidos a la extensión del deber de garante, o a una determinada interpretación jurídica de la relación clientelar no excluyen el dolo, y entiendo que permitirían hablar de un error de subsunción con relevancia como error de prohibición<sup>377</sup>.

El desconocimiento que se trata de un *mismo asunto* o de la *contraposición de intereses* de las partes es un error de tipo que excluye el dolo y, aún cuando fuese evitable, la pena, en tanto que el tipo del art. 467 no regula de modo expreso la modalidad imprudente como ya he tenido ocasión de señalar. Ahora bien, si el abogado o el procurador incurre en errores relativos a una determinada interpretación jurídica de la contraposición de intereses o de la identidad de asunto, desde el momento en que existe “una valoración paralela en la esfera del lego” se confirmaría la presencia de dolo, de modo que nos encontraríamos también ante un supuesto de error de subsunción con relevancia como error de prohibición del art. 14.3 del CP.

Finalmente, y por lo que respecta al *consentimiento* la exigencia de que el mismo sea previo y expreso prácticamente veda toda posibilidad a la apreciación del error.

### 3. ERROR DE TIPO EN EL SUPUESTO DE PERJUICIO A LOS INTERESES ENCOMENDADOS

La posibilidad de que se produzca un error de tipo invencible por desconocimiento de la subsistencia o no la relación clientelar resulta bastante difícil dado que como pone de manifiesto PÉREZ CEPEDA<sup>378</sup> el abogado o procurador puede vencer dicho error preguntando al cliente sobre la vigencia o no de la relación clientelar. No obstante, el TS absuelve a un abogado por estimar que padeció un error de tipo invencible sobre una relación profesional que creyó inexistente en la ya citada Sentencia de 10 de Marzo de 1.992 –ponente Sr. Puerta Luis- (*Actualidad Penal Rf. 407*), en la que se abordaba el supuesto de un abogado que tras haber solicitado de su cliente una alta provisión de fondos para acometer una actuación profesional en relación a un inmueble, creyó resuelta la

---

<sup>377</sup> El art. 14.3 del CP dispone: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

<sup>378</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. cit., p. 213.

relación profesional con tal cliente a raíz de una carta remitida por éste en la que le manifestaba que no deseaba gastar tal cantidad sin tener garantías de ganar el caso. Al cabo de dos meses, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia la subasta de la finca, y el abogado decidió acudir a la subasta, obteniendo la adjudicación por tres millones de pesetas y vendiéndola posteriormente por veintiséis millones. Respecto a este caso, la Audiencia Provincial de Málaga consideró que, no obstante la carta recibida por el profesional, la relación abogado / cliente subsistía en el momento de la subasta. Esta decisión fue casada por el TS en la citada Sentencia que entendió que el letrado había padecido un error de tipo invencible debido a que creía que ya no existía ninguna relación profesional al interpretar de forma equivocada la carta remitida por su cliente. Especialmente interesantes son los comentarios que a dicha Sentencia dedica FELIP I SABORIT<sup>379</sup>, en el sentido de considerar que aún cuando no se hubiese apreciado la existencia de un error invencible la conducta del abogado, en cuanto al delito de prevaricación que se le imputaba, habría sido deontológicamente censurable pero penalmente impune dado que la deslealtad profesional del abogado al concurrir a una subasta no constituye el perjuicio típico de la deslealtad porque no existían posibilidades serias de defensa jurídica, y por tanto, la prestación de la Administración de Justicia no se ha visto afectada. Por otro lado, GARCÍA ARÁN<sup>380</sup> considera que en el caso examinado no puede decirse que el comportamiento del abogado sea un modelo de ética profesional, pero considera exagerado mantener la pervivencia de la relación clientelar tras la ruptura de la misma en este caso. Además apunta con arreglo al Código vigente, la posible aplicación de la figura de utilización de información privilegiada del art. 284<sup>381</sup>.

En el caso de que estimásemos la concurrencia de un error de tipo vencible del profesional en torno a la subsistencia de la relación clientelar, para que el mismo resultase punible debe de encontrar encaje dentro de la calificación de imprudencia grave. En efecto, a diferencia de lo que sucedía en el tipo de doble defensa o representación que no preveía

---

<sup>379</sup> FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992)”, cit., p.784.

<sup>380</sup> GARCÍA ARÁN, M; “Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1.995”, cit., p. 299.

<sup>381</sup> El art. 284 del CP de 1.995 señala que: “Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a 2 años, o multa de 6 a 18 meses, a los que difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos”.

el paralelo imprudente en el caso del perjuicio a los intereses encomendados se castiga la conducta imprudente del abogado o procurador siempre y cuando ésta pueda serle atribuida a título de imprudencia grave, de esta forma el error del profesional debe expresar una imprudencia grave, de no ser así no sería posible fundamentar una responsabilidad penal quedando equiparado el error al error invencible.

Finalmente, y en cuanto a un posible error del abogado o procurador en relación a un conflicto de intereses entre el deber de lealtad para con la Administración de Justicia y el deber de lealtad para con su cliente optando por lesionar el primero –error vencible o invencible sobre el presupuesto objetivo de una causa de justificación-, las posturas mantenidas sobre el bien jurídico supra-individual y el carácter uniofensivo del tipo delictivo hacen imposible el conflicto de intereses, y por tanto, el error sobre el presupuesto objetivo de la causa de justificación dado que sólo son relevantes desde el punto de vista penal las conductas que perjudican los intereses encomendados por el cliente en cuanto afectan al derecho de defensa y a los derechos dimanantes de un proceso debido con todas las garantías.



## V. CONCLUSIONES

Los tipos delictivos previstos en el artículo **467.1º** son exclusivamente dolosos. El dolo debe de abarcar –elemento intelectual- la existencia de la relación profesional, la ausencia del consentimiento del primer cliente, la existencia de intereses contrapuestos y la identidad del asunto, pero además es necesario –elemento volitivo- que el abogado o procurador haya querido asesorar, defender o representar a personas con intereses contrapuestos en un mismo asunto y haya querido o aceptado como posible la puesta en peligro del correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia. En el actuar doloso del artículo 467.1º del CP quedan comprendidos el dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. No es posible la modalidad imprudente en el supuesto de la doble defensa o representación dado el vigente sistema de *numerus clausus* que establece el artículo 12 del vigente CP, la propia estructuración del artículo 467 del CP y la condición de profesionales del mundo jurídico que concurre en los abogados y procuradores.

En el artículo **467.2º** la conducta típica puede tener su origen en un comportamiento doloso o imprudente. En lo que respecta a la modalidad dolosa el dolo debe de abarcar el perjuicio y su carácter manifiesto así como el alcance causal de los actos realizados. A diferencia de la figura delictiva contemplada en el artículo 360 del anterior CP en que sólo era posible el dolo directo la actual redacción permite la imputación dolosa-eventual. Por lo que concierne a la modalidad imprudente, el artículo 467.2º no tipifica cualquier imprudencia sino ha de tratarse de imprudencia *grave*. La polémica sobre la delimitación de la imprudencia penalmente relevante de abogados y procuradores se centra en la determinación de la gravedad de la imprudencia en las conductas propias de la profesión, y, en el tratamiento que deba de efectuarse de la llamada impericia profesional.

Respecto de la valoración del carácter imprudente del comportamiento de abogado y procurador deberán seguirse las pautas que son utilizables en otras profesiones teniendo en consideración que, en cualquier caso, la determinación de la gravedad de la imprudencia es un elemento valorativo, de carácter circunstancial y que el juzgador en la motivación de la sentencia ha de precisar en cada caso los elementos de juicio que apoyan la gravedad de la conducta calificada como imprudente ponderando muy diversas circunstancias y cuestiones.

Una cuestión candente es la de si *la impericia profesional*, la *ignorancia inexcusable*, entendida como la carencia de conocimientos propios, habilidad o experiencia exigibles para el desempeño de la profesión debe quedar abarcada o no por la imprudencia grave. El tema de la impericia profesional enlaza directamente con la determinación del grado de conocimientos del profesional en cuestión y con la calificación de la imprudencia en consciente o inconsciente.

Dado que la capacidad técnica de los profesionales de la abogacía y de la procuraduría se presume por el hecho de tener el título de licenciado en Derecho y estar colegiados, y que no se establece ninguna restricción oficial en orden a la actuación profesional de abogados y procuradores ante las diferentes jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa, o laboral, debe rechazarse frontalmente la denominada provocación culpable por asunción o emprendimiento según la cual, se produce una infracción del deber de cuidado cuando el profesional de la abogacía o de la procuraduría se hace cargo de la defensa o representación en un asunto en el que carecía de la necesaria preparación técnica para desempeñar la actividad profesional porque cuando un profesional se hace cargo de la defensa o representación de los intereses de un cliente en un asunto sólo está asumiendo un papel de garante de esos intereses, pero no con ello está infringiendo ningún deber, de tal forma, que es en el momento de realización de una intervención profesional concreta cuando la falta de preparación técnica, información o actualización de conocimientos que conduce a la ignorancia inexcusable o impericia puede determinar la infracción del deber de cuidado. Por tanto, se ha de trasladar la culpa por asunción al momento en que el abogado o procurador acomete un concreto acto procedimental sin haber observado el mínimo deber de preparación, información, documentación, exploración de la doctrina y la Jurisprudencia (consultas a bases de datos,...etc.) para suplir la falta de conocimientos o de actualización de los mismos.

El problema dogmático que plantea la ignorancia inexcusable se origina a la hora de determinar la cognoscibilidad sobre el riesgo, es decir, el abogado o procurador que realiza el ilícito imprudente si no conoce la concreta pauta de cuidado que infringe con su conducta, no puede prever el resultado típico y tampoco observar el cuidado que le era exigible - culpa inconsciente-. Considero que entre la imprudencia consciente y la inconsciente se sitúa otra “zona gris” que denominaría como *imprudencia o culpa co-*

*consciente* que se fundamenta en la co-consciencia de la norma de cuidado que hace referencia a la necesidad de constatar que la concreta medida de cuidado, que debería haber observado el sujeto activo en la situación determinada para actuar prudentemente, se encontraba en su mente en forma de lo que se denomina “conocimiento disponible”, de tal modo que podía haber actualizado -es decir, haber conocido plena y efectivamente- la específica medida de cuidado que le era exigible aplicar en ese instante sin necesidad de realizar grandes esfuerzos mentales. Si tenemos en consideración que el abogado y/o procurador cuentan con una formación jurídica que hace presuponer su competencia y capacidad profesional y, a ello, añadimos que las conductas a las que alude el art. 467 del CP pertenecen a actos propios de su profesión, la ignorancia inexcusable de abogado o procurador es típica en base a la co-consciencia de la pauta de comportamiento cuidadoso que impone al abogado o procurador un deber de conocimiento de su profesión -disponible en la mente de los mismos-, pauta de cuidado que no es actualizada por el abogado o procurador debido a una distracción, olvido o despiste, es decir, por no haber tomado, en el momento de la acción u omisión, las medidas necesarias para asegurar que no se produjera ese vacío de conocimientos.

En cuanto al *error de tipo* supone el desconocimiento o falta de representación o representación equivocada por parte del abogado o procurador de alguno o de todos los elementos constitutivos del tipo de deslealtad profesional, ya sea en la modalidad descrita en el párrafo 1º del art. 467 o ya se trate de la prevista en el párrafo 2º. Con carácter general, dada la condición de profesionales del Derecho que concurre en los únicos posibles sujetos activos –abogados o procuradores-, resulta muy difícil la apreciación del error, máxime cuando además es absolutamente imprescindible para la estimación del error, vencible o invencible, un apoyo probatorio, es decir, que se halle demostrado y fundado el error mediante afirmaciones que lo contengan o evidencien estampadas en la sentencia de que se trate, no siendo en modo alguno suficientes las subjetivas e interesadas declaraciones del culpable.

En lo que se refiere al artículo 467.1º del CP el error invencible respecto a la *relación clientelar* y a la *posición de garante* es técnicamente posible pero altamente improbable, y en cuanto al error vencible -por ejemplo, en el supuesto del abogado que no recuerda que previamente ha asesorado a la parte contraria- también parece muy poco probable y en cualquier caso conduciría a la impunidad de la conducta, pues las

consecuencias del error de tipo vencible se traducen en la exclusión del dolo pero no de la imprudencia, dicha responsabilidad a título de imprudencia no podría hacerse efectiva a través del tipo paralelo imprudente dado que el Código vigente no contempla la modalidad imprudente en el supuesto de la doble defensa o representación, y si esta modalidad no existe, la conducta deberá estimarse atípica y, en consecuencia impune. El mismo tratamiento merecería el error del abogado o procurador sobre la identidad del asunto o la existencia de intereses contrapuestos. Por lo que respecta al consentimiento del primer cliente la exigencia de que sea previo y expreso veda toda posibilidad a la concurrencia del error de tipo.

Finalmente en lo que se refiere a la concurrencia del error de tipo respecto de las figuras de perjuicio a los intereses encomendados la posibilidad de que se produzca un error de tipo invencible por desconocimiento de la subsistencia o no la relación clientelar resulta bastante difícil dado que el abogado o procurador puede vencer dicho error preguntando al cliente, y en el supuesto de que estimásemos la concurrencia de un error de tipo vencible del profesional en torno a la subsistencia de la relación clientelar, para que el mismo resultase punible debe de encontrar encaje dentro de la calificación de imprudencia grave.

## CAPITULO OCTAVO

### **ANÁLISIS DE LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD Y EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD. EL ERROR DE PROHIBICIÓN. LAS FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN. SITUACIONES CONCURSALES. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.**

#### **I. AUSENCIA DE ANTIJURICIDAD. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

La cuestión que se plantea bajo este epígrafe alude a la posible existencia de una circunstancia que convierta la conducta desarrollada por el abogado o procurador en conforme a Derecho, no obstante reunir los caracteres típicos descritos en el art. 467 del CP, y consiguientemente, determine que no se derive de ella ningún tipo de responsabilidad penal, ni civil.

Con carácter general el sistema español no hace clasificación alguna de las eximentes recogidas en sus artículos 19 y 20 bajo la rúbrica de “causas que eximen de responsabilidad criminal”, pero desde el punto de vista doctrinal se suelen considerar como causas de exclusión de la antijuricidad: la legítima defensa, obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el estado de necesidad cuando el conflicto se produce entre intereses desiguales y el consentimiento de la víctima en determinados delitos.

En lo que concierne al tipo de *doble defensa o representación*, y, descartada por motivos obvios la legítima defensa, no es posible para el abogado o procurador actuar amparado por el ejercicio legítimo de un derecho / deber profesional, dado que la doble defensa o representación son comportamientos profesionales que constituyen uno de los principales supuestos de ejercicio ilegítimo de tales profesiones y así se pone de manifiesto

si se repasan las normas disciplinarias y deontológicas de las mismas, es más, si se atiende al mismo hecho de su tipificación penal el art. 467.1º constituye en este extremo un límite a la exigente de ejercicio legítimo de un oficio<sup>382</sup>.

PÉREZ DEL VALLE<sup>383</sup> a propósito de la determinación del tipo penal sobre la base de una posición de garante de competencia institucional se plantea el riesgo que comporta la utilización de causas de justificación procedentes de ámbitos del orden jurídico diversos del DP, de tal modo, que a través de la invocación del art. 20.7ª del CP de reglas deontológicas instituidas por Colegios y Asociaciones profesionales sea posible crear causas de neutralización del DP. A tal respecto, y, por lo que concierne a los abogados, llega en definitiva a la conclusión de que en la medida en que las reglas deontológicas de la abogacía se desenvuelven dentro del marco institucional sobre la base de normas jurídicas estatales, no es posible la neutralización de la posición de garante de competencia institucional que dichos profesionales han asumido en los tipos que nos ocupan. Entiendo que la misma conclusión es predicable respecto de los procuradores.

En relación al consentimiento -expreso, previo y, también, consciente, voluntario y libre- del primer cliente asesorado, defendido o representado según la práctica unanimitad de los autores<sup>384</sup> opera como causa clara de atipicidad. El consentimiento ha de ser, en cualquier caso, anterior a la asunción por el abogado o procurador de la defensa o representación de quien ostenta la condición de contrario en un mismo asunto por ser titular de intereses contrapuestos<sup>385</sup>. El consentimiento posterior a ese momento será desde todo punto de vista irrelevante dado que el atentado o la alteración del normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia ya se habría producido. PÉREZ

---

<sup>382</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J; en “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial*. cit. p. 897. BENITEZ ORTÚZAR , IF; En *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit. pp. 226-227.

<sup>383</sup> PEREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión Penal”, cit., p. 1.838.

<sup>384</sup> Podemos mencionar entre otros: QUERALT JIMÉNEZ, J; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ob. cit., p. 865; MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”. cit., p. 474; DE DIEGO DIEZ, L A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*. cit., p.19 y “La prevaricación de abogado y procurador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. cit., p.. ;BENITEZ ORTÚZAR , IF. En *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*. cit., pp. 226-227.

<sup>385</sup> La STS de 20 de Enero de 1.969 –ponente Jesús Riaño Goiri- (Ar. 479) señala que: “...la autorización posterior por carta no excluye el tipo, delito consumado en el momento mismo de asesorar y aceptar el encargo de la defensa de los demandados...”

CEPEDA<sup>386</sup> niega eficacia al consentimiento como causa de justificación, porque a pesar de que el consentimiento se recoge expresamente en el art. 467.1º -como causa de exclusión de la tipicidad-, si la conducta de doble defensa o representación afecta al buen funcionamiento de la Administración de Justicia a través de la infracción o limitación del derecho de defensa o representación, como se trata de un derecho subjetivo público, una de las partes no debe de tener potestad para decidir si considera lesiva o no una determinada conducta.

La consecuencia que cabe extraer de las anteriores reflexiones se resumen en que en lo que al tipo de doble defensa o representación concierne, no parece resultar posible la apreciación de ninguna causa de justificación.

En el supuesto de *perjuicio para los intereses encomendados*, tampoco son factibles bajo mi punto de vista la concurrencia de causas de justificación que anulen el desvalor inicial de la conducta desleal desarrollada por el abogado o procurador. Distinta era sin duda la posibilidad que brindaba la anterior regulación recogida en el art. 360 del CPTR de 1.973, así MELÉNDEZ SÁNCHEZ<sup>387</sup> señala que las únicas posibles causas de justificación argumentables para las acciones dolosas comprendidas en el art. 360, la *legítima defensa* en el supuesto de que el propio cliente afecte intereses personalísimos del abogado o procurador y siempre que concurran los requisitos de dicha causa de justificación, ya que la obligación de guardar secreto cede a la necesidad de la defensa del propio abogado cuando es objeto de acusaciones por su propio cliente, y, *el estado de necesidad* -conflicto de intereses-, si la revelación de secretos del cliente conocidos en el desempeño de la actividad profesional se efectúa con la intención de evitar un mal superior al sacrificado. Los anteriores planteamientos no resultan posibles en la actual tipificación del art. 467.2º de la que como sabemos se ha excluido la revelación de secretos<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, cit., p. 111.

<sup>387</sup> MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”, cit., pp. 474-475.

<sup>388</sup> Respecto de las causas justificativas en el delito de revelación de secretos profesionales SOTO NIETO, F; en “El Secreto Profesional del Abogado: Deontología y Tipicidad Penal”, cit., pp. 1.577-1.576 señala: “Uno de los supuestos de estado de necesidad, encontrará su justificación en el interés social de que no se consuma una injusticia, tal la condena de un inocente. O se actúe al impulso de evitación de un delito, que sólo la manifestación temporánea del letrado puede conjurar. Colisión de deberes en uno y otro caso que exigirán el sacrificio o conculcación de uno en aras de la prevalencia del considerado, objetiva y socialmente, de mayor trascendencia. Supuesto en que la eximente de estado de necesidad se ofrecerá más nítida en su aplicación,

## II. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD Y DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Para poder afirmar que un abogado o procurador es inimputable se exige, como cuando de cualquier otro sujeto activo se trata, que el mismo sea incapaz de conocer el significado antijurídico de su comportamiento o de poder orientar su conducta conforme a ese conocimiento – SSTS de 4 de Octubre de 2.003<sup>389</sup>, 3 de Octubre de 2.003<sup>390</sup>, 29 de Septiembre de 2.003<sup>391</sup>...etc.- Faltará la primera capacidad cuando el profesional se halle en una situación mental en la que no pueda percatarse suficientemente de que el hecho que realiza es injusto. Faltará la segunda capacidad cuando el abogado o procurador no pueda autodeterminarse o auto-controlarse con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre la primera capacidad relativa a la comprensión del carácter injusto del comportamiento, tampoco concurrirá la segunda capacidad, pero, sin embargo, puede concurrir la primera y no la segunda. Se han incluido tradicionalmente como causas de inimputabilidad la enajenación y el trastorno mental transitorio, ambas pueden concurrir en todas aquellas situaciones mentales que de una u otra forma nublan la lucidez mental del abogado o procurador. De esta forma la calificación de inimputable del sujeto activo - abogado o procurador- se confía a criterios y valoraciones médicos legales, y más concretamente, de psiquiatría forense, cuyos parámetros generales a la hora de valorar la existencia de una patología que pueda desembocar en la no imputabilidad se asientan en el análisis de tres pilares:

- la madurez biológica.
  
- La integridad de la inteligencia.

---

será el del abogado que no tenga otro recurso para defenderse, poniéndose a salvo del peligro que se cierne sobre su reputación ante los ataques infundados del cliente, que el de desvelar hechos o datos suministrados en el tiempo de prestación de sus servicios profesionales. Como reconoce LEGA, existe dispensa en el abogado de la obligación de mantener secreto, ante la necesidad inderogable de salvarse a sí mismo o a otros de un peligro actual, no eliminable de otro modo y no provocado, de daño grave, a las personas. Este Derecho del profesional –afirma Rico Vallbona- viene “reconocido” en las Leyes Fundamentales de todos los Estados civilizados. Es la plasmación del Derecho natural de legítima defensa para repeler una agresión usando los medios adecuados a la misma....”

<sup>389</sup> STS de 4 de Octubre de 2.003 –ponente Jiménez Villarejo- (Ref. Iustel 217042).

<sup>390</sup> STS de 3 de Octubre de 2.003 –ponente Delgado García- (Ref. Iustel 217038).

<sup>391</sup> STS de 29 de Septiembre de 2.003 –ponente Sánchez Melgar- (Ref. Iustel. 217027).



- El examen de la voluntad en dos sentidos: libertad para elegir y capacidad para controlar los impulsos.

