

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

I. CUESTIONES GENERALES DE LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA.

Como hemos venido subrayando a lo largo de estas páginas, abogado y procurador prestan un servicio público a la comunidad. Su función consiste en resolver y evitar los conflictos sociales que surgen entre los ciudadanos y, con el fin de velar por los derechos e intereses que le son confiados, mediarán entre el Tribunal y la parte. Esta función viene delimitada por las regulaciones deontológicas, que persiguen el establecimiento de normas que garanticen, no sólo la defensa de los intereses de quienes han demandado los servicios de estos profesionales, sino también aquellas normas que afecten a la corporación profesional.

En las páginas siguientes analizaremos los deberes que rodean a los profesionales del derecho, así como la potestad disciplinaria que ejercen los Colegios sobre estos profesionales. En virtud de esta potestad sancionadora, los órganos colegiales,

a través de su propio procedimiento disciplinario, podrán imponer sanciones disciplinarias a los colegiados que incumplen sus deberes profesionales. Por consiguiente, la realización de una conducta desleal por parte de estos profesionales puede dar lugar no sólo a una sanción disciplinaria, impuesta por el respectivo Colegio Profesional, sino también a una sanción penal, si se da el caso de que aquella infracción tiene una mayor trascendencia que la simplemente disciplinaria. Ello, en primer lugar, originará los consecuentes *problemas de la duplicidad de sanciones* –cuestión que analizaremos en el apartado siguiente-, y además, en segundo lugar, el estudio de la potestad disciplinaria de los Colegios, nos permitirá observar *si se respetan las garantías formales y materiales en las conductas ilícitas y en sus sanciones correspondientes*.

1. Normas deontológicas de abogado y procurador.

Abogado y procurador tienen una serie de deberes y obligaciones en relación con sus clientes, colegas y Tribunales¹. Estos deberes y obligaciones se encuentran regulados en sus

¹ Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., pág. 51.

respectivos Estatutos profesionales y Códigos deontológicos, y la respuesta a su incumplimiento se materializa en unas determinadas sanciones que afectan al ejercicio de su profesión. Ello se desprende asimismo del preámbulo del Código de deontología de los abogados de la Comunidad Europea, aprobado el 28 de octubre de 1988 y asumido por el Consejo General de la Abogacía Española el 22 de septiembre de 1989, al establecer que: *“las reglas deontológicas están destinadas a garantizar, por su aceptación libremente consentida, la buena ejecución por parte del abogado de su misión reconocida como indispensable para el buen funcionamiento de toda sociedad humana. La no observación de estas reglas por el abogado tendrá como consecuencia, en última instancia, una sanción disciplinaria”*².

Ahora bien, el incumplimiento de unos concretos deberes y obligaciones, no sólo conlleva una sanción disciplinaria, sino,

² El Consejo de la Abogacía ha aprobado un nuevo Código Deontológico, que refunde y reunifica toda la normativa española al respecto. Éste, al igual que al que nosotros hacemos referencia en el presente trabajo de investigación, está basado en el Código Deontológico de la Abogacía Europea, también recientemente modificado. Al no disponer del mismo, haremos referencia al asumido por el Consejo General de la Abogacía Española en 1989 y, al aprobado por la Asamblea de Decanos en 1987, modificado en 1995. Fundamentalmente, las modificaciones que se han introducido tratan de la lucha contra el blanqueo de dinero, adoptándose medidas como la obligación de separar las cuentas de abogado y cliente, manteniéndose, prácticamente sin modificaciones, la función absolutamente independiente del abogado en defensa de los derechos fundamentales de los clientes, con total transparencia en esa función.

como hemos visto, puede ser también objeto de una sanción penal. Por ello, no sólo vamos a analizar esos concretos deberes recogidos en sus Estatutos profesionales y también en diferentes Códigos deontológicos, sino también cómo se encauzan esas sanciones disciplinarias, para poder posteriormente estudiar la problemática que rodea la posible duplicidad de sanciones: penal y disciplinaria.

En primer lugar debemos distinguir los principios deontológicos de carácter universal como la probidad, el desinterés y el decoro -inspirados en la ética profesional-, de aquellos deberes específicos que resultan vinculados a cada profesión y que proceden de las disposiciones legales y de las regulaciones deontológicas. En concreto, en relación con los profesionales del derecho, el valor de la justicia es un objetivo fundamental en las relaciones no sólo entre profesionales, compañeros y clientes, sino también en cuanto al resultado práctico de las propias actividades profesionales³. Ello se deriva del preámbulo del Código de deontología de los abogados de la Comunidad Europea, aprobado el 28 de octubre de 1988, que declara: *“en una sociedad fundada en el respeto a la justicia, el*

³ Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 18 y ss.

abogado tiene un papel fundamental. Su misión no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco de la ley. En un Estado de Derecho el abogado es indispensable para la justicia y para los justiciables, pues tiene la obligación de defender los derechos y las libertades; es tanto el asesor como el defensor de su cliente”.

Asimismo, conviene precisar que, las normas de deontología profesional aunque, en principio, son un conjunto de reglas basadas en los principios generales del derecho o son usos seguidos en la profesión⁴, incorporan los valores sociales vigentes en cada momento, lo que permitirá un mejor ejercicio de la profesión cuya dignidad y prestigio interesa tanto a los profesionales como a los ciudadanos. Ahora bien, dichas normas no son sólo simples reglas de conducta sino que, su incumplimiento lleva aparejada una determinada sanción. En consecuencia, nos encontramos frente determinados deberes profesionales normativizados y exigibles jurídicamente.

La mayoría de estas reglas encuentran su formulación escrita en los Estatutos profesionales. Así, entre los principios fundamentales de las normas deontológicas de la abogacía

⁴ Vid. SÁINZ MORENO, F., “Comentario al artículo 36 CE”, en Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978, Dirigida por O. Alzaga y Villaamil, Tomo III, págs. 578 y ss.

española⁵ se garantiza, en primer lugar, que *los intereses del cliente sean defendidos con objetividad*⁶. La defensa de los intereses del cliente se encuentra, también, entre los principios generales del Código de deontología de los abogados de la Comunidad Europea⁷. Esta defensa de los intereses del cliente estaba recogida, asimismo, entre los Principios Generales del Estatuto General de la abogacía española de 1982, en su art. 9: *”Corresponde a la Abogacía de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica. (...)”* y, aunque en su actual redacción no se recoge de forma tan expresa, puede desprenderse del art. 30, cuando señala que corresponde al abogado el asesoramiento, la conciliación y la defensa en derecho de los intereses que le

⁵ Texto aprobado por la Asamblea de Decanos celebrada en Madrid los días 28 y 29 de mayo de 1987 y modificado el 29 de junio de 1995, en SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 93 y ss.

⁶ Norma 1.1. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 96 y 97.

⁷ Norma 2.7. Dicho Código ha sido adoptado por unanimidad por los representantes de los Colegios de la Comunidad Europea, en la Sesión Plenaria del CCBE celebrada en Estrasburgo el 28 de octubre de 1988. El Consejo General de la Abogacía Española, en la sesión celebrada el día 22 de septiembre de 1989, acordó asumirlo en lo que a su ámbito de competencia específica se refiere. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 49 y ss. Vid. asimismo, la norma 27 del Código de la Ética Profesional de la Abogacía Iberoamericana -”Declaración de Mar del Plata”, 1984, en MARTÍNEZ VAL, J.M^a., *Ética de la Abogacía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, págs. 97 y ss.

hayan sido confiados; y en el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, en cuyo art. 2 se dispone que, los procuradores representarán “*los derechos e intereses de su poderdante ante los Tribunales de Justicia*”⁸. Del mismo modo, esa protección de los intereses del cliente será núcleo esencial del art. 467 apartado 2º del Código Penal, realizando así, estos profesionales, no sólo una conducta criminalizada, sino también contraria al ejercicio de su profesión.

Entre los principios fundamentales de las normas deontológicas de la abogacía española se encuentra también, y en segundo lugar, la *integridad*⁹, que supone honestidad, *lealtad*¹⁰, veracidad y diligencia en el desempeño de su función. Este deber de lealtad al cliente -que se refiere a la prohibición de la *defensa de intereses contrapuestos* en relación a los que esté defendiendo¹¹-, no se encuentra recogido estatutariamente en el

⁸ Vid. art. 9 EGA, RD 2090/1982, de 24 de julio; art. 30 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio; art. 2 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio; vid. asimismo, aunque no es tan explícito como el precepto mencionado del RD 2046/1982, el art. 5.3 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

⁹ Norma 1.3. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., pág. 97.

¹⁰ Vid. LEGA, *Deontología de la profesión de abogado*, ob.cit., págs. 155 y ss.

¹¹ Norma 6.11. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 106 y ss.

Estatuto General de la abogacía ni en el de la procuradoría españolas.

No obstante sí que aparece en el Código de deontología de los abogados de la Comunidad Europea¹², en la que se expresa que, el abogado no puede aceptar ser el defensor de un segundo cliente en el mismo asunto que está atendiendo si existe un conflicto de intereses entre ambos clientes¹³. Idea que también se traduce en el apartado primero del art. 467 del Código Penal, que prohíbe la defensa de intereses contrarios y, aunque no se encuentra recogida en el Estatuto General de la abogacía ni en el de la procuradoría española, esa actuación, por parte de estos profesionales, sería contraria a la dignidad de la profesión y a sus reglas éticas.

En tercer y último lugar haremos referencia al derecho y al deber de guardar el *secreto profesional*. El deber de fidelidad que tienen abogados y procuradores se encuentra recogido no sólo en

¹² Norma 3.2. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 57 y ss.

¹³ Asimismo, en las normas 29 y 40 de la Declaración de Mar del Plata, en MARTÍNEZ VAL, *Ética de la Abogacía*, ob.cit., págs. 103 y ss, y 141 y ss; como también en el art. 12 del Código Internacional de deontología forense elaborado por International Bar Association (IBA) que reza así: “*Un abogado no debe representar nunca intereses opuestos. Esto se aplicará también a todos los miembros de una firma o sociedad de abogados*”, en GÓMEZ PÉREZ, *Deontología jurídica*, ob.cit., pág. 188.

las normas deontológicas de la abogacía española¹⁴, sino también, y entre otras, en el Código deontológico de los abogados de la Comunidad Europea¹⁵. Este deber se plasma en el Estatuto General de la abogacía española, concretamente en su art. 32.1: *“De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”*¹⁶. Asimismo, el Estatuto General de la procuraduría, art. 14.15, establece como deberes del procurador: *“Guardar el secreto profesional de cuantos hechos, documentos y situaciones relacionadas con sus clientes hubiese tenido noticia por razón del ejercicio de su profesión (...)”*¹⁷; como también lo

¹⁴ Norma 1.5 y 2. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 97 y ss.

¹⁵ Norma 2.3. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 54 y ss. Asimismo, en las normas 28 y 38 de la Declaración de Mar del Plata, en MARTÍNEZ VAL, *Ética de la Abogacía*, ob.cit., págs. 99 y ss, y 131 y ss; como también, en el art. 13 del IBA que reza así: *“Un abogado no debe revelar nunca lo que se le ha comunicado confidencialmente como tal abogado, ni siquiera después de haber terminado de asesorar a su cliente. Este deber se extiende a sus socios, pasantes y empleados”*, en GÓMEZ PÉREZ, *Deontología jurídica*, ob.cit., pág. 188.

¹⁶ Vid. también, art. 42 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio, como el art. 437.2 LOPJ.

¹⁷ Vid. EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio; vid. también, arts. 2.2 y 38.6 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000; como el art. 438 LOPJ.

estaba en el anterior Código Penal -art. 360-¹⁸ cuando prohibía la revelación de los secretos conocidos en el ejercicio de su profesión. Actualmente dicha conducta sigue estando sancionada en el Código Penal, en su art. 199, pero no se encuentra entre los delitos contra la Administración de Justicia, sino entre los delitos contra la intimidad. Ahora bien, el Código Penal de 1995 ha introducido *la prohibición de revelar actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial*, es decir, *el secreto sumarial*, por lo que, si al revelarse éste se diera a conocer también alguno conocido por su profesión, ambas conductas podrían ser objeto de sanción.

En suma, la libre aceptación por parte del abogado y procurador de estas normas deontológicas y estatutarias garantiza la buena ejecución de su misión de defensa y representación; por ello, la no observancia de estas reglas comportará una sanción disciplinaria, a lo mínimo y, a lo sumo también una sanción penal.

Posteriormente tendremos la ocasión de aportar algunos criterios de delimitación entre estos ilícitos disciplinarios

¹⁸ Vid. arts. 20.1d) y 24.2 CE.

colegiales y las infracciones penales¹⁹. Pero, con carácter previo, parece necesario hacer también alguna referencia a la potestad disciplinaria y al procedimiento de estos Colegios Profesionales. Puesto que su actual regulación nos permitirá sacar importantes conclusiones de *lege ferenda*, tanto en relación a las garantías como a la determinación de sus respectivos ámbitos de aplicación.

2. Los Colegios Profesionales.

2.1. Breve referencia a los Colegios Profesionales y su potestad disciplinaria.

El art. 36 de la Constitución Española reconoce y constitucionaliza los Colegios Profesionales -como Corporación de intereses profesionales- y establece una reserva de ley para regular las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, el art. 1.1º de la Ley 2/1974, reguladora de los Colegios Profesionales (LCP)²⁰ los define como “*Corporaciones de derecho público,*

¹⁹ Vid. Primera parte. Capítulo segundo, *infra* II 4.2.

²⁰ Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, modificada

*amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines*²¹.

Respecto a la naturaleza jurídica de los Colegios, se deduce, a partir de las sentencias del Tribunal Supremo, que poseen una naturaleza mixta²², como base asociativa y como Corporación de Derecho Público. También lo ha entendido así el Tribunal Constitucional cuando afirma que son *“Corporaciones sectoriales, representativas de intereses profesionales que se constituyen para defender los intereses privativos de sus miembros, pero que también cumplen fines de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, etc.), ello justifica la opción diferida al legislador para regularlos”* - SSTC 123/1987 y 23/1984 -.

Ahora bien, de los Colegios Profesionales debe destacarse, no sólo que ejerzan dos tipos de funciones, públicas y privadas, sino también que disfrutan de una clara autonomía corporativa,

por Ley 74/1978, de 26 de diciembre (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1974, y BOE núm. 10, de 11 de enero de 1979, respectivamente).

