

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA

Facultad de Derecho

**LOS COMPORTAMIENTOS DESLEALES DE ABOGADO Y
PROCURADOR**

Tesis Doctoral presentada por

M^a.J. CUENCA GARCÍA

Dirigida por la Dra. M. GARCÍA ARÁN

Catedrática de Derecho Penal

SUMARIO

. ABREVIATURAS	IX
. INTRODUCCIÓN	XIII
. <u>PRIMERA PARTE: LA PROTECCIÓN DE LAS FUNCIONES DE ABOGADO Y PROCURADOR.</u>	
. <u>CAPÍTULO PRIMERO: EL OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL.</u>	

I. EL BIEN JURÍDICO EN EL TÍTULO XX: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

1. Ubicación y análisis de los delitos relativos a la deslealtad profesional hasta la reforma del Código Penal de 1995.	3
1.1. Códigos históricos.	4
1.2. Los Proyectos democráticos hacia el Código Penal vigente.	16
2. La concepción actual y su reflejo en la rúbrica adoptada por el Código Penal de 1995: la protección de la función de administrar justicia.	32

II. EL BIEN JURÍDICO EN EL CAPÍTULO VII: LOS DELITOS DE DESLEALTAD PROFESIONAL.

1. Planteamiento: las vertientes pública y privada de la actuación profesional.	48
2. El correcto desarrollo del proceso.	53
3. Los intereses de los clientes.	71
4. La infracción del deber.	83

III. EL PROCESO: COMO CAUCE EXCLUSIVO DE PRESTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1. Proceso y derecho a la tutela judicial efectiva. _____90
2. Contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. _____92
3. Los principios y fines del proceso. _____107

IV. LA POSICIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN DE ADMINISTRAR JUSTICIA.

1. La exigencia de postulación en el sistema procesal....118
2. El derecho de defensa. _____128
 - 2.1. La garantía de asistencia letrada. _____131
 - 2.2. Derecho de defensa e indefensión. _____140

V. RECAPITULACIÓN Y CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PENALMENTE. _____146

. CAPÍTULO SEGUNDO: ILÍCITO PENAL FRENTE EL ILÍCITO DISCIPLINARIO COLEGIAL Y EL ILÍCITO DISCIPLINARIO PROCESAL.

I. CUESTIONES GENERALES DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA.

1. Normas deontológicas de abogado y procurador. _____154
2. Los Colegios Profesionales.
 - 2.1. Breve referencia a los Colegios Profesionales y su potestad disciplinaria. _____163

2.2. El procedimiento disciplinario.	180
3. Recapitulación y propuesta de lege ferenda.	186

II. ILÍCITO PENAL-ILÍCITO ADMINISTRATIVO.

1. Dispersión normativa en la regulación disciplinaria de abogado y procurador.	190
2. La potestad sancionadora de la Administración.	200
3. Ilícito penal- Ilícito disciplinario.	
3.1. La relación entre el Derecho administrativo sancionador (sanción administrativa) y el Derecho disciplinario (sanción disciplinaria).	209
3.2. Diferencias entre el Derecho Penal y el Derecho disciplinario: Teorías.	215
4. El principio “non bis in idem”.	
4.1. Concepto.	224
4.2. En particular, las relaciones de sujeción especial. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.	227
4.3. Soluciones procesales.	237

III. RECAPITULACIÓN Y CONCRECIÓN. 242

**. SEGUNDA PARTE: ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS TIPOS
PENALES DE DESLEALTAD PROFESIONAL.**

**. CAPÍTULO PRIMERO: LOS SUJETOS ACTIVOS COMO
ELEMENTOS COMUNES.**

I. ABOGADO Y PROCURADOR.

- 1. Concepto. _____ 252
- 2. Supuestos especiales.
 - 2.1. El Abogado del Estado. _____ 264
 - 2.2. El intruso. _____ 271
 - 2.3. El graduado social. _____ 280

II. DELITOS ESPECIALES PROPIOS O IMPROPIOS. _____ 286

. CAPÍTULO SEGUNDO: LAS INFIDELIDADES DOCUMENTALES

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. _____ 297

II. EL APARTADO PRIMERO DEL ART. 465 DEL CÓDIGO PENAL.
LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS POR
ABOGADO O PROCURADOR.

- 1. Precisiones sobre los sujetos que reciben documentos
en traslado. _____ 309
- 2. El comportamiento típico.
 - 2.1. Presupuesto: el *abuso de la función*. _____ 314
 - 2.2. La acción típica. _____ 316
 - a) *Destruir*. _____ 319

b) <i>Inutilizar</i> .	320
c) <i>Ocultar</i> .	323
2.3. El objeto material: documentos recibidos en traslado.	334
3. El tipo subjetivo.	341
4. Las formas imperfectas de ejecución.	347
5. Causas de justificación.	357
6. Situaciones concursales.	360

III. EL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 465 DEL CÓDIGO PENAL. LA FIGURA DEL PARTICULAR COMO SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE DESTRUCCIÓN, INUTILIZACIÓN U OCULTACIÓN DE DOCUMENTOS O ACTUACIONES DEL PROCESO.

1. El particular.	369
2. Los documentos.	374

. CAPÍTULO TERCERO: LA REVELACIÓN DEL SECRETO SUMARIAL.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. 380

1. Principio de publicidad y secreto sumarial.	385
2. Secreto sumarial externo.	
2.1. Constitucionalidad del precepto.	398
2.2. Responsabilidad de los sujetos que revelan el secreto sumarial externo.	406

3. Secreto sumarial interno.	409
4. Recapitulación y concreción.	421

II. EL APARTADO PRIMERO DEL ART. 466 DEL CÓDIGO PENAL.
LA REVELACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES
DECLARADAS SECRETAS POR ABOGADO O PROCURADOR.

1. Antecedentes del tipo.	426
2. Interpretación de “ <i>actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial</i> ”.	433
3. La conducta típica.	
3.1. La revelación.	446
3.2. Las actuaciones declaradas secretas.	451
4. El tipo subjetivo.	458
5. Las formas imperfectas de ejecución.	459
6. Situaciones concursales.	462

III. EL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 466 DEL CÓDIGO
PENAL. LA FIGURA DEL FUNCIONARIO AL SERVICIO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO SUJETO ACTIVO DE LA
REVELACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES
DECLARADAS SECRETAS. 466 |

IV. EL APARTADO TERCERO DEL ART. 466 DEL CÓDIGO PENAL.
LA FIGURA DEL PARTICULAR COMO SUJETO ACTIVO DE LA
REVELACIÓN DE LAS ACTUACIONES PROCESALES
DECLARADAS SECRETAS. 477 |

. CAPÍTULO CUARTO: LA DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN Y EL PERJUICIO DE LOS INTERESES ENCOMENDADOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. _____	485
II. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO. _____	501
III. EL APARTADO PRIMERO DEL ART. 467 DEL CÓDIGO PENAL. LA DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA QUE TENGA INTERESES CONTRARIOS. _____	509
1. La conducta típica. _____	512
1.1. La defensa, el asesoramiento o la representación. _____	515
1.2. El conflicto de intereses. _____	527
1.3. El consentimiento. _____	530
2. El tipo subjetivo. _____	536
3. Las formas imperfectas de ejecución. _____	539
4. Circunstancias modificativas. _____	541
5. Situaciones concursales. _____	543
IV. EL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 467 DEL CÓDIGO PENAL. EL PERJUICIO MANIFIESTO DE LOS INTERESES ENCOMENDADOS. _____	547
1. La conducta típica. _____	554
1.1 Tipo activo u omisivo. _____	558
1.2. El perjuicio. _____	570
a) La eliminación del perjuicio por la intervención de tercero. _____	582

b) Especial mención a la relación entre la revelación de secretos del cliente y el perjuicio. _____	590
2. El tipo subjetivo. _____	593
2.1. La comisión dolosa. _____	594
2.2. La comisión imprudente. _____	598
3. Las formas imperfectas de ejecución. _____	611
4. Situaciones concursales. _____	612
. CAPÍTULO QUINTO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. _____	619
. CONCLUSIONES. _____	637
. BIBLIOGRAFÍA. _____	659

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores varios.
ACP	Anterior Código Penal.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AP	Actualidad Penal.
ARP	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. Audiencias Provinciales.
art./s	Artículo/s.
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCBE	Consejo y Colegios de Abogados de la Unión Europea.
CE	Constitución Española de 1978.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
ComCP	Comentarios al Código Penal.
ComNCP	Comentarios al nuevo Código Penal.
CP	Código Penal.
Ed.	Editorial.
ed.	Edición.
EGA	Estatuto General de la Abogacía Española.

EGPT	Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
Fasc.	Fascículo.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico.
IBA	International Bar Association.
LCP	Ley de Colegios Profesionales.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOPTPCC	Ley Orgánica de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
LRJAPyPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
núm./s	Número/s.
ob.cit.	Obra citada.
pág./s	Página/s.
PE	Parte Especial.
PG	Parte General.

PJ	Poder Judicial.
RAP	Revista de Administraciones Públicas.
RD	Real Decreto.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
RGL	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional.
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública.
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán).
T.	Tomo.
Vid.	Véase.
Vol.	Volumen.

INTRODUCCIÓN.

En los últimos años los delitos contra la Administración de Justicia (entre los que se encuentran las deslealtades profesionales de abogados y procuradores) han despertado un interés doctrinal muy superior al que recibían con anterioridad. Ello puede ser consecuencia, entre otras cosas, de la configuración democrática de la justicia como función pública sometida al imperio de la ley, lo que se concreta en un abanico de derechos constitucionales derivados de dicho sometimiento que, a su vez, reciben protección penal.

En este marco, parece igualmente evidente que aunque en el Estado de Derecho, la función de administrar justicia esté atribuida a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, constituye una actividad compleja en la que se encuentran implicados otros profesionales (peritos, funcionarios) que, pese a no ejercer la función en términos estrictos, resultan imprescindibles para que la desempeñen quienes la tienen constitucionalmente atribuida. Y en este plano es en el que se ubican los abogados y procuradores, sujetos activos de los delitos que se estudian en este trabajo. Abogados y procuradores, cuya

posición especial suscita una serie de cuestiones que han constituido el objeto central de la investigación.

En efecto, el trabajo de abogados y procuradores se sitúa en una encrucijada de intereses privados y públicos. Por un lado, dichos profesionales mantienen una relación de carácter privado con sus clientes, que, en términos genéricos, se rige por los principios propios de la prestación de servicios; esto es, el aseguramiento de la eficacia respecto de las pretensiones de quien contrata la prestación. Pero por otra parte, tales objetivos sólo pueden perseguirse en el marco de un proceso judicial legalmente establecido, lo que coloca al abogado y al procurador en una posición que ya no es de derecho privado, sino claramente, público. En tanto en cuanto el proceso judicial es el cauce reglado para administrar justicia y en él resulta necesaria la intervención de abogados y procuradores, la posición de los mismos es, también de carácter público. Resumidamente, estos profesionales se relacionan, por un lado con sus clientes y por otro, con la administración de justicia frente a la que actúan en defensa de los intereses de los primeros.

Esta doble posición de abogados y procuradores proporciona, como se acaba de decir, el principal motivo de

interés para el penalista que aborda los tipos penales que les afectan. Especialmente porque no se trata de una posición cuyos dos componentes –público y privado- se encuentren nitidamente delimitados. En efecto, la cuestión podría resolverse simplificadaamente distinguiendo entre deberes de naturaleza pública que obligan al Abogado frente a la administración de justicia y, por otra parte, deberes de naturaleza privada que le vinculan a quienes contratan sus servicios.

Sin duda, tal distinción es posible en términos teóricos. Pero los comportamientos que el Código Penal tipifica como delitos demuestran que deberes públicos y privados no se reconducen a espacios estancos. Como se pretende desarrollar en las páginas que siguen, también en la relación privada entre el profesional y su cliente, el primero actúa como colaborador de la función pública puesto que su intervención resulta imprescindible para la defensa del interés del cliente en que el proceso se desarrolle de acuerdo con las garantías constitucionalmente establecidas. Y ese es un interés de naturaleza pública.

Tan complicada situación –que aquí hemos denominado, quizá simplificadaamente, “doble posición”- tiene su reflejo en el

complejo de normas afectantes a los comportamientos desleales de abogados y procuradores. Desde la perspectiva privada, su relación con los clientes está afectada por la ética profesional, las normas deontológicas de los colegios profesionales y las normas civiles. En cambio, en la dimensión pública ha sido necesaria la intervención penal para asegurar que la actividad profesional no afecte a los derechos fundamentales vinculados al proceso.

En el contexto de expansión del derecho penal del que somos testigos en los últimos años, éste no ha sido ajeno a dicha tutela. Así, el Código Penal de 1995 incorpora tipos penales específicos para estos profesionales, como la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o la revelación de actuaciones declaradas secretas, recogiendo, además, en la línea ya iniciada por sus antecesores, la doble defensa o representación y el perjuicio a los intereses encomendados.

Es precisamente esta especial atención que el Código Penal vigente dedica a los comportamientos desleales de abogados y procuradores la que obliga a acotar el espacio al que se dirigen las normas penales, en su confluencia con otras de distinta naturaleza. Y con dicho objetivo, resultaba obligado

partir del bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal como, por otra parte, resulta imprescindible en los estudios de la denominada parte especial del Código.

Como se verá, la incardinación de las deslealtades de abogados y procuradores entre los delitos contra la administración de justicia, nos ha permitido partir de la ya asentada concepción de estos delitos como contrarios al ejercicio de la función jurisdiccional. Debe decirse que la actual ubicación sistemática favorece la relación de dichos comportamientos con el ejercicio de dicha función, pero ello no constituye una absoluta novedad respecto a regulaciones anteriores en las que ya se apuntaba dicha vinculación. En efecto, sólo desde este punto de vista podía entenderse que en Códigos penales anteriores, los comportamientos de abogados y procuradores estuvieran incluidos entre los delitos de los funcionarios públicos, pese a no reunir dicha condición. La perplejidad que ello podía suscitar disminuía ya entonces si se ponía de manifiesto su condición de colaboradores en el ejercicio de la función pública de administrar justicia, lo que justificaba no sólo su ubicación junto a funcionarios en sentido penal estricto, sino también su capacidad para llegar a afectar al ejercicio de la función.

Pero, obviamente, la referencia genérica al ejercicio de la función de administrar justicia como bien jurídico protegido, necesita de una concreción cuando se trata de analizar los comportamientos de quienes no ejercen la función sino que colaboran en su ejercicio. Tal necesidad de concreción nos ha llevado al estudio del proceso como ámbito en el que se desempeña, por imperativo legal, dicha colaboración. Y también como ámbito en el que se cruzan las vertientes pública y privada de la actividad de estos profesionales.

Llegados a este punto, limitaremos estas consideraciones introductorias -que no pretenden adelantar las conclusiones de la investigación- a señalar las principales consecuencias que el planteamiento hasta aquí esbozado debe tener sobre el desarrollo del trabajo.

En primer lugar, los principios y fines que informan el proceso no pueden sino ser analizados a partir de su condición de cauce para la prestación de tutela judicial efectiva como derecho fundamental recogido por la Constitución y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello tiene, al menos, dos consecuencias a destacar: en primer lugar, permite realizar una opción respecto al contenido y límites de la

investigación y, en segundo lugar, proporciona una serie de claves interpretativas para el estudio de los conceptos centrales utilizados en la tipificación penal.

En cuanto a los límites de la investigación, el punto de partida en el proceso como cauce de la prestación de tutela judicial efectiva, ha aconsejado abordar todos los tipos penales de deslealtad de abogados y procuradores (arts. 465, 466 y 467 del CP: resumidamente, infidelidades documentales, revelación de actuaciones procesales y deslealtades hacia los clientes). Esta es una opción, desde luego, discutible porque cualquiera de ellos puede justificar una investigación completa, pero precisamente por ello debemos explicarla aquí.

En efecto, la mera enumeración de los comportamientos típicos apunta a una distinción entre aquellos que se desarrollan en el ámbito de los deberes –de naturaleza pública- hacia el proceso (infidelidades documentales y revelación de actuaciones) y los que, por el contrario, parecen afectar más claramente a la relación privada entre el profesional y su cliente (doble defensa y perjuicio a los intereses encomendados). Sin embargo, y a salvo de ulteriores precisiones, el punto de partida –común a todos los tipos- en la condición de abogados y procuradores como

colaboradores en el proceso, aconsejaba no sujetarse a esa aparente oposición entre unos y otros tipos, sino por el contrario, extraer consecuencias de tal denominador común, también para la interpretación de los tipos que más claramente se sitúan en el ámbito de la relación privada, esto es, los contenidos en el artículo 467 del CP. Obviamente, la opción por la visión de conjunto conllevaba limitarse al estudio de los elementos típicos esenciales, sin profundizar en otros aspectos cuyo estudio hubiera sido más propio de una investigación centrada sólo en alguno de los tipos penales aquí abordados.

La segunda consecuencia de esta relación que todos los tipos mantienen con el correcto desarrollo del proceso debido se sitúa, como se ha dicho, en una serie de claves interpretativas de sus elementos centrales. A nuestro juicio, el punto de partida común resulta especialmente fructífero en el análisis –entre otros temas- de la confluencia entre normas penales y extrapenales con lo que ello supone para la distinción entre ilícito penal e ilícito disciplinario, así como en la eventual colisión entre los deberes hacia el proceso y las pretensiones de fondo como intereses que el cliente encomienda al profesional, junto a la defensa de los intereses estrictamente procesales.

En suma, con las anteriores consideraciones no hacemos sino justificar –acertadamente o no-, las principales opciones metodológicas que condicionan el desarrollo de la investigación. Para concluir con ello, nos remitimos a la opción sistemática general que supone la división en dos partes del trabajo que se presenta: la primera de ellas pretende abordar las cuestiones comunes a todos los tipos analizados, precisamente porque consideramos que comparten un fundamento arraigado en la colaboración con la función pública que realizan sus sujetos activos; la segunda se destina al estudio de los elementos esenciales de dichos tipos, con la pretensión de extraer consecuencias de aquello que, previamente, se ha identificado como su fundamento compartido

PRIMERA PARTE:

**LA PROTECCIÓN DE LAS FUNCIONES DE ABOGADO Y
PROCURADOR.**

CAPÍTULO PRIMERO: EL OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL.

**I. EL BIEN JURÍDICO EN EL TÍTULO XX: LOS DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.**

**1. Ubicación y análisis de los delitos relativos a la
deslealtad profesional hasta la reforma del Código Penal de
1995.**

Con carácter previo al estudio de los tipos objeto de este trabajo, tal como se encuentran regulados tras la promulgación del Código Penal de 1995, consideramos necesario hacer una breve referencia a sus antecesores. Ello es necesario porque su ubicación, redacción y tratamiento por la doctrina de la época, nos permitirá dotarnos de los datos necesarios para analizar posteriormente, no sólo los problemas interpretativos que acompañan a su redacción, sino también, aquello que se pretende proteger, es decir, el fundamento de la intervención punitiva del Estado a raíz de las conductas de estos profesionales del derecho¹.

¹ En el Derecho Romano, el Digesto (L.I.D. XLVII, 15), ubicaba la prevaricación entre los delitos extraordinarios. En el antiguo derecho español era penado la revelación del secreto, así como el engaño, realizado por los abogados, en perjuicio de la parte: en las Partidas, Leyes 9, 10 y 15, Título VI, P.III; Ley 11, Título XVI, P.VII; en la

1.1. Códigos históricos.

En el Código Penal de 1822 ya aparece la deslealtad de abogado y procurador. Ésta viene regulada en el art. 423², dentro del Título V, Capítulo VI, bajo la rúbrica *“De los que violen el secreto que les está confiado por razón del empleo, cargo o profesión pública que ejerzan, y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas”*. En dicho precepto se tipifica tanto la doble defensa como el perjuicio doloso al cliente, aunque no contempla el supuesto de la negligencia o ignorancia inexcusable³.

Ya con el Código de 1848 se estructuran estos delitos de manera similar a la mantenida hasta la actual reforma. En los

Novísima Recopilación, Ley 12, Título XXII, Libro V. Vid. GARCÍAS PLANAS, G., *“Prevaricación de abogados y procuradores”*, en ADPCP, 1994, págs. 34 y ss; CUELLO CALÓN, E., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pág. 401.

² Art. 423: *“Cualquier abogado, defensor o procurador en juicio, que descubra los secretos de su defendido á la parte contraria, ó que después de haberse encargado de defender á la una, y enterándose de sus pretensiones y medios de defensa, la abandone, y defienda á la otra, ó que de cualquier otro modo á sabiendas perjudique á su defendido para favorecer al contrario, ó sacar alguna utilidad personal, será infame por el mismo hecho, sufrirá una reclusión de cuatro á ocho años, y pagará una multa de cincuenta á cuatrocientos duros, sin poder ejercer mas aquel oficio. Si resultare soborno, el sobornador será castigado con un arresto de cuatro á diez y ocho meses”*.

³ Vid. GARCÍAS PLANAS, *“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 36.

arts. 273 y 274⁴, se castiga el perjuicio doloso al cliente y el descubrimiento de secretos, así como la doble defensa. Todos ellos, aparecen recogidos en el Capítulo Primero -"Prevaricación"- del Título Octavo, bajo la rúbrica "*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos*". Se regulan estos delitos entre los cometidos por los empleados públicos⁵, y basándose en ello PACHECO señala que la Ley penal se ocupa de estos delitos para evitar los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones⁶. Idéntica rúbrica recoge el Código Penal de 1870 (Título VII, Capítulo primero "*Prevaricación*"), pero a diferencia de su antecesor, en su art. 371 se recogen los supuestos del perjuicio o el descubrimiento de secretos realizados de forma negligente o con ignorancia inexcusable, y además, se introduce la expresión "*o la aconsejare*" hasta esos

⁴ Art. 273: "*El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente ó descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión á la de inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 á 500 duros*".

Art. 274: "*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 á 200 duros*".

⁵ PACHECO (El Código Penal, concordado y comentado, Tomo II, Madrid, 1881, págs. 393 y ss.) señala que la expresión empleado significa persona pública, todo aquel que desempeña un cargo público en la sociedad.

⁶ PACHECO, El Código Penal, concordado y comentado, ob.cit., pág. 394.

momentos inexistente -art. 372-⁷. Para VIADA la gravedad e importancia de estos delitos estriba en las personas que los cometen, es decir, los *funcionarios públicos*, personas más obligadas que el resto de ciudadanos al cumplimiento y observancia de las leyes, en virtud al cargo público que desempeñan⁸. En sentido contrario GROIZARD realiza una crítica generalizada de los preceptos que regulan la prevaricación de abogado y procurador, y señala, en primer lugar, lo impropio de la inclusión de estas infracciones penales en un Título que trata de los delitos cometidos por los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, ya que aquéllos no son empleados públicos, ni ejercen funciones públicas⁹. En su opinión, los actos que realizan son contrarios a los deberes contractuales que han

⁷ Art. 371: “Será castigado con una multa de 250 á 2.500 pesetas el Abogado ó Procurador que, con abuso malicioso de su oficio ó negligencia ó ignorancia inexcusables, perjudicare á su cliente ó 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 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 temporal especial y multa de 125 á 1.250 pesetas”.

⁸ VIADA VILASECA, S., Código Penal reformado de 1870, Tomo II, 4 ed., Madrid, 1890, pág. 532.

⁹ GROIZARD, El Código Penal de 1870, concordado y comentado, Tomo IV, Salamanca, 1891, pág. 121. En el mismo sentido, PUIG PEÑA (Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 402), que remite a una Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1894 para negar la cualidad de funcionario público del abogado.

establecido con sus clientes, y precisamente por ello, por faltar a los deberes “profesionales”, delinquen y deben ser castigados¹⁰.

Sobre este punto volveremos en páginas posteriores, aunque ya podemos adelantar que la sanción penal no puede fundamentarse, únicamente, en el incumplimiento de las obligaciones contractuales que surgen entre abogados y procuradores y sus clientes, por muy graves que éstas sean, ya que ello, por sí solo, no puede centrar el contenido del injusto¹¹.

Con anterioridad al texto penal de 1944 debe destacarse que en los arts. 422 y 423¹² del Código de 1928, se suprime el descubrimiento de los secretos del cliente del ámbito de la

¹⁰ Vid. GROIZARD, El Código Penal de 1870, concordado y comentado, ob.cit., págs. 121 y ss.

