

SEGUNDA PARTE:

**ELEMENTOS ESENCIALES DE LOS TIPOS PENALES DE
DESLEALTAD PROFESIONAL.**

CAPÍTULO PRIMERO: LOS SUJETOS ACTIVOS COMO ELEMENTOS COMUNES.

Los tipos objeto de este estudio, aunque describen conductas distintas entre sí -el art. 465 CP recoge las *infidelidades documentales*, el art. 466 CP se refiere a la *revelación de secretos*, el apartado primero del art. 467 CP sanciona la *dobles defensa o representación* y, su apartado segundo tipifica el *perjuicio de los intereses del cliente*-, implican el desarrollo de una serie de acciones que tienen en común su relación en el ejercicio de unas determinadas profesiones. Esto es, son actuaciones profesionales, aunque desleales, en las que coinciden los sujetos activos: abogado y procurador. Dicha cualificación del sujeto activo los configura como delitos especiales, aunque, entre ellos, difiere la consideración de delito especial propio o impropio. Así, y de acuerdo a la interpretación que aquí desarrollaremos, entendemos que las *infidelidades documentales* y la *revelación de secretos* constituyen delitos especiales impropios, a diferencia de la *dobles defensa* y el *perjuicio de los intereses del cliente* que responden a la estructura de los delitos especiales propios.

I. ABOGADO Y PROCURADOR.

1. Concepto.

No cabe duda que los posibles sujetos activos de las acciones de deslealtad profesional sólo pueden serlo el abogado y el procurador de los Tribunales¹. Para delimitar o definir estos conceptos debe tenerse presente que, para obtener la *condición* de abogado o procurador no es suficiente el correspondiente Título universitario de Licenciado en Derecho sino que es preceptiva la inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

¹ En el Anterior Código Penal dichos sujetos aparecían incluidos en el Título VII dedicado a los funcionarios públicos. Ello provocó reiterados pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales -SSTS 5 de febrero y 6 de noviembre de 1883, 9 de febrero de 1894, 23 de abril de 1973- en relación a si abogados y procuradores debían considerarse funcionarios públicos por el hecho de estar incluidos en dicho Título. De forma mayoritaria, las respuestas fueron contrarias a la inclusión de este tipo de “prevaricación” entre los delitos cometidos por funcionario público, no obstante se buscaron justificaciones e interpretaciones a dicha inclusión. En este sentido MORALES PRATS (La tutela penal de la intimidad: *privacy* e informática, Ediciones Destino, Barcelona, 1984, pág. 237), entre otros, afirmaba que se trataba de un “concepto funcional que debe construirse tomando en consideración las particularidades de cada tipo delictivo y su finalidad político criminal”. Tras la Promulgación del Código Penal en 1995, que incluyó la “prevaricación” de abogados y procuradores entre los *Delitos contra la Administración de Justicia*, se han solventado los problemas interpretativos que rodeaban a los sujetos activos de estos delitos.

Ello se desprende, no sólo del art. 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial², que exige la colegiación obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales, sino también de sus normas estatutarias. Así, el art. 9 del Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001) señala, en su apartado primero, que *“Son Abogados quienes, incorporados a un Colegio español de Abogados en calidad de ejercientes y cumplidos los requisitos necesarios para ello, se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados”*, para reiterar en el segundo, que sólo podrán utilizar dicha denominación de *“abogado”* quienes lo sean de acuerdo con dicha definición. En su art. 11, que reza así: *“Para el ejercicio de la abogacía es obligatoria la colegiación en un Colegio de Abogados, salvo en los casos determinados expresamente por la Ley (...)”*, se reitera el requisito de la Colegiación para ejercer la profesión de abogado. De modo que, la colegiación tendrá carácter obligatorio para obtener la condición de abogado³.

En el mismo sentido se pronuncia el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales (RD 2046/1982), donde en su

² Art. 439.2 LOPJ: *“La colegiación de los Abogados y Procuradores será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral”*.

³ Vid. asimismo, arts. 13 y ss EGA, RD 658/2001.

art. 1 recoge el requisito de la colegiación⁴ y, en su art. 2 señala que: “*Son Procuradores a efectos del presente Estatuto, los que, reuniendo las condiciones exigidas en el mismo, puedan encargarse mediante apoderamiento conferido adecuadamente de representar los derechos e intereses de su poderdante ante los Tribunales de Justicia*”.

En suma, el primer requisito de la “colegiación” supone restringir⁵ el ámbito de aplicación de estos delitos. Por consiguiente, no obstante haber obtenido el Título de Licenciado en Derecho, si no están debidamente incorporados a un Colegio de abogados o de procuradores, no podrán ejercer las funciones propias reservadas para estos profesionales y previstas en sus respectivos Estatutos profesionales y en la Ley Orgánica del

⁴ Vid. asimismo, los arts. 5 y 6 EGPT (RD 2046/1982), que recogen los requisitos, entre ellos encontramos el ser Licenciado en Derecho y el pertenecer a un Colegio de Procuradores. Vid. también, arts. 1.1, 3, 8 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

⁵ Vid. en este sentido, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 808; ORTS BERENGUER, Derecho Penal. PE, 1993, ob.cit., págs. 446 y 447; FELIP I SABORIT, “*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 775; SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 684; De DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 12 y 13.; PÉREZ DEL VALLE, “*La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal*”, ob.cit., pág. 2; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Voz. “Prevaricación” en nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo 20, F. Seix SL, Barcelona, 1993, pág. 458; SERRANO-PIEDCASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 416. En contra, FERRER SAMA, Comentarios al Código Penal, ob.cit., pág. 88.

Poder Judicial⁶. De modo que, el licenciado en Derecho que ejerza la abogacía o procuradoría sin estar colegiado y realice alguna de las conductas tipificadas en los delitos objeto de este estudio, en principio, no podría ser castigado por los delitos relativos a la deslealtad profesional, sino que sus actuaciones podrán castigarse como un delito de intrusismo⁷. Como señala ORTS, si ello no fuera así, “se daría la paradoja de que las penas de suspensión e inhabilitación, que eventualmente pudieran

⁶ CORTÉS BECHIARELLI (El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 104) en relación al secreto profesional del art. 199.2 CP, y de acuerdo con lo previsto en el art. 436 LOPJ, equipara al Licenciado o Doctor en Derecho no colegiado con el colegiado no ejerciente. No pudiendo reputarse, ni unos ni otros, como abogados. Asimismo, ello se recogía expresamente en el art. 30 EGA (RD 2090/1982), que rezaba así: “1. Los colegiados no ejercientes, así como los Licenciados en Derecho no incorporados a Colegios de Abogados, según lo previsto antecedentemente, sólo podrán utilizar la expresión de “Licenciado o Doctor en Derecho” para indicar la categoría académica que, en cada caso les corresponda. 2. El incumplimiento de lo anterior podrá dar lugar a la correspondiente acción penal por intrusismo profesional”. En el vigente EGA, en su art. 6 señala: “Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al Licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”.

⁷ Vid. entre otros, ORTS BERENGUER, Derecho Penal. PE, 1993, ob.cit., págs. 446 y 447; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 216. Asimismo, no obstante haber estado colegiado, dicha condición puede perderse, por ejemplo, por condena firme que lleve consigo la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, art. 19.1 d) EGA, o por expulsión del Colegio, acordada en expediente disciplinario, art. 19.1 e) EGA (RD 658/2001). E incluso, pueden encontrarse frente situaciones que los incapaciten para el ejercicio de la profesión de abogado y procurador, arts. 14 EGA (RD 658/2001), 7 EGPT (2046/1982) y, art. 21 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000. Vid. por lo que se refiere a la figura del intruso y el requisito de la Colegiación: Segunda parte. Capítulo primero, *infra* I.2.2

imponérsele, le privarían de una facultad que legalmente no tenía”⁸.

También debe tomarse en consideración si la colegiación del abogado o del procurador, necesariamente debe ser en el Colegio correspondiente al Partido Judicial donde se realiza la conducta delictiva o no. El art. 11 del EGA (RD 658/2001) establece que será suficiente la incorporación a un solo Colegio, *“que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio del Estado”*, pero el art. 17.3 señala que *“No obstante, el abogado que vaya a ejercer en un territorio diferente al de su colegiación, deberá comunicarlo al Colegio en cuyo ámbito haya de intervenir directamente (...)”*; por su parte, el art. 14.12 del EGPT (RD 2046/1982) establece como deber del procurador, el residir en la demarcación judicial en que haya de actuar, con la obligación de mantener *“despacho abierto en el misma localidad donde tuvieren su sede el Colegio correspondiente o el Juzgado en el que se ejerza la profesión”*⁹.

⁸ ORTS BERENGUER, Derecho Penal. PE, 1993, ob.cit., pág. 447. En el mismo sentido, SERRANO-PIEDECASAS, *“La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit., pág. 416; ABELLANET GUILLOT, *“La prevaricación de abogado (...)”*, ob.cit., pág. 192.

⁹ Vid. también, arts. 14 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo.

A partir de los preceptos mencionados, podemos considerar, que el abogado y el procurador para poder actuar ante los Juzgados y Tribunales pertenecientes a un determinado Partido Judicial, deben encontrarse debidamente habilitados para el ejercicio de la abogacía o procuradoría en ese Partido Judicial. Por consiguiente, si no se encuentran debidamente habilitados en el Partido Judicial en el que se desarrollará el proceso, en principio, no podrían realizar estas conductas delictivas, al no poder actuar ante los Juzgados o Tribunales de ese Partido Judicial¹⁰.

Así, ya el Estatuto General de Abogados (RD 658/2001), otorga, en su arts. 11 y ss, la posibilidad a todo abogado de incorporarse a cuantos Colegios desee, cumpliendo unos determinados requisitos. Se entiende, entonces, que el profesional si no se encuentra inscrito en el Colegio correspondiente al Partido Judicial en el que se realiza la conducta, deberá habilitarse para el ejercicio de la profesión.

¹⁰ Ahora bien, en relación al requisito de la habilitación debe tenerse presente los pronunciamientos que, al respecto, ha realizado el Tribunal Constitucional, en el sentido de considerar la falta de habilitación del Letrado como una omisión subsanable, por lo que no se debe estar a una interpretación rigorista y desproporcionada de los requisitos y formas de la habilitación. Vid. en este sentido, entre otras, SSTC 139/1987, de 22 de julio, 39/1988, de 9 de marzo, 177/1989, de 30 de octubre, 29/1990, de 26 de febrero, 99/1990, de 24 de mayo y 43/1991, de 25 de febrero.

Ahora bien, como señala BENÍTEZ ORTÚZAR deberá distinguirse aquellos casos “en los que los colegios profesionales pertenecientes a varios partidos judiciales hayan acordado la habilitación recíproca de sus colegiados ante los Juzgados y Tribunales de sus respectivos partidos judiciales, en virtud de las competencias que les otorga el art. 4 EGA”¹¹. Este autor considera, que a efectos de los tipos en estudio, lo relevante “será cumplir con los requisitos de la abogacía en el lugar concreto en el que se va a desarrollar el proceso -o podría desarrollarse el mismo- en el momento de la consumación del tipo”¹².

En principio, parece ser que todas las conductas desleales realizadas por abogado o procurador podrían ser subsumidas en los tipos legales de deslealtad profesional, con el único requisito formal de la colegiación. Sin embargo, el requisito de la colegiación se muestra como insuficiente para poder acotar el

¹¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 217.

¹² Ibidem. Por su parte, de otra opinión es GARCÍAS PLANAS, “Prevaricación de abogados y procuradores”, ob.cit., pág. 39. Este autor entiende -haciendo referencia al art. 360 del ACP- que el sujeto activo de este tipo penal debe ser “un licenciado en Derecho que se halle colegiado, aun cuando no lo esté en el colegio del lugar donde comete el delito”.

sentido de los conceptos de abogado y procurador de estos delitos¹³.

Junto a la colegiación, consideramos que existen límites materiales de la condición de profesional. Así, en primer lugar, estas conductas deben realizarse en el ejercicio de sus funciones profesionales¹⁴. Respecto a este segundo requisito podemos observar cómo las conductas del abogado o procurador, licenciado en Derecho y colegiado, que por ejemplo revele un secreto sumarial sin desarrollar funciones profesionales, quedará excluido de la conducta recogida en el art. 466.1 CP.

En segundo lugar, será necesario exigir en los sujetos activos de estas conductas -como requisito material- que el abogado o procurador mantenga o haya mantenido una relación cliente-profesional real y vigente en el momento de los hechos. Porque, como señala GARCÍA ARÁN, la relación clientelar, “parece claro que debe tener un principio y un final, antes y

¹³ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de Abogado y Procurador”*, ob.cit., págs. 118 y 119.

¹⁴ Vid. art. 436 LOPJ, que reza así: *“Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”* y, art. 438.1 LOPJ, que dispone: *“Corresponde exclusivamente a los Procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la Ley autorice otra cosa”*.

después de los cuales no existe la posibilidad de delinquir”. No obstante, como la misma autora indica, dichos momentos no siempre resultarán fáciles de establecer¹⁵. Este elemento adquiere enorme relevancia para la interpretación de cada uno de los tipos penales a los que dedicamos los próximos apartados, especialmente por lo que se refiere a la conducta recogida en el apartado primero del art. 467 CP: “la defensa, el asesoramiento y la representación de intereses contrapuestos”.

Para finalizar, la definitiva acotación de los sujetos de las acciones de deslealtad profesional: abogado y procurador (hasta aquí reseñada), no es suficiente para determinar qué concretas conductas de deslealtad profesional son punibles. De hecho, resulta necesario realizar una última restricción, que viene impuesta por las especiales características que posee el bien jurídico que hemos considerado protegido en estos delitos, de forma mediata: el *correcto ejercicio de la función jurisdiccional*, y de forma inmediata: el *correcto desarrollo del proceso*.

Por consiguiente, será necesario, para considerar al abogado o procurador como sujetos activos de estas conductas

¹⁵ GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código de 1995”, ob.cit., pág. 297.

desleales, que la relación profesional¹⁶ se dé en el marco de un proceso judicial, donde ambos hayan aceptado actuar como tales. En relación al abogado, será necesario que haya asumido la defensa de una persona en relación con un asunto jurídico concreto. Respecto al procurador, se considera que acepta desde que se persona en el proceso o realiza algún acto procesal como representante de la parte.

Ello supondrá que aquellos profesionales, aun colegiados y en el ejercicio de sus funciones profesionales, que no intervengan en una causa judicial¹⁷, quedarán excluidos de la tipificación de estas conductas desleales, aunque ello no impide

¹⁶ De DIEGO DÍEZ (Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 13) señala que, el desconocimiento de la relación cliente-profesional puede dar lugar a un error de tipo -si bien infrecuente-, lo que excluiría el dolo y la responsabilidad criminal (STS 10 de marzo de 1992); en su caso, si el error fuese vencible, subsistiría el tipo imprudente. Ahora bien, debe señalarse que en la Promulgación del Código Penal de 1995 los tipos imprudentes se encuentran expresamente recogidos en el Código y por lo que a nosotros nos afecta, únicamente el tipo del art. 467.2 CP recoge dicha modalidad.

¹⁷ MAGALDI PATERNOSTRO (“*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 119) señala, por ejemplo, “los supuestos de asesorías legales en el ámbito mercantil o laboral que constituyen actuaciones jurídicas de transacción extrajudicial, negociación y redacción de documentos jurídicos, así como de consejo legal, y que son propias de la función estatutaria del Abogado”. En el caso del delito de doble defensa o el denominado conflicto de intereses, GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 544) entiende que junto a los supuestos de la doble defensa o representación también se castigará el simple asesoramiento o la representación. Punto sobre el que volveremos en páginas posteriores, aunque ya podemos

que tengan que asumir posibles responsabilidades civiles o disciplinarias a las que hacíamos referencia en el apartado anterior.

Por último, cabe plantearse el supuesto de la autotutela. De una parte, PÉREZ CEPEDA señala que, de acuerdo a la exigencia del tipo de esa relación entre el profesional y el cliente, no podrán ser sujetos activos de los delitos del art. 467 CP “el Abogado que se defienda en un proceso a sí mismo, ni el Procurador que se represente”¹⁸. En cambio, GARCÍAS PLANAS considera, en relación al art. 361 del ACP -que recogía la figura de la denominada “*doble defensa o traición a la parte*”, en la actualidad en el art. 467.1 CP- que el abogado que se autodefende sí puede cometer este delito, cuando en el mismo asunto se defiende a sí mismo y acepta, además, “la defensa de otra persona con intereses contradictorios”¹⁹. Sin embargo, dicho autor señala que, en relación a la figura que recoge el *perjuicio al cliente y la revelación de sus secretos* -art. 360 del ACP- el abogado defensor

adelantar que no compartimos esta última opinión.

¹⁸ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 101.

¹⁹ GARCÍAS PLANAS, “Prevaricación de abogados y procuradores”, ob.cit., pág. 49.

de sí mismo no podrá ser sujeto activo de este delito²⁰. Por nuestra parte entendemos que, en principio, el que se “autolesiona” sus derechos procesales -derechos públicos fundamentales-, pero con ello obstaculiza o interfiere en el carácter debido del proceso, afecta al bien jurídico aquí protegido, por lo que podrá ser sujeto activo del tipo de deslealtad profesional. De otra parte, posiblemente no pueda mantenerse lo mismo en relación al autoperjuicio de las pretensiones materiales alegadas en el proceso (art. 467.2 CP).

En conclusión, el concepto de sujeto activo en estos delitos, no sólo vendrá delimitado por los requisitos de colegiación y ejercicio de funciones profesionales, sino que será preciso además, y sobre todo, que el profesional ocupe en relación al proceso una posición apta o suficiente para la afectación de su desarrollo. Si éste no puede verse afectado, los sujetos que las realicen no serán considerados, a efectos penales, abogado ni procurador, no obstante lo sean en su marco estatutario y social²¹.

²⁰ GARCÍAS PLANAS, “Prevaricación de abogados y procuradores”, ob.cit., pág. 40.

²¹ Como bien señala MAGALDI PATERNOSTRO (“La prevaricación de abogado y procurador”, ob.cit., pág. 119), “el Derecho penal es autónomo en la elaboración de sus conceptos normativos y no se halla vinculado al sentir estatutario o social de los mismos”.

2. Supuestos especiales.

A pesar de lo expuesto hasta el momento, nos encontramos frente a la necesidad de analizar algunos casos especiales.

2.1. El Abogado del Estado.

Al respecto es importante señalar que excepcionalmente, y según lo establecido en el art. 447.1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se exigirá la colegiación a los letrados del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales en sus funciones de representación y defensa del Estado y demás Entes públicos. Esta excepción legal podría hacer pensar que tales individuos quedarían fuera del ámbito de los sujetos activos de estos delitos por faltar el requisito de la colegiación. Sin embargo, coincidimos con la doctrina²² que ha considerado que en tales supuestos, pese a no estar colegiados deben considerarse también como abogados, y en consecuencia podrán ser sujetos activos de los delitos de deslealtad profesional. Y ello

²² Vid. GARCÍAS PLANAS, *“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 40; ABELLANET GUILLOT, *“La prevaricación de abogado (...)”*, ob.cit., pág. 192.

porque, el Abogado del Estado, como representante y defensor de los intereses del Estado en los procesos civiles, administrativos, laborales y penales, puede, en su posición, afectar al bien jurídico aquí protegido, esto es, con su actuación desleal puede lesionar el debido desarrollo del proceso²³.