²¹ Vid. también, arts. 2.1 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio y 38 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio; vid. asimismo, art. 78 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

²² Vid. SSTC 21 de diciembre de 1982; 11 de junio de 1984; 11 de marzo de 1986; 3 de noviembre de 1988; 26 de febrero de 1990; 30 de marzo de 1994 y 15 de febrero de 1995, entre otras.

lo que nos hace entender la importancia de las potestades normativas y disciplinarias de dichos órganos colegiados. Será la propia Corporación Profesional quien controle y dirija la actividad de los Colegios, que administrarán y autoregularán sus propios intereses²³. Así se desprende del art. 1.3 LCP que declara “*Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional*”²⁴.

Los Colegios Profesionales realizan una actividad de control y vigilancia de las actividades de sus miembros, que se ejerce a través de una *función disciplinaria y sancionatoria*. Esta facultad

²³ Vid. PUJOL CARDENAL, C., “*Les potestats normativa i disciplinària dels Col.legis Professionals*”, en *RJC*, 1996, págs. 103 y ss.

²⁴ Vid. también, arts. 3 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio y 39 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio; vid. asimismo, art. 80 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000. El EGA en su art. 3.1, establece, además, como fines esenciales de estas corporaciones: “(...) *la colaboración en el funcionamiento, promoción y mejora de la Administración de Justicia*”. LORCA NAVARRETE (Introducción al derecho procesal, organización judicial española y principios rectores del proceso español, Ed. Dykinson, Madrid, 1995, págs. 657 y 658) establece, en el mismo sentido, que, en particular, “corresponde a los Colegios de Abogados la función de *colaborar* con el Poder Judicial y con la Administración de Justicia mediante la realización de estudios, emisión de informes (...)”. En definitiva, junto con estas funciones de índole jurisdiccional, le corresponde “*otras de tipificación colegial como la de ostentar la representación del Colegio para el cumplimiento de sus fines (...)*”.

disciplinaria se encuentra reconocida en la LCP, en su art. 5º i), que atribuye a los Colegios Profesionales *“la función de ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”*²⁵. Como señala la STS 8 de julio de 1981, los Colegios Profesionales son una institución idónea para juzgar las conductas profesionales en la medida en que *“no constituye obstáculo a la correcta apreciación de los hechos por quienes participan de las mismas funciones y obligaciones que el inculpado y, por tanto, conciben debidamente las reglas morales por las que se rigen”*.

Esta función disciplinaria se especifica en el apartado t) del art. 5º LCP, cuando establece que los Colegios Profesionales han de *“cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos Profesionales y Reglamentos de Régimen*

²⁵ Vid. SAINZ MORENO, *“Comentario al artículo 36 CE”*, ob.cit., págs. 576 y ss; PUJOL CARDENAL, *“Les potestats normativa i disciplinària (...)”*, ob.cit., págs. 422 y ss. MARTÍN- RETORTILLO BÁQUER (*“El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional”*, en Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución, Coordinador: Lorenzo Martínez-Retortillo, Ed. Cívitas, Madrid, 1996, págs. 299 y ss.) señala que no hay obstáculo para referirse a la potestad disciplinaria en su conjunto, no obstante la diferenciación que la Ley hace de lo disciplinario colegial -relaciones internas del colegiado con el Colegio- y profesional -el respeto a las normas propias de la profesión-. Vid. asimismo, art. 4.1h) EGA, RD 658/2001, de 22 de junio.

Interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Órganos colegiales, en materia de su competencia"²⁶. Y en último lugar, el art. 6º. 3 g) LCP señala que la materia en relación al régimen disciplinario deberá estar regulada por los Estatutos del Colegio Profesional²⁷.

En suma, la Ley faculta a los Colegios Profesionales para ordenar la actividad profesional de los colegiados, labor que realizarán a través de la aprobación de las normas deontológicas, de obligado cumplimiento en el ejercicio de la profesión, y a través de un régimen disciplinario colegial en defensa de la deontología de la profesión, donde se concretarán las conductas constitutivas de infracción y sus correspondientes sanciones. Por consiguiente, el incumplimiento de dichas normas deontológicas constituirá el presupuesto de la función sancionadora del Colegio Profesional, lo que reafirmará su carácter normativo²⁸.

No obstante, se estima que las sanciones establecidas en las normas colegiales no satisfacen las garantías material ni

²⁶ Vid. art. 4.1 p) EGA, RD 658/2001, de 22 de junio.

²⁷ Vid. art. 4.1 h) EGA en relación arts. 80 y ss. EGA, RD 658/2001, de 22 de junio.

²⁸ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 80.

formal del principio de legalidad, en materia sancionadora, del art. 25.1 CE.

La primera *garantía, de orden material* supone una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes -FJ 2º de la STC 219/1989, de 21 de diciembre-. Se ha criticado, por parte de la doctrina²⁹ que la naturaleza abierta e indeterminada de las normas deontológicas puede dar lugar a arbitrariedades y abusos en su aplicación a los profesionales. En este sentido, el Estatuto General de la Abogacía, en el Título VIII, Capítulo II, determina el régimen de responsabilidad disciplinaria, sin especificar la sanción correspondiente a cada infracción. Concretamente, el art. 81 EGA dispone: *“El Decano y la Junta de Gobierno son competentes para el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, ateniéndose a las siguientes normas: 1. Se extenderá a la sanción de infracción de deberes profesionales o normas éticas de conducta en cuanto afecten a la profesión. 2. Las correcciones que podrán aplicarse son las siguientes: a) Amonestación privada, b) Apercibimiento por escrito, c) Suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo no superior a dos*

²⁹ Vid. SÁINZ MORENO, *“Comentario al artículo 36 CE”*, ob.cit., pág. 578; PUJOL CARDENAL, *“Les potestats normativa i disciplinaria (...)”*, ob.cit., pág. 425.

años, *d) Expulsión del Colegio*”. Tal redacción pone de manifiesto el carácter abierto e indeterminado de esta regulación.

Asimismo, en ocasiones el Tribunal Supremo se muestra poco riguroso a la hora de exigir una detallada descripción de las infracciones. Por ejemplo, las SSTS de 16 y 27 de diciembre de 1993 han considerado suficiente cobertura la que ofrece el Estatuto General de la Abogacía que tipifica como falta muy grave “*los actos y omisiones que constituyan una ofensa grave a la dignidad de la profesión a las reglas éticas que la gobiernan*” (art. 113 c)³⁰ y la STS de 18 de febrero de 1994 confirma la validez del art. 115 c)³¹ del EGA que contempla como falta leve las infracciones leves de los deberes que la profesión impone.

A tenor de los dictados del Tribunal Constitucional -STC 219/1989- parece ser que, en principio, *no existiría falta de seguridad o de certeza*; de hecho, dicha sentencia declara -FJ 5º- que: “*(...) las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios Profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes*

³⁰ Vid. art. 113 c) EGA, RD 2090/1982, de 24 de julio, que se corresponde con el art. 84 c) EGA, RD 658/2001, de 22 de junio.

³¹ Vid. art. 115 c) EGA, RD 2090/1982, de 24 de julio, que se corresponde con el art. 86 c) EGA, RD 658/2001, de 22 de junio.

morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios” -art. 5º i) LCP-. Por lo demás, continúa señalando que las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen, de manera regular y desde tiempo inmemorial, “el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios Profesionales”. Ello supuestamente generará una razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores.

Asimismo, la sentencia reseñada insiste -FJ 5º- en la idea de que, *“frente a esta manifiesta previsibilidad de las conductas sancionables para un colegiado que ha asumido los deberes propios de su relación especial por el hecho de la colegiación, carece de relieve la circunstancia de que las Normas deontológicas no definan expresamente como infracciones disciplinarias el incumplimiento de sus preceptos, o que éstos y la regulación de la escala de sanciones aplicables se contengan en distintos textos normativos e, incluso, en última instancia, que las Normas Deontológicas no hayan sido objeto de publicación en el Boletín oficial del Estado o en el diario oficial de algún otro ente territorial, pues esta omisión, que en el ámbito de las relaciones de sujeción general impediría la aplicación de cualquier*

norma sancionadora, no puede valorarse, en el orden específico del Colegio Profesional, ni siquiera como indicio de inseguridad jurídica con relación a los propios colegiados”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo³² aplica el concepto de relación de sujeción especial a la que mantienen los respectivos Colegios Profesionales con sus miembros, y justifica la aceptación de las peculiaridades de dicha relación, y en particular de su régimen disciplinario, en base a la existencia del consentimiento del colegiado. Pero, como señala FANLO LORAS, dicho consentimiento choca con el dato, en el caso de los Colegios Profesionales, de la incorporación obligatoria a los Colegios como requisito para el ejercicio profesional³³.

Por su parte, SÁINZ MORENO señala que, aunque de una parte las normas deontológicas son una garantía para el ciudadano y para los demás miembros de la profesión, de otra parte, la aplicación de estas normas por el propio profesional pueden ser origen de arbitrariedades y abusos debido a su

³² Vid. entre otras, SSTs 24 de julio de 1987; 27 de abril de 1988; 3 de marzo y 24 de abril de 1990.

³³ FANLO LORAS, A., El debate sobre los Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales, Ed. Civitas, Madrid, 1992, págs. 70 y 71.

naturaleza abierta e indeterminada³⁴. Para solucionar dichos problemas de inseguridad, LEGA defiende la publicidad de las normas deontológicas, al considerar que la deontología no se agota en principios generales, sino que está constituida por numerosas reglas de detalle “cuyo conocimiento no puede presumirse”³⁵.

Ahora bien, compartimos, en parte, la opinión de MARTÍN-RETORTILLO, que señala que no hay falta de certeza o falta de seguridad jurídica en cuanto que un profesional al ingresar en el Colegio correspondiente “sabe” o “inexcusablemente debe saber” cuáles son sus obligaciones, sus deberes y, en consecuencia, las posibles reacciones disciplinarias que pueden sobrevenir por su incumplimiento. De este modo, el conocimiento de los códigos de conducta formarán parte para cualquier profesional “del propio ejercicio de la profesión”³⁶. Continúa señalando dicho autor que, la idea central radica en que los Colegios Profesionales garantizan, no sólo unos saberes y unos conocimientos técnicos, que aseguran la eficacia y calidad del servicio, sino que también

³⁴ SÁINZ MORENO, “Comentario al artículo 36 CE”, ob.cit., pág. 578.

³⁵ LEGA, Deontología de la profesión de abogado, ob.cit., pág. 56. En el mismo sentido, destacando las ventajas de la positivación, LORCA NAVARRETE, Introducción al derecho procesal (...), ob.cit., pág. 604.

³⁶ MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, “El papel de los Colegios en la

es preciso asegurar unas normas de comportamientos que afirmen “la confianza, la credibilidad, la tónica de respeto y la seguridad de que se va a actuar correctamente”³⁷.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 219/1989 -FJ 6º- con la finalidad de garantizar una mayor seguridad jurídica recomienda que *“sería conveniente que por los organismos competentes se adaptara la normativa disciplinaria de los Colegios Profesionales (...) de una manera más clara a las exigencias constitucionales de los arts. 9.3 y 25.1 de la Norma Fundamental”*. En consecuencia, *“y sin perjuicio de la conveniencia de que los órganos competentes refuercen el nivel de previsibilidad del ordenamiento disciplinario corporativo, mediante las refundiciones o modificaciones normativas a que haya lugar, es preciso concluir que la aplicación de las Normas Deontológicas en cuestión (...) no ha vulnerado el artículo 25.1 de la Constitución”* (FJ 5º).

En suma, compartimos las recomendaciones propuestas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 219/1989, de 21 de diciembre para garantizar el principio de legalidad proclamado en

ordenación de las profesiones y (...)”, ob.cit., pág. 311.

³⁷ MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *“El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y (...)”*, ob.cit., pág. 323.

el art. 25 CE y, evitar con el cumplimiento de las mismas la falta de certeza o de seguridad de las normas deontológicas y de las sanciones que las acompañan. En efecto, la función de control y vigilancia de los Colegios Profesionales sobre las profesiones, como señala PÉREZ CEPEDA, “sólo puede ser legítima y hacerse efectiva cuando se respetan las exigencias del principio de legalidad proclamado en el artículo 25 CE”³⁸. Pero ello no obsta, como hace el Ministerio Fiscal, en la sentencia referida, para incluir un *“toque de atención, a través de este aviso”*: *“Si bien resultaría más adecuado a las exigencias constitucionales la tipificación de conductas y la imposición de sanciones en un mismo texto normativo, con rango de ley, y con una descripción más detallada de los tipos de ilícito (...) (ant.6)”*³⁹.

La segunda *garantía, de carácter formal*, se refiere al rango de ley de las normas sancionadoras. Dicha reserva de ley pierde parte de su fundamentación en las relaciones de sujeción especial -calificación de la relación de los Colegios Profesionales con sus miembros-⁴⁰. Así, la Ley de Colegios Profesionales

³⁸ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 78.

³⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, *“El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones (...)”*, ob.cit., pág. 312.

⁴⁰ Vid. SSTS 15 de febrero de 1982, 27 de abril de 1988, 3 de marzo y

remite a la autoridad colegial o corporativa la determinación del régimen disciplinario -art. 5º i) LCP-, que constituye el fundamento de la potestad sancionadora colegial. Pero ello, que no sería válido en las relaciones de sujeción general -SSTC 42/1987 y 29/1989-, lo es en las relaciones de sujeción especial -SSTC 2/1987, de 21 de enero y 69/1989, de 20 de abril-, como así afirma la STC 219/1989 en su FJ 3º cuando declara “(...) nos hallamos ante una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de la Constitución. De ahí que, precisamente en este ámbito, la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria aparezca especialmente justificada”. Con posterioridad, en la STC 61/1990, de 29 de marzo se establece que lo prohibido por el art. 25.1 CE es la remisión al Reglamento que haga posible una regulación independiente y no subordinada a la ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora⁴¹.

24 de abril de 1990.

⁴¹ Vid. FANLO LORAS, El debate sobre los Colegios Profesionales (...), ob.cit., págs. 67 y ss.

Con todo, esta relativización del requisito de la cobertura legal no es total. Por ello, continúa la STC 61/1990 afirmando en su FJ 8º que *“una cosa es que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y los derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación -nunca supresión- a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción”*.