¹¹ Sobre este extremo se hará hincapié en esta Primera parte, en el Capítulo primero, *infra* II.

¹² 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 dos a seis años y multa de 1.000 a 15.000 pesetas”.

prevaricación; a pesar de que, el Código Penal de la II República de 1932, lo volvería a introducir¹³ en sus arts. 365 y 366¹⁴.

A pesar de las advertencias realizadas por la doctrina, con el Código Penal de 1944 las conductas desleales de abogado y procurador se continúan manteniendo en los arts. 360 y 361¹⁵, dentro del Título VII relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Como señala ORTS, en este Título se encuentra “un abigarrado mosaico de delitos que, paradójicamente, no sólo no comprende todos los que están atribuidos a los funcionarios públicos (...), sino que su

¹³ Vid. GARCÍAS PLANAS, *“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 37.

¹⁴ Art. 365: *“Será castigado con una 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 de ellos conocimiento 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”*.

¹⁵ Art. 360: *“Será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas el 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”*.

Art. 361: *“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”*.

comisión, frente a lo que inicialmente pudiera pensarse, no está reservada de manera exclusiva a quienes ostenten aquella condición”¹⁶. Como indica RODRÍGUEZ DEVESA, quizás el Título VII no sea más que “un residuo histórico de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código”¹⁷. En concreto, dichas deslealtades se encuentran en el Capítulo primero, relativo a la prevaricación. Ahora bien, bajo la rúbrica “*De la Prevaricación*” se encuentran una pluralidad de tipos delictivos, arts. 351 a 361 ACP, imputables a jueces, funcionarios públicos, abogados y procuradores. Por la diversidad de sujetos y conductas típicas que constituyen el delito de prevaricación resulta difícil obtener un concepto penal único de dicha figura delictiva. En efecto, gramaticalmente, prevaricar significa “delinquir los empleados públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia”¹⁸. Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia la

¹⁶ ORTS BERENGUER, E., (con Vives, Boix, Carbonell y Cussac) Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 437.

¹⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Derecho Penal Español. Parte Especial, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, pág. 1124. Vid. Asimismo, SÁNCHEZ OCAÑA A (“*Título VII*”, Código Penal comentado, obra colectiva, Ed. Akal, Madrid, 1990, pág. 667) que recoge diversas críticas doctrinales sobre este Título.

¹⁸ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Vigésima primera edición, Madrid, 1992.

configuran como “aplicación torcida del Derecho”¹⁹, o como “faltar a las obligaciones del cargo que se desempeña; faltar un funcionario público a la justicia en actuaciones propias de su cargo, a sabiendas o por ignorancia inexcusable”²⁰. Sin embargo, con estas vagas e incompletas definiciones resulta difícil incluir bajo la rúbrica de la prevaricación las conductas típicas de abogado y procurador, porque, en atención al sujeto activo del delito, no nos encontramos frente a un funcionario público, ni frente a una autoridad, sino frente a profesionales que no dictan resolución alguna²¹.

Como en los Códigos anteriores, a partir de la rúbrica del Título, la posibilidad de ser sujetos activos de dichos delitos parece reservarse a aquéllos que tienen la condición de funcionario público. Basándose en ello se entiende que lo protegido por el Título VII es la infracción del deber de cargo por parte del funcionario. Así, JASO estima que, en efecto, es la infracción de ese deber lo que da unidad a estos delitos. De este

¹⁹ Vid. BACIGALUPO, E., “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, en Documentación Jurídica (enero, 1983), Vol. 2, pág. 1103 y BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, pág. 366.

²⁰ Vid. SSTS 14 de marzo de 1904 y 14 de mayo de 1974.

²¹ Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 24 y 25.

modo eleva a la categoría de ilícitos penales, meras infracciones disciplinarias, señalando que las diferencias entre ambas son simplemente cuantitativas²². FERRER SAMA considera que la infracción del deber de cargo repercute en una lesión a la Administración Pública, que es el auténtico bien jurídico protegido²³. QUINTANO mantiene que el elemento común de estos tipos radica en que se tratan de infidelidades del funcionario a los servicios que tienen encomendados²⁴.

En cambio, COBO DEL ROSAL añade que al legislador penal le interesan los delitos que se realizan con ocasión de la función pública, más que aquellos que cometen los funcionarios públicos²⁵; por esta razón, critica el hecho de haber agrupado estos delitos en atención al sujeto activo, y no en base al bien jurídico protegido, ya que ello ha provocado, como señala además CUELLO CALÓN, que en los tipos objeto de este estudio, el texto legal equipare las figuras de abogado y procurador a los

²² JASO ROLDÁN, T., en Rodríguez Muñoz, Jaso y R. Devesa, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 1949, págs. 192 y ss.

²³ FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, pág. 57.

²⁴ QUINTANO RIPOLLES, E., *Curso de Derecho Penal II*, Madrid, 1963, pág. 549.

²⁵ COBO DEL ROSAL, M., *“Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español (Sobre el concepto de “funcionario público” a efectos penales)”*, en *RGLJ*, 1962, pág. 241.

funcionarios públicos²⁶. Para salvar esta aparente incoherencia se acabó destacando, como elemento esencial aglutinador de estos ilícitos, la “participación en el ejercicio de la función pública”, ya que, únicamente, de acuerdo con dicha participación, adquiriría sentido el tratamiento unitario que dispensa el legislador a “particulares” y a funcionarios²⁷.

En la doctrina más reciente destacan los pronunciamientos, entre otros, de BACIGALUPO que considera las conductas recogidas en el Título VII del ACP como comportamientos que suponen el “ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de derecho”. No obstante, excluye los arts. 360 y 361 de esta concepción, porque los sujetos activos carecen de la cualificación de funcionarios públicos²⁸.

²⁶ COBO DEL ROSAL, *“Exámen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español (...)”*, ob.cit., pág. 250; CUELLO CALON, *Derecho Penal. Tomo II*, ob.cit., pág. 401.

²⁷ COBO DEL ROSAL, *“Exámen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español (...)”*, ob.cit., pág. 250.

²⁸ BACIGALUPO, *“Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”*, ob.cit., págs. 1098 y 1099.

Pero es en la obra de OCTAVIO DE TOLEDO, “La prevaricación de funcionario público” donde se erige la función pública como bien jurídico común a todos los tipos del Título VII. Así, éstos, son “delitos contra la función pública, cometidos por aquellos que pueden atacarla desde dentro”, precisamente cuando actúan desde su interior, cuando participan en el ejercicio de la función pública²⁹. De este modo, el objeto de tutela “función pública” es configurado como el servicio que la Administración Pública ofrece a los ciudadanos³⁰. Tal como señala BUSTOS, quien destaca la naturaleza funcional del bien jurídico, “lo que se pretende proteger es la función administrativa pública” entendida en sentido amplio, que resultará esencial para la resolución y disminución de los conflictos sociales³¹.

²⁹ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Cívitas, Madrid, 1980, pág. 143. En el mismo sentido (acogiendo su planteamiento) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1991, ob.cit., pág. 366 y ORTS BERENGUER, *Derecho Penal. PE*, 1993, ob.cit., pág. 437) quien estima que “es posible afirmar que el bien jurídico protegido en estos delitos se halla representado por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad (en este sentido, Vives), y no en la violación del deber de cargo”.

³⁰ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M^a.J., “*La prevaricación de abogado y procurador (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)*”, en *Delitos de los funcionarios públicos*, obra colectiva, colección “Cuadernos de Derecho Judicial”, CGPJ, Madrid, 1994-IV, pág. 109.

³¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. PE*, 1991, ob.cit., pág. 366.

Como se habrá observado, a lo largo de esta evolución histórica, se abandona la idea de la infracción del deber del cargo como objeto de protección y fundamento de los delitos del Título VII, para situarlo en el correcto funcionamiento de la función pública. No obstante, en los preceptos relativos a la deslealtad de abogado y procurador, podemos observar que son supuestos que hacen referencia al incumplimiento de los deberes profesionales. En otras palabras, son infracciones de sus deberes profesionales las que dan lugar a responsabilidad penal. Ahora bien, no todo incumplimiento de esos deberes es al mismo tiempo delictivo. Si ello fuera así, si únicamente la contravención del deber profesional fundamentara su sanción penal, no sería posible establecer la diferenciación entre infracciones disciplinarias y administrativas y delitos. Por ello será necesario que junto a la infracción del deber propio del cargo exista la lesión a la función pública; y la concurrencia de este elemento será lo que convierta la originaria infracción de un deber en delito³².

Una vez consagrada la función pública como bien jurídico común a todos los tipos del Título VII, OCTAVIO DE TOLEDO

³² Sobre este punto se hará hincapié a lo largo de estas páginas y, en especial, en el Capítulo primero de esta Primera parte, *infra* II.4.

apunta que, algunos tipos de los contenidos en el Título no reúnen las tres características comunes a tales ilícitos: que el sujeto activo sea funcionario público en sentido penal, que el objeto de protección sea la función pública y que la acción se realice cuando dicho sujeto está participando en el ejercicio de funciones públicas³³. En concreto, se observa una falta de encaje de los tipos objeto de este estudio (prevaricación de abogado y procurador) en el Título VII, al no concurrir en ellos la condición de funcionario en sentido penal del sujeto activo. Pero, tal como señala GARCÍA ARÁN “no por la falta de afectación del hecho a la función pública”, ya que, en concreto, el comportamiento afectará a la función jurisdiccional³⁴. Precisamente por ello, ya entonces parecía más acorde la ubicación de estos tipos en el Título IV, que recogía los “*Delitos contra la Administración de Justicia*”³⁵. No

³³ OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., págs. 143 y 144.

³⁴ GARCÍA ARÁN, M., La prevaricación judicial, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 30. Que se adhiere al planteamiento de OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., pág. 143.

³⁵ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M^a.J. y GARCÍA ARÁN, M., (“*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, en Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (enero, 1983), núms. 37 a 40, Vol. 2, pág. 1125.) entienden que, el mantener estos delitos entre los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos, “no hace sino corroborar la posibilidad de entender la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública, aunque por lo especialísimo de la función se justifique el tratamiento penal separado”.

obstante, tal cambio de ubicación no se ha materializado hasta el Código Penal de 1995.

1.2. Los Proyectos democráticos hacia el Código Penal vigente.

Con anterioridad al Código Penal vigente hubo diferentes proyectos que pretendieron modificar, como luego hizo el de 1995, la regulación de *“los delitos contra la Administración de Justicia”*. Hasta el momento, y en cualquier caso, el contenido del Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia ha experimentado constantes cambios, por lo que se le ha venido calificando como un Título *“permanentemente abierto”*³⁶.

³⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *“Los delitos contra la Administración de Justicia”*, en *RJC*, núm. extraordinario, Barcelona, 1980, pág. 191; del mismo autor, *“Arts. 465, 466 y 467 CP”*, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AA.VV, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1923. Asimismo, Vid., entre otros, GARCÍA ARÁN, M., *“Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”*, en *Libro-Homenaje al Profesor Del Rosal*, Madrid, 1993, pág. 519; del mismo autor, *“Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, obra colectiva, colección *“Cuadernos de Derecho Judicial”*, CGPJ, Madrid, 1997-IV, pág. 282; GARCÍA MIGUEL, M., *“Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal”*, en *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (enero, 1983), núms. 37 a 40, Vol. 2, pág. 1110; MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., págs. 1119 y 1120.

Ya el Proyecto de 1980 recoge la deslealtad de abogado y procurador (arts. 504 y 505) en el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. En éste se destacaba la dificultad de determinar qué se protegía bajo tal rúbrica. Así, QUINTERO OLIVARES, partiendo de la expresión “Administración de Justicia”, formula cuatro posiciones respecto al bien jurídico objeto de tutela:

1) Protección de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública, no como soporte del Poder Judicial. QUINTERO OLIVARES rechaza este primer planteamiento, y aunque reconoce que la Administración de Justicia es parte de la Administración Pública, recomienda su tratamiento separado.

2) Protección de la Administración de Justicia, entendida ésta como “actividad” del Poder Judicial. Ello supondría que muchos tipos quedarían sin sentido, ya que aquí no figuran todos los actos punibles que ofenden a la Administración de Justicia. La protección debe ser “relativa” y “fragmentaria”, referida a algunas de las funciones de la Administración de Justicia frente a conductas que la ofenden.

3) Protección de la “idea de justicia” como bien que se administra y que estos delitos impiden o dificultan que pueda realizarse. Ello obligaría a señalar qué es lo “justo” en cada caso, con la dificultad de que lo que puede ser justo para unos no lo es para otros.

4) Reforzamiento del deber de acatamiento y el respeto al Poder Judicial, a sus decisiones y a su independencia³⁷.

La conclusión a la que llega QUINTERO OLIVARES es que lo único que tienen en común los tipos del Título IV “es una vaga relación con el fin último de la justicia, entendida a veces como función, a veces como realización de un ideal (...), y a veces como deber de sumisión o de colaboración con ella”³⁸.

Por su parte, LUZÓN considera que la mejor clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia es la realizada

³⁷ QUINTERO OLIVARES, “*Los delitos contra la Administración de Justicia*”, ob.cit., págs. 192 y ss. La sistematización realizada por Quintero, es seguida en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 por MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, en “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., págs. 1121 y 1122; y por GARCÍA ARÁN, en relación al Proyecto de Código Penal de 1992, en “*Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992*”, ob.cit., pág. 520.

³⁸ QUINTERO OLIVARES, “*Los delitos contra la Administración de Justicia*”, ob.cit., pág. 194.

por QUINTANO, atendiendo a la propia dinámica procesal³⁹. Así, clasifica las figuras según afecten a la fase preprocesal (al nacimiento indebido del procedimiento judicial), las que inciden en el proceso (incluye aquí las figuras de la obstrucción a la justicia y la prevaricación, por afectar al desarrollo general de la causa o a su conclusión) y en último lugar, las que afectan a la fase ejecutiva⁴⁰.

En el Proyecto de 1980 se modifica considerablemente la regulación de los delitos contra la Administración de Justicia - Título XI del Libro II-, planteando una reordenación sistemática e incluso realizando ciertas modificaciones sustanciales de contenido. De este modo, con el Proyecto se amplían los delitos contra la Administración de Justicia y se incorporan, además de las figuras relativas a la obstrucción a la justicia y la prevaricación de abogados y procuradores, las figuras de la omisión del funcionario del deber de promover la persecución de delitos, la prevaricación judicial, el favorecimiento personal y

³⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., *“Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”*, en Libro-Homenaje al Profesor Antón Oneca, Salamanca, 1982, pág. 779.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, *“Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”*, ob.cit., págs. 777 y ss.

real, el quebrantamiento de condena, la infidelidad en la custodia de presos y la entrada indebida en territorio español.

Así, el Proyecto de 1980 queda sistematizado de la siguiente manera: el Capítulo Primero recoge *“la omisión de los deberes de impedir los delitos o de promover su persecución”*; el Capítulo Segundo regula la *“provocación indebida de actuaciones”*; el Capítulo Tercero lo dedica a la *“prevaricación”*, judicial (arts. 498 a 503 del Proyecto) y de abogado o procurador (art. 504 del Proyecto), así como a la *“deslealtad profesional de abogado o procurador respecto a la representación o asesoramiento de particulares”* (art. 505 del Proyecto); el Capítulo Cuarto recoge el *“falso testimonio”* y el Capítulo Quinto la *“obstrucción a la Justicia”* y *“la realización arbitraria del propio derecho”*; el Capítulo Sexto regula *“el favorecimiento real y personal”*; el Capítulo Séptimo se ocupa *“del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos”* y, en último lugar, el Capítulo Octavo tipifica *“la entrada indebida en territorio español”*.

Con la propuesta de Anteproyecto de 1983 continuaron las vacilaciones respecto al bien jurídico protegido por el Título IV (que recogía los delitos contra la Administración de Justicia). En relación a éste, MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN

parten de los conceptos “Poder Judicial” (art. 117.3 y 1 CE) y “Administración de Justicia” para precisar qué es o qué se protege bajo la rúbrica *“Delitos contra la Administración de Justicia”*⁴¹. Así, y tomando como punto de partida la Constitución, señalan que Jueces y Magistrados son los que integran el Poder Judicial (art. 117.1 CE), y son los que desempeñan una función estatal de administrar “justicia”. Esa función de administrar es el ejercicio de la potestad jurisdiccional, a la que se refiere el apartado tercero del art. 117 CE cuando alude a que *“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”*. Estos Juzgados y Tribunales están integrados por los miembros del Poder Judicial “detentadores de la potestad jurisdiccional y a los que se les confía el ejercicio de la actividad jurisdiccional”⁴².

Por tanto, “el administrar justicia -monopolio exclusivo del Estado- es una función, una actividad dinámica, que por imperativos del Estado de Derecho, está reglada, en el sentido de

⁴¹ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., págs. 1123 y ss.

⁴² MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., pág. 1124.

que, la llamada actividad jurisdiccional únicamente se ejerce en el marco de estrictísimos acotamientos legales”⁴³. Con todo ello, los autores mencionados entienden que, la función estatal de administrar justicia que se desempeña, de modo exclusivo, por los integrantes del Poder Judicial (potestad jurisdiccional) a través de los cauces de un proceso (actividad jurisdiccional), es lo que se corresponde con la “Administración de Justicia como bien jurídico protegido por el Derecho Penal”⁴⁴. En contra de la opinión de QUINTANO, la Administración de Justicia no sólo estaría destinada a la búsqueda de la verdad sino a la “resolución de conflictos sociales”⁴⁵.

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 siguió en la misma línea de los textos anteriores. Así, no sólo su Título XVII también se rubrica “*Delitos contra la Administración de Justicia*”, sino que en él asimismo encontramos tipificadas conductas delictivas idénticas a las que recogía el Proyecto de Código Penal de 1980, aunque sistematizadas de otro modo. Por

⁴³ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1124.

⁴⁴ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., págs. 1124 y 1125.

⁴⁵ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1126.

lo que a nuestro trabajo interesa, tan sólo haremos referencia, a modo de apunte, a su Capítulo Séptimo (Tercero en el Proyecto de 1980) dedicado a la “prevaricación”, judicial (arts. 438 a 444 de la Propuesta de Anteproyecto) y de abogado y procurador (art. 446.1 de la Propuesta de Anteproyecto) que incluye también, la “deslealtad profesional de abogado o procurador” respecto a la representación o asesoramiento de particulares (art. 446.2 de la Propuesta de Anteproyecto).

En relación al Proyecto de 1992, GARCÍA ARÁN vuelve a poner de manifiesto la postura defendida junto a MAGALDI PATERNOSTRO respecto al Anteproyecto de 1983. Es decir, que la protección de la Administración de Justicia lo es como función de Administrar Justicia. En definitiva, la protección de la función jurisdiccional⁴⁶.

Debe destacarse que es en este último Proyecto legislativo donde aparece recogida la prevaricación de abogado y procurador en un Capítulo distinto al de la prevaricación judicial. Así, en el Capítulo VII del Título XVII (“*Delitos contra la Administración de Justicia*”) dedicado a las conductas de obstrucción a la justicia y

⁴⁶ GARCÍA ARÁN, “*Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992*”, ob.cit., págs. 519 y ss.

deslealtad profesional (arts. 442 y ss), aparecen las infidelidades de abogado y procurador (arts. 444 a 446). Como una de las infidelidades, y de forma novedosa, aparece la destrucción o inutilización de documentos, que se mantendrá en el Código Penal de 1995.

Finalmente, el Título XX del Código Penal de 1995 relativo a los *“Delitos contra la Administración de Justicia”*, ha quedado configurado, prácticamente, como venían proponiendo los Proyectos de Código Penal⁴⁷. Lo destacable, a efectos de nuestro trabajo, es que recoge la prevaricación judicial, en su Capítulo Primero, y los delitos relativos a la obstrucción a la justicia (arts. 463 y 464 CP) y la deslealtad profesional (arts. 465, 466 y 467 CP) en su Capítulo Séptimo⁴⁸.

⁴⁷ Se incluyen, también, el encubrimiento y la infidelidad en la custodia de presos.

⁴⁸ Art. 465.1: *“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 seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión empleo o cargo público de tres a seis años”*.

Art. 466.1: *“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”*.

Art. 467.1: *“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 tenga intereses”*.

No obstante, la doctrina considera que, a pesar de las mejoras sistemáticas realizadas con el nuevo Código Penal, la protección de la Administración de Justicia y su buen funcionamiento, como función jurisdiccional del Estado, no es exclusiva de este Título, sino que aparece en diferentes lugares del Código. Así, MUÑOZ CONDE señala que ha quedado fuera del Título la falsedad documental en su modalidad de presentación en juicio de documentos falsos que, aunque indirectamente, afectará “al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia a través de la lesión de bienes jurídicos más específicos”⁴⁹. QUINTERO OLIVARES, considera que también lesionan la función jurisdiccional del Estado algunas infracciones recogidas entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos individuales, y en este sentido señala, entre otros, el impedir a un detenido el derecho a la asistencia de abogado (art. 537 CP) y el violar en el curso de un

contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años”. 2. “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”.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 790 y 791.

proceso por delito las garantías de inviolabilidad del domicilio o de la intimidad (arts. 534 y ss CP); asimismo, destaca como una de las infracciones más características contra la Administración de Justicia, y que no ha sido incluida en este Título, sino en el Título XXI referente a los “*Delitos contra la Constitución*”, la invasión de atribuciones judiciales o los atentados contra la independencia de Jueces y Magistrados (art. 508 CP), y aunque en grado menor, también señala este autor que podría añadirse a lo anterior la falta de desórdenes en Audiencia o Juzgado (art. 633 CP)⁵⁰.

Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR hace hincapié en que la revelación del secreto sumarial del art. 301 LECrim -secreto sumarial externo-, cuando es realizada por funcionario público, debería haber sido incluida en el Título XX, al afectar “de lleno a la función jurisdiccional”, en vez de situarla en el Título XIX relativo a los “*Delitos contra la Administración Pública*”; en concreto, en el ámbito de la revelación de secretos del art. 417 CP (Capítulo IV)⁵¹.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1923.

⁵¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F., De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 25.

Así, y tras la promulgación del Código Penal de 1995 se mantiene -con la exclusión de la revelación de secretos del cliente, como deslealtad profesional, conducta regulada ahora de forma genérica en el art. 199.2 CP-la llamada prevaricación de abogado y procurador procedente de los arts. 360 y 361 ACP -*la doble defensa o el denominado conflicto de intereses y el perjuicio de los intereses de la parte, intencionado o por negligencia-*, aunque, en el nuevo texto penal y con acierto, pasará a denominarse deslealtad profesional de abogado y procurador (art. 467 CP).

Asimismo, aparecen otros nuevos tipos de deslealtad profesional: la *destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones* (art. 465 CP) y la *revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial* (art. 466 CP). Con anterioridad, estas dos últimas conductas delictivas eran únicamente sancionables por vía disciplinaria en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) y en las normas deontológicas de abogado y procurador.

En primer lugar, la conducta de *destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones* -art. 465 CP- parecía ponerse en relación con el art. 308 LEC/1881. Éste señalaba que: “*Si los autos se hallaren en poder de alguna de las partes o se*

hubiere entregado a éstas algún documento y no los hubiesen devuelto en el plazo correspondiente, se ordenará que devuelvan aquéllos o éste en el mismo o al siguiente día bajo apercibimiento de la multa de 50.000 pesetas y de 2.000 pesetas más por cada día que transcurra sin verificarlo. Si transcurriesen dos días sin devolverlos, procederá el Secretario, sin necesidad de nueva providencia y bajo su personal responsabilidad al recogerlos de quien los tenga en su poder y, en el caso de que no le fueren entregados en el acto del requerimiento, dará cuenta al Juzgado o Tribunal para que disponga que se proceda a lo que haya lugar penal o disciplinariamente”. Esta sanción estaba prevista para los supuestos en que a las partes procesales se les ha hecho entrega de las actuaciones judiciales -por el Secretario judicial- para poder realizar las alegaciones pertinentes -por ejemplo, arts. 506 y 508 LEC/1881 o art. 654 LECrim- y, éstas no han sido devueltas en el plazo correspondiente. Cuando se da traslado a las partes de las actuaciones judiciales, éstas tienen la obligación de conservación y custodia, y el incumplimiento de la orden de devolución da lugar, en principio, a una sanción disciplinaria. Por otra parte, también podemos encontrar esta figura delictiva, como delito contra la Administración Pública, en el art. 413 CP.