Ahora bien, los Abogados del Estado son funcionarios públicos, y por consiguiente, como señala SERRANO-PIEDECASAS, existe la posibilidad de que, entre el art. 465.1 referente a la *destrucción, inutilización u ocultación de documentos de los que haya recibido traslado en calidad de abogado* y el art. 413 del CP (Capítulo IV, Título XIX “*Delitos contra la Administración Pública*”) que recoge la *infidelidad en la custodia de documentos por autoridad o funcionario público*, se dé un concurso de delitos²⁴. Asimismo, en esta última norma se amplía la conducta típica, al

²³ Vid. en relación a los Abogados del Estado: la Ley 30/1984, de 2 de agosto sobre Medidas para la reforma de la Función Pública, que creó el Cuerpo Superior de Letrados del Estado; los Reales Decretos 849/1985 y 850/1985, de 5 de junio que reorganizan los servicios jurídicos del Estado, que dependen desde entonces de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (Ministerio de Justicia); la Ley 23/1988, de 28 de julio, que en su disposición adicional 9ª restituye la denominación tradicional de Abogados del Estado; y, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre que regula la asistencia jurídica del Estado e Instituciones Públicas, a través de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

²⁴ SERRANO-PIEDECASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 416. En el mismo sentido, POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 196.

aludir, también, a la sustracción de documentos, exigiéndose expresamente que se realice la acción “a sabiendas”, es decir, de forma dolosa²⁵.

De otra parte, BENÍTEZ ORTÚZAR entiende que en estos supuestos se producirá un concurso de leyes, que se resolverá mediante el criterio de la alternatividad del art. 8.4 CP, por lo que resultará aplicable el tipo del art. 413 CP, al ser el precepto penal más grave. Y ello porque, si el Abogado del Estado destruye, inutiliza u oculta documentos o actuaciones que ha recibido en traslado en calidad de abogado de la Administración en un proceso concreto, si bien de una parte, el art. 465.1 CP es ley especial respecto al art. 413 CP, de acuerdo al bien jurídico protegido. Esto es, para el primero, el *correcto desarrollo del proceso*, como bien jurídico inmediato, y de forma mediata, el *correcto funcionamiento de la función jurisdiccional*, frente el *correcto funcionamiento de la Administración Pública* del art. 413 CP. De otra parte, el art. 413 CP puede considerarse también ley especial, frente el art. 465 CP, respecto al sujeto activo, al reunir el autor

²⁵ Vid. art. 413 CP que reza así: “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”.

la cualidad de funcionario público. Ante ello, este autor considera que ni el art. 465.1 CP, ni el art. 413 CP recogen suficientemente la totalidad del desvalor, por lo que le parece más adecuado acudir al criterio de la alternatividad²⁶.

En cambio, a diferencia de estas posiciones doctrinales, entendemos que en estos supuestos no se da ni un concurso de delitos, ni el del apartado cuarto del art. 8 CP, sino que se producirá un concurso de leyes que se resolverá mediante el criterio de especialidad del art. 8.1 CP, por lo que resultará aplicable el tipo del art. 465.1 CP. Y ello porque, el bien jurídico protegido en el art. 413 CP es la función pública afectada por quien la desempeña y lo que recoge el art. 465.1 CP son las funciones del abogado en relación al proceso debido. En este sentido, el art. 465.1 no protege un bien jurídico distinto del art. 413. El Abogado del Estado cuando interviene en un proceso representando al Estado, desempeña una función pública, no por su pertenencia a un cuerpo de funcionarios, sino en el mismo sentido en que también son públicas las funciones de los abogados en general en relación al proceso. Por tanto, el art. 465.1 recoge suficientemente el desvalor de las infidelidades

²⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 149.

documentales en relación al proceso, cometidas por el Abogado del Estado.

Algo similar ocurre con la violación de secretos. La tipificación de esta conducta, como sucedía con la infidelidad en la custodia de documentos, también la encontramos recogida en el Capítulo IV, Título XIX, “*Delitos contra la Administración Pública*”, en el art. 417 -violación de secretos por funcionario público-, pero a diferencia del supuesto anterior, el art. 466 CP recoge, en su apartado primero la revelación de secretos por abogado y, en su apartado segundo la revelación de secretos por funcionarios de la Administración de Justicia. Así las cosas y, en primer lugar, debemos señalar que el Abogado del Estado que intervenga representando a la Administración en una concreta instrucción sumarial, en la que existen actuaciones procesales especialmente declaradas secretas por la autoridad judicial, si revela dichas actuaciones, no podrá ser considerado como sujeto activo del tipo del art. 466.2 CP²⁷, porque el Abogado del Estado no interviene en el proceso como funcionario de la Administración de Justicia, requisito exigido por este precepto²⁸.

²⁷ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 190.

²⁸ Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 99.

No obstante, y en segundo lugar, responderá, al ejercer profesionalmente como abogado en ese caso concreto, por el delito del apartado primero del art. 466 CP y, además, en principio, también, será responsable del tipo de violación de secretos del art. 417 CP por ser un funcionario público.

Frente esta situación, parte de la doctrina propone entender que entre ambas normas se produce un concurso ideal de delitos, puesto que el Abogado del Estado, de una parte, está violando “el deber de sigilo genérico que le exige el Código Penal a todos los funcionarios públicos respecto a los hechos de que tenga noticia en el desempeño de su función” y de otra parte, violará, también, “el deber de sigilo profesional respecto a determinadas actuaciones judiciales específicamente declaradas secretas por la autoridad judicial” en las que su intervención profesional ha sido en calidad de abogado. Asimismo, se entiende que el Abogado del Estado, en el procedimiento concreto, es el defensor técnico del Estado, “sin que esté al servicio de la Administración de Justicia”²⁹.

²⁹ Vid. en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 190.

Ahora bien, como sucedía con la infidelidad en la custodia de documentos, entendemos que entre el art. 466.1 CP, que recoge la *revelación de las actuaciones procesales declaradas secretas* por parte del abogado, incluyendo el del Estado y el art. 417 CP, que recoge la *revelación de secretos por funcionario público*, de los que tiene conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deben ser divulgados³⁰, existirá un concurso de normas que deberá resolverse aplicando el criterio de especialidad del art. 8.1 CP³¹.

Por lo que se refiere al delito de *doble defensa* o al *perjuicio de los intereses de la parte*, del art. 467 CP, entendemos que de la redacción del precepto se desprende que en su apartado primero se ha de tomar la defensa de alguna persona, y sin el consentimiento de ésta, asumir la defensa de la parte contraria. De acuerdo con ello, no existe inconveniente en que el Abogado

³⁰ Vid. art. 417.1 CP que reza así: “La autoridad o funcionario público que revele secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años”.

³¹ Vid. en el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 99.

del Estado, que representa a la personalidad jurídica de éste, realice los comportamientos descritos en dicho precepto.

En resumen, el Abogado del Estado en relación al proceso ocupa la misma posición que los abogados comunes, aunque actúe como representante de la Administración.

2.2. El intruso.

En relación a la figura del intrusismo debemos hacer una serie de matizaciones. Respecto al anterior Código Penal la doctrina había afirmado que en las conductas de “prevaricación” de abogado y procurador -arts. 360 y 361 ACP- realizadas por sujetos que no gozaban del requisito de la colegiación, no podían responder por la comisión de estos delitos. Estos sujetos sólo podían ser responsables de la falta de intrusismo del art. 572 ACP. Ello era así en base al tenor literal de dicho precepto que establecía que: *“Será castigado con la multa de 10.000 a 100.000 pesetas el titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito”*.

Tras la promulgación del Código Penal de 1995 tal precepto ha desaparecido en el ámbito de las faltas y únicamente se

recoge como delito en el art. 403 CP³². Éste no hace referencia a la falta de inscripción en el respectivo Colegio profesional, limitándose a exigir la falta del correspondiente título académico u oficial. De ello se desprende, como señala QUINTERO OLIVARES, que la esencia ilícita del intrusismo se encuentra “en la invasión del ámbito competencial” por aquellas personas que no tengan unos conocimientos específicos, establecidos por el sistema jurídico y técnico. Por consiguiente, quienes no posean esa condición “carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajo”. Así, y de acuerdo con ello, con el nuevo Código Penal se ha producido una importante modificación: se ha retirado la tutela penal a aquello que reducía su valor “a intereses estrictamente corporativos o colegiales, los cuales, siendo sin duda respetables, se alejan de los fundamentos de una intervención criminalizadora”³³.

³² Vid. art. 403 CP que reza así: *“El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.*

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.

³³ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1764.

La redacción del nuevo Código Penal puede suponer una laguna de punibilidad para estos supuestos. Proponer la misma solución que había planteado la doctrina respecto al anterior Código Penal, supondría una vulneración del principio de tipicidad y legalidad penal, puesto que la exigencia de colegiación, como hemos visto, ha desaparecido en la nueva redacción del delito de intrusismo. Asimismo, con el nuevo Código Penal se pretende que la falta del requisito de la colegiación sea abordada por los intereses corporativos de los Colegios Profesionales³⁴. De esta manera, encontramos cómo el EGA (RD 658/2001) en su art. 4. 1 k)³⁵ y el EGPT (RD 2046/1982)³⁶ en su art. 39, recogen como función de sus colegios el adoptar las medidas conducentes a evitar y perseguir el intrusismo profesional.

De todo ello se desprende, que el requisito de la colegiación -de abogado y procurador- resulta, en principio,

³⁴ Así, SERRANO TÁRRAGA (El delito de intrusismo profesional, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 37) para resolver esta laguna de punibilidad, señala que los supuestos que con anterioridad eran constitutivos de falta de intrusismo pasarán a constituir una infracción administrativa.

³⁵ Vid. también, arts. 84 h) y 87.1 a) del EGA (RD 658/2001), que se refieren, respectivamente, a su calificación como infracción muy grave y a la sanción de suspensión del ejercicio de la abogacía por un periodo de tiempo.

³⁶ Vid. también, art. 82 k) del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

esencial para poder ejercer sus funciones en el ámbito procesal - previstas en sus Estatutos profesionales y en la LOPJ-. Por consiguiente, en el supuesto que abogado o procurador no estén incorporados a sus respectivos colegios, no podrán ejercer dichas funciones.

Ahora bien, queda por dilucidar qué sucede cuando un Titulado no colegiado interviene en un proceso -posibilidad nada remota, ya que no es necesario acreditar la colegiación- como abogado o procurador -sin serlo, porque no está colegiado- y, por ejemplo, destruye, inutiliza u oculta documentos -art. 465 CP-, o revela actuaciones procesales declaradas secretas -art. 466 CP-. En principio, tras la reforma del Código Penal la respuesta a dicha actuación no puede reconducirse a la figura del intrusismo³⁷, al haberse descriminalizado la falta de colegiación que existía en el ACP. Es más, incluso aunque subsistiera la falta de intrusismo, con ella se afectaba a un bien jurídico distinto y no captaba el desvalor del comportamiento que tratamos aquí.

³⁷ Aunque algún autor así lo hace, Vid. en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 216.

En efecto, quien interviene en el proceso como abogado aunque le falte la colegiatura, se encuentra en la misma posición respecto del bien jurídico que aquél que cumple con dicho requisito y, por tanto, posee la misma capacidad para afectarlo, lo que aconseja una mayor consideración de su incardinación penal.

Una primera posibilidad consistiría en tratarlo, a estos efectos, como “particular” y sancionar su comportamiento a través de los números destinados a tales sujetos: art. 465.2 para la infidelidad documental y art. 466.3 para la violación de secretos. Con ello, el no colegiado seguiría siendo impune en relación a los comportamientos perjudiciales para el cliente que se sancionan en el art. 467 porque no contiene referencia alguna a los particulares como posibles sujetos activos de este delito.

Sin embargo, una correcta consideración del sentido de estos delitos y, sobre todo, de las consideraciones que se han venido formulando hasta aquí sobre la especial posición de los sujetos en relación al proceso, exige explorar más profundamente las posibilidades de incriminar al no colegiado a través de los preceptos aplicables al “abogado”.

Al respecto debe observarse que mientras el art. 465.1 utiliza la expresión “*interviniendo ... como abogado*”, los arts. 466 y 467 se refieren, directamente, al “*abogado*”. En principio, esta diferencia no debería resultar insalvable para mantener una interpretación unitaria de los tres preceptos a los efectos que aquí interesa, puesto que, en definitiva, se encuentran unidos por el denominador común de las funciones desempeñadas por estos profesionales en el proceso.

En nuestra opinión, la referencia del art. 465.1 a la intervención “*como abogado*” no puede pasarse por alto, ni tampoco la necesidad de que abuse de su función. De entrada, la referencia a la intervención en calidad de abogado pone el acento en la actuación antes que en la condición personal y lo mismo ocurre con la referencia al abuso de la función. En relación a este último requisito, puede decirse que para poder abusar de una función debe estarse en posesión o ejercicio de la misma, lo que resulta indudablemente cierto; pero a continuación se abren dos posibilidades: a) para abusar de una función se debe estar en el desempeño de la misma o, b) para abusar de una función no sólo se debe estar desempeñándola, sino además, desempeñándola con la presencia de todos los requisitos administrativos habilitantes. De acogerse la segunda posibilidad, -de carácter

formal- habría que concluir que no pueden abusar de una función quienes la están desempeñando sin cumplir con todos los requisitos habilitantes para ello, situación que recuerda a la clásica figura del “funcionario de hecho” respecto de la que se ha admitido su posible inclusión en el concepto de funcionario en algunos casos³⁸. Pues bien, si en un concepto mucho más formalizado como es el de funcionario, se ha admitido la inclusión de quienes habiendo sido nombrados presentan algún vicio de legitimidad, entendemos que no deberían existir especiales problemas en admitirlo en relación a quien interviene como abogado o procurador cuando le falta un requisito tan accesorio en relación a los intereses que aquí se protegen, como es la colegiación.

Todo ello apunta a la colocación en primer plano de las funciones desempeñadas, que se sitúan por delante de los requisitos administrativos vinculados al desempeño de las mismas. El no colegiado que consigue intervenir en un proceso como abogado (en realidad, “como si fuera abogado”) y que recibe documentos en traslado por su condición, desempeña funciones de abogado aunque no se encuentre habilitado para ello, desde el

³⁸ Vid. entre otros, DEL TORO MARZAL, A., Comentarios al Código Penal, AA.VV., Tomo II, Barcelona, 1976, págs. 738 y 739.

punto de vista de la colegiación. Esta interpretación resulta más coherente que considerarlo “particular” y reconducirlo al art. 465.2, puesto que, como veremos en su momento, allí no se exige el requisito de haber recibido los documentos en traslado, que, obviamente, sólo puede predicarse de quien actúa como abogado. Por otra parte, reconducir estos supuestos a los preceptos destinados al particular supone la aplicación de una pena inferior cuando en realidad el autor, no sólo ha afectado al mismo bien jurídico que puede resultar lesionado por los abogados en sentido estricto, sino que además, lo ha hecho desde una posición irregular que infringe otras normas.

La conclusión nos parece especialmente clara en el caso de los licenciados no colegiados puesto que, en definitiva, la colegiatura no es más que un requisito vinculado a una institución corporativa, cuya infracción no puede constituirse en el núcleo de una calificación penal destinada a sancionar el incumplimiento de funciones de carácter público. Requisito corporativo que ni siquiera es comprobado por la Administración de Justicia cuando el profesional pretende intervenir en un proceso. Pero incluso podría extenderse a sujetos no licenciados que fraudulentamente ejercieran las funciones de abogado y en calidad de tal recibieran documentos en traslado. Si esta

situación se produce, el sujeto activo se coloca en una especial posición respecto de los documentos que incluso puede fundamentar la comisión por omisión³⁹, y todo ello no puede desvirtuarse por una interpretación formal del concepto de abogado que la haga depender exclusivamente de sus requisitos administrativos.

Si se admite lo anterior, resta considerar si este planteamiento puede extenderse a los arts. 466 y 467 en los que ya no se utiliza la expresión “como abogado”. En nuestra opinión, si para el art. 465.1 lo decisivo es el desempeño de las funciones (aunque se carezca de título para ello), debe serlo también para los otros preceptos incluidos en este Capítulo. El hecho de que la expresión “como abogado” del primero de ellos acoja mejor esta idea no impide interpretar en el mismo sentido los restantes. En suma, el intruso que consigue desempeñar funciones para las que no posee habilitación, genera expectativas de cumplimiento de deberes derivados de esas mismas funciones y no sancionarle por su defraudación supondría un cuestionable privilegio respecto del que, desempeñando las mismas funciones, lo hace con plena habilitación administrativa para ello.

³⁹ Vid. Segunda parte. Capítulo segundo, *infra* 2.2 c).

2.3. El graduado social.

En otro orden de consideraciones, especial mención merece el graduado social o técnico en relaciones laborales. Estos profesionales también realizan funciones de asesoramiento técnico de las partes y representación en el ámbito de la jurisdicción laboral. Así, el art. 18.1 de la Ley de Procedimiento Laboral posibilita a las partes, en lugar de comparecer por sí mismas, que puedan conferir su representación a un procurador, graduado social colegiado o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y, por supuesto, también, conforme al art. 18.2 LPL a un abogado⁴⁰. Asimismo, como dispone expresamente el art. 440.3 LOPJ, el graduado social colegiado podrá ostentar la representación en los procedimientos laborales y de Seguridad Social. Por consiguiente, las funciones de representación recaen en las figuras del

⁴⁰ Vid. También, arts. 19 a 22 LPL.

procurador y del graduado social, y la asistencia recaerá en la figura del abogado.

A pesar de ostentar esta función de representación, y aunque no pueden ejercitar las competencias propias de la abogacía, resulta inexplicable su exclusión de los tipos de deslealtad profesional⁴¹. De esta manera, DE DIEGO DÍEZ, estima que el graduado social se encuentra, entonces, en una privilegiada situación de impunidad⁴², al no poder ser considerados estrictamente como abogado o procurador, de acuerdo a los principios de legalidad y tipicidad penal.

Así, si el graduado social o técnico en relaciones laborales, actuando como representante en un procedimiento laboral, recibe traslado de documentos o actuaciones procesales y con abuso de su función los destruye, inutiliza u oculta, no podremos subsumir dicha conducta en el apartado primero del art. 465 CP, sino que tendremos que entender que su acción se incluirá en su

⁴¹ Así, GARCÍAS PLANAS (*“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 39) considera que, los graduados sociales, aunque realizan funciones de representación en el ámbito de la jurisdicción laboral, quedan “fuera” de la posible comisión de estos delitos. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 98.