La matización realizada por la STC 61/1990 ha sido bien acogida por la doctrina. Así, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que, *“el gran interés de la sentencia constitucional que estudiamos es que, parece cerrar un largo y equívoco devaneo que el Tribunal Constitucional ha tenido con el peligrosísimo concepto de las relaciones especiales de sujeción, de modo que declara por vez primera, de forma categórica que ese concepto no descarga la*

exigencia constitucional de la reserva de ley”⁴². De modo que, el considerar las relaciones de los Colegios Profesionales con sus miembros como de sujeción especial, no obsta para que las conductas ilícitas de los profesionales deban ser determinadas mediante normas con rango de Ley.

Por tanto, las sanciones y obligaciones que se establezcan en el ejercicio de la profesión no serán dictadas por los propios Colegios Profesionales a través de normas reglamentarias, sino que se realizarán por el legislador mediante Ley, sin perjuicio del papel que pueden desempeñar los Colegios Profesionales -entre otras cosas por las peculiaridades de cada profesión- a la hora de proponer las conductas sancionables en el ámbito profesional⁴³. En definitiva, como señala GARCÍA MACHO, hubiera resultado más recomendable no incluir las relaciones del profesional con el Colegio al que pertenece dentro de las denominadas relaciones de sujeción especial, porque según este autor, “las relaciones de especial sujeción tienen como consecuencia que determinados grupos o individuos dentro de

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *“La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación”*, en REDA, núm. 66, 1990, pág. 284.

⁴³ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 84 y 85.

ese círculo sufren restricciones en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, en esa esfera se ablanda el principio de legalidad, afecta a la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación. Esta situación, que de hecho se produce, exige una ampliación de ese concepto con precauciones y restringidamente”⁴⁴.

PUJOL CARDENAL manifiesta que es precisamente la configuración legal de los Colegios como Corporaciones Públicas y el carácter obligatorio de la incorporación lo que permite justificar esa potestad reglamentaria en el ámbito disciplinario, y ese poder de prevención y control que ejercen sobre sus colegiados⁴⁵. Ahora bien, en opinión de PÉREZ CEPEDA, “el hecho de que los profesionales cuando se inscriben en el correspondiente Colegio tengan la obligación de conocer las reglas deontológicas que les vinculan, no exime del cumplimiento del principio de reserva de Ley de todas aquellas normas (...)”, ya que, con las sanciones previstas en el Estatuto General de la Abogacía -por ejemplo, la suspensión o la expulsión del Colegio, art. 81 EGA- se puede

⁴⁴ GARCÍA MACHO, R., *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 209.

⁴⁵ PUJOL CARDENAL, *“Les potestats normativa i disciplinaria (...)”*, ob.cit., pág. 427.

llegar a afectar a derechos fundamentales, como puede ser la libre elección de profesión recogida en el art. 35 CE⁴⁶.

Resulta necesario destacar, por último, una de las objeciones señaladas por MARTÍN-RETORTILLO, en relación al ejercicio de la facultad disciplinaria de los Colegios Profesionales. Según este autor se produce una escasa iniciativa sancionatoria por parte de los Colegios, y ello sería debido a que “antes de *empapelar* a compañeros”, participarían en una especie de conjura del silencio que dejará prácticamente reducido a la nada el mecanismo disciplinario⁴⁷. Quizás ello haya llevado al legislador a criminalizar determinadas conductas que únicamente hubieran necesitado una respuesta disciplinaria.

2.2. El procedimiento disciplinario.

⁴⁶ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 83.

⁴⁷ MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, “*El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y (...)*”, ob.cit., pág. 337.

Hasta ahora hemos visto, cómo la capacidad sancionadora de estos Colegios tenían una base constitucional, sin embargo, será objeto de este epígrafe el análisis del procedimiento disciplinario del que se dotan estos Colegios. Y ello, por la problemática que suscita respecto a sus garantías.

Para empezar, debemos aclarar que, *las actuaciones disciplinarias* realizadas por los Colegios no adoptan los criterios ni la vía de los Tribunales de Honor⁴⁸, prohibidos por nuestra Constitución en el art. 26 CE, que reza así: “*Se prohíben los Tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales*”.

Según dispone el Reglamento de procedimiento disciplinario aprobado en la reunión de la Asamblea de Decanos del 25 de junio de 1993⁴⁹, el *procedimiento disciplinario* se

⁴⁸ Los Tribunales de Honor estaban compuestos por “compañeros de profesión” y en ellos se juzgaban los “actos y conductas deshonorosos”; los fallos se adoptaban “en honor y conciencia” y las resoluciones implicaban, únicamente, o bien la absolución, o bien la expulsión del Colegio, siendo, por lo general, el único motivo de impugnación el de quebrantamiento de forma. Vid. SÁINZ MORENO, “*Comentario al art. 36 CE*”, ob.cit., pág. 580.

⁴⁹ El presente Reglamento se dicta en desarrollo de la Ley de Colegios Profesionales y del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio. Debe advertirse que, el 22 de junio de 2001 se aprobó el nuevo Estatuto General de la Abogacía, RD 658/2001, y en su disposición transitoria primera señala: “1. *El Consejo General de la Abogacía Española en el plazo de un año aprobará su*

impulsará de oficio en todos sus trámites (art. 4). En su art. 6, al contemplarse la *“iniciación de las actuaciones”* se señala: *“1. El procedimiento se iniciará de oficio por resolución de la Junta de Gobierno, resolución que se adoptará por propia iniciativa, a petición razonada del Decano o por denuncia”*. La Junta de Gobierno acordará la apertura del expediente disciplinario y dictará la resolución, no obstante cuando se trate de infracciones leves, aquella o el Decano del Colegio podrán sancionarlas *“sin necesidad de tramitar previamente el expediente disciplinario regulado en este Reglamento, sino mediante audiencia previa o descargo del inculpado y por resolución motivada”* (art. 8). El art. 2 prohíbe sancionar disciplinariamente los hechos que ya hayan sido sancionados penalmente, siempre que se aprecie identidad de sujetos, hecho y fundamento. Si se hubiera iniciado el procedimiento disciplinario y el instructor aprecia que la presunta infracción puede ser constitutiva de delito o falta penal, deberá ponerlo en conocimiento del órgano que ordenó la incoación del expediente para que decida sobre su comunicación al Ministerio Fiscal y sobre la posible suspensión del procedimiento hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Una vez se reanude la tramitación del

propio Reglamento de régimen interior”. A la espera de dicha aprobación, estaremos a la aprobada por la Asamblea de Decanos del 25 de junio de 1993.

expediente disciplinario, su resolución deberá respetar la apreciación de los hechos del previo pronunciamiento judicial (art. 2). Si se ha iniciado un procedimiento disciplinario, el órgano que lo haya acordado podrá también establecer ciertas medidas de carácter provisional; como medida preventiva podrá acordar la suspensión provisional en el ejercicio de la profesión de los colegiados que estuvieran sometidos a procedimiento o sean inculcados en un procedimiento penal; mientras dure el procesamiento o la inculpación. La resolución que acuerde la suspensión provisional deberá ser notificada al Colegio y podrá recurrirse conforme a lo previsto en el art. 4 del Reglamento de Procedimiento disciplinario (art. 3).

El art. 5 recoge los derechos que tienen los colegiados contra quienes se sigan procedimiento disciplinario, así: a) presunción de inocencia; b) conocimiento de los hechos que se le imputen, las infracciones que tales hechos pueden constituir y las sanciones que pueden imponerse, así como la identidad del instructor, la del órgano competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia; c) el derecho a no declarar en su contra, a formular alegaciones y a utilizar los medios de defensa que resulten procedentes y que sean admitidos por el Ordenamiento Jurídico.

La resolución del expediente deberá adoptarse y notificarse en el plazo de treinta días hábiles desde la recepción de la propuesta (art. 16). Si dicha resolución acuerda la suspensión provisional en el ejercicio de la profesión, el archivo de las actuaciones iniciales o la imposición de sanciones disciplinarias, así como cualquier otra decisión dentro del procedimiento que determine la posibilidad de continuarlo o produzca indefensión, podrá ser objeto de recurso ordinario por los interesados, dentro del plazo de un mes desde la notificación ante el Consejo de los Colegios de la Comunidad Autónoma correspondiente. La resolución que resuelva el recurso es inmediatamente ejecutiva y susceptible de recurso contencioso-administrativo (art. 17).

El art. 20.2 del Reglamento señala que las sanciones disciplinarias que impliquen suspensión en el ejercicio de la profesión o la expulsión del Colegio tendrán efectos en el ámbito de todos los Colegios de Abogados de España. El Reglamento también recoge una serie de causas por las que se extinguirá la responsabilidad disciplinaria (art. 21). Así como también señala los plazos de prescripción de las infracciones y de las sanciones (arts. 22 y 23). Y por último, recoge la posibilidad de rehabilitación por caducidad de la anotación (art. 24).

En conclusión, y con el fin pretendido en este apartado, ya podemos avanzar que, el procedimiento disciplinario parece rodearse de las suficientes garantías con el objeto de impedir la indefensión de las partes. Ahora bien, y en consonancia con lo hasta aquí desarrollado, debería exigirse una reserva legal en lo que respecta a la regulación de la potestad sancionadora colegial. Con ello se evitaría la remisión en blanco que actualmente contiene el art. 5 i) LCP a la potestad reglamentaria de los Colegios Profesionales para regular infracciones y sanciones disciplinarias.

De otra parte, MARTÍN-RETORTILLO propone, con el fin de reforzar los mecanismos disciplinarios, que el procedimiento disciplinario se pueda iniciar a instancias del Ministerio Fiscal o del Defensor del Pueblo. Esta última opción considera que tendría mayores posibilidades, ya que al Defensor del Pueblo se le encomienda la supervisión de las “Administraciones Públicas” y ello incluye también los aspectos públicos de los Colegios Profesionales. El mismo, también destaca que, de acuerdo con las normas vigentes, los colegiados son quienes toman las decisiones sancionatorias sobre el colegiado sancionado. De modo que, para evitar abusos y arbitrariedades, considera -

teniendo en cuenta el Derecho comparado⁵⁰, que sería conveniente, para que las sanciones no sólo las impongan los profesionales colegiados, incorporar a los órganos disciplinarios cualificados juristas que aportaran sus conocimientos de Derecho, preparación técnica e independencia respecto de los intereses y puntos de vista de los colegiados⁵¹. La idea se centra, como señala PÉREZ CEPEDA, en la falta de modernización y actualización de los Colegios Profesionales, lo que ha contribuido “a una huida hacia el Derecho Penal con el fin de intentar acabar con determinadas conductas de los Abogados y Procuradores que afectan al buen funcionamiento de la Administración de Justicia”⁵².

3. Recapitulación y propuesta de *lege ferenda*.

⁵⁰ MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, (“*El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y (...)*”, pág. 340) señala, por ejemplo, a los miembros del Consejo de Estado en Francia, cuando no Magistrados del Poder Judicial.

⁵¹ MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, “*El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y (...)*”, ob.cit., págs. 338 y ss.

⁵² PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 85 y 86.

En un Estado de Derecho, abogado y procurador, son indispensables para la justicia y los justiciables, pues tienen la obligación de defender los derechos y libertades.

Estos profesionales tienen una serie de deberes y obligaciones en relación con sus clientes y Tribunales. Estos deberes y obligaciones los encontramos regulados en sus Estatutos Profesionales y Códigos deontológicos, y la respuesta a su incumplimiento se materializa en unas determinadas sanciones que afectan al ejercicio de su profesión.

Las normas deontológicas recogen, entre otras, la protección de los intereses del cliente, del mismo modo que el Código Penal, en su art. 467 apartado segundo. Asimismo, también se establece la prohibición de la defensa de intereses contrapuestos en relación a los que esté defendiendo, idea que también se recoge en el apartado primero del art. 467 CP. Por consiguiente, la no observancia de estas normas comportará, a lo mínimo, una sanción disciplinaria impuesta por el respectivo Colegio Profesional y, a lo sumo, también una sanción penal.

Los Colegios Profesionales -como corporaciones de derecho público- disfrutan de una clara autonomía corporativa. La Ley les

otorga potestades normativas y disciplinarias para ordenar la actividad profesional de los Colegios y controlar y vigilar el ejercicio de la profesión. En virtud de esta potestad disciplinaria, los Colegios, a través de su propio procedimiento disciplinario, podrán imponer sanciones disciplinarias a los colegiados cuando realicen comportamientos contrarios a su profesión. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de observar, este procedimiento disciplinario, plantea ciertos problemas de garantías.

En primer lugar, se estima que las sanciones establecidas en las normas colegiales no satisfacen la garantía de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes -garantía material del principio de legalidad-. La naturaleza abierta e indeterminada de las normas deontológicas puede dar lugar a arbitrariedades y abusos en su aplicación a los profesionales. Asimismo, se estima que, tampoco satisface la reserva de ley de las normas sancionadoras -garantía formal del principio de legalidad-.

No obstante, a tenor de los dictados del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, se considera que, la calificación de las relaciones entre el colegiado, que ha asumido los deberes

propios de su relación por el hecho de la colegiación, y el Colegio Profesional, como relaciones de sujeción especial, justifican el hecho de que las normas deontológicas no definan expresamente las infracciones disciplinarias y sus correspondientes sanciones, así como la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria colegial. Por consiguiente, no existirá falta de seguridad o certeza, en virtud de que nos encontramos frente a relaciones de sujeción especial. Ahora bien, el Tribunal Constitucional reconoce que el calificar estas relaciones como especiales no supone la restricción de los principios constitucionales. De modo que, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, ese concepto no descarga la exigencia constitucional de la reserva de ley.

En segundo lugar, también considera el Tribunal Constitucional que para garantizar una mayor seguridad jurídica sería conveniente que la normativa disciplinaria de los Colegios Profesionales se adaptara a las exigencias constitucionales de los arts. 9.3 y 25.1 CE -entre otros, el principio de legalidad, la publicidad de las normas y la seguridad jurídica-. Con ello, se conseguiría una mayor certeza y seguridad de las normas deontológicas y de las sanciones que las acompañan. En suma, una tipificación más detallada de los ilícitos disciplinarios

colegiales y sus correspondientes sanciones en un mismo texto normativo, con rango de ley, como propone el Tribunal Constitucional, no sólo permitiría evitar los abusos y arbitrariedades tan criticados hasta el momento, sino que también parece que solucionaría los problemas de la duplicidad de sanciones, en relación a los tipos objeto de este estudio.