En segundo lugar, la conducta de *revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial* -art. 466 CP- debemos relacionarla con los arts. 301 y 302 de la LECrim, que prescriben la obligación de silencio o reserva en cuanto al contenido de un proceso; y con el art. 232 LOPJ, en cuya virtud los Jueces y Tribunales podrán acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones en un proceso, mediante resolución motivada. El art. 301 de la LECrim establece de modo específico que *“las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”*. La norma consagra el deber de secreto en relación con estas actuaciones y, además, determina una sanción disciplinaria de multa de 250 a 25.000 pesetas para el abogado, procurador o particular que incumpla este deber de secreto.

Pero la situación de secreto procesal es objeto de una mayor concreción normativa en el art. 302 LECrim, que dispone: *“Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no*

superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario". Por otra parte, en el art. 417 CP encontramos su correlativo, pero configurado como un delito contra la Administración Pública⁵².

A partir del estudio de la evolución histórico-legislativa de estos tipos penales y, basándonos en el cambio de ubicación de los delitos de deslealtad profesional de abogado y procurador (ahora entre los delitos contra la Administración de Justicia), ya podemos apuntar que lo que aquí se protege definitivamente es la *función de administrar justicia*. En los delitos de deslealtad profesional nos encontramos con conductas que suponen infracciones de deberes profesionales; ahora bien, dichas infracciones, *per se*, no constituyen por sí solas la materia de prohibición penal. Por ello será necesario determinar, como señala FELIP I SABORIT, qué peculiares aspectos califican la actividad profesional del abogado y procurador para poder convertir la mera infracción de un deber en un ilícito penal, para

⁵² Vid. en relación a éstas últimas consideraciones, BENÉYTEZ MERINO, L., "artículos 465, 466 y 467", en Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Vol. III (artículos 386 a disposiciones finales), Dirección: Cándido Conde-Pumpido, Ed. Trivium, Madrid, 1997, págs. 4351 y ss.

así poder precisar el bien jurídico protegido en los delitos de deslealtad profesional⁵³.

Como bien indica PÉREZ CEPEDA, podríamos considerar, en principio, a los delitos de deslealtad profesional como simples infracciones de deberes profesionales; de forma paralela, y debido a la sistemática utilizada en el Código y a su ubicación, podría mantenerse que el bien jurídico protegido es “el servicio público de la Administración de Justicia”⁵⁴.

Ahora bien, lo dicho hasta el momento, como estas últimas afirmaciones, únicamente constituirán las premisas, o el punto de partida de nuestro estudio; ya que a lo largo de estas páginas intentaremos concretar, no sólo el por qué se incriminan estas conductas desleales de abogado y procurador, sino también el fin último que se configura como objeto de la tutela penal.

⁵³ Vid. FELIP I SABORIT, D., “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, en *ADPCP*, 1993, pág. 777.

⁵⁴ PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 44.

2. La concepción actual y su reflejo en la rúbrica adoptada por el Código Penal de 1995: la protección de la función de administrar justicia.

Como hemos visto, el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia se ha caracterizado por su defectuosa sistematización y por la gran movilidad de los tipos penales que lo configuran. Una de las razones que han contribuido a la entrada y salida de delitos de este Título, así como a una difusa distinción entre este grupo de ilícitos y aquellos que afectan a la Administración Pública -que protegen el ejercicio de funciones públicas en general-, se encuentra en la dificultad técnica de precisar qué se entiende por “Administración de Justicia” como objeto de protección penal.

En efecto, como ya hemos señalado anteriormente⁵⁵, bajo la acepción “Administración de Justicia” podemos encontrar referencias a la “idea de Justicia”, a la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública, al Poder Judicial “como concepto político dentro del esquema de división de poderes” y,

⁵⁵ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* I.1.1 y 1.2.

además, “como concepto funcional”, detentador de la potestad jurisdiccional⁵⁶. Asimismo, algunos autores consideran que el fin último de los delitos rubricados bajo el Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia es el de la Justicia⁵⁷, entendida como una función, como deber de sumisión, como deber de lealtad o como deber de colaboración⁵⁸. Sin embargo, debemos señalar que, la protección de la Administración de Justicia no es absoluta sino “relativa” y “fragmentaria” y, necesariamente, se ha de centrar en determinados aspectos o funciones de ésta⁵⁹. Como bien señalan MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, la Justicia, en un Estado Social y Democrático de Derecho “equivale a la aplicación del Derecho vigente” a través de unos concretos órganos del Estado que desempeñan esta función⁶⁰.

⁵⁶ Vid. QUINTERO OLIVARES, “*Los delitos contra la Administración de Justicia*”, ob.cit., págs. 192 y ss; MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., págs. 1121 y ss; GARCÍA ARÁN, “*Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992*”, ob.cit., pág. 520.

⁵⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit, pág. 1924. En el mismo sentido, ABELLANET GUILLOT, F., “*La prevaricación de abogado. Otros delitos cometidos por abogado en el ejercicio profesional en el Nuevo Código Penal*”, en *RJC*, Barcelona, 1996, pág. 190.

⁵⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1924.

⁵⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1924.

⁶⁰ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit, pág. 1122.

Consideramos, como hemos adelantado en el apartado anterior, que el concepto de Administración de Justicia debe extraerse y fundamentarse, siguiendo a MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, en las disposiciones constitucionales para poder establecer que bajo tal rúbrica se acoge la función estatal de administrar e impartir justicia. A partir del art. 117.1 de la Constitución que proclama que *“la justicia emana de 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”*, y relacionando este precepto con el art. 1.2 de la Constitución que establece que *“la soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado”*, puede considerarse que los integrantes de aquel Poder -Jueces y Magistrados de un Estado de Derecho- desempeñan la función estatal de administrar justicia. El apartado tercero del art. 117 del texto constitucional va más allá al establecer que a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, quienes juzgan

Asimismo, como señala BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 15), *“la razón de ser de un Título de estas características en el texto punitivo radica en el interés del Estado y de los ciudadanos en que la “Justicia” funcione de modo normal, con coherencia respecto a sus fines y en la convicción de que debe ser protegida específicamente de aquellos hechos dirigidos a impedir su desarrollo de acuerdo a los principios que la rigen”*.

y hacen ejecutar lo juzgado, les corresponde -de forma exclusiva- el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁶¹.

En suma, la función estatal de administrar justicia - monopolio del Estado- estará desempeñada por los miembros del Poder Judicial, quienes ejercerán la potestad jurisdiccional; únicamente a éstos les corresponderá el ejercicio de la actividad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado⁶². Dicho de otro modo, la Administración de Justicia se equipara a la función jurisdiccional, a los efectos de la protección penal, y dicha función es considerada parte de la función pública⁶³.

⁶¹ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., págs. 1121 y ss.

⁶² Vid. GIMENO SENDRA (Fundamentos del Derecho Procesal, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 28), que define la jurisdicción como “el Poder Judicial, compuesto por Jueces y Magistrados, a quienes, por su independencia y sumisión a la Ley, la soberanía popular ha otorgado la potestad jurisdiccional y, en consecuencia, expresamente ha legitimado para la solución definitiva e irrevocable de los conflictos intersubjetivos y sociales, para el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico”.

⁶³ Vid. GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, ob.cit., págs. 47 y ss. Como señalan, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN (El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al Debate Parlamentario, Madrid, 1996, pág. 187), el Título XX “se destina a la protección de una parte especialmente relevante del ejercicio de funciones públicas que genéricamente se protegen en el Título anterior. Si allí se protegía la función pública, aquí se protege específicamente el ejercicio de la *función jurisdiccional*, consistente en administrar “aquello” que emana del pueblo y se concreta en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (art. 117, núms. 1 y 3 CE)”. En definitiva, aquello que aquí se protege es el ejercicio de funciones públicas, en concreto la función jurisdiccional.

En este sentido, y también de acuerdo al art. 117.1 CE, BENÍTEZ ORTÚZAR, estima conveniente que los delitos contra la función jurisdiccional del Estado, llevada a cabo por jueces y magistrados, sean tratados por separado, incluyendo, “junto a los delitos cuyo sujeto activo son los propios jueces y magistrados, los atentados a la misma realizados por particulares cualificados”, como pueden ser, por ejemplo, el abogado, el procurador o el graduado social. Ello, continúa el autor, justificaría la autonomía del Título relativo a los delitos contra la Administración de Justicia respecto al Título dedicado a los delitos contra la Administración Pública, al suponer la potestad jurisdiccional “una función propia completamente autónoma de la función desarrollada por el resto del conjunto que conforma la Administración Pública”⁶⁴.

La función jurisdiccional se ejerce, de modo exclusivo, por los integrantes del Poder Judicial a través de un proceso judicial. Debe destacarse la “relación entre la jurisdicción como actividad y el proceso como su medio”⁶⁵. Ello recuerda el planteamiento de

⁶⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 18 y 19. Asimismo, ello le lleva a afirmar “la existencia de una objetividad jurídica propia”, no exenta, en determinados casos, de cierta complejidad.

⁶⁵ Vid. GARCÍA ARÁN, La prevaricación judicial, ob.cit., pág. 69. Como señalan, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN (El Código Penal de 1995

QUINTANO y su clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia en relación a los distintos momentos del proceso⁶⁶. Asimismo, debe destacarse que con QUINTANO, a raíz de la clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia atendiendo a las fases del proceso, ya se destaca el contenido funcional de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido. Ahora bien, este autor considera que la actividad de la Administración de Justicia está destinada a procurar que la verdad del Derecho prevalezca por encima de todo, y el medio legalmente idóneo para conseguir dicha idea de Justicia será el proceso. De acuerdo con ello, éste -el proceso- deberá ser protegido frente a los ataques que impidan o dificulten su normal desarrollo.

No obstante, estimamos que tienen razón MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN cuando afirman que la rúbrica Administración de Justicia, acoge la potestad estatal como función jurisdiccional, destinada no sólo a la búsqueda de aquella verdad (material o formal, según se trate de un proceso

y la voluntad del legislador, ob.cit., pág. 187), los delitos incluidos en el Título XX afectan - en general - a distintos momentos del ejercicio de la función jurisdiccional, “desempeñado a través del cauce procesal como requisito imprescindible del mismo”.

⁶⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de Derecho Penal II, ob.cit., págs. 569 y ss.

penal o civil) -como establecía QUINTANO- sino también a la resolución de conflictos sociales⁶⁷. Asimismo, entienden que dicha función jurisdiccional deberá desempeñarse, siempre, a través de los estrictos cauces de un proceso⁶⁸.

Así, la finalidad última de la justicia, su función, en un Estado Social y Democrático de Derecho y, de acuerdo con el derecho vigente, consiste en resolver los posibles conflictos que surgen en la sociedad. Los conflictos sociales se originan entre partes o entre el ciudadano y el Estado; las partes, para hacer valer sus pretensiones deben acudir a sujetos cualificados, especialmente habilitados, para que las representen y defiendan: el procurador y el abogado. En consecuencia, la intervención del abogado y procurador incide en el correcto desarrollo de la

⁶⁷ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., pág. 1126. En el mismo sentido, POVEDA PERDOMO, A., *“Delitos de obstrucción judicial y de deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, en *Nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación* (Coord. Gutiérrez Francés-Sánchez López), Salamanca, 1997, pág. 185.

⁶⁸ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., págs. 1124 y ss. Con acierto, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 30), entiende, acogiendo el planteamiento de Magaldi Paternostro y García Arán, que la protección de la función estatal de administrar justicia desarrollada por los integrantes del Poder Judicial, a través de los cauces de un proceso, supone, o fundamenta “que el proceso ocupe un plano destacado a la hora de sistematizar y clasificar los delitos contra la Administración de Justicia”.

actividad jurisdiccional⁶⁹. Como señala PÉREZ CEPEDA, el hecho de que las intervenciones de estos profesionales -abogado y procurador- influyan en el correcto desarrollo de la función jurisdiccional supone necesariamente su reconducción al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, en tanto en cuanto, “estos profesionales están obligados a garantizar la indemnidad de la función pública jurisdiccional”⁷⁰. En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR señala que, acotar la correcta aplicación de la función jurisdiccional como bien jurídico protegido por el Título XX permite incluir en dicho Título “conductas de particulares que impidan u obstaculicen ese buen funcionamiento de la aplicación de la Justicia, y sobre todo, de los particulares cualificados que tan cerca de la actividad jurisdiccional se encuentran, como son los abogados, graduados sociales, procuradores, peritos o intérpretes”; incluso, aquellos individuos, como son los pertenecientes al Ministerio Fiscal, al desarrollar también su función de velar por el estricto cumplimiento de la legalidad, en el ámbito de la Administración de Justicia⁷¹.

⁶⁹ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., pág. 111.

⁷⁰ PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 53.

⁷¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad*

Desde otra perspectiva, se refiere BENÍTEZ ORTÚZAR a la postura de SERRANO BUTRAGUEÑO, quien se desmarca de la posición mayoritaria en torno al bien jurídico protegido en este Título, la función jurisdiccional del Estado, centrando el objeto de protección unitario del Título XX en la “viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española”. Este autor argumenta que, aunque el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales, sí que supone el obtener una resolución fundada en Derecho y que ésta sea congruente (SSTC 206/1993 y 179/1993), por consiguiente será misión del Derecho penal proteger su viabilidad⁷². Para fundamentar dicha posición señala que la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva comprenderá la protección de: a) exclusividad y autoridad de la jurisdicción e independencia, incompatibilidades e inamovilidad de sus miembros; b) libre y lícito acceso a la jurisdicción; c) derecho al juez ordinario predeterminado por la ley; d) el deber de

profesional, ob.cit., págs. 29 y 30. En la misma línea, SERRANO BUTRAGUEÑO (Delitos contra la Administración de Justicia, AA.VV., Granada, 1995, pág. 26), entiende que la “Administración de Justicia” (en relación al ACP) comprende tanto la actividad jurisdiccional como la actividad procedimental, incluyendo junto a jueces y magistrados - integrantes del Poder Judicial- todo el personal al servicio de la Administración de Justicia.

⁷² BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 31 y ss; SERRANO BUTRAGUEÑO, Delitos contra la Administración de Justicia, ob.cit., págs. 30 y 31.

colaboración con la Justicia; e) derecho a un proceso justo, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas; f) derecho a la prueba lícita; g) derecho a obtener una resolución imparcial, fundada en Derecho, que ponga fin al proceso; y, por último, h) el deber de acatar y cumplir las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. Asimismo, y de acuerdo a su toma de postura, propone un cambio de rúbrica, por lo que dicho Título debería denominarse “Delitos contra la realización de la Justicia”⁷³.

Frente esta posición, BENÍTEZ ORTÚZAR considera que la posición de SERRANO BUTRAGUEÑO no difiere, en principio, de aquellos posicionamientos en torno a la función jurisdiccional del Estado, que se materializa “en el buen desenvolvimiento del proceso con todas las garantías constitucionales”, ya que, ello no es otra cosa, desde la perspectiva del particular, “que la protección de la viabilidad de la tutela judicial efectiva del art. 24 del Texto Constitucional”, y que, además, continúa este autor, en algunos casos constituirá el objeto específico de tutela de alguna de las figuras delictivas en estudio. Así, hace referencia al pronunciamiento de LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN cuando

⁷³ SERRANO BUTRAGUEÑO, Delitos contra la Administración de Justicia, ob.cit., págs. 33 y 34.

señalan que, el ejercicio de la función jurisdiccional viene configurado por la independencia, la responsabilidad, el sometimiento únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y el Derecho a la tutela judicial efectiva o a obtener una resolución fundada en derecho en un tiempo razonable (art. 24 CE)⁷⁴. Sin embargo, considera este autor, que el ámbito del Título XX no debe excederse de lo que es propio de jueces y tribunales, es decir, de la función jurisdiccional que viene desarrollada en el cauce del proceso. Y de acuerdo con ello, el hecho de impedir a un sujeto interponer una denuncia ante un Juzgado o Tribunal, no debe ser incluido dentro de los tipos del Título XX, sino que nos encontramos ante un delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del Capítulo IV del Título XXI "*De los delitos contra la Constitución*"⁷⁵.

Frente a lo anterior consideramos, como desarrollaremos en páginas posteriores⁷⁶, que ese *límite* para poder acceder a la jurisdicción puede venir originado por una mala actuación del abogado o procurador, por lo que, su conducta desleal supondrá

⁷⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 32; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, ob.cit., pág. 187.

⁷⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 32.

un atentado al derecho a un proceso con todas las garantías, lo que supone lesionar también la tutela judicial efectiva, ya que ésta sólo se logra a través del cauce reglado de un proceso. Por consiguiente, a través de la lesión de la tutela judicial efectiva no sólo no se garantizará el derecho a un proceso debido, sino que, además, no quedará tampoco garantizada la función jurisdiccional, bien jurídico común a todos los tipos del Título XX.

Por ende, el cauce legal, imprescindible, para poder llevar a cabo la función de administrar justicia es el proceso. Éste no puede formularse desde una perspectiva formal, como mero procedimiento, sino que, debe abarcar las garantías constitucionales para calificar a dicho proceso como “legal” y “debido”⁷⁷. En conformidad con un Estado Democrático y de Derecho el proceso estará rodeado de las garantías constitucionales recogidas en el art. 24 de la Constitución, para así, realizar la función jurisdiccional que lo fundamenta, garantizando los derechos y los legítimos intereses personales y sociales y, proporcionando soluciones jurídicas a los conflictos de

⁷⁶ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *infra* III.

⁷⁷ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, *ob.cit.*, págs. 1127 y 1128.

los ciudadanos. Por tanto, para garantizar la función jurisdiccional -desempeñada en el cauce de un proceso debido- deberá favorecerse e impulsar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁷⁸, que implica -art. 24.1 CE- el libre acceso a los órganos jurisdiccionales; posibilidades de alegación y defensa; el derecho a obtener una resolución fundada en derecho; el acceso a los recursos legalmente establecidos y el derecho a la ejecución de la resolución judicial; así como en su apartado segundo, se reconoce, también, el derecho al juez ordinario, a la defensa y asistencia letrada, a ser informados de la acusación, a un proceso público, sin dilaciones y con todas las garantías⁷⁹.

De todo ello se desprende que los ciudadanos, para salvaguardar sus derechos e intereses personales, acudirán al abogado y procurador que, “en tanto obligados para el acceso a la jurisdicción, devienen también sujetos necesarios, del proceso judicial”⁸⁰. De esta manera, la intervención de abogado y procurador incide en el correcto desarrollo de la actividad jurisdiccional. Por ello, sus comportamientos desleales, el

⁷⁸ Vid. CANTARERO BANDRÉS, R., Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 17.

⁷⁹ Vid. GARCÍA ARÁN, La prevaricación judicial, ob.cit., pág. 60.

⁸⁰ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, “La prevaricación de abogado y procurador”, ob.cit., pág. 112.

incumplimiento de sus deberes profesionales, se traducen en una afectación al proceso debido o a sus fines, que puede dar lugar a que la verdad sea absolutamente distorsionada y la solución al conflicto devenga injusta⁸¹.

En suma, la función pública de la actividad jurisdiccional y el proceso, en opinión de MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN –opinión que compartimos-, constituyen el eje nuclear para delimitar el objeto de protección en los delitos contra la Administración de Justicia⁸². El contenido del bien jurídico protegido vendrá proporcionado por el servicio que los poderes públicos deben prestar a la comunidad, procurando que las personas puedan acceder a una efectiva tutela jurisdiccional⁸³. Dicha tutela se traduce, entre otros derechos, en el derecho a un proceso con todas las garantías. En definitiva, en tanto en cuanto se pone en peligro la eficacia, validez y fines del proceso nos encontramos ante delitos contra la Administración de Justicia⁸⁴.

⁸¹ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1128.

⁸² MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., págs. 1126 y ss.

⁸³ Vid. VIVES ANTON, T.S., “*La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, IX-X, Santiago de Compostela, 1985-1986, págs. 259 y ss, en concreto, pág. 277.

⁸⁴ Vid. PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados*

A modo de conclusión de lo hasta aquí expuesto, consideramos que el *correcto funcionamiento de la Administración de Justicia* constituye la “finalidad objetiva de la norma”. Expresa las razones motivadoras o las finalidades político-criminales que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. En otras palabras, la protección de la Administración de Justicia constituirá la “*ratio legis*”. Asimismo, dicha protección se centra en determinados aspectos o funciones de esta Administración de Justicia. En concreto, en el ejercicio de la función jurisdiccional que deberá desempeñarse siempre a través de los estrictos cauces de un proceso, por lo que, podemos considerar que el *correcto funcionamiento de la función jurisdiccional* constituirá el *bien jurídico mediato*. Asumiendo éste, por consiguiente, las funciones de límite⁸⁵ y orientación⁸⁶ del *ius puniendi*, la función sistemática⁸⁷, e incluso, la función de criterio de medición o determinación de la pena⁸⁸.

y procuradores, ob.cit., pág. 32.

⁸⁵ Como podremos observar, dicho bien jurídico mediato será un elemento decisivo para delimitar el ámbito del ilícito penal y del ilícito disciplinario.

⁸⁶ Que este bien jurídico mediato ya tenga un determinado fundamento constitucional.

⁸⁷ Este bien jurídico mediato permite justificar que estos delitos aparezcan en la rúbrica “*Delitos contra la Administración de Justicia*”.

⁸⁸ Como podremos observar al delimitar la sanción penal de la disciplinaria en el Capítulo Segundo. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y

Finalmente, el bien jurídico específico o directamente tutelado, es decir, el objeto inmediato de protección, que es el que se incorpora al tipo de injusto de la infracción delictiva, sólo puede buscarse en los ilícitos en concreto. Por ello, analizaremos a continuación los tipos penales objeto de este estudio - relativos a la deslealtad profesional de abogado y procurador- para dilucidar qué aspectos concretos del bien jurídico resultan inmediatamente protegidos en ellos.

II. EL BIEN JURÍDICO EN EL CAPÍTULO VII: LOS DELITOS DE DESLEALTAD PROFESIONAL.

Ya hemos adelantado que el bien jurídico tutelado en el Título XX del Libro II del Código Penal, común a todos los delitos que en él se insertan, es la protección de la Administración de Justicia como función estatal de administrar justicia destinada a

VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 320 y ss. Asimismo, Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (Derecho Penal Económico. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 90 y ss; que, a pesar de no tener relación directa con el tema objeto de este estudio, nos ha sido útil como criterio orientador), que atribuye a la noción de bien jurídico mediato las funciones de: “límite y orientación del ius puniendi (función político-criminal atinente a la posible creación o supresión de delitos)”, “la función sistemática (referente a la clasificación y a la sistematización de los grupos de delitos)” y, en último lugar, señala que, incluso “podrá tener influencia en la función de criterio de medición o determinación de la pena” (Vid. págs. 91 y 92).

la resolución de conflictos sociales. Dicha función pública jurisdiccional debe llevarse a cabo a través de los estrictos cauces de un proceso. No obstante, no todas las conductas comprendidas en el Título XX pueden ser reconducidas hacia el proceso. Por ello, es necesario acudir a cada tipo delictivo para determinar concretamente el interés protegido en cada caso⁸⁹.

1. Planteamiento: las vertientes pública y privada de la actuación profesional.

En la figura de los profesionales que actúan en representación de los ciudadanos ante la Administración de Justicia confluyen varias características que hacen difícil delimitar el núcleo esencial de su función. Así, abogado y procurador cumplen, al menos con las siguientes notas:

a) Son representantes de las partes ante la Administración de Justicia, con el cometido específico de defender sus intereses, es decir, los intereses que les llevan ante los Tribunales. Desde este punto de vista, el profesional puede ser contemplado en una

⁸⁹ Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J., Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II, Director: Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 455 y ss.

vertiente privada de su actuación, que le relaciona con aquellos sujetos igualmente privados que contratan sus servicios.

b) Son colaboradores de la Administración de Justicia y como tales, tienen deberes en relación a la misma, lo que configura una vertiente pública de su actuación que, por otra parte, explica su tradicional ubicación en este sector del Código: en el ACP, ni más ni menos que entre los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos; en el vigente, como autores de delitos contra un interés claramente público como es la función de administrar justicia.

c) Además de sus relaciones subjetivas con los clientes y con la Administración de Justicia, el abogado y el procurador ocupan, desde un punto de vista objetivo, una determinada posición en relación al proceso en que intervienen. Dicha posición objetiva viene expresada en las funciones que desempeñan y que son necesarias para el desarrollo del proceso.