⁴² DE DIEGO DÍEZ, *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 13.

apartado segundo. Es decir, pese a su consideración como profesional del Derecho que actúa en su rama social, se le tratará como un particular no cualificado⁴³. En relación a este tema, BENÍTEZ ORTÚZAR entiende que el legislador penal no pretendió excluir del tipo al proceso laboral, ya que si en un mismo proceso laboral una de las representaciones la desempeña un abogado colegiado y la otra un graduado social colegiado y actúan de forma desleal, “no parece lógico que la actuación del primero sea incluida en el tipo del art. 465.1 del Código Penal, mientras el segundo sea considerado como un simple particular del apartado segundo de dicho art. 465”, señalando, además, este autor, que para el caso de presentación de testigos, peritos o intérpretes falsos, sí se prevé esta posibilidad en el art. 461.3 CP⁴⁴.

⁴³ BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 154) de forma acertada, entiende, que ello no le parece acertado “ni en razón a la justicia material del hecho ni político-criminalmente”. Por su parte, MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA (*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*, en Delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, y contra la Constitución, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, págs. 229 y 230) señalan que podemos encontrarnos en una situación en la que “la misma ocultación de un documento en un proceso laboral, efectuada por la representación técnica de una de las partes, sea penada de forma bien distinta, no tanto por la especial cualificación del sujeto que la perpetra, sino por el título exacto de la profesión que desempeña”.

⁴⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 49, 149 y 150. El art. 461.3 CP reza así: “Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su

El hecho de que el tipo del art. 465.1 CP no recoja al graduado social como sujeto activo, creemos que no responde al olvido del legislador, sino, más bien, a que en su momento no se valoró, suficientemente, su función de representación en el proceso laboral. Y ello, porque durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1995, respecto a los sujetos del art. 465 CP, se presentó en el Congreso de los Diputados una enmienda en este sentido. Así, se recogía como sujetos activos, junto al abogado y procurador, al graduado social y al médico forense, con la justificación de que su inclusión respondía a que en estos sujetos, como profesionales en los procesos, también se les podía dar traslado de las actuaciones para la formalización de ciertos recursos⁴⁵. Aunque posteriormente fue retirada⁴⁶.

En similar situación nos encontramos en relación al art. 467 CP, que también deja fuera del ámbito al graduado social o técnico en relaciones laborales, sujeto legitimado para ostentar

función (...)”.

⁴⁵ Vid. Enmienda núm. 1067, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 380.

la representación del trabajador o del empleador ante los Juzgados y Tribunales de lo Social. Ahora bien, a diferencia del supuesto anterior, como el precepto no hace referencia a la posible realización de la conducta descrita por un particular, la actuación desleal que recoge el tipo del art. 467 CP realizada por graduado social resultará atípica, ya que no podemos incluirla en ninguno de los tipos del art. 467 CP, porque supondría utilizar la analogía “*in malam partem*”, ni tampoco, en ningún otro tipo, al no existir ningún delito común de referencia. Por consiguiente, la conducta desleal del graduado social o técnico en relaciones laborales, únicamente resultará relevante desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria, de acuerdo a lo que dispone el Decreto 3549/1977, de 16 de Diciembre, que regula los Colegios Oficiales de los graduados sociales⁴⁷.

Por lo que se refiere a la tercera conducta objeto de este estudio, *la revelación de actuaciones procesales declaradas secretas*

⁴⁶ Vid. Debate en la Comisión de Justicia e Interior, Sesión del día 7 de junio de 1995 (“Diario de Sesiones”, número 516), pág. 1033.

⁴⁷ Vid. en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 49 y ss, y 216; ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., pág. 192; DEL MORAL GARCÍA, CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796; SERRANO-PIEDECASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 421; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 200.

por la autoridad judicial, del art. 466 CP, entendemos que no cabe discutir sobre la posible inclusión, como sujeto activo, del graduado social o técnico en relaciones laborales, al referirse el comportamiento a la fase instructora del Proceso Penal.

De acuerdo con todo lo expuesto -y partiendo de que lo que hace relevante penalmente a estos hechos, es la *lesión de la función de la Administración de Justicia*, la *lesión de la función jurisdiccional*, en concreto, la *lesión del correcto desarrollo del proceso y sus fines-*, quizás, hubiese sido preferible que para la determinación del sujeto activo de las conductas analizadas se hubiese utilizado una fórmula más amplia, distinta a la de “abogado y procurador”, que incluyera a aquellos profesionales que pudieran, no sólo desempeñar la defensa o representar a un sujeto, sino también asesorar técnicamente a la parte en un proceso judicial. Así, considera BENÍTEZ ORTÚZAR que, si el Código Penal hubiese utilizado la fórmula del “*patrocinatore*” del Código Penal italiano -arts. 380 y 381- que incluye no sólo al abogado y al procurador, sino también a aquellos sujetos que pueden representar, defender o asistir a las partes en juicios de conciliación o jurisdicciones militares, como el Abogado del Estado, podría entonces incluirse, sin más dilaciones, “al graduado social y al técnico en relaciones laborales, en aquellos

casos que las leyes les permiten representar a las partes en los procesos laborales y de la Seguridad Social”⁴⁸.

II. DELITOS ESPECIALES PROPIOS O IMPROPIOS.

Uno de los elementos comunes a los delitos de deslealtad profesional que son aquí objeto de estudio es la cualidad profesional de los posibles sujetos activos, lo que nos conduce a configurarlos como delitos especiales. Ahora bien, los tipos descritos en el apartado segundo del art. 465 CP y el apartado tercero del art. 466 CP, recogen, respectivamente, la figura del particular como posible autor, de un lado, de las conductas de “destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones procesales”, y de otro, de la conducta de “revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial”. Ello parece situarnos en el ámbito de los delitos especiales impropios⁴⁹. Aunque de otra opinión es BENÍTEZ

⁴⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 218.

⁴⁹ Vid. en este sentido, por lo que se refiere al art. 465 CP, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y

ORTÚZAR, que interpreta el tipo del art. 466 como delito especial propio y, respecto al art. 465 establece la posibilidad de interpretarlo, de un lado, como delito especial impropio y, de otro, considera que también es posible interpretar que se trata de un delito especial propio⁵⁰.

En relación a las conductas recogidas en los dos apartados del art. 467 CP, por una parte, la *doble defensa o representación* y, por otra, el *perjuicio de los intereses del cliente*, existe unanimidad en la doctrina al considerar que se trata de *delitos especiales propios*. Y ello porque el precepto no recoge la figura del particular como posible autor de dichas conductas, pudiendo únicamente ser sujetos activos quien ostente la condición de abogado o procurador en el desempeño de sus funciones⁵¹. Asimismo, como

procuradores, ob.cit., pág. 100; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español, PE II, ob.cit., pág. 541; SERRANO-PIEDECASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 415; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”. ob.cit., pág. 196. Por lo que se refiere al art. 466 CP, Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 100.

⁵⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 154 y ss., por lo que se refiere al art. 465 y, págs. 188 y ss, en relación al art. 466 CP.

⁵¹ Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 101; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 216; DEL MORAL GARCÍA, CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796; ABELLANET GUILLOT, “*La*

tuvimos ocasión de manifestar⁵², lo inexplicable a efectos de este precepto es el hecho de dejar fuera de su ámbito al graduado social o técnico en relaciones laborales, lo que supone que, si este profesional realiza la conducta desleal recogida en el tipo del art. 467, debemos considerarla atípica. Y ello porque el precepto únicamente hace referencia a los sujetos que reúnan la cualidad de abogado o de procurador. Por consiguiente, la conducta del técnico en relaciones laborales, únicamente resultará relevante desde el punto de vista de la responsabilidad disciplinaria.

Centrándonos pues en los tipos descritos en los arts. 465 y 466, cabe señalar con carácter previo que la doctrina entiende, de una parte, que nos encontramos frente un *delito especial propio* “cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito”, de suerte que faltando aquella, y al no existir un delito común que consista en el mismo hecho pero cometido por un sujeto desprovisto de dicha calidad especial, el

prevaricación de abogado (...)”, ob.cit., págs. 191 y 192; SERRANO-PIEDECASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 419; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 200; DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 12.

⁵² Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* I.2.3

hecho será atípico⁵³. Y de otra parte, habla de *delito especial impropio* cuando existe un tipo, atendiendo a la calidad especial del sujeto, pero, a su vez, éste guarda correspondencia con un delito común. El segundo podrá cometerlo cualquier persona que no tenga las características específicas del sujeto activo del delito especial, asumiendo tales características, únicamente, la función de “atenuar o agravar la pena de su autor”⁵⁴. En este sentido se configura la *revelación de secretos* del art. 466 CP que establece la pena como diferencia, entre los tres supuestos que recoge, en orden a su gravedad. Así, en su apartado segundo recoge el supuesto más grave, previsto para el Juez o miembro del Tribunal, el representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia; en su apartado primero se ocupa del abogado o procurador y, el menos grave, su apartado tercero, contempla aquellos supuestos en que la conducta sea realizada por cualquier otro particular⁵⁵. En cualquier caso, estaremos a la

⁵³ Vid. por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Ed. Cymys, Barcelona, 1974, pág. 31; del mismo, *Manual de Derecho Penal. PG*, ob.cit., págs. 628 y ss.

⁵⁴ Vid. por todos, QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, ob.cit., pág. 31; del mismo, *Manual de Derecho Penal. PG*, ob.cit., pág. 629 y, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 498 y ss.

⁵⁵ Por contra, BENÍTEZ ORTÚZAR (*De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob.cit., pág. 188), entiende que nos

delimitación de los sujetos descritos en cada uno de sus apartados⁵⁶.

Por lo que se refiere al tipo del art. 465 CP, como hemos señalado, BENÍTEZ ORTÚZAR entiende que el delito de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones llevado a cabo por abogado o procurador puede ser interpretado, de un lado, como *delito especial impropio* y, de otro, como *delito especial propio*. Conforme a la primera interpretación posible, su apartado primero, que atiende a la calidad especial del sujeto -abogado o procurador-, constituiría el tipo especial, mientras que su apartado segundo, que atiende al particular, recogería el tipo común. La segunda posibilidad interpretativa, según el autor, consistiría en entenderlo como un *delito especial propio*, ya que únicamente abogado y procurador pueden actuar con abuso de sus funciones en el traslado de documentos o actuaciones procesales, como defensor técnico o representante de la parte en un proceso concreto; y ello porque el sujeto al que

encontramos, en los tres casos, ante un *delito especial propio*, “al exigirse unas cualidades específicas para ser autor del delito, de forma que si no se dan estas cualidades en la persona, no existe un delito común que acoja la conducta realizada”. De otra parte, GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 544) entiende que se trata de un delito de propia mano.

⁵⁶ Vid. Segunda parte. Capítulo tercero, *infra* “La revelación del secreto sumarial”.

se refiere el apartado segundo -el particular-, no puede “recibir actuaciones procesales en calidad de abogado o de procurador actuante en el proceso”, ni tampoco puede “actuar con abuso de una función que no desempeña”⁵⁷. El citado autor se decanta por el *delito especial propio*, al estimar que intentar incluir en el apartado segundo del art. 465 CP “conductas que no se describen expresamente en el mismo supone -como mal menor- el uso de la interpretación analógica *in malam partem*”⁵⁸. De acuerdo con ello, y en coherencia con los arts. 413 y 416 CP, considera que en el apartado primero del art. 465 CP nos encontramos frente un *delito especial propio* que únicamente podrán realizarlo el abogado o el procurador, con abuso de sus funciones, en el proceso en el que estén actuando como tales, en tanto que el apartado segundo “se refiere exclusivamente a los documentos o actuaciones procesales documentadas que reciba directamente el particular en aquellos procesos judiciales en los que no es exigible abogado ni procurador”⁵⁹.

⁵⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 154.

⁵⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 155.

⁵⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 156.

No obstante, si bien es cierto -como señala BENÍTEZ ORTÚZAR- que únicamente abogado y procurador pueden realizar la conducta descrita en el tipo con “abuso de la función” y pueden recibir en traslado los documentos o actuaciones procesales, no por ello debe calificarse el tipo como *delito especial propio*, por la sencilla razón de que, si la conducta se realiza por un particular, el hecho no será atípico. Será punible por el art. 465.2, aunque el particular no los haya recibido “en traslado” ni abuse de su función, precisamente porque es “particular”. Es decir, la recepción en traslado y el abuso de la función forma parte de la delimitación del sujeto activo (cualificado) y su posición, que, de no concurrir, determinan la aplicación del tipo correspondiente al particular.

Así, BENÍTEZ ORTÚZAR interpreta el tipo contenido en el art. 465 CP tomando en consideración la tipificación de la conducta de destrucción, inutilización u ocultación de documentos por autoridad o funcionario público, cuya custodia le está encomendada por razón de su cargo, que realiza el art. 413 CP -“*Delitos contra la Administración Pública*”-. Éste no hace expresa referencia al particular como sujeto activo del comportamiento típico, por lo que su aplicación quedará en principio vedada para aquéllos que no ostenten la cualidad de

“autoridad o funcionario público⁶⁰ *-delito especial propio-*; no obstante, el autor remite, para calificar la conducta de estos sujetos, a la cláusula de extensión de la responsabilidad recogida en el art. 416 CP⁶¹. Entendemos que, por la descripción de la conducta típica, el paralelismo con el art. 413 CP se hace inevitable, pero la laguna legal de incriminación de esta modalidad delictiva nos conduce a tomar en consideración otra modalidad de infidelidad, la del art. 414 CP, y en concreto su apartado segundo, que ha contemplado específicamente la figura del particular⁶². La incorporación de la responsabilidad del particular en el art. 414.2 CP “integra una de las novedades más sobresalientes de este Capítulo”, pero debería de haberse llevado hasta las últimas consecuencias.

⁶⁰ Vid. MORALES PRATS, F. y RODRÍQUEZ PUERTA, M^a J., “Arts. 413 a 418 CP”, en Comentarios al Nuevo Código Penal, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1811.

⁶¹ El art. 416 CP reza así : “*Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos*”. Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 156, en concreto, nota 35.

⁶² El art. 414 CP reza así: “*1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión (...). 2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena (...)*”.

De acuerdo con ello, hubiera sido preferible tipificar el comportamiento del particular de forma individualizada en cada delito (por lo que se refiere a los “*Delitos contra la Administración Pública*”), para así evitar graves contradicciones como, por ejemplo, el considerar punibles las conductas que recoge el apartado segundo del art. 414 CP y “no aquellas otras más graves en las que el particular persigue destruir o inutilizar el propio documento”. Y ello porque se puede atentar contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia -por lo que al tema en estudio interesa- no sólo desde dentro, sino también desde fuera de ella⁶³.

De esta manera, el legislador sí que ha previsto la cláusula del particular por lo que se refiere a los “*Delitos contra la Administración de Justicia*”, en concreto en el delito de “*destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones*”, que, de no existir, obligaría a estimar atípicos los comportamientos realizados por esta clase de sujetos. Con ello, se salvan las incoherencias que genera su no inclusión, como hemos visto, en los “*Delitos contra la Administración Pública*”. Pero

⁶³ Vid. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ComNCP, ob.cit., págs. 1817 y 1818.

la aproximación a estos delitos únicamente nos permite justificar la inclusión del particular, como posible autor, en la redacción del art. 465 CP, en la medida en que, con su conducta, puede lesionar el correcto desarrollo del proceso y sus fines. Sin embargo, es preciso dotar de un contenido específico a este segundo apartado del tipo, pues resulta claro que el particular no podrá realizar el comportamiento ni con “abuso de la función”, ni sobre documentos que haya recibido en traslado.

Para ello, hemos de partir de la idea de que, como se desprende del apartado primero del art. 465 CP, abogado y procurador tienen un deber de celosa custodia y devolución de los documentos que reciben en traslado con ocasión de un proceso concreto, y con su actuación infringen dicha obligación. Lesionan así la relación de lealtad respecto de la Administración de Justicia, que ha depositado una confianza en esos profesionales colaboradores en el ejercicio de la función jurisdiccional, y también afectan con su actuación el *correcto desarrollo del proceso*, esto es, el desenvolvimiento objetivo del procedimiento: su marcha, y resolución. De la misma manera, con la actuación del particular también puede lesionarse el *correcto desarrollo del proceso y sus fines*, pero como señala QUINTERO OLIVARES, si el recibir los documentos o actuaciones procesales “en traslado”, es un “presupuesto de la acción típica”, no parece verosímil que un

particular pueda recibirlos y, por tanto, cumplir tal presupuesto⁶⁴.

Para solucionar el problema de la configuración típica del apartado segundo del art. 465 CP, y solventar, no sólo el problema del traslado procesal, sino también el requisito del “abuso de la función”, entendemos, acogiendo el planteamiento de GARCÍA ARÁN que, “cuando el art. 465.2 se refiere a la realización por particular de los “hechos” del número anterior, pretende abarcar como hechos, sólo los comportamientos de destrucción, inutilización u ocultación, pero no los elementos normativos que sólo pueden concurrir en abogados o procuradores”⁶⁵. En tal caso, habría que preguntarse a qué tipo de sujetos se refiere el precepto cuando habla de *particulares* y qué tipo de *documentos o actuaciones* puede destruir, inutilizar u ocultar⁶⁶.

En conclusión, los hechos estrictamente descritos para los profesionales y los particulares son los mismos, aunque en los

⁶⁴ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986.

⁶⁵ GARCÍA ARÁN, “*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 293.

⁶⁶ Vid. Segunda parte. Capítulo segundo, *infra* III.

primeros debe concurrir la recepción en traslado y el abuso de la función. Es decir, nos encontramos frente un *delito especial impropio*.

CAPÍTULO SEGUNDO: LAS INFIDELIDADES DOCUMENTALES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Nos encontramos frente una figura de nueva creación cuya única respuesta, antes de la promulgación del Código Penal de 1995, provenía del ámbito disciplinario regulador de la profesión de abogado y procurador¹, así como de las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Enjuiciamiento Civil, que establecían los deberes y sanciones correspondientes a abogados y procuradores en relación a los documentos o actuaciones². Ahora bien, la conducta descrita en este tipo penal guarda cierto paralelismo o se corresponde con la conducta recogida como delito contra la Administración Pública -Título XIX- , de “*infidelidad en la custodia de documentos*” del art. 413 CP -Capítulo IV-³, que ya se recogía en el ACP -art. 364-. Con relación a este

¹ Vid. arts. 80 y ss EGA (RD 658/2001), y 61 y ss EGPT (RD 2046/1982). Vid. también, arts. 60 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

² Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986. Asimismo, Vid. arts. 442 LOPJ y 258 LECrim.