De este modo, si los Colegios Profesionales aprobaran las conductas constitutivas de infracción disciplinaria y, asimismo, establecieran sus correspondientes sanciones, teniendo en cuenta las infracciones y sanciones procesales y penales ya establecidas, se evitaría, en principio, la duplicidad normativa y sancionadora. Además, el fundamento de unas y otras es distinto, como veremos en páginas posteriores. Por consiguiente, se sancionaría disciplinariamente, por parte de los Colegios, atendiendo a la ética y dignidad profesional; y por otro, penalmente, atendiendo a la función jurisdiccional de administrar justicia, en concreto, atendiendo a la lesión del derecho a un proceso debido.

II. ILÍCITO PENAL-ILÍCITO ADMINISTRATIVO.

Hemos visto que los tipos objeto de este estudio -las deslealtades de abogado y procurador- regulados en el Código Penal, también pueden ser sancionados por vía disciplinaria colegial. Debemos advertir que, además, también son objeto de protección en vía administrativa-judicial.

1. Dispersión normativa en la regulación disciplinaria de abogado y procurador.

Hablamos de dispersión normativa porque las infracciones disciplinarias de abogado y procurador las encontramos recogidas en la LOPJ, en las leyes procesales -LEC y LECrim- y en sus Estatutos Profesionales. Las primeras, las recogidas en la LOPJ (arts. 448 a 453) y en las leyes procesales, son correcciones disciplinarias esencialmente orgánico-judiciales al referirse a la actuación de abogados y procuradores ante los Juzgados y Tribunales, en tanto que las segundas, como hemos observado en el apartado anterior, son correcciones disciplinarias por su conducta profesional, cuya imposición compete a los correspondientes Colegios Profesionales y Consejos Colegiales

conforme a sus Estatutos (arts. 61 a 72 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio⁵³ y 80 y ss EGA, RD 658/2001, de 22 de junio).

Así, el panorama es el siguiente: ante la responsabilidad disciplinaria de abogado y procurador nos encontramos frente distintas regulaciones, que responden a diferentes fines, pero, además, lo sancionado disciplinariamente, ya sea por vía de infracción disciplinaria procesal, ya sea por vía de infracción disciplinaria colegial, también viene recogido en el Código Penal en los tipos en estudio. Ello supone que, frente una conducta desleal de abogado o procurador nos podemos encontrar ante esta pluralidad de regulaciones, lo que nos lleva a estudiar, a lo largo de este Capítulo segundo, los problemas de confluencias entre todas ellas. Para ello será necesario establecer las relaciones y diferencias que existen entre los tres tipos de sanciones: penal, disciplinaria procesal y disciplinaria colegial, así como, bajo el prisma del principio *non bis in idem*, plantear posibles soluciones para aquellos casos en que concurran varias.

Por lo que se refiere a la regulación disciplinaria de las conductas de abogado y procurador, el punto de partida viene

⁵³ Vid. asimismo, arts. 60 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el apartado primero del art. 442, que establece que abogado y procurador están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria cuando actúen en el ejercicio de su profesión. En su apartado segundo distingue dos tipos de correcciones disciplinarias: por un lado, la responsabilidad disciplinaria por su actuación ante los Juzgados y Tribunales se regirá por lo establecido en la LOPJ y en las leyes procesales, y por otro, la responsabilidad disciplinaria de abogado y procurador por su conducta profesional corresponde declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos. Así, se distingue no sólo entre la infracción de deberes, de abogado y procurador, en su actuación ante los Juzgados y Tribunales, y la infracción de deberes profesionales propiamente dicha, sino también los diferentes procedimientos sancionadores.

En primer lugar, por lo que respecta a las correcciones disciplinarias -de abogado y procurador- que se rigen por la LOPJ, se encuentran previstas en los arts. 448 y ss. de su texto legal. Dichas sanciones son aplicables al abogado y procurador que intervengan en los pleitos y causas, siempre que incumplan las obligaciones impuestas por la LOPJ -como, por ejemplo, la establecida en el art. 437.2 -por lo que se refiere al abogado- y en

el art. 438.2 -por lo que se refiere al procurador-, de guardar “*secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional*”- o por las leyes procesales, y siempre que el hecho no constituya delito (art. 448 LOPJ). De modo que a partir de este dato ya podemos adelantar una importante conclusión: el legislador excluye la aplicación de las sanciones previstas por las infracciones disciplinarias, reguladas en las leyes procesales, si el hecho constituye delito.

Según el art. 449 LOPJ la corrección disciplinaria en el ámbito orgánico-judicial tiene lugar: a) cuando en su actuación forense, abogado o procurador, falten oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces, Tribunales, Fiscales, etc. o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso; b) cuando “*llamados al orden en las alegaciones orales*” no obedezcan reiteradamente al presidente del Tribunal; c) cuando abogado o procurador no comparezca ante el Tribunal “*sin causa justificada una vez citados en forma*”, y, d) cuando renuncien injustificadamente “*a la defensa o representación que ejerzan en un proceso*”, siete días antes a la celebración del juicio o vistas señaladas.

La corrección se impondrá por el Juez o por la Sala que siga las actuaciones (art. 451.1 LOPJ) y se hará constar el hecho que motive la actuación, las alegaciones del implicado y el acuerdo adoptado por el Juez o Sala (art. 451.2 LOPJ). Las correcciones que pueden imponerse al abogado o procurador son apercibimiento o multa (art. 450 LOPJ). Contra el acuerdo adoptado podrá imponerse recurso de audiencia en justicia ante el Juez o la Sala, en el plazo de tres días. Si este recurso no se hubiese utilizado, cabrá recurso de alzada ante la Sala de Gobierno, en el plazo de cinco días (art. 452 LOPJ)⁵⁴.

Asimismo, también encontramos normas disciplinarias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley de Enjuiciamiento

⁵⁴ Así, por ejemplo, frente la imposición de una sanción disciplinaria - multa de 25.000 pesetas- a un abogado por su actuación ante los Jueces y Tribunales -falta de respeto y de consideración a la Sala-, el Tribunal Constitucional (STC 205/1994, de 11 de julio) desestima el recurso de amparo, porque, de un lado, declara que: *“Este Tribunal ha declarado (STC 88/1988, RTC 1988, 88) que las correcciones disciplinarias de los Abogados no constituyen sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los órganos jurisdiccionales sobre dichos profesionales, sino también un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendada”*, y de otro, establece que, frente *“una actitud de evidente menosprecio al Tribunal y falta de respeto y acatamiento a las advertencias y prevenciones de su Presidente, al impedir reiteradamente el desarrollo normal del juicio, con actitud manifiestamente descompuesta y no habitual con la reconocida cortesía y colaboración que suelen ofrecer los miembros del Colegio de Abogados, al despojarse de la toga y quedar en mangas de camisa, ausentándose y dejando sin asistencia a su patrocinado”*, dicha conducta *“no puede justificarse por el ejercicio del derecho de defensa”*, ni tal conducta puede ampararse *“como una manifestación de la libertad de expresión”*.

Civil, que establecen sanciones al abogado y procurador por infracciones de deberes en su actuación ante Juzgados y Tribunales -por ejemplo, corrección disciplinaria por incomparecencia injustificada a la vista de recursos de casación, art. 894.III LECrim-. Estas correcciones disciplinarias -art. 258 LECrim- también se regirán por lo establecido en la LOPJ y las leyes procesales (art. 442.2 LOPJ). En relación con el objeto de nuestro estudio encontramos en la LECrim dos normas correlativas (arts. 301 y 302) con los delitos de deslealtad profesional de abogado y procurador (art. 466 CP). Aunque solamente una de ellas, la del art. 301, establece una multa de 250 a 2.500 pesetas al abogado o procurador de cualquiera de las partes que revele indebidamente el secreto del sumario, establecido, como regla general, en su apartado primero cuando declara: *“Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”*. En la LEC de 1881, y en relación con el art. 465 CP, el art. 301 señala que *“Las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas”*. De este modo, si las partes tienen en su poder los autos o algún documento e incumplen la orden de devolución, serán sancionadas con una multa de 50.000 pesetas y de 2.000 pesetas más por cada día de retraso que transcurra sin verificarlo.

Asimismo, si transcurren dos días sin devolverlos, el Secretario procederá a recogerlos de quien los tenga en su poder y, si no le son entregados, *“dará cuenta al Juzgado o Tribunal para que disponga que se proceda a lo que haya lugar penal o disciplinariamente”* (art. 308 LEC/1881).

En segundo lugar, como ya apuntábamos, la LOPJ, en su art. 442.2, también reconoce la existencia de un derecho disciplinario Colegial: *“la responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo procedimiento sancionador”*. Así, la LCP en sus arts. 5º i) y 6º 3 g) contempla el sistema disciplinario en el orden profesional y colegial, remitiendo su ulterior concreción a los Estatutos de los Colegios -de abogados y procuradores⁵⁵-. Por lo que se refiere al EGA, el art. 80.2 y 3 establece *“2. Las facultades disciplinarias de la autoridad judicial sobre los abogados se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes procesales. Las sanciones o correcciones disciplinarias que*

⁵⁵ Vid. art. 80.1 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio, que reza así: *“Los abogados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en el caso de infracción de sus deberes profesionales o deontológicos”* y art. 61 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio, que dispone: *“Los Procuradores quedan sujetos a responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de sus deberes profesionales que se exigirá judicial o corporativamente”*. Vid. asimismo, arts. 60 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

impongan los Tribunales al abogado, se harán constar en el expediente personal de éste siempre que se refieran directamente a normas deontológicas o de conducta que deban observar en su actuación ante la Administración de Justicia. 3. Las sanciones disciplinarias corporativas se harán constar en todo caso en el expediente personal del colegiado”.

También son los Estatutos de los respectivos Colegios los que califican las sanciones como infracciones muy graves, graves y leves (arts. 83 EGA, RD 658/2001, de 22 de junio y 63 EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio⁵⁶). Por lo que a nosotros nos interesa, las conductas objeto de este estudio -las deslealtades de abogado y procurador- las calificaremos como “infracciones muy graves”, en relación a lo establecido en el art. 84 c) EGA, que califica como tales *”c) La comisión de delitos dolosos, en cualquier grado de participación, como consecuencia del ejercicio de la profesión, así como los actos y omisiones que constituyan ofensa grave a la dignidad de la profesión, a las reglas éticas que la gobiernan y a los deberes establecidos en el presente Estatuto General”*; y a tenor de los arts. 62 y ss. EGPT, RD 2046/1982, de 30 de julio⁵⁷. Las

⁵⁶ Vid. asimismo, arts. 65 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

⁵⁷ Vid. asimismo, arts. 61 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

sanciones previstas en los Estatutos de los respectivos Colegios, para estos casos, van desde la suspensión para el ejercicio de la profesión hasta la expulsión. Así se desprende del art. 66 EGPT, RD 2046/1982⁵⁸, y del art. 87.1 EGA, RD 658/2001, al establecer la suspensión para los supuestos recogidos en el art. 84 c), antes mencionado, y la expulsión, cuando haya recaído condena en sentencia firme a penas graves (art. 84 j) EGA, RD 658/2001) o, el abogado haya incumplido, de forma deliberada y persistente, las normas deontológicas esenciales en el ejercicio de la abogacía (art. 84 k) EGA, RD 658/2001).

Así las cosas, podemos observar que los tipos penales analizados encuentran normas correlativas en el ámbito de las infracciones disciplinarias previstas en las leyes procesales y en las normas deontológicas. Las primeras, serán impuestas por el Juez o Tribunal y las segundas, por el Decano o la Junta de Gobierno del Colegio. Entre ambos tipos de infracciones existe una diferencia fundamental, en tanto en cuanto los fines que persiguen son distintos: las normas disciplinarias previstas en las leyes procesales están encaminadas a reprimir las posibles perturbaciones que se produzcan en el proceso por parte de

⁵⁸ Vid. asimismo, arts. 64 y 69 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

abogado y procurador, quienes participan en la función pública de la Administración de Justicia; mientras que la función de las normas deontológicas consiste en velar por la ética profesional y defender los intereses que le son encomendados, así como preservar el orden interno de la organización que posibilite el cumplimiento de sus fines institucionales⁵⁹.

En suma, en materia disciplinaria nos encontramos con una mecánica sancionadora “de doble tramo”: la LOPJ establece el procedimiento por el que deberá aplicarse las normas disciplinarias previstas en las leyes procesales y, del mismo modo, prevé que los Colegios conforme a sus Estatutos ejerzan la función disciplinaria por su conducta profesional. Esta falta de cuerpo único en la regulación disciplinaria de abogado y procurador, aunque no invalida “*per se*” el sistema, sí que puede llegar a provocar cierta carencia de seguridad⁶⁰.

Por otra parte, hemos de adelantar que en los tipos penales objeto de este estudio -arts. 465, 466 y 467 CP- junto a la sanción criminal aparece una pena privativa de derechos. De

⁵⁹ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 73 y 74.

⁶⁰ Vid. MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, “*El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y (...)*”, ob.cit., pág. 310.

modo que no sólo estaremos en presencia de una concurrencia de sanciones -penal y disciplinaria-, y de procedimientos -penal y disciplinario-, sino que deberemos dilucidar si en estos supuestos se llega a violar o no el principio “*non bis in idem*” dentro del ámbito estrictamente penal.

2. La potestad sancionadora de la Administración.

El principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del derecho penal suponen en cierta medida un resurgimiento de las sanciones administrativas. Ello se desprendía de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del anterior Código Penal al señalar: “*Entre los principios en que descansa el Derecho Penal moderno destaca el de intervención mínima. En mérito suyo el aparato punitivo reserva su actuación para justificar aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena*”. Asimismo, también se ponía de manifiesto la existencia de infracciones penales carentes de sentido, “*sea porque ha desaparecido su razón de ser, sea porque el Derecho privado o el Derecho Administrativo están en condiciones de ofrecer soluciones suficientes, con la adicional ventaja de preservar el*

orden de lo delictivo en su lugar adecuado, que debe ser la cúspide de los comportamientos ilícitos". Bajo el mismo prisma, aunque sin hacer tan clara referencia al orden administrativo sancionador, se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal cuando establece que: *"se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser"*.