La referencia al bien jurídico “función jurisdiccional” que sirve como punto de apoyo para todos los delitos contenidos en este Título del Código Penal no resulta definitiva, por excesivamente genérica, para captar el desvalor concreto de los

comportamientos de abogados y procuradores sancionados penalmente. Asimismo, tampoco soluciona los posibles antagonismos entre las vertientes pública y privada de la actuación profesional, esto es, entre los deberes en relación a la Administración de Justicia y en relación al cliente, puesto que tanto desde unos como desde otros puede afectarse a la función jurisdiccional y cabría optar por sancionar sólo las infracciones cometidas en el desempeño de una de esas dos vertientes de la actuación profesional.

Por ello es necesario concretar cuál es el interés específico a través del que estos profesionales pueden llegar a afectar a la función de administrar justicia. Dicha concreción debe considerar, primordialmente, dos líneas de argumentación: por un lado, ha de tomar postura respecto de la posible concepción de estos delitos como delitos de infracción de deberes, tradicionalmente presente en esta materia y también tradicionalmente sometida a cuestionamiento; y, en segundo lugar, debe explorar las posibilidades de acotar un interés jurídicamente protegido en el que sea posible conjugar las vertientes pública y privada de la actuación profesional a que se ha hecho referencia.

Este planteamiento viene aconsejado por la observación de que en ocasiones, *ciertos* intereses de los clientes y los intereses en el correcto funcionamiento de la administración de justicia pueden ser contrapuestos. No debe olvidarse que, al enfrentarse a la administración de justicia, el ciudadano no sólo tiene interés en que se respeten las reglas del debido proceso y las garantías que les son propias, sino también un comprensible interés en el logro de su pretensión, en la desestimación de las pretensiones de la otra parte, en la absolución respecto de la imputación a que está sometido, etc. Al respecto, no puede descartarse que el logro de las *pretensiones* con las que se acude al proceso o se es sometido al mismo, necesite o se vea favorecido por la inobservancia de determinadas reglas o principios procesales; o, dicho a la inversa, no resulta descabellada la posibilidad de que el respeto al proceso debido a través del cual se administra justicia, perjudique alguno de los intereses o pretensiones privadas de los sujetos que lo han abierto o se han visto sometidos al mismo. Por expresarlo con un ejemplo: la destrucción de documentos por un abogado que los ha recibido en traslado en un proceso penal puede resultar beneficiosa para su defendido si dificulta la demostración de su culpabilidad.

Es evidente que el Código Penal ha querido dar acogida también a la protección de los intereses de los clientes sancionando específicamente su perjuicio a través del art. 467. Por tanto, resultaría desproporcionada una conclusión que los ignorara absolutamente y pretendiera sancionar únicamente el perjuicio a la función pública de administrar justicia en aquello que interesa al Estado, pese a que, insistamos en ello, la ubicación de estos delitos podría favorecer tal conclusión.

El desarrollo de estas consideraciones, que se llevará a cabo en los apartados siguientes, debe partir de la ubicación del profesional en la función pública de administrar justicia, teniendo en cuenta dos líneas argumentales: a) el interés público en la protección del proceso incluye también la protección de determinados intereses de los clientes que sólo en una primera impresión pueden considerarse *privados*: la protección de los derechos y las garantías vinculadas al proceso, aunque sus titulares sean sujetos privados es, como resulta obvio, un interés *público*; y, b) no debe olvidarse que estamos refiriéndonos a la responsabilidad *penal* de determinados profesionales que, como tal, se basa en una intervención de *ultima ratio*, que no puede obviar la posible mediación de otros sectores del

ordenamiento en la exigencia de responsabilidades por perjuicios a los intereses estrictamente privados.

Para intentar dar respuesta a todo lo anterior, analizaremos las perspectivas correspondientes al desarrollo del proceso, los intereses de los clientes y la infracción de deberes.

2. El correcto desarrollo del proceso.

Desde un primer momento hemos destacado el proceso - instrumento técnico que encauza el ejercicio de la función jurisdiccional- como denominador común de los delitos de deslealtad profesional. Ahora bien, como ya vimos fue QUINTANO quien, en atención al contenido funcional de la Administración de Justicia como bien jurídico protegido, clasificó los delitos contra la Administración de Justicia en función de las distintas fases del proceso⁹⁰. Y en efecto, el Código Penal de 1995 parece acoger dicho criterio de ordenación agrupando los delitos según afecten precisamente a la fase pre-procesal, aquellos que determinen el nacimiento indebido del proceso, los que inciden en la fase

⁹⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Curso de Derecho Penal II, ob.cit., págs. 570 y ss.

probatoria y, por último, aquellos que afecten a la fase ejecutiva⁹¹.

Así, en primer lugar respecto de aquéllos que afectan a la *fase pre-procesal* -a los que LUZÓN se refiere como delitos que frustran la actuación de la justicia no colaborando con ella o prescindiendo de la misma⁹²- se incluyen los comportamientos de los Capítulos II, III y IV: omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución; favorecimiento (encubrimiento) y realización arbitraria del propio derecho. En segundo lugar, los que afectan al *nacimiento indebido del proceso*, se encuentran en el Capítulo V: la acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos. En tercer lugar, las conductas que *inciden en el proceso en general* se subdividen: a) en las que afectan a la *fase probatoria del proceso*, del Capítulo VI: falso testimonio; y b) las que afectan *al desarrollo en general del proceso o en su conclusión*, del Capítulo VII: la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional. Y finalmente, en último lugar, los

⁹¹ Como también considera, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 23 y ss.

⁹² LUZÓN PEÑA, “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, ob.cit., pág. 779.

delitos relativos a la *fase ejecutiva*, se tipifican en el Capítulo VIII: el quebrantamiento de condena y la evasión de presos⁹³.

El Capítulo I del Código Penal de 1995 regula la prevaricación del Juez o Magistrado, secretario judicial o funcionario. En un principio, parece que hubiese sido más adecuado colocar estos delitos entre aquellos que afectan al desarrollo en general del proceso, como planteó, en su día, LUZÓN⁹⁴. No obstante, SERRANO-PIEDECASAS señala que la prevaricación judicial puede extenderse a la fase ejecutiva del proceso cuando, por ejemplo, el Juez de Vigilancia aprueba sanciones disciplinarias. Ello, según este autor, justifica “su

⁹³ Vid. CANTARERO BANDRÉS (Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, ob.cit., págs. 36 y ss) que recoge la clasificación propuesta por Quintano, con las modificaciones de Luzón, en relación al ACP; así como, la clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal italiano propuesta por Antolisei (Manuale di diritto penale. Parte Speciale, Milano, 1972, págs. 782 y ss). Vid. asimismo, la propuesta sistematizadora de SERRANO BUTRAGUEÑO (Delitos contra la Administración de Justicia, ob.cit., págs. 48 a 61) realizada desde la perspectiva de la “viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva”, como bien jurídico protegido; criticada por BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 38 a 41) por considerar la configuración del Título como “casuística e impropia de un Código Penal”. Este último autor también realiza una propuesta de sistematización del Título XX, aunque consideramos que lo relevante es el “apunte” que realiza al legislador, al señalar que en la sistemática utilizada por éste (como hace él en su propuesta) podría haberse entrevisto “alguna relación con respecto al proceso”.

⁹⁴ LUZÓN PEÑA, “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, ob.cit., págs. 779 y 781.

colocación en un Capítulo aparte y previo a todas las fases procesales”⁹⁵. Asimismo, considera que el autor de la prevaricación judicial realiza la lesión a la actividad jurisdiccional en calidad de único sujeto habilitado para interpretar y aplicar el derecho, mientras que el abogado y el procurador lesionan dicha actividad jurisdiccional en tanto que participan en la prestación del servicio público de la Administración de Justicia. Además, la propia acepción del concepto de prevaricación, difícilmente permite incluir las conductas desleales de estos profesionales. Por todo ello, justifica que los comportamientos delictivos de estos profesionales sean agrupados bajo la rúbrica “deslealtad profesional” y, sean incluidos en un Capítulo distinto -el VII- al de la Prevaricación -Capítulo I-⁹⁶.

Tras esta aproximación a los delitos comprendidos en el Título XX, atendiendo a las fases procesales y tras considerar el proceso como el cauce reglado para administrar justicia, debemos destacar que, como señala GARCÍA ARÁN, en principio “la afectación a sus distintas fases pone de manifiesto la lesión del

⁹⁵ SERRANO-PIEDECASAS, J.R., *“La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, en ADPCP, Vol. XLIX, Fasc. II, 1996, pág. 408.

⁹⁶ SERRANO-PIEDECASAS, *“La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit., pág. 408.

ejercicio de la función”⁹⁷. Ahora bien, las conductas incluidas en la *fase pre-procesal* -antes o al margen del proceso- como son los tipos de omisión de los deberes de impedir determinados delitos y la realización arbitraria del propio derecho difícilmente se relacionan, como señalan MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN “con el desempeño de la función de administrar justicia ni con el proceso”, razón por la cual consideran que estas infracciones constituyen “delitos metaprocesales” y, en consecuencia, deberían estar al margen de los delitos contra la Administración de Justicia⁹⁸. De forma paralela consideran que, la figura del falso testimonio, más que afectar a la fase probatoria del proceso, la razón de su incriminación radica en el hecho de “poder distorsionar gravemente el fin último del proceso”⁹⁹.

Como puede verse, la relación de los delitos contra la Administración de Justicia con el desarrollo del proceso ha sido apuntada doctrinalmente desde hace tiempo. Y dicha relación,

⁹⁷ GARCÍA ARÁN, “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, ob.cit., pág. 520.

⁹⁸ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob.cit., págs. 1126 y 1127. Vid. en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, ob.cit., págs. 522 y ss.

⁹⁹ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, ob.cit., pág. 1128.

por lo demás, resulta evidente si se tiene en cuenta que el proceso es el cauce reglado para el desempeño de la función jurisdiccional que aquí hemos aceptado como bien jurídico genérico protegido en este Título del Código Penal. Es cierto que, como acaba de recogerse, en determinados delitos contra la Administración de Justicia la relación con el proceso es algo lejana, lo que incluso ha llevado a cuestionar su ubicación en esta parte del Código. Sin embargo, en los delitos objeto de esta investigación, el desarrollo del proceso como cauce de ejercicio de la función jurisdiccional resulta un concepto especialmente fructífero para ubicar el concreto objeto de protección.

En efecto, el ámbito en que se concentran las vertientes pública y privada de la actuación de abogados y procuradores es el proceso en el que intervienen. Los profesionales son colaboradores de la Administración de Justicia, concreta y específicamente en el desarrollo del proceso y no en cualquier otro aspecto de la actividad de ésta. Son portadores de los intereses de las partes, igualmente en las actuaciones procesales que éstas deben llevar a cabo. Y además, el proceso en el que intervienen constituye el momento a partir del cual entran en contacto con el desempeño de la función jurisdiccional que da sentido a la incriminación de estos comportamientos.

Las deslealtades profesionales de abogado y procurador afectan, por tanto, al derecho a un proceso debido. Con sus conductas, estos sujetos activos lesionan los derechos del justiciable a la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa, como será desarrollado más adelante¹⁰⁰, pero éstos constituyen derechos que se encauzan a través de un determinado instrumento que es el proceso. Esta posición, a pesar de ser mayoritaria, no es del todo pacífica. Un sector doctrinal considera que en el art. 467 del CP se protege, junto a la función jurisdiccional, los intereses del cliente¹⁰¹. A ello nos referiremos en el apartado siguiente, pero en este punto conviene destacar que sólo la referencia al proceso proporciona un asidero sólido para solucionar los eventuales conflictos que se susciten entre los intereses propios de las funciones públicas protegidas por el Código penal y los intereses estrictamente privados que mueven a las partes en su intervención procesal.

Por todas estas razones, las conductas objeto de este trabajo -las deslealtades profesionales de abogado y procurador-,

¹⁰⁰ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *infra* III y IV.

¹⁰¹ Vid. entre otros, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 808; QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1991; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., págs. 544 y ss.

para adquirir relevancia penal, deben atender de forma esencial al desarrollo del proceso y sus fines. Éste ha sido concebido -desde su naturaleza penal- como aquel instrumento, establecido por el ordenamiento jurídico, mediante el que se administra justicia y se resuelven conflictos sociales; y debe ser entendido en un sentido material y no puramente formal, rodeado de las garantías constitucionales del art. 24 CE, para configurarlo como debido¹⁰². En suma, en este contexto el objeto necesitado y dotado de tutela penal es el correcto desarrollo del proceso, para así garantizar el correcto funcionamiento de la actividad jurisdiccional.

Así, en primer lugar, el Código Penal de 1995 recoge el delito de *destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones*, en el art. 465.1, con el siguiente tenor: “*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 seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años*”. El abogado y el procurador cuando

¹⁰² Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 117.

actúan como profesionales y reciben documentos o actuaciones “en traslado”, tienen un deber de custodia y devolución de dichos documentos. En este delito los sujetos activos abusan de sus funciones, prevaleciéndose del ejercicio de la abogacía y procuradoría, al infringir la obligación de custodia que tienen sobre los documentos del proceso¹⁰³. Ello supone, no sólo lesionar la relación de lealtad respecto de la Administración de Justicia, que ha depositado una confianza en esos profesionales colaboradores en el ejercicio de la función, sino también una afectación al desenvolvimiento objetivo del proceso: su marcha y resolución¹⁰⁴.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina se pronuncia en relación a esta conducta como desleal; así por ejemplo, y entre otros, QUINTERO OLIVARES, que establece que “el bien que se

¹⁰³ Asi, QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., págs. 540 y 541; CANCIO MELIÁ, M., “Arts. 465, 466 y 467 CP”, en Comentarios al Código Penal, AAVV, Director: Gonzalo Rodríguez Mourullo, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 1217; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 151.

¹⁰⁴ Vid. GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 294; QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986; ORTS BERENGUER, Derecho Penal. Parte Especial, AA.VV., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 738; CANCIO MELIÁ, ComCP, ob.cit., pág. 1217; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 57.

protege, es la lealtad con la Administración de Justicia a la que funcionalmente también está vinculado el defensor y el procurador cuando actúan como profesionales y que deposita una confianza en ese profesional que en ella actúa, confianza que es conscientemente traicionada (...) aprovechando un trámite procesal”¹⁰⁵.

En cambio, de otra opinión es GONZÁLEZ RUS, que considera que dicha visión no parece la más acorde con el sentido del precepto, ya que, “cuando se da traslado de las actuaciones a los representantes de quienes están personados en un proceso no se acredita confianza alguna, sino que ello responde al estricto cumplimiento de un deber legal, por lo que la destrucción o desaparición dolosa de los mismos no es tanto una deslealtad cuanto una obstrucción al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, para el que la conservación de actuaciones y documentos constituye un presupuesto indispensable”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986. Vid. asimismo, entre otros, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., págs. 808 y ss.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 541.

Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR, tras afirmar que este tipo penal describe una conducta desleal que se desarrolla exclusivamente en el marco de un proceso, considera que, incluso puede suponer una conducta obstruccionista de la Administración de Justicia, “al consistir en la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones procesales en el curso de un proceso judicial concreto, lo que implicará la nulidad de lo actuado, la inutilidad probatoria de los documentos destruidos y, por tanto, la obstrucción directa al recto funcionamiento de la Administración de Justicia”¹⁰⁷. Asimismo, también este último autor, señala que la actuación irrespetuosa con el celo debido para su profesión, obstaculizará la buena marcha del proceso, así como también se lesionará -o pondrá en peligro- el bien jurídico Administración de Justicia¹⁰⁸. En definitiva, lo que finalmente acabará lesionándose es la normal marcha del proceso.

En segundo lugar, encontramos el delito de *revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial*, tipificado en el art. 466.1 CP¹⁰⁹: “El abogado o procurador que

¹⁰⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 142.

¹⁰⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 152.

¹⁰⁹ Este nuevo precepto ha sido calificado, por parte de la doctrina,

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". Con la revelación del secreto sumarial se lesionará el desarrollo y los fines del proceso¹¹⁰.

Abogado y procurador, como profesionales del derecho, tienen el deber de acatar las decisiones judiciales, y en relación a la declaración del secreto, el órgano judicial lo declara para el buen fin de la instrucción, y por lo tanto para asegurar el cumplimiento de los objetivos propios de la Administración de

entre ellos, QUINTERO OLIVARES (ComNCP, ob.cit., pág. 1988) y POVEDA PERDOMO ("*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*", ob.cit., pág. 197), como un delito potencialmente pluriofensivo, pues también puede buscarse la protección de la intimidad de las personas. Sobre ello volveremos, con más detalle, posteriormente. Asimismo, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 142) considera que la conducta descrita en el art. 466 CP también recoge una función obstructora, aunque de una forma indirecta, "constituyéndose propiamente por la conducta desleal del profesional liberal colaborador de la Administración de Justicia respecto a la misma".

¹¹⁰ Vid. GARCÍA ARÁN, "*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*", ob.cit., pág. 295. GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., págs. 543 y 544) destaca que "lo importante es la distorsión que en la marcha del proceso puede producirse como consecuencia del conocimiento de determinados extremos y actuaciones que han sido declaradas secretas precisamente por su importancia". En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, ComCP, ob.cit., pág. 1218; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 186 y ss.

Justicia¹¹¹. Por ello, como indica PÉREZ CEPEDA, la revelación del secreto sumarial, realizada por estos profesionales, puede llegar a obstaculizar o inutilizar la instrucción cuando se divulguen “las manifestaciones, declaraciones, dictámenes o actuaciones que consten en el sumario y hayan sido declaradas secretas por la autoridad judicial”¹¹².

Como señala BUENO ARÚS, el bien jurídico protegido es el correcto desarrollo de la función jurisdiccional y “no el honor de los miembros del Poder Judicial, que no sufre ningún desdoro con la desobediencia a sus resoluciones relativas al secreto de las actuaciones sumariales”¹¹³. Y ciertamente, no cabe duda que, en estos delitos el interés protegido penalmente será el correcto desarrollo del proceso y sus fines.

¹¹¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1989. En el mismo sentido, POVEDA PERDOMO (“*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 198) señala que, el objeto de la existencia del secreto es asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo que su revelación afectará a los propios fines del proceso.

¹¹² PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 57.

¹¹³ BUENO ARÚS, F., “*Libertad de expresión y Administración de Justicia*”, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), Estudios de Derecho Judicial 2, Escuela Judicial, CGPJ, 1996, pág. 221.

Por último, la tercera conducta desleal recogida en el Código Penal, se refiere, por un lado, a la *doble defensa o el denominado conflicto de intereses*, art. 467.1 CP y, por otro, al *perjuicio de los intereses de la parte*, art. 467.2 CP, que rezan así:
“1. 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 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. 2. 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”.

En la primera conducta típica se limita o infringe el derecho de defensa del cliente, garantizado constitucionalmente en el art. 24 de la Constitución. Esta lesión -como veremos posteriormente- impedirá que el proceso sea debido; el incumplimiento del deber profesional de colaborar con la actividad jurídica de los particulares impedirá el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia¹¹⁴. Sus

¹¹⁴ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la

conductas incidirán en el proceso o en la actividad jurisdiccional¹¹⁵. En esta primera conducta podemos observar que junto al interés público puede convivir el interés particular del cliente. No obstante, la doctrina mayoritaria, acogiendo las aportaciones del Tribunal Supremo, considera prevalente en esta figura delictiva la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho del cliente¹¹⁶.

En el apartado segundo del art. 467 CP se recoge, de forma expresa, el perjuicio a la parte, donde se afectan los intereses particulares del cliente. En consecuencia, junto al interés público

deslealtad profesional, ob.cit., págs. 212 y ss. Quien, asimismo, señala (Vid. pág. 214) que no sería descabellado afirmar que “en estos casos también se está obstruyendo a la Administración de Justicia, en cuanto que la misma se articula como respuesta al derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24 de la Constitución garantiza al individuo, por lo que el bien jurídico específicamente protegido en el tipo del art. 467 del Código Penal no puede ser otro que el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, materializado en el normal desarrollo del proceso”.

¹¹⁵ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 56 y 57.

¹¹⁶ Vid., entre otros, FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., pág. 773; PÉREZ DEL VALLE, C., “La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal (Acerca de la crítica a la teoría de los bienes jurídicos desde la Parte Especial del Derecho Penal)”, en *La Ley*, núm. 4268, Madrid, 1997, pág. 2. Vid. asimismo, SSTS 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973. En sentido contrario, entre otros, ORTS BERENGUER (Derecho Penal. PE, 1993, ob.cit., pág. 448) que prima la consideración de los derechos del cliente (interés particular) frente la infracción de deberes profesionales; SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 686. Vid. asimismo STS de 6 de julio de 1970 (RJ.1970, 3202).

existe el interés particular. Ahora bien, únicamente la afectación al interés particular no es suficiente para fundamentar el injusto penal, sino que el perjuicio a la parte debe derivarse de las actuaciones del abogado en el curso de un proceso judicial¹¹⁷. En suma, es necesaria la lesión del derecho de defensa que ostenta el particular¹¹⁸.

La relevancia penal de todas estas conductas de deslealtad profesional se adquiere por la violación de la garantía constitucional a un proceso debido. Con estos comportamientos se puede llegar a limitar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, como tendremos ocasión de observar a lo largo de este trabajo. En este punto nos interesa tan sólo avanzar que lo decisivo para poder fundamentar el injusto penal

¹¹⁷ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 57. Así, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 214 y 215) en el mismo sentido, señala que lo relevante será “que la afectación al bien jurídico siempre se produzca desde la perspectiva de una parte procesal, en el momento en el que se desarrolla la labor profesional del abogado y del procurador”.

¹¹⁸ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., págs. 124 y ss; GARCÍA ARÁN, *“Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., pág. 298. De la misma opinión, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 213) quien considera que se lesionará el derecho a la defensa y que el proceso se desarrolle con todas las garantías, no sólo cuando el abogado o procurador tome la defensa, asesore o represente a dos partes contrapuestas en el mismo procedimiento, sino también cuando actúe en perjuicio de su defendido o representado.

en los delitos contra la Administración de Justicia, será el quebrantamiento del servicio público correspondiente¹¹⁹. En nuestro caso, el quebrantamiento de la actividad jurisdiccional y la perturbación efectiva de los derechos del justiciable a través del proceso¹²⁰.

Por consiguiente, consideramos, a tenor de lo apuntado en páginas anteriores, que el bien jurídico específico o directamente tutelado por los tipos relativos a la deslealtad profesional, es *el normal desarrollo del proceso, en otras palabras, su buena marcha, su resolución y sus fines*. Éste constituirá el *bien jurídico inmediatamente protegido*, de modo que, siempre deberá resultar lesionado o puesto en peligro por la realización del delito.

No obstante, y a pesar de que el correcto desarrollo del proceso y sus fines, constituyen el interés protegido en los tres tipos penales objeto de este estudio - arts. 465, 466 y 467 CP -, en la conducta desleal de la *doble defensa o el denominado conflicto de intereses* (art. 467.1 CP), así como en lo referente al *perjuicio de*

¹¹⁹ Vid. DE DIEGO DÍEZ, L.A., Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 10 y 11.

¹²⁰ Vid. ABELLANET GUILLOT, “La prevaricación de abogado (...)”, ob.cit., pág. 190; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 58.

los intereses de la parte (art. 467.2 CP), entendemos que, además y en concreto se limitará o infringirá el derecho de defensa del primer cliente, garantizado constitucionalmente por el art. 24 CE. Ello impedirá que el proceso sea debido y, en consecuencia, no se garantizará el correcto desarrollo del proceso.

Por lo demás, como señalan COBO y VIVES, así como MARTÍNEZ-BUJÁN, el concepto de bien jurídico inmediato servirá para llevar a cabo la función interpretativa, “en virtud de la cual el bien jurídico desplegará una relevante misión en la tarea de descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación teleológica, que, como es sabido, en Derecho Penal es la que posee la máxima significación”¹²¹.

Con todo, la referencia a los intereses del cliente requiere alguna otra matización que se aborda en el siguiente apartado.

3. Los intereses de los clientes.

¹²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Derecho Penal Económico. Parte General, ob.cit., pág. 91; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte General, ob.cit., pág. 321.

Tal como anunciábamos, algún sector doctrinal considera que en alguno de estos tipos penales el objeto jurídico receptor de la tutela viene constituido por los intereses de los clientes.