³ El art. 413 CP dispone: “*La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años*”. BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la

último, el Código incluía, en el último inciso del art. 366, como posibles sujetos activos de este delito a los particulares encargados accidentalmente de la custodia de documentos por comisión del Gobierno o de otros funcionarios públicos. Esta cláusula extensiva permitió incriminar situaciones protagonizadas por abogado y procurador, por ostentar competencias, “por razón de oficio, para diligenciar o ser detentadores de documentos”⁴. En este sentido se pronunció la jurisprudencia; así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1961 se condenó a un abogado por el delito de infidelidad documental. Y, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1958 hacía referencia a un procurador como sujeto activo de este mismo delito⁵. Más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1996 condena -por unos hechos producidos en 1987- a un abogado por el delito de infidelidad en la custodia de documentos de los arts. 364.2 y 366 párrafo segundo del ACP⁶.

justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 146) entiende que el art. 465 CP, en cierto modo, viene a completar el art. 413 CP.

⁴ Vid. ROLDÁN BARBERO, H., “Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos”, en *La Ley*, 1994-4, pág. 1058; BONÉ PINA, J.F., “La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales”, en *AP*, 1996, pág. 141.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Vid. STS 30 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2007). Asimismo, en el mismo sentido, la STS 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43) señala que,

En el tipo del art. 413 CP se recogen las actuaciones infieles, en la custodia de los documentos procesales, realizadas por funcionario público o autoridad -art. 24 CP-. Por ello, al extender, con el actual art. 465 CP, la responsabilidad a abogado y procurador, quienes, en función de su profesión, reciben los documentos o actuaciones, se ha llegado a considerar las infracciones de abogado o procurador como “infracciones cuasi-funcionariales”⁷. Asimismo, la doctrina partiendo de dicha “corresponsabilidad” ha denominado a estas actuaciones, “actuaciones de infidelidad en la custodia de documentos por abogado o procurador”⁸ y, directamente, se ha denominado a este

aunque el tipo del art. 465.1 aparece por primera vez en el Código Penal de 1995, bajo la antigua legalidad, a pesar de que la infidelidad en la custodia de documentos era un delito especial referido a los funcionarios públicos, el art. 366, párrafo segundo, del Código Penal derogado, “*extendía en determinados supuestos a los particulares - entre los cuales se encontraban naturalmente los procuradores - las penas que en dicho artículo y en los anteriores se establecían para los funcionarios infieles*”. De otra parte, la STS 29 de junio de 2001, que enjuicia unos hechos realizados con anterioridad al NCP, absuelve a un abogado que hace caso omiso al requerimiento de devolución de un expediente; pues, al ser reintegrado con posterioridad -en concreto, cuando se habían incoado las diligencias previas-, el Ministerio Fiscal entiende que no se ha producido perjuicio ni para terceros, ni para la causa pública.

⁷ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4352; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 134.

⁸ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 146. Por su parte, GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 540) señala que el precepto -art. 465 CP- “responde a un propósito político-criminal semejante al que inspira a los delitos de infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 ss)”. En el mismo sentido, la

tipo “delito de infidelidad en la custodia de documentos”⁹. Incluso, con relación a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, ya calificaban dichas conductas como “conductas de infidelidad al proceso”, partiendo del presupuesto de que abogado y procurador intervienen en el proceso en el que se produce la actuación infiel en la custodia de los documentos o actuaciones que han recibido en función de su profesión¹⁰.

Con la promulgación del Código Penal de 1995, se materializan las propuestas de reforma de los delitos contra la Administración de Justicia, ya que desde el Proyecto de Código Penal de 1980 se incluía dicho tipo penal como una de las conductas obstruccionistas de la justicia. Así, éste recoge la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones cometida por abogado o procurador en su art. 513 - Título XI-. QUINTERO OLIVARES se refiere a él como un tipo penal “nuevo” que integra una “deslealtad con los Tribunales”,

sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43) entiende que la novedad del precepto -art. 465 CP- *“obliga a iniciar una tarea interpretativa para la que, lógicamente, hemos de aprovechar la doctrina elaborada en el pasado en torno al art. 364 del CP derogado”*.

⁹ Vid. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 809.

¹⁰ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., pág. 1188.

destacando, además, que únicamente los documentos o actuaciones que forman parte del procedimiento constituirán su “*ratio legis*”¹¹. En la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 aparece la figura en estudio en el art. 437, en el Capítulo VI -“*De la obstrucción a la Justicia*”-, del Título XVII -“*Delitos contra la Administración de Justicia*”-. Como señalan MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, la finalidad de dicho Capítulo responde al intento de sancionar penalmente aquellas conductas “cuya realización implica un quebranto al normal desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional”, en definitiva, un quebranto al normal desenvolvimiento del proceso¹². La conducta de destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones, viene referida a aquéllos que abogado y procurador han recibido en virtud de su vinculación con un proceso concreto, y ello constituye “el objeto de la acción”¹³.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, “*Los delitos contra la Administración de Justicia*”, ob.cit., pág. 200.

¹² MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1184.

¹³ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1188. Asimismo, art. 444 del Proyecto de Código Penal de 1992 y art. 442 del Proyecto originario del Código Penal de 1994-1995 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, número 77-1, de 26 de septiembre de 1994, pág. 69).

La razón de ser de la incriminación de esta conducta puede fundamentarse en dos razones: por un lado, la posición que ostentan estos profesionales en el proceso y, por otro, el deber de custodia, diligencia y devolución que tienen estos sujetos sobre los documentos o actuaciones que reciben con ocasión de un proceso concreto.

En primer lugar, debe destacarse la relevancia que estos profesionales -abogado y procurador- ostentan en la configuración del proceso, como colaboradores imprescindibles del mismo. En el sistema procesal español, el abogado y el procurador -profesionales diferenciados en sus funciones y cometidos- configuran el órgano encargado del “*ius postulandi*” o la defensa en sentido amplio. El abogado actúa mediante la postulación en un sentido amplio, “*a través de toda clase de alegaciones y peticiones, de palabra y por escrito e intervención en las diligencias de prueba ante los órganos jurisdiccionales y, dentro del orden procesal penal, el que afecte más a los intereses más personales e importantes del justiciable, con la asistencia al detenido y la defensa técnica al imputado*”. Se encuentra situado entre el cliente y el Tribunal, por lo que debe mantener una constante comunicación con ambos en la relación jurídica que comporta un proceso¹⁴. El procurador, por

¹⁴ Vid. STS 30 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2007).

su parte, auxiliar del complejo derecho de postulación, *“presenta un limitado campo en orden a la tramitación, con entrega de escritos en el Juzgado o Tribunal y recepción de copia de resoluciones, que operan como si se hicieran con la parte misma, siendo un elemento transmisor entre la parte material, el Abogado y el órgano jurisdiccional”*. Aparece como representante de la parte, firmando todas las comunicaciones y notificaciones en nombre de su mandante y debe entregar la copia de las resoluciones y los documentos que recibe al abogado que ha elegido el cliente o, en su caso, al defensor de oficio, encargado y responsable de la defensa. En suma, el procurador actúa como mero transmisor entre el órgano jurisdiccional y el abogado defensor¹⁵. Por consiguiente, como señalan MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, la relevante posición de estos profesionales en un proceso judicial lleva a considerarlos como colaboradores en la “función estatal jurisdiccional”, y ello les supone, a su vez, asumir una

¹⁵ Vid. STS 30 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2007). En la misma, se señala que el órgano del derecho de postulación o defensa no es único, sino que *“el Derecho español completa esta ayuda al Abogado, ampliando así la institución de la defensa con la del Procurador, que aparece por ello como un simple enlace entre el Tribunal y el letrado, mero porteador cualificado que firma la entrega de los autos, como si fuera la propia parte representada”*. El procurador ostenta una mera tenencia temporal, que se la entrega el Secretario o sus auxiliares, para que haga entrega al abogado, que en última instancia es el destinatario real. Por ello, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1883 *“estimó incurso en esta responsabilidad de la infidelidad en la custodia de documentos al Abogado que maliciosamente hizo desaparecer unos autos que se le entregaron para evacuar un traslado”*.

serie de derechos y deberes dirigidos al buen fin del proceso. Por lo que, si incumplen sus obligaciones pueden llegar a afectar gravemente el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, y, en definitiva, pueden llegar a lesionar los derechos y garantías que configuran el proceso debido¹⁶.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la conducta recogida en el art. 465 CP y, enlazándolo con lo anterior, el abogado *“es un encargado accidental de la custodia de documentos o papeles por comisión del Secretario, explicitada en la normativa procesal, que no requiere una entrega personal por el funcionario, sino ser destinatario de aquél y comisionado con tal deber de custodia debido a su función procesal en el trámite”*¹⁷. Y ello es así, porque una de las funciones propias del Secretario Judicial es la conservación y custodia de las actuaciones judiciales, salvo que la ley disponga otra cosa -art. 287 LOPJ-, correspondiéndoles la guarda y depósito de la documentación, su archivo, la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como también responden del debido depósito de las cantidades en metálico, valores, consignaciones y fianzas que

¹⁶ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., pág. 1188.

¹⁷ Vid. STS 30 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2007).

se produzcan -art. 473.3 LOPJ-. De forma paralela, se establece un mecanismo tendente a informar a los interesados sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que hubiesen sido declaradas secretas -art. 234 LOPJ-; asimismo, los interesados podrán acceder a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado - art. 235 LOPJ-¹⁸. Por consiguiente, la conservación y custodia de las actuaciones es una función del Secretario Judicial, pero las leyes procesales -LEC y LECrim- establecen que determinadas actuaciones judiciales sean entregadas a los representantes de la parte para que tomen conocimiento del estado de los autos y puedan así, con “conocimiento de causa”, hacer las alegaciones que estimen pertinentes o preparar sus actuaciones¹⁹. Produciéndose, entonces, una situación nueva al transmitir a abogado y procurador la obligación que pesaba sobre el funcionario judicial, es decir, el deber de conservación, custodia y devolución de los documentos o actuaciones²⁰. En suma, la razón de ser de este nuevo delito se encuentra en ese deber de celosa

¹⁸ Vid. MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 228.

¹⁹ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4352; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág.196.

²⁰ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4352; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 134.

custodia, diligencia y devolución -establecido en las normas procesales y en los estatutos reguladores de la profesión de abogado y procurador- de los expedientes, documentos y actuaciones que reciben los profesionales para desempeñar su función de garantizar a las partes el derecho a un proceso debido²¹.

Como acabamos de ver, las leyes procesales permiten que concretos documentos o actuaciones judiciales queden bajo la responsabilidad de abogado y procurador. La acción típica consiste en infringir este deber de custodia y conservación. Sin embargo, como tendremos ocasión de desarrollar posteriormente, la acción típica no deberá ser interpretada desde criterios estrictamente gramaticales sino desde esa función interpretadora que atribuíamos al bien jurídico protegido. Por eso, ya avanzamos que el deber de custodia y conservación de estos profesionales - en el ámbito de la responsabilidad penal- únicamente constituirá el presupuesto de la conducta típica. Ya que dichas actuaciones judiciales o la documentación que tienen en custodia deben ser de vital importancia para el proceso, por cumplir una función

²¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986; BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4352; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., págs. 540 y 541.

irreemplazable en el procedimiento, de suerte tal, que su destrucción, inutilización u ocultación, tornaría “estéril” la continuación del proceso o su reproducción ulterior. Es decir, dichas actuaciones desleales deben impedir o distorsionar el *correcto desarrollo del proceso* o, en otras palabras, con dichas actuaciones debe afectarse el desenvolvimiento objetivo del procedimiento, su buena marcha, su resolución y sus fines; en definitiva, deben impedir u obstruir el *correcto funcionamiento de la función jurisdiccional*²². En caso contrario, cuando la actuación desleal del abogado o procurador no afecte al *correcto desarrollo del proceso*, ni en consecuencia se lesione la *función jurisdiccional*, no nos encontraremos frente un ilícito penal, sino que la respuesta a tal conducta vendrá a ser la única existente hasta el momento de la promulgación del Código Penal de 1995; es decir, la sanción disciplinaria -procesal o estatutaria-.

El apartado segundo del art. 465 CP reproduce la modalidad delictiva prevista en el apartado primero, con la única diferencia del sujeto activo de la acción, refiriéndose este apartado segundo al particular. A su estudio nos dedicaremos con mayor atención a

²² Vid. MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 229; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 541; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 134.

lo largo de estas páginas. Simplemente, a modo de apunte, queremos adelantar que, las dos razones que inspiran la incriminación de la conducta tipificada en el primer apartado no son predicables del segundo. En primer lugar, porque respecto a la colaboración en funciones jurisdiccionales es difícil que concurra en el particular el requisito de “abuso de función”, y respecto a la segunda -esto es, la infracción del deber de custodia-, no parece posible que un particular infrinja tal deber, en la medida en que normalmente no puede recibir documentos o actuaciones en traslado.

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

1. Precisiones sobre los sujetos que reciben documentos en traslado.

El apartado primero del art. 465 tipifica la conducta del abogado o procurador que interviniendo en un proceso con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en esa calidad. Por ello, un correcto análisis de este tipo penal necesariamente ha de incluir la exposición de las especiales características que ha de reunir el sujeto activo, la interpretación que deba realizarse de las expresiones “intervención en un proceso” y “abuso de función”, así como la exacta delimitación tanto de las conductas típicas -“destruir, inutilizar u ocultar”- como del objeto material del delito -“documento o actuaciones de los que se haya recibido traslado”-.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones apuntadas, es evidente que la norma se refiere, únicamente, a abogado o procurador como sujetos activos del delito.

En relación a ello, BENÍTEZ ORTÚZAR critica el hecho de que, a pesar de que el objetivo perseguido con la nueva redacción

era traer a este Capítulo todas aquellas conductas delictivas realizadas durante el proceso judicial, el precepto se limite a incluir sólo los comportamientos realizados por abogado o procurador. En la misma línea, también el autor considera incorrecto que se hayan mantenido en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública -Capítulo IV, Título XIX- las mismas conductas llevadas a cabo por un funcionario público al servicio de la Administración de Justicia²³ o por el Ministerio Fiscal. Más aún si se tiene en cuenta que este último, por razón de su cargo recibe materialmente los documentos y, además, está obligado a velar por el buen funcionamiento del proceso²⁴. No obstante, estima que, tal como el legislador describe la conducta típica del art. 465.1 CP, que hace referencia a la destrucción, inutilización u ocultación de los documentos o actuaciones procesales que *“haya recibido en traslado”*, se reducen los posibles sujetos activos *“a aquellas personas a las que se les puede dar*

²³ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 147. Vid. en este sentido, en relación al art. 364 ACP (actual art. 413 CP) las SSTS 28 de enero de 1997 (RJ 1997, 388) y 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4499), respecto al Oficial de la Administración de Justicia, y SSTS 2 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1790) y 6 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1809), respecto a los Auxiliares de la Administración de Justicia.

²⁴ Vid. art. 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (de 30 de diciembre de 1981) que reza así: *“El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como de velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés general”*.

traslado de la documentación procesal”. Por consiguiente, únicamente el representante del Ministerio Fiscal cuando interviene en el proceso por disposición legal, podría realizar el tipo, pero al no incluirse a éste como posible sujeto activo del art. 465.1 CP, dicha conducta será subsumible, en su caso, en el tipo descrito en el art. 413 CP, en la medida en que es funcionario público²⁵. De la misma opinión son MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, quienes, en relación a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 también criticaron la no punición expresa del Ministerio Fiscal por la realización de estas conductas, al ostentar éste la misma posición procesal que abogado y procurador -como parte de un proceso-, con el plus de hallarse ligado además “a la función estatal de administrar justicia por específicos y especialísimos deberes”²⁶.

²⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 146 y ss. Este autor entiende que, “la urgente tramitación del Proyecto de Código Penal”, así como, “el anuncio expreso de una disolución anticipada del Parlamento”, ha sido la causa de que la conducta delictiva consistente en destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones recibidos mediante traslado por el representante del Ministerio Fiscal, sea considerado como un delito contra el buen funcionamiento de la Administración Pública. Ello resulta, además, incoherente con el tipo del art. 466 CP, así como con el art. 463.2 CP, que recoge la conducta del abogado y del procurador junto a la del Ministerio Fiscal. Vid. más concretamente, págs. 148 y 149.

²⁶ MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN (“*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1189) entienden, además, que la no inclusión del Ministerio Fiscal, entre

Por otro lado, ha de interpretarse de forma amplia el requisito de que la intervención de estos profesionales deba realizarse con ocasión de un proceso. Como señala QUINTERO OLIVARES, la norma no debe limitarse, únicamente, a los procedimientos penales, aunque la referencia al traslado de las actuaciones pudiera hacerlo pensar²⁷. En esta última línea la doctrina ha propuesto, como ejemplos de intervenciones en el proceso penal, la entrega de la causa al acusador privado (art. 649 LECrim), al acusador particular y si hubiera al actor civil (art. 651 LECrim); el traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia a las acusaciones personadas (art. 790.1 LECrim), así como el traslado a los defensores de los escritos de acusación (art. 790.6 LECrim), etc²⁸. Sin embargo, somos de la

los sujetos activos de esta conducta supone, no sólo un “agravio comparativo”, sino también “una desprotección parcial de la eficacia del proceso”. Ahora bien, ello era así, porque ningún precepto recogía la posible sanción penal de esta conducta realizada por el Ministerio Fiscal, ni siquiera ello era posible por prevaricación, tal como estaba configurada en el art. 444. Actualmente, y a tenor de lo dispuesto en el art. 413 CP, entendemos que no se produce tal desprotección, incluso la sanción penal prevista para estos sujetos es significativamente mayor. Aunque, quizás, hubiese sido deseable la inclusión del Ministerio Fiscal entre los sujetos activos del tipo del art. 465.1 CP.

²⁷ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986.

²⁸ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., págs. 4352 y 4353; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 135 y 136.

opinión que el concepto “proceso” debe extenderse “a cualquier especie de proceso en el que las partes puedan verse materialmente en condiciones de llevar a cabo cualquiera de esas conductas”. Por ello, debe entenderse que la norma hace referencia a la intervención de abogado o procurador ante cualquier jurisdicción: penal, laboral, civil o contencioso-administrativa²⁹.

Por lo que respecta a los documentos o actuaciones, la exigencia de que éstos deban recibirse por el sujeto activo en “traslado”³⁰, es decir, que los reciba legalmente, nos conduce a excluir del ámbito típico del art. 465 CP aquellos que haya recibido por una vía diferente a la del traslado procesal. En esta clase de situaciones, en las que sobre dichos documentos o actuaciones no existe el deber de custodia y diligencia, al no recibirse por traslado en el marco de un proceso, en principio, la única solución posible será reconducir estos supuestos a las

²⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág.1986. En el mismo sentido, CANCIO MELIA, ComCP, ob.cit., pág. 1217; SERRANO GÓMEZ, A., Derecho Penal. Parte Especial, II (2), Delitos contra la colectividad, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pág. 902.

³⁰ Se verá en objeto material, Segunda parte. Capítulo segundo, *infra* 2.3.

descripciones típicas del art. 413 CP o, en su caso, al art. 414.2 CP, aunque no siempre esto será posible³¹.

