

CAPÍTULO CUARTO: LA DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN Y EL PERJUICIO DE LOS INTERESES ENCOMENDADOS¹.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Las últimas modalidades típicas objeto de este estudio -la doble defensa, asesoramiento o representación, del apartado primero del art. 467 CP, así como el perjuicio de los intereses encomendados al abogado o procurador, de su apartado segundo-, no constituyen una novedad, a diferencia de las estudiadas en los capítulos precedentes. Y ello porque las conductas del actual art. 467 CP -aunque la nueva redacción presenta alguna diferencia- tienen como antecedentes los arts. 360 y 361 del anterior Código Penal. Así, el art. 360 ACP castigaba al “*abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión*”, precepto que se corresponde, en parte, con lo recogido en el apartado segundo del art. 467. No obstante, en el Código Penal vigente se excluye, de entre las deslealtades profesionales

¹ A lo largo de este capítulo diferenciaremos, en algunas notas, entre la doctrina referente al ACP y la del CP vigente. Y ello porque su redacción actual implica cambios en su interpretación.

cometidas por abogado o procurador del Capítulo VII, Título XX, la conducta de la revelación de los secretos del cliente de los que hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión, que pasa a pertenecer al Título X, que recoge, entre otros, los delitos contra la intimidad -art. 199 CP-². Por su parte, la “*doble defensa, asesoramiento o representación*”, que con anterioridad regulaba el art. 361 ACP, constituye ahora la conducta incriminada en el apartado primero del art. 467.

Como ya indicábamos al inicio de este trabajo, tales comportamientos delictivos se encontraban ubicados en el texto punitivo derogado dentro del Título VII, relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, y más concretamente en el Capítulo primero, relativo a la prevaricación. De acuerdo con ello, e impropriamente, dichos delitos eran conocidos como “prevaricación de abogados y procuradores”; denominación como se dice impropia, porque, de un lado, dicho concepto está unido a la condición de funcionario

² Disección que ya fue apuntada, de *lege ferenda*, por MORALES PRATS (La tutela penal de la intimidad: privacy e informática, ob.cit., pág. 243) en los siguientes términos: “se vislumbra políticamente necesario trasladar la modalidad típica de violación de secretos, conocidos en el ejercicio de la profesión, al ámbito de una futura tutela penal de la intimidad, que incluya el deber de secreto profesional, ampliamente considerado”.

público de quien la comete³, y de otro lado, porque tal terminología parece más adecuada para los supuestos de resolución torcida en la aplicación del derecho. Por ello, tenía razón GARCÍA ARÁN cuando señalaba, ya a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992, que “las conductas de abogados y procuradores son las de quienes colaboran en el desarrollo del proceso, mereciendo con mayor propiedad la rúbrica que ahora reciben”⁴.

Así, el cambio de denominación de estas conductas, que pasan a ser consideradas actos de deslealtad profesional frente a las anteriormente denominadas “prevaricación de abogado y procurador”, junto a la nueva ubicación sistemática de estos tipos, ahora entre los delitos contra la Administración de Justicia -independizándolos de la prevaricación judicial y administrativa⁵-,

³ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1990.

⁴ GARCÍA ARÁN, “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, ob.cit., pág. 529. Vid., en el mismo sentido, DE DIEGO DíEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, 1996, ob.cit., págs. 9 a 11 y, ABELLANET GUILLOT, “La prevaricación de abogado (...)”, ob.cit., pág. 190. Por su parte, GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 545), no obstante señalar que la nueva ubicación entre los delitos contra la Administración de Justicia es más acertado, considera que “no necesariamente ha de verse afectada la misma como consecuencia de las conductas que se castigan”.

⁵ Aunque, como señala GARCÍA ARÁN (“Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 295)

implican ya una mejora de la regulación respecto al anterior Código Penal⁶. Y ello porque, aunque ya entonces podía entenderse que las conductas del abogado y procurador atentaban a la función pública, en concreto a la función jurisdiccional a través del quebranto efectivo de los derechos del cliente, su ubicación actual entre los delitos contra la Administración de Justicia facilita dicha interpretación, comportando, asimismo, una mejor delimitación de las conductas típicas. En consecuencia, como hemos venido manifestando, consideramos que lo protegido aquí, como en los tipos anteriormente estudiados, es la función estatal de administrar

dicha independización “no puede llevar a olvidar que estamos ante comportamientos contrarios al desempeño de una función pública -la consistente en administrar justicia- que realizan determinados profesionales cuya colaboración en tal desempeño se vincula al ejercicio de deberes fundamentales como el derecho de defensa”.

⁶ Con la Propuesta de Anteproyecto de 1983, MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN (*“Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”*, ob.cit., pág. 1191), ya señalaron que ésta aún consideraba prevaricación “las acciones y omisiones, legalmente descritas, de infidelidad de aquéllos (abogado y procurador) respecto a sus representados o defendidos, y no las actuaciones de los mismos, desleales con la función y fines del proceso, que pueden distorsionar gravemente a aquel”. Consideran que ello era reflejo de la configuración del proceso como proceso “legal”, que dio lugar a entender que “las obligaciones del Abogado y Procurador lo eran sólo frente al cliente, y nunca frente a la potestad del Estado manifestada en el proceso”. Frente a ello, y ya en ese momento, entienden que al proceso -debido- se le debe “asignar fines diversos y acordes con un Estado social y democrático de Derecho, en el que la igualdad ante la Ley tiene un contenido material evidente, y que obliga a contemplar la posición del Abogado -y también del Procurador- desde otra perspectiva que debe reflejarse, también, en la normativa penal”. Lo que, en principio, podemos afirmar se ha conseguido con el Código Penal de 1995.

justicia, destinada a la resolución de conflictos sociales, que deberá llevarse a cabo a través de los estrictos cauces de un proceso.

De este modo, abogado y procurador son colaboradores de la Administración de Justicia específicamente en el *desarrollo del proceso*, al tiempo que se erigen en portadores de los *intereses de las partes* en las actuaciones procesales que éstas deben llevar a cabo. Asimismo, el proceso en el que intervienen constituye el momento a partir del cual entran en contacto con el desempeño de la función jurisdiccional, lo que da sentido a la incriminación de estos comportamientos. Por tanto, las deslealtades de abogado y procurador afectan al derecho a un proceso debido. Con sus conductas, estos profesionales lesionan el derecho del cliente a la *tutela judicial efectiva* o el *derecho de defensa*, derechos éstos que se encauzan a través del instrumento del proceso.

Ahora bien, podría pensarse que en el ámbito del art. 467 CP, como así lo considera un sector doctrinal, se protege junto a la función jurisdiccional, los *intereses del cliente*⁷. Esto es, dichos

⁷ Vid. en este sentido, en relación al ACP -art. 361-, ORTS BERENGUER, Derecho Penal. PE, 1993, ob.cit., págs. 448 y ss. En relación al CP de 1995, GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., págs. 544 y ss y, CANCIO MELIÁ, ComCP, ob.cit., pág. 1220.

comportamientos del abogado y procurador constituirán deslealtades frente a la Administración de Justicia y, además, deslealtades frente a los intereses de sus clientes, al considerar que en estos supuestos la deslealtad profesional afectaría, ante todo, a la relación de confianza del cliente con el abogado o procurador. Sin embargo, y de acuerdo con lo mantenido hasta el momento, puede establecerse que las conductas desleales de abogado y procurador lesionan los fines de la función jurisdiccional, y éstos sólo pueden alcanzarse a través del proceso judicial. Así, si el proceso existe para los ciudadanos, con el objeto de resolver sus conflictos sociales, cuando como consecuencia de la realización de alguna de las conductas típicas se afecte a los *intereses del cliente*, y partiendo de la base de que la finalidad es garantizar el derecho a un proceso debido, *únicamente deberán protegerse los perjuicios susceptibles de ser directamente conectados con el proceso.*

En este punto, cabe recordar y recuperar lo señalado al inicio de este trabajo cuando nos referíamos a los *intereses de los clientes*⁸. Ya entonces considerábamos que los clientes, cuando son defendidos y representados por el abogado o procurador en un proceso, mantienen, al menos, dos clases de intereses: de

⁸ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* II.3.

una parte, el interés en acceder al proceso, que éste se desarrolle con todas las garantías y que concluya con una resolución motivada, es decir, básicamente lo que se corresponde con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva; y, de otra parte, además, el interés en que la resolución final les resulte favorable y responda a sus pretensiones concretas. Y aunque la pretensión de que la resolución les resulte favorable, como ha señalado el Tribunal Constitucional, no pertenece a tal derecho fundamental, desde el punto de vista del cliente, es evidente que la satisfacción de su pretensión constituye la razón principal por la que acude al profesional.

El primero de ellos, el interés del cliente en la obtención de tutela judicial efectiva, lo hemos conceptualizado como *intereses procesales* para diferenciarlo del segundo, esto es, el *interés en la satisfacción de la pretensión*. Así, cuando hablamos de la *protección de los intereses procesales del cliente* estamos haciendo referencia a la tutela de un interés claramente público que: a) forma parte del correcto desarrollo del proceso debido; y b) es la razón por la que el abogado o procurador son colaboradores de la función pública de administrar justicia. Por tanto, el abogado y procurador como colaboradores de la actividad jurisdiccional desarrollada a través del proceso merecen el reproche penal en aquellos casos

en que lesionan los intereses procesales del cliente. En consecuencia, con ello se descarta un hipotético conflicto entre los intereses procesales del cliente y la actividad jurisdiccional, aunque es posible plantear la colisión con el segundo de los intereses, es decir, entre los intereses procesales del cliente y las pretensiones últimas de éste. Así, por ejemplo, en el ámbito del art. 467 CP la realización por parte del abogado de alguna práctica dilatoria puede resultar beneficiosa para la pretensión de su cliente. Frente esta situación, y de acuerdo con lo mantenido a lo largo de este trabajo, es decir, que la deslealtad profesional se manifiesta en relación al proceso, la solución a dicho conflicto deberá resolverse a favor de los deberes del abogado o procurador respecto de dicho proceso, y no a favor del beneficio de la pretensión.

En consecuencia, los intereses lesionados han de ser compatibles con derecho y proceso. Ello supone que únicamente *los intereses procesales se vinculan al derecho al proceso debido como cauce reglado y exclusivo de prestación de tutela judicial efectiva.*

Ahora bien, no podemos olvidar que el derecho al proceso debido incluye asimismo el respeto al *derecho de defensa*. Éste se

refiere al conjunto de actividades que realiza el abogado de preparación y formulación de pretensiones con el fin de hacer valer ante los órganos judiciales los derechos del cliente. Por tanto, el *derecho de defensa* incluye también la *defensa de las pretensiones* materiales del cliente y su resolución favorable, lo que le proporciona un contenido relativamente más amplio que el contenido esencial de la tutela judicial efectiva, que no incluye la satisfacción de dicha pretensión material. En suma, el derecho de defensa es un derecho instrumental al proceso debido y a la prestación de tutela, pero con un ámbito más amplio que alcanza la satisfacción de las pretensiones del cliente. Además, una de las manifestaciones en que se realiza el fundamental derecho a la defensa es el derecho a la defensa técnica, y el fin de dicha asistencia letrada supone, no sólo garantizar el correcto desarrollo del proceso, sino también la defensa de las pretensiones del cliente.

De este modo, el abogado o procurador con sus actos desleales afecta a los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución. La afectación producida por la actuación de estos profesionales debe suponer un quebranto efectivo del derecho de defensa del cliente, la imposibilidad o dificultad de ejercitar dicha garantía procesal en defensa de sus intereses y pretensiones. En

suma, lo relevante penalmente es que el perjuicio ocasionado por la conducta desleal de estos profesionales resulta del hecho de lesionar el derecho de defensa del particular. Con ello se le impide disfrutar del derecho a un proceso judicial con las garantías reconocidas en el art. 24 CE, y es la ofensa a tal derecho lo que constituye la esencia del delito.

De todo ello se deduce que la afectación de dicho derecho de defensa lleva como resultado la afectación de la pretensión del cliente. Así, el derecho al proceso debido no sólo incluye lo que hemos denominado *intereses procesales* sino que, y a través del derecho de defensa, también incluye *las pretensiones del cliente*. En consecuencia, la referencia del apartado segundo del art. 467 CP al *perjuicio manifiesto de los “intereses que le fueron encomendados” incluye los intereses procesales y las pretensiones materiales*. Sin embargo, debe tenerse presente que las segundas -la afectación de la pretensión- son consecuencia de las primeras -la afectación de los intereses procesales-, por lo que, en aquellos casos en que no se violan los intereses procesales pero se lleva a cabo una mala defensa técnica en relación al contenido material de la pretensión, en principio, no cabe la operatividad del art. 467 CP. Las razones en contra de incluir aquí también la mala defensa técnica de la pretensión de fondo son varias: en

primer lugar, el art. 467 exige el perjuicio “manifiesto”, elemento típico restrictivo cuya concurrencia resulta discutible en aquellos casos en que se han respetado los plazos, se han presentado los recursos, etc., pero se ha mantenido una alegación o argumentación insuficiente, lo que inclina a pensar que el perjuicio “manifiesto” es más contrastable en los casos de los perjuicios procesales en los que, de todas formas, podría incluirse la ausencia total de alegación o argumentación. En segundo lugar, y en aras a una interpretación restrictiva del ámbito del delito imprudente, se ha puesto de manifiesto que, en principio, puede resultar inconveniente acudir al Código Penal para sancionar la carencia de conocimientos técnicos o la mala formación profesional⁹; y en tercer lugar, la prestación profesional defectuosa en cuanto a la defensa material de la pretensión y la falta de diligencia en la búsqueda de una resolución favorable a la misma, no sólo no afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (que no incluye el derecho a la resolución favorable), sino que debería permanecer en el ámbito de la responsabilidad civil por los perjuicios derivados de cualquier prestación de servicios incorrectamente desempeñada.

⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1993.

De este modo, la clave para distinguir entre las actuaciones que suponen responsabilidad penal y aquellas que, o bien se mantienen en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria apreciada por los órganos colegiales, o bien reciben respuesta jurídica por la vía civil, radica en la constatación de la afectación a este bien jurídico público que no sólo se encuentra presente en este precepto penal -art. 467-, sino en todos los tipos objeto de este estudio. Así, aquí, y de acuerdo con el principio de intervención mínima y de *ultima ratio*, el legislador únicamente ha castigado las lesiones de cierta entidad de abogado y procurador a la función jurisdiccional, siempre que hayan originado perjuicios a los intereses que le fueron encomendados, en tanto que el Estado es el titular del servicio público de la actividad jurisdiccional a través del cauce del proceso debido, ostentando el particular la condición de perjudicado por el delito. Por tanto, a la hora de solucionar aquellos supuestos en que los perjuicios se causen, no ya por violar los intereses procesales sino, por ejemplo, a consecuencia de una mala defensa técnica por carencia de conocimientos técnicos, hay que concluir que únicamente cabe una interpretación restrictiva del precepto, capaz de limitar su ámbito de acción exclusivamente a los

supuestos que resulten especialmente graves por afectar al bien jurídico protegido¹⁰.

En este sentido, la delimitación del ámbito típico del art. 467 CP se halla íntimamente unida a las reglas disciplinarias del Estatuto General de Abogados y del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales. Y ello es así, porque, como hemos señalado¹¹, estas normas estatutarias como las normas deontológicas de la abogacía española recogen, entre otros deberes, el de defender los intereses del cliente¹² y la prohibición de la defensa de intereses contrapuestos en relación a los que está defendiendo¹³; asimismo, entre las obligaciones del abogado y procurador se encuentra la misión de defensa del asunto confiado¹⁴. Sin embargo, y de acuerdo a la interpretación

¹⁰ Vid. en este sentido, GARCÍA ARÁN, *“Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., págs. 295 y ss.

¹¹ Vid. Primera parte. Capítulo segundo, *supra* I.1.

¹² Vid. arts. 3 y 10 EGA (RD 658/2001) y 2 EGPT (RD 2046/1982). Vid. también, art. 3 del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

¹³ Vid. Norma 3.2 del Código de deontología de los abogados de la Comunidad Europea. Vid. SANTAELLA LÓPEZ, *Ética de las profesiones jurídicas (...)*, ob.cit., págs. 57 y ss.

¹⁴ Vid. art. 42.1 y 2 EGA (RD 658/2001) que reza así: “1. Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional. 2. El abogado realizará diligentemente las

restrictiva del tipo, de una parte, el incumplimiento de sus deberes profesionales, esto es, su falta de ética y probidad, dará lugar a responsabilidad disciplinaria, nunca a responsabilidad penal; pero, y de otra parte, no debemos olvidar que la infracción de dichos deberes profesionales se encuentra conectada con la responsabilidad penal, ya que dicha infracción profesional constituirá su presupuesto.

Ahora bien, para que las conductas recogidas en el art. 467 CP sean relevantes penalmente será necesario que la lesión producida por la actuación del profesional suponga un quebranto efectivo del derecho de defensa. Es decir, la imposibilidad o dificultad de ejercitar dicha garantía procesal en defensa de sus intereses o pretensiones. Fuera de estos supuestos sólo cabrá acudir, por tanto, a la responsabilidad civil o disciplinaria. De este modo, se excluye del ámbito penalmente relevante la sanción de los perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales, así como la infracción del código deontológico por parte del profesional.

actividades profesionales que le imponga la defensa del asunto encomendado, ateniéndose a las exigencias técnicas, deontológicas y éticas adecuadas a la tutela jurídica de dicho asunto (...)"; y art. 14 EGPT (RD 2046/1982). Vid. también, arts. 37 y ss del Proyecto de EGPT, de 6 de mayo de 2000.

Por último, y con carácter previo al estudio de las conductas incriminadas en el art. 467 CP, cabe reiterar dos premisas básicas que guiarán la interpretación del precepto. En primer lugar, aunque en él se tipifican dos conductas distintas (en su apartado primero la doble defensa, asesoramiento o representación y, en su apartado segundo, el perjuicio de los intereses encomendados), el nexo de unión de ambos comportamientos se encuentra en el marco en que los mismos se desarrollan: el proceso, pues estos profesionales, con su conducta, no garantizan el derecho a un proceso debido -por ejemplo, impidiendo que surja o perjudicando durante su transcurso los intereses de los clientes-; o dicho a la inversa, impiden su correcto desarrollo al afectarse los derechos y garantías que lo rodean. En segundo lugar, y de acuerdo con lo sostenido a lo largo de este trabajo, ha de insistirse en que no compartimos aquellas posturas doctrinales que defienden, de un lado, que las conductas castigadas en este precepto no tienen por qué estar necesariamente relacionadas con la actividad

jurisdiccional o el proceso¹⁵; y de otro lado, que el interés jurídico se centra en los intereses particulares del cliente¹⁶.

En todo caso, las referencias a la “afectación” al bien jurídico quedan abiertas a la posterior precisión acerca de si dicha afectación se lleva a cabo mediante conductas de lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Podemos adelantar que, consideramos que en el tipo de doble defensa o representación del apartado primero del art. 467 se pone en peligro el derecho de defensa del particular, al ser este derecho limitado o impedido por la conducta desleal de estos profesionales, no garantizándose, entonces, el derecho al proceso debido. A diferencia de su apartado segundo, que recoge el tipo de perjuicio de los intereses encomendados, pues en este se lesiona el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva o cualquiera de las garantías establecidas en el apartado segundo del art. 24 CE; lesionándose así los derechos y garantías que rodean al debido proceso, instrumento a través del que se ejerce la función jurisdiccional.

¹⁵ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 544; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., págs. 808 y ss; BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4363.

¹⁶ Vid. nota núm. 7.

II. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO.

De los delitos objeto de este estudio, únicamente los delitos de doble defensa o representación y el perjuicio a la parte se encuentran presentes, de forma similar a nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, en el Derecho penal alemán e italiano. Aquí, no pretendemos realizar un estudio exhaustivo de su regulación, ni de su tratamiento jurisprudencial, sino que, sólo a grandes rasgos, recoger los elementos que caracterizan estas normas.

En el párrafo 356 del StGB, entre los delitos contra los funcionarios, aparece la figura del *Parteiverrat*, la prevaricación de abogados. Aunque su literalidad -traición a la parte-, en principio, ya podría avanzar la esencia de esta norma, esto es, la deslealtad hacia sus clientes, no creemos, como en el caso español, que ello sea la finalidad que persigue. En su párrafo primero se tipifica la conducta del abogado o de cualquier otro profesional del derecho que actúa de forma contraria a su deber profesional, al prestar consejo o asesoramiento legal en el mismo asunto jurídico a las dos partes enfrentadas. Correspondiéndose con el apartado primero del art. 467 CP, el delito de defensa de intereses contrarios. Su párrafo segundo recoge un tipo que cualifica al primero, convirtiéndose en delito más grave, cuando el abogado actúa de acuerdo con la parte contraria, en perjuicio de la parte que le había encomendado inicialmente su defensa¹⁷.

De la misma manera que sucede en el ordenamiento español, lo que se pretende recoger es el peligro que ocasiona el

¹⁷ Vid. el párrafo 356 StGB, que reza así: “Un abogado o cualquier otro profesional del derecho, que en su calidad de abogado, en los asuntos que le hayan sido confiados en tal calidad preste servicios de manera ilegal o contraria al deber, mediante el consejo o asesoramiento en el mismo asunto jurídico a las dos partes, será castigado con una pena de prisión de tres meses a cinco años”.

“Si actúa de acuerdo con la parte contraria en perjuicio de su parte, será castigado con una pena de prisión de uno a cinco años”.

hecho de que un abogado preste consejo o asesoramiento en un mismo asunto a la parte contraria, cuando previamente había asumido la defensa de los intereses de la otra parte. Así, el tipo básico se comete cuando el abogado sirve o aconseja en un mismo proceso a dos partes con intereses contrapuestos. A estos efectos por “servir” se entiende cualquier actividad profesional de naturaleza jurídica, mediante la cual ha de ser defendido el interés de una parte. De modo que el abogado actúa de forma antijurídica cuando contraviene sus deberes profesionales. Y ello porque aconseja a la otra parte, en el mismo asunto jurídico, con un interés contrapuesto. Lo decisivo es, por tanto, la contraposición de intereses que hay que extraer de acuerdo a los fines concretos de las partes y a las instrucciones recibidas. Desde el punto de vista subjetivo, el autor deberá actuar con conciencia de la existencia de “la identidad de la relación jurídica material y la contraposición de intereses”¹⁸.

En opinión de OTTO, en el tipo cualificado, que se produce cuando el abogado actúa de acuerdo con la parte contraria y en perjuicio de su parte, no es necesario que dicho daño o perjuicio se haya producido a causa de la actividad del sujeto activo. En

¹⁸ Vid. OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 5., *neubearbeitete Auflage*, Berlín, 1998, págs. 511 y 512.

estos casos, es suficiente con que el autor sepa o conozca que actúa en detrimento de la situación jurídica de la otra parte¹⁹.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido, de una parte, MAURACH considera que el párrafo 356 tutela, al mismo nivel, dos bienes jurídicos, de un lado, los intereses de los clientes y, de otro, la confianza que los ciudadanos tienen en la función social de la institución de la abogacía²⁰. De otra parte, RUDOLPHI estima que lo que pretende proteger este precepto es sobre todo el buen funcionamiento de la abogacía y el resto de profesionales del derecho, tanto respecto del comportamiento de las obligaciones profesionales externas como internas²¹. Ahora bien, es OTTO quien, al igual que nosotros en relación al Código Penal español, considera que lo protegido por el precepto es la Administración de Justicia, es decir, la confianza en la integridad de la Administración de Justicia; entendiendo, asimismo, que el deber de lealtad del abogado ante el cliente es sólo un reflejo de esa protección. De acuerdo con ello, el consentimiento de los

¹⁹ OTTO, *Grundkurs Strafrecht (...)*, ob.cit., Rn. 37, pág. 512.

²⁰ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 2*, Juristischer Verlag, C.F. Möller, Heidelberg, 1991, Rn. 2, pág. 257.

²¹ RUDOLPHI/HORM/GÜNTHER/SAMSON, "Comentario al párrafo 356 StGB", en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2 Besonderer Teil*, Luchterhand, 1994, Rn. 3, pág. 84.

clientes será irrelevante, pues no se protegen sus intereses sino los de la Administración de Justicia²².

En el Código Penal italiano encontramos, entre los delitos contra la Administración de Justicia, la conducta del defensor o consultor técnico que infringiendo sus deberes profesionales, provoca un perjuicio a los intereses de la parte que él defiende, asiste o representa ante la autoridad judicial -art. 380-²³. Delito que se corresponde, en parte, con el apartado segundo de nuestro art. 467 CP. Y ello, porque en este precepto se prevén, además, dos agravantes: a) la primera resulta aplicable cuando el autor perjudica a su cliente, previo acuerdo con la parte adversaria; y b) la segunda se aplica cuando el que resulta perjudicado es el imputado. Además, en el art. 381 se castiga al defensor o consultor técnico que, en un procedimiento ante la autoridad judicial, presta contemporáneamente su patrocinio o

²² OTTO, *Grundkurs Strafrecht (...)*, ob.cit., Rn. 29 y Rn. 35, págs. 511 y 512.

²³ El art. 380 del Código Penal italiano reza así: *“El patrocinador o consultor técnico que, volviéndose infiel a sus deberes profesionales, provoca daño a los intereses de la parte por él defendida, asesorada o representada ante la autoridad judicial, es castigado con la reclusión de uno a tres años y con la multa no inferior a un millón de liras. La pena es aumentada: 1) si el culpable ha cometido el hecho colaborando con la parte adversaria; 2) si el hecho se ha cometido en perjuicio del imputado. Se aplica la reclusión de tres a diez años y multa no inferior a dos millones de liras, si el hecho se ha cometido en perjuicio de una persona imputada por un delito al cual la Ley conmina cadena perpetua o bien la reclusión superior a cinco años”*.

su asesoramiento legal en favor de partes contrarias, pudiendo realizarse, además, por persona interpuesta. Asimismo, también recoge una segunda conducta, que se realiza cuando tras haber defendido, representado o asesorado a una parte, asume, en el mismo procedimiento y sin su consentimiento, la defensa o asesoramiento de la parte adversaria²⁴. Esta segunda conducta delictiva se correspondería con el delito de doble defensa o representación del apartado primero del art. 467 CP.