Las conductas de deslealtad profesional recogidas en el art. 467 del Código Penal se refieren, de una parte, a la *doble defensa o conflicto de intereses* -apartado primero- y, de otra, *al perjuicio de los intereses de la parte* -apartado segundo-. Hasta el momento, hemos configurado estos comportamientos de abogado y procurador como deslealtades frente a la Administración de Justicia. No obstante, parte de la doctrina considera que junto a ésta también se produce una deslealtad frente a los intereses de sus clientes -delito pluriofensivo-, al considerar que en estos supuestos la deslealtad profesional afectará, ante todo, a la relación de confianza del cliente frente al abogado o procurador¹²².

De acuerdo con ello, incluso encontramos pronunciamientos doctrinales en el sentido de negar la trascendencia procesal de estas conductas y, por tanto, llegan a

¹²² Vid. QUINTERO OLIVARES (ComNCP, ob.cit., págs. 1990 y ss) que considera que existen deberes hacia el cliente y hacia la Administración de Justicia, “sin que sea posible optar por una sola lealtad”. Asimismo, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., págs. 808 y ss; CANCIO MELIÁ, ComCP, ob.cit., págs. 1220 y ss.

afirmar que, las conductas de deslealtad profesional recogidas en el art. 467 CP, no necesariamente estarán relacionadas con el proceso o la actividad jurisdiccional, en otras palabras, no siempre afectarán a la Administración de Justicia¹²³.

En sentido contrario, hemos considerado que las conductas desleales del abogado y procurador lesionan los fines de la función jurisdiccional y, estos fines, como ya hemos señalado, sólo pueden alcanzarse a través del proceso judicial. Si el proceso existe para los ciudadanos, con el objeto de resolver sus conflictos sociales, cuando como consecuencia de la realización de alguna de las conductas típicas se dañen los intereses del cliente, y partiendo de la base que la finalidad es garantizar el derecho a un proceso debido, únicamente deben protegerse los perjuicios susceptibles de ser directamente conectados con el proceso. Por todo ello, estimamos que lo que aquí prevalece son los intereses en el correcto desarrollo del proceso¹²⁴.

¹²³ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 544; BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4363.

¹²⁴ Vid. en el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 63 y ss.

En la primera conducta recogida en el art. 467 *-la doble defensa o el denominado conflicto de intereses-*, en principio, y de acuerdo con su tenor literal, no se exige para la consumación la producción de un daño o perjuicio para los intereses del primer cliente que confió su defensa o representación al abogado o procurador. No obstante, parte de la doctrina ha venido considerando que nos encontramos frente a un tipo de peligro. Así, BENÉYTEZ MERINO estima que se trata de un delito de riesgo o daño potencial, ya que el abogado puede utilizar la información adquirida en el seno de una relación de confianza contra la misma persona que se la ha confiado. Por ello, entiende que nos encontramos frente a un tipo de peligro, configurado como de pura actividad¹²⁵. Para BUSTOS, se trata de un delito de peligro para los intereses del cliente¹²⁶, cuya base, según QUERALT, está en la “falta de ética profesional”¹²⁷.

¹²⁵ BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4366.

¹²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal. PE, 1991, ob.cit., pág. 368. En el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, ComCP, ob.cit., págs. 1220 y ss.

¹²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho Penal Español. Parte Especial, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 663. Vid., también, STS 20 de enero de 1969 (RJ 1969, 479), que se refiere a esta conducta como la “inmoralidad de la doble defensa”.

Estas posiciones doctrinales encuentran su apoyo jurisprudencial en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1970¹²⁸, que establece que la figura delictiva de la doble defensa *“no instituye una infracción meramente formal sino que, como cobertura o garantía punitiva de la exigencia legal y ética de lealtad profesional, (...) implica un quebranto, siquiera fuere potencial, de los intereses del primitivo cliente por aprovechamiento en su contra de datos y ventajas adquiridos por aquél por razón de su oficio, de suerte que si falta toda contraposición de intereses -presumible, por lo demás, en principio, en tales cambios de patrocinio- por concreta ausencia de riesgo, en lo objetivo, y de ánimo perjudicial, en lo subjetivo, es de entender que falta, con ello, la imprescindible esencia delictiva, con lo que necesariamente decae la ratio legis determinante de la represión penal en estos supuestos”*.

De lo anterior se deduce que prima la lesión de los intereses del cliente frente la lesión del deber profesional. De acuerdo con ello, QUINTERO OLIVARES considera que se debe dotar al precepto de un contenido material propio con el fin de evitar una interpretación simplemente formal del delito. Dicho contenido se materializa en la producción de un perjuicio para los intereses del primer cliente, y a partir de dicho perjuicio se justificaría la intervención del Derecho penal. De no ser así,

¹²⁸ STS 6 de julio de 1970 (RJ 1970, 3202).

considera que no será posible establecer un marco diferencial entre esta figura delictiva y las infracciones meramente deontológicas¹²⁹.

Por nuestra parte, consideramos, en cambio, más acertado el planteamiento de las SSTS de 9 de octubre de 1972 y de 29 de diciembre de 1973¹³⁰, esto es, que nos encontramos ante *“una modalidad peculiar de infracción del deber de colaboración a la actividad jurídica de los particulares impuesto a personas especialmente obligadas, concretamente a Abogados y Procuradores en el ámbito de su estricta y legítima función profesional, siendo prevalente en esta figura delictiva la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho y desprendiéndose de la misma el expreso reconocimiento de la importancia de la colaboración del jurista en la actividad judicial de los particulares en la consecución de que prevalezca la justicia en el ordenamiento social a través de los cauces marcados por el ordenamiento jurídico-positivo establecido”*. Por tanto, *primará la lesión del deber de colaborar a la actividad jurídica de los particulares sobre la lesión del derecho en concreto del cliente*.

¹²⁹ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., págs. 545 y ss. Vid. asimismo, en relación al art. 361 ACP, ORTS BERENGUER, Derecho Penal. PE, 1993, ob.cit., págs. 448 y ss.

¹³⁰ SSTS 9 de octubre de 1972 (RJ 1972, 4031) y 29 de diciembre de 1973 (RJ 1973, 5111).

Como puede verse, en las sentencias que se acaban de citar se plantea directamente el conflicto que varias veces hemos señalado como hipótesis, entre el interés del Estado en la actividad judicial y los intereses de los clientes. Llegados a este punto, puede observarse cómo cobra toda su operatividad la referencia al correcto desarrollo del proceso como bien jurídico común a todos los tipos de deslealtades profesionales, incluido el del art. 467 con su específica protección de los intereses de los clientes.

En efecto, la mención a los intereses de los clientes desprovista de ulteriores matizaciones no agota todas sus posibilidades en esta materia. Los clientes del profesional, cuando son representados por éste en un proceso, mantienen, al menos, dos clases de intereses: el interés en acceder al proceso, que éste se desarrolle con todas sus garantías y que concluya con una resolución motivada, es decir, básicamente, lo que se corresponde con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva; pero además, mantienen el interés en que la resolución final les resulte *favorable* y responda a sus pretensiones concretas. Como recordaremos al desarrollar el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional se ha

pronunciado en el sentido de afirmar que no pertenece a tal derecho fundamental la pretensión de que la resolución resulte favorable al interesado, pero resulta evidente que, desde el punto de vista del cliente, la satisfacción de los derechos que alega, sea fundamentada o no, constituye la razón principal por la que acude al profesional.

Si se parte de una concepción de las deslealtades profesionales de abogados y procuradores como la que aquí estamos manteniendo, ha de otorgarse primacía al carácter público de su condición de colaboradores de la administración de justicia en la protección del bien jurídico que hemos establecido en el correcto desarrollo del proceso. Desde este punto de vista, la distinción entre intereses de la actividad judicial e intereses del cliente como posibles polos de un conflicto puede resultar un planteamiento erróneo. En efecto, el interés del cliente en la prestación de tutela judicial efectiva puede ser aglutinado bajo el concepto de *intereses procesales* para diferenciarlo del interés en la satisfacción de las *pretensiones* o el interés en una resolución favorable a las mismas que, como se ha dicho, no forma parte de tal derecho fundamental, cuestión que desarrollaremos al abordarlo más concretamente en el Capítulo primero de esta Primera parte (*infra* III.2).

Si se maneja tal distinción entre *intereses procesales* (correspondientes al derecho a la tutela judicial efectiva) y *pretensiones*, el nivel de conflicto al que apuntan las sentencias que se acaban de citar disminuye considerablemente. La protección de los intereses *procesales* del cliente, es protección de los intereses del cliente, pero protección de un interés claramente público que: a) forma parte del correcto desarrollo del proceso debido, bien jurídico que se protege en estos tipos; y, b) es la razón por la que el abogado o procurador son colaboradores de la función pública de administrar justicia. Por tanto, el profesional que defiende los intereses procesales de su cliente, no puede estar en conflicto con los fines del proceso ni con su propia función de colaboración con el mismo. Y dicho a la inversa, como colaborador de la actividad judicial (en terminología de las sentencias citadas) desarrollada a través del proceso, merece el reproche penal en aquellos casos en que lesiona los intereses procesales del cliente.

Con ello se descarta un hipotético conflicto entre los intereses procesales del cliente y la actividad jurisdiccional, pero sigue siendo planteable la posible colisión entre los intereses procesales que objetivamente configuran el derecho al proceso

debido y las pretensiones últimas del cliente. Por ilustrarlo sólo con algunos ejemplos, la destrucción de un documento procesal, la revelación del secreto sumarial o incluso determinadas prácticas dilatorias no constitutivas de delito pueden resultar beneficiosas para dichas pretensiones o más funcionales para la obtención de una resolución favorable. Entendemos que la concepción de estas deslealtades como “deslealtades en relación al proceso” obligan claramente a resolver el hipotético conflicto a favor de los deberes en relación al proceso, lo que puede resultar mucho más nítido en las infidelidades de los arts. 465 y 466 (en los que no se hace referencia a los intereses del cliente), pero que opera también en relación al art. 467 y su incriminación de los perjuicios a tales intereses, en el siguiente sentido: el beneficio, directo o indirecto, de las pretensiones materiales últimas no puede prevalecer sobre la condición de abogados y procuradores como colaboradores de la administración de justicia que justifica la incriminación penal de estos comportamientos.

Los perjuicios ocasionados al cliente penalmente relevantes únicamente son los causados o los que se derivan de una conducta desleal del abogado o procurador, conectada a un proceso concreto, de forma que el perjuicio deberá ser causado en alguna de las fases del procedimiento. De este modo -como ha

apuntado un sector doctrinal¹³¹-, entendemos que las conductas desleales susceptibles de perjudicar los intereses de los particulares podrán sistematizarse del siguiente modo:

a) Aquellas que frustren expectativas legítimas de *acceso a la jurisdicción*. Por ejemplo, cuando el abogado no ejerció las acciones a tiempo y prescribieron -STS de 4 de julio de 1968-; o bien si el abogado no presenta la demanda encargada por su cliente -STS de 10 de septiembre de 1992-¹³².

b) Las que obstaculicen el *normal desarrollo del proceso*. Por ejemplo, cuando el procurador se apropia de cantidades recibidas de su cliente para fines procesales -STS de 27 de noviembre de

¹³¹ Vid. FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., pág. 782 y MAGALDI PATERNOSTRO, “La prevaricación de abogado y procurador”, ob.cit., pág. 125. Así, PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 66) señala que, considerar que únicamente serán penalmente relevantes los perjuicios ocasionados en las fases del procedimiento, supone que el bien jurídico protegido combina “tanto la protección de un bien jurídico de carácter supraindividual -el correcto desarrollo del servicio público de la Administración de Justicia- como la afectación a los intereses personales del individuo al exigir también la lesión de los derechos subjetivos públicos que abarca el proceso debido en el artículo 24CE”.

¹³² Vid. asimismo, SSTS 4 de abril de 1977; 11 de octubre de 1989; 10 de noviembre de 1990 y 31 de mayo de 1999.

1950-; o cuando el abogado no consigna una cantidad entregada por el cliente con tal fin -STS de 30 de octubre de 1980-¹³³.

c) Las que *impiden que el fallo judicial se cumpla*. Por ejemplo, cuando el procurador habiendo recibido fondos para ello no consignó y por lo mismo no paralizó el procedimiento de apremio -STS de 11 de marzo de 1986-¹³⁴.

Debemos resaltar, por tanto, que las simples lesiones de la relación contractual no pueden fundamentar la relevancia penal del perjuicio causado. Dichas conductas deberán quedar excluidas del tipo, sin perjuicio de la responsabilidad civil por incumplimiento contractual o de la responsabilidad disciplinaria. Así por ejemplo, quien contrata a un profesional -ya sea abogado, agente de la propiedad, notario, arquitecto, asesor financiero, (...)- asume el riesgo de incumplimiento contractual, y si realmente éste se produce, puede ser que el particular sufra una serie de perjuicios. Ahora bien, dichos perjuicios escapan del control penal, de forma que será el ordenamiento civil el que le

¹³³ Vid. también, SSTs 10 de noviembre de 1984 y 31 de enero de 1970.

¹³⁴ Vid. también, STS 30 de octubre de 1989.

proporcione los instrumentos para resarcirse de los posibles daños sufridos¹³⁵.

En suma, los perjuicios abarcados por el tipo, únicamente, serán aquellos causados por el abogado y el procurador, que deriven o sean consecuencia directa de sus actuaciones -activas o pasivas- en el curso o en la preparación de un proceso judicial. Lo que resulta relevante penalmente es que el perjuicio ocasionado por la conducta desleal de estos profesionales deviene por el hecho de lesionar el derecho de defensa o el derecho a la tutela judicial efectiva del particular; de este modo se le impide disfrutar del derecho a un proceso judicial con todas las garantías constitucionales, y es la ofensa a tal derecho lo que constituye la esencia del delito.

¹³⁵ Vid. en este sentido, FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., pág. 778; ABELLANET GUILLOT, “La prevaricación de abogado (...)”, ob.cit., pág. 194; MAGALDI PATERNOSTRO, “La prevaricación de abogado y procurador”, ob.cit., pág. 124; ORTS BERENGUER, E., “Arts. 465, 466 y 467 CP”, en Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. II, AA.VV., Coordinador: Tomás Vives Antón, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1945. En sentido contrario, GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546) entiende que no recoge sólo actuaciones profesionales referidas al proceso o a la actuación ante órganos jurisdiccionales, “sino que se acoge cualquier actuación profesional, incluso ante instancias administrativas o privadas”. En el mismo sentido, Vid. DEL MORAL GARCÍA, A., “Arts. 465, 466 y 467 CP”, en Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), AA.VV., Coordinación: Ignacio Serrano Butragueño, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 1796.

4. La infracción del deber.

Las conductas desleales de abogado y procurador se encontraban recogidas, en el anterior Código Penal, como veíamos en el primer apartado de este trabajo, en el Título VII relativo a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. La figura del funcionario público, como sujeto activo de los tipos recogidos en dicho Título, originaba que se considerase a la “infracción del deber” como lo que da unidad al Título¹³⁶. El carácter nuclear de la infracción del deber supone, en opinión de OCTAVIO DE TOLEDO, al fundarse en la relación Estado-funcionario, olvidar que la Administración despliega su actividad en beneficio de los ciudadanos y que ello es lo que justifica su existencia. Señala que se “pone el acento en la relación que une al funcionario con la propia Administración, de la que nacen específicas obligaciones, deberes, que se entienden infringidos con la realización de las conductas descritas (...), y no en las relaciones que unen a la Administración (de la que el funcionario es parte integrante) con los ciudadanos, relaciones que, nacidas de su actuación al servicio de estos últimos, se

¹³⁶ Vid. entre otros, JASO ROLDÁN, Derecho Penal. PE, T.II, ob.cit., pág. 192. Vid. asimismo, Primera parte. Capítulo primero, *supra* I.1.

pueden ver afectadas por la realización por los funcionarios de tales conductas típicas”. Seguidamente añade: “El “deber” que auténticamente es relevante para el Derecho penal en punto al bien jurídico de los tipos de “delitos de funcionarios” referidos a la Administración pública, es el “deber” de ésta y, por tanto, de las personas físicas que la componen (funcionarios) de servir a los que administran. Mas esto ya no es un deber en sentido técnico, sino que se dibuja como el contenido esencial (...) de los tipos de referencia”¹³⁷.

En consecuencia, el deber existe en función de la protección de un bien jurídico. Dicho bien jurídico, común a todos los tipos del Título VII del ACP, como ya señalamos -*supra* I.1- será la función pública. Así, nos encontramos frente a delitos contrarios a la función pública, cometidos, precisamente, por quienes participan en el ejercicio de dicha función. Los funcionarios, con sus conductas delictivas, podrán afectar a la Administración que opera en beneficio de los ciudadanos¹³⁸. Como señala MAGALDI PATERNOSTRO “el giro es copernicano:

¹³⁷ OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., pág. 243.

¹³⁸ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., pág. 137; GARCÍA ARÁN, La prevaricación judicial, ob.cit., pág. 32.

se pasa, de erigir a la Administración Pública en objeto de protección penal (...), a proteger la función pública en tanto servicio a los ciudadanos (...)”¹³⁹.

En dicho Título también se encontraban sujetos -abogado y procurador- que no reunían la condición de funcionario público en sentido penal¹⁴⁰, pero ello no impidió considerar la función pública como objeto de protección; ya que, como señalan OCTAVIO DE TOLEDO y GARCÍA ARÁN, al legislador no le interesa tanto recoger en el Título VII del ACP los delitos cometidos por unos determinados sujetos, “cuanto agrupar los que tienen como objeto de protección la función pública”¹⁴¹.

No obstante, por este hecho -el que no fueran funcionarios públicos- como señala MAGALDI PATERNOSTRO, se llegó a considerar que sus conductas desleales constituían infracciones de sus deberes profesionales y de lealtad entre el abogado y

¹³⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., pág. 109.

¹⁴⁰ Criterio prácticamente unánime por la jurisprudencia. Así, el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de febrero de 1894 ya sostenía que: *“(...) La certeza de las imputaciones injuriosas es requisito indispensable que aquél contra quien se dirigen sea empleado público, cuya cualidad no tienen los Letrados en el ejercicio de su cargo (...)”*. Vid. asimismo, SSTS 18 de marzo de 1971 y 23 de abril de 1973.

¹⁴¹ OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, ob.cit., pág. 248; GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, ob.cit., pág. 32.

procurador y el cliente, en virtud de la relación de confianza y de los vínculos contractuales que les ligan¹⁴². Ahora bien, podemos afirmar, como hemos ido adelantando a lo largo del trabajo que, no se puede sostener que lo sancionado penalmente en los delitos de deslealtad profesional sean meras “infracciones del deber”.

Ciertamente, los delitos de deslealtad incriminan conductas que constituyen infracciones de deberes profesionales, pero ello no puede llevarnos a centrar el contenido del injusto en la lesión de la confianza que ha depositado el particular en dichos profesionales. Y ello porque resulta evidente que no todo incumplimiento de deberes debe ser constitutiva de una infracción penal. Para que dicha infracción tenga relevancia penal será necesario ponerla en consideración con el bien jurídico protegido en los tipos objeto de este estudio. Como señala OCTAVIO DE TOLEDO, la infracción del deber o el “deber de cargo” es un “concepto que existe en función de la protección de un bien jurídico”¹⁴³.

¹⁴² MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., pág. 106.

¹⁴³ OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, ob.cit., pág. 261.

Como ya hemos expuesto, nos encontramos frente a contravenciones que perjudican la prestación de la función jurisdiccional, desarrollada a través del proceso judicial. Por tanto, será requisito indispensable, para que la infracción de deberes tenga relevancia penal, que con ella se afecte al bien jurídico en el desarrollo del proceso. Así, por ejemplo, no puede tener la misma entidad la sanción que se imponga a un abogado o procurador que desvela el contenido de un sumario que previamente se ha declarado secreto, que aquella otra sanción que puede imponérsele al mismo abogado o procurador por una simple indiscreción sin trascendencia acerca del contenido de dicho sumario.

Si no se estableciera dicha diferenciación, atendiendo al bien jurídico tutelado, no sería posible distinguir la infracción del deber que merece una sanción penal, de aquellas otras infracciones de menor entidad en las que no resulta precisa la intervención penal, y que, por tanto, deben quedar relegadas al ámbito civil o en su caso ser perseguidas y sancionadas por los Colegios Profesionales. Como señala PÉREZ CEPEDA, las infracciones de deberes profesionales objeto de este estudio -la infracción de los deberes de custodia de documentos, la infracción de reserva de las actuaciones declaradas secretas y la

defensa de los intereses contrarios-, se tipifican como delitos, en primer lugar, porque tienen “como punto de referencia velar por un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia o su buena imagen”. Ahora bien, ello se desprende también de cualquier otro servicio público, como por ejemplo de la Educación Pública, por lo que, y en segundo lugar, como acertadamente indica dicha autora, además nos encontramos frente “infracciones que ponen en peligro o perjudican gravemente la prestación de funciones jurisdiccionales objetivamente consideradas, que sólo y exclusivamente pueden ser desarrolladas por los órganos estatales”¹⁴⁴.

En suma, debemos adoptar una interpretación restrictiva de estos tipos penales, lo que supondrá que se limitará su aplicación, únicamente, a aquellos casos que atenten gravemente contra el bien jurídico protegido penalmente, en tanto en cuanto, será también la forma de diferenciar los delitos de deslealtad profesional de las infracciones disciplinarias¹⁴⁵. Como señala MAGALDI PATERNOSTRO, la infracción del deber constituirá sólo

¹⁴⁴ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 51.

¹⁴⁵ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 52 y 53.

el presupuesto del delito correspondiente¹⁴⁶. Su esencia, el motivo de la prohibición, su razón de existir vendrá constituido por el bien jurídico protegido en cada tipo delictivo¹⁴⁷. Bien jurídico y deber no coinciden necesariamente; el “deber”, “incluso puede ser empleado como instrumento para encontrar el primero, pero desde su configuración estrictamente formal, normativa, no puede ser confundido con éste”¹⁴⁸.

III. EL PROCESO: COMO CAUCE EXCLUSIVO DE PRESTACIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1. Proceso y derecho a la tutela judicial efectiva.

¹⁴⁶ MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 108.

¹⁴⁷ OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, ob.cit., pág. 244.

¹⁴⁸ Vid. COBO DEL ROSAL, que utiliza lo señalado para una materia diferente, pero que a nosotros, en el punto en estudio, nos parece coincidente, en “*Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal*”, separata del ADPCP, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, pág. 259.

En páginas anteriores¹⁴⁹, hemos intentado sentar las bases para la interpretación de los tipos aquí estudiados estableciendo el correcto desarrollo del proceso como su objeto de protección. Sin embargo, con ello no se agotan las posibilidades de la función interpretativa del bien jurídico. Es necesario analizar con mayor profundidad los conceptos implicados en la exigencia de un correcto desarrollo del proceso, precisamente para establecer los mínimos de la corrección de dicho desarrollo, como aquellos niveles a partir de los cuales podemos estar en presencia de una afectación al bien jurídico relevante penalmente, pero también los límites máximos tras los cuales no cabe exigir determinadas actuaciones procesales en beneficio de los sometidos al proceso.

Por tanto, si el correcto desarrollo del proceso es el punto de partida, nuevamente habrá que acudir a la razón por la cual abogado y procurador intervienen en el proceso para establecer sus concretas obligaciones en relación al mismo. En este contexto, como resulta obvio y ya hemos apuntado repetidamente, abogado y procurador intervienen como representantes de las partes, representación que les convierte

¹⁴⁹ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* II.2.

en colaboradores de la función de administrar justicia, en aquella doble vertiente (pública y privada) de su actuación profesional.

La razón por la cual los representantes de *sujetos privados* se convierten en colaboradores de una *función pública*, no puede ser otra que la de servir al ejercicio de derechos fundamentales (de contenido público) cuyo reconocimiento por el ordenamiento jurídico los mantiene indisolublemente unidos a la misma prestación de la función de administrar justicia. Si abogado y procurador, por ser representantes de sus clientes, se convierten en colaboradores del proceso, es por su función profesional de defensa de los derechos del cliente en relación al proceso, que debe ser *debido*, esto es, desarrollado de acuerdo con parámetros legalmente exigibles.