2. El comportamiento típico.

2.1. Presupuesto: el *abuso de la función*.

Para la comisión de este tipo se exige que el abogado o el procurador realice la acción de destruir, inutilizar u ocultar, documentos o actuaciones, con *abuso de su función*. Ello significa no sólo que reúnan, en principio, los requisitos de la habilitación para el ejercicio de la profesión y la correspondiente inscripción en sus Colegios Profesionales, sino que es necesario además que se dé una relación profesional en el marco de un proceso judicial, donde actúen como tales. Asimismo, si con ocasión de la defensa o representación legal de la parte se le entregan documentos o actuaciones para la realización de su función dentro del proceso, pero estos profesionales, aprovechándose de

³¹ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE, ob.cit., pág. 541; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 196; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 135; CANCIO MELIA, ComCP, ob.cit., pág. 1217.

esta función profesional en el proceso, los destruyen, inutilizan u ocultan, resultará lesionada, en consecuencia, la función jurisdiccional a través del proceso.

Ahora bien, debe destacarse, como señalábamos en páginas anteriores³² que el abogado o procurador, aunque no reúnan los requisitos de la colegiación, si consiguen intervenir en un proceso “como si fueran abogado o procurador” y reciben documentos en traslado por su condición, desempeñan funciones de abogado o procurador aunque no se encuentren habilitados para ello, desde el punto de vista de la colegiación. En consecuencia, lo decisivo, para poder abusar de una función, es el desempeño de la misma (aunque se carezca de título para ello). Por consiguiente, los actos realizados fuera de dicha función, aunque continuarán siendo punibles, se reconducirán al apartado segundo del art. 465 CP, y el sujeto será tratado como particular.

En definitiva, abogado o procurador tienen un deber de custodia, diligencia y devolución sobre los documentos o actuaciones que reciben en traslado con ocasión de un proceso concreto. Estos sujetos, infringen dicho deber “haciendo mal uso”

³² Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* 1.2.2.

de los mismos, esto es, destruyéndolos, inutilizándolos u ocultándolos. De modo que la comisión del delito se realizará aprovechándose de la posición que ocupan en relación al proceso³³.

2.2. La acción típica.

La materialización de la conducta típica del art. 465 CP, que consiste en destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones del proceso, coincide con la descrita en el art. 413 CP, relativo a los funcionarios en general. El legislador, en ambos delitos, ha utilizado, para referirse a las diferentes modalidades de la acción, la técnica de los tipos mixtos alternativos. Ello significa, que el delito se consumará con la realización de cualquiera de dichas conductas. De modo que, si se realiza más de una, ello no supondrá la realización de varios delitos. Así, por ejemplo, el abogado o procurador que oculta un documento y posteriormente lo inutiliza, no responderá por la comisión de

³³ En relación a ello, SERRANO-PIEDECASAS (*“La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit., pág. 416) entiende que de este modo el abogado o el procurador utiliza “las ventajas de su posición para ejecutar el delito con mayor seguridad y menor riesgo”. Pero, como señala PÉREZ CEPEDA (*Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 140, nota 12), “precisamente por tener esa función es descubierto con mayor facilidad ya que tiene el deber de devolverlos en un plazo determinado”.

varios ilícitos penales, sino por un solo delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465.1 CP³⁴.

La conducta que se describe en el tipo de infidelidad en la custodia de documentos por abogado o procurador coincide -como ya hemos indicado- con la descrita en el art. 413 CP, con la diferencia de que se excluye, como conducta típica, la sustracción de documentos. GONZÁLEZ RUS, en un primer momento, considera que a pesar de ello, si el precepto se interpretase de forma amplia podría incluirse también esta última modalidad de conducta típica. Pero, como posteriormente indica, ello resulta imposible dado que el tipo se circunscribe a los documentos o actuaciones del proceso de los que “haya recibido traslado en aquella calidad”, lo que materialmente impide su sustracción al detentar previamente, abogado y procurador, la posesión de dichos documentos o actuaciones³⁵.

³⁴ Vid. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ComNCP, ob.cit., pág. 1811. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 136.

³⁵ GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 542. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 139 y BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 150. Pérez Cepeda (Ibidem), acogiendo el planteamiento de González Rus (Ibidem), señala, que el requisito de que abogado y procurador deben haber recibido los documentos en traslado, no excluye aquellos supuestos en los que estos profesionales “se hayan apoderado ilícitamente de los mismos y después los destruyan u inutilicen”, ya que en estos supuestos, si bien no es posible acudir al

La doctrina, incluso respecto al tipo del art. 413 CP, que prevee expresamente la acción de sustraer, realiza numerosas críticas a la inclusión de dicha figura en el delito de infidelidad en la custodia de documentos por funcionario público. Y ello, porque parece difícil que el funcionario público pueda sustraer documentos que tiene confiados por razón de su cargo, es decir, el funcionario público tiene una previa posesión legítima de dichos documentos³⁶. Por ello, ROLDÁN BARBERO considera, que la acción que ejecuta el poseedor legítimo de esos documentos se asimila, por su dinámica comisiva, “a la relación existente en la apropiación indebida”³⁷.

art. 465 CP, la conducta podría ser castigada conforme al art. 414.2 CP.

³⁶ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 150, nota 16.

³⁷ ROLDÁN BARBERO, “Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos”, ob.cit., pág. 1061. Vid. Asimismo, BONÉ PINA, “La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales”, ob.cit., pág. 143 y MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., págs. 840 y 841.

a) Destruir.

La primera conducta delictiva que consiste en *destruir* el documento o actuación procesal equivale a su deterioro o aniquilamiento. Se trata de una operación material que tiene una significación estructural, y supone “deshacer, aniquilar, romper o destrozar cualquier cosa material”, en concreto, los documentos o actuaciones del proceso³⁸. La destrucción conlleva la extinción material del documento o actuación, en suma, su desaparición definitiva³⁹.

³⁸ Vid. en este sentido, BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4353. Asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 136.

³⁹ Vid. en este sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ComNCP, ob.cit., pág. 1812; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 841; SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal. PE II, ob.cit., pág. 822. Por su parte, POVEDA PERDOMO (*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*, ob.cit., pág. 195) precisa, que destruir “implica un ataque a la existencia del documento”. BONÉ PINA (*La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*, ob.cit., pág. 143) señala, que destruir equivale a “hacer el documento pedazos, hacerlo desaparecer (STS 9 de marzo de 1887) incluso quemándolo (STS 27 de febrero de 1985)”. En el mismo sentido, ROLDÁN BARBERO (*Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos*, ob.cit., pág. 1061) que, además, considera que la destrucción es “la modalidad de conducta que produce efectos más irreversibles en la recuperación del documento”.

b) Inutilizar.

La segunda modalidad de la acción, *inutilizar*, supone deteriorar un documento, impidiendo que surtan los efectos que persigue⁴⁰. El documento continuará existiendo en tanto que soporte, pero no podrá cumplir “la función que le es propia”. Por ello, BENÉYTEZ MERINO dota al término “inutilizar” de un sentido funcional⁴¹. De modo que la inutilización de un documento significa que éste perderá la eficacia que tenía en el proceso⁴². Si se altera algún extremo importante de un documento como, por ejemplo, borrar los datos de identificación de su autor, aunque, si bien se produce una “destrucción” del mismo, puede incluirse en la expresión “inutilizar”, incorporada por el Código Penal de 1995, también en el tipo del art. 413 CP⁴³. La fórmula “inutilización” no estaba recogida de forma expresa en el ACP -art. 364 ACP concordante con el actual art. 413 CP- pero,

⁴⁰ Vid. SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal. PE II, ob.cit., pág. 822.

⁴¹ BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4353. Asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 136. De la misma manera, POVEDA PERDOMO (“*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 195) señala, que con la inutilización del documento “éste no pierde su materialidad pero sí capacidad de claridad para el proceso”.

⁴² Vid. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ComNCP, ob.cit., pág. 1812.

⁴³ Vid. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 841.

tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se admitía “la inutilización del documento como una forma de destrucción del mismo”⁴⁴. Así, ROLDÁN BARBERO -respecto al art. 364 ACP- señala que “por destruir se entiende todo acto de inutilizar o aniquilar, por el procedimiento que sea, el documento”⁴⁵.

El legislador del Código Penal de 1995 incluye en el tipo del art. 413 CP y en el del art. 465 CP el término *inutilizar*, pero así como en el primero se hace referencia a la inutilización total o parcial del documento, en el segundo sólo se hace referencia a la “inutilización”, sin hacer mayores especificaciones. BENÍTEZ ORTÚZAR entiende que la razón de dicha diferencia debe encontrarse en relación al “bien jurídico protegido”. Así, en el delito de infidelidad en la custodia de documentos por funcionario público, el bien jurídico gira en torno al deber de sigilo que dicho funcionario público debe tener con los documentos que están bajo su custodia, por razón de su cargo, “con independencia del contenido de los mismos y del resultado que se derive con la actuación infiel del funcionario público”. En cambio, en el delito de infidelidad en la custodia de documentos

⁴⁴ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 159, nota 47.

⁴⁵ ROLDÁN BARBERO, “Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos”, ob.cit., pág. 1061.

por abogado o procurador, nos encontramos con unos sujetos colaboradores con la Administración de Justicia “en el ámbito de las reglas de su profesión en el proceso judicial”, por lo que, lo relevante será que la inutilización afecte “al valor probatorio en el proceso del documento o actuación documentada que se inutiliza”, independientemente de que ésta sea parcial o total. Así, por ejemplo, siempre que un funcionario público -el Abogado del Estado o el Ministerio Fiscal- inutilice, aunque sea de forma parcial, un documento que, por razón de su cargo, está bajo su custodia, realizará el tipo del art. 413 CP, aunque dicha inutilización no produzca efectos en el proceso concreto. Por contra, si esta conducta es realizada por un abogado o un procurador, únicamente cabe hablar de una tentativa de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465.1 CP, o bien estaremos frente responsabilidades disciplinarias procesales y deontológicas. En suma, lo relevante para el tipo del art. 465 CP no es tanto la inutilización cuantitativa del documento sino su inutilización cualitativa⁴⁶.

c) Ocultar.

⁴⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 159 y 160.

Por lo que respecta a la última de las modalidades delictivas, *ocultar*, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a efectos de calificación del delito de infidelidad en la custodia de documentos por funcionario público -trasladable al tipo en estudio-, la considera equivalente a “*guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que responde su contenido y destino*”⁴⁷. Asimismo, también aplica este término cuando se esconde un documento “*en algún lugar donde difícilmente puede ser hallado*”⁴⁸ o, se separan los documentos o papeles de su destino,

⁴⁷ Vid. En este sentido, entre otras, SSTS 22 de marzo de 1975 (RJ 1975, 1489), 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 5744), 9 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7587), 10 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8230) y 2 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1790). La STS 30 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2007), condena por infidelidad en la custodia de documentos a abogado que oculta la causa judicial durante cinco años, cuando conocía que la causa procedía de una Sala de lo Penal y debía devolverla con su calificación.

⁴⁸ Vid, entre otras, la STS 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43), que califica de ocultación, a los efectos del art. 465.1 CP, la conducta de un procurador “*que recibió en su momento los autos de un juicio de testamentaria, en su condición de procurador de una de las partes, con el encargo expreso de que los entregase a quien había sido designado contador, se abstuvo de realizar la entrega debida y retuvo en su poder la documentación de forma indefinida*”. Así, “*teniendo en cuenta la indiscutible objetividad de estos hechos, es decir, que el acusado recibió las actuaciones con un determinado encargo, que el mismo no fue cumplido, ni inmediatamente después de asumirlo ni en momento alguno, que era consciente, por su calificación profesional, de que con su comportamiento violaba un elemental deber de lealtad y colaboración con la Administración de Justicia y que, en fin, no ha sido capaz de ofrecer una explicación de lo ocurrido que, por su seriedad y coherencia lógica merezca acogida*”, entienden, que se aplicó debidamente el art. 465.1 CP.

*“colocándolos en situación de difícil hallazgo”*⁴⁹. En este sentido, la ocultación deberá apreciarse también, *“cuando desaparecen los documentos o se sitúan fuera del lugar habitual de custodia”*⁵⁰.

Como se desprende del precepto, los documentos o actuaciones los recibe el abogado o procurador “en traslado”, con obligación de devolverlos cuando los requiera el Secretario Judicial. Pero si tras esa primera orden de devolución el abogado o procurador no los reintegra, ello no debe interpretarse como ocultación de los mismos, sino que, en principio, únicamente dará lugar a una sanción disciplinaria. Posteriormente, si los documentos todavía no han sido devueltos, se procederá a un requerimiento perentorio por parte del Secretario Judicial, y si tras éste, continúan sin entregarse, entonces sí que podemos

⁴⁹ Así, se pronuncia la STS 2 de marzo de 1995 (RJ 1995,1790), en la que el acusado -auxiliar de juzgado- que tenía los procedimientos por razón de su cargo, *“al trasladar a su domicilio particular las actuaciones de que se trata tras las mendaces anotaciones realizadas en el libro en que debía señalarse dónde, desde cuándo y cómo se encontraban, pues, con tal artificio, la posibilidad de descubrirlas era, sino imposible, sí remota”*.

⁵⁰ Vid. SSTS 10 de junio de 1987 (RJ 1987, 4723) y 24 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8229). En este sentido, la STS 6 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1809) condena a un auxiliar de la Audiencia que oculta en su domicilio documentos de causas penales, careciendo de toda verosimilitud que fuera para ordenarlos, ya que, *“la ordenación de diligencias judiciales no es por documentos sueltos de fechas y asuntos heterogéneos sino por incorporación cronológica al proceso al que se refieren, lo que sólo podía hacerse en el Tribunal. Había documentos de fechas atrasadas, de diversidad de diligencias, atinentes a diferentes procesos, no hay explicación plausible alguna”*.

suponer, en principio, que se realiza la ocultación punible del tipo⁵¹. No obstante, consideramos que la modalidad típica de “ocultación” merece una interpretación más restrictiva, y de acuerdo con ello, si se produce un retraso en la devolución de los documentos o actuaciones procesales no debe interpretarse automáticamente como ocultación de los mismos. En ese sentido, también se ha pronunciado alguna sentencia del Tribunal Supremo, que ha preferido remitir el caso a la vía disciplinaria frente la duda *“de cuándo la ocultación era merecedora de reproche penal”*⁵². De forma paralela, la STS 10 de octubre de 1992 señala que, cuando la demora y dilación pueden considerarse mínimas no serán susceptibles de reproche penal, sino que quizás y como máximo serán incardinables en el área disciplinar⁵³.

⁵¹ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4354.

⁵² Vid. ROLDÁN BARBERO, *“Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos”*, ob.cit., pág. 1061; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 542.

⁵³ STS 10 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8230). Vid. Asimismo, STS 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4499) que considera inaplicable el delito de infidelidad en la custodia de documentos -art. 364 ACP- a un oficial de la Administración de Justicia que no aporta documentos a la causa o no les da curso, porque entiende que ello no supone ocultación de los mismos. En el sentido de que, aunque evidentemente es reprochable, *“no obstante, no puede hablarse de una ocultación típica, por cuanto que al exigirlo la Juez titular del Juzgado en la fecha en que los hechos fueron conocidos, aparecieron en distintos armarios las actuaciones, y en varias cajas los documentos presentados a trámite, lo que revela que más que ocultación lo que había era una vejación o abandono negligente en*

En suma, entendemos que lo relevante, a efectos de la realización del tipo de la ocultación punible -así como también en la destrucción o inutilización-, gira en torno a la exigencia de obstaculizar o impedir, con dicha conducta, el *correcto desarrollo del proceso*. En otras palabras, con dichas actuaciones debe afectarse el desenvolvimiento objetivo del procedimiento, su buena marcha, su resolución y sus fines. Porque, como ya se ha señalado⁵⁴, de ello dependerá acudir, para así abarcar la totalidad del desvalor de dicha conducta, a la infracción penal junto a la infracción disciplinaria prevista en los Estatutos Profesionales de abogado o procurador, al poseer ambas infracciones fundamentos distintos. O, por contra, si únicamente se produce una infracción del deber de custodia de documentos sin afectarse, por consiguiente, el bien jurídico protegido por la norma penal, se aplicarán, en su caso, las sanciones disciplinarias previstas en las leyes procesales junto a las sanciones disciplinarias previstas en las normas deontológicas de estos profesionales, debido a que sus fundamentos son diferentes. No se incluye, por tanto, la “pérdida” de los documentos, pese a que ésta también afecta al desarrollo del proceso, porque se trata de un

el comportamiento del funcionario”. Por ello, la conducta del acusado, no obstante no ser típica penalmente podría ser sancionada en el ámbito disciplinario.

⁵⁴ Vid. Primera parte. Capítulo segundo, *supra* II.

comportamiento estructuralmente imprudente, no incardinable en este tipo doloso.

La conducta de ocultación parece configurarse, también, como una *conducta omisiva*⁵⁵. Ello nos conduce a plantearnos si la acción de ocultar puede configurarse como un comportamiento *omisivo* o incluso, si cabe la *comisión por omisión* en la realización de esta conducta. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1997, respecto del tipo del art. 413 CP, niega la posibilidad de la comisión por omisión, al señalar que *“no cabe hablar de comisión por omisión, sino de comisión directa y positiva que es la característica general que define al delito de infidelidad en la custodia de documentos cuando el precepto que la tipifica (artículo 364 del Código) emplea los verbos “sustraer”, “destruir”, “ocultar”, que requieren, lógicamente y en pura semántica, una actividad del sujeto que lleva a cabo la sustracción, la destrucción o la ocultación. No quiere decir, sin embargo, que en ciertos supuestos, pueda cometerse el delito por simple omisión, pero esto lo entendemos más dificultoso (...)”*⁵⁶.

⁵⁵ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., págs. 4354 y 4355.

⁵⁶ STS 28 de enero de 1997 (RJ 1997, 388).

Sin embargo, la STS de 24 de octubre de 1990, referida a un oficial de la Administración de Justicia que dejó *“de registrar y ordenar las causas”* que tramitaba y que éstas eran *“ilocalizables o de difícil localización”*, admite la comisión por omisión, no sólo por lo que se refiere a la conducta de ocultación, sino también respecto a la conducta de destrucción. En este sentido señala que, desde la perspectiva de la seriedad del ejercicio de la función pública en un Estado de Derecho, *“es claro que no sólo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destrucción, ocultación y sustracción, sino también los omisivos consistentes en no impedir que los documentos sean destruidos, ocultados o sustraídos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera”*. Asimismo, continúa reseñando que el procesado, incumple *“las obligaciones que le imponía su posición de garante surgida de la especial posición que caracteriza a los funcionarios públicos dentro del ámbito de su competencia específica”*. Por consiguiente, *“se trata de una omisión de cumplimiento de un deber de garantía que resulta equivalente a la realización activa del tipo penal. En efecto, esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión (...), se debe apreciar cuando la omisión se corresponde*

*valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo*⁵⁷.