Respecto de estos tipos penales -arts. 380 y 381 del Código Penal italiano-, la mayoría de la doctrina considera que su finalidad es proteger el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Así, FIANDACA y MUSCO señalan que “el bien protegido es prevalentemente individualizado en el interés en garantizar, para el regular funcionamiento de la Administración de Justicia, un mínimo de corrección y lealtad por

²⁴ El art. 381 del Código Penal italiano reza así: “El patrocinador o consultor técnico que, en un procedimiento ante la autoridad judicial, presta contemporáneamente, también por persona interpuesta, su patrocinio o su consulta a favor de partes contrarias, es castigado, cuando el hecho no constituye un delito más grave, con la reclusión de seis meses a tres años y con la multa no inferior a doscientas mil liras. La pena es de reclusión hasta un año y multa de cien mil a un millón de liras, si el patrocinador o el consultor, después de haber defendido, asistido o representado a una parte, asume sin el consentimiento de ésta, en el mismo procedimiento, el patrocinio o la consulta de la parte adversaria”.

parte de los patrocinadores y consultores técnicos”²⁵. MANZINI señala que “el objeto de la tutela penal, en relación con la incriminación de las prevaricaciones de los patrocinadores judiciales, es el interés concerniente al normal funcionamiento de la Administración de Justicia, y precisamente a la Actividad Judicial, en cuanto conviene garantizar con la sanción penal, un mínimo de fidelidad y de corrección en el ejercicio del patrocinio judicial, como actividad íntimamente conectada con la Administración de Justicia”²⁶. Asimismo, según PANNAIN debido al sujeto activo hablamos de un delito contra la Administración de Justicia, ya que aquél incumple sus deberes de colaborar con la justicia²⁷. Aquí, la tutela penal no viene constituida por un interés privado, sino que lo que prima es el interés en la recta Administración de Justicia²⁸.

Por otro lado, y por lo que se refiere al *segreto sumarial* -art. 466 CP-, el Código procesal penal alemán (*Strafprozessordnung*)

²⁵ FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. I, Bologna, 1997, pág. 300. En este sentido, ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*, Giuffrè, 2000, págs. 493 y ss.

²⁶ MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. V, Torino, 1982, págs. 1008 y 1009.

²⁷ PANNAIN, R., “Prevaricazione e infidelità dei patrocinatori”, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, pág. 811.

²⁸ CANTARANO, C., *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Padova, 1978, pág. 357.

no lo recoge, pero la doctrina considera que el principio del secreto sumarial es uno de los principios que informan el proceso penal²⁹. El párrafo 353 StGB señala una pena de detención de hasta un año o multa para el que revelare, públicamente, el contenido del sumario en curso, de forma íntegra o parcial antes de la celebración de la audiencia pública o de la conclusión del procedimiento. Dicha norma, que no es especial porque puede infringirla cualquiera, se asemeja a la recogida en el art. 684 del Código Penal italiano, que tipifica la publicación *“en todo o en parte, también por resumen o a modo de información, de actos o documentos de un procedimiento penal, del cual se ha prohibido su publicación por Ley”*; aunque ésta es considerada, únicamente, como falta. Quizás, por lo que aquí respecta, la norma más cercana al caso español sería la del art. 326 del Código Penal italiano, que castiga la revelación del secreto instructorio por funcionario público.

²⁹ Vid. en relación a los principios procesales penales, GÓMEZ COLOMER, J-L, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 43 a 53.

**III. EL APARTADO PRIMERO DEL ART. 467 DEL CÓDIGO
PENAL. LA DOBLE DEFENSA O REPRESENTACIÓN DE LA
PERSONA QUE TENGA INTERESES CONTRARIOS.**

Como ya ha sido señalado, la conducta típica recogida en el apartado primero del art. 467 CP -la doble defensa, el asesoramiento o la representación³⁰ se corresponde con lo recogido en el art. 361 ACP³¹; sin embargo, la nueva redacción

³⁰ Art. 467.1: “El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o representa en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado (...)”.

³¹ Art. 361 ACP: “El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defendiere o representare después,

presenta diferencias en la descripción típica de la conducta. Así, el vigente Código Penal hace alusión, respecto del primer cliente, al asesoramiento, la defensa o la representación, mientras que en el ACP no se incluía expresa referencia al “asesoramiento” respecto de este primer cliente. Por lo que se refiere al segundo cliente, el tipo exige la defensa o representación, excluyendo la conducta de “asesoramiento”; mientras que en la regulación anterior el tipo se realizaba, además, cuando “lo aconsejare”. Asimismo, se sustituye el término “negocio” -“la defensa o representación en el mismo negocio”- por el de “asunto” -“la defensa o representación en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios”-, lo que supone una mejora técnica en su redacción³². Y, por último, se sustituye la expresión “parte” -“la defensa o representación de una parte”- por la de “persona” -“la defensa o representación de alguna persona”-. Frente a ello, la doctrina ha entendido que no se requiere que la defensa o

sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado (...)”.

³² BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 220) entiende por “asunto”: “todo caso en el que intervenga el abogado o el procurador en el ejercicio de las funciones que le son exclusivas y excluyentes como titulares de la dirección técnica y defensa y de la representación del particular, respectivamente, ante los Tribunales de Justicia. En este sentido, formarán parte del concepto “asunto” aquellas actuaciones previas de estudio del caso y posterior asesoramiento a la parte llevadas a cabo por el abogado como paso previo a instar el procedimiento concreto, incluso cuando el abogado recomienda a su cliente -tras el estudio del caso- no instar a los Tribunales de Justicia”.

representación lo sea de una parte en sentido “procesal”, permitiéndose, entonces, la aplicación del tipo cuando existan intereses contrarios, independientemente de que exista una “litispendencia” entre las personas mencionadas por el tipo³³.

Por contra, y con razón, MUÑOZ CONDE señala que lo que tiene en cuenta el precepto es el carácter contencioso de los litigios en los que hay dos partes enfrentadas, con intereses contrapuestos³⁴. Por ello, es lógico que el abogado que asesora o defiende a una de las partes, o el procurador que la representa, no pueda pasar después a defender o representar a la parte contraria, salvo previa autorización del primer cliente.

Tras estas aclaraciones, en las páginas que siguen estudiaremos los elementos que configuran la conducta típica, esto es: en primer lugar, la doble defensa o representación y, respecto del asesoramiento, analizaremos si el asesoramiento sólo se tiene en cuenta para definir el presupuesto típico: “haber asesorado al primer cliente” o también por conducta típica :

³³ Vid. ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1947; QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 220 y 221; CANCIO MELIA, ComCP, ob.cit., pág. 1221.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 809.

“asesorar al segundo”. En segundo lugar, en relación con el conflicto de intereses que debe existir, entre el primero y el segundo cliente, observaremos si cabe o no exigir para su consumación la producción de un perjuicio efectivo de los intereses del primer cliente. Y, en tercer lugar, por lo que se refiere a la figura del consentimiento, que conlleva la atipicidad de la conducta cuando el primer cliente consiente esa segunda relación profesional, analizaremos, de un lado, los requisitos que rodean al mismo, atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, de otro lado, entraremos a considerar si cabe extender la exigencia del consentimiento también al segundo cliente o si, por contra, en atención al bien jurídico protegido, el consentimiento del primer cliente debería ser irrelevante y, por tanto, no debería haberse incluido en la descripción típica de la conducta. Asimismo, como hemos venido realizando respecto de las anteriores conductas delictivas cometidas por abogado o procurador, también se hará referencia al tipo subjetivo, a las formas imperfectas de ejecución y a las situaciones concursales que pueden plantearse cuando se produce esta doble defensa o representación.

1. La conducta típica.

Ante un asunto concreto, el abogado y el procurador, como profesionales del derecho, asumen la defensa y representación, respectivamente, de una persona, física o jurídica. La acción prohibida por la norma del apartado primero del art. 467 CP se producirá entonces cuando en el mismo asunto se defienda a la parte contraria, o bien se ejercite la representación de la otra parte con intereses contrapuestos. De ello se deduce que la doble defensa o representación se configura como un delito de *simple actividad* que se consume por la mera realización de la conducta prohibida, sin exigirse, para su apreciación, la causación de un resultado material de perjuicio para los intereses del primitivo cliente³⁵. Además, relacionado con ello, entendemos que desde el punto de vista de la antijuridicidad, se trata de un tipo de peligro. No obstante, y aunque del texto punitivo no se desprende tal exigencia, algún sector doctrinal y cierta jurisprudencia han estimado, de una parte, que debe exigirse la producción efectiva de un perjuicio para los intereses del primitivo cliente, tanto procesales como materiales. De este

³⁵ Vid. en este sentido, respecto al anterior Código Penal: MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 126 y GARCÍAS PLANAS, “*Prevaricación de abogados y procuradores*”, ob.cit., pág. 48. En relación al Código Penal vigente: DEL MORAL GARCÍA, CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796 y ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (..)*”, ob.cit., pág. 197.

modo, y en aras a evitar la interpretación de este delito como la mera infracción de un deber, se le dotaría de un contenido material propio³⁶. De otra parte, la mayoría de la doctrina entiende que, aunque no es necesario que se produzca un efectivo perjuicio al cliente, al menos, debe existir un peligro concreto para los intereses de la parte que defiende (nuevamente, tanto procesales como pretensiones materiales o de fondo)³⁷.

La posición aquí mantenida se aparta de lo anterior. En coherencia con lo defendido a lo largo de este trabajo, así como en las páginas precedentes de este capítulo, consideramos que la conducta aquí recogida supone la afectación al correcto desarrollo del proceso y sus fines. Y ello porque, de un lado, se infringe uno de los principios rectores del proceso, como es el *principio de*

³⁶ Vid. en este sentido, QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992, GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546 y STS 6 de julio de 1970 (RJ 1970, 3202).

³⁷ Vid. en este sentido, respecto al anterior Código Penal: SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 686 y BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 440. En relación al vigente Código Penal: MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 239; BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4366 y CANCIO MELIÁ, ComCP, ob.cit., pág. 1221. Por su parte, SERRANO-PIEDECASAS (“*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 421), entiende que se trata de un delito de peligro abstracto. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE (“*La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal*”, ob.cit., pág. 2), en contra de dicha posición señala que, “la idea de que mediante este delito se protege, en todo o en parte, el interés particular de las personas no ofrece respaldo alguno”.

contradicción, al que se refiere el apartado primero del art. 24 CE cuando prohíbe la indefensión y, además, su apartado segundo cuando recoge el derecho a un proceso con todas las garantías, la primera de las cuales viene constituida por la posibilidad de contradicción; de otro lado, porque se limita o infringe el *derecho de defensa* de las partes, derecho que se apoya, asimismo, en dicho principio de contradicción³⁸. Con este punto de partida creemos que debe mantenerse la distinción entre intereses procesales y pretensiones de fondo o intereses materiales o particulares. Luego, concretando el bien jurídico en el derecho de defensa, se proporcionará, como ya señalaba GARCÍA ARÁN, el contenido material reclamado por la doctrina para evitar la interpretación de este delito como una infracción meramente formal³⁹. Así, si bien es cierto que nos encontramos frente a un tipo de peligro, que se configura como un tipo de acción, dicho peligro no debe predicarse de las pretensiones materiales o particulares, sino de los intereses procesales, y concretamente del derecho de defensa del particular. Aunque no debe obviarse que, junto a la afectación del derecho de defensa, y como consecuencia de la actuación desleal del profesional, con toda

³⁸ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* III.3.

³⁹ GARCÍA ARÁN, “*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, *ob.cit.*, págs. 296 y 297. En el mismo sentido,

probabilidad se producirá un perjuicio a los intereses particulares del cliente.

1.1. La defensa, el asesoramiento o la representación.

El comportamiento típico consiste en asesorar, tomar la defensa o representación, de una persona en un proceso concreto y, o bien posteriormente, o bien simultáneamente, en el mismo asunto y sin el consentimiento de ésta, asumir la defensa o representación de la persona con intereses contrarios. De modo que, como en su momento ya apuntamos, abogado y procurador deben mantener una relación cliente-profesional, real y vigente, en el instante en que se producen los hechos⁴⁰. Esto es, entre estos profesionales y aquellas personas que en un mismo asunto mantienen posiciones enfrentadas debe haber una aceptada relación profesional⁴¹.

PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 173 y 174.

⁴⁰ Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* I.1.

⁴¹ Vid. ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1946; DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 16.

Las intervenciones del abogado o procurador en el proceso son de distinta naturaleza. Así, respecto del *procurador*, únicamente cabe la doble representación, puesto que entre sus funciones no entra ni el asesoramiento jurídico ni la defensa de la parte⁴², funciones éstas últimas que desempeña en exclusiva el abogado. De este modo, la conducta típica del procurador se producirá cuando, habiendo tomado la representación de una persona, en una causa judicial, sin el consentimiento de ésta, represente en el mismo asunto a la parte con intereses contrarios, ya sea simultánea o sucesivamente⁴³. En todo caso, es necesario que el procurador haya aceptado actuar como tal en un asunto concreto. Es decir, debe haber realizado algún acto procesal en dicha calidad, ya que el mero hecho del otorgamiento del poder o mandato de la parte contraria no es suficiente para entender que se produce la doble representación⁴⁴. Y ello es así

⁴² Vid. art. 438.1 LOPJ.

⁴³ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 545; ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1946; BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4366; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 175; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 219.

⁴⁴ En este sentido, y en relación al ACP, Vid. SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 687 y GARCÍAS PLANAS, “Prevaricación de abogados y procuradores”, ob.cit., pág. 49. En relación al CP vigente, Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4365; DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 17; POVEDA PERDOMO, “Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de

porque en la práctica forense, de ordinario, los poderes se otorgan a varios procuradores, por lo que, con frecuencia, puede ocurrir que un mismo procurador tenga poder de las dos partes en el litigio, aunque sólo comparezca representando a una de ellas⁴⁵.

En el caso del *abogado*, debe haber realizado un acto de asesoramiento técnico legal respecto del primer cliente -consejo que puede ser verbal o escrito, y que puede realizarse en la etapa previa al proceso o durante su transcurso⁴⁶-; o bien, haber asumido su defensa y, sin el consentimiento de éste, defender en el mismo asunto a quien tiene intereses contrarios. De este modo, para que el delito se cometa es necesario, como presupuesto, que el abogado se haya comprometido a asesorar o a defender en un asunto concreto a una de las partes⁴⁷,

1995”, ob.cit., pág. 201; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 225.

⁴⁵ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. PE, ob.cit., pág.1141 y DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 18.

⁴⁶ Vid. POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 201.

⁴⁷ Vid. asimismo, la STS 9 de octubre de 1972 (RJ 1972, 4031), en la que se señala que el abogado llega a tomar la defensa de una parte al concertar con otro letrado su colaboración en la dirección del procedimiento, “*en cuya gestión redactó el procesado varios escritos que después (...) fueron presentados en el Juzgado del procedimiento*”; esa

quedando por tanto fuera del ámbito típico los contactos informales o las consultas previas realizadas, bien para hacerse cargo del caso, bien para rechazarlo⁴⁸. Y ello, entre otras razones, porque en dicha fase no existe una efectiva relación cliente-profesional⁴⁹. Así, y pese a la dificultad de acotar el término “asesoramiento”, entendemos que en el tipo únicamente se contempla aquella relación cliente-profesional en esa dirección.

función, no suponía, entonces, “(...) una participación puramente accidental, transitoria o secundaria”.

⁴⁸ Así, la STS 22 de diciembre de 1962 (RJ 1962, 4950), señala que, el estudio de un asunto, sin emisión de informe y sin ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales, no supone “tomar la defensa”. Aceptar después la de quien tiene intereses contrapuestos no constituye el delito de deslealtad por doble defensa. En, DE DIEGO DíEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 27 y 28.

⁴⁹ En relación al ACP, Vid. SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 686; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. PE, ob.cit., 1141 y GARCÍAS PLANAS, “Prevaricación de abogados y procuradores”, ob.cit., pág. 49. Respecto al CP vigente, Vid. DE DIEGO DíEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores ob.cit., págs. 16 y 17; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 545; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 223. ABELLANET GUILLOT (“La prevaricación de abogado (...)”), ob.cit., pág. 197) entiende que, la realización de consultas previas, sin tomar parte efectiva en la defensa, podrían ser “actos preparatorios impunes”. Por su parte, MUÑOZ CONDE (Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 809) señala que, para que el asesoramiento pueda dar lugar a la comisión de este delito “requiere que el abogado o procurador haya llegado efectivamente a tener conocimiento del asunto, no bastando, por tanto, una simple conversación o entrevista en la que sólo se revelan hechos notorios o datos sin trascendencia para el asunto en cuestión”. En relación al requisito de la relación específica abogado-cliente, Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 18 de julio de 1996, citada por BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 224, nota 57.

Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR señala que en estos supuestos cabe una *conducta mixta*, que se produciría cuando un licenciado en derecho se colegia como abogado y, posteriormente, se da de baja del mismo y se colegia como procurador. Si en este periodo intermedio asume la defensa de una parte y, posteriormente, asume la representación de la parte con intereses contrarios, por ejemplo, interponiendo un recurso en relación al mismo asunto, o viceversa, realizará el tipo del art. 467.1 CP⁵⁰.

Para realizar la conducta típica, como ya hemos podido observar, es preciso que previamente se haya asesorado o defendido a la parte con intereses contrarios a los de quien ahora se defiende, sin consentimiento del primer cliente. Así, es evidente que si en un proceso concreto se abandona la defensa del primer cliente o se continúa al asumir la defensa de la parte con intereses contrarios, estaremos ante un supuesto típico⁵¹.

⁵⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., págs. 219 y 220.

⁵¹ Vid. ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1946; DEL MORAL GARCÍA, CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796. Vid., asimismo, STS 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4953) y Sentencia 20 de enero de 1994 (AP, 1994-1, ref. 267), recogidas por DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 37 y ss. Esta última recoge la actuación de un abogado que en cada una de las dos sesiones de un mismo juicio de faltas defiende sucesivamente a una y otra parte, sin autorización previa y expresa de su primer cliente.

Ahora bien, puede resultar más complejo dilucidar qué debe entenderse por “*tomar la defensa*”. La mayoría de la doctrina lo interpreta en un *sentido amplio*, es decir, “el de dirigir en el aspecto técnico-legal, bien sea en el proceso o en asuntos extraprocesales”. Esto es, entienden que la conducta de *asesoramiento* se encuentra incluida en el término más genérico de *defensa*⁵². Así, y aunque el precepto únicamente recoge la defensa o asesoramiento del primer cliente, tipificando la defensa del segundo con intereses contrapuestos, pero no el asesoramiento de éste, consideran que el precepto también tipifica de forma implícita el *doble asesoramiento*. Quizás dicha interpretación venga originada, de una parte, por la redacción de esta conducta en el ACP, que recogía como conducta típica el defender o simplemente aconsejar al segundo cliente en el mismo asunto⁵³. De otra parte, es posible que también avale

⁵² Vid. en este sentido, DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 17; ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1946; QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 809; MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 239; BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., págs. 4364 y ss.

⁵³ Así, SÁNCHEZ OCAÑA (CP comentado, 1990, ob.cit., págs. 686 y 687), señala que el consejo debe estimarse “cuando el profesional haya llevado a cabo aunque sea un mero asesoramiento circunstancial”. GARCÍAS PLANAS (“*Prevaricación de abogados y procuradores*”, ob.cit., pág. 49), señala que, el abogado tiene que llegar “a dirigir en el aspecto

dicha interpretación, el entendimiento de que las infidelidades del abogado son respecto a sus defendidos, y la no consideración de las actuaciones de estos profesionales como comportamientos desleales respecto de la función y fines del proceso.

Por contra, y en coherencia con lo defendido hasta el momento, aquí acogemos la interpretación *restrictiva* del concepto “*tomar la defensa*”. Así, el ámbito de protección típica del precepto debe acotarse a las actividades profesionales relacionadas con una “causa judicial de cualquier naturaleza”, en la que sea preceptiva o facultativa la presencia de abogado o procurador⁵⁴. De este modo, y en atención a las especiales características del bien jurídico protegido en todos los delitos objeto de este estudio: *el correcto desarrollo del proceso y sus fines*, será necesario que la relación profesional se dé en el marco de un proceso judicial, donde el abogado y procurador hayan aceptado

técnico legal” o a aconsejar, es decir, “la mera consulta de la opinión del letrado”. RODRÍGUEZ DEVESA (Derecho Penal Español. PE, ob.cit., pág. 1141), señala que, “el delito se consuma con el simple asesoramiento técnico de la parte contraria (...), sin que sea precisa la realización de actos que trasciendan al exterior, como presentación de escritos, pronunciar informes, etc.”. En igual sentido que la doctrina citada, BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal. PE, 1991, ob.cit., pág. 440.

⁵⁴ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 120. En el mismo sentido, ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., pág. 197 y PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 175 y 176.

actuar como tales. Respecto del abogado, será necesario que haya asumido la defensa de una persona en relación con un asunto jurídico concreto. Y, respecto del procurador, será necesario que se persone en el proceso o realice algún acto procesal como representante de la parte. Ello supondrá que la defensa o representación del segundo cliente asumida por estos profesionales al margen de la causa judicial, quedará excluida del ámbito de protección de la norma, lo cual no impide que tengan que asumir posibles responsabilidades disciplinarias o civiles.

Asimismo, debemos recordar, en primer lugar, que la relevancia penal de estas conductas desleales se centra en que la actuación profesional debe afectar al correcto desarrollo de la función jurisdiccional, debe impedir que el proceso se desarrolle con todas las garantías, entre las que se encuentra “el derecho de defensa”. Y, en segundo lugar, que de la literalidad del precepto se desprende que, respecto del primer cliente, el profesional puede asumir su defensa o asesoramiento, pero respecto al segundo, que no incluye el asesoramiento, únicamente puede asumir su defensa. Entonces, y en atención a ello, debemos entender que el asesoramiento al segundo cliente no sólo no se encuentra dentro de la descripción típica de la norma, sino que tampoco podemos incluirlo. Y ello es así porque

si el abogado asesora al segundo cliente con intereses contrapuestos, a pesar de que su comportamiento es desleal de acuerdo con las normas deontológicas, dicha conducta no puede considerarse como “tomar la defensa” al no producirse en el marco de un proceso y, en consecuencia, no afectar al derecho de defensa⁵⁵.

De todo ello resulta que no será típica la conducta del abogado que asesora al primer cliente y después asesora en el mismo asunto a la parte contraria⁵⁶; así como tampoco la conducta del abogado que defiende al primer cliente y, posterior o simultáneamente, asesora a la parte contraria. En cambio, como se desprende del precepto, sí será típica la conducta consistente en asesorar al primer cliente y luego asumir la defensa de la parte contraria, en el mismo asunto y sin el consentimiento de aquél.

⁵⁵ En este sentido PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 176) señala que, cuando la conducta del abogado respecto a la parte contraria es simplemente un asesoramiento, no se afecta el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, ni se limita, entonces, el derecho de defensa de alguna de las partes en el proceso.

⁵⁶ GONZÁLEZ RUS (Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 545) califica dicha conclusión como “absurda”.

Frente esta situación y en atención, por un lado, al marco exigible para considerar típicas estas conductas, esto es, el proceso judicial, y por otro lado, al bien jurídico perjudicado por la realización de esta infidelidad, esto es, el derecho de defensa, consideramos que hubiese sido más coherente que el legislador no hubiese incluido, en la descripción del presupuesto típico de la conducta, el asesoramiento del primer cliente. Así, la responsabilidad penal se limitaría a los supuestos de doble defensa o representación.

Ahora bien, dado que decidió incluir el asesoramiento respecto del primer cliente, podría haberlo extendido también al segundo. Así, serían típicos los supuestos de defensa de una parte y asesoramiento de la contraria y, viceversa. Quedando en el ámbito disciplinario y, en su caso, civil, los supuestos de doble asesoramiento, esto es, los asuntos exclusivamente extraprocesales.

De este modo, si, como se desprende del precepto, debemos considerar que cuando el abogado asesora al primer cliente y defiende a la parte contraria, la conducta es típica por afectar al derecho de defensa, lo mismo debería suceder, entonces, cuando el abogado defiende al primer cliente y asesora

a la contraparte. Y ello será así, porque aquí de lo que estamos hablando no es de un simple asesoramiento o consejo, sino de aquel asesoramiento previo al proceso o realizado durante su transcurso. Así, por ejemplo, tan desleal es la conducta del abogado que frente una separación matrimonial asesora al marido y, cuando se plantea la demanda de separación matrimonial, ese mismo abogado, ostenta la defensa de la mujer⁵⁷; como la del que inicia la defensa del marido y, paralelamente, realiza el asesoramiento técnico-legal de la mujer. Y ello debería ser así, porque la protección del derecho de defensa no debe predicarse únicamente del primer cliente, sino que aquí, también, debemos tomar en consideración la protección del derecho de defensa del segundo.

Probablemente, el legislador no ha recogido el supuesto de la defensa del primer cliente y el asesoramiento de la parte contraria debido a que la práctica judicial, en principio, impide dicho supuesto. Y ello porque si el proceso ya se encuentra iniciado, la defensa de la parte contraria deberá desempeñarla otro profesional que será el que se persone en el pleito. Ahora bien, dicha conducta creemos que podría realizarse a través de

⁵⁷ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4366.

otro abogado. Así, dicho supuesto se produciría si un abogado asume la defensa de una parte y no defiende directamente a la contraparte, pero procura la defensa o al menos el consejo en favor de personas particulares en litigios interpuestos contra su mandante, valiéndose para ello de la colaboración de otro profesional -frente la imposibilidad que tenía de comparecer como su defensor legal en los correspondientes procesos judiciales-. Aquí, el abogado necesita de la intervención de un segundo abogado para realizar la conducta típica -cooperador necesario-, pero ello no impide que su actuación sea penalmente relevante, al asumir la defensa del primer cliente y, asesorar al abogado -interpuesto por él- de la contraparte⁵⁸.

1.2. El conflicto de intereses.

⁵⁸ Vid. STS 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4953). BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 222) señala que, en el caso de no poder tipificar esta conducta por el apartado primero del art. 467 -el abogado que asesora personalmente a la parte con intereses contrarios a los de su cliente-, dicho abogado podrá responder por el apartado segundo del art. 467, “al poder considerarse que dicho asesoramiento perjudica de forma manifiesta los intereses de su cliente”. CANCIO MELIÁ (ComCP, ob.cit., pág. 1221) señala que, la eliminación de la referencia al asesoramiento del segundo cliente en el CP vigente plantea problemas para tipificar la conducta aquí ejemplificada, esto es, los casos en los que “la deslealtad se lleva a cabo dirigiendo o asesorando la actuación del segundo cliente mediante un letrado interpuesto”. Por su parte, ORTS BERENGUER (ComCP, ob.cit., pág. 1946), soluciona el problema encajando estas conductas en el “amplio significado conferible a la defensa”.