El *principio de intervención mínima* supone reducir el recurso a la pena para aquellos casos en que hayan de tutelarse los bienes jurídicos más importantes y frente a los más graves ataques, ya que este instrumento punitivo debe utilizarse sólo cuando haya fracasado cualquier otra forma de protección *-ultima ratio* del sistema penal-, de modo que si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros medios jurídicos *-no penales-* no resulta adecuada la intervención del Derecho penal. De ahí que se proclame la *subordinación* del Derecho penal a otros mecanismos de control formal, con los que cuentan las diversas ramas del ordenamiento jurídico (por ejemplo, el administrativo). Y precisamente por ello ha de primar el carácter de *"ultima ratio"*

del orden punitivo -principio de subsidiariedad- cuando se pueda solucionar el conflicto sin la necesidad de acudir a las gravísimas sanciones penales⁶¹.

Por contra, dicho principio se vulneraría en aquellas infracciones penales descritas por la doctrina como “ilícitos administrativos elevados a la condición de delito” o “delitos contra un deber” (*Pflichtdelikte*), en los que, como señala QUINTERO OLIVARES, no se ve otro fundamento material que vaya más allá de “la infracción de un deber que se quiere imponer *per se*”⁶².

Estos principios -de intervención mínima o subsidiariedad- no se predicán de las sanciones administrativas o civiles, sino que sólo conducen a exigir la descriminalización de determinadas conductas cuando los ilícitos son de escasa o nula lesividad. En estos casos puede ser suficiente las medidas sancionadoras de otras ramas del Derecho o, incluso, las medidas extrajurídicas⁶³.

⁶¹ Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

⁶² QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 281 y ss.

⁶³ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “*La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal*”, en *RAP*, núm. 126, 1991, pág. 259; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Ed. Universitat,

De acuerdo con estos principios intentaremos dilucidar, en primer lugar, si las actuaciones objeto de este estudio, realizadas por abogados y procuradores, son merecedoras de una intervención penal o si la respuesta a estos ilícitos debería ser, simplemente, administrativa. Asimismo, y en segundo lugar, estudiaremos el alcance del principio “*non bis in idem*” (Derecho penal-Derecho disciplinario) al encontrarse las conductas que estudiamos entre las denominadas “relaciones de sujeción especial”.

En este sentido, debemos partir de la existencia de un único y genérico “*ius puniendi*” en manos del Estado, que se subdivide en dos manifestaciones: la potestad sancionadora de la Administración y la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales⁶⁴.

El reconocimiento constitucional de esta potestad sancionadora de la Administración pública lo encontramos en el art. 25 de la Constitución Española, que establece: “1. *Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de*

Madrid, 1996, pág. 83.

⁶⁴ Vid. NIETO GARCÍA, A., Derecho administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 74 y ss. Asimismo, y, entre otras, STS 4 de junio de 1986.

producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” y “3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen, privación de libertad”. Ahora bien, dicho reconocimiento constitucional debe relacionarse con el art. 117.3 CE que atribuye con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De modo que, aunque el art. 25.3 CE otorgue un poder sancionador a la Administración, no significa que éste sea autónomo, sino que debe ser entendido como un límite “al proceso de administrativización de la potestad de castigar”, facultad que originariamente reside en el Poder Judicial⁶⁵.

A partir de aquí, en nuestra Constitución conviven dos principios difícilmente conjugables entre sí: la exclusividad punitiva del Poder Judicial -art. 117.3 CE- derivada del principio de separación de poderes y la potestad sancionadora “*ad extra*” de la Administración⁶⁶. Como señala QUINTANA, el Tribunal

⁶⁵ Vid. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 53. Vid., asimismo, TORÍO LÓPEZ, A., “*Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*”, en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. García de Enterría, Tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1991, págs. 2529 y ss.

⁶⁶ Vid. QUINTANA LÓPEZ, T., “*El principio “non bis in idem” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios*”, en REDA, núm. 52, 1986, pág. 585; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-T.R. FERNÁNDEZ, Curso

Constitucional ha tenido que aducir razones coyunturales frente a esta contradicción, para así “salvar la quiebra del principio de la división de poderes a que, en parte, conduce el reconocimiento de la potestad sancionadora en favor de la Administración”⁶⁷. De este modo, la STC 77/1983, de 3 de octubre, en su FJ 2º, señala “(...) la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados”. De forma que la potestad sancionadora de la Administración se encuentra subordinada al Poder Judicial, que es quien ostenta la titularidad del *ius puniendi* estatal⁶⁸.

Ahora bien, la potestad sancionadora de la Administración debe someterse a unos límites que son precisamente los establecidos en los arts. 24 y 25 de la Constitución y, que

de Derecho administrativo, Vol. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1986, págs. 153 y 154.

⁶⁷ QUINTANA LÓPEZ, “El principio “*non bis in idem*” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”, ob.cit., pág. 585.

⁶⁸ Vid. GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” materia y concurso de leyes penales, Ed. Cédecs, Barcelona, 1995, pág. 86. NIETO GARCÍA (Derecho administrativo sancionador, ob.cit., pág. 142) también señala que la potestad sancionadora de la administración se encuentra subordinada al Poder Judicial, pero “no por ser sancionadora sino por ser administrativa”. Según este autor, “todas las actuaciones administrativas están sometidas al control de los Tribunales, pero de los contencioso-administrativo, no de los penales”.

dimanan del principio de legalidad de las infracciones y las sanciones. Éstos han sido señalados, entre otras, en la STC antes comentada -STC 77/1983- : a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional de los poderes sancionatorios de la Administración; b) la interdicción de las penas de privación de libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c) el respeto de los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga para la imposición de sanciones; y, por último, d) la subordinación a la autoridad judicial. Dichos límites suponen, en definitiva, que las sanciones han de estar legalmente previstas, que únicamente pueden imponerlas las autoridades legalmente competentes y mediante los procedimientos establecidos para su imposición - art. 127.1 de la LRJAPyPAC-⁶⁹.

En definitiva, como señala NIETO GARCÍA, el problema es la judicialización de la potestad administrativa sancionadora. La administración ha de ofrecer las mismas garantías, en su

⁶⁹ Vid. CASTILLO BLANCO, F.A., *Función Pública y Poder disciplinario del Estado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, pág. 55.

ejercicio, que los jueces y los procesos penales. Y así, “la “despenalización” de las materias se corresponde con una “jurisdiccionalización” de los procedimientos y garantías”⁷⁰. De modo que, si ambos procedimientos, el penal y el administrativo sancionador, están sometidos al principio de legalidad, las garantías que se derivan de éste deben de estar presentes en ambos procesos sancionadores, mas, tal como señala QUINTERO OLIVARES, “no por eso deben operar del mismo modo y en los mismos momentos”⁷¹. En el mismo sentido la STC de 15 de noviembre de 1990 advierte que *“es doctrina de este Tribunal que las garantías del artículo 24 de la Constitución resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución (STC 18/1981). Ahora bien, este Tribunal ha tenido también la oportunidad de precisar que tal aplicación no ha de entenderse de forma literal e inmediata, sino en la medida en que las garantías citadas sean compatibles con la naturaleza del procedimiento*

⁷⁰ NIETO GARCÍA, Derecho administrativo sancionador, ob.cit., pág. 78.

⁷¹ QUINTERO OLIVARES, *“La autotutela, los límites al poder sancionador (...)”*, ob.cit., pág. 258. Vid. asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho administrativo, Vol. III, ob.cit., págs. 161 y ss; NIETO GARCÍA, Derecho administrativo sancionador, ob.cit., págs. 143 y ss.

*(STC 2/1987); lo que impide una traslación mimética de las garantías propias del procedimiento judicial al administrativo sancionador*⁷².

En suma, la titularidad del *ius puniendi* estatal reside en el Poder Judicial y la potestad sancionadora de la Administración se encuentra subordinada a aquél. Entre las razones que justifican este poder administrativo sancionador encontramos la menor gravedad de los ilícitos y la inmediatez de la autoridad sancionadora. Ahora bien, como ya hemos planteado, y en las páginas que siguen continuaremos desarrollando, esta potestad sancionadora genérica difiere de la propia de los Colegios Profesionales, en tanto en cuanto ésta última -la potestad disciplinaria-, constituye una especie de aquella, que sanciona infracciones de específicos deberes que tiene su autor -colegiado- frente a las personas que defienden o representan y, frente a la Corporación.

3. Ilícito penal-Ilícito disciplinario.

⁷² Vid. asimismo, STC 18/1981, de 8 de junio y SSTs 4 y 9 de junio de 1986.

3.1. La relación entre el Derecho administrativo sancionador (sanción administrativa) y el Derecho disciplinario (sanción disciplinaria).

Con carácter previo y, como punto de partida hemos de determinar si el Derecho administrativo sancionador es único y consecuentemente el Derecho disciplinario es una manifestación de aquél; o si, por el contrario, el Derecho administrativo sancionador posee una naturaleza distinta y resulta por tanto independiente del Derecho disciplinario.

Para ello acudiremos a lo señalado por GARCÍA DE ENTERRÍA respecto a lo que entiende por sanción administrativa, que radicará en cualquier “mal inflingido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. Dicho mal consistirá en la privación de un derecho o un bien. Y considera este autor, como también nosotros, que el Derecho disciplinario será una manifestación del Derecho administrativo sancionador⁷³. SUAY amplía la definición propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA y establece que dicha sanción será resultado de

⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, ob.cit., págs. 147 y 148. Vid. también, SUAY RINCÓN, J., “*Potestad disciplinaria*”, en Libro-Homenaje al Prof. José Luis Villar Palasí, Ed. Civitas, Madrid, 1989, págs. 1315 y 1316.

un procedimiento administrativo y que la finalidad será puramente represora⁷⁴.

En las sanciones administrativas están presentes los siguientes elementos: a) la autoridad que impone la sanción tiene un carácter administrativo; b) la medida que se imponga, la privación de un derecho o la imposición de un deber, tendrá un carácter aflictivo; c) con carácter previo se ha de realizar una acción antijurídica, un ilícito o una infracción (es decir, se ha de llevar a cabo una conducta contraria a Derecho); d) la finalidad de las sanciones administrativas consiste en reprimir aquella conducta del transgresor contraria a Derecho y perseguir el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por su acción; e) debe observarse, para la imposición de la sanción, un procedimiento administrativo. Se trata de un procedimiento “jurisdiccionalizado” en el que se traslada el esquema de los procesos penales⁷⁵.

Ahora bien, y en relación a la finalidad de la sanción, entendemos, como lo hace NIETO GARCÍA, que la función de la sanción disciplinaria persiguirá los mismos objetivos, en mayor o

⁷⁴ SUAY RINCÓN, J., Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 55.

⁷⁵ Vid. SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas, ob.cit., págs. 55 y ss.

menor medida, que la pena: “la corrección, extirpación, prevención y expiación”⁷⁶. La sanción disciplinaria tendrá en cuenta los fines de la prevención general y especial, sin embargo también tomará en consideración el buen funcionamiento y el prestigio de la Administración⁷⁷.

La potestad disciplinaria es otorgada por el ordenamiento jurídico a una amplia gama de sujetos de derecho público. Su razón de ser radica en la necesidad de preservar su orden interno para que así, cualquier organización pueda llevar a buen fin sus fines institucionales. Los elementos de la potestad disciplinaria son: 1º) el presupuesto de la potestad disciplinaria es que “alguien” realice una conducta contraria a derecho, un ilícito disciplinario. 2º) el sujeto activo de dicha potestad es la organización disciplinaria, que manifiesta su voluntad a través de sus órganos, y el sujeto pasivo es un miembro de esa organización. 3º) la potestad disciplinaria se materializa en la imposición de una sanción disciplinaria. La máxima sanción consistirá en la exclusión del sujeto pasivo de la organización.

⁷⁶ NIETO GARCÍA, A., “*Problemas capitales del Derecho disciplinario*”, en *RAP*, 1970, pág. 80.

⁷⁷ Vid. CEREZO MIR, J., “*Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*”, en *ADPCP*, 1975, pág. 172. OCTAVIO DE TOLEDO (La prevaricación del funcionario público, ob.cit., pág. 279, nota 1.045) señala que la pena cumple una multiplicidad de fines, al igual que la

4º) la potestad disciplinaria se justifica en la necesidad de preservar el orden interno de cada organización. 5º) la potestad disciplinaria se ejerce conforme a un cauce preestablecido mediante el procedimiento disciplinario, que se divide en tres fases -iniciación, instrucción y resolución-. Cada una de ellas se confía, por regla general, a un órgano distinto, con el fin de asegurar la máxima objetividad, imparcialidad y rectitud en el ejercicio de la potestad disciplinaria. Y por último, 6º) el poder disciplinario, al ser el poder aflictivo por excelencia, atribuye a los sujetos activos los máximos poderes de instrucción, y a los sujetos pasivos las máximas garantías de defensa⁷⁸.

De este modo, la potestad disciplinaria será una de las manifestaciones de la potestad sancionadora de autoprotección administrativa⁷⁹. Las sanciones disciplinarias responden a un fundamento específico y distinto de las restantes sanciones administrativas. La Administración se protege a sí misma, a un orden interno, a las personas que trabajan a su servicio. Y por

sanción disciplinaria.

⁷⁸ Vid. SUAY RINCÓN, *“Potestad disciplinaria”*, ob.cit., págs. 1311 y ss.

⁷⁹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, ob.cit., pág. 148. Como señala NIETO GARCÍA (*“Problemas capitales del derecho disciplinario”*, ob.cit., pág. 66), el derecho disciplinario es una potestad doméstica de la Administración sobre sus empleados.

ello se habla de la relación de sujeción especial que tienen estas personas con la Administración⁸⁰. En este sentido, la potestad disciplinaria se aplica a los profesionales integrados en Colegios Profesionales -abogado y procurador- en cuanto al ejercicio de su profesión -art. 5º i) LCP-. En estos supuestos la supremacía especial se construirá en base al vínculo de los miembros con la corporación⁸¹.