Este es el momento en el que cobra importancia la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva, como punto en el que se entronca la posición del profesional en relación al proceso y en relación a su representado. El derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental exigible por los particulares, sitúa a éstos frente a un desarrollo procesal destinado *de manera exclusiva y reglada* a dar satisfacción al mismo. Y situados frente al proceso, el profesional que los representa, sirve al ejercicio del

derecho fundamental y, con ello, al desarrollo del proceso, cuyo carácter *debido* (adecuado, correcto, y sobre todo, *exigible*) viene determinado por la exigencia de prestación de la tutela judicial efectiva.

En las líneas que siguen, expondremos los rasgos generales que presiden este derecho a partir de las precisiones del Tribunal Constitucional. En el apartado siguiente¹⁵⁰, como concepto que forma parte del haz de derechos implicados en la prestación de tutela judicial efectiva, nos referiremos al derecho de defensa.

2. Contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, que lleva por rúbrica “*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva aparece como un derecho fundamental de la persona, pero de suma importancia porque constituye el

¹⁵⁰ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *infra* IV.2.

instrumento de defensa que el Estado pone en sus manos. En virtud del art. 24 de la Constitución, la Administración Pública está obligada a ofrecer a todos los ciudadanos la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

El derecho a la tutela jurisdiccional se configura como el derecho a que “se haga justicia” -en el único sentido posible en un Estado de Derecho, esto es, a través de la aplicación del ordenamiento jurídico-¹⁵¹; el derecho a que las pretensiones que se formulen sean satisfechas por un órgano jurisdiccional con las debidas garantías, aunque ello no supone el derecho a obtener una sentencia en cuanto al fondo, ni mucho menos a obtener una resolución favorable¹⁵². El derecho a la tutela judicial efectiva comprende: primero, el libre acceso a los órganos jurisdiccionales; segundo, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho de éstos en un plazo razonable; y tercero, el derecho a la efectividad de sus pronunciamientos¹⁵³. Como

¹⁵¹ Vid. GARCÍA ARÁN, La prevaricación judicial, ob.cit., pág. 87.

¹⁵² Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J., El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Cívitas, Madrid, 1989, págs. 28 y 29.

¹⁵³ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, ob.cit., págs. 43 a 45; FIGUERUELO BURRIEZA, A., El derecho a la tutela judicial efectiva, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 73 y ss; FERNÁNDEZ SEGADO, F., El sistema constitucional español, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pág. 268; JIMÉNEZ BLANCO, A., Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, AA.VV., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces,

señala GONZÁLEZ PÉREZ, el acceso a la jurisdicción, el proceso debido y la eficacia de la sentencia son, por consiguiente, los tres momentos que configurarán el contenido de la tutela jurisdiccional¹⁵⁴. Este contenido ha sido delimitado en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional. Así, y a modo de ejemplo, entre otras:

- La sentencia de 22 de abril de 1981 establece: *“El artículo 24 de la CE supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a obtener una tutela efectiva de dichos tribunales sin que, como se dice textualmente en el referido artículo, en ningún caso pueda producirse indefensión”*.

- En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 8 de julio de 1981: *“En lo que aquí interesa, el artículo 24.1, reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no*

Madrid, 1993, págs. 243 y ss.

¹⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, ob.cit., pág. 44.

tiene que ser favorable a las pretensiones del actor y que aunque normalmente recaiga sobre el fondo puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas, se encuentra que el órgano jurisdiccional no se considere competente. Ello supone que el artículo 24.1 no puede interpretarse como un hecho incondicional a la pretensión jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías legalmente establecidas”.

- Las resoluciones han de ser fundadas en derecho. Así lo pone de manifiesto la sentencia de 11 de junio de 1983: *“Como hemos afirmado en reiteradas ocasiones, este derecho fundamental comprende el de obtener una resolución fundada en derecho, lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de estar motivada según establece, además, el artículo 120.9 de la Constitución”.*

- Y por último, y en relación a la ejecución de la resolución judicial, la sentencia de 7 de junio de 1982 declara: *“El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo (art. 24 CE) consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia (...) exige también 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; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas*

comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones”.

Ahora bien, si partimos de una *concepción amplia* del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al acceso a los Jueces y Tribunales se concretará tanto en el derecho a ser parte en un proceso, como en el derecho al proceso debido. En definitiva, a un proceso con todas las garantías, donde se pueda promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una resolución, válida y legítima del órgano jurisdiccional, sobre las pretensiones que se formulen¹⁵⁵.

El propio tenor literal del art. 24 de la Constitución pone de manifiesto el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado. Dicha tutela se concreta en el derecho a que se abra un proceso con todas las garantías para la defensa de los legítimos intereses de los particulares¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, ob. cit., págs. 43 y ss. Vid. SSTC 92/83, de 8 de noviembre, 43/84 de 26 de marzo y 131/87 de 20 de julio.

¹⁵⁶ Vid. AROZAMENA SIERRA, J., “*Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional*”, en *PJ*, núm. 35, págs. 23 y ss. Vid. STC 22/1982, de 18 de mayo.

De la jurisprudencia que se acaba de citar (evidentemente, sin pretensión alguna de exhaustividad), interesa destacar algunas notas sobre el contenido de este derecho, especialmente significativas para los efectos que aquí nos interesan. Además del conocido aspecto del derecho de *acceso* a la justicia y a la *ejecución* de las resoluciones que, en cierta forma, establecen el principio y el fin de la prestación de tutela judicial, resulta especialmente importante detenerse en las características de la resolución judicial mediante la que se presta dicha tutela efectiva. Así, conviene recordar que:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener una resolución pero, sobre todo, a que ésta sea *fundada en derecho*, lo que conduce a la exigencia de que sea motivada para hacer explícito el fundamento jurídico de la misma.

b) El derecho a la tutela judicial efectiva *no comprende* derecho a una resolución *favorable* sobre las pretensiones del interesado.

Por tanto, simplícidamente, en cuanto a la resolución, el interesado es titular de un derecho a la aplicación de la ley, en sus términos objetivos, le sea favorable o no. La tutela judicial

efectiva se entronca así con el principio general de legalidad y de sumisión de los poderes públicos a la ley (art. 9 CE), constituyendo una expresión jurisdiccional y procesal del mismo, en tanto en cuanto quien demanda tutela judicial efectiva demanda que su conflicto concreto sea resuelto, *en aplicación de la legalidad vigente, por los tribunales competentes y a través de un proceso con todas las garantías, entre las que se incluye el derecho de defensa.*

Ello nos parece importante porque objetiviza, al apoyarse en la aplicación del ordenamiento jurídico, el límite de aquello que los particulares pueden exigir, en términos constitucionales, del desarrollo del proceso y de la actuación de los Tribunales. Ese desarrollo del proceso se encuentra al servicio del *establecimiento de la verdad procesal*, como premisa para la aplicación de la ley en la resolución del conflicto. Esta base conflictual exige que el proceso se inspire en la *contradicción* entre las partes procesales para la defensa de sus pretensiones, principio en el que se apoya, a su vez, el derecho de defensa. Entendemos que este planteamiento permite encontrar el hilo conductor que relaciona a los tres tipos de deslealtad profesional con el bien jurídico tutelado en ellos: las infidelidades documentales y la revelación de secretos de los arts. 465 y 466 suponen, más claramente,

comportamientos que inciden en actuaciones procesales que pueden torcer el objetivo principal del proceso, esto es, la búsqueda de la verdad procesal como base para la emisión de una resolución fundada en derecho, sin que puedan prevalecer intereses privados que supongan una desviación de dicho objetivo; las deslealtades hacia los clientes recogidas en el art. 467 CP, afectan igualmente a los intereses propios del desarrollo del proceso, en la medida en que el carácter *debido* de éste obliga a que se inspire en el principio de contradicción y la observancia de todas las garantías entre las que se incluye el derecho de defensa.

Entendemos que estas consideraciones concretan lo observado más arriba al ubicar el bien jurídico tutelado en el correcto desarrollo del proceso¹⁵⁷ y al abordar la posible protección de los intereses de los clientes¹⁵⁸. Si allí distinguíamos entre los intereses *procesales* y las pretensiones últimas que se alegaban o pretendían satisfacer mediante el proceso, en este punto estamos en condiciones de concluir que sólo los primeros se vinculan al *derecho al proceso debido como cauce reglado y exclusivo de prestación de tutela judicial efectiva*. De

¹⁵⁷ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* II.2.

¹⁵⁸ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* II.3.

esta forma, también cuando se trata de las infidelidades documentales o la revelación de secretos, pese a que no son expresamente mencionados los intereses de los clientes, su afectación se encuentra presente en la medida en que el interés del cliente que se protege -constitucional y penalmente- es el interés en el desarrollo debido del proceso que debe conducir a la prestación de tutela judicial efectiva. Ahora bien, el derecho al proceso debido incluye asimismo el respeto al derecho de defensa, cuyo ámbito coincide, en principio, con el contenido de la tutela judicial efectiva, pero abarca también expectativas que no pertenecen a este último derecho: nos referimos a la defensa de las pretensiones materiales y su resolución favorable al interesado. Aunque el carácter favorable de la resolución no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, en cambio pertenece al derecho de defensa, esto es, la defensa de las pretensiones de las partes. En suma, el derecho de defensa es un derecho instrumental al proceso debido y a la prestación de tutela, pero con un ámbito más amplio que alcanza a la defensa de las pretensiones o búsqueda de la resolución favorable. Estas consideraciones serán desarrolladas más adelante y adquirirán su mayor operatividad en la interpretación del término “intereses” cuando va referido a los clientes en el art. 467.2 CP.

Recapitulando pues, la tutela judicial efectiva sólo se logra a través del cauce reglado de un proceso. La efectividad del Estado Social y Democrático de Derecho y la consecución de la Justicia (uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico) requieren de una pieza insustituible: el proceso, mediante el que se presta la tutela jurisdiccional encomendada a Jueces y Magistrados independientes (art. 117.3 CE)¹⁵⁹. El proceso judicial (ya sea civil, penal, contencioso-administrativo o social) será el mecanismo para dirimir las cuestiones suscitadas, el garante de los derechos e intereses legítimos, y el instrumento para conseguir la tutela efectiva que consagra el art. 24 CE.

Así, y partiendo de una *concepción amplia* del derecho a la tutela judicial efectiva, entendemos que el art. 24.1 CE asegura dicha tutela efectiva mediante el acceso al proceso, mientras que el apartado segundo del mismo precepto¹⁶⁰ no reconoce derechos distintos al de la tutela jurisdiccional efectiva, sino que la

¹⁵⁹ Vid. ALMAGRO NOSETE, J., “Artículo 24. Derecho Procesal”, en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Dirigida por O. Alzaga y Villaamil, Tomo III, pág. 28.

¹⁶⁰ El apartado segundo del art. 24 CE reza así: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

refuerza, a través de una serie de concreciones, manifestaciones o instrumentos procesales de aquel derecho fundamental¹⁶¹, entre los que se encuentra, por lo que aquí interesa, el derecho de defensa. Junto al contenido esencial de la tutela judicial efectiva que se ha resumido, y que se corresponde con el art. 24.1 CE, es frecuente, sin embargo, referirse a una denominada concepción amplia de este derecho, en el sentido de acoger también aquéllos a los que hace referencia el art. 24.2 CE - derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, etc.-, no como derechos distintos sino como derechos instrumentales del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de que el derecho a la defensa contenga, además, ciertas expectativas -como la búsqueda de una resolución favorable- que no forman parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva.

¹⁶¹ Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, ob.cit., pág. 45; ÁLVAREZ CONDE, E., El régimen Político Español, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 172 y 173; SERRANO ALBERCA, J.M., Comentarios a la Constitución, Ed. Cívitas, Madrid, 1985, pág. 466; MORENO CATENA, V., Introducción al Derecho Procesal, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 1996, págs. 258 y ss. PULIDO QUECEDO, M., La Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 540. Vid. asimismo, STC 46/1982 de 12 de julio de 1982.

La explicación de esta breve aproximación constitucional al derecho a la tutela judicial efectiva, viene originada porque, tras el primer análisis de las conductas de deslealtad profesional podemos afirmar que, éstas no sólo lesionan la buena marcha o los fines del proceso sino que también quedaría con ellas mermada la tutela judicial efectiva de las partes. De este modo, y al menos en hipótesis, si el proceso, garantizador de la función jurisdiccional se lesiona, por las conductas desleales de abogado y procurador, puede considerarse que también quedará afectada la tutela judicial, ya que ésta sólo se logra a través del cauce reglado de un proceso.

Asimismo, y acogiendo la concepción amplia que hemos citado de este derecho y, en virtud de la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/1987, de 29 de octubre, podemos llegar a la siguiente conclusión: el derecho a la tutela judicial efectiva, como poder jurídico que tienen los titulares de derechos e intereses legítimos de acudir a órganos jurisdiccionales para poder reclamar la resolución de un conflicto, se satisface en un proceso judicial. Los únicos que otorgan la tutela judicial efectiva son los Jueces y Tribunales, por tanto, sólo a ellos cabe imputar su violación (STC 26/1983, de 13 de abril). No obstante, el ejercicio desleal de abogados y procuradores impide o dificulta a

las partes, aunque la actuación de los órganos judiciales haya sido debida, el disfrute pleno de esta tutela, garantizada por el Estado. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional en STC 90/1985, de 22 de junio ha señalado incluso que, la actuación de órganos no judiciales puede llegar a incidir en la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, *“en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales”*.

De este modo, las acciones típicas de abogado y procurador podrán afectar los tres aspectos de la tutela judicial efectiva mencionados y, con ello, al proceso, impidiendo, con sus conductas, que surja éste o provocando que durante su transcurso se menoscaben los derechos constitucionales garantizados por el mismo. En concreto, tales comportamientos podrán consistir, a modo de ejemplo, en:

a) Impedir el acceso efectivo y menos costoso a la Administración de Justicia, con cualquier actuación que vete el acceso al proceso (Ej. caducidad de la acción por retraso en la formulación de la demanda atribuible al abogado).

b) Impedir durante el proceso las posibilidades de defensa o la obtención de una solución en un plazo razonable (Ej. no presentar un recurso de apelación).

c) Impedir la plena efectividad de sus pronunciamientos. La no efectividad parcial o total en la ejecución del fallo (Ej. no instar una ejecución).

En estos supuestos y, tal como señala FELIP I SABORIT, “el abogado se convierte en una barrera entre la Administración de Justicia y el ciudadano en lugar de ser una vía de comunicación”¹⁶².

Llegados a este punto, podemos ya avanzar otra importante conclusión: el perjuicio ocasionado por la deslealtad de estos profesionales adquiere relevancia penal por el hecho de lesionar específicamente no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías para la defensa de sus legítimos intereses, sino también porque, en consecuencia, se lesiona la tutela efectiva del particular. Ello es así, porque consideramos que la defensa de

¹⁶² FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., págs. 780 y ss. Vid. asimismo, ABELLANET GUILLOT, “La prevaricación de abogado (...)”, ob.cit., págs. 193 y ss; GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, ob.cit., págs. 27 y ss.

una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva no obsta para entender que el *derecho a un proceso debido* -bien jurídico penal común de los delitos de deslealtad profesional- comprende, los derechos de defensa y de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, así como las garantías reconocidas en el art. 24.2 CE. En suma, si el proceso, instrumento que garantiza la función jurisdiccional, se ve afectado -de forma genérica- por las conductas de deslealtad profesional de abogado y procurador, podrá lesionarse -de forma específica- el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva o cualquiera de las garantías establecidas en el apartado segundo del art. 24 CE¹⁶³.

Ahora bien, en principio, y de acuerdo con lo defendido hasta el momento, la tutela judicial efectiva, prácticamente siempre, quedará lesionada al afectarse el instrumento garantizador de la función jurisdiccional: el proceso. Al margen de estos supuestos, el incumplimiento del abogado pierde relevancia penal y queda al mismo nivel que el de cualquier otro profesional¹⁶⁴.

¹⁶³ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO (*“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., págs. 114 y ss) y PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 62 y 63) que alcanzan prácticamente la misma conclusión, aunque con diferentes argumentaciones.

¹⁶⁴ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de abogado y*

3. Los principios y fines del proceso.

A lo largo de estas páginas hemos señalado, de un lado, que el proceso es el instrumento para el ejercicio de la potestad jurisdiccional y, de otro, que las partes únicamente a través del proceso pueden obtener de los Tribunales la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Ahora bien, el proceso desde la óptica de las partes es, asimismo, el medio o instrumento para que el derecho objetivo se realice en su caso concreto. De acuerdo con ello, y sin ningún ánimo de realizar un análisis exhaustivo, enunciaremos los principios del proceso e intentaremos establecer sus fines o, dicho de otra forma, despejar la siguiente incógnita: ¿para qué sirve el proceso?.

Por lo que se refiere a los principios del proceso y a pesar del gran número de clasificaciones propuestas por la doctrina, estaremos a la formulada por MONTERO AROCA y GIMENO SENDRA. El primero de ellos distingue entre principios comunes a todos los procesos y principios específicos del proceso penal y

procurador”, ob.cit., págs. 114 y ss.

civil¹⁶⁵. Por lo que al tema concierne, únicamente haremos referencia a los primeros. En este sentido, MONTERO AROCA establece que cabe hablar de proceso cuando las partes están en situación de: dualidad de posiciones, contradicción o audiencia e igualdad de las partes¹⁶⁶. Por su parte, GIMENO SENDRA realiza una clasificación general que luego singulariza para el proceso penal¹⁶⁷. Con carácter general, y por lo que al tema concierne, señala los siguientes principios inherentes a la estructura del proceso: los de contradicción e igualdad, encontrándose implícitos en el derecho “a un proceso con todas las garantías” del apartado segundo del art. 24 CE¹⁶⁸.

¹⁶⁵ MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional I. Parte General, AA.VV., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 299 y ss. Éste, respecto a los principios específicos del proceso penal y civil, establece una clasificación sobre el criterio que distingue entre necesidad y oportunidad.

¹⁶⁶ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., págs. 317 y ss.

¹⁶⁷ GIMENO SENDRA, J.V., Introducción al derecho procesal, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 2000, págs. 257 y ss; del mismo, Fundamentos del derecho procesal, ob.cit., págs. 187 y ss. Éste, señala como principios referentes al objeto procesal: el principio dispositivo en el proceso civil y el principio acusatorio en el proceso penal. Asimismo, en la última obra citada, recoge, además, entre los principios del proceso: los relativos a la formación del material fáctico en el proceso: aportación e investigación (págs. 205 y ss) y, los relativos a la valoración de la prueba (págs. 213 y ss).

¹⁶⁸ GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., págs. 253 y ss; del mismo, Fundamentos (...), ob.cit., págs. 180 y ss.

A partir de la clasificación de MONTERO AROCA, entre los principios comunes a todos los procesos y, en primer lugar, hace referencia al *principio de dualidad*, porque en un proceso es necesaria la presencia de dos partes en posiciones contrapuestas, pero no habla de dualidad de partes, sino de *dualidad de posiciones*, porque un proceso puede darse con más de dos partes. La dualidad de posiciones constituye, pues, “condición indispensable para la existencia del proceso y condiciona su estructura”¹⁶⁹.

En segundo lugar, al *principio de contradicción o audiencia* se refiere el apartado primero del art. 24 CE cuando prohíbe la indefensión y, su apartado segundo cuando recoge el derecho a un proceso con todas las garantías, la primera de las cuales debe ser la posibilidad de contradicción¹⁷⁰. En ese principio de contradicción se apoya el derecho de defensa, reconocido a todas las partes: al demandado o acusado y al demandante o acusador. De un lado, MONTERO AROCA señala como puntos importantes del principio de contradicción: el contenido fundamental del

¹⁶⁹ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., pág. 323.

¹⁷⁰ Vid. GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., pág. 254.

principio, esto es, “la necesidad de ser oído”¹⁷¹, así como el hecho de que la parte ha de conocer “todos los materiales de hecho y de derecho que pueden influir en la resolución judicial”¹⁷². Por su parte, GIMENO SENDRA destaca como notas esenciales del principio de contradicción: a) el derecho de acceso a los Tribunales con el fin de que las partes puedan ejercitar libremente los derechos de acción y de defensa, y acceder así al proceso. El libre acceso al proceso constituye la primera manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); b) la admisión del “*status*” de parte. Para adquirir el *status* procesal de parte y así poder hacer valer sus pretensiones y defensas, se establece el derecho a la asistencia de letrado. Una vez comparecen formalmente las partes, el principio de contradicción también exige conocer “la pretensión”, esto es, el derecho a ser informados de la acusación formulada contra ellos (art. 24.2 CE), con el fin de poder contestarla; y, en último lugar, c) el derecho a la “última palabra”, que adquiere especial

¹⁷¹ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., pág. 325. Asimismo, señala que, así como dicho principio parece renunciabile en el proceso civil, por lo que se refiere al proceso penal el derecho a ser oído es inviolable: “para el acusado se trata de un derecho irrenunciabile”.

¹⁷² MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., págs. 323 a 326.

significación en el proceso penal, en virtud del art. 739 LECrim, como última manifestación del principio de contradicción¹⁷³.

En cuanto a la *contradicción*, MONTERO AROCA resalta que ésta es, asimismo, un “eficaz instrumento técnico” porque garantiza “la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez”; y ello supone no sólo una mejor defensa de las partes sino también resalta el interés público de la justicia¹⁷⁴.

Por último, este autor recoge, como principio que completa los anteriores, el de la *igualdad de las partes*, reconocido en la Constitución Española en los arts. 1.1 y 14, así como en los arts. 9.2, 23.2, 21.1, 40.1 y 53.3, y desde el punto de vista procesal en los arts. 24.1 y 119. Para el estudio de dicho principio distingue dos planos: a) la igualdad legal en el proceso civil y penal y, b) la igualdad práctica, que se logra, entre otros, a través del derecho de acción (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso “sin dilaciones indebidas” del art. 24.2 CE, aunque dicho derecho, no sólo es poco respetado, sino que las medidas establecidas para abreviar

¹⁷³ GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., págs. 254 a 256.

¹⁷⁴ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., págs. 326 y 327.

plazos, en muchos casos, suponen recortar garantías fundamentales¹⁷⁵.

De otra parte, GIMENO SENDRA complementa el principio de contradicción en el proceso, que antes comentábamos, con el *principio de igualdad de armas*, esto es, que ambas partes procesales ostenten “idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación”. El principio de igualdad se encuentra recogido en el art. 14 CE -“*igualdad en la aplicación de la ley procesal*”- y en el apartado segundo del art. 24 CE -el derecho a un “*proceso con todas las garantías*”-¹⁷⁶.

Tras esta breve aproximación a los principios que informan el proceso, resta establecer sus fines, en otras palabras, su función. La función genérica del proceso es la solución de los conflictos intersubjetivos y sociales que en él se plantean. Ahora bien, en atención a su relación con el objeto procesal, debe

¹⁷⁵ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., págs. 327 a 331.

¹⁷⁶ GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., págs. 256 y 257.

destacarse otra función más específica: *la función del proceso como “satisfacción de pretensiones y de resistencias”*¹⁷⁷.

Es la doctrina procesal española quien extrae el concepto de la función del proceso como *satisfacción jurídica*, válido para todas las ramas del derecho -tesis unitarias-¹⁷⁸, pero fue GUASP quien concibió el proceso como un “instrumento de satisfacción de pretensiones”¹⁷⁹; por su parte, y posteriormente, define FAIRÉN la función del proceso no sólo como satisfacción de pretensiones, sino también como satisfacción de resistencias: esto es, el enfrentamiento entre la pretensión del actor y la resistencia del demandado es lo que debe ser resuelto por el juez

¹⁷⁷ Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina General del derecho procesal (hacia una teoría y Ley procesal generales)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 24 y ss; GIMENO SENDRA, *Introducción al derecho procesal*, ob.cit., págs. 250 y ss; del mismo, *Fundamentos (...)*, ob.cit., págs. 241 y ss.

¹⁷⁸ Junto a éstas, GIMENO SENDRA (*Fundamentos (...)*, ob.cit., págs. 239 y ss) recoge brevemente: las tesis metaprocesales, que recogen, entre otras, su función social. De acuerdo con dicha función, el proceso es un “instrumento de política social” o, en otras palabras, es un “medio para eliminar o atenuar las tensiones o los conflictos sociales”. Asimismo, entre las elaboradas por la doctrina procesal destacan: en primer lugar, las concepciones civilistas y penalistas y, en segundo lugar, la delimitación de la función del proceso que dio Chiovenda y Goldschmidt. Este último autor establece que, “la función del proceso lo constituye la obtención de una sentencia con la fuerza de la cosa juzgada que ponga fin de una manera definitiva al litigio”. Ahora bien, al concepto formulado por este autor se opone el hecho que muchos procesos no finalizan mediante una sentencia definitiva, por ejemplo, desistimiento, renuncia, etc.