Para determinar la tipicidad del comportamiento debe constatarse, por un lado, que se trata del mismo asunto⁵⁹y, por otro, que existe una efectiva contraposición de intereses entre las dos partes. Dicho elemento típico ya se encontraba presente en su precepto antecesor -art. 361 ACP-, que castigaba la doble defensa o representación de la parte contraria en el mismo negocio. No obstante, en la redacción actual expresamente se sanciona al abogado o procurador que, en el mismo asunto, defiende o representa a quien tenga intereses contrarios. De modo que, la limitación de la posibilidad de actuación del abogado o procurador viene determinada por la contraposición de los intereses en conflicto y de sus titulares⁶⁰. En consecuencia, la

⁵⁹ BENÉYTEZ MERINO (CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., págs. 4365 y 4366) señala que, “la identidad del asunto debe entenderse en ese sentido amplio de tratarse de la misma contraposición de intereses, aunque se trate de fases distintas”. Así, la jurisprudencia ha considerado que existía este delito, estimando que se trataba del mismo asunto, en un supuesto en que “un abogado asesora a las dueñas de una finca en relación con su venta, haciéndose constar en el documento un precio de venta muy inferior al real, con conocimiento de que había un arrendatario. Poco después el mismo que asesoró actúa como abogado del arrendatario ejercitando la acción de retracto”, STS 29 de abril de 1963 (RJ 1963, 2225). Asimismo, como ya hemos señalado, aquí, “el asesoramiento profesional a las propietarias de la finca se produjo antes del pleito” y, ello supone que, si previamente se ha asesorado a una de las personas enfrentadas en el conflicto, después, cuando el pleito se ha iniciado, ya no puede defenderse a la parte contraria. Vid. asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 177.

⁶⁰ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4365. Asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 177.

ausencia de contraposición de intereses entre ambas partes, determinará la atipicidad de la conducta⁶¹. Y ello es lógico, porque en el ámbito del proceso, en el que las partes aparecen enfrentadas, no siempre existen intereses contrapuestos. Basta pensar en un proceso de separación en el que los cónyuges tengan propuestas coincidentes⁶².

Así, del texto punitivo se desprende que para poder apreciar este delito únicamente es necesario que concurren intereses contrarios, no exigiéndose, entonces, la causación de perjuicio alguno como consecuencia de dicha actuación. No obstante, como ya señalábamos en páginas anteriores⁶³, parte de la doctrina, así como cierta jurisprudencia, consideran -al entender que lo protegido aquí, al igual que en el tipo del art. 361 ACP, es el interés material del cliente- que, aunque no es necesaria la causación de un efectivo perjuicio al cliente, al menos debe exigirse un *peligro concreto para los intereses de la parte que defiende o representa*. En este sentido se pronuncia la STS 25 de mayo de 1996, al señalar que, “*este elemento no surge directamente*

⁶¹ Vid. en este sentido, en relación al ACP, SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob. cit., pág. 687.

⁶² Vid. PÉREZ DEL VALLE, “*La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal*”, ob.cit., pág. 2.

⁶³ Vid. Segunda parte. Capítulo cuarto, *supra* II.1.

*del texto, pero es esencial si el mismo es entendido teleológicamente, es decir, en relación a la salvaguarda de los intereses de la parte defendida por el Abogado*⁶⁴. Incluso se ha señalado, con el fin de dotar al precepto de un contenido material propio, y para evitar entender la contraposición de intereses del tipo de una manera absolutamente formal, que estamos frente una deslealtad profesional que “tiene un contenido de perjuicio para los intereses que el cliente confió al abogado o procurador”, ya que en la defensa o representación del segundo cliente utilizará en perjuicio del primero los conocimientos adquiridos en aquella previa relación profesional⁶⁵.

En contra de lo acabado de señalar y tal como hemos defendido en páginas precedentes entendemos que, si bien nos encontramos frente un delito de peligro, éste se predica del derecho de defensa del particular, al ser este derecho limitado o impedido por la conducta desleal de estos profesionales, no garantizándose, entonces, el derecho al proceso debido. Asimismo, si bien es cierto que el abogado o procurador, con toda probabilidad, se aprovechará de los conocimientos que obtiene de

⁶⁴ Vid. SSTS 25 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4563) y 26 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8894).

⁶⁵ Vid. QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992. Asimismo, la STS 6 de julio de 1970 (RJ 1970, 3202) señala, en este sentido, que, esta figura delictiva “*implica un quebranto, siquiera fuere potencial,*

la primera relación clientelar y los utilizará a favor de la segunda y, en perjuicio de la anterior, dicho perjuicio no debe configurar el contenido material del precepto. Y ello porque entendemos que es la afectación del derecho de defensa lo que dota de contenido material al precepto, derivándose a la vía civil la responsabilidad por el perjuicio causado por dicha actuación desleal.

1.3. El consentimiento.

Para que la conducta de la doble defensa o representación en un mismo asunto de quien tenga intereses contrarios sea típica, se requiere de forma expresa la falta de consentimiento del primer cliente. Pues, si éste autoriza a su abogado o procurador para que defienda o represente a la parte contraria, dicha conducta, en principio desleal, será atípica⁶⁶. Así, el consentimiento del primer defendido o representado, recogido de forma expresa en el texto legal, es una causa de atipicidad. Dicho

de los intereses del primitivo cliente, por aprovechamiento en su contra de datos y ventajas adquiridos por aquél por razón de su oficio (...)”.

⁶⁶ En este sentido, POVEDA PERDOMO (“*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 201), señala que, “tal consentimiento constituye una circunstancia de exclusión absoluta de la tipicidad del hecho”. En similar sentido, PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 178.

consentimiento, como recoge la doctrina y la jurisprudencia, debe ser anterior a la admisión de la defensa o representación de la parte contraria, pues si es posterior el consentimiento no evita la comisión del delito⁶⁷. Así lo ha expresado la STS 20 de enero de 1969 al señalar que, “*la autorización posterior por carta no excluye el tipo*”⁶⁸. Asimismo, y como se desprende de la STS 20 de enero de 1994, dicho consentimiento debe ser expreso, lo que se desprende de la apreciación del delito en un supuesto de doble defensa al asumirse la defensa del querellante en un juicio de faltas y, “*sin obtener autorización expresa de ésta para hacerlo*”, desempeña, en el mismo juicio, la defensa en favor de la parte contraria y contra aquélla⁶⁹.

Como acabamos de observar y como se desprende del texto legal, para excluir el tipo únicamente se exige el consentimiento del primer cliente, no requiriéndose expresamente, en cambio, que el segundo cliente conozca la relación profesional que el

⁶⁷ Vid. en relación al ACP, SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., págs. 686 y 687; GARCÍAS PLANAS, “*Prevaricación de abogados y procuradores*”, ob.cit., pág. 50 y, RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal Español. PE, ob.cit., pág. 1141. En relación al NCP, ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., pág. 197.

⁶⁸ STS 20 de enero de 1969 (RJ 1969, 479).

⁶⁹ STS 20 de enero de 1994 (AP, 1994-1, ref. 267), en DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 40 y 41.

abogado o procurador tiene o tuvo con la otra parte. Frente a ello, un sector de la doctrina considera que debe exigirse también, en orden a una interpretación “mínimamente lógica”, el consentimiento del segundo cliente, ya que si éste desconoce la relación que el abogado tuvo con el primero, no puede considerarse que el consentimiento sea válido, volviendo, entonces, a aparecer la conducta delictiva⁷⁰. Es más, si ello no fuera así, cabría entonces reflexionar “en torno a la deslealtad profesional para con el segundo patrocinado”⁷¹. Ahora bien, si es el segundo cliente quien acude al abogado sabiendo que lo es de la parte contraria para que asuma su defensa en el juicio y aquél acepta, entonces la conducta del segundo cliente deberá sancionarse como una inducción al delito de doble defensa⁷².

De otra parte, también se ha considerado que en el caso de que el primer cliente consienta esa relación profesional, si el segundo desconoce la relación que tuvo el abogado con el primero, no se realizará el tipo de la doble defensa sino el tipo

⁷⁰ Vid. en este sentido, QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992 y, GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546.

⁷¹ Vid. MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, “*Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX*”, ob.cit., pág. 239.

⁷² Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 178 y 179.

del apartado segundo del art. 467 CP, “ya que con su conducta omisiva estará “perjudicando de forma manifiesta” los intereses que le fueron encomendados por este segundo cliente”⁷³.

Asimismo, podría en hipótesis afirmarse que el precepto recoge dos conductas típicas. La primera, recogida expresamente por redacción legal, consiste en asumir la defensa de la parte contraria, sin consentimiento del primer cliente, que de concurrir conllevaría la atipicidad de la conducta. La segunda, que consideramos que también puede incluirse, consiste en asumir la defensa del segundo cliente con el consentimiento del primero pero no del segundo.

Ahora bien, todo ello responde a la idea de que nos encontramos frente un delito de peligro respecto de los intereses del cliente y, por ello se entiende que su consentimiento es causa de atipicidad⁷⁴.

⁷³ Vid. en este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 226. Creemos que aquí lo que se produciría es un concurso de leyes del apartado primero del art. 8 CP. Esto es, de acuerdo al principio de especialidad se aplicará el apartado segundo del art. 467 CP.

⁷⁴ BUSTOS RAMÍREZ (Manual de Derecho Penal. PE, 1991, ob.cit., págs. 440 y 441), en relación al ACP señala que, “en este caso predomina la consideración microsocia, pues se considera el consentimiento del cliente como causa de atipicidad, lo cual no es posible en los delitos que tienen como sujeto pasivo a la colectividad, como es el caso de los delitos contra la Administración pública. De ahí

Por contra, aquí hemos defendido que esta conducta delictiva lo que impide o limita es el derecho de defensa, esto es, dicha conducta afecta al correcto desarrollo del proceso y sus fines. Y dicho derecho subjetivo público fundamental, reconocido a cualquier ciudadano en cualquier clase de procedimiento y que debe respetarse a lo largo de todo su desarrollo y hasta su conclusión, no reúne uno de los requisitos que rodean al consentimiento para que pueda actuar como causa de atipicidad. Así, el ordenamiento jurídico faculta a una persona para que pueda disponer de determinados bienes jurídicos, pero aquí entendemos que éste es un derecho subjetivo público fundamental, y por tanto, irrenunciable e indisponible por parte del sujeto titular del mismo, por lo que ninguna de las partes poseería capacidad de disposición respecto de dicho bien jurídico. En puridad de principios lo protegido en este precepto, así como en los anteriormente estudiados, es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia a través del cauce de un proceso debido, y por tanto, debería partirse de la indisponibilidad de los derechos que de ello se derivan⁷⁵. Sin embargo, el Código Penal

que no tiene sentido esta disposición y debería unificarse con el anterior en un solo tipo legal”.

⁷⁵ En este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 179.

otorga expresamente relevancia al consentimiento del primer cliente.

Así las cosas, para evitar el perjuicio real al principio de contradicción, esta disposición debería ser interpretada en el sentido de exigir también el consentimiento del segundo cliente, en la medida en que dicho principio puede verse afectado también para él.

Como hemos dicho, la falta de consentimiento del segundo cliente, puede reconducirse al párrafo segundo del art. 467, pues con su conducta omisiva puede perjudicar sus intereses. Sin embargo, no resulta imposible entender que este primer párrafo incluye, también, la falta de consentimiento del segundo cliente. Así, si se cuenta con el consentimiento del primero pero no se comunica la defensa anterior al segundo cliente, el abogado que “habiendo tomado la defensa” (del segundo) sigue defendiendo en el mismo asunto (al primero), realiza el tipo del art. 467.1 CP.

2. El tipo subjetivo.

En el tipo se exige que abogado y procurador defiendan o representen, con conocimiento y voluntad, a dos partes antagónicas y enfrentadas en un mismo asunto. Así se expresa la STS 20 de enero de 1994, que señala la concurrencia de dolo en el asunto que resuelve, entendiendo que el dolo propio de este tipo de delitos se encuentra constituido *“por el hecho de defender profesionalmente como abogado a dos partes enfrentadas en un mismo negocio con conciencia y voluntad de lo que se hacía”*⁷⁶.

Asimismo, y de acuerdo con lo hasta aquí defendido, no se exige, por una parte, la voluntad de causar un perjuicio, ni, por otra, la intención de utilizar en contra del primer cliente el conocimiento de datos que puedan perjudicarlo. De modo que

⁷⁶ STS 20 de enero de 1994 (AP, 1994-1, ref. 267), en DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 40 y 41. ABELLANET GUILLOT (*“La prevaricación de abogado (...)”*, ob.cit., pág. 198), afirma que en este delito se prevé la comisión en forma imprudente. Quizás, erróneamente, ha interpretado el apartado segundo del art. 467, extendiéndolo, en su aspecto subjetivo, al primero. Por su parte, MAGALDI PATERNOSTRO (*“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., pág. 126), en relación al ACP, ya señalaba que, “las conductas previstas en el art. 361 son de comisión dolosa, permaneciendo al margen de la normativa penal si fueren negligentemente realizadas aunque tal posibilidad práctica es difícil”. Asimismo, y aunque resulta poco probable que se produzca un error de tipo, si pudiera apreciarse su forma vencible, al no regularse la modalidad imprudente de esta conducta, sería impune. En cuanto al error de prohibición, como señalaba GARCÍAS PLANAS (*“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 50), en relación al ACP, “no cabe bajo ningún concepto por cuanto los sujetos activos del delito son profesionales del Derecho y, por tanto, no pueden desconocerlo y, en consecuencia, en ningún caso pueden tener la creencia errónea de estar actuando lícitamente”. En relación al tema del error, Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 180.

únicamente se requiere que abogado y procurador sean conscientes de que anteriormente han asesorado, defendido o representado a una persona con intereses contrapuestos a aquella cuya defensa o representación procesal asumen posteriormente⁷⁷.

Esta idea, que entendemos es la correcta a tenor de la interpretación del precepto, viene rechazada en la STS 25 de mayo de 1996, al no compartir el punto de vista mantenido por la Audiencia que sostiene que *“el acusado era consciente de que estaba asumiendo en el mismo asunto la defensa de intereses contrapuestos a los de sus primitivos clientes, no obstante lo cual accedió a esa doble defensa y en ella se mantuvo”*; seguidamente, afirma que *“es indiferente que el acusado creyera que no perjudicaba los intereses de los querellantes, por cuanto el tipo penal no exige, en lo subjetivo, un ánimo específico de perjuicio (...), siendo prevalente la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho”*. Es decir, según la Audiencia, primará la lesión del deber de colaborar en la actividad jurídica de los particulares sobre la lesión del derecho en concreto del cliente, esto es, sobre la lesión de los intereses de sus clientes. Esta idea, que hemos mantenido a lo largo del

⁷⁷ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4366. Asimismo, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 179 y 180.

trabajo⁷⁸ y en las páginas precedentes de este capítulo⁷⁹, no se corresponde con la mantenida por la citada sentencia del Tribunal Supremo. Así, en ésta, como también mantiene la mayoría de la doctrina, se exige la existencia de un peligro de perjuicio para los intereses de la parte defendida por el abogado y, en coherencia con ello, si en el contenido del tipo se incluye un peligro de perjuicio, en lo subjetivo debe exigirse también un ánimo de perjuicio. Y ello porque *“para el dolo es esencial el conocimiento de los elementos del tipo objetivo”*⁸⁰.

Parece clara una confusión entre la genérica exigencia de dolo respecto del peligro y la supuesta exigencia de un específico ánimo de perjuicio, añadido al dolo que, entendemos no se desprende del tenor legal.

3. Las formas imperfectas de ejecución.

Como se ha dicho, a nuestro juicio, estamos ante un delito de simple actividad que se consuma por la mera realización de la conducta prohibida. Así, en el caso del abogado, el delito se

⁷⁸ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* II.3.

⁷⁹ Vid. Segunda parte. Capítulo cuarto, *supra* I.

⁸⁰ STS 25 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4563).

consume cuando habiendo asesorado -técnico-legalmente- al primer cliente o asumido su defensa, se defiende en el mismo asunto a quien tiene intereses contrarios. Por lo que se refiere al procurador, el delito se consume cuando habiendo asumido la representación de una persona en una causa judicial, representa en el mismo asunto a la contraria. Pero esta “simple actividad” debe conllevar la puesta en peligro de los intereses procesales derivados del derecho de defensa.

Asimismo, y en atención al bien jurídico protegido en todos los delitos objeto de este estudio -el correcto desarrollo del proceso y sus fines-, será necesario que la relación profesional se dé en el marco de un proceso judicial, donde abogado y procurador actúen como tales. Esto es, la defensa o representación sólo será predicable “sobre actos verificados dentro de un proceso”⁸¹. De modo que, si la relevancia penal de estas conductas desleales -la doble defensa o representación- se centra en que la actuación profesional debe afectar al correcto desarrollo de la función jurisdiccional, es decir, debe impedir que el proceso se desarrolle con todas las garantías, impidiéndose o limitándose el derecho de defensa, puede considerarse, como

⁸¹ Vid. POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 201.

señala PÉREZ CEPEDA, que el ofrecimiento por el abogado o el procurador de los servicios a la parte contraria, después de haber asesorado, defendido o representado al primer cliente, “sea punible en grado de tentativa, puesto que la tentativa comienza cuando el autor se dispone inmediatamente a realizar el acto típico y existe un peligro para el bien jurídico”. En el caso del procurador no puede apreciarse tentativa por el mero hecho del otorgamiento del poder o mandato de la parte contraria. Y ello porque, en la práctica forense, de ordinario, los poderes se otorgan a varios procuradores, por lo que puede ocurrir que un mismo procurador tenga poder de las dos partes en litigio, “de ahí que sea necesario para apreciar tentativa por lo menos la aceptación por parte del procurador de la representación”⁸².

4. Circunstancias modificativas.

La problemática que plantea la determinación de las circunstancias agravantes aplicables al tipo de doble defensa y

⁸² PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 181. Por su parte, GARCÍAS PLANAS (*“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 51), en relación al ACP, consideraba que “los actos iniciales de intento de contactar con el cliente contrario para defenderlo, representarlo o aconsejarlo serían actos preparatorios impunes”.

representación se ha tratado poco desde el punto de vista doctrinal. Sin embargo, desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de mayo de 1989 se ha pronunciado al respecto desestimando la posibilidad de la concurrencia, en concreto, de las agravantes de precio (art. 22.3 CP) y de abuso de confianza (art. 22.6 CP), al considerar que ya se encuentran incluidas en el tipo.

Según la referida sentencia: *“a) La agravante de precio (2ª del art. 10 ACP/art. 22.3 del CP de 1995) no puede ser apreciada en el presente caso, pues, (...) es difícil concebir una acción prevaricadora de las características descritas en el art. 361 (art. 467.1 del CP de 1995), sin la obtención, a cambio, de unas determinadas prebendas, con lo que su obtención está incluida en el propio tipo delictual y no deben ser sumadas por añadidura. b) Respecto a la pretendida agravante de haber actuado el inculpado con abuso de confianza (9ª del mismo art.10 ACP/ art. 22.6 del CP de 1995), sólo nos cabe decir que su mismo planteamiento produce sorpresa, ya que de una simple lectura de la norma que contiene el tan repetido artículo 361 (art. 467.1 del CP de 1995) no puede inferirse otra cosa que sin ese abuso de*

*confianza tal delito sería imposible de ser cometido, ya que, (...) su principal sustento consiste en la deslealtad*⁸³.

Lógicamente, si la relación entre el abogado o procurador y su cliente supone un contrato de arrendamiento de servicios, que implica el pago de unos honorarios y, además, supone una mutua confianza, no es posible apreciar dichas circunstancias⁸⁴.

5. Situaciones concursales⁸⁵.

Como consecuencia de la actuación desleal del abogado o procurador pueden producirse una serie de perjuicios a los intereses particulares del cliente. Ahora bien, las soluciones concursales son distintas si, por un lado, y en opinión de la doctrina mayoritaria, nos encontramos frente a un delito de

⁸³ STS 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4953), en DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 40.

⁸⁴ Vid. en este sentido, GARCÍAS PLANAS, “Prevaricación de abogados y procuradores”, ob.cit., pág. 51 y PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 181 y 182.

⁸⁵ Vid. en relación al art. 465 CP, Segunda parte. Capítulo segundo, *supra* II. 6 y, en relación al art. 466 CP, Segunda parte. Capítulo tercero, *supra* II. 6.

peligro concreto para los intereses del cliente; o, por otro lado, y de acuerdo con lo mantenido a lo largo de estas páginas, nos encontramos frente a un delito de simple actividad que no exige perjuicio alguno para el cliente.

Así, respecto de los primeros, cuando aparezca el perjuicio para el cliente debe aplicarse el apartado segundo del art. 467 CP, de acuerdo con el principio de subsidiariedad del art. 8.2 CP, “por ser éste una forma de ataque acabada o de lesión del mismo objeto de acción -los intereses del cliente-”⁸⁶. Por contra, aquí hemos entendido que nos encontramos frente a un delito de simple actividad que pone en peligro el derecho de defensa del particular, porque con su actuación desleal puede impedirlo o limitarlo, sin exigirse para su apreciación, la causación de perjuicio alguno a los intereses del cliente, porque, en definitiva, nos encontramos frente a una deslealtad para con la Administración. En consecuencia, los perjuicios derivados de dicha deslealtad deberán incluirse en la responsabilidad civil derivada del delito⁸⁷.

⁸⁶ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 183.

⁸⁷ En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 227) señala, por ejemplo, los perjuicios “derivados de retardos en los procedimientos, prescripción de acciones (...)”.

No obstante, si la conducta de doble defensa o representación se realiza con la intención de perjudicar al cliente, entonces sí entra en juego el apartado segundo del art. 467 CP, por exigir el perjuicio manifiesto a los intereses que le fueron encomendados. Esta posibilidad se recoge, por ejemplo, en la STS 29 de abril de 1963, en un caso en que el abogado al que le encargaron sus clientes la redacción de un documento de compraventa de una finca, diciéndole que existía un arrendatario y éste les aconsejó poner un precio de transmisión menor al real para, después, en nombre de este arrendatario, interponer demanda de retracto contra aquéllas. Aquí se produce un concurso de leyes, siendo aplicable el apartado segundo del art. 467 CP -que prevé una pena más grave-, y ello porque el delito de doble defensa quedará consumido en éste -art. 8.3 CP⁸⁸.

De otra parte, BENÍTEZ ORTÚZAR señala que, por ejemplo, si el abogado o procurador, sin el consentimiento del primer

⁸⁸ STS 29 de abril de 1963 (RJ 1963, 2225). En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 227. Por su parte, PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 182 y 183) resuelve vía concurso de normas (art. 8.3 CP) este problema concursal, aunque sin distinguir, como aquí se ha hecho, entre el perjuicio derivado de la actuación desleal y la intención de perjudicar, en dicha actuación desleal.

cliente y con la intención de perjudicar los intereses del segundo, asume su defensa o representación, se producirá un concurso real de delitos. Pues nos encontraremos frente a “dos hechos distintos que originan dos infracciones distintas”: de una parte, respecto del primer cliente se dará el tipo del art. 467.1 CP y, respecto del segundo, el tipo del art. 467.2 CP⁸⁹.

Por último, la jurisprudencia se ha planteado la posibilidad de apreciar un concurso con el delito de estafa, aunque no llegó a aplicarlo al considerar que el requisito del engaño ya se encontraba presente en el delito de doble defensa o representación. Así, la STS 11 de mayo de 1989 señala que, *“uno de los requisitos esenciales para que pueda producirse ese delito (se refiere a la estafa) es el del “engaño”, y si en el presente caso ese “engaño” consiste en el aprovechamiento de la cualidad de abogado defensor de una de las partes para defender a la contraria, es claro concluir que tal mendaz actuación está comprendida en el delito de prevaricación del artículo 361 (art. 467.1 del CP de 1995), sin posibilidad alguna de ser desdoblada en dos actos distintos (siendo*

⁸⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 228.

*único) y aplicada a dos tipos delictivos tan diferentes*⁹⁰. Por su parte, PÉREZ CEPEDA señala que, además, la dificultad estriba en constatar el resto de elementos que configuran este delito, esto es, un engaño suficiente que produzca error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero (art. 248 CP)⁹¹.

⁹⁰ STS 11 de mayo de 1989 (RJ 1989, 4953), en DE DIEGO DíEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 39 y 40.

⁹¹ PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 182) señala, asimismo, que, “debería existir, como requiere el tipo cualificado alemán, párrafo 356, un acuerdo previo de abogado con la parte contraria para causar un perjuicio al cliente”.

IV. EL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 467 DEL CÓDIGO PENAL. EL PERJUICIO MANIFIESTO DE LOS INTERESES ENCOMENDADOS.

Como ya se ha señalado, el apartado segundo del art. 467 - la causación de un perjuicio a los intereses encomendados- sucede al art. 360 ACP. En éste se incriminaba, también como “prevaricación” de abogado y procurador, la revelación de los secretos del cliente de los que hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de su profesión, ahora entre los delitos contra la intimidad -art. 199 CP-¹. El art. 360 ACP empleaba la fórmula “perjudicar al cliente”, “*con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable*”, lo que generaba graves problemas de indeterminación. Con la nueva redacción se han solventado, en principio, parte de los mismos al desaparecer las alusiones al abuso o la negligencia como motivos del perjuicio, y exigir su carácter “manifiesto”².

¹ Por su parte, CORTÉS BECHIARELLI (El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, ob.cit., pág. 49) se muestra muy crítico con dicha separación y señala que el sistema más idóneo en materia de secreto hubiera sido el propuesto por el Proyecto de Código Penal de 1980, esto es, “un précepto genérico que castiga, como delito contra la intimidad, a los profesionales que no son Abogado ni Procurador, y un tipo penal específico para estas figuras, contemplado como delito contra la Administración de Justicia”.

² Vid. SERRANO-PIEDECASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 422; QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1992.

Resulta, si cabe, curioso, que este apartado segundo del art. 467 CP no aparezca en el Proyecto de Ley del nuevo Código Penal de 1995. Así, en su originaria redacción -art.444- únicamente se recogía la conducta de la doble defensa o representación del apartado primero del art. 467 CP³. Frente a ello, en el debate parlamentario, concretamente en el trámite de Ponencia en el Congreso, se aceptó la enmienda número 636 del Grupo Parlamentario Socialista que propuso la adición de un nuevo apartado -el segundo- con un contenido similar a la actual redacción. Éste rezaba así: *“2. El abogado o procurador que por acción u omisión perjudique manifiestamente los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueren realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años”*⁴. Sobre el texto aprobado por el Pleno del Congreso de

³ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-1, de 26 de septiembre de 1994, pág. 69.

⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 279. Vid., asimismo, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-8, de 22 de mayo de 1995, pág. 484; BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-9, de 26 de junio de 1995, pág. 1194.

los Diputados⁵ -art. 459-, en el trámite de Ponencia en el Senado, se presentó por el Grupo Parlamentario Popular la enmienda número 679, en la que se proponía la modificación de su apartado segundo, alegando una mejora técnica y exigencia de comisión dolosa, recuperándose así, y en parte, la redacción del Anterior Código Penal. Éste rezaba así: “2. *El abogado o procurador que, por acción u omisión, maliciosamente, por negligencia grave o ignorancia inexcusable perjudique manifiestamente los intereses que le fueran encomendados (...)*”⁶. No obstante, en el Informe de la Ponencia se desestimó dicha enmienda y se modificó el apartado segundo del art. 459, mediante la aprobación de una enmienda transaccional, consistente en añadir “*maliciosamente*” después de “*acción y omisión*”, al tiempo que se sustituía la expresión “*manifiestamente*” por “*de forma manifiesta*”⁷. Posteriormente, en el texto aprobado por el Senado -art. 469- desapareció de su redacción la alusión al “*manifiestamente*”, dando como resultado su actual redacción -art. 467.2 CP-⁸.

⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 77-13, de 19 de julio de 1995, pág. 1547.

⁶ BOCG, Senado, núm. 87, de 21 de septiembre de 1995, págs. 1870 y 1871.

⁷ BOCG, Senado, núm. 87, de 9 de octubre de 1995, págs. 1949 y 2033.

⁸ BOCG, Senado, Serie II, núm. 87.h), de 8 de noviembre de 1995, pág. 2574.

También cabe recordar los problemas de delimitación que plantea este tipo respecto a las normas deontológicas y estatutarias de la profesión de abogado y procurador. En éstas se recogen, entre otros, los deberes que estos profesionales tienen de defender los intereses del cliente, así como, entre sus principales obligaciones, se encuentra la defensa del asunto confiado. Ahora bien, dichas conductas desleales no darán lugar a responsabilidad penal sino que son propias del ámbito de la responsabilidad disciplinaria derivada del incumplimiento de las normas propias de su profesión. Luego, para que el incumplimiento de dichos deberes profesionales sea penalmente relevante a efectos del apartado segundo del art. 467 CP, deberá existir, en primer lugar, una real, efectiva y vigente relación profesional entre el abogado o procurador y su cliente, en el marco de un proceso; así como, al hablar el precepto de los intereses que le fueron encomendados, será necesario que exista un real encargo profesional⁹. Evidentemente, aquí, dicha relación

⁹ Vid. DEL MORAL GARCÍA, CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796. En relación al ACP, SÁNCHEZ OCAÑA, CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 684. ABELLANET GUILLOT (*“La prevaricación de abogado (...)”*, ob.cit., pág. 193) señala que, “Consiguientemente, la acción u omisión debe tener lugar en el ejercicio de la actividad profesional, es decir, en actos propios de la profesión de abogado, por lo que, en una primera selección de actos, deben quedar excluidos del tipo los que según el Estatuto General de la Abogacía no sean exclusivos de esta profesión (...)”.

clientelar excede de las puras obligaciones contractuales, dado que la relevancia penal deviene, no de un simple incumplimiento contractual, sino por lesionar los derechos y garantías que rodean el proceso debido.

Por lo que se refiere a la vigencia de la relación clientelar, GARCÍA ARÁN, ya ha señalado la dificultad de delimitar su ámbito temporal, antes y después del cual no cabe la realización de este delito, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que ocasione dicha conducta desleal. Así, y en relación a la STS 10 de septiembre de 1992¹⁰, sorprende la decisión del Tribunal de absolver a un abogado que utilizó la información registral de un inmueble, obtenida tras la consulta profesional de su cliente, para posteriormente acudir a su subasta y adjudicárselo a bajo precio; después de haber desalentado a su cliente a continuar el caso exigiéndole una elevada provisión de fondos, que éste no quiso abonar. Como señala esta autora, lo curioso aquí es que el Tribunal Supremo no absuelve al abogado por considerar que la relación clientelar se ha extinguido -desde el momento en que el abogado le exige una cuantiosa provisión de fondos por lo que el cliente decide abandonar el caso-, sino que entiende que el

¹⁰ Sentencia comentada por FELIP i SABORIT, “*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., págs. 770 y ss.; MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 810.

abogado “padeció un error invencible (se entiende, de tipo) sobre la relación profesional que creyó ya inexistente; es decir, el Tribunal estimó que en tales condiciones, la relación profesional seguía existiendo”. Evidentemente, aunque dicha conducta es sancionable disciplinariamente, parece exagerado entender que se mantiene la pervivencia de una relación clientelar, y con ello penalizar esta conducta como un delito de perjuicio para el cliente, si ésta ha desaparecido al negarse el cliente a abonar la provisión de fondo. De otra parte, no debe olvidarse que en este caso podría aplicarse el delito de utilización de información privilegiada del art. 284 CP¹¹.

En segundo lugar, para que el incumplimiento de dichos deberes profesionales -la defensa de los intereses del cliente y del asunto confiado- sea considerada penalmente relevante a efectos del apartado segundo del art. 467, deben lesionarse los derechos y garantías que rodean al proceso debido. Esto es, la actuación del profesional -dolosa o imprudentemente realizada- debe producir -como así se desprende del tipo- un “*perjuicio manifiesto a los intereses que le fueron encomendados*”. De modo que

¹¹ GARCÍA ARÁN, “*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 297. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., págs. 185 y 186.

nos encontramos frente un delito de resultado, consistente en la realización de un perjuicio con trascendencia procesal, que en último término, afecta también a la función jurisdiccional, porque afecta en concreto a los derechos y garantías que rodean al proceso debido. En consecuencia, y en contra de la mayoría de la doctrina que ve aquí una infracción de carácter pluriofensivo (de un lado, la lesión de la función, y de otro, la lesión a los intereses particulares del cliente), entendemos que es posible un entendimiento de la función jurisdiccional como concepto genérico y a la vez, complejo, en el que la lesión de uno de sus elementos imprescindibles como es el derecho de defensa del particular, afecta al correcto desempeño de la función¹².

En todo caso, la referencia legal expresa al perjuicio a los intereses del cliente, obliga a considerar este delito como un delito de lesión y resultado. El perjuicio debe producirse efectivamente y, a diferencia del tipo de doble defensa (art. 467.1

¹² En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, *“Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., pág. 295. Vid. asimismo, en similar sentido MAGALDI PATERNOSTRO (*“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., págs. 121 y ss) y PÉREZ CEPEDA (*Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*”, ob.cit., pág. 184), que centran el objeto material de lesión en los derechos, las garantías y los fines del proceso debido, sin especificar el objeto de protección en el derecho de defensa, como aquí se está defendiendo. Por su parte, FELIP i SABORIT (*“Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”*, ob.cit., págs. 770 y ss), y en relación al ACP, hace referencia, al derecho a la tutela judicial efectiva.

CP), los intereses perjudicados incluyen aquí tanto los intereses procesales como los materiales o pretensiones de fondo. Ello se deriva de que el tipo se refiere a “intereses encomendados” y no puede negarse que el cliente encomienda al profesional tanto la defensa de unos como de otros.

1. La conducta típica.

La conducta típica consiste en que el abogado o procurador perjudique, por acción u omisión, y de forma manifiesta, “*los intereses que le fueren encomendados*” por su cliente. Asimismo, en este delito se incriminan, también, las conductas realizadas por imprudencia grave. La norma exige, entonces, un resultado que en ningún caso se presume. Así, el abogado o procurador, con dicha conducta desleal, no responde a la función social propia de estas profesiones, fundamentada en la mediación que debe realizar entre el ciudadano y el Derecho, para hacer valer los derechos e intereses que le han sido confiados; como tampoco responde a su función de colaborar en la función pública de la Administración de Justicia. De modo que, estos profesionales, con dicha actuación, no asumen la duplicidad de funciones que tienen atribuidas en el proceso, esto es, de un lado, la que

consiste en traducir en términos técnico-jurídicos la posición defensiva del cliente y, de otro, la que consiste en garantizar el regular desarrollo del proceso. En consecuencia, al vulnerar alguna garantía fundamental de la parte, ya no queda asegurado el derecho a un proceso debido del cliente, como tampoco se vela por sus intereses.

Una de las cuestiones que plantea este precepto surge en la delimitación del ámbito de protección típica. De una parte, tanto la doctrina tradicional como el Tribunal Supremo, han concebido el ámbito de actuación profesional incriminado en este precepto de forma amplia. En este sentido, se abarcarán tanto las actuaciones ante los Tribunales y otras conexas, como toda clase de actividades extraprocesales (defensa técnica extrajudicial, consejos, etc.), dando lugar, como consecuencia de ello, a un amplio concepto de perjuicio¹³. Por contra, y de acuerdo con lo defendido a lo largo de este trabajo, debe excluirse del tipo penal toda actividad de estos profesionales efectuada en sus relaciones frente a particulares y las de orden extrajudicial; sin perjuicio, y

¹³ Vid. En este sentido, BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4367 y GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546. Asimismo, SSTS 3 de diciembre de 1968 (RJ 1968, 5124) -arrendamiento de un cinematógrafo-, y 1 de abril de 1970 (RJ 1970, 1610) -en la que no se hacen efectivas liquidaciones ante la Delegación de Hacienda-, entre otras.

al igual que en los supuestos de otras profesiones -por ejemplo, notarios-, de las posibles responsabilidades deontológicas o civiles por incumplimiento contractual. Aquí, debemos circunscribir el tipo, como ya hemos avanzado¹⁴, únicamente a las actividades profesionales susceptibles de ser directamente conectadas a un proceso concreto¹⁵. Y ello porque las acciones de estos sujetos afectan al *correcto desarrollo del proceso y sus fines*, bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos de deslealtad profesional. Esto es, lesionan el cauce reglado necesario para desarrollar la función jurisdiccional, que no es otro que el proceso. De este modo, si el objeto directamente tutelado es el derecho a un proceso debido con todas las garantías constitucionales, su lesión, generada por la acción u omisión del abogado o procurador, se erige como elemento indispensable en los delitos de deslealtad profesional.

¹⁴ Vid. Primera parte. Capítulo primero, *supra* III.

¹⁵ Vid. En relación al ACP, MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., págs. 121 y 122, y FELIP I SABORIT, “*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., págs. 780 a 782. En relación al Código Penal vigente, entre otros, ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., págs. 194 y 195; SERRANO-PIEDECASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 422; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 186 y 187.

De acuerdo con lo anterior, los perjuicios ocasionados al cliente penalmente relevantes, únicamente, serán aquellos causados o que se deriven de una conducta desleal del abogado o procurador, conectada a un proceso concreto, de forma que el perjuicio deberá ser causado en alguna de las fases del procedimiento. De este modo, las conductas susceptibles de perjudicar los intereses de los particulares serán aquellas que frustran expectativas legítimas de acceso a la jurisdicción, las que obstaculizan el normal desarrollo del proceso y las que impiden que el fallo judicial se cumpla. Ahora bien, el perjuicio ocasionado por estas conductas desleales no sólo adquiere relevancia penal por el hecho de lesionar el derecho a un proceso con todas las garantías para la defensa de sus legítimos intereses, sino también, porque como consecuencia de lo anterior, se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva del particular. Y ello es así, porque, y en aras de una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva, entendemos que el art. 24.1 CE asegura dicha tutela mediante el acceso al proceso, mientras que el apartado segundo no reconoce derechos distintos al de la tutela jurisdiccional, sino que la refuerza, a través de una serie de concreciones, manifestaciones o instrumentos procesales de aquel derecho fundamental, entre los que se encuentra, por lo que aquí interesa, el derecho de

defensa. En suma, si el proceso, instrumento que garantiza la función jurisdiccional, se ve afectado -de forma genérica- por las conductas de deslealtad profesional de abogado o procurador, podrá lesionarse -de forma específica- el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva o cualquiera de las garantías establecidas en el apartado segundo del art. 24 CE.

1.1. Tipo activo u omisivo.

La norma ha explicitado las dos formas en que es posible realizar la conducta típica de perjudicar los intereses del cliente -por acción u omisión-. Con la Promulgación del Código Penal de 1995 se recoge expresamente la realización omisiva, aunque la jurisprudencia, cuando su antecesor -art. 360 ACP- no hacía referencia expresa a la omisión, ya había indicado la posibilidad de sanción en casos de comportamientos omisivos. Así, la STS 10 de noviembre de 1990 ya destacaba la posibilidad de realización omisiva, señalando que, *“en este caso, como en pocos otros, dicha cuestión es totalmente clara, toda vez que el comportamiento lesivo característico de los intereses que el legislador quiera proteger es el omisivo. Precisamente en el marco de la relación jurídica existente entre el procurador y el cliente, las omisiones del cumplimiento de deberes*

*específicos de garantía que incumben al primero son, según la experiencia general, la forma normal de perjudicar los intereses del mandante*¹⁶. Incluso, algún autor ha señalado que quizás no hubiese sido necesario recogerlo de forma expresa en el texto, pues el Código Penal, en su art. 11, admite la comisión por omisión en los delitos de resultado¹⁷.

En todo caso, la modalidad omisiva del tipo que ahora analizamos conecta una omisión y un resultado (el perjuicio) por lo que podemos partir de su concepción como supuesto de comisión por omisión expresamente previsto en la parte especial o, si se prefiere, como tipo de omisión y resultado.

Desde este punto de vista, la siguiente cuestión se sitúa en establecer si, en casos como éste, deben también estar

¹⁶ STS 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8875). En el mismo sentido se expresa la mayoría de la doctrina al señalar que, normalmente, la conducta de estos profesionales “consistirá en la omisión de deberes para con los intereses que le han encomendado al abogado o al procurador”. Vid. en este sentido, entre otros, BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob.cit., pág. 229; ORTS BERENGUER, *ComCP*, ob.cit., pág. 1947; DE DIEGO DÍEZ, *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 21; MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, *“Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX”*, ob.cit., págs. 240 y 241.

¹⁷ Vid. BENÉYTEZ MERINO, *CP. Doctrina y Jurisprudencia*, ob.cit., pág. 4367.

presentes los requisitos que el artículo 11 CP establece con carácter general para la responsabilidad por omisión.

A nuestro juicio, tales requisitos deben ser comprobados en casos como el que nos ocupa. El artículo 11, aunque sea fundamentalmente una regla de extensión de la tipicidad de los delitos de acción y resultado a supuestos cometidos por omisión, se refiere a todos los delitos de resultado (como el del art. 467.2) estableciendo que “sólo se entenderán cometidos por omisión” cuando se den los requisitos allí previstos. Por tanto, se impone una breve referencia a ellos.

La regulación, por el art. 11 CP, de la figura de la comisión por omisión no está exenta de críticas, debido, fundamentalmente, a su inciso segundo que determina las posibles fuentes de la posición de garante¹⁸. Tras una primera aproximación a su redacción¹⁹ puede extraerse que el criterio

¹⁸ En este sentido, MORALES PRATS (ComNCP, ob.cit., pág. 90) señala su “carácter distorsionador”. Vid. asimismo, SILVA SÁNCHEZ, “La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)”, ob.cit., págs. 74 y ss; HUERTA TOCILDO, S., Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 1997, págs. 31 y ss.

¹⁹ El art. 11 CP reza así: “Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica

rector del precepto es la idea de la equivalencia “*según el sentido del texto de la Ley*”. Esto es, junto a una equivalencia material, que responde a la idea de que la no evitación del resultado equivale a su causación, es necesario que la omisión sea equivalente según el sentido de la Ley -“equivalencia jurídica”-²⁰. Asimismo, también debe extraerse del art. 11 -de acuerdo a la teoría formal- un segundo requisito: que “la acción omitida hubiera podido impedir el peligro y, por consiguiente, la lesión del bien jurídico protegido”²¹. Así, podemos observar dicha equivalencia entre la acción de perjudicar -en este caso, realizada por un procurador- los intereses que le han sido encomendados por su cliente, y la omisión, por ejemplo, en el supuesto en que un procurador, ejerciendo su actividad profesional, deja de notificar al letrado las resoluciones acordadas por la Sala, entre ellas la providencia que señalaba la sesión del juicio oral, lo que supone su suspensión -encontrándose el cliente en situación de prisión provisional por la incomparecencia de su abogado-; y, asimismo, no contesta a los requerimientos de la Sala para que manifestara si ya la había notificado, dejando incluso de notificar

obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

²⁰ Vid. MORALES PRATS, ComNCP, ob.cit., pág. 88.

²¹ Vid. MORALES PRATS, ComNCP, ob.cit., pág. 88.

la sentencia recaída en el juicio. En este supuesto, la acción omitida -la notificación del señalamiento del juicio oral- hubiera impedido la lesión del bien jurídico protegido por la norma -art. 467.2 CP-, esto es, los derechos y garantías que rodean al proceso debido. Y ello porque si al abogado se le hubiese notificado la fecha del señalamiento del juicio oral, personándose al mismo, independientemente de que la Sala hubiera mantenido o no la prisión provisional, se hubieran garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. En cambio, la incomparecencia del abogado, debido a la conducta omisiva del procurador, ha lesionado el derecho de defensa del cliente, que ha visto cómo ha recaído sentencia en un juicio en el que no ha tenido ninguna posibilidad de defensa.

El precepto -art. 11 CP- también exige la infracción de un especial deber jurídico del autor, esto es, el sujeto debe haber asumido una posición de garante de la que derivan especiales deberes para evitar el resultado típico. Aquí, la protección del bien jurídico recogido en el art. 467.2 CP depende del cumplimiento de específicos deberes del abogado y procurador: aquellos deberes u obligaciones que garantizarán el derecho a un proceso debido. Dichos deberes podemos conceptuarlos como: el deber de velar por los derechos e intereses de su cliente -como

se desprende de sus Códigos estatutarios y deontológicos-, así como el deber de colaborar con la Administración de Justicia, derivado de la posición que asume en el proceso al aceptar la defensa o representación de su cliente. En consecuencia, del cumplimiento de los específicos deberes del abogado o procurador dependerá el aseguramiento del bien jurídico protegido por la norma, esto es, garantizar el derecho de defensa del cliente, para que así podamos hablar de un debido proceso.

Ahora bien, la referencia que el precepto realiza a dichos deberes formales puede llegar a debilitar el núcleo de la figura de la comisión por omisión -principio de equivalencia-. Y ello porque podría llegar a presumirse la equiparación entre acción u omisión, únicamente, cuando concurra alguna de las fuentes de garantía formales -obligación legal o contractual de actuar o situaciones de injerencia-. Por ello, la doctrina propugna la interpretación restrictiva del precepto, conforme a la cual “la concurrencia de algunos deberes expresados en las letras a) y b) del inciso segundo del art. 11 CP, constituye un requisito añadido a los contenidos en el inciso primero (equivalencia según el sentido de la Ley), a modo de específica y taxativa concreción

de la infracción del deber especial jurídico por parte del autor”²². Luego, la referencia a las fuentes de la posición de garante limitará el contexto formal en el que podemos verificar el juicio de equivalencia según el sentido del texto de la Ley.

De otra parte, y desde la perspectiva de las teorías materiales en los delitos de comisión por omisión, SILVA SÁNCHEZ también ubica el criterio rector del precepto en la idea de la “equivalencia según el sentido del texto de la Ley”, al que se refiere con la expresión de “identidad estructural (y material) en el plano normativo”²³. Este autor señala que, para que pueda afirmarse dicha “identidad estructural” entre la omisión y la

²² Vid. MORALES PRATS, ComNCP, ob.cit., págs. 89 y 90. SILVA SÁNCHEZ (“*La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)*”, ob.cit., págs. 66 y 67), por su parte, señala que, desde la perspectiva del principio de legalidad y proporcionalidad, la infracción del deber jurídico “será condición necesaria, pero no suficiente, de la equivalencia”. Asimismo, HUERTA TOCILDO (Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995, ob.cit., págs. 33 y 34) señala que, en cualquier caso, las dos partes del art. 11 CP “se presentan como absolutamente complementarias, correspondiendo a la segunda la tarea de precisar la exigencia de infracción de “un deber jurídico especial del autor” contenida en la primera; sin perjuicio, claro está, de que una vez determinado por esta vía el círculo de posibles sujetos de esa clase de delitos, reste aún por verificar la presencia del segundo criterio de equivalencia legalmente requerido a los indicados efectos, consistente en la necesidad de poder afirmar la equivalencia, según el sentido del texto de la ley, de tal infracción de un especial deber jurídico de actuar en evitación del resultado típico con la causación del mismo por medio de un hacer positivo”.

²³ SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, ob.cit., págs. 369 y ss; del mismo, “*La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)*”, ob.cit., pág. 52, nota 126.

realización típica del delito, no es suficiente una “mera correspondencia” o “equivalencia aproximada”, sino que es preciso una “auténtica igualdad en el plano de lo normativo”²⁴. De modo que, comisión activa y comisión por omisión, aunque aparecen como dos formas comisivas diversas desde un punto de vista ontológico, desde una perspectiva normativa serían idénticas en su estructura y configuración material como formas de control sobre el riesgo típico. Así, desde la idea de una “identidad estructural” puede construirse la “teoría del garante” frente una conducta del riesgo. Esto es, el garante adquiere un compromiso -inequívoco- de actuar “a modo de barrera de contención de determinados riesgos” frente a determinados bienes jurídicos, por lo que, si retira dicha “barrera”, incumpliendo el compromiso adquirido, se produciría una identidad estructural en el plano normativo con el hecho comisivo²⁵. En suma, la comisión por omisión es una omisión por ausencia de control del riesgo que, debido a la vulneración del

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, ob.cit., pág. 369.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ (“La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)”, ob.cit., pág. 69, nota 175) reseña la STS 9 de abril de 1996, que acoge dicha terminología: “(...) sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco, es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando -como se ha dicho- a modo de “barrera de contención” del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo”.

compromiso específico e inequívoco de contención del mismo, deviene en comisión²⁶.

Este criterio de la asunción del compromiso de actuar como “barrera de contención” ante un determinado riesgo, ha sido asumido por PÉREZ CEPEDA en su estudio del tipo del art. 467.2 CP. Así, aplicándolo al ámbito de la función profesional ejercida por el abogado o procurador ante la Administración de Justicia, debe partirse de la premisa de que de las fuentes formales de garantía, únicamente emana una posición genérica de garante, que no resulta suficiente para que una conducta, en comisión por omisión, pueda subsumirse en el tipo activo de la Parte Especial. Sino que, y además, será necesario “que cada abogado o procurador, de forma personal asuma o acepte en una situación concreta de riesgo una posición de garante específica, a través de la cual se comprometa a salvaguardar o proteger los intereses del cliente en el proceso”. De este modo, el abogado o procurador, desde el momento que acepta defender o representar a un cliente en un determinado asunto, asume el control “con anterioridad a que surja el riesgo concreto”. Luego, la posición de garante específica sólo se extenderá a aquellas situaciones concretas y

²⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, ob.cit., págs. 369 a 371; del mismo, “La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)”, ob.cit., págs. 62 a 64.

específicas sobre las que estos profesionales tienen el dominio “sobre la vulnerabilidad de los intereses del cliente en el proceso”²⁷. En consecuencia, y en contra de los resultados a los que llevaría una primera lectura del art. 11 CP, al determinar formalmente las posiciones de garantía, el abogado y procurador no se encuentran obligados a proteger genéricamente cualquier ataque a los intereses del cliente en el proceso²⁸, sino que sólo debe omitir las acciones que puedan lesionar o poner en peligro los derechos y garantías del proceso debido. Así, el abogado o procurador desde el momento que han aceptado el compromiso ante un determinado riesgo, sobre el que tienen su dominio, deben de realizar las acciones necesarias para impedir la lesión de los derechos y garantías de su cliente respecto al proceso²⁹.

²⁷ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 188 y 189. Partidarios de las teorías materiales: SERRANO-PIEDCASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., págs. 422 y 423; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., págs. 202 y 203.

²⁸ Vid. en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, ob.cit., pág. 370; SERRANO-PIEDCASAS, “*La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal*”, ob.cit., pág. 423; POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 203.

²⁹ Vid. PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 189.

Por nuestra parte, también consideramos que la determinación por el art. 11 CP de las fuentes formales de las posiciones de garantía, no supone, necesariamente, entender que abogado y procurador responden genéricamente de cualquier ataque a los intereses del cliente en el proceso, ya que ello no es suficiente para atribuir responsabilidad por el resultado no evitado. Sino que será necesario que se cumplan todos los elementos de la responsabilidad criminal; así, especialmente, “la no realización concreta de la acción debida”, deberá poderse imputar objetivamente el resultado a la omisión realizada, y además deberá comprobarse la existencia de dolo o imprudencia³⁰. Esto es, “la no realización concreta de la acción debida”, por lo que aquí interesa, se producirá cuando el abogado o procurador no velen por los derechos e intereses de su cliente, así como, y como colaboradores de la función jurisdiccional, no actuen en aras de garantizar el correcto desarrollo del proceso. En suma, para poder imputar a abogado o procurador el perjuicio de los intereses que le fueron encomendados -esto es, la lesión de los derechos y garantías que rodean al proceso debido, en concreto el derecho de defensa del cliente- la omisión, debe ser de tal naturaleza, por la posición del autor respecto del bien

³⁰ LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, ob.cit., pág. 47.

jurídico protegido, que permita identificarla con la comisión activa del perjuicio. De este modo, por ejemplo -y retomando el ya señalado al inicio de este epígrafe-, la no comunicación por parte del procurador al abogado de la fecha de la sesión del juicio oral, comportando su suspensión, cuando el cliente -procesado- se encontraba en prisión preventiva, supone: de una parte, no sólo que su “no actuar” ocasione el resultado -la lesión del derecho de defensa-; sino que, también, y de otra parte, su especial posición respecto del bien jurídico le obliga a velar por el derecho a un proceso debido -no genéricamente, sino, y en concreto, del derecho a un debido proceso para con su cliente-. Es decir, tiene el deber de realizar las acciones que impidan la lesión del derecho de defensa de su cliente; en otras palabras, tiene la obligación de impedir la producción del resultado³¹.