De otra parte, el nexo de unión existente entre los Colegios Profesionales y la Administración parte de considerar a los Colegios Profesionales como corporaciones de derecho público amparados por la ley y reconocidos por el Estado con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. Los Colegios Profesionales, en tanto en cuanto se encargan, por delegación del Poder Público, de la ordenación de la actividad profesional de los colegiados, a través de la aprobación de las normas deontológicas, de obligado cumplimiento en el ejercicio de la profesión, ejercen una potestad disciplinaria -a la que pueden aplicarse las notas

⁸⁰ Vid. SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas, ob.cit., pág. 68; del mismo autor, *“Potestad disciplinaria”*, ob.cit., págs. 1316 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, ob.cit., págs. 148 y ss; NIETO GARCÍA, *“Problemas capitales del Derecho disciplinario”*, ob.cit., págs. 39 y ss.

⁸¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA- T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho

descritas anteriormente- a través de la imposición de sanciones. Así, mientras la potestad de la Administración constituye el género, la potestad disciplinaria de los Colegios Profesionales será una de sus manifestaciones.

Las sanciones disciplinarias tienen una diferencia de signo cualitativo respecto a las restantes sanciones administrativas, por el dato del sujeto pasivo de este tipo de sanciones. Pero ello no significa que los principios que las rigen sean también especiales, sino que, como señala OCTAVIO DE TOLEDO, a pesar de que el fundamento de las sanciones disciplinarias es distinto de las sanciones penales, se ha producido una evolución, por lo que el Derecho disciplinario va acercándose al Derecho penal⁸².

En conclusión, la sanción disciplinaria es una forma de sanción administrativa que resulta específicamente caracterizada porque: a) el destinatario es interno y b) el objeto de protección también es interno.

Administrativo, Vol. II, ob.cit., pág. 149.

⁸² OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., pág. 270. En el mismo sentido, SUAY RINCÓN, Sanciones administrativas, ob.cit., págs. 68 y 69.

3.2. Diferencias entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario: Teorías.

El delimitar las diferencias -cualitativas o cuantitativas- entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario reviste una gran trascendencia para, posteriormente, pronunciarnos sobre los límites del principio "*non bis in idem*". Es decir, si es posible aplicar o no, de forma simultánea, sanciones penales y disciplinarias por la realización de un mismo hecho. Y dentro de la materia que nos ocupa, si es posible o no aplicar las normas del Código Penal referentes a la deslealtad profesional de abogados y procuradores y, al mismo tiempo, las sanciones previstas, por la realización de estas conductas, en sus Estatutos Profesionales y leyes procesales.

Cuando se analiza una conducta desleal de abogado o procurador nos encontramos ante un posible ilícito penal y, al mismo tiempo puede suceder que dicha conducta suponga, además, un ilícito disciplinario procesal y un ilícito disciplinario colegial. De modo que, podemos encontrarnos frente a dos tipos de relaciones: por un lado, ilícito penal e ilícito disciplinario procesal y, por otro, ilícito penal e ilícito disciplinario colegial. La delimitación de estas relaciones vendrá dada, en primer lugar,

mediante el establecimiento de las diferencias que existen entre una y otra, esto es, si son cuantitativa o cualitativamente distintas, para luego, y a partir de dicha delimitación, en segundo lugar, estudiar los problemas relacionados con el principio *non bis in idem*.

a) Teorías de la diferenciación cualitativa.

Los autores que se adscriben a esta teoría consideran que entre el injusto penal y el injusto disciplinario existen diferencias sustanciales. Ello supondrá aceptar la dualidad de sanciones por un mismo hecho, sin violar, por tanto, el principio “*non bis in idem*”. Así, LABAND entiende que las sanciones disciplinarias son medios para el logro de la disciplina y el orden en las relaciones de servicio. El Derecho disciplinario será el medio para lograr el cumplimiento de las obligaciones del servicio. Considera que las relaciones de servicio y las relaciones contractuales son de la misma naturaleza. La Administración dispondrá de un poder disciplinario propio, independiente y distinto del poder punitivo del Estado y, en consecuencia, el Derecho disciplinario se regirá por sus propios principios que podrán ser o no análogos a los del Derecho penal⁸³. Para

⁸³ Vid. CASABÓ RUIZ (Comentarios al Código Penal (Córdoba Roda, J.,

MAURACH el ilícito disciplinario es de naturaleza “interna” y puede tener lugar aunque no se perturbe la autoridad del Estado o la marcha de la Administración⁸⁴.

También y, de acuerdo con la diferenciación cualitativa, se ha calificado a las infracciones disciplinarias de legales -aquellas que no se dirigen contra ningún derecho subjetivo-, y a las infracciones penales como infracciones jurídicas -que se dirigen contra un derecho subjetivo-⁸⁵. En consecuencia, las infracciones disciplinarias no atentarán contra bienes jurídicos a diferencia de las penales⁸⁶. Como señala REBOLLO VARGAS, en relación a la postura partidaria de diferenciar cualitativamente el Derecho penal y el Derecho disciplinario y, partiendo de la base de que los fines perseguidos por ambos son distintos, el Derecho penal procuraría “la defensa del orden jurídico general” y, por contra, el

Rodríguez Mourullo, G., del Toro Marzal, A.), Ed. Ariel, Barcelona, 1976, págs. 87 a 90) que no sólo recoge la postura de LABAND, sino también la de JELLINEK y ROMANO, como máximos exponentes de esta diferenciación cualitativa.

⁸⁴ MAURACH, R., Tratado de Derecho Penal, Tomo I, (Traducción y notas de Córdoba Roda, J.), Barcelona, 1962, pág. 11.

⁸⁵ Vid NIETO GARCÍA, “*Problemas capitales del Derecho disciplinario*”, ob.cit., pág. 71.

⁸⁶ Una detallada exposición de esta teoría cualitativa, sus formulaciones y consecuencias, puede verse en CASABÓ RUIZ, ComCP, ob.cit., págs. 77 a 95, y OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., págs. 267 y ss.

Derecho disciplinario pretendería “una adecuada organización del servicio público”⁸⁷.

b) Teorías de la diferenciación cuantitativa.

Son aquellas que fundamentan la diferencia entre el ilícito penal y el disciplinario en la simple diversidad cuantitativa. En consecuencia, deberá atenderse, exclusivamente, a la mayor o menor gravedad del ilícito y a la mayor o menor gravedad que posea la respuesta sancionadora. Lo cual supondrá, en principio, rechazar la aplicación simultánea de ambas sanciones porque se violaría el principio “*non bis in idem*”.

Entre los comentaristas españoles de los Códigos Penales del siglo XIX predominaba esta diferenciación cuantitativa entre delito e infracción disciplinaria. Si una infracción revestía cierta gravedad pasaba a ser delito o falta penal; por contra, si la infracción era leve, no se entendía incluida en el Código Penal sino que se quedaba en el campo de las infracciones disciplinarias⁸⁸.

⁸⁷ REBOLLO VARGAS, R., La revelación de secretos e informaciones por funcionario público, Ed. Cédecs, Barcelona, 1996, pág. 199.

⁸⁸ Vid. PACHECO, El Código penal concordado y comentado, T. II, ob.cit., pág. 302; GROIZARD, El Código penal de 1870 concordado y

El Código Penal español, así como la doctrina penalista actual, parece que adopta esta diferenciación cuantitativa entre el ilícito penal y el *ilícito disciplinario procesal*. Así, lo único que existe entre ambos sería una diferencia de grado, de modo que no es posible distinguir pena y sanción disciplinaria de forma esencial. Sólo las formas más graves de lo ilícito disciplinario serán las amenazadas con una pena. Ahora bien, la sanción disciplinaria, no sólo será -al igual que la pena- “justa, adecuada a la gravedad de la infracción, y necesaria”, sino que también tendrá en cuenta los fines de la prevención general y especial, pero además, tendrá en cuenta el prestigio y el buen funcionamiento de la Administración⁸⁹. En definitiva, ambos, Derecho penal y Derecho disciplinario procesal sancionan la violación de bienes jurídicos, por tanto, su contenido y estructura son semejantes⁹⁰.

comentado, T. IV, pág. 75.

⁸⁹ Vid. CEREZO MIR, “*Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*”, ob.cit., pág. 172, del mismo autor, Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 63; CASABÓ RUIZ, ComCP, ob.cit., págs. 94 y 95; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 51; MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 108.

⁹⁰ Vid. CEREZO MIR, “*Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo*”, ob.cit. pág. 165; OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., pág. 287.

Así las cosas, en principio, entendemos que la diferenciación *cuantitativa* es la que rige entre los ilícitos penales en estudio -las deslealtades de abogado y procurador- y los *ilícitos disciplinarios previstos en las leyes procesales*. Estos últimos están encaminados a reprimir las posibles perturbaciones que se produzcan en el proceso por parte de abogado y procurador, quienes participan en la función pública de la Administración de Justicia. Así, por ejemplo, entre las obligaciones procesales de abogado y procurador se encuentra, la de actuar en el proceso con corrección, buena fe y sin provocar dilaciones indebidas. Las normas disciplinarias procesales, relativas a abogado y procurador, previstas en las leyes procesales recogen las infracciones de estos deberes de abogado y procurador en su actuación ante los Juzgados y Tribunales, entre otros, el “deber de custodia y devolución de los documentos y actuaciones procesales que hayan recibido en tralado” y el “deber de sigilo”. Ahora bien, por sí solo el incumplimiento de ese deber llevará aparejado, únicamente, una sanción disciplinaria procesal. Pero si como consecuencia de dicho incumplimiento se lesiona el proceso en el que actúa el abogado y el procurador, que infringe tal deber, no garantizando así el *correcto desarrollo del proceso*, ni sus fines, entonces, nos encontraremos ante un delito, que

podrá ser sancionado penalmente conforme a lo previsto en los arts. 465 y 466 CP. Y ello es debido a que el incumplimiento de esos deberes procesales constituyen el presupuesto de las conductas desleales recogidas en la norma penal.

No obstante, tal como señala REBOLLO VARGAS, si entre ambos ilícitos la única diferencia es cuantitativa, y cualitativamente son iguales (es decir, que al ilícito penal le corresponde la sanción más grave y al ilícito disciplinario la más leve), no debería ser posible entonces que un ilícito disciplinario previera una sanción más aflictiva que la penal correspondiente⁹¹. Pero ello, como sigue diciendo este autor, no siempre es así, de modo que podemos encontrar sanciones más graves en el Derecho disciplinario que las propias penas, siendo entonces este dato contradictorio con el “carácter fragmentario y de *“ultima ratio”* que debe caracterizar al Derecho penal”⁹².

De otra parte, entendemos, en principio, que entre los ilícitos penales en estudio y los *ilícitos disciplinarios colegiales* previstos en el Estatuto General de Abogados y en el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, la diferencia es

⁹¹ REBOLLO VARGAS, La revelación de secretos e informaciones por funcionario público, ob.cit., pág. 201.

⁹² REBOLLO VARGAS, La revelación de secretos e informaciones por funcionario público, ob.cit., pág. 202.

cualitativa. Y ello es así porque, a pesar de que en último término ambas normativas se dirigen a la protección de la Administración de Justicia, la función esencial de las normas deontológicas consiste en velar por la ética profesional y defender los intereses que le son encomendados, así como preservar el orden interno de la organización.

Junto a estas teorías destaca asimismo la postura defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA⁹³. Para este autor las diferencias entre ilícito penal y administrativo serán cuantitativas cuando la defensa se centra en el interés general (heterotutela). Sin embargo, cuando la defensa se centra en un interés propio (autotutela) las diferencias entre el ilícito penal y administrativo serán cualitativas, perteneciendo a este segundo grupo las sanciones disciplinarias⁹⁴. En consecuencia, en este segundo plano, la dualidad de sanciones será acorde con el principio “*non bis in idem*”, al ser los ilícitos -penal y disciplinario-

⁹³ GARCÍA DE ENTERRÍA- T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, ob.cit., págs. 147 y ss, (por lo que se refiere a las llamadas teorías eclécticas, predominantes en la doctrina administrativista). Asimismo, también es interesante la postura de TORÍO LÓPEZ (“*Injusto penal e injusto administrativo (...)*”, ob.cit., págs. 2529 y ss) que fundamenta las diferencias entre el injusto penal y administrativo en base a diferencias valorativas.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo Vol. II, ob.cit., págs. 147 y ss.

cualitativamente distintos y no existir identidad de fundamento⁹⁵.

En suma, consideramos que las diferencias entre el ilícito penal y disciplinario procesal son *cuantitativas* y, las diferencias entre el ilícito penal y disciplinario colegial son *cualitativas*. Tanto el ilícito penal como el ilícito disciplinario procesal protegen el mismo bien jurídico, de forma mediata: el *correcto ejercicio de la función jurisdiccional* y de forma inmediata: el *correcto desarrollo del proceso y sus fines*. Ahora bien, aunque el bien jurídico es “categorial”, su tutela se realiza en diferentes planos. El desarrollo de esta idea, junto al fundamento de cada uno de los ilícitos (penal, disciplinario procesal y disciplinario colegial), las denominadas relaciones de sujeción especial que rodean a estas conductas, los problemas relacionados con el principio “*non bis in idem*” y las posibles soluciones concursales y procesales, configuran el siguiente y último apartado relativo a esta cuestión. En él intentaremos cohesionar y aportar algunas soluciones a lo apuntado hasta el momento.

⁹⁵ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 1997, págs. 32 y 33.

4. El principio “non bis in idem”.

4.1. Concepto.

El reconocimiento constitucional del principio “non bis in idem”⁹⁶ se produjo a raíz de la STC 2/1981 de 30 de enero⁹⁷ -FJ 4º-: *“Si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (artículo 53 número 2 de la Constitución y 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es de reconocer expresamente el principio de referencia”*⁹⁸.

⁹⁶ Puede verse un completo análisis de la perspectiva constitucional del Principio “non bis in idem” en , GARCÍA ALBERO, “Non bis in idem” materia y concurso de leyes penales, ob.cit., págs. 53 y ss.

⁹⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, en REDA, 1981, págs. 359 a 368.

⁹⁸ Vid. la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional que

De modo que, la vigencia del principio “*non bis in idem*” se vincula a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la CE, y en su *vertiente material* impide que recaiga doble sanción en los casos en que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento⁹⁹. En su *vertiente procesal*, el “*non bis in idem*”, acogiendo la definición de NIETO GARCÍA¹⁰⁰ “imposibilita dos procesos y dos resoluciones iguales o diferentes, sobre el propio tema o el mismo objeto procesal, en atención a los indeclinables derechos de todo ser humano de ser juzgado únicamente una vez por una actuación presuntamente delictiva, y a la importante defensa de los valores de seguridad y justicia que dominan el ámbito del proceso criminal”¹⁰¹. Ahora

avala dicho pronunciamiento, entre otras, SSTC, 62/1984, de 21 de mayo; 159/1985, de 27 de noviembre; 98/1989, de 1 de junio; 112/1990, de 18 de junio; 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 10 de diciembre; y, 276/1994, de 17 de octubre. Vid. también, por todas, la STS 16 de julio de 1990.