¹⁷⁹ GUASP, “*La pretensión procesal*”, en *ADC*, Tomo I, 1951, pág. 26.

en sentencia definitiva y, únicamente, a éste corresponde “la potestad de ordenar que se ponga en práctica la satisfacción del actor o la del demandado”¹⁸⁰.

Siguiendo a FAIRÉN, la *satisfacción procesal* deberá reunir por tanto las siguientes notas:

a) Debe ser *jurídica*. Para diferenciar la satisfacción procesal de aquella obtenida por otros medios de solución de conflictos, por ejemplo, la autodefensa o el arbitraje de equidad, la satisfacción procesal debe estar fundada en derecho, esto es, debe corresponderse con el ordenamiento jurídico¹⁸¹.

b) Debe ser *objetiva*. Cuando el conflicto se inicia la “insatisfacción” de los particulares es subjetiva. La objetivización de dicho estado de “insatisfacción” se produce a través del proceso “mediante la deducción de la correspondiente pretensión”. Asimismo, para que la pretensión o, en su caso, la

¹⁸⁰ Vid. GIMENO SENDRA, Fundamentos (...), ob.cit., pág. 242; FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., págs. 24 y ss.

¹⁸¹ FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., pág. 26; GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., pág. 250; del mismo, Fundamentos (...), ob.cit., pág. 242.

resistencia triunfe es necesario que estén amparadas en el derecho vigente¹⁸².

c) Debe ser *razonada*, lo que significa que tanto las pretensiones como las resistencias deben fundamentarse. Asimismo, y en un Estado social y democrático de Derecho, el juez debe motivar las sentencias, por lo que se refiere a los hechos probados en el juicio y, respecto los preceptos normativos aplicables a aquellos. En su caso, y para garantizar el requisito de la motivación, cabe interponer recurso de apelación o, en última instancia, recurso de amparo¹⁸³.

d) Puede ser *completa* o *incompleta*. En principio, el ordenamiento garantiza al actor “la posibilidad de obtener una satisfacción completa de su pretensión”, siempre que logre demostrar que le asiste, plenamente, la razón jurídica. Para ello, será necesario que el juez sea congruente en la sentencia con las pretensiones planteadas. Ahora bien, puede suceder que se le otorgue una satisfacción parcial o incompleta, al obtener sólo

¹⁸² FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., págs. 27 y 28; GIMENO SENDRA, Fundamentos (...), ob.cit., págs. 242 y 243.

¹⁸³ FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., págs. 28 y 29; GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., pág. 250; del mismo, Fundamentos (...), ob.cit., pág. 243.

parte de lo que pretendía o resistía. En tales casos y, en base al “gravamen” o “descontento parcial”, podrá utilizar la vía de los recursos¹⁸⁴.

e) Debe ser *práctica* o *real*. Para ello existe en el proceso la ejecución forzosa –ya que el art. 117.3 CE establece que la potestad jurisdiccional consiste en “juzgar” y “hacer ejecutar lo juzgado”–, necesaria en lo penal y voluntaria en lo civil, instrumento mediante el cual se devolverá a las partes el equilibrio o la paz social que disfrutaban “con anterioridad al nacimiento del conflicto”¹⁸⁵.

f) Finalmente, la satisfacción jurídica debe ser *estable*: *permanente* e *irrevocable*. Así, y para garantizar el principio constitucional de “seguridad jurídica” del art. 9.3 CE surge la institución de la cosa juzgada, evitándose con ello una reproducción ulterior del conflicto entre las mismas partes¹⁸⁶.

¹⁸⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., págs. 29 y 30; GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., pág. 251; del mismo, Fundamentos (...), ob.cit., pág. 243.

¹⁸⁵ Vid. GIMENO SENDRA, Fundamentos (...), ob.cit., pág. 243; del mismo, Introducción al derecho procesal, ob.cit., pág. 251; FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., págs. 30 a 32.

¹⁸⁶ FAIRÉN GUILLÉN, Doctrina General del derecho procesal, ob.cit., págs. 32 y 33; GIMENO SENDRA, Introducción al derecho procesal, ob.cit., pág. 251; del mismo, Fundamentos (...), ob.cit., pág. 243.

En consecuencia, el correcto desarrollo del proceso acoge, como abordábamos en páginas anteriores¹⁸⁷, los *intereses procesales*, vinculados al derecho al proceso debido; pero como acabamos de observar, el derecho al proceso debido conlleva, asimismo, la *satisfacción de pretensiones y resistencias*. Evidentemente dicha satisfacción, en primer lugar, deberá reunir las notas que hemos apuntado y, en segundo lugar, su obtención dependerá exclusivamente de que el proceso se desarrolle con todas sus garantías, esto es, se inspire en el mandato del art. 24 CE.

IV. LA POSICIÓN DE ABOGADO Y PROCURADOR EN RELACIÓN A LA FUNCIÓN DE ADMINISTRAR JUSTICIA.

¹⁸⁷ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* II.2 y II.3.

Siguiendo el orden que consideramos lógico, de concreción de los conceptos generales que se acaban de enunciar, en los apartados siguientes expondremos algunos de los principios y derechos que concretan la posición de abogados y procuradores en relación al proceso al que sirven.

1. La exigencia de postulación en el sistema procesal.

Postular significa debatir, solicitar, instar los actos del procedimiento. Salvo el Ministerio Fiscal -órgano público de la postulación- que insta la actuación de los Tribunales por medio de órganos propios, las partes que intervienen en el proceso no tienen esa capacidad de postular, por lo que, deberán suplirla con la de los profesionales que sí la tienen. Precisarán, por tanto, de la asistencia de un abogado y de la representación de un procurador¹⁸⁸.

La razón de la presencia de estos profesionales del derecho, abogado y procurador, en la mayoría de los procesos de nuestro ordenamiento jurídico se debe, con carácter general, a la complejidad del ordenamiento jurídico y al tecnicismo de las

¹⁸⁸ Vid. MORENO CATENA, V., Derecho Procesal Penal, 3ª edición, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 1999, págs. 280 y ss.

leyes. La parte se encuentra en una situación de inferioridad debido, básicamente, a la falta de conocimientos técnicos. Es lega en derecho y no conoce sus propios derechos ni sus obligaciones, ni puede desarrollar la actividad compleja del proceso¹⁸⁹. Ésta, como manifiesta MORENO CATENA, “se convertirá en una informe sucesión de actuaciones, en una suerte de consultorio jurídico sin eficacia práctica”, lo que supondrá dejar gran parte de derechos desprotegidos¹⁹⁰. Por ello, y atendiendo a los *propios intereses de la parte*, es necesaria la intervención de estas personas técnicas en derecho, quienes auxiliarán a la parte en sus actuaciones (art. 24.2 CE, art. 441 LOPJ), y harán valer sus derechos ante los órganos jurisdiccionales¹⁹¹, lo que se convierte, también, en garantía de una recta Administración de Justicia.

¹⁸⁹ En este sentido, GUTIÉRREZ-ÁLVIZ y CONRADI (“Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1973, pág. 774) señala que, “la incapacidad normal del imputado para defenderse por su desconocimiento del derecho sustancial y procesal, el sentirse cohibido por la autoridad estatal representada por el Juez y el Ministerio Fiscal, la dificultad de asistir a las diligencias y apreciar los resultados de la instrucción sumarial, la propia situación psicológica de su falta de serenidad, e incluso la imposibilidad física de poder actuar en caso de detención o prisión, son algunas de las diversas circunstancias en que el abogado defensor tendrá que hacer valer su pericia y experiencia”.

¹⁹⁰ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, ob.cit., pág. 280.

¹⁹¹ En este sentido, FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., págs. 777 y ss; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I*. PG, ob.cit., pág. 198; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Ed. Cívitas, Madrid,

Pero lo anterior no significa que la intervención de abogado y procurador sea siempre preceptiva. En el *proceso penal*, como regla general, rige la obligatoriedad de comparecer asistido de un abogado y representado por medio de procurador, con la sola excepción del juicio de faltas, para el que no es necesaria la postulación técnica¹⁹². A modo de ejemplo, es obligatoria la defensa técnica desde el momento de la detención o prisión del imputado, a quien se le designará un abogado de oficio si no lo nombra el mismo¹⁹³; también resulta obligatoria su asistencia cuando el imputado necesite algún consejo, quiera interponer algún recurso o se tenga que presentar el escrito de calificaciones provisionales¹⁹⁴. Por su parte, la intervención del procurador será siempre preceptiva tras el auto de apertura del juicio oral¹⁹⁵. De otra parte, en el *proceso civil*, también, de forma general, rige la obligatoriedad de comparecer asistido de abogado

1982, págs. 39 y ss; CAROCCA PÉREZ, A., Garantía Constitucional de la defensa procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 492 y ss; ALMAGRO NOSETE, “Artículo 24. Derecho Procesal”, ob.cit., pág. 52.

¹⁹² Vid. art. 962 LECrim.

¹⁹³ Vid. arts. 520.2.c), 520.5 y 788.1 LECrim.

¹⁹⁴ Vid. arts. 118.IV y 625 II LECrim; asimismo, art. 788.3.II LECrim en relación art. 789.5.5ª.

¹⁹⁵ Vid. art. 791.1 LECrim.

-art. 31 LEC/2000¹⁹⁶ y de procurador -art. 23 LEC/2000¹⁹⁷, exceptuándose, por lo que se refiere a la asistencia de abogado, entre otros, los actos de conciliación¹⁹⁸ y los juicios verbales cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas¹⁹⁹; y por lo que se refiere al procurador, los ya señalados²⁰⁰, como los actos de jurisdicción voluntaria²⁰¹, entre otros²⁰².

Asimismo, la existencia de este personal técnico facilita la actuación del órgano judicial, ya que actúa como *mediador* entre el ciudadano y el Derecho. A los profesionales del derecho -abogado y procurador- les corresponde resolver y evitar los conflictos

¹⁹⁶ Vid. arts. 436 a 443 LOPJ; arts. 225.4º, 254.2, 539.1 y 750.1 LEC/2000; art. 8 EGA, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE 164/2001, de 10 de julio). Vid. disposición derogatoria única 1.1ª de la LEC/2000 (mantiene vigente el art.10.1º y 3º de la LEC/1881).

¹⁹⁷ Vid. arts. 438.1 y 440.1 LOPJ; 28, 432.1, 539.1 y 750.1 LEC/2000; arts. 3 y 4 EGPT, Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de los procuradores de los Tribunales de España. Vid. asimismo, arts. 1 y 5 del Proyecto de Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, de 6 de mayo de 2000. Vid. disposición derogatoria única 1.1ª de la LEC/2000 (mantiene vigente el art. 4. 1º y 5º de la LEC/1881).

¹⁹⁸ Vid. art. 10.1º LEC/1881.

¹⁹⁹ Vid. art. 31.2.1º LEC/2000 y arts. 437.2 y 814.2 LEC/2000.

²⁰⁰ Vid. art. 4.1º LEC/1881 y arts. 23.2.1º, 437.2 y 814.2 LEC/2000.

²⁰¹ Vid. art. 4.5º LEC/1881.

²⁰² Vid. por lo que se refiere al proceso contencioso administrativo y al proceso laboral, arts. 33 LJCA y 21 LPL.

sociales, de ahí se deriva su función social²⁰³. Esta función social se fundamenta en la obra de mediación que realiza entre el Tribunal y la parte, para hacer valer los derechos e intereses que le sean confiados²⁰⁴. Por ello, podemos afirmar que, colaboran en la función pública de la Administración de Justicia²⁰⁵, tal como se refleja en el art. 30 del Estatuto General de la Abogacía española, cuando establece 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”*²⁰⁶.

Esta participación también se desprende del art. 11 del Estatuto General de los procuradores de los Tribunales de España, que

²⁰³ Vid. GHERSI, C.A., Responsabilidad de los abogados y otras incumbencias profesionales, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1990, págs. 12 a 16.

²⁰⁴ Vid. LEGA, C., Deontología de la profesión de abogado, Ed. Civitas, Madrid, 1976, págs. 45 a 49.

²⁰⁵ Vid. GÓMEZ PÉREZ, R., Deontología Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, pág. 161; SANTAELLA LÓPEZ, M., Ética de las profesiones jurídicas. Textos y materiales para el debate deontológico, Servicio de publicaciones, Facultad de derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 97.

²⁰⁶ Art. 30 EGA, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE 164/2001, de 10 de julio)

establece: “Es deber primordial del Procurador colaborar con los Órganos jurisdiccionales en la noble función pública de administrar justicia, actuando con profesionalidad, honradez y lealtad en la defensa de los intereses de sus representados. A este fin, en sus relaciones con el Órgano jurisdiccional y con sus compañeros, y con el Letrado y cliente, será probo, leal y veraz (...)”²⁰⁷.

Desde este punto de vista y como señala MONTERO AROCA, “se habla de la función pública de abogados y procuradores o de la colaboración de éstos con los Tribunales”. De todo ello se deduce la necesidad de la presencia del personal técnico como *auxiliador* de la parte y *colaborador* del órgano judicial²⁰⁸.

Con la finalidad de velar por los intereses del particular en el curso de un proceso judicial, nace una relación contractual, entre éste y el personal técnico, basada en la confianza, ya que la

²⁰⁷ Art. 11 EGPT, Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España. Vid. asimismo, art. 37 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000. Tal como hemos manifestado, se tratará de un servicio público prestado a la comunidad. Ahora bien, su función social viene, además, delimitada por las normas deontológicas que rodean a estas profesiones. Como veremos en páginas posteriores, los deberes que la rodean serán de obligado cumplimiento, no sólo para garantizar esa función social que se les viene asignando, sino también para reafirmar su real colaboración con la Administración de Justicia.

²⁰⁸ MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., pág. 198.

parte tiene la facultad de elección de la persona que él considere más adecuada para su defensa y representación²⁰⁹. En principio, podríamos hablar de la función social que ejercen estos profesionales, al ser, por regla general, preceptiva su intervención en los procesos judiciales con la finalidad de velar por la participación de la parte. De este modo, el ejercicio desleal de estos profesionales, en los que se ha depositado la confianza para defender y representar sus intereses, como señala FELIP I SABORIT, “podría socavar la confianza ciudadana en la abogacía e inutilizar su función social”²¹⁰.

²⁰⁹ El art. 33.1 LEC/2000 reza así: “Fuera de los casos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado que les hayan de representar y defender en juicio”. Vid. asimismo, arts. 1 y 9.1 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio, arts. 436 y 440.1 LOPJ; arts. 1 y 2 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio. Vid. asimismo, arts. 1 y 3 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000. Vid. asimismo, MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., págs. 198 y ss; BANDRÉS SÁNCHEZ -CRUZAT, J.M., El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 464.

²¹⁰ FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., pág. 778. Según la jurisprudencia lo que aquí se produce es un “quebranto de los sagrados deberes de lealtad para con aquellas personas que pusieron en sus manos, que debieran suponerse expertas y celosas, la gestión judicial de sus intereses” (STS 27 de noviembre de 1950); de “faltar a un principio esencial de lealtad, que es la base fundamental y primaria de esta figura delictiva” (SSTS 11 de mayo de 1989 y 20 de enero de 1994). La infracción de este deber “no es meramente formal: su punición viene impuesta como garantía de la exigencia legal y ética de lealtad profesional e implica un quebranto, siquiere fuere potencial, de los intereses del cliente” (SSTS 6 de julio de 1970 y 29 de diciembre de 1973). Vid. DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 14.

Ciertamente, el ejercicio de estos profesionales cumple una función social. En efecto, la confianza depositada en ellos, para hacer valer sus derechos e intereses, es fundamental. Ahora bien -tal y como ya hemos tenido ocasión de manifestar²¹¹- consideramos que la lesión de esta confianza depositada en el profesional no puede centrar el injusto de las conductas de deslealtad objeto de este estudio. El simple incumplimiento contractual entre estos profesionales y su cliente o la infracción deontológica por parte del abogado y procurador no serán suficientes para exigir una respuesta penal. En estos casos, como frente a cualquier incumplimiento contractual de cualquier otro profesional, el particular se puede resarcir a través del derecho disciplinario Colegial o a través del orden civil²¹².

Con todo, el tema de la necesidad de la postulación requiere alguna matización más entre estas consideraciones sobre la posición de los profesionales privados en relación al proceso y la función de administrar justicia. El carácter obligatorio de la postulación respecto de determinadas actuaciones procesales podría llevar a la conclusión precipitada

²¹¹ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* I.1 y II.3.

²¹² Vid. FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, *ob.cit.*, pág. 778.

de que sólo allí donde se produce tal obligatoriedad, la función del profesional se reviste del carácter eminentemente público que le hemos venido reconociendo y, correlativamente, mantener la caracterización predominantemente privada de la prestación profesional en aquellos casos en que las partes eligen ser representadas profesionalmente cuando la ley no se lo impone.

Entendemos que tal planteamiento no puede compartirse. La diferencia entre ambas situaciones radica en que, en aquellos casos en que es preceptiva la intervención de abogado y procurador, el Estado asume especialmente la protección del derecho de defensa y su garantía reforzada a través de la representación técnica que, de esta forma, se convierte en irrenunciable, básicamente, por las especiales características del proceso; irrenunciabilidad que alcanza su máxima expresión en cuanto a tal cuando se trata de un proceso penal. En cambio, en aquellos casos en que la postulación no resulta obligatoria, el interesado puede prescindir de la defensa y representación técnica, pero ello no significa que renuncie a sus derechos procesales objetivamente considerados ni, obviamente, a la prestación de tutela judicial efectiva. En estos casos, la intervención del profesional, libremente elegida por el interesado, sigue estando destinada a asegurar la efectividad de tales

derechos y, una vez que se produce, sigue atribuyendo al profesional el carácter de colaborador de la actuación judicial. Por tanto, también en los supuestos de representación voluntaria por parte del profesional se dan todos los requisitos para la posible afectación al bien jurídico en los términos aquí mantenidos.

En resumen, al defensor técnico le corresponde asumir en el proceso una duplicidad de funciones, una es la que coincide con el imputado, al traducir en términos técnico-jurídicos la posición defensiva de su cliente, y la otra consistirá en vigilar y garantizar el desarrollo regular del proceso, impidiendo que se vulneren los derechos fundamentales del imputado. Evidentemente, de violarse alguna garantía fundamental de la parte ya no quedará garantizado el derecho a un proceso debido, y lógicamente, se demostrará que no se ha velado correctamente por los intereses de la parte²¹³.

2. El derecho de defensa.

²¹³ Vid. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, ob.cit, págs. 470 y 471.

Como ya vimos en relación al contenido del derecho al proceso debido, el derecho de defensa constituye una garantía expresamente mencionada en el art. 24.2 CE, como derecho instrumental de la tutela judicial efectiva. Es, además, una garantía que está en íntima conexión con la igualdad de las partes y el respeto de los derechos de audiencia y contradicción.

RAMOS MÉNDEZ, entre otros, ha sistematizado las manifestaciones de esta garantía, del siguiente modo: a) la prohibición de indefensión que es, precisamente, el resultado contrario a la finalidad básica perseguida por la defensa, proscrita en el art. 24.1 CE; b) el derecho de defensa comprende también el derecho a defenderse en el juego de la contradicción, el derecho a mantener una determinada postura de parte. El propio art. 24.2 CE contempla, a su vez, diversas manifestaciones de autotutela, tales como el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable; c) esta garantía incluye, asimismo, el derecho a la prueba y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y, d) finalmente el art. 24.2 CE prevé el derecho a la defensa técnica, esto es, el derecho a la asistencia de letrado²¹⁴.

²¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, F., El proceso penal: tercera lectura constitucional, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, págs. 16 a 18. Del mismo, El sistema procesal español, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 82 a

El derecho de defensa podemos conceptualizarlo como aquel derecho subjetivo público fundamental, que es reconocido a todas las partes procesales en cualquier clase de procedimiento - cualquiera que sea su naturaleza y finalidad-, y que ha de respetarse a lo largo de todo su desarrollo y hasta su conclusión²¹⁵; con él se asegura a las partes el derecho a efectuar las alegaciones que estimen pertinentes y a utilizar los medios de prueba necesarios para demostrar los alegatos realizados, para con ello contradecir las alegaciones contrarias a fin de que sean valoradas por el juez e influyan en su decisión²¹⁶.

91. Sobre esta materia, vid. ampliamente, CAROCCA PÉREZ, Garantía constitucional de la defensa procesal, ob.cit.

²¹⁵ Así se expresa la STC 30/1981, de 14 de octubre (FJ 3): *“El derecho a la defensa y asistencia de letrado, que el parágrafo 2º del artículo 24 de la Constitución reconoce en forma incondicionada a todos, es, por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no sólo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible”*.

²¹⁶ Así, lo han reconocido, entre otras, la STC 4/1982, de 8 de febrero (FJ 5): *“en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el remedio judicial de sus derecho e intereses”*. Vid. asimismo, entre otras, SSTC 231/1992, de 14 de diciembre, 124/1994, de 25 de abril y, 147/1987, de 25 de septiembre (FJ 2) que señala que, el derecho a probar es *“ejercitable en cualquier tipo de proceso en el que el ciudadano se vea involucrado y (es) inseparable del derecho mismo a la defensa”*. Vid. asimismo, el estudio realizado sobre el derecho de defensa por CAROCCA PÉREZ, Garantía constitucional de la defensa procesal, ob.cit., págs. 53 y ss. Dicho autor establece que, en definitiva, el derecho de defensa supone, *“la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional”*, Vid. pág. 100. Por su parte, MAGALDI PATERNOSTRO (*“La protección penal del*

Hemos venido afirmando que la función jurisdiccional se presta a través de un proceso debido y que la esencia de los delitos de deslealtad profesional viene constituida por el derecho a dicho proceso judicial con todas las garantías. Entre éstas veíamos que se encuentra el derecho de defensa del particular. Por consiguiente, consideramos que en la medida en que se afecte a tal derecho -que incluye, entre otras, la garantía de asistencia letrada y la prohibición de indefensión- se violará la garantía constitucional a un proceso debido. Asimismo, la lesión del deber profesional de colaborar con la actividad jurídica de los particulares impedirá el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

De acuerdo con ello, expondremos a continuación el derecho de defensa y asistencia de letrado, reconocidos en el apartado segundo del art. 24 CE que, de forma esencial comporta, de un lado, la prohibición de la indefensión y, de otro, que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento

derecho de defensa”, en Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 437) conceptualiza el derecho de defensa como “el derecho subjetivo público fundamental que otorga a todas las personas las facultades necesarias para hacer frente eficazmente a una imputación criminógena, incluyendo el conocimiento inmediato de la misma como presupuesto del ejercicio de dichas facultades”.

técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su defensa, en tanto en cuanto, como ya hemos manifestado, la actuación procesal se encuentra supeditada al requisito de la postulación. Pero, además, el fin de dicha asistencia letrada supone, no sólo garantizar el correcto desarrollo del proceso, sino también la defensa de las pretensiones del cliente.

2.1. La garantía de asistencia letrada.

El derecho a la asistencia letrada exige la facultad de disponer del auxilio técnico de un abogado a fin de que colabore con el justiciable en el ejercicio de su derecho de defensa²¹⁷. Incluye, asimismo, la facultad de elegir libremente abogado, y en

²¹⁷ El derecho de defensa aparece consagrado en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. En su art. 6.3 dispone: *“Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos (...) b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección, y si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan”*. También en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos aparece, específicamente, en el art. 14.3.

No obstante, y a diferencia de estas normas internacionales, nuestro art. 24.2 CE *“no permite que se prive al acusado de la asistencia técnica de abogado por el hecho de que le estuviese reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo”*. Vid. STC 30/1981, de 24 de julio; JIMÉNEZ BLANCO, Comentario a la Constitución (...), ob.cit., pág. 325.

caso de que ésto no resulte posible, la obligación del Estado de proporcionar uno de oficio²¹⁸. Si éste no lo designa, se lesionará su derecho a la asistencia de Letrado -art. 24.2 CE-, causándole una situación material de indefensión -art. 24.1 CE-.