El CP habla de anomalía o alteración psíquica términos que prácticamente incluyen cualquier patología psíquica, patología que en cualquier caso, debe producir una perturbación de las facultades psíquicas de tal intensidad que impidan al abogado o procurador conocer lo ilícito de su conducta u orientar su actividad de acuerdo con dicha comprensión. Entre las patologías que con carácter general pueden causar dicho efecto se han situado *la esquizofrenia* – SSTS de 10 de Marzo de 2.000<sup>392</sup>, de 20 de Noviembre de

---

<sup>392</sup> STS de 10 de Marzo de 2.000 –ponente García Ancos- (Ref. iustel 220082) señala en su fundamento de derecho único: Según reiteradamente nos enseña la jurisprudencia, la enfermedad mental denominada esquizofrenia, ya se detecte o exista en edad temprana del sujeto o con posterioridad, constituye una enfermedad psíquica de carácter permanente, posiblemente la más grave, que a efectos de la responsabilidad penal tiene siempre una notoria influencia en la personalidad del sujeto activo de la acción, al encontrarse permanentemente afectado en sus capacidades intelectivas y volitivas. Y es que como se ha dicho por la doctrina y por los especialistas médicos, la esquizofrenia "conlleva una escisión o disgregación de la vida psíquica (en griego "esquizos" significa escisión y "pbreu" inteligencia), con graves trastornos en la asociación del pensamiento, de la afectividad, del contacto del "yo" con la realidad y consigo mismo, y de la percepción sensorial". Por tanto, en principio, y desde el punto de vista biológico-siquiátrico, el esquizofrénico ha de ser considerado como un auténtico enajenado, totalmente inimputable, por sufrir una enfermedad que se halla en el propio organismo del individuo, sin influencias externas, es decir, sufre de lo que se denomina una "psicosis endógena". Ahora bien, a efectos penales, y cuando se trata de juzgar cada caso concreto, con sus especiales circunstancias, la jurisprudencia ha entendido que en este tipo de enfermedad, además del elemento "biológico-siquiátrico", debe tenerse en cuenta también el elemento "sicológico", distinguiéndose así entre el presupuesto biológico de la enajenación en sí mismo considerado (siempre de carácter endógeno) y el efecto sicológico que esa enfermedad pueda proyectar en cada supuesto respecto a la total inimputabilidad o semi imputabilidad del sujeto activo de la acción delictual, de ahí que a veces se haya considerado que no todo esquizofrénico, por el hecho de serlo, es totalmente inimputable, pero siempre que sus capacidades intelectivas y volitivas están muy disminuidas (Sentencia de esta Sala, que recoge el sentir jurisprudencial, de 20 de enero de 1.997 STS 20/01/1997).

Habiendo entendido el Tribunal sentenciador que se debe aceptar únicamente la eximente incompleta de enajenación mental, mientras que el recurrente solicita su aplicación plena, ésta es la única cuestión a dilucidar. Y en este sentido, aún sin apartarnos de los hechos que la sentencia declara como probados, pero sí completándolos o interpretándolos debidamente con el examen de los autos, según nos autoriza el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podemos llegar a la conclusión de que la enfermedad sufrida por el recurrente le hacía totalmente inimputable, ya que: 1º. Todos los informes médico-psiquiátricos coinciden en que el sujeto examinado padece "esquizofrenia paranoide crónica", añadiéndose que la sintomatología psicótica se aprecia, como mínimo desde el año 1.988, lo que le llevó al abandono de su trabajo habitual. 2º. En el informe médico-forense obrante al folio 15 de las actuaciones, se nos dice que "es absolutamente imposible mantener una conversación de ningún tipo con el acusado", en lo que coincide el informe del Subdirector Médico del Centro Penitenciario de Sevilla al indicar que no se puede realizar entrevista personal por existir "signos evidentes de padecer trastorno psiquiátrico, presentando estado afectivo embotado e incomunicación absoluta con el exterior". 3º. Finalmente, en estos informes también se diagnostica que el sometido a examen padece esquizofrenia paranoide crónica "presentando ideación delirante de tipo místico-megalomaniaco, con antecedentes de sintomatología psicótica desde 1.988, lo que le llevó al abandono de su trabajo y llevar vida marginal porque tenía que hacer milagros", insistiéndose en que se aprecia en el conjunto de la entrevista llevada a cabo "dispersión del pensamiento e interpretaciones delirantes".

Ante este panorama descriptivo de la enfermedad entendemos que no cabe distinguir, según hace la Sala de instancia, entre si el hecho enjuiciado se produjo o no en fase aguda o en fase comicial, pues de todas las maneras los diagnósticos nos muestran a una persona con enajenación profunda y, por ende, totalmente inimputable.

2.000<sup>393</sup>, de 13 de febrero de 1.999<sup>394</sup>-, *la paranoia* –STS de 4 de Julio de 2.001 –ponente Delgado García- (Ref. Iustel. 307457)<sup>395</sup> y la epilepsia o más concretamente la realización del hecho delictivo bajo lo que se denomina “*crisis epilépticas*”- STS de 12 de Mayo de 1.999 –ponente Bacigalupo Zapater- (Ref. Iustel. 218706)-

La moderna clasificación de las enfermedades mentales distingue entre psicosis, neurosis y trastornos de la personalidad.

Las enfermedades mentales clasificadas bajo la denominación de “*psicosis*” cuya característica común es que producen una alteración profunda de los procesos mentales, ya sean orgánicas o exógenas –en las que es posible identificar el elemento externo que afecta al cerebro: tumores, gérmenes, sustancias químicas,...etc- o endógenas –esquizofrenia, parafrenia, psicosis maniaco depresiva<sup>396</sup>, ...-, no deben plantear ningún problema en cuanto a la apreciación de la eximente completa una vez constatada la plena perturbación de las facultades mentales del abogado o procurador que las mismas han podido originar en el momento de la comisión del tipo penal.

En cuanto a las “*neurosis*”, caracterizadas por cuadros clínicos en los que se observa una personalidad especial que se traduce en manifestaciones patológicas concretadas en un desarrollo vivencial anormal, han sido excluidas generalmente por la

---

<sup>393</sup> STS de 20 de Noviembre de 2.000 –ponente Adolfo Prego de Oliver y Tolivar- (Ref. iustel 224911).

<sup>394</sup> STS de 13 de Febrero de 1.999 –ponente Bacigalupo Zapater- (Ref. iustel 224626).

<sup>395</sup> La STS de 4 de Julio de 2.001 declara que el trastorno paranoide de la personalidad no debe confundirse con la paranoia propiamente dicha, que constituye una verdadera enajenación en el sujeto, apta para excluir la responsabilidad criminal cuando el hecho delictivo se encuentra dentro del ámbito al que esa paranoia se refiere.

<sup>396</sup> Respecto de la psicosis maniaco depresiva la STS de 22 de Enero de 1.996 –ponente Martínez – Pereda Rodríguez- (Ref. Iustel. 258350): “La psicosis maniaco depresiva constituye una enfermedad que se caracteriza por fases maníacas y depresivas en la misma persona en distintos momentos de la vida, o sea por profundas y cíclicas oscilaciones del estado de ánimo y de la afectividad, conociéndose la por los nombres de locura bipolar o circular, si bien el más técnico y prevalente es el de psicosis maniaco depresiva, condicionada por factores endógenos, hereditarios y constitucionales. Suele responder de forma más favorable que otras psicosis a los tratamientos que previenen la aparición de las fases o condicionan que éstas sean mucho más cortas y de menos intensidad. Se ha dicho que constituye así mismo un paradigma de la locura que cuando se encuentra en actividad se dan las condiciones para ser estimada como una enajenación mental en el sentido jurídico del término, como profunda y duradera alteración de las facultades intelectivas y volitivas. Para valoración de la imputabilidad debe atenderse, a más de la presencia de la enfermedad, si el hecho ocurre en la fase activa o interfásica.”

Jurisprudencia del TS del ámbito de aplicación de la eximente completa de enajenación, admitiéndoseles sólo efectos de exención incompleta cuando van asociadas a otra enfermedad, y en ocasiones, se llega incluso a negárseles influencia alguna en la responsabilidad jurídico-penal.<sup>397</sup> A tal respecto podemos hacer mención entre otras de la STS de 24 de Mayo de 1.999 –ponente Martín Canivell- (Ref. Iustel. 221055) que dice de forma textual: “las neurosis están situadas en último lugar de gravedad entre las anomalías mentales, en la jurisprudencia se observa una marcada tendencia a no valorarlas como efecto disminuidor de la responsabilidad criminal, sobre todo si no afectan profundamente las estructuras mentales y volitivas del sujeto”.

Finalmente, y en lo que concierne a los *trastornos de la personalidad* y más concretamente las denominadas psicopatías, se les había venido negando la consideración de enfermedades mentales, y se consideraba que, a lo sumo, admitían la aplicación de la eximente incompleta de enajenación. Estimo que tal conclusión no es afortunada, el psicópata es una persona que ciertamente posee inteligencia y capacidad de comprensión normal pero que mantiene unos comportamientos muy anómalos, porque el trastorno que padece se orienta sobre todo hacia la afectación de la voluntad, razón por la cual, el psicópata es a mi juicio un enfermo mental, lo que comporta que puedan aparecer supuestos en los que sea factible la apreciación de la eximente completa del art. 20.1º.

Por lo que concierne a las oligofrenias, la idiocia –edad mental hasta cuatro años- es la que constituye claramente un supuesto de eximente completa, resulta difícil su apreciación en el supuesto de los abogados o procuradores pero no imposible, pensemos por ejemplo en el caso de que a consecuencia de un traumatismo craneo encefálico se causen unos daños irreversibles en el cerebro afectando al coeficiente mental del sujeto, como en conocido caso de ficción que relata la película norteamericana titulada “*A Propósito de Henry*”.

En relación al trastorno mental transitorio, en cuanto se trata de un proceso que tiene un comienzo brusco, una duración corta, que afecta total o parcialmente las funciones básicas de la imputabilidad y que sucede sobre una base patológica probada, es evidente

---

<sup>397</sup> MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F, L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”. Ob. Cit. Págs. 474-475.

que de concurrir en el momento de la acción delictiva y de afectar de forma total a las funciones aludidas conduce a la conclusión de inimputabilidad del abogado o procurador.

Otra causa de inimputabilidad se produce en los supuestos de *intoxicación plena* (art.20.2 CP) provocada por la ingesta por parte del abogado o procurador de sustancias tóxicas –bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos-, que provoquen en la práctica una anulación de sus facultades intelectivas y volitivas, y siempre y cuando, dicho estado de intoxicación no haya sido buscado deliberadamente por tales profesionales con el propósito de cometer el delito o hubiesen previsto o debido prever su comisión. La adicción a las sustancias tóxicas provoca con frecuencia en quien la padece un estado de necesidad compulsiva de las mismas, conocido como *síndrome de abstinencia*, que en sus fases de máxima intensidad puede provocar graves alteraciones en la conciencia y en la voluntad.<sup>398</sup>

A parte de las causas que excluyen la imputabilidad, el Código contiene otras eximentes que sin afectar a la imputabilidad excluyen la culpabilidad, de todas ellas MELÉNDEZ SÁNCHEZ<sup>399</sup> admite la posibilidad del miedo insuperable en el supuesto de amenaza de un mal inminente, real y efectivo para con el letrado, sus familiares e intereses, o el maltrato físico efectivo sobre los mismos. El fundamento de la misma se encontraría en la no exigibilidad de una conducta distinta de la realizada cuya apreciación exige que el abogado o procurador haya obrado impulsado por el miedo, es decir, que realice u omita un acto debido por miedo fundado de un mal efectivo, grave, inminente, debiendo rechazarse la exención de responsabilidad cuando simplemente hayan obrado impulsado por mera preocupación, susto, sobresalto o temor de desagradar a otras personas. Pero, además, el miedo ha de poder calificarse como insuperable, es decir, aquel que no hubiere podido dominar cualquier persona –criterio del hombre medio- colocada en el mismo contexto circunstancial y profesional en que se hallaba el abogado o procurador.

---

<sup>398</sup> En relación a los opiáceos para valorar la imputabilidad hay que tener en cuenta según la STS de 3 de Enero de 1.998 el estadio en que nos encontremos del síndrome de abstinencia, y, también la denominada reacción adversa de la heroína. En el caso de la cocaína, el cocainismo agudo y grave si va acompañado de fuertes alucinaciones se suele apreciar la inimputabilidad. Lo que va a marcar el grado de imputabilidad va a ser sobre todo el deterioro intelectual y la intensidad de los cuadros clínicos. Datos extraídos del manual de GISBERT CALABUIG, J, A; *Medicina legal y toxicología*. Barcelona. 2.000. Págs. 597 y ss.

<sup>399</sup> MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F, L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”. Ob. Cit. Págs. 474-475.

### III. EL ERROR DE PROHIBICIÓN

El error de prohibición se fundamenta en la falsa convicción por parte del sujeto activo del tipo de que la conducta que realiza no se encuentra prohibida por la Ley lo que genera en él la creencia de estar obrando en términos correctos de licitud. Es decir, considera que su proceder no es objeto de proscripción por el orden jurídico bien porque desconoce la existencia de la norma prohibitiva de la conducta, bien porque tiene una representación equivocada del alcance de la norma, bien porque aún sabiendo la existencia de la norma prohibitiva considera que las circunstancias en las que actúa fundamentan una causa de justificación que permite realizar la conducta en ese concreto supuesto o porque tiene una errónea creencia sobre los límites de la causa de justificación que realmente existe.

Las consecuencias de dicho error son las descritas en el art. 14.3 del CP cuando señala textualmente: “El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.”

La alegación de actuar bajo un error de prohibición vencible o invencible por parte del abogado o procurador que realiza el tipo de doble defensa o representación, o en su caso, de perjuicio a los intereses encomendados en el proceso es calificada por un sector mayoritario de los autores<sup>400</sup> como inviable o prácticamente nula y ello en base a que nos encontramos en presencia de profesionales del Derecho con una formación jurídica evidente. Resulta imposible que tales profesionales desconozcan la prohibición penal, deontológica y estatutaria de asesorar, defender o representar en un mismo asunto a quien ostenta intereses contrapuestos, de la misma forma que es altamente difícil que tanto abogados como procuradores no sean conocedores del hecho de que si no desempeñan correctamente la defensa o representación de los intereses que tienen encomendados en el proceso pueden resultar afectados los derechos y garantías que abarca el proceso debido, y

---

<sup>400</sup> Entre los que se incluyen: MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F, L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”. Ob. Cit. Pág.476; DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág.13-14; GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ob. Cit. Pág. 50; PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*, ob. Cit. Pág. 180.

por tanto, impedir o alterar gravemente el normal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Ahora bien, aún cuando resulta difícil la alegación y, aún más, la apreciación de un error de prohibición en el caso de profesionales del Derecho, considero factibles, que no probables, tal y como pone de manifiesto PEREZ DEL VALLE<sup>401</sup>, los errores del abogado o procurador en torno a una determinada interpretación jurídica de la contraposición de intereses o de la consideración del mismo asunto, así como los referidos a la extensión del deber de garante o a la permisividad del riesgo, errores que no excluyen el dolo –el abogado o procurador es consciente de la conducta que está realizando–, y que constituyen a mi juicio errores de subsunción con relevancia como error de prohibición desde luego vencible dada la cualificación profesional de los posibles sujetos activos. La apreciación de este tipo de error una vez probado con real fundamento no convierte a la conducta del abogado o procurador en imprudente, sino que abre la posibilidad de disminuir la culpabilidad permaneciendo la imputación dolosa, y consiguientemente, puede conducir a una reducción de la pena en uno o dos grados tanto en el supuesto del art. 467.1º como 2º.

En cualquier caso me adhiero plenamente a la opinión mayoritaria que estima prácticamente inviable la posibilidad de que prospere la existencia de un error de prohibición, y ello, en virtud de dos motivos fundamentales: por un lado, la condición de profesionales del mundo del Derecho de los sujetos activos; a lo que se añade por otro lado, los rigurosos requisitos establecidos por la práctica jurisprudencial para su apreciación. Tales requisitos son sistematizados por SERRANO BUTRAGUEÑO.<sup>402</sup>

1º.- Se excluye la posibilidad del error si se tiene conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad.(STS de 5 de Marzo de 1.999 –ponente Conde-Pumpido Tourián- Ref. Iustel 224357, STS de 7 de Octubre de 1.999 –ponente García-Calvo y Montiel- Ref. Iustel. 222653).

---

<sup>401</sup> PEREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión Penal”. Ob. Cit. Págs. 1.838-1839.

<sup>402</sup> SERRANO BUTRAGUEÑO. I (director) y OTROS; *Delitos contra la Administración de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 215

2º.- Quien pretenda la exculpación habrá de acreditar y probar su pretensión.(STS de 24 de Mayo de 1.996 –ponente Montero Fernández-Cid- Ref. Iustel.219057).

3º.- Valorar los condicionantes psicológicos y culturales, así como las posibilidades de recibir, o haber recibido, informaciones y asesoramientos adecuados sobre la materia, así como también la de acudir a medios que faciliten el conocimiento y la trascendencia de la acción. (STS de 15 de Abril de 1.996 –ponente Soto Nieto- Ref. Iustel. 258590).

4º.- Su invocación no es permisible en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente(STS 11 de Octubre de 1.996 –ponente de Vega Ruiz- Ref. Iustel 219322).

## IV .FORMAS ESPECIALES DE EJECUCIÓN.

### 1. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN: EL ITER CRIMINIS.

#### 1.1 LOS ACTOS PREPARATORIOS: CONSPIRACIÓN, PROPOSICIÓN Y PROVOCACIÓN PARA DELINQUIR.

En lo que concierne a los tipos de deslealtad tipificados en el art. 467 del CP, ningún planteamiento cabe efectuar respecto de la hipotética conspiración, proposición y provocación para delinquir dado que de conformidad con los art. 17 y 18 del CP<sup>403</sup> se trata de grados en la vida del delito, o sea, formas del delito imperfecto, que sólo serán castigados en aquellos casos en que así se determine expresamente para cada concreta figura de delito de los tipificados en la parte especial del Código.

#### 1.2 LA TENTATIVA.

Vamos a tratar por separado el tema de la tentativa según se trate de la doble defensa o representación, de la causación de un perjuicio doloso, o en su caso, imprudente a los intereses encomendados al abogado o procurador que interviene en un proceso.

Por lo que respecta a la figura penal descrita en el art. 467.1º, CONDE PUMPIDO y GARCÍA PLANAS<sup>404</sup> ponen de manifiesto la imposibilidad de castigar la tentativa en

---

<sup>403</sup> art. 17 CP: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos por la Ley”.

El art. 18 CP: “ 1.La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radio difusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante la concurrencia de personas, a la perpetración del delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier otro medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer el delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

<sup>404</sup> CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia*. Ob. Cit. Pág. 4366, y, GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ob. Cit. Pág. 47-48, en relación al anterior art. 361 del CPTR de 1.973 así lo manifestaba



cuanto que la doble defensa o representación se configura como un tipo de mera actividad, ya que en los delitos de estructura meramente formal o de actividad es inadecuada la incriminación de las formas imperfectas pues es imposible calificar de intentada v.g. una tenencia ilícita de armas, dado que la mera actividad consume el delito. Así mismo, PÉREZ CEPEDA<sup>405</sup> señala además de que para la mayoría de la doctrina que considera este tipo como de peligro abstracto para los intereses del cliente no es factible la punición de la tentativa dado que la consumación y las formas imperfectas de ejecución del delito coinciden en los delitos de peligro, es decir, la creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico, junto al dolo, conforma el contenido de la antijuricidad en los delitos de peligro y en la propia tentativa. Se adhieren a dicha posición entre otros autores GOYENA HUERTA<sup>406</sup> y DE DIEGO DÍEZ<sup>407</sup>.

No obstante, para aquel sector doctrinal y jurisprudencial que se ha esforzado en defender la necesidad de dotar al tipo de un contenido material propio, ya que, de entenderlo en un aspecto meramente formal nos encontraríamos con la imposibilidad de superar el ámbito de la infracción estrictamente deontológica, y en tal sentido entiende que no podía bastar el hecho de que un mismo abogado o procurador defienda o represente en un mismo asunto a dos personas con intereses contrapuestos, sino que, para que pudiera nacer el ilícito penal habría de producirse un efectivo perjuicio en los intereses de alguno de ambos clientes, y también para quienes consideran que no basta la mera aceptación por parte del abogado o procurador para la consumación del delito sino que además es preciso que hayan asumido un papel asuntivo y directivo en el asunto, es admisible la imputación del delito en grado de tentativa, y así el ofrecimiento por el abogado de sus servicios a la parte contraria, después de haber asesorado, defendido o representado al primer cliente sería punible en grado de tentativa, ya que de conformidad al art. 16.1<sup>408</sup> del CP supondría

---

considerando que los actos iniciales de intento de contactar con el cliente contrario para defenderlo, representarlo serían actos preparatorios impunes.

<sup>405</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 181.

<sup>406</sup> GOYENA HUERTA J (Hernández García, J; Grinda González, J, y, Muñoz Cuesta , J); *Los delitos contra la Administración de Justicia*. Ob. Cit. Pág. 293.

<sup>407</sup> DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág.18.

<sup>408</sup> El art. 16.1º C.P de 1.995: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

dar principio a la ejecución del delito directamente y por hechos exteriores, y lo mismo sucedería en el supuesto del procurador que simplemente hubiere aceptado la representación designada en el poder sin haber llegado a realizar ninguna gestión procesal.

Considero que tal y como aparece configurado el delito de doble defensa o representación en el tenor literal del art. 467.1º del CP -cuyo texto es inequívoco- no hay opción a la punición del mismo en grado de tentativa, y ello, con independencia de las críticas de que sea susceptible y de los esfuerzos para dotarlo de un contenido material a través de los criterios jurisprudenciales y doctrinales, su estructura es la de un tipo de mera actividad.

Distinta es la solución en lo que concierne a la causación dolosa del perjuicio a los intereses encomendados del art. 467.2º.1 CP, en esta modalidad son factibles las formas imperfectas de ejecución<sup>409</sup>, y por tanto resultan aplicables las reglas generales sobre el *iter criminis* establecidas en los arts. 15 y ss. del CP de 1.995. La tentativa requiere que el abogado o procurador de comienzo a la ejecución del delito mediante actos exteriores, directamente encaminados a su ejecución, y que supongan un peligro para el bien jurídico, como intentar pactar con quien ostenta intereses opuestos para perjudicar a su cliente sin lograrlo o el caso del cliente que descubre que su abogado no pagó la minuta del letrado de la parte contraria y realiza el pago para paralizar el procedimiento de apremio.

Para finalizar, en lo que se refiere a la modalidad imprudente del art. 467.2.2, al igual que todos los tipos imprudentes, no es susceptible de formas imperfectas. Para que exista tentativa es requisito *sine qua non* la intención de cometer el delito a cuya consumación se tiende; por eso, no se admite la tentativa en los delitos imprudentes en los que es indispensable el daño real desvinculado en relación con el propósito inicial.

---

<sup>409</sup> SERRANO PIEDECASAS J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”.Ob. Cit. Pág. 423-424; PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 214; GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ob. Cit. Págs. 47-48. DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág.22.

## 2. PROBLEMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

En la gran mayoría de los casos las figuras delictivas recogidas en el art. 467 del CP aparecen configuradas como actos individuales, lo cual no impide que en su ejecución puedan intervenir diversas personas. Cuando el delito es producto de la actividad concurrente de diferentes personas se plantea por un lado la cuestión de determinar la naturaleza material de la aportación al delito de cada uno de los concurrentes<sup>410</sup>; y, por otro lado, la cuestión del tipo de responsabilidad criminal contraída por ellos<sup>411</sup>. Ahora bien, la configuración de las deslealtades profesionales de abogados y procuradores como delitos especiales propios plantea, además, complejos problemas de autoría y participación cuya problemática es connatural a las infracciones penales de estas características.

Con carácter general, el art. 28 del CP de 1.995 nos dice que son autores quienes realizan el hecho por sí solos (*autores directos*), conjuntamente (*coautores*) o por medio de otro del que se sirven como instrumento (*autores mediatos*). También serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo (*inductores*) y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado (*cooperadores necesarios*). Determinados a grandes rasgos los supuestos en los que la concurrencia de una o varias personas a un delito genera responsabilidad criminal, procede centrarnos en las peculiaridades propias de las deslealtades profesionales del art. 467 del CP.