⁹⁹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., pág. 33; MATA y MARTÍN, R.M., “*El principio non bis in idem de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*”, en *PJ*, I, 1996, pág. 197; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” materia y concurso de leyes penales, ob.cit., pág. 24.

¹⁰⁰ NIETO GARCÍA, Derecho administrativo sancionador, ob.cit., pág. 400; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” materia y concurso de leyes penales, ob.cit., pág. 24.

¹⁰¹ Puede verse un amplio estudio de la doble vertiente del Principio “*non bis in idem*” en , BENLLOCH PETIT, G., “*El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*”, en

bien, como se desprende de la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional, no puede hablarse de un principio general aplicable a todos los sectores del ordenamiento jurídico, así como tampoco podemos generalizar sus efectos¹⁰².

Por parte de la doctrina se critica el hecho de que sea el propio legislador el que propicie esta duplicidad de sanciones, al tipificar los mismos hechos como infracción penal y administrativa¹⁰³. Como señala QUINTERO OLIVARES “el legislador ha de procurar que lo descrito como delito no se repita como infracción administrativa”, sin embargo, en el ámbito del Derecho disciplinario resulta “particularmente complicado”¹⁰⁴.

4.2. En particular, las relaciones de sujeción especial.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

PJ, núm. 51, 1998, págs. 305 y ss.

¹⁰² Vid. NIETO GARCÍA, A., “*El Principio “non bis in idem”*”, en *RVAP*, núm. 28, 1990, págs. 160 y 161.

¹⁰³ Vid. NIETO GARCÍA, “*El Principio “non bis in idem”*”, ob.cit., págs. 168 y 169.

¹⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, “*La autotutela, los límites al poder sancionador (...)*”, ob.cit., pág. 284.

Como acabamos de señalar el principio “*non bis in idem*” supone que no recaiga una duplicidad de sanciones -penal y administrativa- en aquellos supuestos en los que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ahora bien, como recoge la STC 2/1981 de 30 de enero -FJ 4º- se admite, de forma expresa, la doble imposición de sanción -penal y administrativa- cuando se trate de una relación de supremacía especial de la Administración; ello justificará “*el ejercicio del “ius puniendi” por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*”¹⁰⁵.

Ya señalábamos en páginas anteriores que las sanciones disciplinarias colegiales -las impuestas, por lo que a nosotros nos interesa, a los profesionales del derecho integrados en Colegios Profesionales- responden a un fundamento específico y distinto del resto de sanciones administrativas; y que las relaciones corporativas son relaciones especiales. Por ello, los profesionales integrados en los Colegios Profesionales tienen una relación de sujeción especial. De modo que, y en principio, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional será

¹⁰⁵ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, 2 de febrero de 1984; 15 de junio de 1984; 5 de octubre de 1984; 19 de abril de 1985 y 29 de abril de 1985. Y, en sentido contrario, 29 de diciembre de 1987.

posible, aunque exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, imponer una sanción penal y disciplinaria, debido a esa relación especial de sujeción¹⁰⁶.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional posterior -STC 234/1991 de 10 de diciembre, FJ 2º- ha matizado este primer pronunciamiento, es decir, la no vigencia del principio “*non bis in idem*” en las relaciones especiales de sujeción, en el sentido que: “*la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración puede dictar normas sin habilitación legal previa (...) Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección*”¹⁰⁷. De modo que, la sola

¹⁰⁶ Vid. MONTORO PUERTO, M., La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965, págs. 314 y 315; PARADA VÁZQUEZ, J.R., “Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas”, en *PJ*, 1982, pág. 26.

¹⁰⁷ Vid. GARCÍA ALBERO (“*Non bis in idem*” materia y concurso de leyes penales, ob.cit., pág. 64) quien sostiene que “las relaciones de sujeción especial no son una ‘excepción *in totum*’ en la vigencia del ‘*non bis in idem*’, sino que ni siquiera se erigen en fundamento de punición

relación de sujeción especial no justifica entonces la doble sanción, sino que será indispensable que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa necesidad de protección¹⁰⁸.

El elemento determinante, por tanto, será el *interés jurídicamente protegido*. Cuando el Tribunal se refiere a los intereses protegidos se está haciendo referencia a los *fundamentos del delito y de la infracción disciplinaria*, “a la razón de ser por la que se castiga una conducta determinada”, al contenido de injusto¹⁰⁹. Así, para que no se vulnere el principio “*non bis in idem*”, en las relaciones de sujeción especial será requisito indispensable que los delitos y las infracciones

autónomo si éste no cristaliza en la existencia de un ‘diverso interés’ jurídicamente protegido en las infracciones correspondientes”.

¹⁰⁸ Vid. STC 270/1994, de 17 de octubre, FJ 7º que establece: “(...) sería necesario que con la sanción extraordinaria se estuviese protegiendo un interés jurídico distinto al tutelado con las sanciones ordinarias y que la sanción fuese proporcionada a dicha necesidad de protección adicional”. En relación a la proporcionalidad de la sanción, ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”, en REDC, núm. 8, 1983, págs. 19 y ss; MATA y MARTÍN, “El principio *non bis in idem* de la reforma de la responsabilidad penal (...)”, ob.cit., págs. 206 y ss; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*” materia y concurso de leyes penales, ob.cit., págs. 87 y ss.

¹⁰⁹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., págs. 37 y ss; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*”, materia y concurso de leyes penales, ob.cit., págs. 50 y ss; NIETO GARCÍA, Derecho administrativo sancionador, ob.cit., págs. 348 y ss.

disciplinarias *no posean idéntico fundamento*. De modo que del “*fundamento*” dependerá aplicar únicamente la sanción penal, excluyendo la infracción disciplinaria, o bien aplicar las sanciones correspondientes a ambos ilícitos.

Como ya hemos manifestado, en principio, las diferencias entre ilícito penal y disciplinario procesal son *cuantitativas* al existir, entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario procesal, el vínculo del bien jurídico y el mismo fundamento. Esto es, ambas normas protegen el mismo bien jurídico, el *correcto desarrollo del proceso y sus fines*, y su fundamento responde a la potestad sancionadora pública; de acuerdo con ello, los sujetos -abogado y procurador- a los que se refiere estas normas aparecen como colaboradores de la función pública, a diferencia de la relación entre el ilícito penal y el disciplinario colegial cuya distinción es *cualitativa*. Las normas colegiales responden a un interés distinto y presentan distinto fundamento, en la medida en que protegen junto a los intereses y deberes profesionales, los intereses y deberes hacia los clientes; por tanto, su aplicación corresponde a la potestad sancionadora de la Corporación, en la que abogado y procurador aparecen como miembros de ésta y destinatarios de las sanciones que establece. En consecuencia, si del idéntico o distinto fundamento depende

aplicar únicamente la sanción penal o bien aplicar junto a ésta la sanción disciplinaria, ya podemos adelantar que, de acuerdo con lo expresado, el problema de la duplicidad de sanciones puede quedar, en parte, solucionado.

Previamente debemos señalar que un sector de la doctrina española¹¹⁰ entiende que las reglas del concurso de leyes constituyen una de las expresiones del principio “*non bis in idem*”. Así, si la norma penal recoge la totalidad del desvalor del hecho no es posible sancionar por ambas vías: el desvalor expresado en la pena consume al contenido en la sanción. En estos supuestos OCTAVIO DE TOLEDO, entre otros, acude a la teoría del concurso aparente de leyes: entre injusto penal y disciplinario se dará, normalmente, una relación de consunción¹¹¹. Pero si el delito no abarca la totalidad de los intereses jurídicos menoscabados por el comportamiento delictivo, acudiremos al concurso de infracciones: ideal, cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones; o real, cuando existen varios hechos y

¹¹⁰ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., págs. 270 y ss; GARCÍA ALBERO, “*Non bis in idem*”, materia y concurso de leyes penales, ob.cit., págs. 382 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., págs. 42 y ss.

¹¹¹ OCTAVIO DE TOLEDO, La prevaricación del funcionario público, ob.cit., págs. 270 y ss.

constituyen varias infracciones, en cuyo caso deberá aplicarse la sanción disciplinaria junto a la penal.

Aquí mantenemos que cuando la norma penal contempla la totalidad del desvalor no cabe la dualidad de sanciones, pues el contenido de injusto de la infracción disciplinaria está completamente plasmado en el tipo penal. En estos supuestos, el vínculo entre delito e infracción disciplinaria se encuentra en que existe un mismo fundamento en ambas infracciones, y por ello la pena desplazará a la sanción disciplinaria. Por consiguiente, cuando la norma penal no abarque el injusto de la norma disciplinaria, en principio, se acudirá al concurso de ilícitos.

No obstante, en opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, “no siempre que ello ocurra cabrá sin más acudir al concurso de pena y sanción”. En este sentido el autor entiende que, cuando existe una diferencia cuantitativa entre norma penal y norma disciplinaria, basada en una relación de medio a fin, el injusto disciplinario quedará absorbido por el desvalor del injusto penal (concurso aparente de leyes); ahora bien, continúa, esta solución no solventará los supuestos en los que la sanción disciplinaria conlleva una igual o mayor gravedad que la establecida por el

delito, como tampoco los supuestos donde el ilícito disciplinario contenga el daño al órgano administrativo. Para estos últimos casos, se producirá “una especie de concurso ideal” entre ambas normas penal y disciplinaria¹¹².

Así las cosas, y en relación a lo apuntado en líneas anteriores, a partir de la premisa de que los delitos de deslealtad profesional de abogado y procurador y las normas disciplinarias procesales protegen el mismo bien jurídico, de forma mediata (*el correcto ejercicio de la función jurisdiccional*) y de forma inmediata (*el correcto desarrollo del proceso*), intentaremos solucionar el problema de la duplicidad de sanciones tomando en consideración el fundamento de la norma penal y la norma disciplinaria procesal y colegial -igual o distinto-, así como las reglas concursales.

Entre los tipos penales de deslealtad de abogado y procurador -arts. 465, 466 y 467 CP- y las normas disciplinarias -procesales y colegiales- podemos distinguir tres tipos de relaciones: la primera de ellas se dará entre el Derecho penal y las infracciones disciplinarias previstas en las leyes procesales;

¹¹² GONZÁLEZ CUSSAC, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., págs. 42 y ss.

la segunda, entre el Derecho penal y las infracciones disciplinarias previstas en los Estatutos Profesionales de abogado y procurador; y la tercera, entre las infracciones disciplinarias previstas en las leyes procesales y en los Estatutos Profesionales de abogado y procurador.

Respecto a la primera relación, entre los delitos de deslealtad profesional y las infracciones disciplinarias previstas en las leyes procesales se dará una relación de progresión. Aquí, el bien jurídico es categorial pero su tutela se realiza en dos planos, “en atención a la mayor o menor relevancia de la infracción”. De modo que entre esos dos planos habrá una relación de progresión y su fundamento será idéntico¹¹³. Las normas penales de deslealtad profesional de abogado y procurador correlativas con las normas disciplinarias procesales, son aquellas que se refieren a la *destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones* -art. 465 CP y art. 308 LEC/1881-, y las conductas de *revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial* -art. 466 CP y arts. 301 y 302 LECrim.

¹¹³ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., pág. 38.

Por consiguiente, si únicamente se produce una infracción del deber de custodia de documentos o la infracción del deber de reserva, se aplicarán las sanciones disciplinarias previstas en las leyes procesales. Por contra, en tanto en cuanto con dichas infracciones se afecte al *correcto desarrollo del proceso*, nos encontraremos ante una infracción penal. En estos supuestos la solución concursal viene dada por las reglas del concurso de leyes: el ilícito penal contempla la totalidad del desvalor, por lo que consume al ilícito disciplinario. Ambas infracciones tutelan a un mismo bien jurídico y poseen idéntico fundamento, de modo que la pena desplazará a la sanción disciplinaria¹¹⁴.

En segundo lugar, entre los delitos de deslealtad profesional y las infracciones disciplinarias previstas en los Estatutos Profesionales de abogado y procurador, se dará una relación de complementariedad. Aquí, el fundamento de las sanciones disciplinarias de los Estatutos Profesionales de abogado y procurador no es el mismo. Estas últimas tutelan la dignidad y ética profesional, y defienden los derechos e intereses de los particulares que le son encomendados¹¹⁵. La norma penal de

¹¹⁴ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 91 y 92.

¹¹⁵ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., pág. 38.

deslealtad profesional de abogado y procurador correlativa con las normas disciplinarias previstas en los Estatutos de estos profesionales, es aquella que se refiere al *perjuicio de los intereses de la parte* -art. 467.2 CP-. Frente estas relaciones observamos que las normas disciplinarias no abarcan la totalidad del desvalor de la norma penal, ya que hemos exigido que, junto a la lesión de los intereses de la parte en el proceso, exista una lesión del derecho a un proceso debido. Asimismo, tampoco la norma penal abarcará el conjunto de los intereses tutelados por las normas disciplinarias, que los Estatutos Profesionales garantizan junto a los derechos e intereses de los particulares, la dignidad y ética profesional.

Por consiguiente, se aplicará tanto la sanción penal como la disciplinaria, de modo que sólo así se contemplará la totalidad del desvalor¹¹⁶. De otra parte, como el delito y la infracción disciplinaria gozan de fundamentos distintos, no se vulnerará el principio “*non bis in idem*”. Por su parte, PÉREZ CEPEDA señala que, partiendo de la sanción impuesta por el orden penal, es posible, siempre que se tengan presentes las limitaciones del

¹¹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC (El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, ob.cit., pág. 43) manifiesta que en estos supuestos se producirá “una especie de concurso ideal” entre la norma penal y la norma disciplinaria. No entendemos a qué quiere referirse dicho autor cuando habla de “una especie”.

principio de proporcionalidad, “intensificar la sanción de contenido profesional”¹¹⁷. Ahora bien, no compartimos dicha opinión, ya que si tienen distinto fundamento, la una no puede influir en la otra.