1.2. El perjuicio.

³¹ El supuesto al que hemos hecho referencia como ejemplo, está extraído de la STS 12 de abril de 1999 (RJ 1999, 3113). Lo que sorprende del mismo, es que el procurador, y pese a que el delito de perjuicio al cliente del apartado segundo del art. 467 CP es evidente, es acusado por el delito doloso del art. 465 CP, pero condenado por el delito del art. 467.2; denunciándose la vulneración del principio acusatorio, por cuanto *“el delito objeto de acusación es un delito doloso, en tanto que aquel por el que fue condenado se trata de un ilícito imprudente”*, quebrantándose las garantías constitucionales. En consecuencia, rechazándose la homogeneidad entre delitos dolosos y culposos se declara la absolución del acusado en la segunda sentencia. Dado que no es habitual encontrar sentencias condenatorias en el ámbito de la deslealtad profesional, por solventarse la mayoría de supuestos en el ámbito disciplinario, en este supuesto claro de deslealtad del art. 467.2 CP, el sorprendente equívoco en la acusación conlleva a su absolución.

El elemento objetivo del delito lo constituye la causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses encomendados a abogado o procurador.

En la delimitación del concepto de “perjuicio”, es acorde la doctrina³² y reiterada la jurisprudencia al señalar que dicho perjuicio puede ser la causación de cualquier daño patrimonial (cuyas manifestaciones son el daño emergente y el lucro cesante) o moral al cliente³³; sin necesidad de cuantificarlo exactamente³⁴ e, incluso, sin exigirse por el Código Penal que dicho perjuicio

³² Vid.entre otros, en relación al ACP, GARCÍAS PLANAS, *“Prevaricación de abogados y procuradores”*, ob.cit., pág. 41. En relación al vigente CP, SERRANO-PIEDECASAS, *“La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit., pág. 422; DE DIEGO DÍEZ, *Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores*, ob.cit., pág. 20; POVEDA PERDOMO, *“Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995”*, ob.cit., pág. 201; MARES ROGER y MARTÍNEZ LLUESMA, *“Delitos contra la Administración de Justicia. Título XX”*, ob.cit., pág. 241; GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal Español. PE II*, ob.cit., pág. 546; DEL MORAL GARCÍA, *CP. Comentarios y Jurisprudencia*, ob.cit., pág. 1796; ORTS BERENGUER, *ComCP*, ob.cit., pág. 1947. Por su parte, BENÉYTEZ MERINO (CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4367) señala que, “no se trata exclusivamente de un daño patrimonial, pues al profesional se pueden encomendar intereses de carácter moral o personal, como el reconocimiento de una paternidad”.

³³ Vid. SSTS 4 de julio de 1968 (RJ 1968, 3580); 11 de abril de 1977 (RJ 1977, 1584); 30 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3942); 10 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7110).

³⁴ Así, la STS 3 de abril de 1974 (RJ 1974, 1679): “(...) sin que sea necesario para que el delito se cometa que el perjuicio se cifre exactamente, pero sin que quepa dudar que las actuaciones destacadas redundaron en demérito patrimonial de su cliente (...)”.

sea “irreparable”³⁵. La indeterminación que rodea a la definición de perjuicio, manteniéndose un concepto excesivamente amplio, puede conducir a entenderlo como la causación de un daño de cualquier tipo al cliente, lo que supone que podrían acogerse entre las conductas prohibidas cualquier consecuencia, de mayor o menor entidad³⁶. Lo cual, como ha puesto de relieve FELIP I SABORIT, no sólo puede llegar a infringir el mandato de determinación de los preceptos penales, sino que, además, podría culminar en la identificación de la conducta recogida en este precepto penal con toda forma de incumplimiento deontológico o contractual, eliminando las fronteras entre la responsabilidad civil, disciplinaria y penal³⁷.

³⁵ Vid. STS 11 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7668).

³⁶ Vid. en este sentido, respecto al ACP, MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 124. En este sentido, FELIP I SABORIT (“*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 773) señala que, de la práctica jurisprudencial se deduce “que el interés preeminente (si no único) es el patrimonio y los bienes y derechos de la personalidad del cliente”.

³⁷ En este sentido, dicho autor puntualiza que, “la práctica totalidad de comportamientos descuidados o desleales en el ejercicio de la abogacía provocan algún tipo de perjuicio moral o patrimonial al cliente”. Así, por ejemplo, “el cumplimiento defectuoso de las obligaciones complejas derivadas del contrato de arrendamiento de servicios a través del cual se expresa la relación abogado-cliente también supone causar un perjuicio: el abogado que, tras comprometerse a realizar la prestación personalmente, la encomienda a un socio de menor cualificación y prestigio, incluso cuando éste actúe leal y diligentemente, estaría perjudicando a su cliente”. En consecuencia, partir de un concepto indeterminado de perjuicio puede reducirlo a un tipo de peligro. Vid. FELIP I SABORIT, “*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 776, nota 27; MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 124; GARCÍA ARÁN,

Como bien señala MAGALDI PATERNOSTRO, dicha interpretación es difícilmente sustentable, ya que no puede ser entendido como perjuicio penalmente relevante, por ejemplo, cualquier infracción o vulneración de los deberes profesionales con respecto al cliente³⁸. Por lo que, tal como apuntó FELIP I SABORIT, únicamente sobre la base del bien jurídico aquí protegido debe interpretarse el concepto de perjuicio³⁹. Así, como ya se ha dicho, el tipo debe circunscribirse, solamente, a las actividades profesionales susceptibles de ser directamente conectadas a un proceso concreto. Y ello porque las acciones de estos sujetos afectarán al correcto desarrollo del proceso y sus fines, bien jurídico inmediatamente protegido en los delitos de deslealtad profesional. De este modo, si la finalidad de la norma es garantizar el derecho a un proceso debido, únicamente deberán protegerse los perjuicios susceptibles de ser directamente conectados con el proceso. Asimismo, el tipo exige que dicho perjuicio sea “*manifiesto*”, lo que debe interpretarse en

“*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 298.

³⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 124.

³⁹ Este autor, en su estudio del art. 360 ACP (“*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 782), propone una nueva interpretación del concepto “perjuicio”, sobre la base del bien jurídico protegido y el objeto material en que se encarna.

el sentido de “*palpable, patente, palmario u ostensible*”⁴⁰; lo que equivale, de una parte, a requerir que dicho perjuicio sea de cierta entidad⁴¹, y de otra, que el mismo sea consecuencia jurídicamente relevante de la acción u omisión del abogado o procurador⁴². De este modo, aquí el perjuicio penalmente

⁴⁰ Vid. STS 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 5539).

⁴¹ Vid. GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546. SERRANO GÓMEZ (Derecho Penal. PE II, ob.cit., pág. 905), apunta que los perjuicios de escasa entidad sólo tendrán repercusión en cuanto a la responsabilidad civil o disciplinaria. Por su parte, CANCIO MELIÁ (ComCP, ob.cit., pág. 1221), señala que debe tratarse de una “desventaja de cierta entidad, “manifiesta” de los intereses perseguidos por el cliente en el ámbito de la Administración de Justicia”. ABELLANET GUILLOT (“*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., pág. 194), apunta que la expresión “en forma manifiesta” requiere que el perjuicio sea “claro, patente y notorio exigiéndose la afectación de los derechos del perjudicado”. Asimismo, señala que el nuevo requisito, aunque no se constataba en el ACP, “ya venía exigiéndose jurisprudencialmente”. En este sentido, en relación al ACP, MAGALDI PATERNOSTRO (“*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 125), ya sostenía que el perjuicio no se presume, sino que debe ser “real, efectivo, concreto y objetivamente catalogable como tal”. De otra parte, y críticamente, POVEDA PERDOMO (“*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 203), señala que, si en lugar de utilizarse la voz “manifiestamente” se hubiera hecho uso de la expresión “gravemente”, se habría aportado “mayor claridad conceptual y seguridad jurídica” a la conducta típica.

⁴² Esto es, entre la conducta del abogado y procurador y el perjuicio a los derechos del cliente debe existir una relación de causalidad y de imputación objetiva. Vid. SSTS 11 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1456) y 30 de octubre de 1989. Vid. asimismo, POVEDA PERDOMO, “*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 202; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546; ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., pág. 195; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 231. DEL MORAL GARCÍA (CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796) señala que, “la exigencia de que el perjuicio sea manifiesto ha de referirse más que a la entidad del perjuicio a la vinculación clara con la actividad u omisión del letrado o procurador: ha de ser patente y

relevante, ocasionado por la conducta desleal de estos profesionales, deviene por el hecho de lesionar el derecho de defensa del particular. Su actuación imposibilita o dificulta el ejercicio del derecho de defensa de los intereses y pretensiones de su cliente. Con dicho perjuicio, por tanto, se le impide disfrutar del derecho a un proceso judicial con todas las garantías reconocidas en el art. 24 CE, y es la ofensa a tal derecho lo que constituye la esencia del delito. Evidentemente, dicho perjuicio debe ser un resultado objetivamente imputable a la conducta del abogado o procurador.

De modo que, y en primer lugar, como ya se ha señalado a lo largo del trabajo, deben excluirse los perjuicios ocasionados por actuaciones extraprocesales, que habían sido admitidas por

notoria". BENÉYTEZ MERINO (CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4367), señala que es preciso que haya relación de causalidad entre el daño ejecutado (como por ejemplo, "la pérdida de un derecho o de una posición ventajosa en una determinada situación") y la actuación profesional. Por su parte, PÉREZ CEPEDA (Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 192 y 195 y ss), en relación a la imputación objetiva del perjuicio en los delitos de acción, señala que el legislador, y en aras de una mayor eficacia preventiva, debería haber graduado las penas, "atendiendo a la naturaleza del proceso en el que se realiza la conducta delictiva y al tipo de perjuicio". Vid. en relación al ACP, GARCÍAS PLANAS, "Prevaricación de abogados y procuradores", ob.cit., pág. 41, y MAGALDI PATERNOSTRO ("La prevaricación de abogado y procurador", ob.cit., pág. 125), que apunta que el perjuicio debe ser "identificado, delimitado y objetivamente imputable".

el Tribunal Supremo⁴³, y que ahora deberán sancionarse por la vía civil o disciplinaria. En contra, por tanto, de la doctrina que entiende que el precepto -a pesar de poder sugerir, por su ubicación, que sólo serán típicos los perjuicios ocasionados en virtud de acciones u omisiones relacionados con procesos judiciales-, acoge cualquier actuación profesional extraprocesal⁴⁴. En segundo lugar, y en atención a la ubicación del precepto, entre los delitos contra la Administración de Justicia, únicamente serán típicos los perjuicios susceptibles de ser directamente conectados con un proceso. Así, la doctrina señala que gozan de dicha condición: a) La frustración grave del acceso a la jurisdicción, es decir, cuando la actuación del profesional vete el acceso al proceso (por ejemplo, cuando se desestima la pretensión por no haber realizado, el profesional, alegaciones o no haber propuesto pruebas que hubieran conducido a la estimación de la demanda); b) la distorsión grave del procedimiento, cuando se impide participar en el proceso en

⁴³ Vid. STS 1 de abril de 1970 (RJ 1970, 1610).

⁴⁴ En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 546; DEL MORAL GARCÍA, CP. Comentarios y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 1796. De forma más prudente se pronuncia ORTS BERENGUER (ComCP, ob.cit., pág. 1947), al señalar, que “el perjuicio aparecerá relacionado con un proceso (...), pero también se puede incurrir en el delito realizando una labor de asesoramiento, al margen de la función jurisdiccional, aun cuando la posibilidad de recurrir a ésta siempre ha de estar presente”.

condiciones de igualdad, lo que se traduce en la pérdida de derechos procesales (por ejemplo, cuando no se presenta un recurso, o cuando se deja prescribir una acción, lo que ocasiona una pérdida de derechos⁴⁵, o cuando el procurador descuida recibir el correo y estar atento a sus requerimientos -“*se ausentó del domicilio sin disponer medidas para informarse de los requerimientos del correo*”-)⁴⁶; c) cuando debido a la conducta desleal la resolución recaída es contraria o no favorable a la que hubiera recaído, si hubiera actuado debidamente (por ejemplo, si el abogado no consigna en el Juzgado una cantidad entregada por su cliente con tal fin, produciéndose la estimación de la demanda y el embargo de los bienes del cliente⁴⁷, o cuando el abogado, que recibe provisión de fondos de su cliente para abonar los honorarios del letrado de la parte contraria, demora el pago durante dos años, dando lugar a que el apremio continuase contra su cliente⁴⁸); d) finalmente, cuando se impide que el fallo judicial se cumpla (por ejemplo, no instando una ejecución⁴⁹).

⁴⁵ Vid. STS 11 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7668).

⁴⁶ Vid. STS 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8874).

⁴⁷ Vid. STS 11 de abril de 1977 (RJ 1977, 1584).

⁴⁸ Vid. STS 11 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1456).

⁴⁹ Vid. FELIP I SABORIT, “*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 782; MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 125; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y

En consecuencia, únicamente serán penalmente relevantes los perjuicios que se causen o deriven de una conducta desleal del abogado o procurador en el curso o en la preparación de un proceso judicial. Los *intereses procesales* se vinculan al derecho al proceso debido como cauce reglado y exclusivo de prestación de tutela judicial efectiva⁵⁰. En concreto, aquí el perjuicio penalmente sancionable será aquel que imposibilita o dificulta *el ejercicio del derecho de defensa*, como consecuencia de la actuación de estos profesionales⁵¹. Y, a través de dicho derecho de defensa -derecho instrumental al proceso debido y a la

procuradores, ob.cit., págs. 192 y 193. Por su parte, ORTS BERENGUER (ComCP, ob.cit., pág. 1947) señala que, por lo general, y por lo que hace al procurador, prácticamente siempre, el perjuicio aparecerá relacionado con el proceso. Ello, podemos interpretarlo en el sentido de que, para este autor, la conducta del abogado penalmente relevante puede producirse también al margen de la función jurisdiccional. Cuestión mencionada en páginas anteriores.

⁵⁰ Así, FELIP I SABORIT (“*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 782) apunta que, en todos los casos que acabamos de señalar, “el ejercicio incorrecto de las funciones de abogado supone la imposibilidad de disfrutar de la tutela jurisdiccional o de hacerlo en las formas constitucionalmente garantizadas”. En el mismo sentido, POVEDA PERDOMO (“*Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995*”, ob.cit., pág. 202) señala que, fuera de estos supuestos “el incumplimiento del abogado podrá constituir afrentas al código deontológico o disciplinario, como cualquier otro profesional, pero siempre por fuera de la órbita penal”. Vid. también, MAGALDI PATERNOSTRO, “*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., pág. 114, y PÉREZ CEPEDA, *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, ob.cit., págs. 192 y ss.

⁵¹ Vid. GARCÍA ARÁN, “*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 298.

prestación de tutela- podremos también proteger aquel otro interés que motiva al particular a acudir a la Administración de Justicia; esto es, el *interés en la satisfacción de la pretensión*, que la resolución final le resulte favorable y responda a sus pretensiones concretas. De este modo, *la causación de perjuicio debe suponer un quebranto efectivo para el derecho de defensa de los intereses y las pretensiones del cliente*⁵².

Recapitulando pues, en este tipo se incluye el perjuicio a la pretensión material siempre que se derive de un perjuicio procesal, puesto que éste es el punto de conexión con el interés de carácter público que aquí se protege. Asimismo, también se sanciona el exclusivo perjuicio procesal (por la misma razón de relación con el bien jurídico) que no llega a producir perjuicio a la pretensión de fondo. Y ello, porque los intereses estrictamente procesales también son “intereses encomendados” por el cliente.

La jurisprudencia más reciente acoge los posicionamientos que aquí hemos planteado. Así, la sentencia de 17 de marzo de 2000, de la Audiencia Provincial de Barcelona⁵³, señala,

⁵² Vid. en similar sentido, ABELLANET GUILLOT, “*La prevaricación de abogado (...)*”, ob.cit., págs. 194 y 195.

⁵³ Sentencia de 17 de marzo de 2000, Audiencia Provincial de Barcelona, Marginal: ARP 2000/223.

resolviendo un supuesto penado por el art. 360 ACP -vigente en la fecha en que los hechos tuvieron lugar- que la expresión “*perjudicara a su cliente*” debe interpretarse de forma restrictiva, entendiéndose “*que sólo el perjuicio a los intereses legales encomendados al letrado integran el perjuicio que se configuraba como elemento del tipo (...)*”. Así, considera irrelevante que el ACP diese protección a intereses distintos de los concretos confiados a la gestión letrada (“*como podría ser el propio patrimonio del cliente que resulta perjudicado por los inmerecidos honorarios profesionales satisfechos*”), pues lo cierto es que “*hoy habrían quedado despenalizados, siendo como es que el artículo 467 del vigente Código Penal sólo reprime la actuación profesional que (...) perjudique los intereses del cliente que le hayan sido encomendados*”. Asimismo, señala que nos encontramos frente un delito de resultado, en el que no es suficiente una mera acción u omisión profesional, sino que de tal comportamiento debe derivarse un efectivo y real perjuicio para el cliente. Y dicho perjuicio se produce “*cuando se malogra el patrimonio del cliente con relación a los derechos subjetivos cuya gestión encomiende a su letrado; y ello abraza no sólo los supuestos en los que finalmente se desestima la pretensión última de la parte, sino cuando se ve imposibilitado de ejercitar una acción tendente a debatir la procedencia del derecho, pues tal acción se encuentra también en el patrimonio del cliente y la posibilidad de su*

ejercicio es condición necesaria para debatir lo controvertido en el ejercicio del derecho a la Tutela Judicial Efectiva del art. 24 de la CE”.

El Tribunal también aprecia la dificultad de acreditar el perjuicio en los supuestos de actuación profesional defectuosa -cuestión que trataremos en el próximo epígrafe-, reconociendo, en cambio, que es de fácil apreciación el perjuicio del interés encomendado, *“en supuestos de prescripción o caducidad del derecho o de la acción, toda vez que estas instituciones descansan sobre el cómputo de determinados períodos de tiempo desde concretos momentos y dado que en tales supuestos puede objetivizarse perfectamente si el comportamiento de la postulación fue determinante o no -en relación causal- con el decaimiento de los derechos”.*

Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000⁵⁴, que resuelve un supuesto en el que un abogado no presentó demanda causando un perjuicio a la Comunidad de propietarios que le encargó tal actuación, también especifica que de la dicción legal del tipo no parece exigirse necesariamente que el perjuicio haya de ser evaluable económicamente, pues entiende que *“basta que se trate de una desventaja, quebranto, daño o deterioro notable de los intereses del cliente en el ámbito de la Administración de Justicia”.* Así, señala: *“Bien es cierto que, en el relato fáctico de la presente sentencia, no se*

⁵⁴ STS 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1130).

ha precisado una cantidad en la que pudiese cifrarse económicamente ese perjuicio, sin embargo, ello no se considera óbice para apreciar el tipo que venimos examinando, pues cuando el legislador se refiere al perjuicio de intereses, por un lado, no se está refiriendo a unos intereses económicos materiales y, por otro, de restringir el ámbito de aplicación con tal interpretación, quedarían fuera del tipo aquellos casos en que los intereses no fuesen de contenido material, sino simplemente moral, que, desde luego también pueden ser objeto de defensa por letrado. En el caso de autos, ese perjuicio de intereses se ha producido y, además se considera que es manifiesto; desde un punto de vista, porque la simple no presentación de una demanda judicial, cuando se puede y debe hacer, con la idea de poner fin a un problema acuciante, como era dar salida a la situación de estacionamiento en que habían quedado las obras de la comunidad, es perjudicial en sí mismo, ya que eso se traduce en un efecto práctico y es que, si no ponen en marcha los mecanismos legales, la solución al problema no llega, y con ello quedan sin terminar las obras con los inconvenientes y molestias que, de hecho, todos los días han de padecer los vecinos de la finca. Por otra parte, esa omisión, tuvo mucho que ver para que dicha comunidad de propietarios se viese, en lugar de demandante, demandada en un procedimiento iniciado por la entidad a quien ella pretendió demandar cuando encomendó el asunto

al acusado, lo que implica un cambio de posición procesal que, siquiera psicológicamente, produce afección a quien la padece”.

a) La eliminación del perjuicio por la intervención de tercero.

Ya hemos señalado que nos encontramos frente un delito de resultado en el que es necesario, para su estimación, la producción de un perjuicio manifiesto para los intereses del cliente. Pues bien, puede suceder que, aunque dicho perjuicio se hubiera iniciado de forma potencial por la conducta desleal del abogado, aquél no llegue a producirse por la intervención, bien de otro letrado, bien del Ministerio Fiscal; por lo que, y al no malograrse los intereses encomendados por la intervención de otro profesional, no concurrirían todos los elementos para estimar el delito. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1993⁵⁵, recoge el supuesto en el que un abogado no tiene contacto con su cliente hasta el día del juicio oral, no se entrevistó con él en ningún momento -se encontraba recluido en el Centro Penitenciario-, ni interesó la práctica de la prueba pericial respecto al grado de imputabilidad de su cliente, que era drogadicto. Aunque el letrado sí presentó el escrito de calificación

⁵⁵ STS 25 de junio de 1993 (RJ 1993, 5374).

provisional, pero limitándose a negar las conclusiones del Ministerio Fiscal, haciendo suyas las pruebas propuestas por éste y solicitando la libre absolución. El día señalado para la vista oral, el letrado pidió ver las actuaciones de la causa y entrevistarse con su cliente, lo que le fue denegado; entonces, manifestó que si no accedían a sus ruegos se marchaba y renunciaba a la defensa. Esta petición volvió a realizarla al iniciarse la vista y le fue nuevamente denegada. Pero cuando el acusado, al comparecer en el juicio, comunicó que no conocía a su letrado, que nunca había sido visitado por éste en la cárcel, y que era heroinómano, la representante del Ministerio Fiscal expresó: *“que el comportamiento del Letrado de la defensa ponía en evidencia el abandono de su patrocinado y, por tanto, aconsejó a éste que renunciase a la defensa de su letrado a fin de obtener la suspensión del juicio y poderle garantizar el derecho constitucional a la defensa técnica de la acusación que se le formulaba”*. Ello fue atendido, acordándose la suspensión del juicio y la sustitución por otro letrado. En este supuesto, de una parte, podemos considerar que el perjuicio “manifiesto” no se ha producido al suspenderse el juicio y sustituirse al abogado defensor; pero, y de otra parte, debe destacarse que la calificación previa del abogado, fundada en negar los hechos y no solicitando una prueba determinante para los intereses de su cliente, como era

el informe sobre su drogadicción, sí lesionaba el derecho de defensa de su cliente⁵⁶.

Asimismo, en la sentencia de 14 de julio de 2000⁵⁷, a pesar de reconocer que se ha causado un perjuicio -en un supuesto en que el letrado de oficio que representa a la acusación particular no presenta a su debido tiempo el escrito de acusación-, debe analizarse si dicho perjuicio satisface las exigencias del tipo penal del art. 467.2 CP. En este caso concreto, el letrado actuaba en un proceso seguido por la comisión de un delito de abusos sexuales, y dado que para ejercitar la acusación particular no llegó a formular escrito de acusación, se desistió de esa parte, celebrándose el juicio únicamente con la acusación pública del Ministerio Fiscal. Aquí, el Tribunal señala que, si bien hubo una

⁵⁶ Sobre esta sentencia, críticamente, se han pronunciado: CANCIO MELIA, ComCP, ob.cit., pág. 1222, y PÉREZ DEL VALLE, *“La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal”*, ob.cit., pág. 3, nota 76. Este último señala que, “la calificación previa del letrado acusado se fundaba en negar los hechos y esta circunstancia implica si existe un deber de proponer una calificación alternativa en beneficio de los derechos de defensa”. Por su parte, BENÍTEZ ORTÚZAR (De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 231), haciendo referencia a esta sentencia, afirma, como aquí también se ha defendido, que si el sujeto “no provoca manifiestamente un perjuicio en los intereses que le fueron encomendados, queda al margen del Derecho punitivo, permaneciendo en el ámbito propio de la deontología profesional”.

⁵⁷ STS 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 5539).

actuación omisiva: *“la falta de presentación de los escritos citados, y su misma inactividad profesional”*, ello únicamente constituye el primer elemento del tipo, y tal omisión no es suficiente. Y continúa señalando que, si bien *“es cierto que hubo un perjuicio para los intereses de la defensa que tenía encomendada, tal perjuicio en el caso sometido a nuestra consideración, en razón de que fueron satisfechos tales intereses por un órgano público, como es el Ministerio Fiscal, no resulta manifiesto, interpretado en el sentido de palpable, palmario, patente u ostensible, ya que ese perjuicio manifiesto justifica la intervención del Derecho penal para corregir la desatención profesional del acusado, abriéndose otras vías reparatoras en caso contrario”*. En consecuencia, el letrado *“no cumplió diligentemente con su obligación profesional”*, por lo que el Tribunal insta al Colegio de Abogados a los efectos que proceda. Así, y aunque inicialmente su conducta no corresponde a las acciones que deben esperarse de estos profesionales colaboradores de la Administración de Justicia y garantizadores del derecho de defensa de sus clientes, no llega a producirse el perjuicio manifiesto gracias a la intervención del Ministerio Fiscal, que, como acusación pública, asume la defensa de los intereses de la víctima. De este modo, la única sanción posible a la conducta desleal de este letrado vendría dada por las normas deontológicas y estatutarias de su profesión.

De la misma manera, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de marzo de 2000⁵⁸, no llegan a perjudicarse los intereses del cliente encomendados al acusado por la intervención de otro abogado. Así, ésta reseña: *“Como se ha dicho, es necesario que la actuación profesional produzca el resultado de malograr los intereses encomendados. Tal efecto o desenlace no tuvo lugar en el caso de autos; ciertamente no gracias a la labor del acusado, sino a la de otro profesional que encauzó en debida forma las reclamaciones, pero es lo cierto que del comportamiento del acusado no se derivó el efectivo perjuicio (y en ello ha de estar agradecido a la nueva asistencia letrada) que el tipo penal exige.*

Se dirá que sí concurrió el perjuicio de haber satisfecho unos honorarios de forma gratuita y para un actuar profesional que -de no haber mediado la intervención de otro letrado- hubiera llevado con seguridad a la consumación del delito; no obstante, tales perjuicios económicos basados en el cobro de los honorarios, no son -como se dijo- los resultados que el tipo penal protegía en su artículo 360 o los que ahora subsisten como típicos en el vigente artículo 467. Estos perjuicios -carentes de protección penal- habrán de ser reclamados en

⁵⁸ Sentencia de 17 de marzo de 2000, Audiencia Provincial de Barcelona, Marginal: ARP 2000/223.

la vía judicial correspondiente, si a ello hubiera lugar y se tuviera por conveniente”.