### 2.1 Autoría directa

En cuanto delitos especiales, las conductas tipificadas en el artículo 467 del CP vienen marcadas por la condición especial del sujeto autor del delito, en tal sentido, la autoría directa se circunscribe al abogado o procurador que reuniendo todos los requisitos exigidos por la legislación correspondiente para el ejercicio de su profesión, hallándose convenientemente colegiado, y, finalmente, encontrándose vinculado por una relación clientelar con los intervinientes en el proceso o al menos con uno de ellos –según los supuestos-, realiza por sí mismo y directamente la doble defensa o representación de

---

<sup>410</sup> Es decir, en determinar si nos encontramos ante un supuesto de autoría o participación, según que la aportación del concurrente consista en la realización directa de la conducta punible, o, en la colaboración indirecta en un hecho ajeno.

<sup>411</sup> El art. 27 del CP afirma que: “son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”.

quienes en un mismo asunto ostentan intereses contrapuestos, o en su caso, ocasiona por acción u omisión un perjuicio doloso o imprudente a los intereses que como tal profesional tiene encomendados en el marco del proceso.

### 2.1 Coautoría

Desde la perspectiva, a mi juicio más atinada, de considerar la coautoría como un supuesto de autoría directa colectiva<sup>412</sup> es evidente que no puede ser coautor quien no puede ser un autor idóneo<sup>413</sup>, es decir, quien no reúne la cualificación requerida para ser autor en los términos que acabamos de exponer en el apartado correspondiente a la autoría directa. Tal posición lleva de forma inexorable a negar la posibilidad de la coautoría entre un sujeto cualificado –*intráneus*- y un sujeto no cualificado –*extráneus*-, dado que éste último jamás pudo infringir el deber que desde la perspectiva de los profesionales de la postulación procesal exige la norma penal. Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tengan varias personas, y es evidente, a todas luces, que una persona ajena al círculo de sujetos que poseen las condiciones o cualidades legalmente exigidas para ser autores nunca alcanzaría tal dominio del hecho. Ahora bien, lo manifestado no significa, en modo alguno, la impunidad de la conducta achacable al *extráneus*, sino que la misma podrá serle atribuida a título de inducción, cooperación necesaria, o complicidad en atención a su contribución al hecho como veremos más adelante.

Distinta perspectiva plantea, sin embargo, la coautoría entre *intráneus*, tanto en el supuesto en que cada uno de éstos hayan realizado todos y cada uno de los hechos tipificados por el artículo 467 para cada tipo de deslealtad contemplado en el mismo, como en aquellos otros casos en los que se haya producido entre ellos un reparto de papeles siempre que hubieran pactado o convenido la doble defensa o representación, o el perjuicio a los intereses encomendados, y con conciencia de la ilicitud de lo pactado hayan realizado actos de carácter “nuclear o principal del tipo”.

---

<sup>412</sup> Ya sea el caso de que todos los intervinientes hayan realizado todos los hechos tipificados por la norma, o aquellos otros casos en que entre ellos se haya producido un reparto de papeles.

<sup>413</sup> ALARCÓN HERRERA, F; “De las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas”. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Ministerio de justicia*. 1.998. Pág. 272.

Con relación al delito de *dobles defensas*, estimo que es factible la coautoría entre abogados que, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ejercen colectivamente la abogacía, dado que los socios de tal agrupación profesional –únicamente abogados en ejercicio- no pueden tener despacho independiente debiendo dejar constancia de que pertenecen a un colectivo, emitiendo además las minutas en nombre del grupo profesional, y pudiendo solicitar del colegio la facturación colectiva para los turnos de oficio y asistencia al detenido. Pero es más, tal y como proclama el vigente EGA, sobre los abogados que pertenecen a un despacho en el que se ejerce colectivamente la abogacía pesa la prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos. En consecuencia, si un abogado perteneciente a la agrupación o sociedad dedicado al ejercicio colectivo de la abogacía asesora, ha asesorado o defiende a un determinado sujeto en un concreto asunto, y otro letrado de esa misma sociedad asume la defensa de quien en el mismo asunto ostenta intereses contrapuestos se produciría un claro supuesto de coautoría.<sup>414</sup>

Sin embargo, no cabe a mi juicio la coautoría entre abogados integrantes de agrupaciones creadas con la finalidad de compartir gastos y cada uno de sus miembros minuta individualmente, dado que como pone de manifiesto el EGA este tipo de asociación no es profesional puesto que lo que constituye es una entidad con personalidad jurídica o no, para prestar servicios a distintos abogados que ejercen la profesión de forma individual, sin perjuicio, de que la posible defensa por los abogados que comparten un despacho de esas características a quienes en un mismo asunto detentan intereses contrapuestos pueda ser en cierto modo reprochable desde el punto de vista ético. En tal sentido podemos acudir a la STS de 26 de Noviembre de 1999 –ponente García Ancos-, (Ref. 4639, La Ley-LEG. 3996/95) que señala: “La prueba documental, en el caso, sólo demuestra, como máximo, que los dos abogados tuvieron sus despachos dentro de un mismo edificio, pero no que estuvieran en connivencia para defender conjuntamente a las mismas personas, ni que, por ende, sirviendo a unos en la defensa, dejarán de proporcionar esa defensa a la contraparte, pues una cosa es que uno de los letrados se traslade al mismo edificio, para una mayor comodidad o para evitar gastos, y otra muy distinta que ambos estuvieran puestos de acuerdo en la defensa de algún cliente en perjuicio de otro”.

---

<sup>414</sup> Así lo entiende también BENITEZ ORTÚZAR, I, F; *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*. Ob. Cit. Págs. 218-219.

PÉREZ CEPEDA<sup>415</sup> señala que la coautoría entre dos abogados para cometer un delito de doble defensa puede producirse cuando éstos se ponen de acuerdo con una de las partes para que uno de ellos asesore o defienda a un litigante y el otro defienda al litigante contrario con la finalidad por ambos letrados de favorecer una de las partes. Disiento de que tal supuesto constituya un caso de coautoría en una doble defensa, en primer lugar porque considero que más que una doble defensa estaríamos en presencia del tipo previsto en el art. 467.2.1, y en segundo lugar, a menos que ambos letrados pertenezcan a un despacho de ejercicio colectivo de la abogacía, le faltará al menos a uno de los letrados el requisito del doble vínculo clientelar.

Por lo que respecta a los procuradores también su EGP –art. 31- permite el ejercicio colectivo de la representación determinando el art. 32 de dicho Estatuto que los procuradores que ejerzan de forma colectiva la procuraduría no podrán asumir en ningún caso, la representación de aquellos litigantes que tengan posiciones contrapuestas o cuando adviertan que existe o puede producirse conflicto de intereses entre sus representados. No observo pues inconveniente alguno para apreciar la coautoría al asumir dos procuradores que ejerzan colectivamente su profesión en una misma asociación la representación de quienes en un mismo asunto tienen intereses contrapuestos.

Por otro lado, las abiertas facultades de sustitución que se conceden a abogados y procuradores puede constituir así mismo campo abonado para la coautoría en las conductas de doble defensa o representación. Pensemos, por ejemplo, en el procurador o el letrado que sustituye a un colega en determinadas actuaciones procesales llevadas a cabo en la primera instancia, o en la fase declarativa, o en la fase de instrucción, y después realiza también en virtud de sustitución o por designación directa del cliente actuaciones en la segunda instancia, fase ejecutiva o en la fase de juicio en representación o defensa de la contraparte.

En relación a la figura del *perjuicio doloso a los intereses encomendados*, caben tres posibilidades de coautoría: entre abogados, entre procuradores, y coautoría entre abogados y procuradores.

---

<sup>415</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Págs. 106-107.

Se apreciará la coautoría entre abogados cuando la defensa se encomienda conjuntamente a dos o más abogados y todos ellos contribuyen a la realización de la conducta típica del art. 467.2º, en tal sentido podemos mencionar la S AP de Valencia de 19 de junio de 2.002 –ponente Ferrer Gutiérrez- (BDAP 390229/2003) que condena a título de autores a dos letrados a los que el cliente encomienda la defensa de sus intereses otorgándoles poder general para pleitos en el que de forma específica se les apoderaba para intervenir en el expediente y se les facultaba concretamente para transigir, finiquitar, cobrar, negociar, aceptar, liquidar y renunciar. Entre los hechos probados la Sentencia dice que: “ambos acusados dirigen el despacho, gestionándolo en un plano de igualdad, habiendo llevado indistintamente la gestión del asunto en sus diferentes fases, con pleno conocimiento en todo momento de su situación.”; finalmente el fundamento de Derecho 3º señala: “en aplicación de los artículos 27 y 28 CP, cabe considerar como criminalmente responsable en concepto de autor a ambos acusados, ya que aunque no negamos que pueda resultar imposible concretar hasta qué extremo cada uno de los acusados, efectuó cada concreto acto de actuación, o cada concreta conversación o llamada, es evidente que ambos tuvieron en pleno conocimiento y dominio del hecho actuando de común acuerdo y con idéntica finalidad.” Así mismo, la S AP de Valladolid nº 42/2004 (sección 2ª), de 9 de Febrero –ponente Fernando Pizarro García- (JUR 2004/82173) recoge un supuesto de coautoría de dos letrados por entender que ambos recibieron el encargo de la clienta.

También es posible la coautoría entre abogados en los supuestos de sustitución entre ellos, siempre y cuando todos hayan contribuido a la realización de la conducta típica descrita en el art. 467.2º, teniendo pleno conocimiento y el dominio del hecho.

En lo que concierne a la coautoría entre procuradores nos lleva a plantearnos el tema de la co-representación, a tal respecto deben diferenciarse a mi juicio dos situaciones:

- por un lado, la co-representación sucesiva en el mismo proceso de varios procuradores; supuesto en el cual entiendo que no cabe la coautoría dado que cesa el procurador inicialmente actuante por la revocación expresa o tácita del poder, y se entiende revocado el poder por el nombramiento posterior de otro procurador que se haya personado en el mismo negocio, en consecuencia el acuerdo entre el primer procurador y el nombrado con posterioridad para perjudicar los intereses que les fueran encomendados nunca podría calificarse de

coautoría pues a uno de ellos le faltaría la cualificación necesaria para ser reputado autor que se concreta en la existencia de una relación clientelar procurador-parte vigente en el momento de la causación del perjuicio.

- Por otro lado, la co-representación simultánea; la actuación simultánea de varios procuradores en representación de una sola de las partes no ha sido una cuestión demasiado atendida por la doctrina, a tal respecto el Ministerio de Justicia publicó un artículo rubricado “*La co-representación en el Derecho español*”<sup>416</sup> en cuyas conclusiones se reconoce que la co-representación simultánea es una figura no usada en la práctica procesal diaria pero perfectamente posible y útil en determinados supuestos. Sin perjuicio de la polémica que pueda suscitar la admisión en nuestro Derecho de la co-representación simultánea en el proceso de dos o más procuradores y de los argumentos a favor y en contra de la misma, lo cierto es que de admitirse tal figura se dejaría abierta la posibilidad de la coautoría entre procuradores a los efectos del art. 467.2.

Para finalizar con el tratamiento de la coautoría BENÍTEZ ORTÚZAR<sup>417</sup>, considera que el acuerdo entre el abogado y el procurador no permite hablar de coautoría sino que al ser distintas e incompatibles entre sí las actuaciones procesales de ambos profesionales dará lugar a dos autorías distintas de dos delitos diferentes. Discrepo de tal opinión, estimo que cuando el perjuicio a los intereses encomendados es atribuible al acuerdo entre abogado y procurador actuantes en un mismo asunto, y ambos conscientes de la ilicitud de lo pactado realizan actos de carácter nuclear del tipo serían responsables del delito a título de coautores, la diferente naturaleza de la actuación profesional no determinaría en el supuesto planteado la existencia de dos delitos si para la producción del perjuicio las acciones de ambos profesionales han ido encaminadas al mismo resultado, con identidad de sujeto pasivo, y bien jurídico lesionado.

### 2.3 Autoría mediata

---

<sup>416</sup> BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA num. 1.851-1.852 de 1 de Septiembre de 2.000.

<sup>417</sup> BENITEZ ORTÚZAR, I, F; *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*. Ob. Cit. Pág. 218-219.



Estaríamos ante el supuesto del abogado o procurador que se vale de otra persona, bien obligándola mediante fuerza física irresistible, bien valiéndose de su desconocimiento del hecho para realizar la doble defensa o representación en un mismo asunto de quienes detentan intereses contrapuestos, o para perjudicar los intereses encomendados dentro del proceso en su condición de defensores o representantes de uno de los intervinientes en el mismo. Con carácter general, en los delitos especiales propios, como el que nos ocupa, el sujeto cualificado –abogado o procurador-, podrá si el hecho lo permite, valerse de un no cualificado –extráneos- como instrumento para realizar el tipo, mientras que lo contrario resulta inadmisibile.

¿Qué opina la doctrina científica sobre la posibilidad de la autoría mediata en los tipos penales que nos ocupan?; autores como CALVO RUBIO<sup>418</sup> o GARCÍA PLANAS<sup>419</sup> rechazan la posibilidad de la autoría mediata en estos delitos de deslealtad profesional, CONDE PUMPIDO<sup>420</sup> en el supuesto del art. 467.1 considera que no cabe la autoría mediata pues el deber sólo puede infringirlo quien tiene la cualidad profesional requerida, en la misma línea, DE DIEGO DÍEZ<sup>421</sup> excluye, con buen criterio, la autoría mediata de un extráneos, y GOYENA HUERTA<sup>422</sup> estima que son posibles los casos de autoría mediata, realizados por personas en quienes no concurre la condición de abogado o procurador, por ejemplo: sus empleados, o incluso a través de otros abogados o procuradores.

Estimo que en los delitos especiales propios no puede ser autor mediato quien no puede ser autor directo. Por tanto, debe negarse la posibilidad de la autoría mediata del extráneos. Ahora bien, el instrumento del autor mediato en el supuesto de la doble defensa o representación únicamente puede ser alguien que reúna los requisitos exigidos para ser sujeto activo del delito y ello por la propia naturaleza del tipo penal, mientras que en el

---

<sup>418</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, J. A; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”. Ob. Cit. Pág. 495.

<sup>419</sup> GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”. Ob. Cit. Pág.47-48.

<sup>420</sup> CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia*. Ob. Cit. Pág. 4366.

<sup>421</sup> DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*, Colección Jurisprudencia Práctica. OB. Cit. Pág. 13.

<sup>422</sup> GOYENA HUERTA J(Hernández García, J; Grinda González, J, y, Muñoz Cuesta , J); *Los delitos contra la Administración...*Ob. cit. Pág. 145.

caso de la modalidad del art. 467.2 podrá serlo tanto un sujeto cualificado como un no cualificado.

PEREZ CEPEDA<sup>423</sup> plantea diversos supuestos a análisis:

En primer término se suscita el supuesto del “abogado interpuesto”, en la figura de la doble defensa, para ello se plantea el caso del abogado que ha asesorado previamente a una de las partes y que se sirve de otro abogado para que defienda a la parte contraria. Para este supuesto lo más acertado es considerar conforme al principio de legalidad que la conducta de los letrados es impune, sin perjuicio de que el primer letrado pudiera incurrir en delito de revelación de secretos del art. 199.2 del CP. Para extender la responsabilidad al abogado interpuesto y dar cobertura a la laguna de punibilidad planteada habría que introducir en el tipo penal el castigo expreso de la doble defensa o representación mediante abogado interpuesto.

En el supuesto del perjuicio del art. 467.2º.1 y 2, es posible apreciar la autoría mediata omisiva en el supuesto del abogado que utiliza la colaboración de otro para la defensa del cliente sin darle dolosa o imprudentemente datos trascendentes que posee para la defensa del asunto, y como consecuencia de ello, el segundo abogado que desconoce la situación, actúa erróneamente y no solicita las pruebas que manifiestamente hubieran conducido a la estimación de la demanda, o el caso del procurador que dolosa o imprudentemente no informa al letrado director del asunto sobre el plazo para interponer un recurso que hubiese prosperado con toda probabilidad, tal omisión del procurador es determinante de la falta de actuación del abogado. El autor mediato sería el procurador, y el abogado sería el instrumento doloso de aquel.

Pero también caben otros supuestos de autoría mediata en la deslealtad profesional del art. 467.2, como el caso del abogado titular de una firma que encarga un asunto a uno de sus pasantes ordenándole actuar de forma que perjudique los intereses encomendados por el cliente en el proceso bajo la amenaza de perder su puesto de trabajo en caso de no realizar lo ordenado, en tal supuesto el abogado titular sería autor mediato.

---

<sup>423</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. cit. Págs. 103 y ss.

#### *2.4 Participación: inducción y cooperación necesaria. Complicidad.*

Son múltiples las soluciones que se han arbitrado ante la problemática de la participación en los delitos especiales. Con carácter general es posible afirmar que la admisión de la participación en estos tipos delictivos es el denominador común, si bien el principal escollo se halla en el análisis de la responsabilidad del partícipe. Así, en los delitos especiales propios la responsabilidad del partícipe no cualificado se articulará a partir de la figura del delito realizada por el autor principal.

Por lo que respecta a las deslealtades profesionales de abogados y procuradores se aplican las reglas generales respecto de la participación en los delitos especiales propios, no existiendo problemas en admitir la inducción y la cooperación necesaria tanto del intráneos como del extráneos, según que la participación en el hecho delictivo consista en determinar al abogado o procurador a la realización del hecho antijurídico integrante del tipo de delito, o contribuya a la ejecución del tipo por medio de una actividad necesaria para su perpetración en tal forma que sin ella la infracción punible no se hubiera podido llevar a término. Sin descartar la posibilidad de la complicidad de quienes cooperen a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, pero cuya contribución -a diferencia de la del cooperador necesario- no sea imprescindible en orden a la realización del delito sino que influye únicamente sobre los accidentes y modalidades de la acción. Resulta obvio que en la modalidad imprudente no caben en modo alguno las formas de participación.

A título ejemplo podemos proponer el caso del abogado que encarga a su pasante la defensa de un cliente ordenándole que actúe de manera irregular ante los Tribunales con el propósito de que se desestime su petición, en tal supuesto, el abogado sería inductor y el pasante autor directo de deslealtad profesional del art. 467.2, dado que aunque el pasante es un subordinado, no está obligado a realizar una orden contraria a Derecho.

## V. SITUACIONES CONCURSALES

El fenómeno concursal presupone la concurrencia de una pluralidad de infracciones penales con unidad de sujeto activo. Tal fenómeno puede desencadenarse como consecuencia de diversas acciones que llevadas a cabo por el abogado o procurador y encaminadas a distintos fines originan una pluralidad de delitos (*concurso real*), o bien como consecuencia de una sola acción del abogado o procurador de la que dimanen dos o más delitos (*concurso ideal*). Igualmente, puede ocurrir que los hechos a enjuiciar sean susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del CP (*concurso de disposiciones penales o concurso aparente de leyes*), posibilidad que, en cualquier caso, debe encontrar resolución por la vía que previene el art 8 del C.P.<sup>424</sup>

La primera tarea del análisis jurídico del caso concreto requiere pues, concretar si nos encontramos ante una unidad o pluralidad de hechos cometidos por el abogado o procurador en aras a precisar la clase de concurso ante el que nos encontramos, dado que el régimen de punición será diferente según caso.

En lo que respecta al concurso real de delitos al venir definido por una pluralidad de acciones y resultados no genera grandes problemas técnico-jurídicos, en cualquier caso, la principal dificultad se circunscribe a decidir el castigo a imponer. Nuestro CP se decanta por el principio de acumulación material, que consiste en sumar las penas correspondientes a cada uno de los hechos punibles, aunque con importantes limitaciones propias del sistema de acumulación jurídica, que busca matizar la excesiva severidad del criterio de acumulación material buscando una línea intermedia entre la mera suma de penas y la absorción de la pena o penas menores por las más graves, para lo cual propugna la suma de todas las penas, para hacer después una reducción o la imposición de

---

<sup>424</sup> Para la resolución de los conflictos originados a la hora de elegir el precepto penal aplicable para la calificación de un hecho la doctrina había acuñado varios principios, cuya aplicabilidad adquirió carta de naturaleza en nuestro Derecho positivo a través del art. 8 del vigente CP de 1.995. Dicho precepto dispone: “los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1º.- el precepto especial se aplicará con preferencia al general.; 2º.- el precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible; 3º.- el precepto penal más amplio o complejo absolverá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel; 4º.- en defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”

la pena correspondiente al delito más grave, haciéndola objeto de una agravación. La regulación se halla contenida en los artículos 73, 75, 76, y 78 del CP.

El caso del concurso ideal, en el que una sola acción viola varias normas y ofende distintos bienes jurídicos, de la misma -concurso homogéneo- o de diversa naturaleza -concurso heterogéneo-, encuentra su tratamiento punitivo en el artículo 77 del CP<sup>425</sup> que establece una regla general y otra subsidiaria de la primera. La regla general está fundamentada en el principio de exasperación -se impone la pena de uno sólo de los delitos, pero haciéndola objeto de agravación-, señalándose que se impondrá la pena en su mitad superior. La segunda regla o regla subsidiaria se apoya en el principio de acumulación material y se aplica cuando la pena única agravada exceda de la suma formada por las que pudieran imponerse penando separadamente cada delito. En este caso se penan los delitos por separado.

En definitiva, cuando la deslealtad profesional concurre o adopta formulaciones típicas previstas en otros tipos delictivos deberá acudir al concurso correspondiente con sus consiguientes consecuencias penológicas. Ninguna dificultad especial se plantea en cuanto a la apreciación del concurso real y el concurso medial de delitos, siendo frecuentes los concursos reales con delitos contra el patrimonio – especialmente apropiación indebida-, revelación de secretos del art. 199 del CP, falsedades,..etc.

Más polémica es la apreciación del concurso en el caso de que una sola acción del abogado o procurador sea la que desencadene varias infracciones, como, por ejemplo, cuando el abogado o procurador engañan al cliente, alteran documentos, se apropian de dinero,..etc, la doctrina Jurisprudencial, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante, no ha adoptado un criterio uniforme o constante, acogiendo sólo

---

<sup>425</sup> El art. 77 C.P señala: “lo dispuesto en los artículos anteriores (es decir, los referentes al concurso real), no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra. En estos casos, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penasen separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.”

esporádicamente la situación concursal e inclinándose la mayoría de los casos por soluciones unilaterales a favor de una u otra figura delictiva<sup>426</sup>.

Con carácter general, si con la actuación desleal se lesionan o ponen en peligro intereses individuales de los particulares se producirá un concurso ideal con el delito de lesión o puesta en peligro de ese bien jurídico individual. Tales situaciones concursales se producirán normalmente con el tipo del art. 467.2 del CP, y no con el del apartado primero. No obstante, a continuación vamos a tratar las situaciones concursales tanto en uno como en otro apartado del art. 467 del CP.