En el mismo sentido se pronuncia, más recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998, al considerar que, la posibilidad de que el delito de infidelidad en la custodia de documentos podrá realizarse en comisión por omisión *“debe entenderse que subsiste hoy a la luz del art. 11 del nuevo CP, puesto que el resultado característico de la infidelidad en la custodia de actuaciones o documentos -la obstrucción a la Administración de Justicia- puede producirse o causarse por la mera falta de entrega de aquéllas siempre que se infrinja el deber jurídico especial que pesa sobre abogados y procuradores*⁵⁸. De ella se desprende que sobre abogado o procurador -en relación al tipo del art. 465.1 CP- pesa el deber jurídico de custodiar y conservar los documentos que recibe en traslado y, debido a esa específica obligación legal, ocupa una posición de garante que permite imputarle el hecho delictivo si no realiza la acción de devolución

⁵⁷ STS 24 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8229). Vid. En el mismo sentido, ROLDÁN BARBERO, *“Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos”*, ob.cit., pág. 1061; BONÉ PINA, *“La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales”*, ob.cit., pág. 143.

⁵⁸ STS 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43), referida a un procurador que retiene indefinidamente autos de juicios de testamentaría que tiene que entregar al que había sido designado contador (art. 465.1 CP).

que hubiese evitado el resultado. Por su parte, PÉREZ CEPEDA señala que el simple incumplimiento de la obligación de devolución de los documentos o actuaciones no configura, por sí solo, la responsabilidad del abogado o procurador en comisión por omisión, sino que es necesario que el abogado o el procurador “ante la existencia de un riesgo o peligro concreto, acepte el control y, teniendo capacidad para contener el riesgo no haga nada para impedir la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones, repercutiendo su desaparición sobre la marcha del proceso y la resolución del mismo”⁵⁹.

El art. 11 CP señala que la no evitación del resultado debe equivaler, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. De ello se deduce la equivalencia o equiparación de la omisión con la conducta activa descrita en la ley. Asimismo, puede extraerse otro requisito, esto es, que la acción que se omite podría haber impedido la lesión del bien jurídico protegido por la norma. Y un ulterior límite-formal vendría constituido por la

⁵⁹ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 138. Esta autora parece acoger la interpretación que, del art. 11, realiza SILVA SÁNCHEZ, J.M., Vid. entre sus obras: El delito de omisión. Concepto y sistema, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 359 y ss; y, “La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)”, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 51 y ss.

exigencia de que la no evitación del resultado debe responder a la infracción de un especial deber del autor⁶⁰.

De manera que, a tenor de las exigencias legales previstas en el art. 11 CP, consideramos que puede constatarse una equiparación material entre la acción y la omisión, esto es, entre la destrucción, inutilización u ocultación y su no evitación. Asimismo, el abogado o procurador asume una posición de garante, en tanto en cuanto, el bien jurídico protegido por la norma depende del cumplimiento de específicos deberes de actuar. En el delito de infidelidad en la custodia de documentos, abogado o procurador, tienen la custodia de los documentos o actuaciones recibidos en traslado, y están jurídicamente obligados a que dichos documentos o actuaciones cumplan su función en el proceso concreto en el que intervienen como tales. La específica obligación “legal” de actuar del art. 11 CP, es obligación de custodia contenida en las normas que disciplinan la intervención de estos profesionales y que les confieren su especial posición en relación al proceso. Esta obligación de custodia de los documentos o actuaciones se deriva también de su “traslado” con ocasión de un proceso concreto. Asumiendo,

⁶⁰ Vid. MORALES PRATS, F., “Art. 11 CP”, en Comentarios al Nuevo Código Penal, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 88 y ss.

por tanto, estos profesionales la guarda y depósito de dichos documentos y actuaciones que reciben para desempeñar su función de garantizar el derecho a un proceso debido.

Lo fundamental de este delito es que el documento o actuación debe cumplir la función que tenía destinada en el proceso, evitándose así la lesión, no sólo de su desarrollo, sino también de sus fines. Por consiguiente, si abogado o procurador no evitan -dolosamente- “esa pérdida de eficacia del documento”, ello resultará plenamente equiparable a su inutilización o destrucción⁶¹. Así, por ejemplo, si un tercero -por ejemplo, el cliente- destruye un documento relevante para el proceso y el abogado o procurador no evita dicha destrucción, el tercero responderá como autor material del apartado segundo del art. 465 CP y el abogado por su apartado primero en comisión por omisión. De la misma manera, si el cliente tiene confiada la defensa a dos abogados, y uno de ellos inutiliza un documento probatorio, no evitando dicha inutilización el otro abogado, el primero responderá como autor material por el apartado primero del art. 465 CP, y el segundo, también lo hará por dicho apartado primero, pero en comisión por omisión.

⁶¹ Vid. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ComNCP, ob.cit., pág. 1814.

De este modo, no sólo adquirirán carácter típico los comportamientos activos de destrucción, inutilización u ocultación, sino también los omisivos consistentes en no impedir que los documentos sean destruidos, inutilizados u ocultados, pues resulta indiferente que el bien jurídico protegido se vulnere de una u otra manera. En suma, únicamente podremos imputar el delito de infidelidad en la custodia de documentos en comisión por omisión, cuando se trate de una omisión que resulte equivalente a la realización activa del tipo penal.

2.3. El objeto material: documentos recibidos en traslado.

El objeto material sobre el que se realiza la acción de destruir, inutilizar u ocultar, son los *documentos* o *actuaciones* que reciben en “traslado” el abogado o procurador.

Por lo que se refiere a los *documentos*, éstos deben recibirse por traslado en el desarrollo de un proceso, excluyéndose así los obtenidos por otras vías⁶². En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR señala que quedarán excluidos del tipo aquellas actuaciones en las que interviene abogado o procurador “al margen del proceso judicial”. Así, si el abogado o procurador destruye, inutiliza u oculta documentos o actuaciones recibidos para realizar la defensa o representación en, por ejemplo, laudos arbitrales, no se dará el tipo del art. 465 CP, por no ser considerados procesos judiciales⁶³. Asimismo, dicho autor considera también -opinión que compartimos-, que cuando se trate de un proceso judicial, donde la intervención de abogado y procurador es potestativa -por ejemplo, un juicio de faltas (arts. 962 y ss. LECrim)-, si las partes se han personado con estos profesionales, y éstos destruyen, inutilizan u ocultan documentos que han recibido en traslado

⁶² Vid. ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1943; CANCIO MELIA, ComCP, ob.cit., pág. 1217; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 139.

⁶³ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 158.

para desarrollar ese proceso concreto, debe admitirse la comisión del tipo del art. 465.1 CP⁶⁴. De otro lado, si el cliente suministra o facilita documentos al abogado o procurador, y éstos los destruyen, inutilizan u ocultan, de una parte, no sólo no se incluyen entre los documentos a los que se refiere el tipo, sino que, de otra parte, incluso es posible que ello se realice en interés o beneficio de su cliente⁶⁵.

Respecto al ACP se exigía, como consecuencia de la infidelidad en la custodia de documentos por funcionario público, la producción de un daño para la causa pública o para tercero. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación a la Administración de Justicia, consideraba que, por ejemplo, de la ocultación de documentos *“resultó daño de terceros y de la causa pública -de aquellos, por no poder sustanciar sus pretensiones en tiempo prudente, y de ésta, por el desprestigio que supone y el escándalo que produce el conocer que por ocultaciones maliciosas se*

⁶⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 158) entiende, en este sentido, que aunque “la intervención de abogado o procurador sea potestativa no implica que -si la parte considera necesaria su intervención-, si actúan, lo hagan como simples particulares, sino que su actuación será de acuerdo a las reglas procesales y estatutarias como si de actuación preceptiva se tratara”.

⁶⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, *“Los delitos contra la Administración de Justicia”*, ob.cit., pág. 200; del mismo, ComNCP, ob.cit., pág. 1986.

*retrasa y entorpece el curso normal de los procesos- (...)*⁶⁶. En la actualidad, por lo que se refiere al art. 465 CP, se ha prescindido de la antigua formulación del daño como elemento objetivo del tipo, pero resulta que las modalidades de destrucción o inutilización implican la realización de un daño, es decir, “un menoscabo material en el objeto de la acción”⁶⁷. Por ello, en atención a la categoría y al valor de los documentos podría realizarse un delito de daños e incluso, si con la acción de destruir, inutilizar u ocultar se crea un perjuicio al cliente, podemos encontrarnos, también, frente al tipo del art. 467.2 CP⁶⁸.

Por lo que se refiere a la definición de los documentos susceptibles de ser trasladados, es necesario recurrir a las normas procesales donde se encuentra prevista la figura del traslado procesal. Así, por ejemplo, y respecto al procedimiento civil, éstas aluden a los documentos que se presenten después

⁶⁶ Vid. STS 2 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1790). Vid. Asimismo, BONÉ PINA, *“La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales”*, ob.cit., págs. 143 y 144.

⁶⁷ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4355. En consecuencia, entendemos que las modalidades de destrucción e inutilización implican un resultado material, mientras que la ocultación es una modalidad de simple actividad.

⁶⁸ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 158 y 159.

de la demanda o de la contestación (arts. 506 LEC/1881 que se corresponde con los arts. 269 y 270 LEC/2000 y 508 LEC/1881, sin concordancia en la LEC/2000). Respecto al procedimiento penal, también, la LECrim, en su art. 649 en relación al art. 654, prevé que abierto el juicio oral, *“el Tribunal, al mandar que se entregue la causa a las partes en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores, dispondrá de lo que considere conveniente para que éstas puedan examinar la correspondencia, libros, papeles y demás piezas de convicción (...)”*. De esto se desprende la posibilidad de dar traslado a las partes “de determinado material documental que no forma parte de las actuaciones en sentido estricto” a las que denomina “causa”⁶⁹.

En todo caso, una de las novedades más significativas que incorpora el Código Penal de 1995 es el concepto legal de documento que ofrece el art. 26. Éste señala que, *“se considerará documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier tipo de relevancia jurídica”*. Esta definición se corresponde con la concepción material o probatoria, acogida por el Tribunal Supremo a partir de la STS de 19 de abril de 1991 -respecto a la falsedad documental-

⁶⁹ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4354. Asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 139 y 140.

. Ésta establece que, actualmente, el concepto de documento “no puede reservarse y ceñirse en exclusividad al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo, o cinematográfica, un disco o una cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito”; concluye, pues, admitiendo el carácter de documento “de la cinta o disco magnético acumulador o estabilizador de datos, con adecuada perdurabilidad”⁷⁰. En suma, la realidad social impone que el concepto penal de documento se dote de un contenido amplio, incluyéndose los tradicionalmente considerados -que se presenten de forma material y escrita-, así como también los soportes electrónicos e informáticos⁷¹.

Por *actuaciones judiciales*, debe entenderse, a tenor de lo dispuesto en los arts. 229 y ss. LOPJ, un conjunto de

⁷⁰ STS 19 de abril de 1991 (RJ 1991, 2813).

⁷¹ Vid. BONÉ PINA, “La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales”, ob.cit., págs. 130 y 131; POVEDA PERDOMO, “Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995”, ob.cit., págs. 195 y 196. Por lo que se refiere al concepto legal de documento, Vid., más exhaustivamente, GARCÍA CANTIZANO, M^a del C., Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995), Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 1997.

“actuaciones documentadas que integran un procedimiento”⁷². Las actuaciones están configuradas por la documentación de un proceso determinado, e indican su materialidad⁷³. Por su parte, PÉREZ CEPEDA señala que, quizás, el legislador con el término “actuaciones judiciales” haya querido reforzar “el nexo entre los documentos y el proceso”⁷⁴.

De otro lado, SERRANO-PIEDECASAS incluye, entre las actuaciones judiciales, la destrucción o inutilización del “cuerpo del delito”. Parte del concepto procesal de “cuerpo del delito” del art. 451.2 CP y de la interpretación que la jurisprudencia realiza cuando hace referencia al “cuerpo del delito por situación”, para considerar que en dicho concepto quedan incluidos los efectos o instrumentos, así como “el resultado de diligencias y actuaciones

⁷² Vid. MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, *“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., pág. 1188. El art. 229.1 LOPJ reza así: *“Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación”*.

⁷³ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. *Doctrina y Jurisprudencia*, ob.cit., pág. 4354. Asimismo, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 157 y 158) entiende que, “de las actuaciones en sí mismas no podrán darse traslado, ni -por tanto- destruirse, inutilizarse u ocultarse”.

⁷⁴ PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 139. Vid. Asimismo, art. 596.7 LEC/1881 actual art. 317 LEC/2000, que señala que las actuaciones son documentos públicos, por consiguiente, estarán incluidas dentro del término documento.

realizadas en el curso de la fase instructora (arts. 336 y 337 LECrim)⁷⁵.

En último lugar, y en atención al bien jurídico protegido, el *correcto desarrollo del proceso*, debe restringirse la operatividad del precepto a aquellos documentos o actuaciones de cierta trascendencia y no a aquellos que tengan escasa o nula relevancia. En definitiva, la destrucción, inutilización u ocultación de dichos documentos o actuaciones deben afectar el desenvolvimiento objetivo del procedimiento, su buena marcha, su resolución y sus fines, así como también puede llegarse a lesionar derechos y garantías que rodean al proceso debido⁷⁶. De modo que, si lo que se destruye, inutiliza u oculta son documentos sin relevancia para el curso del proceso o son copias o reproducciones, cuyos originales se encuentran custodiados en el juzgado, dichas conductas deben permanecer en el ámbito

⁷⁵ SERRANO-PIEDRECASAS, *“La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit., págs. 416 y 417.

⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal Español. PE II*, ob.cit., pág. 542; ORTS BERENGUER, *ComCP*, ob.cit., pág. 1943; PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 140. Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR (*De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob.cit., pág. 153) señala que, si ello no fuera así, “faltaría la vertiente valorativa del tipo, al no existir ofensividad al bien jurídico tutelado”.

disciplinario procesal o colegial, sin alcanzar trascendencia penal⁷⁷.

3. El tipo subjetivo.

Desde el punto de vista subjetivo las conductas típicas de destruir, inutilizar u ocultar exigen la concurrencia de dolo; como no puede ser de otra forma, habida cuenta la necesidad de incriminación expresa de la imprudencia (art. 12 CP). Abogado y procurador deben conocer que los documentos o actuaciones que destruyen, inutilizan u ocultan tienen tal entidad, que su acción afectará al *correcto desarrollo del proceso* -elemento intelectual-; pero ello no es suficiente, sino que será necesario, además, que exista una voluntad consciente de realizar la conducta típica -elemento volitivo-. Es decir, estos profesionales conocen y quieren, con su conducta, obstruir el funcionamiento del servicio público de la Administración de Justicia; persiguen, con su actuar, alterar el curso normal del proceso.

⁷⁷ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit, pág. 542; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 153.

El profesional sabe que su conducta supone la infracción de un deber profesional, pero ello no será suficiente, en primer lugar, porque “el conocimiento de este deber va implícito en la cualidad profesional del sujeto”⁷⁸, y únicamente constituirá *el presupuesto del ilícito penal*; y en segundo lugar, porque es preciso que la conducta típica se realice con “abuso de la función”, lo que la configura como una infracción de carácter intencional o dolosa⁷⁹. Es decir, es preciso que se produzca una “extralimitación maliciosa del ámbito de competencias que su posición procesal le confiere”, y que éstas, sean abarcadas por el dolo⁸⁰.

Por lo que se refiere a la posibilidad de aceptar el *dolo eventual*, parte de la doctrina entiende que no existe

⁷⁸ Así, BENÉYTEZ MERINO (CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4355), asimismo, señala, que ello, “resulta inferible de modo inmediato de dicha cualidad profesional”.

⁷⁹ Vid. ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., pág. 201; MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 232.

⁸⁰ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, ob.cit., pág. 1188. BENÉYTEZ MERINO (CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4355) señala, que el término “abuso de la función”, se trata de una objetivación, “mediante tal expresión no se pretende ningún reforzamiento de una actitud interna del sujeto, sino una simple delimitación extrínseca de la conducta”.

inconveniente alguno para ello⁸¹. Así, PÉREZ CEPEDA propone el ejemplo del abogado o procurador que ocultan un documento del proceso para favorecer la defensa de su cliente, sabiendo que probablemente esa conducta puede, no sólo distorsionar la marcha del proceso, sino también su resolución, y aunque ésa no sea directamente su intención, no obstante ello actúan, asumiendo entonces que con su actuación impedirán, con toda probabilidad, que la resolución judicial se produzca sobre ese extremo; como consecuencia de ello se absuelve a su cliente⁸². En nuestra opinión, éste es un caso donde, en la medida en que el sujeto activo conoce y quiere destruir el documento con el propósito de favorecer a su cliente, es evidente que comete la conducta con dolo directo, puesto que conocía y quería afectar el *correcto desarrollo del proceso*. Asimismo, abogado o procurador, en la medida en que son profesionales del derecho deben saber que, en tanto en cuanto se oculta un documento del proceso para favorecer la defensa de su cliente, se afectará, con dicha ocultación, no con una alta probabilidad sino realmente, la marcha y resolución del proceso, y ésa es su intención. Ya que parece, no sólo improbable sino imposible, que con dicha

⁸¹ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 542.

⁸² PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 141 y 142.

actuación no quieran afectar el *correcto desarrollo del proceso*, evitando, con la ocultación del documento, que la resolución judicial se produzca sobre ese extremo y consiguiendo así, la absolución de su cliente, porque sino cabría preguntarse con qué otra finalidad se ha realizado la conducta. En cualquier caso, no descartamos la posibilidad de dolo eventual en otros supuestos; pero si partimos de la idea de que, en principio, nos parece imposible que el abogado o procurador con su actuación, no tenga una intención directa de afectar el *correcto desarrollo del proceso*, únicamente parece realmente factible apreciar supuestos de error de tipo -vencible- , porque el abogado desconoce la relevancia del documento que está, por ejemplo, destruyendo, pero no obstante ello continúa actuando. Ello debería conllevar la aplicación de la modalidad imprudente del tipo, pero al no estar ésta prevista en el precepto del art. 465 CP, la única sanción posible vendrá dada desde el ámbito disciplinario. De otro lado, en la infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 CP, al exigir expresamente que la acción deba realizarse “a sabiendas”, se excluye de plano la posibilidad del dolo eventual.

La modalidad *imprudente* de la conducta no está, como se ha dicho, presente como forma comisiva de la acción, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación al ACP, había

admitido la comisión culposa de la infidelidad en la custodia de documentos del art. 364 ACP⁸³. Sin embargo, el legislador del Código Penal de 1995 impide dicha posibilidad, no sólo por la propia redacción del precepto -art. 413 CP-, que recoge la expresión “a sabiendas”, sino también a tenor de lo dispuesto en el art. 12 CP que reza así: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*. En este sentido, la STS 12 de enero de 1998, por lo que se refiere al art. 465 CP, destaca que la inexistencia en este tipo de toda alusión a una forma de comisión culposa -y relacionándolo con el mandato del art. 12 CP- *“ha venido a confirmar la corriente últimamente dominante en la jurisprudencia -Sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de 21 febrero 1995 (RJ 1995, 1206)- que sostenía la índole constitutivamente dolosa del delito de infidelidad en la custodia de documentos”*⁸⁴.