El derecho a la asistencia letrada se reconoce en nuestra Constitución “tanto al detenido” (art. 17.3 CE) como “al acusado” (art. 24.2 CE), pero se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de diferentes derechos fundamentales²¹⁹. El primero de ellos establece la asistencia letrada para los supuestos de detención, el segundo lo contempla como un derecho de los justiciables, junto al derecho a la defensa, en sentido amplio. Así pues, el art. 24.2 CE se refiere a

²¹⁸ En este sentido, vid. ampliamente, MORENO CATENA, La defensa en el proceso penal, ob.cit.; GIMENO SENDRA, J.V., El derecho de defensa, en “Constitución y proceso”, Madrid, 1988, págs. 88 y ss; RAMOS MÉNDEZ, El proceso penal: tercera lectura constitucional, ob.cit., pág. 18; CAROCCA PÉREZ, Garantía constitucional de la defensa procesal, ob.cit. Así como, Vid. arts. 440.2 LOPJ, 788.1 LECrim, 45 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio y, 42 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo. Vid. también, arts. 22 y ss de la Ley 1/1996, de 10 de enero (BOE núm. 11, del 12), de Asistencia Jurídica Gratuita, y el RD 2103/1996, de 20 de septiembre (BOE núm. 231, del 24), Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita. Este último ha sido objeto de una modificación por el RD de 1 de diciembre de 2000, núm. 1949/2000 (BOE 2 de diciembre de 2000, núm. 289 y, BOE 22 de diciembre de 2000, núm. 306, que modifica un error), en el que se incrementan los honorarios establecidos en el mismo.

²¹⁹ Vid. STC 196/1987, de 11 de diciembre, que reitera la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida, entre otras, en las sentencias 13 de mayo de 1980 y 26 de marzo de 1982.

dos garantías procesales íntimamente ligadas: el derecho a la defensa y el derecho a la asistencia letrada (o a la defensa técnica).

La asistencia de abogado, para la tramitación del proceso, se convierte en *garantía de una recta Administración de Justicia* para el imputado y para el perjudicado²²⁰.

La constitucionalización del derecho de defensa lo convierte en algo más que en un requisito procesal. Ello supone que los poderes públicos deben velar por su satisfacción, incluso en aquellos casos en que no lo haga el encausado²²¹.

El derecho de defensa tiene una íntima conexión con la institución misma del proceso. Al derecho de defensa no lo podemos considerar como un mero requisito formal, ya que no sólo es un derecho fundamental sino que es elemento decisivo

²²⁰ Vid. art. 24.2 CE, art. 118 LECrim. MORENO CATENA, La defensa en el proceso penal, ob.cit., págs. 39 y ss; GONZÁLEZ PÉREZ, El derecho a la tutela jurisdiccional, ob.cit., págs. 136 y ss; GIMENO SENDRA, J.V., “Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales”, en Comentarios a la legislación penal, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Ed. Edersa, 1982, págs. 162 y ss; GIMENO SENDRA, J.V., Derecho Procesal Penal, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 1997, págs. 68 y ss; CAROCCA PÉREZ, Garantía constitucional de la defensa procesal, ob.cit., págs. 492 y ss.

²²¹ Vid. STC 57/1984, de 8 de mayo. ÁLVAREZ CONDE, El régimen Político Español, ob.cit., pág. 140.

del proceso, para poderlo calificar como un proceso justo. Ello se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 42/1982, de 5 de julio, que distingue los dos aspectos más importantes del derecho a la asistencia de letrado en los siguientes términos: *“en ocasiones, (es) un puro derecho del imputado; en otras, (es) además (unida ya con la representación del procurador) un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el acusado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aún así mantuviese una actitud pasiva, procediendo al nombramiento de Abogado y Procurador de Oficio. En ningún caso cabe transformar un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que puede convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso”*.

Por su parte, la STC 72/1990, de 23 de abril, completando una anterior del mismo Tribunal Constitucional, la 47/1987, de 22 de abril, desarrolla el contenido práctico del derecho de asistencia letrada definido en el art. 24.2 CE, declarando que: a) se trata de un derecho que tiene proyección especial hacia el proceso penal, aunque es también de aplicación en el resto de procesos; b) tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de

los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios en la posición procesal de las partes o limitaciones de la defensa que pueden producir indefensión; c) el hecho de poder comparecer personalmente ante un juez o Tribunal no es causa que haga decaer el derecho de asistencia letrada, pues el cumplimiento de los presupuestos de validez de un acto procesal no basta necesariamente para satisfacer las exigencias de un derecho fundamental garantizado por la Constitución; d) el derecho de asistencia letrada es un medio instrumental puesto por la Constitución al servicio del principio de igualdad de defensa de las partes y, por tanto, su reconocimiento será procedente cuando se manifieste imprescindible para situar al carente de medios económicos al mismo nivel de defensa en que actúa la parte contraria; e) la negación del derecho de asistencia letrada gratuita constituirá vulneración constitucional si la autodefensa ejercitada por aquel a quien se niega el derecho se manifiesta incapaz de compensar la ausencia de abogado que lo defiende, lo que será determinable en cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que hayan realizado su defensa.

Para poder calificar al proceso como debido debe rodearse de una serie de garantías o derechos instrumentales de rango constitucional, art. 24.2 CE, como son: derecho a la defensa, que se refiere al conjunto de actividades que realiza el abogado de preparación y formulación de pretensiones con el fin de hacer valer ante los órganos judiciales los derechos del cliente; el derecho a la asistencia de letrado, que deberá velar por el cumplimiento de las formalidades legales y deberá actuar conforme a la ley; el derecho a ser informado de la acusación (art. 17.3 CE); el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y el derecho a la presunción de inocencia²²².

El derecho a la defensa técnica, como reconoce la Constitución en el apartado segundo del art. 24, es una de las manifestaciones en que se realiza el fundamental derecho a la defensa²²³. La importancia del primero radica en que aparece

²²² Vid. ALMAGRO NOSETE, *“Artículo 24. Derecho Procesal”*, ob.cit., págs. 51 y ss.

²²³ Vid. MORENO CATENA, *La defensa en el proceso penal*, ob.cit., pág. 25.

como un derecho instrumental del segundo, y permitirá “hacer efectiva la garantía del derecho de defensa”²²⁴.

Asimismo, la defensa técnica no sólo es configurada como un medio instrumental que debe asegurar la igualdad de la defensa procesal, sino que también, y para garantizar los intereses de la justicia, debe satisfacer el fin común de toda asistencia técnica: lograr el correcto desenvolvimiento del proceso²²⁵. La defensa técnica, que es una de las garantías para la tramitación del proceso, se convertirá en garantía de una recta Administración de Justicia. Porque, sin olvidar el interés individual de la parte, “atañe al interés general que el proceso sea decidido rectamente”²²⁶.

El cometido del defensor técnico será dirigir la defensa de su cliente, a través de sus conocimientos y experiencia²²⁷. Ahora

²²⁴ Vid. CAROCCA PÉREZ, Garantía Constitucional de la defensa procesal, ob.cit., pág. 497. Con acierto este autor señala que, no existe distinción entre el derecho de defensa del art. 24.1 y el art. 24.2 de la Constitución (págs. 142 y ss). MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, ob.cit., pág. 359.

²²⁵ Vid. STC 47/87, de 22 de abril. MORENO CATENA, La defensa en el proceso penal, ob.cit., págs. 45 y 46.

²²⁶ Vid. MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, ob.cit., págs. 357 y 358.

²²⁷ El particular es el titular del derecho fundamental de defensa, lo que supone que cuando entre ambos surja un conflicto aquél puede

bien, con la finalidad de facilitar la actuación del órgano judicial podemos hablar de la función pública de abogados y procuradores. Estos actuarán para coadyuvar al mejor ejercicio de la función jurisdiccional a cargo de los Tribunales²²⁸. Por ello, podemos concebir al defensor como colaborador en la función pública de la Administración de Justicia, en el sentido del art. 30 del Estatuto General de la Abogacía²²⁹. El abogado aparecerá desde esta perspectiva convertido en un órgano de control del regular desarrollo del proceso en interés de la parte y en garante del respeto de los derechos que la Ley reconoce a su cliente²³⁰. Y con sus comportamientos desleales vulnerará la esencia de su función, es decir, el velar y garantizar a fin de que se respeten los derechos de la parte, derechos reconocidos y garantizados

revocar a su defensor. Vid. MORENO CATENA, La defensa en el proceso penal, ob.cit., pág. 42.

²²⁸ Vid. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L. y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1989, pág. 122; MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional I. PG, ob.cit., pág. 198. Vid. asimismo, GARCÍA ARÁN, La prevaricación judicial, ob.cit., págs. 30 y 31.

²²⁹ Art. 30 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio. Vid. también, art. 11 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio. Vid. asimismo, art. 37 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000. Asimismo, arts. 436 a 442 LOPJ (Libro Quinto) que rubrica: “(...) *personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia y de los que la auxilian*”.

²³⁰ Vid. MORENO CATENA, La defensa en el proceso penal, ob.cit., pág. 115.

constitucionalmente en el art. 24 CE. Con sus actuaciones es él mismo el que los pone en peligro o los lesiona.

De las consideraciones anteriores se desprende que el derecho de defensa incluye también la defensa de las pretensiones del cliente, lo que le proporciona un contenido relativamente más amplio que el contenido esencial de la tutela judicial efectiva, en el que, como se ha visto, no se incluye la satisfacción de la pretensión material. Recuérdese igualmente, que sólo en una concepción amplia de la tutela judicial efectiva podía quedar englobado el derecho de defensa.

En cualquier caso, la defensa de las pretensiones sigue perteneciendo al desarrollo del proceso debido. Ello es así porque uno de sus principios ineludibles es el *principio de contradicción*, y éste se concreta en la formulación de alegaciones contrapuestas para defender las respectivas pretensiones de las partes.

2.2. Derecho de defensa e indefensión.

Una de las manifestaciones concretas del derecho de defensa consiste en evitar desequilibrios entre las partes

procesales. El derecho de defensa asegura que las partes actúen en una *posición de igualdad* y en la aplicación efectiva del *principio de contradicción*. Si se quebranta el principio procesal de igualdad entre las partes o se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción se producirá la indefensión de éstas (art. 24.1 CE).

En numerosas ocasiones se ha pronunciado el Tribunal Constitucional acerca de la prohibición de la indefensión. Una de las sentencias que más claramente definen su doctrina respecto a la garantía mencionada es la 89/1986, de 1 de julio, a tenor de la cual: *“La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y de demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción”*²³¹.

En resumen, la indefensión, en la perspectiva jurídico-constitucional, es aquella que se produce en virtud de actos de

²³¹ Vid. en este sentido, entre otras, las SSTC 4/1982, de 8 de febrero; 48/1986, de 23 de abril; 12/1987, de 4 de febrero; 175/1994, de 7 de junio; 116/1995, de 17 de julio y 52/1997, de 17 de marzo.

los órganos judiciales; y se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa contradictorio de las partes contendientes, en tanto que este derecho supone que la parte pueda alegar y probar, en un plano de igualdad, todo aquello que convenga con la finalidad de proteger sus derechos e intereses legítimos²³².

Por lo que respecta a los requisitos que deben concurrir para apreciar indefensión, a la vista de la jurisprudencia constitucional, podemos señalar los siguientes²³³: a) la indefensión tiene que ser material, esto es, no formal o meramente procesal. Ha de existir, en definitiva, una privación o limitación sustancial del derecho de defensa²³⁴; b) la privación de los medios de alegación o de prueba ha de ser real y efectiva, así

²³² Vid. SSTC 12/1981, de 10 de abril; 46/1982, de 12 de julio; 15/1984, de 6 de febrero; 89/1986, de 1 de julio; 169/1990, de 5 de noviembre y 151/1996 de 30 de septiembre, entre otras. Vid. asimismo, AROZAMENA SIERRA, *“Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”*, ob.cit., págs. 32 y ss.; MARTÍN GARCÍA, P., *Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “Tutela judicial efectiva y derecho de defensa”*. Sentencia 17/1992, 10 febrero, en *Revista General de Derecho*, núms. 574-575, julio-agosto, 1992, págs. 6729 y 6730; FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, ob.cit., págs. 271 y 272; JIMÉNEZ BLANCO, *Comentario a la Constitución (...)*, ob.cit., págs. 280 y ss; CAROCCA PÉREZ, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, ob.cit., pág. 360; ÁLVAREZ CONDE, *El régimen Político Español*, ob.cit., págs. 178 y 179.

²³³ Vid. STC 9/1997, de 14 de enero.

²³⁴ Vid. SSTC 48/1984, de 4 de abril; 18/1995, de 24 de enero; 164/1996, de 28 de octubre y 88/1997, de 5 de mayo.

como total o absoluta de modo que “suponga una reducción a la nada de las posibilidades de defensa de quien sufre la indefensión”²³⁵; c) tal privación ha de ser definitiva, de manera que los perjudicados por ella no pueden promover la defensa de sus derechos e intereses legítimos en un ulterior proceso declarativo²³⁶ y, d) finalmente, la indefensión debe ser imputable, de modo directo e inmediato, al órgano jurisdiccional²³⁷. La indefensión, por tanto, se producirá:

1) cuando se priva al sujeto de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos mediante la apertura del adecuado proceso (STC 70/1984, de 11 de junio);

2) cuando se priva al sujeto del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos (STC 48/1986, de 23 de abril);

²³⁵ Vid. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 95 y ss. Vid. asimismo, SSTC 48/1986, de 23 de abril; 212/1994, de 13 de julio; 39/1995, de 13 de febrero y 77/1997, de 21 de abril.

²³⁶ Vid., entre otras, SSTC 187/1990, de 26 de noviembre y 137/1996, de 16 de septiembre.

²³⁷ Vid. SSTC 153/1993, de 3 de mayo y 111/1996, de 24 de junio.

3) cuando se le priva para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (STC 31/1989, de 13 de febrero)²³⁸.

En todo caso no habrá indefensión, si ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, aunque se hubiere constatado la presencia de alguna limitación no trascendente de las facultades de defensa, que fueran solucionables en la segunda instancia²³⁹.

Esta indefensión que supone la privación o restricción del derecho de defensa, o la limitación, a las partes en el proceso, para poder alegar y probar, es la que proviene de los órganos judiciales. Desde esta perspectiva jurídico-constitucional no podemos considerar que las actuaciones desleales del abogado y del procurador coloquen a la parte en una situación de indefensión, aunque exista una real lesión, a raíz de sus actuaciones, del derecho de defensa, y con ello se sitúe a la parte

²³⁸ La STC 203/1990, de 13 de diciembre declaró: “*El derecho de defensa reconocido en el art. 24.1 CE implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos*”. FIGUERUELO BURRIEZA, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, ob.cit., págs. 78 y 79; GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, ob.cit., págs. 146 y ss.

²³⁹ Vid. STC 28/1981, de 23 de julio. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, ob.cit., pág. 151.

en situación de desigualdad y se impida la aplicación del principio de contradicción. Existen numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que así lo establecen: SSTC 169/1990, de 5 de noviembre, 137/1996, de 16 de septiembre, 149/1996, de 30 de septiembre, 77/1997, de 21 de abril, entre otras. De estas sentencias se desprende que no puede alegarse indefensión cuando los errores o irregularidades proceden de los litigantes, sus defensores o representantes, debido a su pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia. Es imputable a ellos, y no al órgano judicial las consecuencias de dichos errores cometidos al incidir en el derecho fundamental de defensa²⁴⁰.

Pensamos que ello supondrá que, si realmente dichos errores o infracciones son imputables a sus representantes en el juicio, e inciden en alguno de los derechos fundamentales garantizados en el curso de un proceso judicial, como el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa, responderán aquellos penalmente y no el órgano judicial, por las posibles “indefensiones” que haya podido sufrir la parte. De este modo, técnicamente no habrá “indefensión” en el sentido que el

²⁴⁰ Vid. SÁNCHEZ CARRION, J.C., “Significación actual e incidencia en el proceso de la indefensión jurídico-constitucional”, en *PJ*, núm. 45, 1997, págs. 301 y 302; MARTÍN GARCÍA, Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ob.cit., págs. 6729 y ss; JIMÉNEZ BLANCO, Comentario a la Constitución (...), ob.cit., págs. 294 y ss.

Tribunal Constitucional plantea, pero sí una asistencia letrada no efectiva, y tal conducta es contraria al derecho de defensa. Su comportamiento desleal, ya sea doloso o imprudente, afectará al seguimiento normal del proceso²⁴¹. En coherencia con lo dicho hasta el momento, en el hipotético supuesto en que no se afecte al curso del proceso o a las garantías constitucionales derivadas del mismo, la responsabilidad simplemente será disciplinaria.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO PENALMENTE.

Hasta la promulgación del Código Penal de 1995, los delitos cometidos por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones se encontraban ubicados en el Capítulo VII del ACP, relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. A raíz de su ubicación se entendió que

²⁴¹ Distinta sería la situación, si acogemos el concepto de indefensión en sentido amplio. Este engloba, según Bandrés Sánchez-Cruzat, “a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 24 CE” (STC 48/1984, de 4 de abril). Entonces sí que podríamos considerar que las conductas desleales de estos profesionales colocan a la parte en una situación de indefensión. Vid. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, ob.cit., pág. 236; FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., pág. 783; FERNÁNDEZ SEGADO, El sistema constitucional español, ob.cit., pág. 266.

lo protegido era la infracción del deber de cargo por parte del funcionario. Ahora bien, ni el abogado ni el procurador son funcionarios públicos, en sentido penal, por lo que ya entonces se señaló que, lo relevante de estas conductas desleales por parte de estos profesionales era que colaboraban en el ejercicio de la función pública.

Posteriormente, a partir de los trabajos de OCTAVIO DE TOLEDO, se erige la función pública como bien jurídico común a todos los tipos del Título VII. Este autor ya apuntó la falta de encaje de las conductas desleales de abogados y procuradores en el Título, al no poder ser considerados como funcionarios públicos. No obstante, como bien señaló GARCÍA ARÁN, sus conductas sí que afectarán a la función pública, en concreto a la función jurisdiccional.

Será con los Proyectos anteriores al Código Penal de 1995, donde se ubicarán estas deslealtades entre los delitos contra la Administración de Justicia. Ubicación que se mantendrá en el Código vigente, donde las deslealtades profesionales de abogado y procurador aparecen reguladas en el Capítulo VII del Título XX bajo la rúbrica *“De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional”*.

Consideramos que el motivo o ratio legis que conduce al legislador penal a criminalizar todas las conductas incluidas en el Título XX es la protección de la *Administración de Justicia*, o más concretamente la protección de la función estatal de administrar justicia. A los efectos de la protección penal, *la Administración de Justicia se equiparará a la función jurisdiccional, y será, el correcto funcionamiento de ésta la que constituirá el bien jurídico mediato.*

La función jurisdiccional se desempeña a través de los estrictos cauces de un proceso judicial. Éste constituirá el vehículo o instrumento a través del que se ejerce la actividad jurisdiccional, puesto que mediante éste se lleva a cabo la función de juzgar y se resuelven los conflictos sociales.

Abogado y procurador intervienen en la resolución de dichos conflictos sociales, defendiendo o representando a las partes, para hacer valer sus pretensiones. En consecuencia, éstos inciden, con sus actuaciones, en el proceso judicial, e influyen en el correcto desarrollo de esta actividad jurisdiccional.

En conformidad con un Estado Social y de Derecho, el proceso, para poder calificarlo de debido, debe estar rodeado de una serie de garantías constitucionales, recogidas en el art. 24 de la Constitución. Entre ellas podemos destacar el derecho de defensa y la defensa técnica. La finalidad de esta última consiste en lograr el correcto desenvolvimiento del proceso, consiste en facilitar la actuación del órgano judicial, sin olvidar que su cometido también será dirigir la defensa y la representación de los intereses y derechos de su cliente. Así, como consecuencia de la actuación desleal de abogado y procurador se lesionará o pondrá en peligro las garantías que rodean al proceso. Ello supondrá una afectación a la actividad jurisdiccional. En suma, las acciones de los sujetos activos de los tipos objeto de este estudio, lesionarán el correcto desarrollo del proceso, que constituirá el bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos de deslealtad profesional. Con sus actuaciones afectarán, no sólo a su desarrollo, sino también a sus fines. En definitiva lesionarán el cauce reglado, necesario para desarrollar la función jurisdiccional, que no es otro que el *proceso*. El derecho a un *proceso debido con todas las garantías constitucionales*, será el objeto directamente tutelado. Por consiguiente, su lesión o puesta en peligro, por parte de la acción u omisión del abogado o

procurador, se erige como elemento indispensable de los delitos de deslealtad profesional.

Asimismo, consideramos que, si la tutela judicial efectiva se logra a través del proceso debido, y éste resulta lesionado, en estos supuestos las partes no podrán obtener la tutela judicial efectiva garantizada por los Tribunales (art. 24.1 CE).

El derecho a la tutela judicial efectiva adquiere aquí protagonismo porque si el proceso es el cauce para la prestación de la función jurisdiccional, lo es, en concreto, para la prestación de tutela judicial efectiva.

El contenido esencial de este derecho permite delimitar los intereses de los representados que resultan afectados por quien, además de representarlos, es un colaborador de la función pública. Así, junto al derecho de acceso a la jurisdicción y a la ejecución de lo resuelto, la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a una resolución fundada en derecho, sea favorable o no a las pretensiones de la parte. Los intereses que el profesional debe defender como colaborador de la función pública, son intereses incluidos en la tutela judicial efectiva y por tanto, intereses públicos con contenido constitucional, diferenciables

conceptualmente de las pretensiones privadas y resumibles en el interés en la aplicación de la legalidad a través de un proceso con todas las garantías.

Sin embargo, la defensa de la pretensión material de la parte puede considerarse incluida en el derecho de defensa que, en este sentido, manifiesta un ámbito relativamente más amplio que el estricto contenido de la tutela judicial efectiva, pero sigue relacionándose con los principios propios del proceso debido y concretamente, con el principio de contradicción. La afectación a este aspecto concreto se expresa en la incriminación de los perjuicios al cliente del art. 467.2 CP.

Cabe señalar también que lo sancionado en los delitos de deslealtad profesional no son meras “infracciones del deber del cargo”, en el sentido del anterior Código Penal -consideradas de manera formal y sin contenido material de afectación a un bien jurídico-. Las conductas incriminadas por estas figuras delictivas constituyen contravenciones de deberes profesionales, pero para que dicha contravención adquiera relevancia penal debemos ponerla en relación con el bien jurídico protegido, y constatar que ha afectado al desarrollo o los fines del proceso -”satisfacción de pretensiones y de resistencias”-. La infracción del deber

constituirá por tanto sólo el presupuesto del delito correspondiente, pero no su fundamento, ni su razón de ser.

La función de abogado y procurador es la de resolver y evitar los conflictos sociales, y en ello radica la función social de estas profesiones. Ésta se fundamenta en la obra de mediación que realiza entre el ciudadano y el Derecho, para hacer valer los derechos e intereses que le sean confiados. Por ello, se señala que estos profesionales colaboran en la función pública de la Administración de Justicia. De modo que, en el proceso asumen una duplicidad de funciones: una consiste en traducir en términos técnico-jurídicos la posición defensiva del cliente, y la otra, en garantizar el desarrollo regular del proceso. Por consiguiente, si se vulnera alguna garantía fundamental de la parte ya no quedará resguardado el derecho a un proceso debido, como tampoco se velará por los intereses de la parte.

Hemos señalado el *correcto desarrollo del proceso como bien jurídico inmediatamente protegido* en los delitos de deslealtad profesional, y éste nos servirá de referencia en la función interpretativa. Así, en virtud de esta función, el bien jurídico nos descubrirá el sentido y la finalidad de los tipos en estudio. Desde la función interpretativa que se ha atribuido tradicionalmente al

bien jurídico podemos deducir también que no todas las actuaciones desleales de abogado y procurador merecen una respuesta penal. Por ello, y de acuerdo con el principio de intervención mínima debe restringirse el objeto de protección a aquellos supuestos en que se lesione gravemente, o se ponga en peligro, de forma igualmente grave, aspectos fundamentales del desarrollo y los fines del proceso. Este dato, a su vez, nos permitirá diferenciar entre los delitos de deslealtad profesional y las simples infracciones disciplinarias. Para ello, consideramos necesario abordar, con carácter previo, algunas cuestiones generales de la deontología jurídica.