#### 1. SITUACIONES CONCURSALES EN RELACIÓN AL ART. 467.1º DEL CP

En lo que concierne al concurso ideal de delitos, el TS en Sentencia de 11 de Mayo de 1989 (RJ 1989, 4953), se cuestionó la posibilidad del concurso con la estafa, pero la desechó al estimar que el engaño es un elemento normal del delito de doble defensa o representación, ya que si éste consiste *“en el aprovechamiento de la cualidad de abogado defensor de una de las partes para defender a la contraria, tal mendaz actuación está comprendida en el delito del artículo 361, sin posibilidad alguna de ser desdoblada en dos actos distintos y aplicada a dos tipos delictivos tan diferentes”*<sup>427</sup>. A tales argumentos PEREZ CEPEDA<sup>428</sup> añade la dificultad de constatar en tales supuestos el resto de los requisitos que integran el tipo de la estafa en el supuesto de la doble defensa o representación.

Si con la conducta de doble defensa o representación hipotéticamente se produjere la lesión o puesta en peligro de intereses individuales de particulares o de otros bienes jurídicos objeto de protección penal, se producirá un concurso ideal con el delito que tipificara la lesión o puesta en peligro del concreto bien jurídico individual o de cualquier otra clase de que se viese afectado. Ahora bien, la realización de las conductas de doble defensa o representación entorpecen directamente el normal desarrollo del proceso, en cuanto que, conculcan el principio de contradicción, y vulneran fundamentalmente el

---

<sup>426</sup> FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo...”. Ob. Cit. Pág.776.

<sup>427</sup> DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 19.

<sup>428</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. cit. Págs. 182.

derecho de defensa de la persona “traicionada” por uno de estos profesionales, por tanto, es evidente que la satisfacción de los intereses de ésta a través del proceso pueden peligrar o verse perjudicados como consecuencia del atentado o puesta en peligro del derecho de defensa, pero dicho perjuicio no deja de ser más que una de las consecuencias necesarias para dotar de verdadero contenido material al tipo del art. 467.1º del CP, que deben entenderse inherentes al mismo, al igual que sucede con relación al engaño en el supuesto ya examinado de la estafa. A mi juicio no cabe confundir estas últimas repercusiones con otras consecuencias lesivas a bienes jurídicos tutelados penalmente y que se causen con ocasión del tipo de doble defensa o representación.

Por lo que respecta a las situaciones concursales que puedan plantearse entre los párrafos primero y segundo del art. 467 hay que partir, a fin de clarificar el tema, de que el bien jurídico protegido en uno y otro párrafo es el mismo y único, es decir, el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y no los intereses particulares de los clientes. Resulta patente que en el caso del art. 467.1º se castiga la distorsión que la doble defensa o representación presupone para un normal o correcto desarrollo del proceso con todas las garantías, y es evidente, además, que esa conducta conlleva como mínimo un peligro para los intereses que el abogado o procurador tienen encomendados, peligro que resulta inherente al propio tipo del art. 467.1º, si ese peligro se materializa en un perjuicio efectivo para los referidos intereses nos encontraríamos, a mi juicio, ante un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.2 del CP es decir, conforme al principio de subsidiariedad, quedando el delito del art. 467.1º desplazado por el previsto en el párrafo 2º, al describir este último un estadio más grave de violación del mismo bien jurídico.

PÉREZ CEPEDA<sup>429</sup> considera que concurre un concurso de normas que deberá resolverse conforme al principio de consunción –art. 8.3-, dado que aunque sostiene que la doble defensa o representación es un delito de mera actividad y el perjuicio no es un requisito del tipo, lo normal es que el perjuicio acompañe a la doble defensa o representación, por tanto, el delito de doble defensa o representación queda consumido por el perjuicio para el cliente del art. 467.2º del CP siendo castigado sólo por éste último, ya

---

<sup>429</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. cit. Págs. 182 y 183.

que el legislador lo conmina con pena más grave que el hecho de la doble defensa o representación.

Por su parte, BENITEZ ORTÚZAR<sup>430</sup> opina que cuando la conducta de doble defensa o representación se haga con la intención de perjudicar al cliente originario –o, en su caso, al segundo- estaremos ante un concurso de normas penales, siendo el tipo del art. 467.2º aplicable, por exigir el perjuicio a los intereses que le fueren encomendados al abogado o procurador y prever una pena más grave. Respecto de ésta última opinión quiero mostrar mi absoluto desacuerdo dado que “la mera intención” no es susceptible de castigo, ya que las intenciones constituyen la fase interna en la vida del delito, son momentos que quedan en la mente del autor y su impunidad ha sido reconocida universalmente y plasmada en aforismos clásicos -“*cogitationis poenam nemo partitur*”- Digesto- y en máximas de difusión general -“*El pensamiento no delinque*”-.

## 2. SITUACIONES CONCURSALES EN RELACIÓN CON EL ART. 467 DEL CP

En primer lugar, ha de determinarse si existe unidad o pluralidad de hechos a fin de identificar el tipo de concurso de que se trate. Cabe la posibilidad de concursos reales normalmente, según CALVO-RUBIO BURGOS<sup>431</sup>, con otros delitos como estafa, apropiación indebida, revelación de secretos, falsedad documental...etc, a resolver por las normas correspondientes a éste tipo de concursos y previstas en la parte general del CP.

*¿Qué sucede cuando un mismo hecho del abogado o procurador constituya dos o más delitos?*

En primer término debe estimarse incorrecta cualquier solución a esta situación a través del concurso aparente de normas, y ello en virtud de que el único bien jurídico defendido por el tipo es el “*correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia*” y no el interés particular del cliente. Por tanto, si el perjuicio

---

<sup>430</sup> BENITEZ ORTÚZAR, I. F; *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*. Ob. Cit. Pág. 227.

<sup>431</sup> CALVO-RUBIO BURGOS, J. A; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”. Ob. Cit. Pág. 495.



ocasionado con la acción u omisión del abogado o procurador lesiona al mismo tiempo el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, y un interés particular del cliente digno de tutela penal, el contenido global del injusto como señala FELIP I SABORIT<sup>432</sup> solamente podrá ser aprehendido por dos delitos conjuntamente. Entre los autores que rechazan la apreciación del concurso aparente de normas se sitúa PÉREZ CEPEDA<sup>433</sup> quien resalta como tal solución conduce paradójicamente a castigar con pena menor o igual al abogado o procurador que dolosamente, se apropia de una cantidad de dinero, altera documentos, engaña a su cliente durante su actuación profesional en el curso de un proceso,...etc, que la que se impondría al particular que perpetra tal conducta, también DE DIEGO DIEZ<sup>434</sup> califica dicha solución de “privilegio inexplicable”, y en análogo sentido se pronuncia MAGALDI PATERNOSTRO<sup>435</sup>. La solución, según mi modesto entender debe de encauzarse a través de las normas que regulan el juego del concurso ideal de delitos.

Bajo la regulación del art. 360 la excesiva atención sobre la lesión concreta de un interés individual del cliente en combinación con una formulación típica tan imprecisa como la que representa el término “perjudicar” centrándose el desvalor típico en la relación *inter partes*, justificaba, hasta cierto punto, las oscilaciones jurisprudenciales en lo que a las situaciones concursales se refiere. El ejemplo más palpable de lo que acabo de afirmar se producía en el caso de la apropiación indebida, así la apropiación por el abogado o procurador de cantidades entregadas por o para el cliente, en algunas ocasiones se castigaba exclusivamente como apropiación indebida<sup>436</sup>, en otras ocasiones se castigaba sólo por prevaricación<sup>437</sup>, y en los supuestos más excepcionales se apreciaban ambos

---

<sup>432</sup> FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992)”.Ob. Cit. Pág.783.

<sup>433</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. cit. Págs. 214 – 215.

<sup>434</sup> DE DIEGO DÍEZ, L .A : “La prevaricación de abogado y procurador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*. Ob. Cit. Pág. 22.

<sup>435</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J: “La Prevaricación de Abogado y Procurador (análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los Funcionarios Públicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid. Pág. 123.

<sup>436</sup> V. SSTS 16 de Marzo 1957 (A. 907), 4 de Febrero 1971 (A. 483) , 31 de Mayo 1977 (A. 14776), 29 de Enero de 1.990 (A. 529), 22 de Febrero de 1990 (A. 2966) y 25 de Febrero de 1991 (A. 1424).

<sup>437</sup> V. SSTS 31 de Enero de 1970 (A. 806), 11 de Abril de 1977 (A. 1584), y 30 de Octubre de 1980 (A. 3942).

delitos<sup>438</sup>. Para solucionar la situación FELIP I SABORIT<sup>439</sup> propugnaba una nueva formulación del bien jurídico protegido.

La actual redacción y ubicación del art. 467.2º del CP no parece haber homogeneizado las posturas Jurisprudenciales, así si atendemos al examen de los más recientes pronunciamientos podemos encontrar:

1.- En la mayoría de las Sentencias se castiga exclusivamente por la deslealtad profesional, en este sentido podemos mencionar: la STS de 31 de Mayo de 1.999 –ponente Jiménez Villarejo- (RJ Aranzadi 1999/3568) castiga por un delito de deslealtad profesional por imprudencia grave al abogado que perjudica de forma manifiesta los intereses encomendados al optar por un procedimiento equivocando, negociando una cantidad lesiva para sus clientes y reteniendo durante largo tiempo dinero que debía entregar a los mismos; la S A.P de Valencia (sección 1ª) de 19 de Junio de 2.002 –ponente Ferrer Gutiérrez- (BDAP 390229/2003) niega la existencia de apropiación indebida, con el argumento de que no ha habido una efectiva apropiación sino sólo una retención temporal indebida censurable, y condena por deslealtad del art. 467.2 en el supuesto de dos abogados que en representación de los herederos de un fallecido a consecuencia de un atropello perciben extrajudicialmente de la Cía. de seguros 4.000.000 de pesetas, firmando un documento por el que renunciaban en nombre de sus clientes a cualquier acción derivada del accidente presentando un escrito en el Juicio de Faltas correspondiente en tal sentido y motivando el archivo de las actuaciones. Pese a la percepción efectiva de dicha cantidad, los letrados so pretexto de una difícil comunicación con sus clientes retuvieron la indemnización en su poder; la STS de 5 de Febrero de 2.002 –ponente Ramos Gancedo- (Actualidad Jurídica Aranzadi nº 525, pág. 6 Ref. 525/3) condena igualmente por un delito de deslealtad del art. 467.2 y absuelve por apropiación indebida al abogado que cobra una

---

<sup>438</sup> V. STS de 27 de Noviembre de 1950 (A. 1721), en el caso de un procurador que recibe dinero para enervar una acción de desahucio mediante la consignación de unos alquileres, no lo hizo dando lugar a una sentencia condenatoria y al lanzamiento de su cliente. La S AP de Granada de 5 de Mayo de 1990 –ponente Cáliz Covalado- (BDAP 346/1990) Marginal. 757, aprecia el concurso en el supuesto de un abogado de una empresa al que se le encomendó el cobro de determinadas facturas, y efectuado el mismo, se apropia de su importe, respecto de este último caso, y de acuerdo con el vigente art. 467.2º sólo cabría condenar por apropiación indebida ya que la actividad del abogado transcurre fuera del marco del proceso judicial.

<sup>439</sup> FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992)”.Ob. Cit. Pág.777.

provisión de fondos para la tramitación del divorcio, y éste se demora injustificadamente en la presentación de la demanda de divorcio, alegando el letrado en su defensa la existencia de un acuerdo con el cliente para demorar dicha presentación; la S AP de Valencia (sección 2ª) de 1 de Julio de 2002 –ponente Monterde Ferrer- (BDAP 390003/2003) confirma la sentencia de instancia y aprecia sólo deslealtad del art. 467.2º y no apropiación indebida en el caso del abogado que cobró provisiones de fondos a cuenta de los trabajos para la interposición de la querrela, que jamás llegó a redactar, pues conocía la insostenibilidad de la misma, de la que informó al cliente de forma tardía; la S AP de Lleida (sección 1ª) de 4 de octubre de 2000 –ponente Enfedaque i Marco- (BDAP a 168/2001) Marginal 551, condena por deslealtad profesional y absuelve por apropiación indebida al abogado que acomete temerarias actuaciones profesionales sin sopesar el interés de sus clientes con el ánimo de devengar honorarios suficientes para incorporar a su patrimonio por vía de liquidación cantidades de sus clientes, la sentencia considera inexistente la apropiación indebida porque entendió que el acusado en ningún momento pretendió hacer suyas directamente las cantidades pertenecientes a sus clientes; la STS de 1 de Febrero de 2000 –ponente García Calvo y Montiel- (BDEAP 156/2001) confirma la sentencia de la AP de Madrid condenando por deslealtad profesional y absolviendo de un delito de apropiación indebida al abogado que recibe una provisión de fondos de 500.000 pesetas para la interposición de una demanda civil, y no la interpone quedándose con la provisión de fondos; y en el mismo sentido, se pronuncia en un supuesto similar, la S AP de Málaga de 8 de Febrero de 2002 –ponente Rodero González- (BDAP 357964/2002).

En otras sentencias, sin embargo, se aprecia exclusivamente el tipo de la apropiación indebida, como la STS de 15 de marzo de 2.001 –ponente García Ancos- (BDAP344793/2002) que condena por apropiación indebida al procurador que tras recibir mandamiento de pago a favor de cliente en procedimiento judicial, no hizo entrega de la cantidad al cliente a pesar de las múltiples reclamaciones por parte de éste, procediendo únicamente tras la denuncia penal a restituir parte de lo apropiado. O la STS de 21 de Octubre de 2002 –ponente Colmenero Menéndez de Luarda- (base de datos DATADIAR EDJ 2002/ 44049), como Sentencia más reciente podemos señalar la del TS de 8 de Febrero de 2003 –ponente Martín Canivell- (Ref. Iustel 209212); En este sentido, también podríamos hacernos eco de algunas noticias que han saltado a los periódicos como la que publicó EL PAIS el sábado 9 de Noviembre de 2002 y cuyo titular rezaba: ***“EN PRISIÓN, UN ABOGADO DE JAÉN POR QUEDARSE CON LA INDEMNIZACIÓN DE SU***

**CLIENTE**”, la Audiencia Provincial de Jaén condenó en Diciembre de 1.999 a Ezequiel Daza Bonachela, abogado de Andujar (Jaén), a cuatro años de prisión por un delito de apropiación indebida al haberse quedado con los 72.000 Euros (casi 12 millones de pesetas) que correspondían a la indemnización que recibió una cliente suya, Justa Ruiz Cabrera, de una compañía de seguros por la muerte de su marido en un accidente de tráfico. La Sentencia fue confirmada por el TS en Enero de 2.002; la S AP de Barcelona nº 411/2004 (sección 2ª), de 28 de Abril –ponente José Carlos Iglesias Martín- (ARP 2004/401) que considera que en el supuesto del abogado que se quedó con el principal, intereses y costas no cometió deslealtad profesional sino apropiación indebida ya que su actuación fue ulterior al procedimiento. También en EL PAIS pero con fecha de 1 de Febrero de 2.003 recogía el siguiente titular: **“EL SUPREMO CONDENA A CUATRO AÑOS A UN ABOGADO POR SUSTRAR DINERO DE UNA VIUDA.”**, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha confirmado la condena a cuatro años y dos meses de cárcel que la Audiencia Provincial de Madrid impuso en 2.000 al abogado José Antonio Morán Huete, por un delito continuado de apropiación indebida del que fueron víctimas la viuda y los cuatro hijos de un amigo. En la Sentencia del Supremo, cuyo ponente era Julián Sánchez Melgar, recuerda que *“en el caso de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes (bien procedentes de provisiones de fondos, indemnizaciones judiciales o pagos de terceros a ellos destinados), esta Sala mantiene una línea uniforme de interpretación que considera improcedente que con el pretexto de tal liquidación se intenten retener unas sumas a las que no tiene derecho por voluntad unilateral.”*

Son claramente minoritarias las ocasiones en que los Tribunales se han decantado por la solución concursal entre la apropiación indebida y la deslealtad profesional, así examinada la más reciente doctrina jurisprudencial, sólo una sentencia acoge la posibilidad del concurso ideal, la S AP de Badajoz (sección 3ª) de 7 de Mayo de 2.001 –ponente Acosta González- (BDAP 272118/2002) apreció apropiación indebida en concurso ideal con un delito de deslealtad profesional, al abogado en ejercicio que se apropió de una cantidad de dinero perteneciente a su cliente que recibió a consecuencia del pago de una indemnización; la sentencia aludida fue confirmada por el TS en Sentencia 150/2003, de 5 de Febrero –ponente Martínez Arrieta- (Ref. Iustel . 208257).

Tanto en el caso de que el perjuicio a que alude el art. 467.2º se cometa a través de una apropiación indebida, como en el supuesto de que la apropiación indebida perpetrada por el abogado o procurador lesione el bien jurídico correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, lo procedente será apreciar la existencia de un concurso ideal, o en su caso, medial. Ahora bien, es necesario, en cualquier caso, que para ello concurren los elementos típicos de ambos delitos, por lo que no es posible establecer criterios generales sino que deberá estarse a las características específicas del concreto supuesto planteado. FELIP I SABORIT<sup>440</sup> considera, con carácter general, que en los casos de apropiación de indemnizaciones y otras cantidades fruto del cumplimiento o ejecución de una sentencia firme no existe más que una desposesión patrimonial y no una prevaricación del abogado o procurador. Tal afirmación, a mi juicio, es errónea ¿a caso no desvirtúa el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia las conductas que impidan o entorpezcan el adecuado cumplimiento en las resoluciones judiciales y la ejecución de lo resulto en ellas? La efectividad de la tutela judicial no se agota con que los justiciables tengan acceso a los Tribunales de Justicia, puedan ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y gocen de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido, lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan a favor de algunas de las partes, en meras declaraciones de intenciones SSTC de 16 de Mayo de 1984 –ponente Díez Picazo y Ponce de Leon- BOE 19 de Junio 1984 (Ref. Iustel 100314); de 13 de Abril de 1983 –ponente Rubio Llorente- BOE 17 de Mayo de 1.983 (Ref. Iustel 100154); de 7 de Junio de 1.982 –ponente Begué Cantón- BOE de 28 de junio de 1.982 (Ref. Iustel 100074) y más recientes: SSTC de 30 de marzo de 2.004 (Ref. Iustel 105054), de 16 de Junio de 2.003 (Ref. Iustel 104891), 20, Enero de 2.003 (Ref. Iustel 104780)...etc. En definitiva, quiero con ello decir, que la apropiación por parte del abogado o procurador de indemnizaciones y cualesquiera otras cantidades dimanantes del

---

<sup>440</sup> FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992)”.Ob. Cit. Pág.783.

cumplimiento o ejecución de una resolución judicial firme no constituye una simple desposesión patrimonial, sino además una evidente deslealtad profesional.

Por lo que respecta a las posibilidades concursales de la deslealtad profesional del art. 467.2º del CP con otras figuras delictivas como *la estafa* (S AP de Málaga sección 1ª de 6 de Febrero de 1990 –ponente Godino Izquierdo- (BDAP a242/1990) Marginal 516: el abogado mediante maniobras engañosas mantiene a su cliente en el desconocimiento de la inminente subasta de su propiedad y comparece a la misma como único licitador adjudicándosela y posteriormente vendiéndole a terceros); *las falsedades documentales* (STS de 10 de Septiembre de 1.992 –ponente Ruiz Vadillo- (BDAP 749/1992) Pág. 1752, en la que el TS condena por falsedad documental y prevaricación del art. 360 del anterior CP al abogado que confecciona una pretendida sentencia para hacer creer a su cliente que había ganado el pleito.

MUÑOZ CONDE<sup>441</sup>, SERRANO GÓMEZ<sup>442</sup>, y, QUERALT JIMÉNEZ<sup>443</sup> apuntan también posibilidades concursales entre la deslealtad personal de abogado y procurador y el tipo de *revelación de secretos profesionales del art. 199.2º*. Por su parte, BENITEZ ORTÚZAR<sup>444</sup> alude a la probabilidad de un concurso ideal de delitos entre la deslealtad profesional de abogado o procurador y un delito contra la libertad, cuando el perjuicio se traduzca en una prolongación de la privación de libertad del cliente o la causación del auto judicial que dispone la privación de libertad –auto de prisión provisional-, provocada por una actuación desleal del abogado o del procurador. Al hilo de esto último y en relación a los daños que para los intereses jurídicos personales –ya sea la libertad individual, daños patrimoniales o de cualquier otra índole- puedan derivarse de una resolución judicial injusta a la que se haya llegado como consecuencia de la conducta desleal del abogado o procurador siempre que tales resultados sean imputables objetivamente a los mismos y además respondan a la lesión de bienes jurídicos protegidos por el DP deberá aplicarse el correspondiente concurso de delitos. Frente a este criterio,

---

<sup>441</sup> MUÑOZ CONDE, F en: *Derecho Penal, parte especial*. Ob. Cit. Pág. 896.

<sup>442</sup> SERRANO GÓMEZ, A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal, Parte especial*. Ob. Cit. Pág. 813.

<sup>443</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ob. Cit. Pág. 867.

<sup>444</sup> BENITEZ ORTÚZAR, I,F; *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*. Ob. Cit. Pág.234.

obviamente se situaran aquellos autores que como QUERALT JIMÉNEZ<sup>445</sup> consideren que tales resultados lesivos para bienes jurídicos personales consecuencia de una resolución judicial injusta motivada por la deslealtad profesional del abogado o procurador se incluye dentro del ámbito de protección del tipo de deslealtad del art. 467.2º, desde esta perspectiva, si por ejemplo el abogado que defiende a un cliente condenado a pena de prisión tiene en su poder nuevas pruebas contundentes y no las presenta en el periodo previsto para el recurso que con toda seguridad hubiera revocado la sentencia injusta siendo la sentencia injusta ejecutada no cabría aplicar un concurso ideal de delitos entre el perjuicio del art. 467.2º CP y un delito de detenciones ilegales del art. 165 del CP, ya que se entendería que el resultado de la indebida privación de libertad queda abarcado por el fin de protección de la norma del art. 467.2º. No obstante, no ha sido posible encontrar ninguna sentencia ya sea de Jurisprudencia menor o mayor que pudiera ilustrar tales hipotéticos concursos.

También debe tomarse en consideración que en los casos en los que como consecuencia de la revelación del secreto de las actuaciones, o de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos del proceso el abogado o procurador hubieran causado un perjuicio a los intereses encomendados será factible apreciar un concurso ideal o medial de delitos entre los tipos de los arts. 466.1º ó 465.1º y el art. 476.2º, dado que el hecho integrante de los delitos de revelación de secretos y de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos del proceso puede formar parte del delito tipificado en el art. 467.2º, pero como muy bien indica PÉREZ CEPEDA<sup>446</sup>, sin que ambos hechos se solapen entre sí.

Para finalizar, cuando el abogado o procurador con un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizan una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones que perjudican los intereses encomendados por varios clientes en el proceso, estaremos en presencia de un delito continuado, en este sentido podemos mencionar la S AP de Santa Cruz de Tenerife (sección 2ª) de 24 de Noviembre de 2.000 –ponente Díaz Sabina- (BDAP 228507/2001) en

---

<sup>445</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Ob. Cit. Pág. 867. Este autor estima que los daños que se generen como consecuencia de la realización por el abogado o procurador de la conducta típica descrita en el art. 467.2º del CP integrarán la responsabilidad civil, pero no otros delitos dolosos.

<sup>446</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 112.

la que se sanciona la conducta del profesional del derecho que perjudica de manera manifiesta los intereses encomendados por sus clientes ya que por descuido inexcusable omitió ejercer en los plazos legales las acciones pertinentes para la defensa de los intereses que les fueron encomendadas por estos.