De otra parte, la modalidad imprudente de las conductas de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones por abogado o procurador, aparecía en los Proyectos de código penal de 1980 -art. 513-, en la Propuesta de

⁸³ Vid. Entre otras, SSTS 10 de junio de 1987 (RJ 1987, 4723) y 24 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8229).

⁸⁴ Vid. STS 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43).

Anteproyecto de Código Penal de 1983 -art. 437-, en el Proyecto de 1992 -art. 444-, incluso, más recientemente, en el Proyecto de Código Penal de 1994/1995. En éste, en el apartado segundo del art. 442 se incluía la imprudencia grave que “*diere lugar a la pérdida o destrucción de los documentos o actuaciones recibidos*”⁸⁵. No obstante, se presentaron en el Congreso de los Diputados varias enmiendas de supresión, de este apartado segundo, que fueron aprobadas por unanimidad⁸⁶, de modo que, el Proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados y remitido al

⁸⁵ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994, pág. 69.

⁸⁶ Enmiendas presentadas: el Grupo Parlamentario Vasco propone la supresión de la modalidad culposa del delito de infidelidad en la custodia de documentos por abogado o procurador, porque la misma conducta realizada por autoridad o funcionario público -arts. 390 y 393 del Proyecto- solamente castiga la modalidad dolosa y no la culposa (Enmienda núm. 99, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 138). En el mismo sentido, pero haciendo referencia a Jueces, Magistrados, Fiscales y demás funcionarios, el Grupo Popular entiende que si a éstos no se les reprocha la versión culposa de esta conducta por qué ha de serle reprochada a abogados y procuradores (Enmienda núm. 461, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 233). Ambas son aprobadas por unanimidad en el Debate en la Comisión de Justicia e Interior, Sesión del día 7 de junio de 1995 (“Diario de Sesiones”, número 516), pág. 1033. De otra parte, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria presenta una enmienda de modificación de dicho apartado segundo (Enmienda núm. 1069, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 381) que es rechazada en el Debate en la Comisión de Justicia e Interior, Sesión del día 7 de junio (“Diario de Sesiones”, número 516), pág. 1034.

Senado ya excluía del Texto definitivo -art. 457 Proyecto, actual art. 465 CP-⁸⁷ la sanción de la modalidad culposa.

Por consiguiente, en virtud del principio de intervención mínima, la comisión imprudente del delito de infidelidad en la custodia de documentos por abogado o procurador quedará relegada al ámbito de la responsabilidad disciplinaria procesal y colegial⁸⁸.

4. Las formas imperfectas de ejecución.

La *consumación* del delito de infidelidad en la custodia de documentos por abogado o procurador se produce con la realización de todos los elementos del tipo -concepto formal-, con independencia de que se alcancen o no los fines perseguidos por el autor -concepto material-⁸⁹. El delito se consuma con la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o

⁸⁷ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-13, de 19 de julio de 1995, pág. 1547.

⁸⁸ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 150 y 162.

⁸⁹ Vid. ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1943; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 151.

actuaciones irremplazables o de suma importancia para la consecución del proceso, por lo que la realización de cualquiera de dichas acciones, no sólo impedirá o distorsionará su *correcto desarrollo*, sino que también lesionará el *correcto funcionamiento de la función jurisdiccional*⁹⁰.

En cuanto a las *formas imperfectas de ejecución*, BENÉYTEZ MERINO entiende que únicamente las modalidades de la acción de destrucción e inutilización consisten en operaciones de carácter material, y al tener por objeto una cosa material - documentos o actuaciones-, se trata “de un proceso de causación de un daño” a dichos documentos o actuaciones. Por ello, cabe la *tentativa*. Sin embargo, por lo que se refiere a la modalidad de ocultación, entiende que, al ser una simple omisión, se consuma con la mera inactividad frente al requerimiento de devolución del Secretario Judicial. De modo que en estos supuestos no cabrían las formas imperfectas de ejecución⁹¹.

Por contra, PÉREZ CEPEDA entiende que, no sólo la destrucción o inutilización, sino también la ocultación, son

⁹⁰ En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 142.

⁹¹ BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4355.

operaciones de carácter material sobre un objeto material, y que nos encontramos frente la realización de un daño a dichos documentos o actuaciones, cuya destrucción, inutilización u ocultación afectará al buen funcionamiento de la Administración de Justicia. Por consiguiente, la *tentativa* puede apreciarse cuando abogado o procurador hayan practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir la destrucción, inutilización u ocultación de los documentos o actuaciones, y sin embargo, ello no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor -art. 16.1 CP-⁹².

En nuestra opinión, no es de recibo el planteamiento de BENÉYTEZ MERINO, porque la ocultación es una modalidad activa. Pero incluso, caso de poder equipararse dicha acción con un comportamiento omisivo o en comisión por omisión en virtud del art. 11 CP, como planteábamos en páginas anteriores⁹³, la tentativa es aceptada por la doctrina tanto en los delitos de

⁹² PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 142) señala, por ejemplo, que, si se borran algunos datos de cierta importancia de un documento pero éste no queda inutilizado, porque pueden leerse, todavía, los datos originales, nos encontramos frente una tentativa del delito de infidelidad en la custodia de documentos. Entre la doctrina que considera que cabe la tentativa, tanto acabada como inacabada, en el tipo del art. 465 CP, Vid., entre otros, ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1943; SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal. PE II, ob.cit., pág. 903; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 151; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 196.

⁹³ Vid. Segunda parte. Capítulo segundo, *supra* II.2.2 c).

omisión como en los delitos de comisión por omisión⁹⁴. Por ello, nos parece más razonable la tesis de PÉREZ CEPEDA, en el sentido de admitir la tentativa tanto en la conducta de destrucción o inutilización, como en la de ocultación de documentos o actuaciones. Ahora bien, respecto a ésta debe hacerse una matización: en primer lugar, la tentativa, tanto acabada como inacabada, puede predicarse cuando el abogado o procurador da principio a la ejecución del delito, por ejemplo, intentando destruir o inutilizar un documento, y practica todos o parte de los actos que objetivamente debería haber producido dicha destrucción o inutilización, pero no lo consigue por causas ajenas a su voluntad, si con dicha actuación se ha puesto en peligro el *correcto desarrollo del proceso*, lo que deberá generar consecuencias punitivas; en segundo lugar, y en el mismo sentido, también generará consecuencias punitivas el intento de ocultar un documento, pero debe tenerse presente que la acción de ocultación es una modalidad de simple actividad, lo que impide apreciar la tentativa acabada, aunque admite la tentativa inacabada.

⁹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 474.

En atención al bien jurídico protegido, ya señalábamos que la operatividad del precepto debe restringirse a aquellos documentos o actuaciones de entidad suficiente para el curso del proceso y no a aquellos que tengan escasa o nula relevancia. De modo que, en principio, si son estos últimos los que se destruyen, inutilizan u ocultan, ello no supondrá el inicio de una acción penal, sino que la respuesta a dichas acciones deberá provenir del ámbito disciplinario procesal y de las normas deontológicas y disciplinarias específicas de la profesión de abogado y procurador.

Ahora bien, si el abogado o procurador piensa que el documento que está destruyendo, inutilizando u ocultando tiene importancia para el *correcto desarrollo del proceso*, pero en realidad dicha acción no lesiona ni el desarrollo del proceso, ni ninguno de los derechos o garantías que lo comprenden podemos encontrarnos frente varias soluciones.

La primera de ellas, sería analizar la tentativa únicamente desde el desvalor de acción del sujeto, a partir de un fundamento del castigo de la tentativa puramente subjetivo. Se atiende a la voluntad del sujeto orientada a la comisión de un delito, manifestada mediante un acto de ejecución. Así, si abogado o

procurador, con la destrucción, inutilización u ocultación del documento, quería lesionar el correcto desarrollo del proceso y sus fines, la conducta sería punible en grado de tentativa, al margen de la idoneidad o no, de lesionar o poner en peligro el bien jurídico⁹⁵.

Por contra, si como en nuestro caso, se parte de un concepto de antijuricidad que requiera, no sólo la constatación del desvalor de acción sino también del desvalor de resultado, se exigirá, junto a la voluntad de realizar la conducta típica -esto es, el desvalor de acción, lo subjetivo-, la puesta en peligro de un bien jurídico -esto es, el desvalor de resultado, lo objetivo-. De acuerdo con ello, si falta el desvalor de acción, porque no existe voluntad de lesionar, o bien el desvalor de resultado, porque no existe la mínima puesta en peligro del bien jurídico, no podrá apreciarse la tentativa.

Ahora bien, algunos autores sostienen que si valoramos la conducta del sujeto “*ex ante*”, objetivamente podría admitirse que el sujeto pretendía la consumación del delito. En este caso, la tentativa sería punible, aunque “*ex post*” dicha consumación

⁹⁵ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 461 y ss; QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 585 y ss.

hubiera devenido imposible. Si ello se acepta, resulta irrelevante que la inidoneidad de la acción se deba, por ejemplo, a la inidoneidad del objeto -documento o actuación-⁹⁶.

No obstante, tal como hemos manifestado, cuando nos encontramos ante la completa ausencia de desvalor de resultado, es decir, cuando el bien jurídico no puede ser objetivamente lesionado por la conducta realizada, el comportamiento deberá calificarse, bien como una tentativa absolutamente inidónea, bien como un delito absolutamente imposible, supuestos en los que debe prescindirse de la intervención del derecho penal⁹⁷.

Por consiguiente, desde que se inicia la fase ejecutiva, ésta debe suponer ya una puesta en peligro para el bien jurídico protegido, de modo que, si desde un principio, el documento o actuación no era relevante para el desarrollo del proceso, entonces no se creará ninguna situación de riesgo para el objeto de tutela -ausencia del desvalor de resultado-. Por lo que, o bien

⁹⁶ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 468 y ss; QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 595 y ss.

⁹⁷ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 460 y ss; QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 583 y ss.

constituirá una tentativa inidónea no punible⁹⁸, o incluso podemos considerar que nos encontramos frente un delito imposible. Porque aun siendo los actos realizados adecuados, dicho delito no podrá culminarse por inexistencia de objeto, siempre y cuando entendamos por objeto, el idóneo para cometer el tipo, esto es, que fuere un documento relevante para aspectos sustanciales del proceso.

Otro caso distinto puede darse cuando se destruye, inutiliza u oculta un documento, pero no se produce finalmente la obstrucción porque en el juzgado se encuentra una copia de seguridad del mismo. Frente a esta situación puede considerarse, de un lado, que si el documento es relevante para el proceso, se produce entonces la situación de peligro, por lo que, es posible “sancionar dicha conducta en grado de tentativa”⁹⁹. Y, de otro, que si la Administración de Justicia dispone de copias de seguridad de los procesos sumarios, ello permitirá -como en alguna ocasión ha sucedido- “desbaratar la acción penal por el

⁹⁸ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 142.

⁹⁹ En este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 143.

sencillo expediente de la destrucción o extravío voluntario de las actuaciones documentales”¹⁰⁰.

En nuestra opinión, si bien es cierto que en el caso anterior el abogado o procurador no ha conseguido la finalidad perseguida con su actuación, esto es, afectar el *correcto desarrollo del proceso*, no podemos obviar que tal efecto no ha llegado a producirse, no porque no haya practicado todos o parte de los actos que objetivamente deberían haber producido dicha obstrucción, sino porque la Administración de Justicia disponía de una copia de seguridad de dicho documento, esto es, tenía la posibilidad de evitar que el peligro generado por la actuación del sujeto llegara a convertirse en lesión del bien jurídico. Por consiguiente, entendemos que podrá apreciarse la tentativa. Ahora bien, también es posible considerar que, frente a este supuesto, quizás, no sea necesario recurrir a la vía penal, sancionando el comportamiento de estos profesionales, únicamente, por la vía disciplinaria. Pero ello supondría castigar penalmente la conducta de aquellos sujetos cuando no exista copia de seguridad y, disciplinariamente cuando el juzgado disponga de ella. Por lo que, el recurso a la vía penal o

¹⁰⁰ En este sentido, QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986.

disciplinaria, ya no dependería de la afectación que dicha actuación suponga para el *correcto desarrollo del proceso*, sino de si existe o no copia de seguridad del documento destruido, inutilizado u ocultado. Y , en nuestra opinión, recurrir a una u otra vía no puede depender exclusivamente de este único dato.

De otra parte, en relación a la modalidad de la acción que consiste en *ocultar*, si ésta, como señala GONZÁLEZ RUS, consiste en hacer desaparecer del proceso los documentos o actuaciones, “aunque sean hallados o recuperados después”¹⁰¹, el delito se consuma, siempre que, pese a esa recuperación posterior, ya se haya obstaculizado o impedido con su ocultación la marcha o los fines del proceso. Porque si ello no es así, si no se obstaculiza o impide el curso o los fines del proceso, dicha conducta, o bien constituirá una tentativa en comisión por omisión¹⁰², o bien deberá permanecer en el ámbito disciplinario. Ello dependerá de si el documento era o no relevante para aspectos sustanciales del proceso.

¹⁰¹ GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 541 y 542.

¹⁰² Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 143. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 474) señalan que en los delitos de comisión por omisión, “la tentativa comenzará cuando el sujeto omite las obligaciones inherentes a su posición de garante con el fin de producir el resultado”.

5. Causas de justificación.

En atención al bien jurídico que consideramos protegido en este tipo penal, de forma mediata, el *correcto funcionamiento de la función jurisdiccional*, y de forma inmediata, el *correcto desarrollo del proceso*, a través del que se desempeña aquella función, y constituyendo la infracción del deber profesional únicamente su presupuesto, pero no su razón de ser, podemos avanzar que, por lo que se refiere a los delitos de deslealtad profesional de abogado o procurador, en principio, no parece factible la concurrencia de ninguna causa que justifique la conducta desleal de estos profesionales del derecho.

En este punto, únicamente anotaremos aquellas causas que la doctrina se plantea como de posible alusión teórica, pero de imposible aplicación práctica. Su desarrollo lo realizaremos con ocasión del art. 467 CP que recoge, junto a la deslealtad frente a la Administración de Justicia, la deslealtad hacia el cliente, por entender que ése es el ámbito idóneo para su discusión¹⁰³.

¹⁰³ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1991.

Así, no podrá alegarse nunca la eximente del ejercicio legítimo de oficio -art. 20.7 CP-, mas aún cuando el delito de infidelidad en la custodia de documentos viene configurado por un abuso del ejercicio de su profesión¹⁰⁴. El abogado o procurador no puede destruir documentos que comportan el sobreseimiento de la causa por falta de pruebas y, luego pretender ampararse en el ejercicio legítimo de oficio. Únicamente, es posible alegar dicha eximente cuando partimos de un ejercicio efectivamente *legítimo*, o cuando se pretende conseguir algo justo. En este último supuesto, las conductas de abogado o procurador, no obstante violar sus deberes deontológicos, se encuentran permitidas por el ordenamiento jurídico, pero nos encontraremos entonces más bien frente un estado de necesidad -art. 20.5 CP- (colisión de deberes); así por ejemplo, cuando el abogado o procurador destruye, inutiliza u oculta un documento para obtener la libertad de una persona que debía concederse. Ahora bien, si dicha acción la realizan porque pretenden que se rechace una querrela, entonces no podremos hablar, en ningún caso, de estado de necesidad¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 162.

¹⁰⁵ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 379; QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1991.

Por su parte, algún autor estima que, si el abogado o procurador realiza alguna de las conductas típicas que recoge el art. 465 CP, porque se encuentra amenazado por su cliente o por un tercero, es posible plantearse, por lo que se refiere a la exculpación, el miedo insuperable -art. 20.6 CP-, que responde a la idea de la no exigibilidad de otra conducta. Pero el comportamiento realizado por estos profesionales no podría quedar nunca justificado¹⁰⁶, dada, entre otras razones, la interpretación absolutamente restrictiva que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, hace del criterio de la inexigibilidad de otra conducta -fundamentador del miedo insuperable-.

6. Situaciones concursales.

¹⁰⁶ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 162.

Tal como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1998¹⁰⁷, si como consecuencia de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones se perjudica de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados a abogado o procurador, dicho perjuicio no responde a la previsión legal establecida en el art. 465 CP, sino que deberemos estar a lo que dispone el art. 467.2 CP. Así, si abogado o procurador, como consecuencia de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones, perjudica los intereses de su cliente, podremos apreciar un concurso de delitos, ideal o medial -art. 77 CP-, entre el tipificado en el art. 465.1 CP y el delito de deslealtad profesional para con su cliente del art. 467.2 CP¹⁰⁸. En este supuesto, PÉREZ CEPEDA señala que el hecho de destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones “puede constituir uno de los elementos del delito de perjuicio de los intereses del cliente” -coincidencia parcial-, al exigir que el perjuicio ocasionado deba

¹⁰⁷ STS 12 de enero de 1998 (RJ 1998, 43).

¹⁰⁸ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 153 y 163. PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 111 y ss) denomina a estas situaciones “delitos-consecuencia”, es decir, cuando como consecuencia de la revelación de secreto de las actuaciones (art. 466 CP) o de la destrucción, inutilización u ocultación de documentos del proceso (art. 465 CP), se perjudican los intereses del cliente (art. 467.2 CP). En estos supuestos, el problema se solucionará acudiendo a las reglas del concurso de delitos -ideal o medial- del art. 77 CP.

estar relacionado con el proceso. Es decir, nos encontramos frente a una lesión al correcto desarrollo del proceso y, además, frente un perjuicio para los intereses del cliente¹⁰⁹. Ello confirma que el art. 465 se refiere a la vertiente pública de la actuación profesional porque si la infidelidad en documentos beneficia al cliente, también hay delito. Si se perjudica no habrá un delito sino dos.

También es imaginable la situación en la que documentalmente se ocultan actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial -art. 465 CP- y, posteriormente, se revela su contenido declarado secreto -art. 466 CP-, por ejemplo, a un medio de comunicación¹¹⁰. Frente esta situación, puede entenderse que se produce un concurso real de delitos, dado que nos encontramos ante dos actuaciones distintas¹¹¹, o bien considerarse que existe un concurso medial, donde, como resultado de las reglas del art. 77 CP, se aplicará la pena prevista

¹⁰⁹ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 112.

¹¹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1986.

¹¹¹ Vid. en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 153 y 163.

para la infracción más grave, esto es, la del art. 465 CP en su mitad superior¹¹².

Consideramos que en este supuesto existen dos hechos perfectamente diferenciados, y ello abre las puertas tanto a las reglas del concurso real como ideal. Pero parece más adecuado y lógico entender que la ocultación previa de dichas actuaciones se realiza para posteriormente revelar su contenido y no para mantenerlas ocultas, ya que, si es la autoridad judicial quien las ha declarado secretas, pese a su ocultación, tendrá conocimiento de ellas. Por consiguiente, parece más oportuno acudir a las reglas del concurso ideal medial, esto es, se comete el primer delito para cometer el segundo, hay relación de medio a fin, porque la ocultación previa es medio necesario para posteriormente proceder a su revelación.