Como puede verse, la jurisprudencia que se acaba de recoger, elimina la responsabilidad en aquellos supuestos en que, pese a la incorrecta actuación profesional, el perjuicio no llega a producirse gracias a la intervención de un tercero, como puede ser el Ministerio Fiscal. Es decir, según el Tribunal Supremo, el perjuicio debe producirse en todo caso y de forma objetiva para que resulte de aplicación el tipo penal. Con ello, cabe plantearse si la citada jurisprudencia configura el perjuicio como una condición objetiva de punibilidad, no necesariamente abarcada por el dolo, que, de no estar presente, impide la atribución de responsabilidad penal.

La configuración de este delito que hemos mantenido hasta aquí sitúa el perjuicio en el núcleo del injusto y por tanto, lo concibe como su resultado. Pero, como se ha repetido, incluye en el perjuicio también el que se produzca sólo respecto de los intereses procesales del cliente.

Desde este punto de vista, entendemos que no debería concluirse sin más que en todos aquellos casos en que la

intervención de un tercero evita la lesión de la *pretensión de fondo*, desaparece la responsabilidad penal. En muchos supuestos, se habrá producido un perjuicio procesal relevante en la medida en que los “intereses que le fueron encomendados” (según la dicción del art. 467.2) no hayan sido defendidos de acuerdo a lo que exige el proceso debido, esto es, por el profesional que, como *colaborador de la Administración de Justicia*, los tenía encomendados y cuando los tenía encomendados.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1993, en el que el acusado ni siquiera conocía a su abogado con anterioridad al juicio, parece sostenible que careció de la posibilidad de defenderse efectivamente durante el *iter procesal* previo, lo que ya supone una afectación cierta a los “intereses encomendados” al abogado; aunque la intervención del Ministerio Fiscal, en principio, parece impedir la producción de perjuicio, al aconsejar al acusado que renunciase a la defensa de su letrado con el fin de obtener la suspensión del juicio y poderle garantizar el derecho de defensa técnica, asumida por otro letrado.

Somos conscientes de que con ello podemos estar ampliando los límites de la responsabilidad en sentido contrario

al que exige el principio de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal. Y también de que la consideración del perjuicio como resultado (en lugar de condición objetiva de punibilidad) abre la puerta a la responsabilidad en grado de tentativa. Pero este riesgo de excesiva amplitud de la respuesta penal puede conjurarse a partir de las siguientes consideraciones: a) el perjuicio debe ser “manifiesto”, lo que, pese a la indeterminación de la expresión, permite reducir la aplicación del precepto, por vía interpretativa, a supuestos de efectiva y palmaria indefensión, aunque ésta sea temporal y se vea finalmente evitada por la intervención de un tercero, y b) la tentativa puede ser descartada en muchos supuestos omisivos de naturaleza doloso eventual, en los que, pese al perjuicio procesal, la propia naturaleza de la omisión o del dolo eventual permite sostener la imposibilidad de responder por dicha forma imperfecta de ejecución⁵⁹.

b) Especial mención a la relación entre la revelación de secretos del cliente y el perjuicio.

A pesar de que la revelación de los secretos del cliente de los que hubiera tenido conocimiento en el ejercicio de su

⁵⁹ Aunque algún autor mantiene que cabe la tentativa en supuestos de naturaleza doloso eventual, así, entre otros, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 726 y ss.

profesión ya no forma parte de la conducta típica del art. 467 CP, sino que se encuentra recogida entre los delitos contra la intimidad, podemos plantearnos, como propone MUÑOZ CONDE⁶⁰, la siguiente cuestión: ¿podría constituir una forma de perjuicio para el cliente la revelación de un hecho de carácter secreto, que el cliente ha revelado a su abogado, y que no quiere que se conozca, a pesar de que su divulgación le beneficiaría jurídicamente?; por ejemplo, si el hecho de carácter secreto resulta ser la impotencia que sufre el cliente, y éste ha sido acusado de un delito de agresión sexual.

Para solucionar esta cuestión no sólo deben tomarse en consideración los tipos del art. 199.2 y 467.2 CP, sino que también debemos atender al art. 416.2 LECrim que reza así: *“Están dispensados de la obligación de declarar: 1º (...); 2º. El abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”*. Este último precepto, como señala OTERO GONZÁLEZ⁶¹, dice expresamente “dispensado, no obligado”, lo que podría llevar a argumentar que si la revelación de dicho secreto redundaba en beneficio del cliente, debería

⁶⁰ MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 810.

⁶¹ OTERO GONZÁLEZ, P., *“El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal”*, en *La Ley*, Año XXI, núm. 5135, de 7 de septiembre de 2000, pág. 3.

revelarlo “al primar el interés de impartir recta e imparcial justicia, sobre el derecho a la intimidad del cliente”. Esto es, la posible realización de las conductas de revelación del secreto profesional -art. 199.2 CP- y perjuicio de los intereses de su cliente -art. 467.2 CP-, quedarían justificadas por la eximente del estado de necesidad -art. 20.5 CP- (en virtud del criterio de la colisión de deberes)⁶².

Ahora bien, como indica dicha autora, aunque el silencio ocasionaría la condena a un inocente, no podemos resolverlo al amparo del estado de necesidad, puesto que el abogado o procurador necesitaría de la autorización de su cliente para revelar aquello que haya conocido directamente de él. Así, el profesional no puede realizar la revelación sin infringir los tipos penales aludidos. Con su silencio, de un lado, garantiza el derecho a la intimidad, y de otro, contribuye a impartir justicia, “porque se está ejercitando el derecho de defensa, a través de la defensa de los intereses parciales del defendido, del mismo modo que intentar que se absuelva a un culpable contribuye también a

⁶² Vid. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 810. No obstante, éste apunta, también, que abogado y procurador están vinculados a las instrucciones de su cliente “y que éste es el que debe decidir que es lo que le beneficia o le perjudica”. En relación al ACP, Vid. SÁNCHEZ OCAÑA (CP comentado, 1990, ob.cit., pág. 685), que recoge algunos posicionamientos doctrinales en relación a este punto.

que haya *Justicia*, a la causa de la Justicia en sentido genérico, en la medida en que se colabora con la administración de la justicia penal”. Evidentemente, mantener el secreto, pese a conocer que su revelación evitaría una injusta condena, sitúa al abogado en un enorme conflicto, pero éste debe resolverse a través de los deberes y derechos. Así, prima el deber de mantener el secreto del abogado, que es inquebrantable, salvo si el cliente consiente dicha revelación. Distinta situación se produciría si el dato que conoce del cliente -aún secreto- se refiere algún propósito de delinquir en el futuro. Aquí, el deber de secreto profesional cede, puesto que si el abogado lo mantiene, podría dar lugar a la conducta consistente en la omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución del art. 450 CP. Asimismo, si los delitos que, le confiesa el cliente, quiere cometer en el futuro, no son los que configuran el art. 450 CP, se produjeran efectivamente y el abogado hubiese mantenido el secreto respecto al propósito de delinquir de su cliente, podría imputársele responsabilidad penal a título de encubridor (si concurrieran los requisitos de los arts. 451 a 454 CP)⁶³.

⁶³ OTERO GONZÁLEZ, “*El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal*”, ob.cit., pág. 4.

2. El tipo subjetivo.

En cuanto al elemento subjetivo, el delito de perjuicio para los intereses de los clientes recoge dos posibilidades. De una parte, la *realización dolosa* de la conducta, dirigida a perjudicar al cliente, y de otra, por mandato legal del apartado segundo del art. 467 CP, también es penalmente reprochable el comportamiento realizado por *imprudencia grave* que conduzca a la causación de perjuicios para los intereses del cliente. Para esta última forma comisiva el legislador ha previsto una penalidad más atenuada, a diferencia del anterior Código Penal en el que se asociaba la misma consecuencia jurídica a la comisión dolosa e imprudente del tipo.

2.1. La comisión dolosa.

La comisión dolosa del tipo se encuentra prevista en el primer párrafo del apartado segundo del art. 467 CP. La causación del perjuicio debe haber sido intencionadamente perseguida⁶⁴, es decir, el abogado o procurador con conciencia y voluntad irrogan un perjuicio a los intereses del cliente, atentando, en

⁶⁴ QUINTERO OLIVARES (ComNCP, ob.cit., pág. 1992) señala que, cuando se trata de perjuicios “manifiestamente apreciables e intencionadamente causados, no existe especial problema (salvo la prueba de la intencionalidad, que se deducirá de aspectos complementarios o accesorios de la conducta)”.

consecuencia, contra el derecho a un proceso debido. En la nueva redacción está ausente el elemento del “abuso malicioso del oficio”, presente en el art. 360 ACP y que revelaba, como establece la STS 31 de mayo de 1999, que el dolo del autor tenía que ser directo - “*pues no otra cosa significa la malicia*”-⁶⁵. De modo que, y al no encontrarse dicha nota diferenciadora en el actual art. 467.2 CP, el dolo también puede ser eventual, esto es, que el profesional sea consciente de la alta probabilidad de que su conducta resulte gravemente perjudicial para los derechos de su cliente, e incluso de que su comportamiento puede causar la definitiva pérdida de sus derechos, sin que ello provoque un cambio en su actuación⁶⁶.

A título ejemplificativo, la jurisprudencia considera que se comete este delito de forma dolosa en un supuesto en el que un abogado, que no había presentado la correspondiente demanda en tiempo y forma, confeccionó una sentencia -inexistente-

⁶⁵ Vid. STS 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3569). Por su parte, y en relación al ACP, MAGALDI PATERNOSTRO (“*La prevaricación de abogado y procurador*”, ob.cit., págs. 123 y 124) entiende que el dolo del precepto comprende las formas de dolo directo y eventual, aunque señala que la expresión “abuso malicioso”, “comporta serias connotaciones de exigencia de dolo directo”

⁶⁶ Vid. BENÉYTEZ MERINO, CP. Doctrina y Jurisprudencia, ob.cit., pág. 4368.

favorable a su cliente, como si la hubiera emitido el Tribunal⁶⁷. Respecto al procurador, se considera dolosa su conducta cuando no consigna la cantidad entregada por su cliente para enervar el desahucio y evitar el lanzamiento⁶⁸. Más recientemente, también se ha calificado de dolosa la conducta de un abogado que perjudica de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados, al no presentar la debida demanda en representación de la Comunidad de propietarios que le encargó tal actuación. El relato de hechos probados dice así: *“Así las cosas, en los últimos días del mes de julio de 1996, la comunidad entró en contacto con José Ramón C. A., abogado en ejercicio, mayor de edad y sin antecedentes penales, a quien se le encomendó que se hiciese cargo de los intereses de la Comunidad, concertando sus servicios para que concretamente presentase demanda en un procedimiento civil, misión que el letrado aceptó recibiendo el día 31 de julio la cantidad de 500.000 pesetas, en concepto de provisión de fondos por tramitar la demanda. No obstante ese acuerdo entre la comunidad de propietarios y el letrado acusado, éste en lugar de presentar la referida demanda civil dejó pasar el tiempo, quedándose con las 500.000 pesetas que había recibido en concepto de provisión*

⁶⁷ Vid. STS 10 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7110).

⁶⁸ Vid. STS 27 de noviembre de 1950 (RJ 1950, 1721), en DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 41 a 43.

de fondos, pero no llegando a presentar dicha demanda, con lo que, con el transcurrir del tiempo, cuando los miembros de la comunidad preguntaron al letrado, interesándose por el tema, éste les contestaba con diferentes excusas para mantenerles en la creencia de que el asunto que se le había encomendado estaba en el trámite judicial, hasta que en el mes de marzo de 1997 la comunidad de propietarios fue demandada judicialmente por la empresa Revocos y Contratas, con sorpresa para aquélla, que se encontraba en la creencia de que el acusado ya tenía formulada con anterioridad demanda contra la constructora, desde julio de 1996, permaneciendo durante todo el tiempo abandonados los intereses de la Comunidad de Propietarios de la C/ Ponce de León núm. 3, cuya defensa se había encomendado al acusado". La Sala califica la omisión del acusado de dolosa, pues "consciente el letrado de que sus servicios eran requeridos para esa finalidad concreta de demandar en juicio a otra parte, no acudió a la vía judicial, sin que pueda exculparse su conducta con argumentos, que dicho sea de paso, no se han escuchado a lo largo de lo actuado, como que si no presentó dicha demanda es porque el letrado consideraba que técnicamente fuese inviable"⁶⁹ .

A modo de recapitulación, cabe señalar la relevancia de la supresión del elemento del abuso "malicioso" del oficio que

⁶⁹ Vid. STS 1 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1130).

presenta la actual redacción. Y ello porque, como se ha dicho, permite incluir la comisión doloso eventual. Tal cuestión, que en otros delitos sólo merecería el comentario descriptivo, adquiere aquí una especial importancia por dos motivos: primero, porque desde el punto de vista de la casuística resultan mucho más imaginables los supuestos doloso eventuales que los dolosos directos (en los que el autor pretende el perjuicio) y segundo, porque la existencia de un tipo imprudente obliga a realizar la siempre ardua delimitación entre dolo eventual e imprudencia.

2.2. La comisión imprudente.

La causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses de sus clientes por parte del abogado o procurador puede realizarse, como así se recoge de forma expresa en el último inciso del apartado segundo del art. 467 CP, por imprudencia grave⁷⁰, que redefine así la *negligencia* o *ignorancia incexcusable* a la que hacía referencia el art. 360 ACP.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE (Derecho Penal. PE, ob.cit., pág. 810) señala que, a pesar de que el texto se refiere a “los hechos”, evidentemente sólo se

La *imprudencia profesional*, contenida en el art. 565 ACP, ha sido entendida por el Tribunal Supremo en el sentido de la “impericia” o “negligencia profesional” del texto derogado, lo que en principio supone admitir dos modalidades de imprudencia profesional. Ahora bien, los problemas surgen a la hora de determinar el alcance de estos dos conceptos. Así, de una parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996 señala que, como modalidades de la imprudencia profesional aparecen tanto la “impericia”, como la “negligencia profesional”, entendiendo por impericia *“la carencia de los conocimientos propios, habilidad o experiencia exigibles para el desempeño de la profesión de que se trate”*, y por negligencia profesional *“la omisión de las específicas normas de prudencia técnica impuestas a los profesionales en la ejecución de los actos de su profesión y que hacen gravitar sobre ellos una exigibilidad superior en el cumplimiento de sus deberes objetivos de cuidado”*⁷¹. De otra parte, en cambio, como se

refiere al perjuicio previsto en este apartado segundo, no a la conducta de la doble defensa o asesoramiento del primero.

⁷¹ En este sentido, JORGE BARREIRO, A. (La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 108) señala que podemos distinguir los mencionados términos del siguiente modo: “*impericia*, como falta de conocimientos necesarios y elementales o ineptitud o ignorancia para ejercer la profesión; y la *negligencia profesional*, aplicable para quienes, “*estando en posesión de los conocimientos suficientes, obra con abandono, descuido, apatía, abulia, falta de estudio del caso concreto, omisión de precauciones, falta de interés o de diligencia, de tal modo que, siendo ducto y capaz, se incurra, sin embargo, en*

desprende de la STS 12 de mayo de 1994 parece que el término “impericia” engloba todos los supuestos de *imprudencia profesional*; desde esta perspectiva, el concepto de “impericia” se entiende “*como ignorancia o defectuosa ejecución del acto requerido por la lex artis*”⁷².

Así las cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo con el anterior texto legal ha diferenciado entre “culpa profesional” y “culpa del profesional”, distinguiendo la segunda, que no es más que “*la imprudencia o negligencia común en que incurre el agente en el ejercicio de su arte, profesión u oficio*”⁷³, de la “imprudencia profesional” en sentido propio, “*que es la encuadrable en la agravación prevista por el párrafo segundo del artículo 565 del CP (ACP) la cual reviste dos modalidades de impericia y de negligencia profesionales*”⁷⁴. A pesar de dicha diferenciación, los criterios establecidos por la jurisprudencia penal sobre imprudencia

desdichada y perjudicial actuación merced a falta de aplicación y de esmero en la tarea” (STS 21 de junio de 1974, RJ 1974, 2918)”.

⁷² Vid. el estudio que de la impericia y negligencia profesional realiza HAVA GARCÍA, E., en *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 2001, págs. 21 y ss.

⁷³ Vid. entre otras, SSTS 30 de enero de 1996 y 26 de abril de 1994.

⁷⁴ Vid. STS 30 de enero de 1996. Por su parte, la STS 26 de abril de 1994, entiende que la impericia engloba todos los supuestos de *imprudencia profesional*, así señala que ésta “*descansa en la impericia, por tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente*”.

profesional, como manifiesta HAVA GARCÍA, no sólo son excesivamente “ambiguos, equívocos e inadecuados”, sino que, y además, no se han aplicado ni de forma ponderada ni de forma equitativa desde la perspectiva de justicia material, “pues es enormemente frecuente que, ante supuestos de hecho idénticos, se falle en sentidos divergentes, aun empleando para ello análogas argumentaciones”⁷⁵. De modo que, como esta autora señala, realmente no existen diferencias entre ambas imprudencias, la profesional y la del profesional⁷⁶, suponiendo, en realidad, dicha distinción una situación un tanto artificiosa⁷⁷. Pues, como asimismo apunta, y adaptándolo al tema que nos ocupa, si un profesional infringe deberes de cuidado en el ejercicio de su profesión (infracción que será causante, por ejemplo, de la pérdida de algún derecho procesal, como puede ser el derecho de defensa), habrá de considerarse que ha infringido al mismo tiempo las reglas de la actuación de la profesión de abogado, y, por tanto, su imprudencia deberá ser calificada de profesional⁷⁸.

⁷⁵ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, ob.cit., pág. 29. Vid. nota 25, en la que se cita la doctrina que se pronuncia en este sentido.

⁷⁶ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, ob.cit., pág. 30, Vid. nota 26.

⁷⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA, J.M., “*Art. 152 CP*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 744.

⁷⁸ HAVA GARCÍA, *La imprudencia médica*, ob.cit., pág. 30, Vid. nota 27.

Luego, la relevancia penal de la imprudencia profesional de abogado y procurador surge porque al infringir los más elementales deberes de cuidado, omitiéndose las específicas normas impuestas a éstos en su actuación profesional, lesionan el derecho a un proceso debido⁷⁹.

Aquí nos encontramos frente una *imprudencia profesional grave*, esto es, temeraria, lo que supone analizar si, de un lado, únicamente cabe la “negligencia profesional”, entendida como la defectuosa aplicación de los conocimientos técnicos, o cabe también, de otro lado, la “impericia”, esto es, el déficit de dichos conocimientos⁸⁰.

Los componentes fundamentales del tipo de injusto imprudente son: la acción típica imprudente, que comprende la infracción del deber de cuidado y la previsibilidad objetiva del

⁷⁹ Vid. en similar sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 202.

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ (“*El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)*”, en El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, ob.cit., pág. 115) señala que la opción más satisfactoria de entender la nueva “imprudencia profesional” es como lo hacía el texto derogado, en el sentido de la “impericia o negligencia profesional”. Por lo que el criterio rector de la imprudencia profesional continuará siendo “el déficit de conocimientos técnicos o la defectuosa aplicación de los mismos”. En similar sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 202 y ss.

resultado, que constituye el desvalor de acción; y el desvalor de resultado, lo que significa que la acción imprudente debe producir un resultado prohibido imputable a aquella, pues de acuerdo al principio de intervención mínima, únicamente son relevantes las acciones imprudentes que producen determinados resultados⁸¹. Así, por ejemplo, nos encontraríamos frente a una imprudencia profesional grave en el supuesto en que un abogado perjudica a sus clientes al optar por un procedimiento equivocado, negociando una cantidad lesiva para ellos y reteniendo durante largo tiempo el dinero que les debía entregar, pues como señala la STS 31 de mayo de 1999, el abogado pudo prever que su desatención podía originar una grave demora *“en el reconocimiento y efectividad de los derechos de sus clientes e incluso provocar la definitiva pérdida de tales derechos”*. Y ello porque, cuando negoció una transacción claramente perjudicial para sus clientes, *“no sólo se “pudo” representar el daño que la misma implicaba, sino que*

⁸¹ Vid. entre otros, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 316 y ss. En similar sentido se pronuncia la STS 25 de mayo de 1999: *“La doctrina de esta Sala viene estableciendo una serie de requisitos para estimar la imprudencia que se pueden resumir en: 1º) existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa; 2º) un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño; 3º) un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuridicidad de la conducta imprudente; 4º) causación de un daño; y 5º) relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originaria y determinante del resultado lesivo sobrevenido”*.

necesariamente se la “tuvo” que representar”, y aunque dicho nivel de consciencia no es suficiente para integrar el dolo directo que requiere un *“abuso malicioso”* de su profesión, sí permite aceptar *“una culpa con previsión”*⁸². De este modo, el abogado no ha empleado ni el cuidado objetiva y subjetivamente necesario para evitar el perjuicio a sus clientes, esto es, no ha actuado con la diligencia debida, lesionando el derecho de sus clientes a un proceso debido, dado que su saber especial y sus deberes profesionales como profesional del derecho le obligaban a evitar el resultado producido, objetivamente imputable a su labor profesional.

En los delitos de omisión, el Tribunal Supremo ha definido las características del elemento subjetivo imprudente, señalando, entre otras, la STS 10 de noviembre de 1990, que: *“habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación generadora del deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado no alcanza esta meta por la forma descuidada en la que ejecuta dicha acción”*⁸³. Así,

⁸² STS 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3569).

⁸³ STS 10 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8874).

en el presente caso, en el que un procurador se ausenta de su domicilio sin disponer las medidas que le permitieran informarse de los requerimientos por correo, pueden aplicarse estos conceptos. Pues, como la citada sentencia señala, *“el deber de cuidado más elemental de un procurador que libremente aceptó el cumplimiento de las tareas propias de la representación jurídica es el de recibir el correo y el de estar atento a sus requerimientos, pues esa es la única manera en la que puede tomar conocimiento de las situaciones en las que se pueden generar sus deberes de garante. Éstos habían sido asumidos por él libremente al aceptar telefónicamente (...) continuar con la representación del cliente”*. En consecuencia, el desconocimiento del contenido de la carta no retirada del correo es *“el fundamento de su responsabilidad por la omisión en el cumplimiento de sus deberes de garante, pues su ausencia del domicilio sin disponer medidas que le permitan informarse de los requerimientos del correo le impidió conocer las circunstancias generadoras del deber de actuar incumplido”*. Está claro que *“el procesado no se enteró del contenido de la carta por haber omitido las medidas exigibles para el cumplimiento adecuado de sus deberes de garante”*. Ahora bien, como señala PÉREZ CEPEDA debe destacarse el hecho de que la jurisprudencia ha castigado por imprudencia grave conductas que en realidad parecen constituir delitos dolosos (dolo eventual) en comisión por

omisión⁸⁴. Así, a título ejemplificativo, la STS 11 de marzo de 1986 condena al letrado acusado como autor de un delito de prevaricación del art. 360 ACP en su modalidad imprudente (art. 467.2 CP), el cual *“recibió de su cliente la provisión de fondos precisa para pagar su minuta al Letrado de la parte contraria que ganó el pleito con costas, y lejos de satisfacerla, demoró el pago durante dos años, dando lugar a que el procedimiento de apremio siguiera su curso”*⁸⁵. Y la STS 30 de octubre de 1980, que respecto a un procurador consideró negligencia inexcusable el hecho de hacer *“caso omiso de sus deberes como Procurador y al recibir de su cliente la cantidad de 55.000 pesetas para que prestara la fianza exigida en el embargo preventivo por él solicitado ante el Juzgado de 1ª Instancia de V., y que se había decretado de cuenta y riesgo de su cliente, previa la prestación de fianza en metálico de esa cantidad, lejos de prestarla y darle el destino para que le había sido remitida, incumplió esa obligación sin causa justificada y no prestó la fianza, ni presentó la demanda de juicio ordinario declarativo, que para la ratificación del embargo acordado, le había remitido el Letrado dentro del término*

⁸⁴ PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 206 y 207.

⁸⁵ STS 11 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1456).

legal, devolviendo la citada cantidad a su representado seis meses después, al pedirle explicaciones urgentes de su actitud”⁸⁶.

Tras este inciso, el hecho de considerar que la “negligencia profesional” de abogado y procurador responde a la idea de la imprudencia grave que exige el último inciso del art. 467.2 CP, no implica mayores problemas, pues quienes estando en posesión de los conocimientos suficientes obran con abandono, descuido, falta de estudio del caso concreto o falta de diligencia, siendo capaces, incurren en una actuación desleal por la falta del debido cuidado exigibles. Ahora bien, y de otra parte, cabe dilucidar si dentro de dicha imprudencia grave debe incluirse también la “impericia”, esto es, la carencia de los conocimientos exigibles a estos profesionales, por su falta de preparación profesional. Así, de una parte, QUINTERO OLIVARES considera que el Código Penal no es el remedio para lograr que los profesionales tengan una formación técnica adecuada, ya que dicha misión corresponde a las instancias académicas y profesionales, de modo que, según él, la falta de preparación profesional, o lo que es lo mismo, el déficit de los conocimientos técnicos, no poseería por sí solo suficiente relevancia penal. Así, y según este autor, de la preparación de estos profesionales cuando hayan sido

⁸⁶ STS 30 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3942).

designados de oficio deberán responder los Colegios Profesionales y la Administración misma, y respecto del profesional libremente contratado, “no parece equilibrado que la eventual culpa *“in eligendo”* se diluya en una responsabilidad penal del profesional que ha cometido graves errores en un proceso sencillamente por impericia, inexperiencia o falta de conocimientos especializados”⁸⁷. Por contra, como bien señala GARCÍA ARÁN, “no puede descartarse totalmente la responsabilidad penal en supuestos de clamorosa ignorancia que afecte claramente al derecho de defensa”⁸⁸. Aquí se ha defendido que la actuación profesional desleal debe afectar a los derechos que garantizan un proceso debido, debe impedir, en concreto, el ejercicio del derecho de defensa y éste, como ya se ha señalado, incluye el derecho a la defensa técnica (art. 24 CE), por lo cual, como apunta esta autora, en esta profesión “la preparación técnica mínima se vincula, ni más ni menos que al ejercicio de un derecho fundamental, que puede resultar vacío de contenido en algunas ignorancias incexcusables”⁸⁹. De este modo, si bien el Código Penal no es el instrumento de fomento de la

⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1993.

⁸⁸ GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 299.