## VI. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

Bajo la rúbrica de “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal” han de examinarse todas aquellas (de *Circum stare*) que se encuentran en torno al “hecho” delictivo afectando a los elementos esenciales del delito de deslealtad profesional de abogado o procurador, pero de cuya concurrencia no depende la existencia del mismo aunque sí su gravedad. Las circunstancias modificativas, pues, presuponen el delito con todos sus elementos esenciales, de manera que el tipo concurre con independencia de que tales circunstancias se hallen o no presentes.

Por tanto, las circunstancias que vamos a examinar poseen carácter eventual, contingente, son *accidentalía delicti*, elementos que pueden concurrir o no, al contrario de lo que sucede con los imprescindibles elementos esenciales, pero cuando concurren modifican el delito, o sea, gradúan el injusto o la culpabilidad. Desde el punto de vista de sus efectos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se clasifican en “atenuantes” (artículo 21), “agravantes” (artículo 22) y “mixtas” (artículo 23).

Siguiendo tal sistemática, vamos a intentar examinar la incidencia de algunas de las mismas y su hipotética concurrencia ya sea en el supuesto de la doble defensa o representación, o en el caso del perjuicio a los intereses encomendados al abogado o procurador.

Por lo que respecta al capítulo de las *circunstancias atenuantes*, en primer lugar no debe descartarse la posible apreciación de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, y la de trastorno mental transitorio siempre que supongan una disminución parcial de la capacidad de entender y de querer del profesional en cuestión, no siendo suficiente un leve trastorno, en este punto, doy por reproducido todo lo expuesto con anterioridad al tratar las eximentes completas a fin de evitar mayores reiteraciones. Si me gustaría llamar la atención sobre la STS de 17 de Diciembre de 1.997 –ponente Puerta Luis- BDAP (157/1998) Pág. 423; en la que se aborda el supuesto de una abogada que acepta, en condición de tal, un encargo profesional relacionado con un accidente laboral, se personó en las actuaciones seguidas por tal hecho en un Juzgado de Instrucción, cuya resolución

archivando el caso no recurrió, dejando luego de iniciar la correspondiente reclamación en vía civil, engañando a la cliente a la que dijo que conocía de ella un determinado Juzgado al que terminó por acudir personalmente la interesada a la que se informó de que su demanda no había sido presentada, razón por la que a finales del año 1.994 la abogada – que reconoció su culpa y firmó un documento responsabilizándose- fue destituida por la cliente. La acusada esgrimió que tenía un padecimiento que “limitaba sus facultades intelectuales sin anularlas”; la sala de instancia entendió que durante el periodo en que se desarrollan los hechos la abogada padecía distinia de inicio tardío –depresión-, con periodos de hiperfobia alternados con otros de anorexia, irritabilidad inmotivada, insomnio, etc, acompañados de pérdida de memoria y concentración. En ninguna de las instancias se apreció circunstancia atenuante alguna en base a que la enfermedad diagnosticada limitaba las facultades mentales sin anularlas y ello era conocido por la letrada, afectándole en periodos cíclicos e irregulares de 5 o 6 meses y estando en tratamiento desde 1.990, “*de modo que la acusada titulada superior, nada hizo para controlar sus posibles disfunciones en evitación de lo que efectivamente aconteció. Durante el largo tiempo que tuvo encomendado el asunto sabía que su enfermedad le mermaría vitalidad y lucidez intelectual, pero no hasta el punto de desdeñar o no recabar la ayuda que sus otros compañeros y socios de bufete podían prestarle. Por tanto, no puede apreciarse ninguna circunstancia atenuatoria de la responsabilidad por cuanto la conducta se desarrollo en un extenso periodo de tiempo –1.990 a 1.994-, su padecimiento fue cíclico, y además tuvo posibilidades de haber atendido diligentemente el asunto encomendado acudiendo a la ayuda de sus compañeros de bufete.*”

Procederá la apreciación de la atenuante de adicción grave a sustancias toxicas en relación a las deslealtades del art. 467 siempre que: 1º.- el abogado o procurador sea un verdadero “adicto” a la sustancia tóxica de que se trate –alcohol, drogas toxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos-, es decir, que tenga la condición de alcohólico o toxicómano por dejarse dominar por el consumo de la sustancia en cuestión. No será suficiente una intoxicación pasajera u ocasional; que, sin embargo, podrá encauzarse, dependiendo de su alcance o intensidad, por la vía de la eximente, ya completa o incompleta de los artículos 20.1º.2 y 21.1º. 2º.- Que se trate de una adicción que pueda calificarse de grave o intensa, capaz de alterar las facultades intelectivas y volitivas del profesional, para lo cual habrá de valorarse obviamente la naturaleza, composición y efectos reconocidos de la sustancia causante de la adicción

además de los caracteres psicofísicos de la persona que la padezca. 3º.- Que la adicción descrita sea “causa” de la concreta conducta punible –doble defensa o representación o perjuicio a los intereses encomendados-, lo que en la práctica reduce el campo de aplicación de la atenuante a los supuestos en que el abogado o procurador hubiesen realizado el tipo delictivo con la finalidad de procurarse los medios precisos para sufragar el hábito; pensemos en el abogado o procurador que acepta la defensa o representación de quien en un mismo asunto detenta intereses contrarios a aquel a quien defiende o representa movido por la provisión de fondos que va a recibir y que urgentemente necesita para satisfacer su adicción.

¿Es posible que un abogado o procurador perjudique los intereses encomendados motivado por la concurrencia de un estado pasional? Me planteo el caso del letrado que descubre en el momento inmediatamente anterior al acto del juicio o vista que la persona cuya defensa ha asumido es por ejemplo, la amante de su pareja o el asesino de su hijo, de tal forma que bajo un estado de cólera o ira efectúa una intervención profesional difícilmente incardinable dentro de los parámetros de un abogado defensor. En tal supuesto, existirían previa y realmente factores estimulantes capaces de producir alteraciones psíquicas en el sujeto que los recibe, es indudable que los mismos son capaces de traducirse en un estado súbito de furor o cólera, o bien de ofuscación o turbación más perdurable y estable que afecte a la capacidad volitiva e intelectual del profesional. También resulta obvio que la causa desencadenante del estado descrito proviene de una acción o comportamiento de la víctima –el cliente-, y que los estímulos no tienen carácter abyecto, es decir, se trata de estímulos repudiados por la norma socio-cultural que rige la convivencia social. En cualquier caso, es imprescindible para poder apreciar la concurrencia de esta atenuante en la conducta del abogado o procurador que exista una razonable conexión temporal entre la aparición de los estímulos y el surgimiento de la emoción o pasión.

La confesión del delito, de reunir los requisitos exigidos por la legislación vigente, debe dar cabida a la operatividad atenuatoria que proclama el artículo 21.4º del CP, máxime cuando el fundamento de esta circunstancia es de carácter pragmático tendente a proteger a las víctimas y hacer posible un correcto funcionamiento de la Administración de justicia.

Finalmente, y por lo que respecta a la atenuante de reparación del daño y la disminución de los efectos del delito, se trata de una circunstancia reservada a aquellos delitos en los que existe un sujeto pasivo definido, quedando excluidos tanto los cometidos contra sujeto pasivo impersonal o indeterminado, como los de peligro abstracto y los de mera actividad. No obstante, en el tipo del art. 467.2 en el que se exige como presupuesto la causación de un perjuicio para los intereses encomendados a los profesionales de la abogacía o de la procuraduría dentro del proceso, la conducta encaminada a disminuir dicho perjuicio debe ponderarse a los efectos de atenuar la responsabilidad correspondiente.

En lo que concierne a la concurrencia de *circunstancias agravantes* en la conducta desarrollada por abogado o procurador en el ejercicio de sus respectivas profesiones, se trata, como ha puesto de manifiesto GARCIA PLANAS<sup>447</sup>, de un tema doctrinalmente poco tratado. La principal discusión se ha centrado fundamentalmente en torno a las agravantes de precio –art. 22.3º del CP- y de abuso de confianza –22.6º del CP-, que en relación a la figura de la doble defensa o representación se han considerado por los autores que han tratado el tema<sup>448</sup> y por el Tribunal Supremo -en el único supuesto en el que ha entrado a valorar esta cuestión- insertas en la propia descripción del tipo penal, dado que la relación abogado / procurador con el cliente se asienta sobre la base de la mutua confianza y sobre la existencia de una relación de servicios lucrativa para el profesional que supone el abono de unos honorarios. Así la STS de 11 de Mayo de 1989 –ponente García Ancos- RJ Aranzadi 1989/4953 y La Ley B.D 1989, 2-1581 señala que: *“es difícil concebir una acción prevaricadora de las características descritas en el art. 361 (art. 467.1 CP de 1.995), sin la obtención, a cambio, de unas determinadas prebendas, con lo que su obtención está incluida en el propio tipo delictual y no deben ser sumadas por añadidura”, y que “de una simple lectura de la norma que contiene el tan repetido artículo no puede inferirse otra cosa que sin ese abuso de confianza tal delito sería imposible de ser cometido, ya que su principal sustento consiste en la deslealtad”*.

---

<sup>447</sup> GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”. Ob. Cit. Pág. 51.

<sup>448</sup> Entre ellos DE DIEGO DIEZ, L. A; en *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 18; GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”. Ob. Cit. Pág. 51; y PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Págs. 181-182.

Me muestro plenamente conforme en considerar implícitas en el tipo las circunstancias de precio y confianza, el ejercicio desleal de la abogacía o de la procuraduría en el seno del proceso judicial lleva consigo la existencia de una doble confianza por una parte la del cliente y por otra parte, no lo olvidemos, la de la propia Administración de Justicia cuyo correcto funcionamiento depende en gran medida del cumplimiento leal de deberes que en tal ámbito son confiados a dichos profesionales. Por otro lado, es evidente que se tipifican conductas de sujetos en el desempeño de su profesión, y que salvo excepcionales supuestos altruistas, ese desempeño comporta una retribución económica como contrapartida, por lo que, no cabe duda de que dicha circunstancia ya es contemplada por el tipo.

Ahora bien, puede suceder que el abogado o procurador haya recibido una cantidad de dinero de una tercera persona promitente o dador –que deberá responder a título de inductor si el precio, ofrecimiento o promesa son el motivo único, causal y excluyente del delito- a los efectos de perjudicar los intereses que les han sido encomendados dentro del proceso, en cuyo supuesto, si el abogado o procurador realiza el hecho punible motivado por tal circunstancia sí le afectara esta agravante genérica.

En relación con otras agravantes como la alevosía –art. 22.1º del CP- la misma, queda excluida del art. 467, dado que su ámbito de aplicación no se extiende a estos delitos, sino a los delitos contra las personas. Respecto de la agravante del art. 22.4º, es decir, cometer el tipo por motivos racistas, antisemitas y otros análogos, sería potencialmente susceptible de valoración su apreciación dado que tal agravante ha sido recogida por el CP de 1.995 con potencial aplicabilidad a toda clase de delitos –en su redacción originaria, se hallaba limitada a “los delitos contra las personas o el patrimonio”- en base al especial desvalor de la conducta de quienes delinquen guiados por tales móviles, objeto de la más decidida reprobación por la inmensa mayoría de la sociedad; no obstante, tal virtualidad general de la agravante es difícilmente conjugable con la calificación del Estado como sujeto pasivo del tipo. La misma incompatibilidad es predicable respecto de la agravante de ensañamiento del art. 22.5º.

La agravante del num. 2 del art. 22, “ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente” es

excepcionalmente apreciable en los delitos de deslealtad profesional del art. 467, ya que, si bien es cierto que los casos en los que pueden surgir son infrecuentes, entender tales circunstancias inapreciables en todos los supuestos es una opción excesivamente restrictiva.

Por último, la reincidencia delictiva del abogado o procurador que reúna los requisitos exigidos por la circunstancia 8ª del art. 22 del CP desplegará los efectos agravatorios correspondientes.

Para concluir con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, y por lo que respecta a la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del CP considero que dada la naturaleza de los delitos que nos ocupan, del bien jurídico que en los mismos se protege así como del sujeto pasivo del delito –el Estado- se trata de una circunstancia que no influye, debiendo, así mismo, recibir una valoración indiferente la posible relación de parentesco entre el abogado o procurador y el cliente.

## VIII. CONCLUSIONES

Las causas de justificación.- En lo que concierne al tipo de *doble defensa o representación*, y, descartada por motivos obvios la legítima defensa, no es posible para el abogado o procurador actuar amparado por el ejercicio legítimo de un derecho / deber profesional, dado que la doble defensa o representación son comportamientos profesionales que constituyen uno de los principales supuestos de ejercicio ilegítimo de tales profesiones. En el supuesto de *perjuicio para los intereses encomendados*, tampoco son factibles bajo mi punto de vista la concurrencia de causas de justificación que anulen el desvalor inicial de la conducta desleal desarrollada por el abogado o procurador.

Las causas de inimputabilidad.- Un abogado o procurador es inimputable cuando sea incapaz de conocer el significado antijurídico de su comportamiento o de poder orientar su conducta conforme a ese conocimiento. Faltará la primera capacidad cuando el profesional se halle en una situación mental en la que no pueda percatarse suficientemente de que el hecho que realiza es injusto. Faltará la segunda capacidad cuando el abogado o procurador no pueda autodeterminarse o auto-controlarse con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Se han incluido tradicionalmente como causas de inimputabilidad la enajenación y el trastorno mental transitorio, ambas pueden concurrir en todas aquellas situaciones mentales que de una u otra forma nublan la lucidez mental del abogado o procurador. Entre las patologías que con carácter general pueden causar dicho efecto se han situado *la esquizofrenia, la paranoia y la epilepsia*. Desde mi punto de vista, no debe plantear ningún problema la apreciación de la eximente completa una vez constatada la plena perturbación de las facultades intelectivas y volitivas del abogado o procurador en el momento de la comisión del tipo penal en los supuestos de *psicosis* y de *psicopatías*, pero considero que no es posible la apreciación de la eximente completa en el caso de las *neurosis* al constituir sólo reacciones psíquicas anormales frente a determinadas situaciones, ubicándose en último lugar de gravedad entre las anomalías mentales. Otra causa de inimputabilidad se produce en los supuestos de *intoxicación plena* provocada por la ingesta por parte del abogado o procurador de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos que provoquen en la práctica una anulación de sus facultades intelectivas y volitivas, y siempre y cuando, dicho estado de intoxicación no haya sido buscado deliberadamente por tales

profesionales con el propósito de cometer el delito o hubiesen previsto o debido prever su comisión. También operará como causa de inimputabilidad *el síndrome de abstinencia* en sus fases de máxima intensidad en tanto en cuanto, no haya sido buscado deliberadamente por tales profesionales con el propósito de cometer el delito o hubiesen previsto o debido prever su comisión.

Las causas de exclusión de la culpabilidad.- Se admite la posibilidad de *el miedo insuperable* cuya apreciación exige que el abogado o procurador haya obrado impulsado por el miedo, es decir, que realice u omita un acto debido por miedo fundado de un mal efectivo, grave que no hubiere podido dominar cualquier persona –criterio del hombre medio- colocada en el mismo contexto circunstancial y profesional en que se hallaba el abogado o procurador.

El error de prohibición.- La alegación de actuar bajo un error de prohibición vencible o invencible por parte del abogado o procurador que realiza el tipo de doble defensa o representación, o en su caso, de perjuicio a los intereses encomendados es prácticamente inviable dado que nos encontramos ante profesionales del derecho. Los errores del abogado o procurador en torno a una determinada interpretación jurídica de la contraposición de intereses o de la consideración del mismo asunto, así como los referidos a la extensión del deber de garante o a la permisividad del riesgo, no excluyen el dolo, y constituyen a mi juicio errores de subsunción con relevancia como error de prohibición desde luego vencible dada la cualificación profesional de los posibles sujetos activos. La apreciación de este tipo de error una vez probado con real fundamento no convierte a la conducta del abogado o procurador en imprudente, sino que abre la posibilidad de disminuir la culpabilidad permaneciendo la imputación dolosa, y consiguientemente, puede conducir a una reducción de la pena en uno o dos grados tanto en el supuesto del art. 467.1º como 2º.

Formas especiales de ejecución.- En los tipos de deslealtad tipificados en el art. 467 del CP, ningún planteamiento cabe efectuar respecto de la hipotética conspiración, proposición y provocación para delinquir. Por lo que respecta a la tentativa, tal y como aparece configurado el delito de doble defensa o representación en el tenor literal del art. 467.1º del CP -cuyo texto es inequívoco- no hay opción a la punición del mismo en grado de tentativa, y ello, con independencia de las críticas de que sea susceptible y de los



esfuerzos para dotarlo de un contenido material a través de los criterios jurisprudenciales y doctrinales, su estructura es la de un tipo de mera actividad. En cambio en lo que concierne a la causación dolosa del perjuicio a los intereses encomendados del art. 467.2º.1 CP son factibles las formas imperfectas de ejecución, no así en la modalidad imprudente del art. 467.2.2, ya que, al igual que todos los tipos imprudentes, no es susceptible de formas imperfectas.

La configuración de las deslealtades profesionales de abogados y procuradores como delitos especiales propios plantea complejos problemas de autoría y participación. La autoría directa se circunscribe al abogado o procurador que reuniendo todos los requisitos exigidos por la legislación correspondiente para el ejercicio de su profesión, hallándose colegiado, y encontrándose vinculado por una relación clientelar con los intervinientes en el proceso o al menos con uno de ellos –según los supuestos-, realiza por sí mismo y directamente la doble defensa o representación de quienes en un mismo asunto ostentan intereses contrapuestos, o en su caso, ocasiona por acción u omisión un perjuicio doloso o imprudente a los intereses que como tal profesional tiene encomendados en el marco del proceso. Respecto de la coautoría hay que negar la posibilidad de la misma entre un sujeto cualificado –*intráneus*- y un sujeto no cualificado –*extráneus*-. Distinta es la perspectiva de la coautoría entre *intráneus*, así con relación al delito de *doble defensa*, estimo que es factible la coautoría entre abogados o procuradores que, en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, ejercen colectivamente la abogacía o procuraduría, sin embargo, no cabe a mi juicio la coautoría entre abogados y procuradores integrantes de agrupaciones creadas con la finalidad de compartir gastos y cada uno de sus miembros minuta individualmente.

En relación a la figura del *perjuicio doloso a los intereses encomendados*, caben tres posibilidades de coautoría: entre abogados, entre procuradores, y coautoría entre abogados y procuradores. Se apreciará la coautoría entre abogados cuando la defensa se encomienda conjuntamente a dos o más abogados y todos ellos contribuyen a la realización de la conducta típica del art. 467.2º teniendo pleno conocimiento y el dominio del hecho. Se apreciará coautoría entre procuradores en los casos de co-representación simultánea, ya que estimo ésta admisible en nuestro Derecho, no así en el caso de co-representación sucesiva. Se apreciará también coautoría entre el abogado y el procurador cuando el perjuicio a los intereses encomendados es atribuible al acuerdo entre ambos actuantes en un

mismo asunto, y ambos conscientes de la ilicitud de lo pactado realizan actos de carácter nuclear del tipo.

En punto a la autoría mediata, debe negarse la posibilidad de la misma respecto del extráneos, es decir, en los delitos especiales propios, como el que nos ocupa, el sujeto cualificado –abogado o procurador-, podrá si el hecho lo permite, valerse de un no cualificado –extráneos- como instrumento para realizar el tipo, mientras que lo contrario resulta inadmisibile.

Las deslealtades profesionales de abogados y procuradores se aplican las reglas generales respecto de la participación en los delitos especiales propios, no existiendo problemas en admitir la inducción y la cooperación necesaria tanto del intráneos como del extráneos, según que la participación en el hecho delictivo consista en determinar al abogado o procurador a la realización del hecho antijurídico integrante del tipo de delito, o contribuya a la ejecución del tipo por medio de una actividad necesaria para su perpetración en tal forma que sin ella la infracción punible no se hubiera podido llevar a término. Sin descartar la posibilidad de la complicidad de quienes cooperen a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, pero cuya contribución -a diferencia de la del cooperador necesario- no sea imprescindible en orden a la realización del delito sino que influye únicamente sobre los accidentes y modalidades de la acción. Resulta obvio que en la modalidad imprudente no caben en modo alguno las formas de participación.

Concursos.- Cuando la deslealtad profesional adopta formulaciones típicas previstas en otros tipos delictivos deberá acudir al concurso correspondiente con sus consiguientes consecuencias penológicas. Ninguna dificultad especial se plantea en cuanto a la apreciación del concurso real y el concurso medial de delitos, siendo frecuentes los concursos reales con delitos contra el patrimonio –especialmente apropiación indebida-, revelación de secretos del art. 199 del CP, falsedades,..etc. Mas polémica es la apreciación del concurso ideal. Si con la conducta de doble defensa o representación se produjere la lesión o puesta en peligro de intereses individuales de particulares o de otros bienes jurídicos objeto de protección penal, se producirá un concurso ideal con el delito que tipificara la lesión o puesta en peligro del concreto bien jurídico individual o de cualquier otra clase de que se viese afectado, a no ser que el interés afectado sea inherente al quebranto del derecho de defensa. Se ha de descartar el concurso ideal entre el delito de

doble defensa o representación y la estafa, por ser ésta última inherente a aquel. Por lo que respecta a las situaciones concursales que puedan plantearse entre los párrafos primero y segundo del art. 467 nos encontraríamos, a mi juicio, ante un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.2 del CP, quedando el delito del art. 467.1º desplazado por el previsto en el párrafo 2º, al describir este último un estadio más grave de violación del mismo bien jurídico. En el caso de que el perjuicio a que alude el art. 467.2º se cometa a través de una apropiación indebida, así como en el supuesto de que la apropiación indebida perpetrada por el abogado o procurador lesione el bien jurídico correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia, lo procedente será apreciar la existencia de un concurso ideal, o en su caso, medial siempre, claro está, que concurren los elementos típicos de ambos delitos. Son factibles las situaciones concursales entre el artículo 467.2º del CP y la estafa, las falsedades documentales, la revelación de secretos, la revelación del secreto de las actuaciones, o de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos del proceso el abogado o procurador.

Circunstancias modificativas de la responsabilidad.- Por lo que respecta al capítulo de las *circunstancias atenuantes*, en primer lugar no debe descartarse la posible apreciación de la eximente incompleta de anomalía o alteración psíquica, y la de trastorno mental transitorio, así como de intoxicación y adicción a sustancias tóxicas siempre que supongan una disminución parcial de la capacidad de entender y de querer del profesional. Es admisible la atenuante de confesión del delito y la de reparación del daño, si bien ésta última sólo operará respecto de la deslealtad del párrafo 2º del artículo 467. No son apreciables las *agravantes* de precio y abuso de confianza por ser inherentes al tipo. Ahora bien, si el abogado o procurador ha recibido una cantidad de dinero de una tercera persona promitente o dador –que deberá responder a título de inductor si el precio, ofrecimiento o promesa son el motivo único, causal y excluyente del delito- a los efectos de perjudicar los intereses que les han sido encomendados dentro del proceso, y el abogado o procurador realiza el hecho punible motivado por tal circunstancia sí le afectara esta agravante genérica. La alevosía queda excluida del art. 467 dado que su ámbito de aplicación no se extiende a estos delitos. Respecto de las agravante del art. 22.4º y 5º su virtualidad general es difícilmente conjugable con la calificación del Estado como sujeto pasivo del tipo no así la agravante de reincidencia que de concurrir desplegará los efectos agravatorios correspondientes.