Por último, en el caso de producirse una relación entre las infracciones disciplinarias previstas en las leyes procesales y las infracciones disciplinarias de los Estatutos Profesionales de abogado y procurador, debido a que los intereses protegidos y sus fundamentos son diferentes, cabe aplicar ambas sanciones¹¹⁸.

4.3. Soluciones procesales.

Por lo que se refiere al Derecho disciplinario, frente a unos hechos sancionables penal y disciplinariamente, el art. 2.3 del Reglamento de Procedimiento Disciplinario -aprobado en la reunión de la Asamblea de Decanos del 25 de junio de 1993-¹¹⁹

¹¹⁷ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 93.

¹¹⁸ Frente esta relación, PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 92 y 93) señala que cabría aplicar las reglas del concurso ideal.

¹¹⁹ Su art. 1 (Ámbito) establece: “*El presente Reglamento de Procedimiento Disciplinario que, adaptado a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento*

establece: *“Una vez iniciado el procedimiento, en cualquier momento del mismo en que el instructor aprecie que la presunta infracción puede ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá inmediatamente en conocimiento del órgano que hubiese ordenado la incoación del expediente para que tal órgano decida sobre la comunicación de los hechos al Ministerio Fiscal y resuelva la suspensión del procedimiento hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial”*. De modo que, se establece la prioridad del proceso penal¹²⁰.

Esta regla general también se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: *“la Administración no*

Administrativo Común, se dicta en desarrollo de la Ley de Colegios Profesionales y del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio, será aplicable en las actuaciones que realicen los Colegios de Abogados, los Consejos de Colegios de las Comunidades Autónomas y el Consejo General de la Abogacía para la exigencia de las responsabilidades disciplinarias en las que puedan incurrir los colegiados en caso de infracción de sus deberes profesionales o colegiales, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal exigible a los mismos”. Debe advertirse, como ya hemos apuntado en páginas anteriores, que el 22 de junio de 2001 se aprobó el nuevo Estatuto General de la Abogacía, RD 658/2001, y en su disposición transitoria primera señala: *“1. El Consejo General de la Abogacía Española en el plazo de un año aprobará su propio Reglamento de régimen interno”*. A la espera de dicha aprobación, estaremos a la aprobada por la Asamblea de Decanos del 25 de junio de 1993.

¹²⁰ Vid. NIETO GARCÍA, *“El Principio “non bis in idem”*”, ob.cit., págs. 163 y 164; PARADA VÁZQUEZ, *“Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas”*, ob.cit., pág. 26; GARCÍA ALBERO, *“Non bis in idem” materia y concurso de leyes penales*, ob.cit., pág. 86; BENLLOCH PETIT, *“El Principio de non bis in idem en las relaciones (...)”*, ob.cit., págs. 327 y ss; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, ob.cit., págs. 46 a 48; QUINTANA LÓPEZ, *“El Principio “non bis in idem” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”*, ob.cit., pág. 589.

puede actuar mientras no lo hayan hecho los Tribunales penales”, más concretamente, “la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos pueden ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos” -STC 77/1983, de 3 de octubre-.

Así, la Administración debe abstenerse en sus actuaciones hasta que recaiga pronunciamiento de la autoridad judicial. Si la sentencia es *condenatoria*, en principio, se archivará el expediente, para evitar la doble sanción. Ello se desprende del apartado primero del art. 2 del Reglamento Disciplinario de 1993 cuando establece que, si unos hechos han sido sancionados penalmente, no podrán ser sancionados disciplinariamente *“en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*. Sin embargo, si el delito, por el que ha sido sancionado penalmente el abogado, es doloso, llevará aparejada, como establece el art. 84 c) y art. 87.1 a) EGA, RD 658/2001 una sanción disciplinaria. De modo que, el elemento determinante para aplicar o no esta sanción disciplinaria junto a la penal estará constituido por el *fundamento de la sanción*. De considerar un único o distintos fundamentos en la sanción penal y

disciplinaria, dependerá, por tanto, reiniciar o no el expediente disciplinario. Como hemos señalado en páginas anteriores y, tras establecer que sus fundamentos no coinciden, la solución aportada para tomar en consideración la totalidad del desvalor vendrá dada aplicando junto a la sanción penal la sanción disciplinaria colegial.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la *sentencia penal es absolutoria*? En estos supuestos, como se desprende del art. 2.4 del Reglamento Disciplinario de 1993, se reanuda la tramitación del expediente disciplinario, aunque se deberá “*respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento judicial*”¹²¹. Así, si la absolución se fundamenta en la *inexistencia de los hechos imputados*, no podrá haber un posterior pronunciamiento, sobre esos mismos hechos, por la Administración. Ello se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -STC 77/1983, de 3 de octubre- cuando sostiene que, “*unos mismos hechos no pueden existir y dejar de*

¹²¹ PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 93 y 94) observa la relevancia que tiene la sentencia penal en estos supuestos. Así, establece que esta se despliega en dos direcciones: “hacia atrás -ante la posibilidad de que haya una sentencia penal se paraliza el procedimiento disciplinario- y hacia delante -el expediente disciplinario se encuentra condicionado por el contenido de la sentencia penal-”.

*existir para los órganos del Estado*¹²², y continúa, en su FJ 3º, declarando que *“La cosa juzgada despliega un efecto positivo, de manera que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema”*¹²³.

Sin embargo, si la sentencia penal es absolutoria debido a que los *hechos no son penalmente típicos*, la solución es distinta. La jurisprudencia sostiene que es posible que se produzcan un pronunciamiento absolutorio -judicial- porque los hechos no son penalmente típicos y otro condenatorio -administrativo- sobre esos mismos hechos (SSTS 29 de abril de 1981 o 21 de enero de 1987), y ello, como señala REBOLLO VARGAS¹²⁴ no es contrario al principio *“non bis in idem”* porque lo derivado de este principio *“es la prohibición de dos sanciones sobre unos mismos hechos”*, pero no resulta inviable con que se produzcan dos

¹²² Vid. NIETO GARCÍA, *“El Principio non bis in idem”*, ob.cit., págs. 164 y ss; del mismo, *Derecho administrativo sancionador*, ob.cit., págs. 374 y ss; GARCÍA ALBERO, *“Non bis in idem” materia y concurso de leyes penales*, ob.cit., pág. 57.

¹²³ En la misma línea, entre otras, SSTC 62/1984, de 21 de mayo; 159/1987, de 26 de octubre y 19/1989, de 25 de enero.

¹²⁴ REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, ob.cit., pág. 218. Vid, asimismo, NIETO GARCÍA, *“El principio “non bis in idem”*, ob.cit., págs. 166 y 167.

procedimientos distintos¹²⁵. En este sentido, podemos encontrarnos frente un acto de deslealtad profesional por parte de un abogado, donde los hechos no son penalmente típicos pero que constituyen “*ofensa grave a la dignidad de la profesión o a las reglas éticas que la gobiernen*”, art. 84 c) EGA, RD 658/2001, por lo que, entonces, será posible que el procedimiento disciplinario sea condenatorio.

III. RECAPITULACIÓN Y CONCRECIÓN.

La potestad disciplinaria -manifestación de la potestad sancionadora de la Administración- se atribuye por el ordenamiento jurídico a los Colegios Profesionales para que preserven su orden interno. Aquella, sanciona infracciones de especiales deberes que tiene su autor frente a las personas que defiende o representa, y frente a la corporación, mediante un cauce preestablecido -el procedimiento disciplinario-.

¹²⁵ Ese doble enjuiciamiento está previsto en algunas leyes, por lo que, el ordenamiento jurídico no desconoce este tipo de situaciones. En una materia alejada de la que nos ocupa podemos observarlo. Así, por ejemplo, en el art. 33.2 de la Ley de Sanidad de 1986, donde dispone que “*de no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador ...*”.

No obstante, la LOPJ distingue dos tipos de correcciones disciplinarias, cuyos fines son distintos y utiliza asimismo procedimientos sancionadores también diferentes: por un lado, la responsabilidad disciplinaria de abogado y procurador por su actuación ante los juzgados y tribunales, se regirá por lo establecido en la LOPJ y en las leyes procesales; y por otro, la responsabilidad disciplinaria de estos profesionales por su conducta profesional, corresponde declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos. De modo que, los tipos penales objeto de este estudio, no sólo encuentran normas correlativas en las normas deontológicas, sino también en las leyes procesales, que junto a la sanción criminal prevista en aquellos, puede dar lugar a violaciones del principio “*non bis in idem*”.

Por consiguiente, frente a una conducta desleal de abogado o procurador nos podemos llegar a encontrar con una “*sanción disciplinaria colegial*”, con una “*sanción disciplinaria procesal*” y con una sanción criminal. Frente a esta pluralidad de sanciones y para evitar la vulneración del principio “*non bis in idem*” debemos plantearnos en primer lugar si las diferencias, de una parte, entre ilícito penal y “*disciplinario procesal*”, y, de otra, entre ilícito penal y “*disciplinario colegial*” son *cuantitativas* o *cualitativas*: cuál

es el fundamento de cada uno de los ilícitos, al ser éste el elemento determinante en las relaciones de sujeción especial para poder imponer, o no, una doble sanción frente una conducta desleal; en segundo y último lugar, habrá que dilucidar si acudiendo a las soluciones concursales o procesales podemos evitar la vulneración del principio “*non bis in idem*”.

Consideramos que las diferencias entre ilícito penal y “*disciplinario procesal*” son *cuantitativas*, ambos ilícitos protegen el mismo bien jurídico, de forma mediata (el *correcto ejercicio de la función jurisdiccional*) y de forma inmediata (el *correcto desarrollo del proceso*). Ahora bien, así como el fundamento de los delitos de deslealtad profesional de abogado y procurador y el de las infracciones disciplinarias previstas en las leyes procesales es el mismo, entre aquellos y las infracciones disciplinarias previstas en los Estatutos Profesionales de abogado y procurador existen diferencias esenciales al respecto. De este modo, en el primer supuesto, encontramos que si las infracciones disciplinarias procesales afectan al debido desarrollo del proceso, el ilícito penal contemplará la totalidad del desvalor, por lo que consumirá a dicho ilícito disciplinario. En cambio, las sanciones disciplinarias previstas en los Estatutos Profesionales tienen un fundamento diferente: tutelan la dignidad y ética profesional, y

defienden los intereses de los particulares que le sean encomendados. Por consiguiente, entre éstas y las normas penales se da una relación de complementariedad, y ni unas ni otras abarcan la totalidad del desvalor, por lo que debemos tomar en consideración ambas para contemplar dicha totalidad del desvalor. Asimismo, como el delito y la infracción disciplinaria colegial gozan de fundamentos diferentes, con su imposición simultánea no se vulnerará el principio “*non bis in idem*”.

En materia de las deslealtades profesionales de abogado y procurador nos encontramos con diferentes tipificaciones -penal y disciplinaria-, que provocan ciertas inseguridades. No sólo acotando el objeto de protección, sino también el fundamento de cada una de ellas, podremos saber cuándo nos encontramos frente simples infracciones disciplinarias -colegiales o procesales-, o cuándo frente infracciones criminales. El elemento determinante viene configurado por el derecho a un proceso debido. Abogado y procurador deben lealtad al cliente pero, además, lealtad al proceso. Por consiguiente, si nos encontramos frente a conductas de estos profesionales que lesionan el derecho a un proceso debido, no son suficientes las sanciones disciplinarias profesionales, ni las sanciones disciplinarias procesales. Ahora bien, consideramos que, si una determinada

conducta ya se ha descrito como delito, lo conveniente será que no se repita como infracción, a lo menos, administrativa, ya que el fundamento de una y otra es el mismo; o bien, como algún tipo de deslealtad profesional, como por ejemplo, la revelación del secreto sumarial, ya estaba prevista como infracción disciplinaria procesal, lo más conveniente hubiera sido, quizás, ampliar y concretar su tipificación y sanción, y no criminalizar dicha conducta.

Consideramos que deben mantenerse las infracciones disciplinarias colegiales, ya que su fundamento es diferente al de las sanciones penales, y no necesariamente una infracción colegial supondrá infracción criminal. Pero, *a contrario sensu*, las deslealtades profesionales tipificadas en el Código Penal sí que supondrán deslealtades profesionales disciplinarias. Ahora bien, lo que nos llama la atención son las penas previstas para el ilícito penal y las sanciones establecidas para las infracciones disciplinarias colegiales.

Así, por lo que aquí interesa, los delitos objeto de este estudio establecen las penas de inhabilitación especial para empleo, profesión o cargo público de tres a seis años, en relación a la conducta del art. 465 CP, *la destrucción, inutilización u*

ocultación de documentos o actuaciones. La misma pena de inhabilitación especial, pero de uno a cuatro años, se prevé respecto a la *revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial*, art. 466 CP. En relación al *conflicto de intereses o la doble defensa*, art. 467 apartado primero, la pena será de inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años y, en el apartado segundo que recoge el *perjuicio de los intereses del cliente*, la inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio será de uno a cuatro años. Por su parte, estas conductas son consideradas por los Estatutos Profesionales de abogados y procuradores como “*infracciones muy graves*” (arts. 84 c), y k) y 87 EGA, RD 658/2001; y arts. 62 y 66 EGPT, RD 2046/1982 o, arts. 65 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000) y, les puede llegar a corresponder no sólo la suspensión del ejercicio de la profesión, sino también la expulsión.

Por consiguiente, abogado y procurador no sólo se enfrentan a una inhabilitación especial, entre otras, para profesión, que le priva de la facultad de ejercerla, de su “*ejercicio*” (art. 45 CP en relación arts. 465, 466 y 467 CP), sino también a una posible suspensión del ejercicio de la abogacía por un plazo superior a tres meses sin exceder de dos años (art. 87.1 a) EGA,

RD 658/2001), e incluso, a la expulsión del Colegio (art. 87.1 b) y art. 93 EGA, RD 658/2001, que recoge la rehabilitación en el plazo de cinco años, en caso de expulsión y de tres años en caso de suspensión superior a tres meses). Entendemos, que quizás, esta última sanción, la expulsión, entra en contradicción con el principio de proporcionalidad que caracteriza al derecho penal.

En suma, de una parte, abogado y procurador, responderán disciplinariamente de su conducta desleal frente al Colegio, mediante la aplicación de su reglamento disciplinario, y de otra, responderán criminalmente de su conducta desleal frente al proceso, aplicando la normativa penal.