⁸⁹ GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 299.

preparación profesional, como señalaba QUINTERO OLIVARES⁹⁰, sí debe fijar unos mínimos para las relaciones entre los ciudadanos, y éstos no son otros que garantizar los derechos fundamentales recogidos en la norma constitucional. En consecuencia, y de acuerdo a la interpretación restrictiva del ámbito del delito imprudente, no toda impericia llevará aparejada una sanción penal, sino que únicamente frente a aquélla que afecte a los derechos y garantías que rodean al proceso debido y provoque el perjuicio de los intereses del cliente deberá responderse penalmente. Y ello porque, de un lado, la actuación profesional defectuosa, debido al déficit de los conocimientos técnicos *“no puede ser rémora para la Administración de Justicia ni perjudicar al cliente”*⁹¹; y de otro, estos profesionales, como tales, tienen el deber de prepararse el asunto concreto para ejercer la defensa o representación del cliente, pues éste no tiene por qué ver dañados sus derechos debido a su torpe actuación⁹².

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, ComNCP, ob.cit., pág. 1993.

⁹¹ Vid. STS 11 de octubre de 1989 (RJ 1989, 7668).

⁹² Entre la doctrina que entiende que la “impericia” se encuentra recogida en la imprudencia grave a la que se refiere el precepto, Vid. GARCÍA ARÁN, *“Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., pág. 299; GONZÁLEZ RUS, Curso de Derecho Penal Español. PE II, ob.cit., pág. 547; ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., pág. 1947; BENÍTEZ ORTÚZAR, De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional, ob.cit., pág. 233; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 207 y ss. Esta última, señala (vid. págs. 212 y 213) que, cuando el profesional posea conocimientos especiales, por ejemplo,

Así, en la imprudencia grave tendrá cabida tanto la “negligencia profesional”, cuando el abogado o procurador por falta de interés o de la diligencia más elemental exigible a un profesional medio ocasione un perjuicio a los intereses del cliente, como la “impericia”, esto es, cuando su actuación se lleve a término “*con desconocimiento total e indispensable de las prácticas habituales propias del ejercicio de la abogacía*”⁹³, siempre que se afecte al bien jurídico aquí protegido, exista una relación causal de medio a fin entre su comportamiento profesional y el perjuicio padecido por su cliente, y sea posible establecer la necesaria imputación objetiva del resultado a la acción. De modo que, y en principio, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de marzo de 2000, la inexcusable ignorancia del abogado en la llevanza de los asuntos que se le encomendaron: con graves errores, sin observar las vías de subsanación indicadas en la contestación a la demanda de la parte contraria e interponiéndose contra la sentencia desestimatoria un recurso extraordinario de revisión sobre la base de un precepto jurídico derogado, no son suficientes para la

catedráticos de universidad que ejercen la abogacía, tendrá mayor obligación de preparación e información técnica del asunto concreto para ejercer la defensa.

⁹³ Vid. STS 25 de junio de 1993 (RJ 1993, 5374).

punición; pues, a pesar de tales desatinos, no se malograron los intereses encomendados al asistirle otro profesional⁹⁴. Aunque, deberá estarse a los señalado en páginas anteriores⁹⁵.

3. Las formas imperfectas de ejecución.

En la modalidad dolosa del delito del perjuicio a los intereses de los clientes caben las formas imperfectas de ejecución. Por ejemplo, cuando abogado o procurador intentan pactar con la parte contraria para perjudicar a su cliente y no lo consiguen. Así, en este supuesto la conducta podría calificarse como tentativa porque el sujeto inicia la ejecución del delito mediante hechos exteriores que deberían haber producido el resultado, pero éste no llega a producirse por causas ajenas a su voluntad (art. 16 CP). El fundamento para castigar la tentativa se encuentra en que aquí se pone en peligro el bien jurídico protegido por el tipo (criterio objetivo) y existe una clara voluntad de conseguir su lesión típica (criterio subjetivo).

⁹⁴ Sentencia de 17 de marzo de 2000, Audiencia Provincial de Barcelona, Marginal: ARP 2000/223.

⁹⁵ Vid. Segunda parte. Capítulo cuarto, *supra* IV 1.2 a).

Por contra, en la modalidad imprudente recogida en el último inciso del art. 467.2 CP no caben las formas imperfectas de ejecución, puesto que en el tipo culposo no se manifiesta la voluntad de cometer el delito (criterio subjetivo). De modo que, como ambos elementos, el objetivo y el subjetivo, son necesarios para apreciar la tentativa, al faltar este último no podrá apreciarse⁹⁶.

4. Situaciones concursales⁹⁷.

En algunos casos en que el abogado o procurador con su conducta desleal perjudican los intereses de sus clientes, puede suceder que su conducta incida en otros tipos penales, como por ejemplo, el delito de apropiación indebida, falsedad en documento público, etc. Frente estas situaciones la doctrina, ya con el anterior Código Penal -art. 360-, se mostró contraria a las soluciones jurisprudenciales de apreciar un concurso aparente de

⁹⁶ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 461 y 462; DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 22; PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 214.

⁹⁷ Vid. en relación al art. 465, Segunda parte. Capítulo segundo, *supra* II 6; en relación al art. 466, Segunda parte. Capítulo tercero, *supra* II 6 y, en relación al art. 467.1, Segunda parte. Capítulo cuarto, *supra* III 5.

leyes, aplicando, bien de forma exclusiva el delito de deslealtad profesional, bien el delito, por ejemplo, de apropiación indebida. Tal interpretación jurisprudencial resultaba insatisfactoria por dos razones básicas: de una parte, no se apreciaba el contenido global del injusto, al lesionarse dos bienes jurídicos y únicamente sancionarse la lesión de uno de ellos; y, de otra, suponía un privilegio inexplicable el trato dado a estos profesionales respecto del particular que realizaba, por ejemplo, la misma conducta de apropiación, cuando a aquéllos únicamente se les hacía responsables de este último delito, sin apreciar el cometido con ocasión de su actuación profesional en el curso de un proceso judicial. De modo que, en estos supuestos lo procedente es determinar si existe unidad o pluralidad de hechos para establecer la clase de concurso de delitos de que se trate - ideal o real-⁹⁸.

Así, respecto al delito de apropiación indebida (art. 252 CP), que tradicionalmente va unido al delito de deslealtad profesional

⁹⁸ Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, *“La prevaricación de abogado y procurador”*, ob.cit., pág. 123, y FELIP Y SABORIT, *“Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”*, ob.cit., pág. 783.

del apartado segundo del art. 467 CP, podemos encontrar diversas soluciones jurisprudenciales⁹⁹:

a) Aquellas en las que únicamente se aprecia el delito de deslealtad profesional, cuando se retiene la cantidad entregada, por ejemplo, en supuestos de consignación de la deuda reclamada¹⁰⁰ o de la fianza para un embargo preventivo¹⁰¹. Más recientemente, la STS 31 de mayo de 1999 considera que únicamente concurre el delito de deslealtad profesional del apartado segundo del art. 467, y no el de apropiación indebida, en un supuesto en que el abogado perjudica a sus clientes al optar por un procedimiento equivocado, al negociar una cantidad lesiva contra ellos y retener largo tiempo dinero que debía entregar a los mismos. Pues señala que, de la declaración de hechos probados se desprende que *“no hay ninguno que pueda ser subsumido en el tipo de apropiación indebida”*, al considerar probado *“que el acusado, tras poner en conocimiento de Juan Carlos M. J. que él y su familia tenían a su disposición un millón doscientas cincuenta mil pesetas, retiró esta suma de su cuenta corriente con el aparente*

⁹⁹ Clasificación que realiza FELIP I SABORIT, *“Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”*, ob.cit., págs. 776 y 777, notas 30 a 33.

¹⁰⁰ Vid. SSTS 31 de enero de 1970 (RJ 1970, 806) y 11 de abril de 1977 (RJ 1977, 1584).

propósito de entregársela y la guardó en el expediente, que no volvió a requerir a los herederos(...) para que se hiciesen cargo de ella y que la consignó en la cuenta del Juzgado, al cabo de más de un año, cuando se vio denunciado por aquéllos, con todo lo cual no hemos descrito un comportamiento que pueda ser definido como apropiatorio ya que falta la incorporación del dinero al patrimonio del agente con el propósito de hacerlo definitivamente suyo”¹⁰².

b) Aquellas en las que se aprecia la apropiación sin plantearse la deslealtad en supuestos de retención de las indemnizaciones cobradas por el abogado o el procurador en nombre de sus clientes¹⁰³, o cuando se distrae el dinero remitido por su cliente para consignar deudas, fianzas o para realizar otras actuaciones procesales¹⁰⁴.

c) Aquellas en las que se ha apreciado ambos delitos, por ejemplo, cuando un procurador habiendo recibido el dinero destinado a consignar unos alquileres para enervar la acción de

¹⁰¹ Vid. STS 30 de octubre de 1980 (RJ 1980, 3942).

¹⁰² STS 31 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3569).

¹⁰³ Vid. SSTS 16 de marzo de 1957 (RJ 1957, 907), 29 de enero de 1990 (RJ 1990, 529) y 25 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1424).

¹⁰⁴ Vid. SSTS 4 de febrero de 1971 (RJ 1971, 483), 31 de mayo de 1977 (RJ 1977, 2476) y 22 de febrero de 1990 (RJ 1990, 2966).

deshaucio, no lo hace, produciéndose el lanzamiento de su cliente¹⁰⁵. O más recientemente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 5 de mayo de 1990, que aprecia un concurso de delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional en un supuesto en que un abogado de una empresa a quien se le encomendó el cobro de determinadas facturas, dispuso de las cantidades cobradas en su propio provecho¹⁰⁶. Ahora bien, aquí, como apunta SERRANO-PIEDECASAS, únicamente debe apreciarse un delito de apropiación indebida, pues el incumplimiento de la obligación impuesta se produce fuera del marco de un proceso¹⁰⁷. No concurre, entonces, el requisito que aquí hemos considerado necesario para apreciar el delito de deslealtad profesional, esto es, que la actuación profesional se desarrolle en el marco de un proceso judicial, al protegerse aquí los derechos inherentes al mismo.

Resulta sorprendente, como ha apuntado FELIP I SABORIT, que no se haya generalizado la solución del concurso ideal entre la deslealtad y la apropiación indebida puesto que, mientras en el

¹⁰⁵ Vid. STS 27 de noviembre de 1950 (RJ 1950, 1721).

¹⁰⁶ Vid. DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 59 y 60.

¹⁰⁷ SERRANO-PIEDECASAS, *“La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”*, ob.cit, pág. 424.

primero se desvalora la afectación al derecho de defensa, con el segundo resulta desvalorada la lesión patrimonial y, además, muy frecuentemente, “el objeto material de la apropiación es claramente distinto a la pretensión del cliente que se ve perjudicada”¹⁰⁸.

De otra parte, la STS 10 de septiembre de 1992 condena por deslealtad profesional en concurso con el delito de falsedad en documento público, en un supuesto en que un abogado, tras recibir un encargo para reclamar indemnización de perjuicios por los defectos en la construcción de un chalet encargado por el cliente, no presentó la correspondiente demanda, pero hizo creer a su representado que el caso seguía su curso procesal. Tras unos meses y ante la insistencia del cliente por saber cómo se encontraba la situación, el abogado le comunicó que había recaído sentencia favorable a sus intereses y que ésta era firme; el abogado, entonces, le entregó una “presunta sentencia”, que era un documento confeccionado por él en papel de oficio, con la estructura y apariencia de una resolución judicial. Como puede comprobarse, en este supuesto se produce un concurso real de

¹⁰⁸ Aunque FELIP I SABORIT (“*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado*”, ob.cit., pág. 783, nota 49) señala que en el tipo de la deslealtad profesional se valora “la afectación a la tutela judicial efectiva”.

delitos, pues la confección de la sentencia falsa es posterior a la consumación de la deslealtad. Quizá por ello, y por no ser el cliente el titular del bien jurídico lesionado en el delito de falsedad, parece que el Tribunal no tiene tantos problemas en deslindarlo de la deslealtad y apreciar el concurso¹⁰⁹.

Asimismo, también se ha estimado el concurso entre el delito de deslealtad profesional y el de estafa en un supuesto en que el abogado mantiene a su cliente en el desconocimiento de la inminente subasta de su propiedad y comparece a la misma como único licitador, adjudicándosele y vendiéndola posteriormente a terceros¹¹⁰. Así, una vez estimada probada la comisión de la estafa, parece acertado castigar por la realización de ambos delitos.

Por último, cabe reiterar que, si como consecuencia de la deslealtad del apartado primero del art. 467 -la doble defensa o representación-, se produce un perjuicio al cliente, éste deberá incluirse en la responsabilidad civil derivada del delito, cuando,

¹⁰⁹ Vid. FELIP I SABORIT, “Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado”, ob.cit., pág. 785.

¹¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 6 de febrero de 1990, en DE DIEGO DÍEZ, Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 57 a 59.

por ejemplo, dicho perjuicio sea consecuencia de un retraso en el procedimiento. Ahora bien, si dicha conducta se realiza además con la *intención* de perjudicar al cliente, se producirá un concurso de leyes aplicándose el apartado segundo del art. 467 CP.

CAPÍTULO QUINTO: ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

El hecho de que los delitos de infidelidad en la custodia de documentos -art. 465.1 CP- y la revelación del secreto sumarial - art. 466.1 CP- sean *delitos especiales impropios*, y *proprios* los recogidos en el art. 467 CP, esto es, la doble defensa o representación, de su apartado primero y el perjuicio manifiesto a los intereses de sus clientes, de su apartado segundo, aconseja un tratamiento conjunto, sin propósito de exhaustividad, de las cuestiones relativas a la participación¹.

El art. 28 CP, en su apartado primero, contempla como formas de autoría, además de la del sujeto individual que materialmente realiza el tipo legal correspondiente, la coautoría y la autoría mediata; recogiendo en su apartado segundo otras formas de participación en el delito, como son la inducción y la cooperación.

La primera de ellas, la *coautoría*, aparece cuando un hecho es realizado conjuntamente por varios sujetos, colaborando en su realización de forma consciente y voluntaria. No es suficiente un

¹ Vid. Segunda parte. Capítulo primero, *supra* II.

mero acuerdo de voluntades, sino que se requiere una intervención de todos esos sujetos en el hecho delictivo. Es posible que se produzca un reparto de las tareas entre los coautores, e incluso, puede suceder que alguno de ellos no se encuentren presentes en la ejecución del delito. Pero ello no significa que éstos dejen de considerarse coautores de dicho delito, sino que, la solución -a la posible coautoría o no de dichos sujetos- vendrá dada recurriendo al criterio material del *dominio del hecho*. En virtud de este criterio, el autor del delito es la persona que controla la realización del delito, es decir, tiene el dominio sobre el curso causal del mismo, orientado a la lesión de un bien jurídico, así como también tiene poder para su interrupción². De modo que, en la coautoría, el dominio del hecho lo tienen varias personas y, por ello, cada una de ellas asume su responsabilidad.

Por lo que se refiere a la *autoría mediata*, el autor mediato no realiza el delito directa y personalmente sino que utiliza a otra persona como instrumento -autor inmediato-, quien sin saber de la trascendencia penal de su conducta, lo ejecuta. De acuerdo con el criterio del dominio del hecho, deberá ser objeto de sanción

² Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 484 y ss; QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 613 y ss.

penal el autor real, pues es éste -el autor mediato- quien domina la realización del delito, y no su instrumento³.

En cuanto a las *formas de participación*, la *inducción* consiste en hacer surgir la idea de cometer un delito en otra persona -el inducido-, que es quien en realidad tiene pleno dominio sobre la realización del mismo. La inducción debe ser concreta, específica, determinante, eficaz y dolosa. En todo momento el inductor, no sólo no debe participar en la ejecución, sino que, además, tampoco puede tener el dominio del hecho, ya que si ello fuera así, no nos encontraríamos frente una forma de participación , sino que estaríamos ante una forma de autoría mediata⁴. Los problemas que puede plantear en estos casos son los propios de la participación en delito especial.

³ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 482 y ss.

⁴ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 490 y ss. QUINTERO OLIVARES (Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 616 y 617) señala que la diferencia entre la inducción y la autoría mediata reside en si se actúa con o sin la voluntad propia del dolo. Así, en la inducción, el inducido actúa con conocimiento y voluntad, aunque ésta haya sido manipulada. Por contra, en la autoría mediata se actúa sin la voluntad propia del dolo. De modo que, en principio, si el instrumento ha actuado dolosamente no podemos hablar de autoría mediata, aunque en relación a los delitos especiales ello ha sido discutido, como veremos en páginas posteriores.

Por lo que respecta a la *autoría* y la *participación* en los *delitos especiales impropios*, esto es, aquellos en los que existe una correspondencia con un delito común -así, los tipos de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465.1 y la revelación del secreto sumarial del art. 466.1- los problemas surgen, no sólo en cuanto a la participación de un *intraneus* o *extraneus* en el delito común o en el delito especial, respectivamente, sino también en cuanto a las formas de autoría.

Así, en relación a la *coautoría* habíamos señalado que el elemento determinante para considerar a “todos” como autores del delito, venía configurado por el criterio del dominio del hecho. Pero, en los delitos especiales impropios, además, aparecen una serie de requisitos objetivos y subjetivos exigidos en el tipo. En consecuencia, por ejemplo, no existen problemas para considerar coautores de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465.1 CP, a dos abogados que deciden inutilizar un documento del proceso en el que ambos intervienen como profesionales, aunque uno de ellos sea quien lo reciba y el otro lo inutilice. Y ello es así, porque ambos son co-sustentadores del dominio del hecho y reúnen los requisitos exigidos en el tipo. Ahora bien, si uno de los coautores, que interviene en el hecho delictivo, no reúne dichos requisitos, cada

uno responderá por un título delictivo diferente. Así, el coautor cualificado -el abogado o procurador- responde por el delito especial (art.465.1 o, en su caso, art. 466.1) y el coautor no cualificado -el particular- responde por el delito común (art. 465.2, o en su caso, art. 466.3)⁵.

Sin embargo, si se entiende que nos encontramos frente un delito caracterizado por la “*infracción del deber*”, en el que el criterio determinante para la realización del tipo reside en la infracción de dicho deber, por ejemplo, el mandato de custodia de un documento, únicamente podrá ser autor el que infrinja el deber que le incumbe. Por lo que, el coautor no cualificado -el particular-, que no realiza ninguna infracción de deber, aunque sea co-sustentador del dominio del hecho, sólo podrá responder como cómplice⁶. Pero ello no será así, si consideramos, como aquí se ha defendido, que la infracción del deber únicamente es el presupuesto del delito correspondiente y no su fundamento o razón de ser. De modo que, dicha infracción del deber no es por sí suficiente para fundamentar la autoría, sino que es necesario,

⁵ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 487. En el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., págs. 105 y ss.

⁶ Vid. ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998, págs. 383 y ss.

además, respecto a los profesionales, que se realice la conducta descrita en el tipo -esto es, recibir el documento o actuación en traslado, abuso de la función (..), de forma que afecten al contenido material del bien jurídico-, y respecto a ambos, al autor cualificado como al no cualificado, estar al criterio del dominio del hecho⁷.

Más problemática resulta, en los delitos especiales impropios, la figura de la *autoría mediata*. La doctrina española, en principio, acepta la posibilidad de que un sujeto cualificado -abogado- utilice como instrumento a otro que no tiene dicha cualificación -particular-⁸. Incluso, cabe autoría mediata aunque el instrumento no actúe típicamente, “bien porque falte en él una especial cualificación, bien porque no tenga algún elemento subjetivo que exija el tipo delictivo”⁹. Pensemos, por ejemplo, que un abogado quiere destruir un documento relevante del proceso que ha recibido en traslado, para ello, y sabiendo que la mujer de la limpieza retira y destruye los papeles situados en una estantería del despacho, los coloca allí. O, cuando un

⁷ Vid. en este sentido, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 105.

⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 628 y ss.

abogado, con la intención de inutilizar un documento, le dice a su pasante -que actúa de forma totalmente inconsciente- que borre los datos de identificación de un testigo relevante para la causa. En ambos supuestos, el instrumento carece de las condiciones exigidas en el tipo para su ejecución, esto es, ser abogado o procurador, haber recibido el documento destruido o inutilizado en traslado y, realizar la conducta con abuso de su función. Pero ello, en principio, no obsta para considerar, atendiendo al dominio del hecho, las conductas del abogado como típicas, de acuerdo al art. 465.1, o al art. 466.1, si manejáramos otros ejemplos, cuya comisión se realiza de forma mediata.

De otra parte, cabe preguntarse qué sucede si, por ejemplo, dos abogados llevan un caso concreto y uno de ellos inutiliza un documento del proceso y, el otro, que es quien consta realmente como representante de la parte -sin conocimiento de dicha inutilización-, lo incorpora a las actuaciones, produciendo, como consecuencia de ello, una alteración en el pronunciamiento del juez. Aquí, el instrumento -autor inmediato- sí que en principio puede considerarse que reúne parte de los requisitos exigidos en el tipo, aunque la realización de la conducta típica no está

⁹ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 483.

dominada por él, sino por el primer abogado, más aún si se tiene en cuenta que éste, previamente, ya había iniciado la conducta típica con la previa inutilización del documento. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, parece que puede afirmarse que también en este caso nos encontraríamos frente la estructura de la autoría mediata.

De la misma manera que sucedía con la figura de la coautoría, si se atiende al criterio de la “*infracción del deber*”, tampoco para la autoría mediata se requeriría constatar el dominio del hecho. Es suficiente con que el sujeto cualificado deje que la acción la ejecute una persona “que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría”¹⁰.

La doctrina alemana, para justificar la autoría mediata en algunos casos, ha construido la teoría del “*instrumento doloso no cualificado*”. De acuerdo con ella, cuando un sujeto cualificado - *intraneus*-, determina a otro que no tiene tal cualificación - *extraneus*-, a realizar dolosamente el hecho típico (“*instrumento doloso no cualificado*”), el *intraneus* es autor mediato. Ello es así, porque “vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe

¹⁰ Vid. ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, ob.cit., pág. 392.

ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo”¹¹. Así, de acuerdo con ello, si, por ejemplo, un abogado o procurador determina que un tercero *-extraneus-* destruya un documento al que aquél tiene acceso, el abogado o procurador es autor mediato del art. 465.1 CP, aunque el tercero ejecutor sea autor directo del delito de destrucción de documentos del art. 465.2 CP. Sin embargo, ello no es posible, en atención no sólo al criterio del dominio del hecho, sino también a que el sujeto *-extraneus-* actúa consciente y voluntariamente, por lo que ya no es un instrumento. En virtud de ello, el *intraneus* -abogado o procurador- es considerado inductor del delito común (art. 465.2) y el *extraneus* -el tercero ejecutor- será autor doloso del delito del art. 465.2 CP¹².

Por tanto, en materia de participación en delitos especiales, nos adscribimos a la opción que mantiene la unidad del título de imputación, directamente basada en la accesoriedad de la participación. Si el partícipe tiene una responsabilidad accesoria a la del autor principal, no resulta incongruente que

¹¹ Vid. ROXIN, Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, ob.cit., págs. 392 y ss.

¹² Vid. QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 632 y ss. De otra opinión, PÉREZ CEPEDA, Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, ob.cit., pág. 145.

sea participe en el injusto formal y materialmente cometido por el autor, pese a no reunir las características exigidas típicamente en éste. Siempre, claro está, que dichas características típicas de la autoría configuren el desvalor objetivo del comportamiento, esto es, el injusto. Porque se participa en un hecho objetivamente desvalorado, también por la posición que el autor ocupa respecto al bien jurídico, y no se puede participar en un hecho distinto de aquel que formal y materialmente se ha producido.

De esta forma, en atención a que el apartado primero del art. 465 CP exige al autor actuar como abogado o procurador, el particular que participe en alguno de esos hechos será considerado un *extraneus*. Al igual que sucede en el apartado primero del art. 466 CP que recoge la revelación, por abogado o procurador, de las actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial. Así, si el autor es el *intraneus* -abogado o procurador-, el delito cometido será el especial (art. 465.1 o art. 466.1), y el que participe, el *extraneus*, responderá por el mismo delito que el autor principal, aunque no sea abogado ni procurador. Por contra, si el autor es el *extraneus*, el delito cometido será el común (art. 465.2 o 466.3) y los que participen responderán por dicho delito común, aunque sean abogado o

procurador¹³. De modo que, si el abogado induce a un particular, que interviene en el proceso, a ocultar un documento relevante del mismo, o a revelar datos declarados secretos, el abogado responderá como inductor del tipo del art. 465.2 o del tipo del art. 466.3, respectivamente, y el particular como autor del art. 465.2 o del art. 466.3 CP. Por contra, si es el particular -el cliente-, por ejemplo, quien induce al abogado a alterar algún dato relevante del documento o a que revele a un periodista, por ejemplo, algún dato secreto del proceso, el abogado responderá por el apartado primero del art. 465 o del art. 466 CP y el particular responderá como inductor del mismo.

De otra parte, de considerarse estos delitos como “*infracciones de deber*” -postura que no mantenemos-, la solución a la participación en los delitos especiales impropios, es bien distinta. Se atendería, únicamente, a dicha infracción, sin tener en cuenta, para calificar la conducta como de autoría, la contribución material del *intrañeus*. De modo que, el abogado que induce a otro a destruir un documento que tiene a su cargo,

¹³ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 498 y ss; QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 630 y ss; del mismo, Los delitos especiales y la teoría de la participación, ob.cit., págs. 69 a 71; GARCÍA ARÁN, “*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 294.

respondería siempre por el delito del art. 465.1 CP y, el extraño, en cambio, por el recogido en su apartado segundo; y ello igualmente aunque el inductor fuera el extraño y el inducido el abogado¹⁴. Ello pone de manifiesto que la clásica concepción de la infracción del deber se aleja de la consideración del bien jurídico en sentido material, puesto que lo definitivo para decidir el título de imputación es el deber -personal- del autor, que, al no concurrir en el partícipe, conduce a la ruptura de la calificación y a la paradoja de que el partícipe *extraneus* sea partícipe en un delito distinto del cometido por el *intraneus*.

En relación a la participación de un particular -*extraneus*-, como cooperador necesario o inductor, en el delito de infidelidad en la custodia de documentos cometido por abogado o procurador del art. 465.1 CP o en el delito de revelación del secreto sumarial del art. 466.1 CP, ORTS BERENGUER pone el acento en el hecho de que en este caso, el particular recibirá la misma pena que el autor principal; en cambio, si el particular por sí solo realiza cualquiera de las conductas típicas del art. 465.2 o del art. 466.3 la pena será inferior¹⁵. Con esta observación penológica se alude

¹⁴ Vid. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 498 y ss.