## CONSECUENCIAS JURÍDICAS

### I. DE LAS PENAS PREVISTAS EN EL ART. 467: LA MULTA Y LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN.

Cuando se habla de las consecuencias jurídicas del delito se alude fundamentalmente al tema de *la pena*<sup>449</sup> que tal y como expone la exposición de motivos del CP de 1.995 constituye “la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado”. Lo importante, desde cualquier punto de vista, no es la pena en sí misma sino el cumplimiento de los fines que se persiguen con su imposición, es decir, los objetivos que se pretenden con ella, y, que con carácter general son de tres tipos: *retributivo* –o intento de volver las cosas al estado anterior a la comisión del delito-, *preventivo* –o intento de disuadir a los ciudadanos en general (prevención general) o al delincuente en particular (prevención especial) de cometer nuevos delitos-, y, fin de rehabilitación, reeducación y resocialización –o intento de devolver al delincuente al marco social del que se separó y que encuentra el conocido paralelo en la cura del enfermo considerando al delincuente como un enfermo social al que debe aislarse del delito que es la enfermedad y reincorporarse a la sociedad que es la salud-. De acuerdo con tales pautas debe de analizarse si la pena que se establece en el vigente CP para el tipo de deslealtad profesional es adecuada, proporcional y cumple de forma eficaz los fines que le son propios. La trascendencia de las sanciones en los delitos de deslealtad profesional es una cuestión que prácticamente no ha recibido atención alguna por parte de la doctrina científica.

El art. 467 acoge diferentes sanciones, y así:

- la doble defensa o representación –art. 467.1º-, se castiga con las penas de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 2 a 4 años.

---

<sup>449</sup> Como definición de pena, me quedo con la de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en “*Derecho Penal. Parte General.*”, en el sentido de que es, “*el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del Derecho, y a causa de dicha infracción.*”

- para el perjuicio a los intereses encomendados subdistingue, a la hora de establecer la sanción aplicable dos tipicidades distintas castigadas con penas diversas:

comisión dolosa –art. 467.2º.1- en cuyo caso la pena es la de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de 1 a 4 años.

Comisión culposa –art. 467.2º.2- para la que prevé multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 6 meses a 2 años.

Por lo que respecta a la legislación anterior, el CPTR de 1.973 establecía para el delito de doble defensa o representación –art. 361- la inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas, y para el tipo de perjuicio al cliente –art. 360- tanto en la modalidad dolosa como imprudente –lo que no dejaba de ser una extraña anomalía- la pena de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Para las conductas de deslealtad profesional se prevé conjuntamente dos tipos de sanciones la pecuniaria y la inhabilitación profesional, respecto de cada una de ellas podemos efectuar las siguientes apreciaciones:

*La multa.-* consiste en la obligación que se impone al condenado de pagar una cantidad de dinero como consecuencia de la infracción penal –si bien la multa también juega, en su concepto de sanción, respecto de algunas infracciones administrativas-. Como novedad introducida por el Código de 1.995, en nuestro sistema punitivo se adopta el sistema de “días-multa” para la imposición de esta sanción, conforme al cual se establecen unos pasos a seguir:

- primero: el juzgador determinará la extensión de la pena motivadamente, dentro de los límites que establece el art. 467 para cada uno de los distintos supuestos que en él se contemplan, y según las reglas del Capítulo II del Título III del Libro I del CP, es decir, según los grados de autoría o consumación, existencia de circunstancias atenuantes o agravantes, se trate de delito o concurso de delitos, fijándose la distinta graduación de las penas en superior o inferior, conforme se dispone en el art. 70 del CP. Así en el supuesto de

la doble defensa o representación la extensión mínima será de 6 meses –180 días- y la máxima de 12 meses –360 días-, en el caso de perjuicio a los intereses la extensión mínima será de 12 meses –360 días- para la modalidad dolosa y 6 meses –180 días- para la modalidad imprudente, y la extensión máxima de 24 meses –720 días- y 12 meses –360 días- respectivamente.

- segundo: a continuación el Juez procederá a fijar en la sentencia el importe de las cuotas diarias, entre el mínimo y el máximo que fija el art. 50.4<sup>450</sup>, teniéndose en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del abogado o procurador en el momento de la condena, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias del mismo.

- tercero: Por último resta al Juez o Tribunal determinar el tiempo y forma del pago de las cuotas, concediéndoseles una absoluta discrecionalidad, bien fijando en la sentencia un pago fraccionado de la multa o imponiendo su pago completo.

La pena de multa ha sido ampliamente criticada<sup>451</sup>, entre las objeciones que con carácter general se han efectuado a la misma destacan la enorme desigualdad que genera, desigualdad que el CP de 1.995 ha tratado de paliar concediendo al Juez o Tribunal una mayor flexibilidad a la hora de ajustar la pena a las condiciones reales del reo. A pesar del sistema adoptado por el CP de 1.995, resulta difícil garantizar la igualdad en el impacto para los profesionales, así lo pone de manifiesto PÉREZ CEPEDA<sup>452</sup> en la medida de que pueden contratar seguros que corran con este tipo de riesgos. A mi juicio no sólo es difícil garantizar la igualdad de impacto de la pena de multa sobre los profesionales que nos ocupan, sino que es un hecho que la propia redacción del art. 467 no favorece precisamente esta igualdad dado que parte de imponer la misma pena indistintamente para profesionales de la abogacía y de la procuraduría, siendo el régimen retributivo de una y otra profesión

---

<sup>450</sup> Que en las antiguas pesetas era de 200 a 50.000 pesetas cuota / día. Así en la deslealtad del art. 467.1º el mínimo y máximo de multa a imponer oscilarían entre 36.000 y 18.000.000 pesetas, y en la modalidad dolosa de la deslealtad del art. 467.2º entre 72.000 y 3.600.000 pesetas. Hoy han de considerarse las modificaciones introducidas tras la desaparición de la peseta y la implantación en nuestro sistema monetario del Euro.

<sup>451</sup> Resume estas críticas OLIVER SÁCHEZ, M. J; Ponencia “Penas privativas de derechos y pena de multa”, *Sistema de penas en el Código Penal de 1.995, desde una perspectiva político criminal*. Jornadas de formación continuada cuerpo de Secretarios Judiciales. Granada. 1.999. Pág. 24 a 26.

<sup>452</sup> PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 119.

totalmente dispar tanto desde una perspectiva formal como económica, así los honorarios orientativos de los abogados resultan cuantitativamente mucho más elevados que los aranceles de los procuradores<sup>453</sup>, claro está que ello deberá ser oportunamente matizado por el juzgador en el momento concreto de individualización de la pena. En cualquier caso, para que la multa pueda ser un instrumento idóneo a fin de cumplir la función de una pena es preciso configurarla a partir de la idea de “igualdad de sacrificio”.<sup>454</sup>

Otra de las críticas que ha recibido la pena de multa se centra en que no se trata de una pena personal, toda vez que las consecuencias de la sanción las pagan no sólo el responsable de la infracción criminal sino también la familia del mismo, en cuanto ocasiona una merma de los ingresos; no obstante, tal crítica podría hacerse de igual forma a cualquier otra pena que prive al autor del hecho delictivo de la obtención de un jornal, como las penas privativas de libertad y las inhabilitaciones.

Otra objeción radica en el escaso efecto retributivo de la multa y su carencia de efectos resocializadores, en el sentido de que no contiene los efectos preventivos generales o especiales –en atención al poder económico del delincuente el efecto intimidatorio es mayor o menor-, la efectividad de la pena de multa en el ámbito profesional que nos ocupa presenta graves problemas de efectividad preventiva, tan sólo las penas de multa elevadas podrían cumplir las funciones preventivas de la sanción en materia de deslealtades profesionales del abogado y procurador.

*La inhabilitación especial.*- la pena de inhabilitación especial para profesión –art. 45 del CP- priva al penado de la facultad de ejercer su ocupación laboral durante el tiempo de la condena, así como de los honores que le sean anejos, incapacitando al condenado para obtener los mismos o similares igualmente durante el tiempo de la condena. A diferencia de la inhabilitación absoluta, esta pena no recae sobre la totalidad de los empleos o cargos públicos que se ostenten sino exclusivamente sobre aquellos que hayan tenido relación con

---

<sup>453</sup> La diferencia retributiva entre ambos profesionales es fácilmente apreciable con un simple vistazo a las tasaciones de costas si se repasan los expedientes en cualquier Juzgado.

<sup>454</sup> GRACIA MARTÍN, L, ALASTUEY DOBÓN, M. C y BOLDOBA PASAMAR M. A; en *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*. Valencia . 2.000 Pág. 141. quien añade que “la determinación de la multa debe estar en función de la situación económica del penado, pues sólo así cabrá afirmar que la incidencia de la pena es o representa un mal de iguales proporciones para una persona acaudalada y para una que tenga una condición económica modesta.”

el delito cometido, razón por la que se exige que se especifique en sentencia el cargo o empleo sobre el que recae la inhabilitación.

En los delitos de deslealtad profesional, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión resulta apropiada en tanto en cuanto el abogado o procurador se sirven precisamente de tal ejercicio profesional ante los Juzgados y Tribunales para la comisión del los tipos descritos en el art. 467, y, es evidente, que comporta para el abogado y el procurador graves consecuencias, por esta razón la citada pena no ha de concebirse como una condena al “hambre”, dado que no son estos los fines propios de la resocialización y de la reinserción a los que se aspiran, y aún cuando se entienda que atendido el carácter de los sujetos activos de los delitos de deslealtad éstos no precisan resocialización, la pena, en cualquier caso, no debe de poseer un carácter desocializador, en tal sentido el derecho al trabajo constitucionalmente reconocido se debe restringir únicamente en la medida de lo imprescindible. Por otro lado, la eficacia de esta sanción depende de que su cumplimiento sea adecuadamente vigilado, por lo que para su ejecución habrá de comunicarse al Registro Central de Penados y Rebeldes, así como al Colegio de abogados o de procuradores en el que se encuentre inscrito el profesional, y a las asociaciones profesionales a las que pudiere pertenecer. Entiendo que también debe comunicarse a los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, para que estos lo pongan, a su vez, en conocimiento de los demás órganos judiciales, trámite que de hecho se sigue en el TSJA, quién lo difunde a los diferentes Juzgados y Tribunales

Si comparamos la pena de inhabilitación prevista en el art. 467 del CP con la regulación de las sanciones disciplinarias recogidas -para el caso de los abogados- en el art. 87 del EGA al disponer que: “1. Las sanciones que pueden imponerse por infracciones ***muy graves*** serán las siguientes:

- a) Para las de los párrafos b), c), d), e), f), h) e i) del artículo 84, ***suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo superior a tres meses sin exceder de dos años.*** b) Para las de los párrafos a), j) y k) del mismo artículo, ***expulsión del Colegio.***

2. Por infracciones ***graves*** podrá imponerse la sanción de ***suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo no superior a tres meses.***



3. Por infracciones *leves* podrán imponerse las sanciones de *amonestación privada o la de apercibimiento por escrito.*” Resulta cuando menos “chocante” que mientras en el precepto penal la pena máxima por inhabilitación para el ejercicio de la profesión puede llegar hasta cuatro años, en el ámbito disciplinario la inhabilitación puede llegar a ser en grado de perpetuidad para el ejercicio de la profesión ante los Juzgados y Tribunales a través de la sanción de expulsión del colegio profesional

El legislador español en los supuestos del art. 467, y en la mayoría de los delitos de deslealtad profesional impone la pena de multa conjuntamente con una pena privativa de derechos, se trata de dos penas de diferente naturaleza cuya acumulación debe fundarse en motivos de proporcionalidad de atribución de consecuencias penales a los hechos delictivos. *¿resulta adecuada la imposición acumulada de estas dos penas a los delitos del art. 467 del CP? ¿serían postulables otras alternativas punitivas como las privativas de libertad?*

La imposición conjunta de la pena de multa y la de inhabilitación especial parece responder a la trascendencia del bien jurídico protegido –correcto o normal funcionamiento de la Administración de Justicia-, y en base a ello, puede en principio calificarse como proporcionada y adecuada. Por otro lado, los graves problemas de efectividad preventiva de las penas de multa en el caso de los profesionales convierte a la multa en una pena cuya imposición acumulada con la inhabilitación especial desempeña un papel de simple refuerzo del castigo. Como consecuencia de esa escasa eficacia intimidatoria de la pena de multa *¿sería aconsejable su desaparición en este tipo de delitos introducir en su lugar una pena privativa de libertad?* Podemos encontrar argumentos a favor y en contra de la imposición de penas privativas de libertad a los autores delitos de profesionales. El principal argumento favorable radica en que al contrario de lo que sucede con la multa, la privación de libertad conlleva para esta clase de delincuentes con un grado de formación y un status social medio – alto un importante efecto preventivo intimidatorio. Por otro lado, para quienes opinan que los delincuentes profesionales no precisan ser resocializados, ni rehabilitados, otra ventaja radicaría en que los efectos negativos de las penas cortas de prisión no les serían de aplicación.

Sin embargo, son bastante más contundentes los argumentos en contra de la introducción de esta clase de penas para las deslealtades profesionales; así los delitos de

deslealtad profesional no gozan de la suficiente trascendencia social. A pesar de que encierran conductas que afectan al funcionamiento de la Administración de Justicia, sin embargo, la escasa repercusión en la opinión pública y la prácticamente nula alarma social que conllevan tales conductas delictivas no justifican la imposición de una sanción de privación de libertad para sus autores. Por otra parte, las penas de prisión inferiores a dos años presentan una eficacia preventiva inhibitoria muy limitada para los supuestos de delincuencia profesional en los que no es frecuente la reincidencia, puesto que en tales casos será factible la suspensión condicional. Así mismo, de entender que los delincuentes profesionales de la abogacía o de la procuraduría no necesitan resocialización, la privación de libertad no cumpliría las exigencias de la prevención especial.

Estimo pues que debe descartarse la introducción de la pena de privación de libertad para los autores de deslealtad profesional<sup>455</sup>, manteniéndose la imposición acumulada de la pena de multa y de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, siendo de vital importancia a fin de garantizar la justicia y la proporcionalidad del castigo a la gravedad del hecho el adecuado proceso individualizador de la pena por el Juzgador en atención a las características del caso concreto.

---

<sup>455</sup> No lo entiende así Pérez Cepeda quien considera que si se demuestra la ineficacia del actual régimen punitivo, sólo el arresto de fin de semana unido a la inhabilitación para la profesión tiene suficiente fuerza intimidatoria para el abogado o procurador. PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Ob. Cit. Pág. 122.

## II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO

El fundamento de toda responsabilidad civil descansa en la existencia de un daño o perjuicio; y, concretamente, si se trata de responsabilidad civil derivada del delito, en el daño causado por un ilícito penal<sup>456</sup>. Por tanto, en el proceso penal, la responsabilidad civil puede definirse como la obligación que tiene el autor del delito o falta de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción. El perjudicado por el delito podrá optar por exigir la responsabilidad civil derivada del mismo en la vía penal, pudiendo ser cuantificada en la sentencia que ponga fin al proceso, o en la vía civil, en cuyo caso será necesario ejercer nuevas acciones ante los Tribunales civiles.

La deslealtad profesional del abogado o procurador consistente en perjudicar dolosa o imprudentemente los intereses que le son encomendados en su intervención procesal, provoca no sólo un peligro o lesión para el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia –bien jurídico protegido–, sino también una serie de consecuencias perjudiciales para el propio cliente en cuya defensa o representación descansa su intervención, estos perjuicios, además, son expresamente exigidos por el art. 467.2º. Dado que entre el abogado / procurador y el cliente existe una relación contractual, la comisión de las conductas descritas en el art. 467 del CP suponen un incumplimiento contractual.

En el caso de la doble defensa o representación del art. 467.1º aunque el perjuicio no es una exigencia del tipo y, a pesar de que, suele afirmarse que los delitos de peligro no generan responsabilidad civil, considero que cualquier delito puede dar lugar a responsabilidad civil si ha conllevado daños o perjuicios, como los daños morales o cualesquiera otros susceptibles de una valoración económica. En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado y del procurador existe una gran dificultad para que, una vez determinada la existencia de la misma, puedan ser reparados los perjuicios que se pudieran haber causado y ello porque al ser la obligación del abogado de medios y no de

---

<sup>456</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C; “La responsabilidad civil y las costas procesales”, *Lecciones de consecuencias Jurídicas del delito*. Ob. Cit. Pág.420.

resultado no cabe fundamentar la responsabilidad civil en la pérdida del pleito<sup>457</sup>. Esta dificultad añadida deriva de la difusa realidad del daño ocasionado, que salvo excepciones contadas -condena en costas, indemnizaciones cuantificables de forma objetiva, etc...- se encarna en la indefensión causada al cliente, de clara naturaleza abstracta en contravención del artículo 24 CE. Se trata pues de una pérdida de expectativa de derecho u oportunidad procesal, cuyo análisis entra en todo caso en el arenoso y movedizo terreno de los futuribles en general y de las resoluciones judiciales en particular. Con la expresión “frustrada expectativa de derechos” se pretende definir la situación con que se encuentra de repente y sin preverlo el cliente -generalmente lego en Derecho- quien ve cerradas de golpe y plumazo las vías procesales para hacer valer sus derechos ante los Tribunales de Justicia.

A la hora de valorar estos daños, podremos constatar cómo la enorme casuística impide que se acabe por establecer una teoría unánime, ante esta circunstancia, sólo podemos ofrecer algunas pautas que faciliten la valoración de los perjuicios ocasionados y la justificación de los mismos ante la infinita gama de situaciones que se pueden dar:

- Como punto de partida, debemos señalar que cuando se produzca una pérdida de expectativa de derecho, nunca se deberá asimilar el posible perjuicio ocasionado e indemnizable, con la pretensión de origen (vid. STS 16-12-1996<sup>458</sup> –ponente González Poveda- y más recientemente la S AP de Asturias nº 44/2005 (sección 2ª),

---

<sup>457</sup> ALVAREZ SÁNCHEZ, JI; “la responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores”. *La responsabilidad civil profesional. Cuadernos de Derecho Judicial. CGJP*. Madrid.2003. pág. 40.

<sup>458</sup> STS de 16 de Diciembre de 1.996 (BDI Ref. Iustel §242581) cuyo Fundamento de derecho sexto señala: *“Respecto a la determinación del quantum indemnizatorio, las dificultades que presenta la misma en esta clase de procesos no impide que el Juzgador haya de buscar los medios adecuados para alcanzar una correcta compensación por los daños y perjuicios causados por la actuación negligente del Letrado demandado y si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios de prescripción derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como hace la Sala "a quo" mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción, si pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente, pues, como dice la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1996, "ninguna contradicción existe en que al examinar la Sala, como único medio de aproximarse al alcance de los posibles daños y perjuicios, razone sobre la improsperabilidad de la alzada y sus expectativas, que se perdió por negligencia del Procurador, en términos que son plenamente aceptables y que, desde luego, no pretenden sustituir lo que pudiera haber sido el resultado definitivo, por ser ello tarea imposible".*”

de 3 de febrero –ponente M<sup>a</sup> Luisa Barrio Bernardo-Rua- ( JUR 2005/92296)<sup>459</sup>), pues en caso contrario estaríamos negando la naturaleza de la profesión de abogado, y la condición de futurible del sentido de la resolución que hubiese recaído, sobre la cual solo se pueden hacer conjeturas.

- Conviene ahora distinguir a nivel puramente teórico, lo que podríamos denominar la bicefalia del daño consecuencia de la negligencia profesional, pues por un lado tenemos la pérdida de expectativa de derecho -y su cuantificación- y por otro, lo que denominamos el daño “per se”, de construcción doctrinal y equivalente a la mera existencia de indefensión asimilable al daño moral.
- Centrándonos en la pérdida de expectativa de derecho, parece ya asentado en la jurisprudencia el criterio de valoración atendiendo a la prosperabilidad de la pretensión fallida, que siempre deberá analizarse como un instrumento del Juzgador, con la cautela de evitar reproducir un juicio dentro de otro que “vulneraría la santidad de la cosa juzgada” vid. S AP de Barcelona de 12 de Abril de 2.002 –ponente Oro-Pulido López-<sup>460</sup>, S AP de Valencia de 18 de Enero de

---

<sup>459</sup> Esta Sentencia alude al caso de un abogado, letrado en ejercicio, que había asumido la realización de actuaciones judiciales para la defensa de los derechos e intereses de los querellantes y que a partir del año 1997 se desentendió de su cometido, determinando un evidente perjuicio a los clientes por la dilación ocasionada, aún cuando las acciones que les asistían no se encontrasen prescritas, ni de su ejercicio no se pudiesen obtener una respuesta favorable, por tratarse de una mera expectativa de carácter incierto; pues bien, en la misma se viene a señalar que la indemnización por los daños morales ocasionados a los clientes por la dilación no puede identificarse con la suma que los querellantes tenían pendiente de cobro

<sup>460</sup> STS DE 12 de Abril de 2002 (BDAP 385997/2003) señala que: “...los daños y perjuicios, en estos supuestos no pueden pretender sustituir lo que pudiera haber sido el resultado del pleito no planteado, criterio que es seguido por la de 16 de diciembre de 1966, al insistir que la indemnización no puede consistir en lo que los actores hubiesen podido percibir en el juicio determinante de la responsabilidad enjuiciada, transponiendo en este pleito aquella indemnización, aunque sí pueden ser examinadas las posibilidades de éxito, de que la acción caso de haber sido temporáneamente ejercitada hubiese prosperado, y en la de 28 de Enero de 1998 se dice, que nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla con lo que además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener la tutela jurídica efectiva que consigna el artículo 24.1 de la Constitución, al quedarle coartada por la prescripción o caducidad, como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable ha impedido incluso la posibilidad de obtener...(...)..la conducta profesional..., al no interponer recurso de reposición, ocasionó un evidente y ostensible daño moral a los actores, que consistió en dejarlos irremisiblemente privados del conocimiento y resolución por el Tribunal competente, y este daño moral es el que la sentencia declara indemnizable...”.

1997<sup>461</sup>. Ello no obstante, es preciso señalar cómo el Tribunal Supremo se ha preocupado de indicar que no debe ser éste el único criterio a tener en cuenta, pues también se deberán considerar circunstancias tales como la cuantía litigiosa o el conjunto de las actuaciones llevada a cabo por el abogado, así como las órdenes recibidas del cliente.

- Adicionalmente al cuantificar la indemnización habrá de hacerse por medio de la facultad moderadora a que se refiere el artículo 1.103 CC.