De otra parte, es posible plantear situaciones concursales con delitos que lesionen bienes jurídicos personales. Por ejemplo, cuando el abogado o procurador, intencionadamente, destruyen, inutilizan u ocultan documentos del proceso, con la finalidad de que el juez o Tribunal dicte una sentencia

¹¹² Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 112 y 113.

condenatoria, y así sucede; sin embargo, si éstos hubiesen dispuesto de los documentos probatorios destruidos, inutilizados u ocultados, que demostraban la inocencia del cliente, no se hubiera producido dicho pronunciamiento. Frente esta situación la solución a aplicar vendrá dada por las reglas del concurso ideal medial entre el delito de destrucción, inutilización u ocultación de documentos del art. 465 CP y el delito de deslealtad profesional para con su cliente del art. 467.2 CP¹¹³.

Como hemos visto, el delito de infidelidad en la custodia de documentos está previsto en la norma penal en el art. 465 CP, pero también viene recogido en el tipo del art. 413 CP. A pesar de que las conductas típicas de destrucción, inutilización u ocultación, coinciden en ambos preceptos, la delimitación de los sujetos activos -el art. 465 se refiere a abogado o procurador, y el

¹¹³ En este sentido, PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 113 y ss) señala que, dado que el art. 467.2 CP abarca los perjuicios procesales, podemos entender que la norma abarca, también, “la producción de cualquier resultado perjudicial que aparezca como consecuencia de la realización del riesgo o la conducta jurídicamente relevante”. En consecuencia, el resultado quedará abarcado por el fin de protección de la norma. Por contra, si ello no fuera así, acudiríamos al concurso de delitos. De otra opinión, parece ser BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 153, nota 27 y pág. 163) que plantea la posibilidad de un concurso medial entre el tipo del art. 465 y el delito contra la libertad del sujeto, aunque entiende que, en estos supuestos lo más probable es que los perjuicios ocasionados en los particulares, “por las demoras ocasionadas en el proceso” se recojan “en la responsabilidad civil derivada del delito”. Sobre este punto se hará hincapié en el Capítulo cuarto de esta segunda parte.

art. 413 recoge a la autoridad o funcionario público-, así como la referencia en el primero a que abogado o procurador deben actuar en el ejercicio de su profesión, con abuso de la misma, en un proceso concreto, imposibilita la aparición de un concurso de leyes¹¹⁴.

Sin embargo, si el sujeto activo es el Abogado del Estado, que actúa en un proceso como director técnico de la Administración y recibe, en esa calidad, los documentos o actuaciones del proceso, es posible plantearse tal concurso normativo. Como señalábamos en páginas anteriores¹¹⁵, entendemos que entre el tipo del art. 413 y el art. 465.1 se produce un concurso de leyes que se resuelve por el criterio de especialidad del art. 8.1 CP, resultando aplicable el art. 465.1 CP. Y ello porque el Abogado del Estado cuando interviene en un proceso como director técnico de la Administración desempeña una función pública, en el mismo sentido en que también son públicas las funciones del abogado -del art. 465.1- en relación al proceso. Por consiguiente, este último precepto recoge

¹¹⁴ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 162.

¹¹⁵ Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* I.2.1.

suficientemente la totalidad del desvalor de las infidelidades documentales cometidas por el Abogado del Estado.

En otro orden de cosas, es posible plantearse la situación en que el abogado o procurador tenga conocimiento de la comisión de un delito, y sin haber participado en él, realice la acción de destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones, con el fin de impedir que se descubra la identidad del autor o el delito. En tal caso, deberá apreciarse concurso de delitos entre el tipo del art. 465 CP y el delito de encubrimiento del art. 451.2º CP¹¹⁶.

También debemos tomar en consideración la posibilidad de que, como consecuencia de la destrucción o inutilización del documento, se produzca un delito de daños (arts. 263 y ss CP), dado que el art. 465 CP únicamente valora el documento como medio probatorio y no recoge su valor intrínseco. Por ello, BENÍTEZ ORTÚZAR considera que, si el documento destruido o inutilizado tiene un valor histórico incalculable, que, por ejemplo, se ha aportado a la documentación del proceso por su gran

¹¹⁶ Vid. en este sentido, SERRANO-PIEDRECASAS, *“La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit., pág. 416. En el mismo sentido, POVEDA PERDOMO, *“Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995”*, ob.cit., pág. 196.

trascendencia probatoria, puede dar lugar a un concurso ideal entre el delito de infidelidad en la custodia de documentos y el delito de daños¹¹⁷. Incluso, podríamos tomar en consideración el tipo del art. 323 CP. BENÉYTEZ MERINO va más allá y señala que, la conducta de destruir o inutilizar un documento o actuación es reducible a la causación de un daño, pero éste -a tenor del precepto- únicamente pretende impedir el correcto desarrollo del proceso. Ahora bien, aunque dicho daño no se encuentra como elemento del tipo es posible deducirlo. Por ello, plantea una situación concursal entre el tipo del art. 465 CP y el específico delito de daños del art. 264.1.1º CP. Pero los daños que se realizan para impedir el libre ejercicio de la autoridad (art. 264.1.1º CP) “se solapan y coinciden con la conducta consistente en destruir o inutilizar un proceso judicial que tiene como finalidad inherente la de obstaculizar el ejercicio de la función judicial”. De modo que la solución vendrá dada por el concurso de leyes del art. 8 CP, y en concreto deberá acudirse al criterio de alternatividad recogido en su apartado 4º, por lo que, de acuerdo

¹¹⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 163.

a lo que dispone, resultará aplicable el art. 264.1.1º CP, al castigar la conducta con mayor pena¹¹⁸.

En relación a la infidelidad en la custodia de documentos por funcionario público -art. 413 CP-, puede plantearse como hipótesis, en primer lugar, aquella situación en la que el funcionario público oculta un documento, para alterar alguno de sus elementos o requisitos esenciales. En este supuesto el delito de falsedad cometido por funcionario público -art. 390 CP- puede desplazar el delito del art. 413 CP; o bien, en segundo lugar, si el funcionario público una vez alterado el documento, previamente oculto, lo reintegra, claro está, con dicha modificación o alteración, puede apreciarse un concurso entre ambos delitos¹¹⁹. En este sentido, y en relación a la conducta del abogado o procurador, cabe la posibilidad de que la alteración de alguno de los elementos o requisitos esenciales de un documento, a través de la acción de “inutilización”, pueda constituir, también, un delito de falsedad documental del art. 392 CP, dado el carácter público de dicho documento. Por

¹¹⁸ BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4356. Asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 143.

¹¹⁹ Vid. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, ComNCP, ob.cit., pág. 1815.

consiguiente, si dicho documento alterado, se reintegra con posterioridad al proceso, podrá apreciarse un concurso ideal medial entre el delito previsto en el art. 465.1 CP y el delito de falsedad documental, dado que la falsedad documental es el medio empleado para provocar la obstrucción del proceso¹²⁰.

En último lugar, es posible que el tipo del art. 465 CP concorra con el delito de estafa procesal del art. 250.1.2º, que recoge como modalidad de ésta, la que se realice “*con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal*”. Ello puede suceder cuando, por ejemplo, abogado o procurador, con engaño -mediante la alteración de requisitos esenciales del documento- y ánimo de lucro, inducen al juez a error, y ello suponga que dicte una resolución “injusta” determinante de un acto de disposición en perjuicio de la otra parte procesal o de un tercero¹²¹. Frente a estos supuestos, PÉREZ CEPEDA entiende que, además del concurso ideal medial con el delito de falsedad, el delito de deslealtad profesional de abogado o procurador del art. 465.1 CP puede quedar desplazado por el delito de estafa procesal del art. 250.1.2º CP, puesto que en este último caso la solución

¹²⁰ Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 143 y 144.

¹²¹ Vid. STS 7 de junio de 1989 (RJ 1989, 5049).

concurral vendrá dada por el concurso de leyes del art. 8 CP, en concreto por el criterio de especialidad de su apartado 1^o¹²².

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

A lo largo de las páginas precedentes ya hemos ido delimitando la configuración del apartado segundo del art. 465 CP, por lo que aquí recogeremos aquello que consideramos más relevante del mismo.

1. El particular.

En primer lugar, y, a tenor de su redacción, donde se incriminan *“los hechos descritos en el apartado primero de este artículo”* cuando sean cometidos por un particular, consideramos

¹²² PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 144.

que nos encontramos frente al delito común correspondiente al delito especial impropio del apartado primero, por faltar la cualidad especial del sujeto, esto es, ser abogado o procurador¹²³. Sin embargo, el apartado segundo no incrimina la misma conducta que éstos, realizada por un particular, porque ello no es posible.

De una parte, porque el particular no puede realizar la conducta de destrucción, inutilización u ocultación con “abuso de su función”, en la medida en que no sólo no son profesionales del derecho, sino que tampoco mantienen una relación profesional en el marco de un proceso judicial en el que actúen como tales, y por consiguiente, no se aprovechan de dicha función que no poseen. Y de otra parte, porque en la ley procesal penal no se prevé que a un particular se le entreguen “las actuaciones procesales para evacuar un traslado”¹²⁴. De modo que, faltando los presupuestos del apartado anterior, no queda otra opción, como acertadamente plantea GARCÍA ARÁN, que entender que el apartado segundo, cuando se refiere a los “hechos” del apartado primero realizados por un particular,

¹²³ Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* II.

¹²⁴ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4356.

abarca únicamente los comportamientos de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones, no reconociéndose los elementos normativos que únicamente pueden concurrir en los profesionales del derecho¹²⁵.

De acuerdo con ello, y en segundo lugar, en este apartado segundo, por tanto, debe delimitarse, no sólo la figura del *particular*, sino también, los *documentos* que puede destruir, inutilizar u ocultar, en tanto en cuanto no pueden recibirlos en traslado.

La escasa doctrina al respecto es vacilante, no sólo por lo que se refiere al sujeto activo de este apartado segundo, sino también en cuanto al objeto material sobre el que se realiza la acción típica. Así, por lo que se refiere a la figura del *particular*, la doctrina apunta, de un lado, a los colaboradores del abogado o procurador que hayan tenido acceso a los documentos que aquellos hayan recibido en traslado¹²⁶; de otro lado, a aquella persona que realiza los actos de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones procesales

¹²⁵ GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 293.

¹²⁶ Vid. GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 293.

“aprovechando el momento en que se encuentran en poder del abogado o procurador”¹²⁷; e incluso llega a considerarse sujeto activo de este apartado segundo, a cualquier persona, se encuentre o no relacionada con el proceso¹²⁸.

Consideramos que no puede ser cualquiera, sino que el particular debe tener alguna relación con el proceso en cuestión, y lesionar, mediante la destrucción, inutilización u ocultación del documento o actuación, el *correcto desarrollo del proceso*. Con dicha actuación debe afectarse por tanto el desenvolvimiento objetivo del proceso, su buena marcha, su resolución y sus fines. De la misma manera que exigíamos que, el abogado o procurador del apartado primero tengan alguna relación con el proceso, el particular de su apartado segundo también debe tenerla, porque el delito recogido en ambos tipifica “*infidelidades en la custodia de documentos o actuaciones*”. Así, el particular, que no es ni abogado, ni procurador, estaría relacionado con la “custodia”, aunque no ocupando la posición del profesional que recibe “en traslado”. En suma, en primer lugar, el particular debe tener alguna relación con el proceso porque nos encontramos frente “infidelidades”. En segundo lugar, podemos observar que el concepto de “particular” se opone al concepto de “profesional” utilizándose, curiosamente,

¹²⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., págs. 1986 y 1987.

¹²⁸ Vid. SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal. PE II, ob.cit., pág. 903.

la terminología paralela a la de funcionarios (funcionario-particular), lo que indica nuevamente la dimensión pública de estos profesionales (a efectos, “cuasifuncionarios”). Y, en tercer lugar, si es un abogado quien realiza estas conductas sin tener ninguna relación con el proceso, por ejemplo, un pariente de la víctima que, además, es abogado, actúa como un particular del apartado segundo del art. 465 CP.

De acuerdo con todo ello, en principio, en el ámbito del apartado segundo, entre otros, caben los siguientes sujetos activos: el particular que es parte en el proceso concreto; el particular que actúa por sí solo en un procedimiento, en el que no es preceptiva la intervención de abogado o procurador (por ejemplo, en el juicio de faltas); el particular, licenciado en derecho, que interviene en un proceso al mismo tiempo como profesional y parte, al permitir la ley que desempeñe por sí mismo la representación y defensa técnica, aunque no esté colegiado¹²⁹. También, podemos entender incluido al graduado social o técnico en relaciones laborales, que no se encuentra recogido en el apartado primero, pese a su consideración como

¹²⁹ Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 166.

profesional del derecho en la rama de lo social¹³⁰. Aunque, quizás, el legislador, al configurar este apartado segundo, haya pensado más en aquellas personas que desempeñan su función en calidad de “oficiales habilitados” del abogado o procurador o en calidad de “pasante”, ya que éstos pueden disponer de “la documentación del despacho en el que prestan sus funciones”¹³¹.

2. Los documentos.

Mayor complejidad plantea determinar qué documentos o actuaciones puede el particular, destruir, inutilizar u ocultar. Entre la doctrina no existe unanimidad, así, ORTS BERENGUER entiende que las actuaciones o documentos los debe haber recibido en traslado el particular o su representante en el

¹³⁰ Vid. En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 166; MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., págs. 229 y 230. Asimismo, Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* I.2.3.

¹³¹ Vid. En este sentido, MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 230. De otra parte, GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 542) considera que, de forma eventual, el apartado segundo del art. 465 CP podrá incluso servir de base para sancionar conforme a él los comportamientos de abogado y procurador que hayan resultado atípicos respecto al apartado primero.

proceso¹³², mientras que POVEDA PERDOMO señala que los abogados y procuradores “los pueden recibir a efectos de preparar sus actuaciones” y los particulares “los pueden obtener en razón de que de ellos se requiera un dictamen (por ejemplo una traducción o peritazgo) o para que su testimonio dé cuenta del contenido de alguna pieza procesal”¹³³. De otra parte, GONZÁLEZ RUS considera que el precepto no contempla sólo los supuestos en los que el particular destruye, oculta o inutiliza documentos o actuaciones que ha recibido el abogado o procurador “en traslado”, porque ello supondría considerar atípicos aquellos supuestos “en los que el sujeto directamente destruye documentos que no ha recibido de nadie”, como, por ejemplo, los que tome de la oficina judicial; y no le parece que se encuentre entre “los propósitos del precepto” dejar tal laguna de punición. Este autor entiende que el apartado segundo del art. 465 CP “permite incluir directamente los casos en los que el particular lleva a cabo por sí y directamente la conducta de destrucción u ocultación de unos papeles a los que ha tenido directamente

¹³² ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1943.

¹³³ POVEDA PERDOMO, *“Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995”*, ob.cit., pág. 196.

acceso, con o sin intervención de abogado o procurador alguno”¹³⁴.

En sentido contrario interpreta el precepto mencionado la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998. Ésta remite al pronunciamiento de la sentencia recurrida -de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Tercera de 17 de febrero de 1996-, que rechaza la aplicación del delito de obstrucción a la justicia del apartado segundo del art. 465 CP, por considerar que, *“para que exista el delito contra la Administración de Justicia, es necesario que el agente tenga confiada la custodia documental “por cuyo través se patentiza el conjunto de su conducta”, de manera que quien no ostenta tal custodia no podrá cometer el ilícito así configurado en ninguna de sus posibilidades comisivas”*¹³⁵.

De la misma opinión es BENÍTEZ ORTÚZAR, pero no sólo respecto a los particulares, sino también en relación al abogado y procurador; en este sentido, señala el autor mencionado que si

¹³⁴ GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 542. En el mismo sentido, BENÉYTEZ MERINO (CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4356) señala la aplicación del apartado segundo del art. 465 CP, cuando el particular destruye documentos previamente sustraídos.

¹³⁵ Vid. STS 27 de enero de 1998 (RJ 1998, 97), que recoge un supuesto en el que un particular destruye documentos procesales, que se encuentran en la sede del juzgado correspondiente, aprovechando un momento de descuido de los funcionarios judiciales.

un abogado o procurador destruye documentos procesales de un procedimiento en el que actúa como profesional, cuando los estaba simplemente ojeando en la sede del juzgado, el hecho tampoco será típico respecto al art. 465.1 CP. En su caso, podrá derivarse la conducta a los arts. 413 y ss. CP, así como es posible que realice un eventual delito de daños¹³⁶.

De este modo, en atención a los pronunciamientos judicial y doctrinal mencionados en último lugar, el *requisito de la custodia documental* parece ser el elemento determinante, no sólo cuando la conducta es realizada por abogado o procurador, sino también cuando la realiza un particular. Ahora bien, tenemos que tener presente que únicamente abogado y procurador -por regla general- pueden recibir documentos en traslado y, en consecuencia, son los que únicamente pueden legalmente tenerlos bajo su custodia. Por consiguiente, si dicho requisito se traslada de forma automática al apartado segundo del art. 465 CP difícilmente le encontraremos aplicabilidad al tipo que allí se regula.

¹³⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 160 y 161. Asimismo, dicho autor señala que, por lo que se refiere al funcionario público de la oficina judicial es posible que, debido a la obligación legal que tiene de velar por la custodia de los documentos, pueda determinarse la comisión de alguna de las figuras de infidelidad en la custodia de documentos por funcionario público.

Por ello, consideramos más adecuado estimar que el apartado segundo hace referencia exclusivamente a los “hechos” de destrucción, inutilización u ocultación cuando se remite al apartado primero, pero no a los elementos normativos que también se incluyen en éste. Únicamente debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que los documentos o actuaciones a los que se refiere el apartado segundo del art. 465 deben ser, al igual que exigíamos en su apartado primero, irreemplazables y de trascendencia para el proceso y, en segundo lugar, que cuando el art. 465.2 habla del *particular* no está haciendo referencia a cualquier persona, sino a aquel particular que tiene algún tipo de relación con el procedimiento en cuestión y que por ello puede lesionar, con su conducta, el *correcto desarrollo del proceso y sus fines*. Esto es, a aquel particular que, de una manera u otra, esté relacionado con la “custodia”, aunque debe tenerse presente que ésta no es la misma de los profesionales -que la poseen al recibir los documentos en traslado-, sino que, por ejemplo, es aquella que recibe, o bien, a través del abogado o procurador, o bien, porque interviene en un proceso donde no es preceptiva la presencia de abogado o procurador, etc.

En suma, debido tanto a la inexacta configuración del apartado segundo del art. 465 CP, como también a los olvidos de

que ha hecho gala el legislador penal a la hora de determinar los sujetos activos del apartado primero, posiblemente nos encontremos, o bien frente a la completa inaplicabilidad de este precepto, o bien ante un tipo cuya única función será la de ser utilizado como mero “cajón de sastre”.