A título de ejemplo y en materia civil los perjuicios para el cliente más frecuentes que suelen causar estos profesionales derivan fundamentalmente de:

#### 1.- Prescripción de acciones del artículo 1.968<sup>462</sup> CC.

En virtud de lo establecido en el artículo 1.963 CC. -interrupción de la prescripción- es habitual la confusión en el cómputo de este plazo, y ya existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que confirma las fatales consecuencias que se derivan de este error, que

---

<sup>461</sup> La S AP de Valencia de 18 de Enero de 1.997 –ponente Sánchez Alcaraz- (BDAP a 767/ 1997) Marginal 1182 enjuicia el supuesto de negligencia de un procurador que no comunicó al abogado la sentencia recaída en un pleito de protección al honor, lo que impidió entablar recurso de casación contra la resolución de la Sala y ello como consecuencia de un descuido al cursar el fax para ponerla en conocimiento del letrado director, al despacho de otro abogado diferente y ajeno al pleito y señala que: “...es evidente que dicho descuido ocasionó un perjuicio, pero éste no puede identificarse con el éxito de la acción de protección al honor entablada, como se deduce del ordinal fáctico quinto del escrito de demanda, al manifestar que “estimaban que la resolución dictada habría de venirse abajo en vía de casación”, en cuanto que esa eventualidad resulta incierta, no existiendo la más mínima base para entender que el Tribunal Supremo habría resuelto el litigio favorablemente a sus intereses y no habiendo certeza sobre tal extremo es claro que el perjuicio no se puede identificar con lo pretendido en el pleito precedente, y sí con el daño moral sufrido por los hoy apelantes al verse privados de la posibilidad de ver enjuiciado su asunto en vía superior por haber quedado cercenado el recurso, radicando en dicha contingencia el perjuicio causado, y cuya reparación no ha de ir dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción que actúe como compensación a la privación de un recurso judicial, del que se ignora, ya que no se puede asegurar ni siquiera aventurar, cual hubiese sido el resultado...”.

<sup>462</sup> Artículo 1.968 "Prescriben por el transcurso de un año:

1.º La acción para recobrar o retener la posesión.

2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que los supo el agraviado."

impide el pronunciamiento judicial y causa la consiguiente y patente indefensión, que sin embargo se concreta en un abstracto daño económico. (STS 12 de diciembre de 2003<sup>463</sup>, de

## 2.- Redacción defectuosa de la demanda.

Es abundante la casuística de errores cometidos en la redacción de la demanda, pudiendo citarse a título ejemplificativo los relativos a los siguientes aspectos:

- b) Errores derivados de falta de competencia del Juzgado a quien se dirige la demanda.
- c) Errores derivados de la falta de legitimación procesal de las partes.
- d) Errores referentes a la determinación de la cuantía del pleito.

En estos supuestos, el daño patrimonial ocasionado al cliente se va a concretar en mayores gastos y en las costas procesales que se pudiesen imponer bien por el desistimiento tardío, bien por el acogimiento de las excepciones oportunas en Sentencia. Adicionalmente en el supuesto de errores referentes a la determinación de la cuantía, el daño se podrá concretar respecto a las cantidades dejadas de reclamar por error u olvido del letrado, ya que el Juez no se podrá pronunciar sobre las mismas.

## 3.- Desistimiento y allanamiento tardíos con ocasión de acuerdo extrajudicial o siguiendo instrucciones del cliente.

### - Desistimiento

---

<sup>463</sup> STS 12 de diciembre de 2003 -ponente Martínez-Calcerrada y Gómez- (BDI ref. Iustel § 220628) en la que se formula reclamación de cantidad contra dos Abogados por negligencia profesional, al haber dejado prescribir una acción de responsabilidad extracontractual. El Tribunal Supremo, revocando la sentencia de instancia, declara la de uno de ellos por tardanza en acompañar a sus clientes al Juzgado para que se les nombrara un Abogado de oficio, cuando sólo quedaban cuatro días para que prescribiera la acción, y también se declara la responsabilidad del Abogado de oficio, por tardanza en la presentación de la demanda, sin que sirvan las excusas sobre la tardanza en comunicarse con los clientes. En cuanto a la cuantía de la indemnización (los clientes pedían casi 71 millones de pesetas), se fija en cinco millones de pesetas en concepto de daño moral, debiendo abonar un abogado el 20% y el otro el 80%.

Ocurre con cierta frecuencia, que habiéndose llegado a un acuerdo extrajudicial con la parte contraria, no se formaliza el desistimiento en el plazo previsto para ello, con la consiguiente imposición en costas al cliente.

- Allanamiento

Asimismo se impondrán las costas al cliente por error del abogado o del procurador, cuando habiendo recibido encargo para allanarse -en ocasiones por propio consejo del letrado- no lo haga por olvido antes del plazo para la contestación a la demanda.

4.- No presentación de escritos y recursos en el plazo conferido.

Se trata de una muy amplia gama de supuestos, en los que la valoración del daño patrimonial ocasionado por la negligencia del abogado o procurador - ya sea ésta basada en la no presentación del escrito ó en la extemporaneidad de la mismo- gravitará de forma diferente dependiendo de la relevancia para el pleito del escrito y el plazo incumplido.

Esto es, no tendrá la misma repercusión el no presentar un escrito de mero trámite -incluso el letrado pueda considerar oportuno no hacerlo- que no recurrir una resolución contraria a los intereses del cliente. Ni tampoco será igual valorado un extemporáneo recurso de apelación, que un "no nato" recurso de casación con dos resoluciones anteriores adversas a nuestras pretensiones. Vid. STS 2 de Diciembre de 2003<sup>464</sup>, S AP de Tarragona de 6 de Junio de 2000<sup>465</sup>, S AP de 18 de Enero de 1.997<sup>466</sup>, S AP de Madrid de 13 de febrero de 2004<sup>467</sup>

---

<sup>464</sup> STS de 2 de Diciembre de 2003 –ponente Romero Lorenzo- (BDI Ref. Iustel § 219507) relativo a una reclamación de cantidad frente a un abogado, por negligencia profesional, que según los actores, radica en haber dejado transcurrir el plazo legalmente previsto para presentar un recurso frente a una decisión de un Jurado de Expropiación Forzosa. Reprochan los demandantes que cuando recibieron la carta del abogado, informándoles de la necesidad de nombrar un procurador, ya había pasado el plazo. El Tribunal Supremo confirma la desestimación de la demanda, al constar acreditado que los demandantes eran conocedores del plazo y habían mantenido diversos contactos con el abogado. La negligencia sólo a ellos les es imputable, al haber demorado ponerse en contacto con su abogado para hacerle saber su decisión de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, hasta un momento en que el plazo para el ejercicio de la acción ya había finalizado.

<sup>465</sup> S AP de Tarragona de 6 de Junio de 2000 –ponente García Medina- (BDAP E67092/2001).

<sup>466</sup> La S AP de Valencia de 18 de Enero de 1.997 –ponente Sánchez Alcaraz- (BDAP a 767/ 1997) Marginal 1182.

<sup>467</sup> S AP de Madrid nº 137/2004 (sección 23ª), de 13 de Febrero –ponente Angel Luis Hurtado Adrián- (JUR 2004/260971)



## 5.- Inasistencia a comparecencias y vistas.

Íntimamente relacionados con los supuestos anteriores este tipo de errores o negligencias, igualmente van a ocasionar una indefensión al cliente, que será privado de la posibilidad de obtener un pronunciamiento que podría haber sido favorable.

No obstante, causa mayor estupor al justiciable el hecho de que cuando se comenten estos errores ya se haya iniciado en la instancia la defensa de sus intereses, que más que nunca se frustran con la mencionada inasistencia, pues deja sin sentido el recurso interpuesto, o seriamente disminuida la correspondiente demanda o contestación a la misma.

## 6.- Caducidad de las anotaciones preventivas de embargo (Nuevo régimen de la Disposición final 9ª de la LEC. en relación al 86 de la Ley Hipotecaria).

Si con el sistema anterior -donde la prórroga solicitada antes de los 4 años contados desde el asiento adquiría el carácter de indefinida- eran bastante habituales los olvidos con el consiguiente perjuicio para el cliente, actualmente con el nuevo sistema -prórrogas cada cuatro años a instancias de los interesados o por mandato judicial- será previsible un mayor número de negligencias por el periódico cómputo de cuatro años para la subsiguiente renovación.

Respecto a la valoración del daño -el crédito del cliente y los gastos extras que se ocasionen-, este supuesto se constituye como uno de los más complejos, por cuanto que si bien el efecto inmediato es la cancelación de la anotación preventiva de embargo en aseguramiento de un crédito, se deberá acreditar en caso de concreción de un daño real, que a causa de este error se frustró la expectativa de cobro, bien por la pérdida de preferencia en el orden registral, bien por la inexistencia de otros bienes del demandado, o en su caso por la diferencia entre lo cobrado con cargo al bien embargado u otros y el resto fallido.

Algunos de estos perjuicios son extrapolables, aunque salvando las distancias en atención a sus especiales características, a otros procesos como el laboral y el contencioso-administrativo como por ejemplo: la incomparecencia a comparecencias, actos y vistas, la presentación de escritos y recursos fuera del plazo legal o judicial concedido, redacción defectuosa de escritos y demandas,...etc. Mucho más compleja resulta la valoración de los

perjuicios derivados de la deslealtad profesional de abogado o procurador en el proceso penal, deslealtad de la que pueden derivarse perjuicios de especial trascendencia muchos de los cuales no encontrarán otra vía de reparación que la del daño moral, así por ejemplo cuando la actuación del abogado o procurador conduce a una prolongación de la privación de libertad, o a una dilatación evidente del proceso incrementando el daño moral y estigmatizante de un acusado –por la especial carga negativa que comporta el ámbito penal o criminal- que después resulta absuelto, etc. En cualquier supuesto, los Jueces y Tribunales deberán motivar razonadamente en sus sentencias y resoluciones las bases que justifican la cuantía de los daños y las indemnizaciones que por ellos hayan de satisfacerse. La S AP de Valencia de 1 de Julio de 2002 –ponente Monterde Ferrer (BDAP 390003/2003) confirma la sentencia de instancia que condena por deslealtad profesional al abogado que cobró comisiones de fondos a cuenta de una querrela, que jamás llegó a redactar, pues conocía la insostenibilidad de la misma, de la que informó al cliente de forma tardía y aunque no se pronuncia a cerca de la responsabilidad civil pues nada se había reclamado en tal sentido el fundamento de derecho segundo se expresa en los siguientes términos: *“En cuanto a la entidad del perjuicio manifiesto a los intereses del cliente, el mismo Alto Tribunal –STS 17 Dic 1997, 11 Abr. 1977, 3 Abr. 1974, 4 Jul 1968— precisa que los perjuicios puedan ser de toda índole, entre ellos los morales inherentes al engaño, con el riesgo evidente de sufrir otros patrimoniales. Añadiendo la de 1 de Febrero de 2.000 –que se refiere un supuesto en que no se presentó una demanda bajo el pretexto de considerarla técnicamente inviable- que la dicción penal del tipo no exige ni siquiera que el perjuicio –que puede serlo—sea evaluable económicamente, pues basta que se trate de una desventaja, quebranto, daño o detrimento notorio de los intereses del cliente en el ámbito de la Administración de Justicia. (...) Y es que, aunque no hubiera quedado impedida por los efectos que la Ley anuda al trascurso del tiempo desde el acaecimiento de los hechos –la prescripción a que alude la sentencia apelada es tema intangible es esta alzada—la posibilidad de que la acción penal pudiera ser ejercitada según el interés del abogado condenado, el perjuicio económico que supone todo retraso en el éxito de la acción civil que iría unida al ejercicio de la penal de referencia, aparece indudable, y el moral completamente evidente. Piénsese en el estado anímico que describe el perjudicado –como consta en el acta de la vista al fº 6—de depresión, sentimiento de injusticia, lesión de su orgullo y honor.”*

Otra cuestión a tratar es la de determinar a quién corresponde satisfacer dicha responsabilidad civil. Serán *responsables civiles directos*:

- el abogado o procurador responsables criminalmente, y si fuesen varios el Juez o Tribunal señalará la cuota de la que deba responder cada uno. La S AP de 6 de Junio de 2000 –ponente García Medina- (BDAP E67092/2001) señala que: *“...la responsabilidad y consiguiente indemnización es exigible tanto a la abogada como a la procuradora, con independencia como indica el Juzgador a quo en el último párrafo del Fdo. Jdo. 3º de su resolución –y cuyo criterio esta Sala comparte totalmente--, de que en tanto “se trató principalmente de un problema de presentación de escrito, sea procedente distribuir las responsabilidades entre las dos profesionales afectadas, de modo que la procuradora debe responder en  $\frac{3}{4}$  y la letrado en  $\frac{1}{4}$  de la indemnización”...”*
- En el caso de que el abogado o procurador tenga un seguro profesional puede declararse la responsabilidad civil directa del asegurador hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada en los casos en que, como consecuencia de una de las conductas previstas en el art. 467, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado. Al amparo del art. 76<sup>468</sup> de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre de Contrato de Seguro se contempla la existencia de la acción directa en materia de responsabilidad civil ex delicto, ejercitable por tanto, en el proceso penal, de manera que crea un vínculo de solidaridad pasiva entre el asegurador y el asegurado. Esta acción directa constituye un derecho propio que la Ley reconoce a la víctima de un daño del que es responsable el asegurado, de forma que el seguro de responsabilidad civil no se configura sólo como un instrumento de protección del asegurado, sino también y principalmente de protección indemnizatoria del tercero perjudicado.<sup>469</sup>

---

<sup>468</sup> El art. 76 reza: *“el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero”*.

<sup>469</sup> SÁNCHEZ CALERO; “Comentario al art. 76 LCS”, en *Motos / Albaladejo, Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Tomo XXIV, Vol.2, Madrid. 1.990. Págs. 630 y ss.

Estimo que el asegurador, responsable civil directo, no podrá oponer al perjudicado que el daño se produjo como consecuencia de un delito doloso del asegurado ni tampoco que la conducta del asegurado, aun sin ser dolosa, estaba comprendida en una de las cláusulas contractuales limitadoras de la cobertura. Una vez que el asegurado ha efectuado el pago –al que está obligado sólo hasta el límite cuantitativo de la indemnización legal o convencional—podrá repetir contra el responsable penal. Vid. S AP Madrid nº 137/2004 (sección 23ª), de 13 de Febrero –ponente Angel Luis Hurtado Adrián- (JUR 2004/260971)

En lo que concierne a la *responsabilidad civil subsidiaria*, entiendo que en el supuesto de ejercicio colectivo de la profesión de abogado o procurador y a tenor de lo dispuesto en el art. 120.4º del CP según el cual responden subsidiariamente “las personas naturales o jurídicas, dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.”, podría declararse la responsabilidad civil subsidiaria. El fundamento de esta responsabilidad que tradicionalmente se ha apoyado en la *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*, actualmente descansa en la teoría del riesgo – beneficio. Esta teoría representa una actualización del aforismo *qui sentit commodum, debet sentire incommodum* o también *cuius cómoda eius incommoda*, es decir, quien ejercita una actividad peligrosa y obtiene un beneficio o utilidad de una persona que le presta sus servicios, debe asumir también la responsabilidad de los eventuales perjuicios que le cause la ejecución de aquellos. Su responsabilidad es, además, evidentemente subsidiaria.<sup>470</sup>

Dos son los requisitos que exige el art. 120.4º para poder decretar dicha responsabilidad: 1º.- una *relación de dependencia* entre el principalmente obligado y el responsable subsidiario, y 2º.- que el profesional haya cometido el delito que causó los daños indemnizables *en el desempeño de sus obligaciones o servicios*.

Por lo que concierne a la relación de dependencia, la Jurisprudencia lejos de acoger un concepto estricto de dependencia, admite la existencia de la misma en base a un vínculo

---

<sup>470</sup> ALASTUEY DOBÓN, M. C; “La responsabilidad civil y las costas procesales”, *Lecciones de consecuencias Jurídicas del delito*. Ob. Cit. Pág.457.

de cualquier naturaleza, bastando con que la persona que comete el delito se encuentre potencialmente sometido a la posible intervención del responsable civil subsidiario<sup>471</sup>.

Entre los abogados o procuradores que integran los despachos colectivos existe un trabajo en común, compartiendo o repartiendo una clientela, cobrando un porcentaje sobre las minutas que se giran en los asuntos en los que se intervienen, y estableciendo de mutuo acuerdo unas normas básicas de organización del despacho, tales como la fijación de horarios, tipología de los clientes a los que ofertar los servicios, materias o ramas del derecho en las que se prestan los servicios, métodos o criterios de minutación, reparto de gastos generales y compartidos del despacho,...etc. La relación entre los diferentes miembros entre sí, es decir, de las personas que integran el despacho es independiente, en tanto en cuanto cada profesional lleva a cabo una actividad cuyo desarrollo no precisa, en principio, del concurso de los demás profesionales del despacho. En consecuencia, la relación que liga a cada profesional con el resto de los que integran el despacho colectivo desde la óptica del grupo, despacho, bufete o cualquiera de las formas societarias o mercantiles en que esa agrupación pueda configurarse, se podría considerar de dependencia no funcional –pues el desarrollo de la prestación puede ser realizado por un solo profesional-, pero sí de dependencia organizativa u orgánica.

Dicha dependencia organizativa se pone de manifiesto en que ese profesional prestará esos servicios durante una determinada franja horaria, utilizando una serie de instalaciones que pertenecen al grupo –ordenadores, faxes, fotocopiadores, teléfonos, salas de juntas, material bibliográfico, bases de datos de legislación y jurisprudencia, etc- desarrollará su trabajo respecto de los clientes que el despacho ha aceptado como clientes a los que prestar esos servicios con relación a unas especialidades o ramas del Derecho concretas, y, sobre todo, y como elemento más importante, siendo el despacho, la organización en su conjunto la que percibe los honorarios y aplica unos determinados criterios de distribución entre sus miembros. A ello debe añadirse el dato de que los clientes se dirigen a esos despachos para contratar los servicios de asesoramiento o defensa jurídica desempeñados por los mismos con fundamento principalmente en la imagen corporativa, es decir, en la confianza que le confiere la organización o grupo de

---

<sup>471</sup> Sobre la interpretación Jurisprudencial de la relación de dependencia v., entre otras STS de 6 de Julio de 1990 (A. 6245); auto de 31 de octubre de 1990 (A. 8462); 28 de Diciembre de 1990 (A.10102); 21 de Febrero de 1991 (A. 1309); 12 de Mayo de 1992 (A. 3869); 13 de Octubre de 1993 (A. 7377), 3 de Diciembre de 1993 (A. 9379) y 29 de Octubre de 1994 (A. 8330).

profesionales abstractamente considerados que la componen, y no tanto, pensando en el concreto abogado o procurador que ejecutará la prestación del servicio profesional.<sup>472</sup>

---

<sup>472</sup> PERÁN ORTEGA, J; “la responsabilidad Civil profesional de los despachos colectivos de abogado”. *DEC. Todo el Derecho On – Line*. Sección artículos. Publicado el 25 de mayo de 2003 (<http://edec.iespana.es>).

### III. CONCLUSIONES

El CP castiga la doble defensa o representación –art. 467.1º- con las penas de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 2 a 4 años. Si bien para el perjuicio a los intereses encomendados, a diferencia de la anterior regulación, distingue entre la comisión dolosa –art. 467.2º.1- en cuyo caso la pena es la de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de 1 a 4 años y la Comisión culposa –art. 467.2º.2- para la que prevé multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión de 6 meses a 2 años.

La imposición conjunta de la pena de multa y la de inhabilitación especial puede en principio calificarse como proporcionada y adecuada, los graves problemas de efectividad preventiva de la pena de multa en el caso de los profesionales convierte a la multa en una pena cuya imposición acumulada con la inhabilitación especial desempeña un papel de simple refuerzo del castigo. Por otro lado, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión resulta apropiada en tanto en cuanto el abogado o procurador se sirven precisamente de tal ejercicio profesional ante los Juzgados y Tribunales para la comisión del los tipos descritos en el art. 467 y, es evidente, que comporta para ambos graves consecuencias, en cualquier caso, la eficacia de esta sanción depende de que su cumplimiento sea adecuadamente vigilado.

Si comparamos la pena de inhabilitación prevista en el art. 467 del CP con la regulación de las sanciones disciplinarias recogidas EGA podemos comprobar que mientras en el precepto penal la pena máxima por inhabilitación para el ejercicio de la profesión puede llegar hasta cuatro años, en el ámbito disciplinario, mucho más duro, la inhabilitación puede llegar a ser en grado de perpetuidad para el ejercicio de la profesión ante los Juzgados y Tribunales a través de la sanción de expulsión del colegio profesional.

Debe descartarse la posible futura introducción de penas privativas de libertad para los delitos tipificados en el artículo 467 del CP debido fundamentalmente a la escasa repercusión en la opinión pública y la prácticamente nula alarma social que conllevan tales conductas delictivas, a la limitada eficacia inhibitoria de las penas cortas de prisión en los

casos de delincuencia profesional en los que no es frecuente la reincidencia, puesto que en tales casos será factible la suspensión condicional, y de entender que estamos ante profesionales que no necesitan resocialización, a que la privación de libertad no cumpliría las exigencias de la prevención especial.

Para finalizar en relación a la responsabilidad civil, la deslealtad profesional del abogado o procurador provoca no sólo un peligro o lesión para el normal o correcto funcionamiento de la Administración de Justicia sino también una serie de consecuencias perjudiciales para el propio cliente en cuya defensa o representación descansa su intervención. En el ámbito de la responsabilidad civil del abogado y del procurador existe una gran dificultad para que, una vez determinada la existencia de la misma, puedan ser reparados los perjuicios dimanantes de ella porque la obligación del abogado es de medios y no de resultado. A tal dificultad se añade la difusa realidad del daño ocasionado, que salvo contadas excepciones se encarna en la indefensión causada al cliente. Por otra parte, a la hora de valorar estos daños la enorme casuística impide establecer una teoría unánime debiéndose seguir en sana crítica las pautas generales extraídas fundamentalmente del estudio pormenorizado de la doctrina jurisprudencial.

Serán *responsables civiles directos* el abogado o procurador responsables criminalmente, y si fuesen varios el Juez o Tribunal señalará la cuota de la que deba responder cada uno. Así mismo, cuando el abogado o procurador tenga un seguro profesional puede declararse la responsabilidad civil directa del asegurador hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada en los casos en que, como consecuencia de una de las conductas previstas en el art. 467, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado. Procederá igualmente, en su caso, la declaración de la *responsabilidad civil subsidiaria* de la asociación o agrupación profesional dedicada al ejercicio colectivo de la profesión de abogado o procurador a tenor de lo dispuesto en el art. 120.4º del CP.



## INDICE BIBLIOGRAFICO

- ALARCÓN HERRERA, F; “De las personas criminalmente responsables de los delitos y las faltas”. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales. Ministerio de justicia.* 1.998.
- ALMAGRO NOSETE, J; GIMENO SENDRA, V; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V Y MORENO CATENA, V: *Derecho Procesal.* Valencia, 1.991.
- ANDRÉS IBÁÑEZ PERFECTO; *El Poder Judicial.* (escrito con CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ). Madrid, 1.986.
- ALVAREZ SÁNCHEZ, J.I; “La Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados, Abogados y procuradores”. *La Responsabilidad Civil profesional. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial.* Madrid, 2003.
- BARQUIN SANZ, J; *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes,* Madrid, 1.992.
- BARREIRO, J; *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica,* Madrid, 1.990.
- BENITEZ ORTÚZAR, I, F; *De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional* Madrid, 1.999.
- BENLLOCH PETIT, G; “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario”, en *Revista del Poder Judicial* nº 51, Madrid, 1.998.
- BUSTOS RAMÍREZ, J; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Barcelona, 1.991.
- GISBERT CALABUIG, J, A; *Medicina legal y toxicología.* Barcelona. 2.000
- CALDERÓN CERESO, A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal, parte especial,* Barcelona, 2.001.
- CALVO-RUBIO BURGOS, J. A; “De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”, *EJ/MF,* Madrid, 1998.
- CAMPOS VARGAS, J, L; “La configuración del Derecho Penal dentro del modelo de Estado social y Democrático de Derecho”, *Democracia Digital –Artículos, Abril, 2.002.* ([http:// www.democraciadigital.org/etc/arts/0204penal.html](http://www.democraciadigital.org/etc/arts/0204penal.html)).
- CANTARERO BANDRÉS. R; *Administración de Justicia y Obstruccionismo Judicial.* Madrid, 1.995.
- CARRARA, *Programa del curso di diritto criminale, Parte speciale, V,* Firenze, 1.905.
- COBO DEL ROSAL, M y VIVES ANTÓN T, S; *Derecho Penal .Parte General.* Valencia. 1.999.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A; “El problema de las lagunas “conscientes” y la Jurisprudencia creativa”. *Revista del Consejo General del Poder Judicial.* Madrid. 1.990.
- CONDE – PUMPIDO FERREIRO, C; *Código Penal: Doctrina y Jurisprudencia. Tomo III.* Madrid, 1.997.
- CÓRDOBA RODA, J y GARCÍA ARÁN, M (directores); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial.* Tomo II. Barcelona 2004.
- CORTÉS BECHIARELLI, E: “Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional”, en *Materiales para el estudio del Derecho,* Portal de Derecho Iustel, 2.003 (<http://www.iustel.com/>).
- COTINO HUESO, L; “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (particular seguimiento de la Jurisprudencia Constitucional, Contencioso Administrativo y militar de la presente década)” en *Revista del Poder Judicial* nº 55, 1.999.
- CRESPO MONTES, F.;ÁLVAREZ MENÉNDEZ, O.; CORRALES MARTÍN A.; GÓMEZ MARTÍN ,J; GÓMEZ MOLINO, A; IRIGOYEN AMO, C.; y YUSTE

BARRASA, J; “La administración de justicia: de la teoría a la práctica”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1674, 1.993.

CRESPO BARQUERO, P; “Delitos contra la Administración Pública”, en *Código Penal de 1.995 (Comentarios y Jurisprudencia)*. Granada, 1.998.

CRUZ VILLALÓN P: “La Administración de Justicia en el Estatuto de Andalucía”, en *El Poder Judicial*. Madrid, 1.983

DE DIEGO DÍEZ, L. A : “La prevaricación de abogado y procurador”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1.994.

DE DIEGO DIEZ, L. A; *Prevaricación (“Deslealtad Profesional”) de Abogados y Procuradores*, Colección Jurisprudencia Práctica, editorial Técnos, Madrid, 1.996.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M; “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto (VII)”. *Página Paz en la Red. Sistemas penales del tercer Milenio*. (<http://www.terra.es/personal/pazaguado/>).

DEL ARCO TORRES. M.A (coordinador) en *Diccionario Básico Jurídico*, Granada, 1.985.

DEL MORAL GARCÍA A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Código Penal de 1.995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, Granada, 2001.

DEL ROSAL, R; “El amparo colegial de la Abogacía en sede disciplinaria” en *Revista Otrosí*, publicación del Colegio de Abogados de Madrid, nº 45, 2.003.

DE OTTO, I; *Estudios sobre el Poder Judicial*, M. J, Madrid, 1.989.

DIAZ PITA, M. M; *El Delito de Acusación y Denuncias Falsas: problemas fundamentales*, 1.996.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA., vigésimo segunda edición, 2.001.

FEIJOO SÁNCHEZ, B; “Los límites políticos-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la impudencia leve como hecho punible”. *Revista del Poder Judicial nº 61. Consejo General del Poder Judicial*. 2.001.

FELIP I SABORIT, A D; “Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Marzo y 10 de Septiembre de 1.992)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1.993.

FERRER SAMA, *Comentarios al CP*, Tomo IV, Madrid, 1.956.

GARCÍA ARAN M, “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1.992”, en *Reforma criminal y reforma penal*, Homenaje a la memoria del Dr. Juan del Rosal.

GARCÍA ARÁN, M; “Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1.995”, *Delitos contra la Administración de Justicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, (IV), 1.997.

GARCÍA BLEDA, J; “El contrato de servicios celebrado por los abogados”, *Cuadernos de Derecho Judicial (17/1.994)*.

GARCÍA MIGUEL, M; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Documentación Jurídica*, num. 37/40, vol. II, 1.983.

GARCÍA MORILLO J: “El Poder Judicial y el Ministerio Fiscal”, en *Derecho Constitucional*, Vol. II, Valencia 1.997

GARCÍA PLANAS, G; en “Prevaricación de Abogados y Procuradores”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fascículo II, Madrid 1.994.

GIL CRESPO, J. A; “El Secretario Judicial y la potestad Función Jurisdiccional”, *EJ/ Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Madrid, 1.999.

GIL ROALES-NIETO, J (Y OTROS); *Hipnosis, fuentes históricas, marco conceptual y aplicaciones en Psicología Clínica*. Madrid, 2.001.

GONZALEZ RUS, J. J; “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II*. Madrid. 2.004.

GOYENA HUERTA J(Hernández García, J; Grinda González, J, y, Muñoz Cuesta , J); *Los delitos contra la Administración de Justicia*. Navarra 2.002.

GRACIA MARTÍN, L; BOLDOVA PASAMAR, M. A; ALASTUEY DOBÓN, M. A; *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*. Valencia . 2.000.

HASSEMER y MUÑOZ CONDE; *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia, 1.989.

HAVA GARCÍA, E; “La Imprudencia Inconsciente”. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona. Granada. 2.002.

LAFUENTE BENACHES, M: “La responsabilidad disciplinaria de los abogados”, *Revista del Poder Judicial n° 29, Marzo 1.993*.

LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.997.

LLEVOT CALVET, C; en “El proceso con todas las garantías: acusación y defensa. Igualdad de armas”, XX años de la Constitución de 1.978: su influencia en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal Español. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*. Madrid. 1.999.

LÓPEZ CALERA .NM , *Introducción al estudio del Derecho*, Granada , 1.981.

LÓPEZ GARRIDO / GARCÍA ARÁN: *El Código Penal de 1.995 y la voluntad del Legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*. Madrid, 1.996.

LÓPEZ DE BARJA Y QUIROGA, L. RODRÍGUEZ RAMOS, Y L. RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, en “Códigos Penales Españoles: Recopilación y Concordancias”, Edit. Ediciones Akal, 1.998.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; “El Delito imprudente en el Código Penal de 1.995”. *Poder Judicial n° 40..* Madrid. 1.995.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; “El consentimiento en el Derecho Penal”, *Cuadernos Luis Jiménez de Asúa*. Madrid 1.999.

LUZÓN PEÑA, D.; “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en *Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela , 1.980.

MADRIGAL GARCÍA C, Y RODRÍGUEZ PONZ J, L; *Temario de derecho Penal para el acceso a la Carrera Judicial*. Editorial Carperi. Madrid .2000.

MADRIGAL GARCIA, C (coord.); *Temario de Derecho Procesal Civil. Judicatura*. Editorial Carperi. Madrid. 2.000

MAGALDI / GARCÍA ARÁN; “Los Delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal”, en *Documentación Jurídica*, 1.983.

MAGALDI PATERNOSTRO, M .J: “La Prevaricación de Abogado y Procurador (análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)”, en *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos de los Funcionarios Públicos*, Consejo General del Poder Judicial

MARTÍN RETORTILLO, L; “EL papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”, en *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*.

MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F, L; “En torno al delito de Prevaricación especial referencia a los delitos 360 y 361 del CP”, *Actualidad Penal n° 41*, 1.990.

MONTERO AROCA, J; *Independencia y Responsabilidad del Juez*, Madrid 1.990.

MORENO CATENA, V; CORTES DOMÍNGUEZ, V; GIMENO SENDRA, V; *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1.997

MUÑOZ CONDE, F en: *Derecho Penal, parte especial*, decimotercera edición. Valencia 2.004.

OLAIZ POLO, I; “Delitos Contra la Administración de Justicia”, Cuerpo de Secretarios Judiciales nº V , Jornadas sobre Comentarios a algunos aspectos del código Penal, Madrid, 1.995.

OLIVER SÁCHEZ, M. J; Ponencia “Penas privativas de derechos y pena de multa”, *Sistema de penas en el Código Penal de 1.995, desde una perspectiva político criminal*. Jornadas de formación continuada cuerpo de Secretarios Judiciales. Granada. 1.999.

ORTIZ MUÑOZ, A; “El Abogado y su Circunstancia Latina”, *Revista del Colegio de Abogados de Granada*, número 29, año 2.000.

ORTS BERENGUER, E; *Derecho Penal . Parte especial*, Valencia, 2004.

PERÁN ORTEGA, J; “la responsabilidad Civil profesional de los despachos colectivos de abogado”. *DEC. Todo el Derecho On – Line*. Sección artículos. Publicado el 25 de mayo de 2003 (<http://edec.iespana.es>).

PÉREZ CEPEDA A, I; *Delitos de deslealtad profesional de Abogados y Procuradores*. Navarra, 2.000.

PEREZ DEL VALLE, C; “La deslealtad profesional del Abogado y su repercusión Penal”, *La Ley*, 1.997.

QUERALT JIMÉNEZ, J; *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona. 2.002.

QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Curso de Derecho Pena II*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1.963.

QUINTANO RIPOLLÉS, A; *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1.966.

QUINTERO OLIVARES G; en “Delitos Contra la Administración de Justicia”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1.980.

QUINTERO OLIVARES, G; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1.996.

QUINTERO OLIVARES / VALLE MUÑIZ ; *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*. Aranzadi. 1.999.

*Revista del Consejo General de Procuradores*, nº 44, Febrero 2.003.

Revista “Plaza Nueva” del Colegio de Abogados de Granada, número 27, Granada, 2000.

ROMEO CASABONA, ..m,mC; “Responsabilidad Penal y responsabilidad Civil de los Profesionales. Presente y Futuro de los Conceptos de Negligencia y Riesgo.”, *la ley*, 29 de Octubre de 1.993, num. 3380.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J; “Falta de personalidad en el procurador del actor. Falta de reclamación previa en vía gubernativa. Falta de arraigo en juicio.” *Cuadernos de derecho judicial (24/1.994)* .

SÁNCHEZ CALERO; “Comentario al art. 76 LCS”, en *Motos / Albaladejo, Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Tomo XXIV, Vol.2, Madrid.

SANTOS BRINZ, J; *La responsabilidad Civil. Temas actuales*. Ed. Montecorvo, 2001.

SERRANO BUTRAGEÑO. I (director) y OTROS; *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1.995.

SERRANO GÓMEZ, A; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en *Derecho Penal, Parte especial*, Madrid, 2.004.

SERRANO PIEDECASAS J, R; “De la obstrucción a la justicia y la Deslealtad Profesional en el nuevo C.P”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Fascículo II, 1.996.

SOBRINO FERNÁNDEZ, J M; “El Falso Procurador”. *CGPJ Cuadernos de Derecho Judicial(9/1.995)*.

SOTO NIETO, F; “El Secreto Profesional del Abogado: Deontología y Tipicidad Penal”, *La Ley*, 1.997.

SUÁREZ LÓPEZ J, M; *El delito de autoquebrantamiento de condena en el Código Penal Español*. Granada, 2.000.

TERRADILLOS BASOCO, J. M y DE LA CUESTA AGUADO, M. P (coord.) “Teoría del delito, nuevos planteamientos, acción”. *Cuestiones Fundamentales del Derecho Penal*. Universidad de Cádiz. Cádiz 1.999.

TOMAS Y VALIENTE F. “Poder Judicial y Tribunal Constitucional”, en *Poder Judicial*, 1,989.

TORIBIO GARCÍA, L. F: “Falsedad, delitos contra la Administración Pública”, *E. J / Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Madrid, 1.997.

## ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

STS de 27 de Noviembre de 1.950 RJ, 1950 (Ar. 1.721)  
STS de 22 de Diciembre de 1962 (Ar. 4950)  
STS de 29 de abril de 1963 (Ar. 2225)  
STS de 20 de Enero de 1.969 (RJ 1969, 479)  
STS de 1 de Abril de 1970 (Ar. 1610).  
STS de 6 de Julio de 1.970, (RJ 1.970, 3202)  
STS de 9 de Octubre de 1.972 (Ar.4031)  
STS de 29 de Diciembre de 1973 (RJ 1973, 5111)  
STS de 3 de Abril de 1.974 (Ar. Rn° 1679)  
STS de 30 de Octubre de 1.980 (RJ Ar 1.980, 3942)  
STS de 25 de Abril de 1.988 (RJ 1988, 2864)  
STS de 30 de Junio de 1.988 (RJ 1988, 5387)  
STS de 11 de Mayo de 1.989 (RJ 1989, 4953)  
STS de 6 de Julio de 1990 (A. 6245)  
STS de 18 de Junio de 1.990  
STS de 10 de Noviembre de 1.990 (Ar. 8875)  
STS de 10 de Noviembre de 1.990 (Ar.8874)  
STS de 10 de Marzo de 1992 (Actualidad Penal Ref. 407).  
STS de 10 de Septiembre de 1.992 (BDAP 749/1992)  
STS de 20 de Enero de 1.994 (AP 1994-1, ref. 267)  
STS de 4 de Marzo de 1.994 (Ar. 6868)  
STS de 5 de Junio de 1.995 (RJL Rn° 3182/1.994)  
STS de 22 de Enero de 1.996 (BDI Ref. Iustel. & 258350)  
STS de 30 de Enero de 1996 (BDAP 248/1996) Pág. 715  
STS de 29 de Febrero de 1.996 (BDAP 333/1.996) Pág. 961  
STS de 15 de Abril de 1.996 (BDI Ref. Iustel & 258590)  
STS de 24 de Mayo de 1.996 (BDI Ref. Iustel & 219057)  
STS de 25 de Mayo de 1.996 (RJ 1996, 459)  
STS 11 de Octubre de 1.996 (BDI Ref. Iustel & 219322).  
STS de 19 de Octubre de 1.996 (RJ 1996, 7818 )  
STS de 16 de Noviembre de 1.996 (RJ 1.999, 1563)  
STS de 16 de Diciembre de 1.996 (BDI Ref. Iustel §242581)  
STS de 18 de Marzo de 1.997 (BDAP 414/1997) Pág. 1065  
STS de 25 de Mayo de 1.997 (RJL Rn° 45/1.996)  
STS de 30 de Septiembre de 1.997 (RJL 363/1996)  
STS de 17 de Diciembre de 1.997 (BDAP 157/1998) Pag. 423  
STS de 30 de Enero de 1.998 (RPL Rn° 1757/1996)  
STS de 3 de abril de 1.998 (RJL Rn° 1577/1.997)  
STS de 4 de Febrero de 1.999 (RJL Rn° 3913/1.997)  
STS de 13 de Febrero de 1.999 (BDI Ref. iustel & 224626).  
STS de 1 de Marzo de 1.999 (RJL Rn° 3777/1997)  
STS de 5 de Marzo de 1.999 (BDI Ref. Iustel & 224357)

STS de 24 de Mayo de 1.999 (BDI Ref. Iustel & 221055)  
STS de 31 de Mayo de 1.999 (BDI Ref. Iustel & 218686)  
STS de 31 de Mayo de 1.999 (RJL Rn° 1270 /1998)  
STS de 28 de Junio de 1.999 (BDI Ref. Iustel. & 220440)  
STS de 12 de Julio de 1.999 (BDI Ref. Iustel & 257659)  
STS de 7 de Octubre de 1.999 (BDI Ref. Iustel & 222653)  
STS de 26 de Noviembre de 1.999 (RJ 1.999, 4639)  
STS de 1 de Febrero de 2.000 (BDAP 156/2001)  
STS de 10 de Marzo de 2.000 (BDI Ref. iustel & 220082)  
STS de 22 de Mayo de 2.000 (BDAP 612/2002)  
STS de 14 de Julio de 2.000 (BDAP 680/2000)  
STS de 18 de Julio de 2.000 (BDAP 18/2.001) Pág. 44  
STS de 20 de Noviembre de 2.000 (BDI Ref. iustel & 224911)  
STS de 15 de marzo de 2.001 (BDAP344793/2002)  
STS de 6 de Noviembre de 2.001 (BDAP 168/2002)  
STS de 5 de Febrero de 2.002 (Ar 525/3)  
STS 457/2.002 de 14 de Marzo de 2.002 (BDI 2879/2000)  
STS de 22 de Mayo de 2.002 (BDI Ref. Iustel.& 330348)  
STS de 21 de Octubre de 2.002 (base de datos DATADIAR EDJ 2002/ 44049)  
STS de 5 de Febrero de 2.003 (BDI Ref. & Iustel 208257)  
STS de 8 de Febrero de 2.003 (BDI Ref & Iustel 209212)  
STS de 29 de Septiembre de 2.003 (BDI Ref. Iustel. & 217027)  
STS de 3 de Octubre de 2.003 (BDI Ref. Iustel.& 217038)  
STS de 4 de Octubre de 2.003 (BDI Ref. Iustel & 217042)  
STS de 2 de Diciembre de 2.003 –ponente Romero Lorenzo- (BDI Ref. Iustel § 219507)  
STS 12 de diciembre de 2003 -ponente Martínez-Calcerrada y Gómez- (BDI ref. Iustel § 220628)

Auto del TS de 24 de Enero de 2.001 (RJ 2.001, 6485)  
Auto de 31 de octubre de 1990 (A. 8462)

#### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

STC de 7 de junio de 1.982 (RJL 234)  
STC de 7 de Junio de 1.982 (BDI Ref. Iustel & 100074)  
STC de 13 de Abril de 1983 (BDI Ref. Iustel & 100154)  
STC de 16 de Mayo de 1984 (BDI Ref. Iustel & 100314)  
STC de 12 de Abril de 1.988 (RTC 64/1.988)  
STC 219/1.989, de 21 de Diciembre, (RTC 219/1989)  
STC 234/1.991, de 10 de Diciembre (RTC 1.994, 234)  
STC 153/1.992, de 19 de Octubre, (BOJCS-139), pág. 82  
STC de 15 de Octubre de 1.996 (BDL Rn° 2563/1993)  
STC de 21 de Abril de 1.998 (BDL Rn° 6967/ 1993)  
STC de 2 de Junio de 1.998 (RTC 117/1998)  
STC de 20 de Enero de 2.003 (BDI Ref. Iustel & 104780).  
STC de 16 de Junio de 2.003 (BDI Ref. Iustel & 104891)

**STC de 30 de marzo de 2.004 (BDI Ref. Iustel & 105054)**

## **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

**TSJA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ANDALUCIA (Sala Social)  
26/02/1999 (RJL 1566/1998)**

## **AUDIENCIAS PROVINCIALES**

**S AP de Málaga de 6 de Febrero de 1.990 (BDAP a242/1.990) Marginal 516**  
**S AP de Granada de 5 de Mayo de 1.990 (BDAP a346/1990) Marginal 757**  
**S AP de Granada de 27 de Noviembre de 1.992 (BDAP a134/1993)**  
**S AP de Segovia de 4 de Octubre de 1.995 (BDAP a70/1996) Marginal 168**  
**S AP de Zaragoza de 18 de Julio de 1.996 (BDAP a329/1996) Marginal 869**  
**S AP de Valencia de 18 de Enero de 1.997 (BDAP a767/1997) Marginal 1182**  
**S AP de Granada 20 de Enero de 1.998 (RJL 52/1997)**  
**S AP de Madrid (Sección 20) 26/02/1.998 (RJL 462/1995)**  
**S AP de Málaga (Sección 5) 16/03/1.998 (RJL 289/1997)**  
**S AP de Toledo de 11 de Mayo de 1.998 (RJL Rn°29/1998)**  
**S AP de Toledo de 13 de Octubre de 1.998 (RJL Rn° 44/1998).**  
**S AP de Alicante de 22 de Octubre de 1.998 (RJL 779/1996)**  
**S AP de Cáceres de 28 de Enero de 1.999 (RJL Rn° 4/1999)**  
**S AP de Tarragona de 1 de Febrero de 1.999 (RJL Rn°639/1.999).**  
**S AP de Málaga de 16 de Febrero de 1.999 (RJL Rn° 268/1998)**  
**S AP de Almería de 22 de Abril de 1.999 (RJL Rn° 63/1.999)**  
**S AP de Alicante de 3 de Mayo de 1.999 (BDAP a288/1.999), Marginal 962**  
**S AP de les Illes Balears de 28 de Febrero de 2.000 (BDAP E74950/2.001)**  
**S AP de Girona de 27 de Abril de 2.000 (BDAP 63373/2001)**  
**S AP de Tarragona de 6 de Junio de 2.000 (BDAP E67092/2001)**  
**S AP de Málaga de 22 de Junio de 2.000 (BDAP 340710/2.002)**  
**S AP de Málaga de 2 de Octubre de 2.000 (BDAP 340721/2.002)**  
**S AP de Lleida de 4 de Octubre de 2.000 (BDAP 168/2001)**  
**S AP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de Noviembre de 2.000 (BDAP 228507/2001)**  
**S AP de Barcelona de 29 de Marzo de 2.001 (BDAP 331886/2002),**  
**S AP de Madrid de 23 de Abril de 2.001 (BDAP 336549/2.002)**  
**S AP de Badajoz (sección 3ª) de 7 de Mayo de 2.001 (BDAP 272118/2002)**  
**S AP de Vizcaya de 16 de Mayo de 2.001 (BDAP a562/2.001)**  
**S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001 (BDAP 309495/2002)**  
**S AP de Barcelona de 16 de Octubre de 2.001 (BDAP 309495/2002).**  
**S AP de Valencia de 26 de Noviembre de 2.001 n° de recurso: 95/2.001 (BDAP 345570/2.002)**  
**S AP de Murcia de 3 de Enero de 2.002 (BDAP 346439/2002)**  
**S AP de Málaga de 8 de Febrero de 2002 (BDAP 357964/2002)**  
**S AP de Barcelona de 12 de Abril de 2002 (BDAP 385997/2003)**  
**S AP de Valencia de 19 de Junio de 2.002 (BDAP 390229/2003)**  
**S AP de Valencia de 1 de Julio de 2.002 n° de recurso: 105/2.002 (BDAP 390003/2.003)**  
**S AP de Málaga de 9 de Enero de 2004 n° de recurso: 235/2003 (JUR 2004/216833)**  
**S AP de Málaga de 28 de Enero de 2004 n° de recurso: 12/2004 (JUR 2004/70799)**  
**S AP de Valladolid de 9 de febrero de 2004 n° de recurso: 529/2003 (JUR 2004/82173)**  
**S AP de Madrid de 13 de Febrero de 2.004 n° de recurso: 11/2.004 (JUR 2004/260971)**



**S AP de Barcelona de 28 de Abril de 2.004 n° 441/2.004 (ARP 2004/401)**  
**S AP de Cáceres de 2 de Junio de 2.004 n° de recurso: 144/2.004 (JUR 2004/176132)**  
**S AP de Granada de 9 de Junio de 2.004 n° de recurso: 164/2.004 (JUR 2004/59557)**  
**S AP de León de 14 de Junio de 2.004 n° de recurso: 141/2.004 (JUR 2004/188367)**  
**S AP de Barcelona de 29 de Junio de 2.004 n° : 666/2.004 (ARP 2004/512)**  
**S AP de Toledo de 14 de Julio de 2.004 n° de recurso: 81/2.004 (JUR 2004/196875)**  
**S AP de Girona de 13 de Diciembre de 2.004 n° de recurso: 82/2.004 (JUR 2005/34469)**  
**S AP de Asturias de 3 de Febrero de 2.005 n° de recurso: 08/2.005 (JUR 2005/92296)**