¹⁵ ORTS BERENGUER, ComCP, ob.cit., págs. 1943 y 1944.

al inconveniente tradicionalmente atribuido al mantenimiento del título de imputación y el principio de accesoriadad: según quiénes sean (*intraneus* o *extraneus*) los autores y los partícipes, las diferencias de penas pueden ser considerables para unos y otros. Frente a ello, GARCÍA ARÁN señala que la diferencia de penas previstas en el apartado primero y segundo del art. 465 CP, o en su caso, la diferencia prevista en el apartado primero y tercero del art. 466 CP, responde a que, en el caso del profesional, además de lesionarse el “desenvolvimiento objetivo del proceso”, se lesiona, también, el deber de lealtad que abogado y procurador tienen respecto a la Administración de Justicia “que le ha confiado la documentación como profesional colaborador con el ejercicio de la función”¹⁶, o que le ha confiado mantener en secreto “aquello” declarado expresamente por el órgano judicial.

Al respecto debe decirse, en primer lugar, que las diferencias penológicas a que alude ORTS BERENGUER pueden

¹⁶ GARCÍA ARÁN, “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 294. En el mismo sentido, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA (ComNCP, ob.cit., pág. 1817), en relación al apartado segundo del art. 414 CP, señalan, en atención a que el apartado primero se refiere al funcionario público y el apartado segundo al particular, que “este distinto *status* de unos y otros comporta una también diversa valoración jurídico-penal de sus conductas”.

ser un efecto no deseado de la accesoriedad de la participación, pero que no por ello invalidan dicho principio. El partícipe lo es en aquello que materialmente se ha producido y si induce o colabora en un hecho especialmente desvalorado por la posición del autor, induce o colabora en ese hecho concreto y no en otro. En segundo lugar, ello no supone recuperar el criterio de la infracción del deber como único fundamento de estos delitos, sino tener en cuenta que la infracción de deberes constituye el presupuesto de la lesión al bien jurídico. El *intraneus* afecta al bien jurídico desde el ejercicio de su función, pero ésta no puede dotarse de contenido sin la consideración de sus deberes en relación a la misma. Y el *extraneus* que participa en el hecho del sujeto cualificado participa también en el quebrantamiento de su función específica.

De otra parte, los tipos recogidos en el art. 467.1 y 2 CP -la doble defensa o representación y el perjuicio manifiesto a los intereses del cliente- se estructuran como *delitos especiales propios*. Esto es, son tipos que no se corresponden con otro común, por lo que, la calidad especial del sujeto -abogado o procurador- es determinante para la existencia del delito, así

que, faltando la misma el hecho será atípico¹⁷. Ahora bien, el partícipe no cualificado en un delito propio no queda impune, así, el particular responderá penalmente *“de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea el tipo”*¹⁸. Así, por ejemplo, si en un proceso de separación, uno de los cónyuges induce al abogado del otro para que perjudique los intereses de su expareja, nos encontramos frente el delito de perjuicio a los intereses de su cliente, siempre que dicho perjuicio afecte al derecho al proceso debido, del art. 467.2, del que será autor dicho abogado, respondiendo el cónyuge como inductor de dicho delito especial propio.

¹⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., pág. 629; del mismo, Los delitos especiales y la teoría de la participación, ob.cit., págs. 31 a 45.

¹⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, Manual de Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 630 y ss, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Derecho Penal. PG, ob.cit., págs. 498 y ss.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

-I-

Hasta la promulgación del Código Penal de 1995, los delitos cometidos por abogado y procurador en el ejercicio de sus funciones se encontraban ubicados en el Capítulo VII del ACP, relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. A raíz de su ubicación se entendió que lo protegido era la infracción del deber del cargo por parte del funcionario. Pero ni el abogado ni el procurador son funcionarios públicos en sentido penal, por lo que ya entonces se señaló que lo relevante de estas conductas desleales por parte de estos profesionales era que colaboraban en el ejercicio de la función pública.

La función pública se erigía como bien jurídico común a todos los tipos del Título VII, pero ya entonces se señaló que las conductas desleales de abogado y procurador, en concreto, afectaban a la *función jurisdiccional*.

-II-

En los Proyectos anteriores al Código Penal de 1995 se ubican estas deslealtades entre los delitos contra la Administración de Justicia, ubicación que se mantiene en el Código Penal vigente, donde las deslealtades profesionales de abogado y procurador aparecen reguladas en el Capítulo VII del

CONCLUSIONES

Título XX, bajo la rúbrica “*De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*”. Así, el motivo o *ratio legis* que conduce al legislador penal a criminalizar todas las conductas incluidas en el Título XX es la protección de la *Administración de Justicia*. Luego, la finalidad objetiva de estas normas es tutelar el “*correcto funcionamiento de la Administración de Justicia*” y dicha protección se centra en determinados aspectos o funciones de ésta, en concreto, en el *ejercicio de la función jurisdiccional*. De este modo, consideramos que el correcto funcionamiento de la función jurisdiccional constituye el *bien jurídico mediato* de los tipos objeto de este estudio. Así, el concepto de “Administración de Justicia” es entendido como ejercicio de la función jurisdiccional a los efectos de la protección penal, y dicha función es considerada parte de la función pública.

-III-

La función jurisdiccional se desempeña a través de los estrictos cauces de un proceso judicial. Éste constituirá el instrumento a través del que se ejerce la actividad jurisdiccional, puesto que mediante éste se lleva a cabo la función de juzgar y se resuelven los conflictos sociales. Abogado y procurador intervienen en la resolución de dichos conflictos sociales, defendiendo o representando a las partes, para hacer valer sus

CONCLUSIONES

pretensiones. En consecuencia, éstos inciden, con sus actuaciones, en el proceso judicial, e influyen en el correcto desarrollo de esta actividad jurisdiccional. De modo que el desarrollo del proceso como cauce de ejercicio de la función jurisdiccional resulta un concepto especialmente fructífero para ubicar el concreto objeto de protección.

-IV-

Uno de los conceptos claves para abordar el estudio de los comportamientos desleales de abogados y procuradores es el de su doble posición, pública y privada, respecto de los intereses a los que afectan o pueden afectar. El ámbito en que se concentran las vertientes pública y privada de la actuación de abogados y procuradores es el proceso en el que intervienen. Estos profesionales son colaboradores de la Administración de Justicia, concreta y específicamente en el desarrollo del proceso y no en cualquier otro aspecto de la actividad de ésta. Son portadores de los intereses de las partes, en las actuaciones procesales que éstas deben llevar a cabo. Y además, el proceso en el que intervienen constituye el momento a partir del cual entran en contacto con el desempeño de la función jurisdiccional que da sentido a la incriminación de estos comportamientos.

CONCLUSIONES

-V-

La referencia al proceso proporciona un asidero sólido para solucionar los eventuales conflictos que se susciten entre los intereses propios de las funciones públicas protegidas por el Código Penal y los intereses estrictamente privados que mueven a las partes en su intervención procesal. Por tanto, si el correcto desarrollo del proceso es el punto de partida, nuevamente debemos indagar la razón por la cual abogado y procurador intervienen en el proceso para así establecer sus concretas obligaciones en relación al mismo. En este contexto, como ya hemos apuntado, abogado y procurador intervienen como representantes de las partes, representación que les convierte en colaboradores de la función de administrar justicia, en aquella doble vertiente (pública y privada) de su actuación profesional. La razón por la cual los representantes de *sujetos privados* se convierten en *colaboradores de la función pública*, no puede ser otra que la de servir al ejercicio de derechos fundamentales cuyo reconocimiento por el ordenamiento jurídico los mantiene indisolublemente unidos a la misma prestación de la función de administrar justicia. De modo que, si abogado y procurador, por ser representantes de sus clientes, se convierten en colaboradores del proceso, es por su función profesional de

CONCLUSIONES

defensa de los derechos del cliente en relación al proceso, que ha de ser *debido*. Esto es, debe estar rodeado de las garantías del art. 24 CE, y entre éstas se encuentra el *derecho de defensa* del particular. Por consiguiente, consideramos que en la medida en que se afecte a tal derecho -que incluye, entre otras, la garantía de asistencia letrada y la prohibición de indefensión- se violará la garantía constitucional a un proceso debido. En suma, como consecuencia de la actuación desleal de abogado y procurador se lesionarán o pondrán en peligro las garantías que rodean al proceso. Con sus actuaciones afectarán a su correcto desarrollo y a sus fines, *bien jurídico inmediatamente protegido* en los delitos de deslealtad profesional. De este modo, el *derecho a un proceso debido con todas las garantías constitucionales*, constituye el objeto directamente tutelado. Su lesión o puesta en peligro, por parte de la acción u omisión del abogado o procurador, se erige así en elemento indispensable de los delitos de deslealtad profesional.

-VI-

Este es el momento en el que cobra importancia la defensa del *derecho a la tutela judicial efectiva*, como punto en el que se entronca la posición del profesional en relación al proceso y en relación a su representado. El derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental exigible por los particulares sitúa a

CONCLUSIONES

éstos frente a un desarrollo procesal destinado, de *manera exclusiva y reglada*, a dar satisfacción al mismo. El profesional que los representa sirve al ejercicio de ese derecho fundamental y, con ello, al desarrollo del proceso, cuyo carácter *debido* viene determinado por la exigencia de prestación de la tutela judicial efectiva. El contenido esencial de este derecho permite delimitar los intereses de los representados que resultan afectados por quien, además de representarlos, es un colaborador de la función pública. Así, junto al derecho de acceso a la jurisdicción y a la ejecución de lo resuelto, la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a una resolución jurídicamente fundada, sea favorable o no a las pretensiones de la parte. Los intereses que el profesional debe defender, como colaborador de la función pública, son intereses incluidos en la tutela judicial efectiva y por tanto, *intereses públicos* con contenido constitucional, resumibles en el interés en la aplicación de la legalidad a través de un proceso con todas las garantías. De los intereses procesales deben distinguirse las *pretensiones privadas de las partes*, como aquellos intereses últimos, de carácter material cuya defensa se encomienda al profesional. Las *pretensiones materiales* de las partes resultan específicamente protegidas en el tipo del art. 467.2 CP (*el perjuicio de los intereses encomendados*). Pero, únicamente los *intereses procesales* se vinculan al *derecho al*

CONCLUSIONES

proceso debido como cauce reglado y exclusivo de prestación de tutela judicial efectiva.

-VII-

El derecho al proceso debido incluye el respeto al *derecho de defensa*, cuyo ámbito coincide, en principio, con el contenido de la tutela judicial efectiva, pero abarca también expectativas que no pertenecen a este último derecho: la defensa de las pretensiones materiales y su resolución favorable al interesado. De este modo, las conductas desleales de estos profesionales adquieren relevancia penal por el hecho de lesionar específicamente no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías para la defensa de sus legítimos intereses, sino también porque, en consecuencia, se lesiona la tutela judicial efectiva. La defensa de una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva permite entender que el *derecho a un proceso debido* -bien jurídico penal común de los delitos de deslealtad profesional- comprende los derechos de defensa y de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, así como las garantías recogidas en el art. 24.2 CE. En suma, si el proceso, instrumento que garantiza la función jurisdiccional, se ve afectado -de forma genérica- por la conducta de deslealtad profesional de abogado y procurador, podrá lesionarse -de forma específica- el derecho de

CONCLUSIONES

defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva o cualquiera de las garantías establecidas en el apartado segundo del art. 24 CE.

-VIII-

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

-IX-

Frente una conducta desleal de abogado o procurador confluyen, teóricamente, tres tipos de sanciones: *disciplinaria colegial, disciplinaria procesal y penal*. Las diferencias entre el ilícito penal y “*disciplinario procesal*” son *cuantitativas*, en tanto

CONCLUSIONES

ambos ilícitos afectan al mismo bien jurídico, es decir, el desarrollo del proceso. Por tal razón, si las infracciones disciplinarias procesales afectan al debido desarrollo del proceso, el ilícito penal contemplará la totalidad del desvalor, consumiendo a dicho ilícito disciplinario. En cambio, las diferencias entre el ilícito penal y el “*disciplinario colegial*” son *cualitativas*. Las sanciones previstas en los Estatutos Profesionales tienen un fundamento diferente: tutelan la dignidad y ética profesional, y defienden los intereses de los particulares que le sean encomendados. Por consiguiente, entre éstas y las normas penales se da una relación de complementariedad, y ni unas ni otras abarcan la totalidad del desvalor, debiéndose tomar en consideración ambas. Ello no vulnera el principio “*non bis in idem*”, pues tanto el delito como la infracción disciplinaria colegial gozan de fundamentos diferentes.

En el ámbito jurídico-penal, el elemento determinante viene configurado por la afectación al bien jurídico protegido, pues abogado y procurador deben lealtad al cliente pero, además, lealtad al proceso. Por consiguiente, frente a conductas desleales de estos profesionales que lesionan el derecho al debido proceso, no resultan ya suficientes las sanciones disciplinarias, ni profesionales, ni procesales.

CONCLUSIONES

-X-

Para considerar al abogado o procurador sujetos activos de las conductas recogidas en los tipos de los arts. 465, 466 y 467 CP, es necesario: que se encuentren colegiados, que desarrollen funciones profesionales, y que la relación cliente-profesional se de en el marco de un proceso judicial, en el que ambos hayan aceptado actuar como tales. Así, en relación al abogado, será necesario que haya asumido la defensa de una persona en un asunto jurídico concreto. Y, respecto al procurador, se considera que acepta tal función desde que se persona en el proceso o realiza algún acto procesal como representante de la parte. De este modo, aquellos profesionales, aún colegiados y en el ejercicio de sus funciones profesionales, que no intervengan en una causa judicial, quedarán excluidos de la tipificación de estas conductas desleales, aunque ello no impide que tengan que asumir posibles responsabilidades civiles o disciplinarias, como cualquier otro profesional.

-XI-

El abogado del Estado, el intruso y el graduado social constituyen tres supuestos especiales. Consideramos que el abogado del Estado en relación al proceso ocupa la misma posición que el resto de los abogados, aunque actúe como

CONCLUSIONES

representante de la Administración. Por lo que se refiere al intruso (por ejemplo, al licenciado no colegiado), no puede ser descartado como sujeto activo, pues si consigue desempeñar funciones para las que no está habilitado, generando expectativas de cumplimiento de deberes derivados de esas mismas funciones, su impunidad supondría un cuestionable privilegio frente a quien, desempeñando las mismas funciones, lo hace con plena habilitación administrativa para ello. Respecto al graduado social o técnico de relaciones laborales, parece que no se valoró suficientemente su función de representación en el proceso laboral, pues no se encuentra incluido ni en el art. 465 ni en el art. 467 del CP. De modo que su conducta desleal deberá reconducirse a la figura del particular, recogida en el apartado segundo del art. 465 y, si realiza la conducta descrita en el art. 467, al no hacerse referencia al particular, su posible actuación desleal resultará atípica, con la única posibilidad de sancionarla disciplinariamente. De esta manera, el técnico en relaciones laborales se encuentra en una privilegiada situación de impunidad, al no poderlo considerar como abogado o procurador, de acuerdo a los principios de legalidad y tipicidad penal.

CONCLUSIONES

La cualificación del sujeto activo configura a estos delitos como delitos especiales. Así, las *infidelidades documentales* (art. 465) y *la revelación del secreto sumarial* (art. 466) constituyen *delitos especiales impropios*, a diferencia de *la doble defensa o representación y el perjuicio de los intereses encomendados* (art. 467) que responden a la estructura de los *delitos especiales propios*.

-XIII-

El tipo que regula *las infidelidades documentales* (art. 465.1) es una figura de nueva creación. La razón de ser de la incriminación de esta conducta puede fundamentarse en dos argumentos: por un lado, la posición que ostentan estos profesionales en el proceso y, por otro, el deber de custodia, diligencia y devolución que tienen abogado y procurador sobre los documentos o actuaciones que reciben “en traslado” con ocasión de un proceso concreto. Dicho deber de custodia y conservación únicamente constituirá el presupuesto de la conducta típica, ya que tales actuaciones judiciales o la documentación que tienen en custodia deben ser además de vital importancia para el proceso, de suerte tal que su destrucción, inutilización u ocultación, torne estéril la continuación del procedimiento o su reproducción ulterior. Con dichas actuaciones debe lesionarse el desenvolvimiento objetivo del proceso, su buena marcha, su

CONCLUSIONES

resolución y sus fines, así como también puede llegarse a lesionar derechos y garantías que rodean al proceso debido; de no ser así la única respuesta vendrá dada por la vía disciplinaria.

-XIV-

Las infidelidades documentales cometidas por *particular* (art. 465.2 CP), al referirse a los “hechos” del apartado primero, abarca únicamente los comportamientos de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones, no recogiendo los elementos normativos de “abuso de función” e “infracción del deber de custodia”, que únicamente pueden concurrir en los profesionales del derecho. Ahora bien, dicho particular, debe reunir determinados requisitos, esto es, mantener alguna relación con el proceso en cuestión, de modo que los documentos a los que se refiere este apartado segundo podrán ser, por ejemplo, aquéllos que recibe en “custodia” del abogado o procurador. La inexacta configuración de este apartado, junto a los olvidos del legislador en la determinación de los sujetos activos del apartado primero, nos hace pensar que la única función que cumple es la de servir de mero “cajón de sastre”.

-XV-

CONCLUSIONES

Otra novedosa figura delictiva es *la revelación del secreto sumarial* del art. 466 CP. El secreto sumarial se encuentra recogido en la LECrim, cuyo art. 301 recoge el *secreto externo*, y su art. 302 el *interno*. La revelación de este último tipo de secreto sumarial adquiere relevancia jurídico-penal con el art. 466 CP. Su interés radica en el aseguramiento de las pruebas del proceso, esto es, dicho secreto debe resultar indispensable para la buena marcha de la investigación judicial. Su objeto es impedir que el conocimiento o intervención de las partes en las actuaciones judiciales pueda ocasionar interferencias o manipulaciones que obstaculicen la investigación o su objetivo de averiguar la verdad de los hechos. Esto es, lo que se pretende es garantizar la buena marcha de la investigación judicial, como uno de los fines del correcto desarrollo del proceso, pues para ello se ha decretado el secreto. De modo que su revelación supondrá, como mínimo, un peligro para dicho bien jurídico.

La revelación de las “*actuaciones declaradas secretas*” a las que se refiere el art. 466 CP, no son únicamente las declaradas por la vía del art. 302 LECrim, sino también las declaradas por la vía del art. 232.2 LOPJ. Ello es así porque el art. 466 CP no sólo protege el correcto desarrollo de la investigación, sino que además pretende tutelar las concretas garantías -derechos y

CONCLUSIONES

libertades- que deben rodear al proceso para poder calificarlo de “debido”.

-XVI-

El apartado segundo del art. 466 CP recoge como sujetos activos al Juez o miembro de un Tribunal, al representante del Ministerio Fiscal y al Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia. Esta norma se relaciona con el art. 417 CP, respecto del cual se encuentra en concurso de leyes que debe resolverse a través de las reglas del principio de especialidad, pues ambos preceptos tutelan el correcto funcionamiento de la *función jurisdiccional*, constituyendo el art. 417.1 el género, y el art. 466.2 la especie.

-XVII-

El apartado tercero del art. 466 CP incrimina al particular que revele el secreto sumarial. Por “particular” debe entenderse aquella persona que intervenga en el proceso, excluyendo los sujetos de los apartados precedentes, y que haya accedido al material de la instrucción en virtud de dicha intervención, lo que implica un deber especial de sigilo. Por tanto, incluye a las partes y también a todos aquellos profesionales que intervengan en el

CONCLUSIONES

proceso en situaciones o relaciones distintas de las recogidas en los tipos anteriores.

-XVIII-

La doble defensa o representación (art. 467.1) y *el perjuicio de los intereses del cliente* (art. 467.2), tienen como antecedentes los arts. 360 y 361 del ACP. La doble defensa o representación de intereses contrarios se configura como un delito de simple actividad que se consuma por la mera realización de la conducta prohibida, sin exigirse para su apreciación la causación de un resultado material de perjuicio para los intereses del primitivo cliente. Además, y relacionado con ello, entendemos que desde el punto de vista de la antijuridicidad, se trata de un tipo de peligro, pero dicho peligro no debe predicarse de las pretensiones materiales o particulares, sino de los *intereses procesales*, y concretamente del derecho de defensa del particular, que puede resultar limitado o impedido.

-XIX-

La expresión “tomar la defensa” debe interpretarse de forma restrictiva, esto es, el ámbito de protección típica del precepto debe acotarse a las actividades profesionales relacionadas con una “causa judicial de cualquier naturaleza”, en

CONCLUSIONES

la que sea preceptiva o facultativa la presencia de abogado o procurador.

De la literalidad del precepto se desprende que, respecto al primer cliente, el profesional puede asumir su defensa o asesoramiento, pero respecto al segundo, únicamente puede asumir la defensa. Ahora bien, si cuando el abogado asesora al primer cliente y defiende a la parte contraria, la conducta es típica por afectar al derecho de defensa, lo mismo debería suceder, entonces, cuando el abogado defiende al primer cliente y asesora a la contraparte. En este caso, no se trataría de un simple asesoramiento o consejo, sino de aquel asesoramiento previo al proceso o realizado durante su transcurso. Y dicho abogado puede utilizar un letrado interpuesto para la contraparte, a la que asesora, dado que la práctica judicial, en principio, impide el supuesto de la defensa del primer cliente y el asesoramiento de la parte contraria.

-XX-

La limitación de la posibilidad de actuación del abogado o procurador viene determinada por la contraposición de los intereses en conflicto y de sus titulares. En consecuencia, la ausencia de dicha contraposición entre ambas partes, determinará la atipicidad de la conducta.

CONCLUSIONES

-XXI-

Para que la conducta de doble defensa o representación en un mismo asunto de quien tenga intereses contrarios sea típica, se requiere de forma explícita la falta de consentimiento del primer cliente. Así, el Código Penal otorga expresamente relevancia a dicho consentimiento, excluyéndose entonces el comportamiento del ámbito típico. Por otro lado, resulta posible entender que este primer párrafo también incluye la falta de consentimiento del segundo cliente. Así, si se cuenta con el consentimiento del primero, pero no se comunica la defensa anterior al segundo, el abogado que “habiendo tomado la defensa” del segundo cliente sigue defendiendo en el mismo asunto al primero, realizaría el tipo del art. 467.1 CP.

-XXII-

El tipo del art. 467.2 CP consiste en ocasionar perjuicio manifiesto a los intereses del cliente, realizado por acción u omisión, debe ser considerado como un delito de lesión y de resultado. El perjuicio debe producirse efectivamente y los intereses perjudicados incluyen aquí tanto los procesales como los materiales o pretensiones de fondo. Ello se deriva de que el precepto se refiere a “intereses encomendados” y no puede negarse que el cliente encomienda al profesional tanto la defensa

CONCLUSIONES

de unos como otros. Ahora bien, en este tipo se incluye el perjuicio a la pretensión material sólo cuando se derive de un perjuicio procesal, puesto que éste es el punto de conexión con el interés de carácter público que aquí se protege. Asimismo, también se sanciona el exclusivo perjuicio procesal que no llega a producir perjuicio a la pretensión de fondo. Y ello porque los intereses estrictamente procesales también son “intereses encomendados” por el cliente.

-XXIII-

En la configuración de este delito hemos situado el perjuicio en el núcleo del injusto y por tanto, lo concebimos como su resultado. Y en dicho perjuicio se incluye también el que se produzca sólo respecto de los intereses procesales. De modo que y, desde este punto de vista, no debería concluirse sin más que en todos aquellos casos en que la intervención de un tercero (por ejemplo, el Ministerio Fiscal) evita la lesión de la *pretensión de fondo*, desaparece la responsabilidad penal. En muchos supuestos se habrá producido un perjuicio procesal relevante en la medida en que los “intereses que le fueron encomendados” (según la dicción del art. 467.2 CP) no hayan sido defendidos de acuerdo a lo que exige el proceso debido, esto es, por el

CONCLUSIONES

profesional que, *como colaborador de la Administración de Justicia, los tenía encomendados y cuando los tenía encomendados.*

-XXIV-

El último inciso del apartado segundo del art. 467 CP recoge la causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses de sus clientes por *imprudencia grave*. En ésta tendrán cabida tanto la “negligencia profesional”, cuando el abogado o procurador por falta de interés o de la diligencia más elemental exigible a un profesional medio ocasione un perjuicio a los intereses del cliente, como la “impericia”, esto es, cuando su actuación se lleve a término con desconocimiento de las prácticas habituales propias de la abogacía, siempre que se afecte al bien jurídico aquí protegido, exista una relación causal de medio a fin entre su comportamiento profesional y el perjuicio padecido por su cliente, y sea posible establecer la necesaria imputación objetiva del resultado a la acción.

-XXV-

Los problemas que pueden plantearse en relación a la autoría y participación en delitos especiales, pueden ser resueltos atendiendo a los criterios de la teoría del dominio del hecho. Aquí, no nos encontramos frente a delitos caracterizados

CONCLUSIONES

por la “infracción del deber”, en el que el criterio determinante para la realización del tipo resida en tal infracción, sino que dicho elemento constituye únicamente el presupuesto del delito correspondiente, y no su fundamento o razón de ser.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ABELLANET GUILLOT, F., *“La prevaricación de abogado. Otros delitos cometidos por abogado en el ejercicio profesional en el Nuevo Código Penal”*, en *RJC*, Barcelona, 1996.

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

ÁLVAREZ CONDE, E., *El régimen Político Español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

ÁLVAREZ PÉREZ, T., *“La publicidad del sumario”*, en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, AA.VV., Ed. Edersa, Madrid, 1985.

ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale II*, Giuffrè, 2000.

ARZAMENA SIERRA, J., *“Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”*, en *PJ*, núm. 35.

ARROYO ZAPATERO, L., *“Principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”*, en *REDC*, núm. 8, 1983.

AUGER LIÑÁN, C., *“El llamado secreto del sumario”*, en *Los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Tomo I, XII Jornadas de Estudio, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.

BACIGALUPO, E., *“Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”*, en *Documentación Jurídica* (enero, 1983), Vol. 2.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *El derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992.

BELTRÁN CATALÁ, D., *“El secreto sumarial y el derecho a la información”*, en *AP*, núm. 31/30, agosto-septiembre, 1993.

BENÉYTEZ MERINO, L., *“artículos 465, 466 y 467”*, en *Código Penal*.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina y Jurisprudencia, Vol. III (artículos 386 a disposiciones finales), Dirección: Cándido Conde-Pumpido, Ed. Trivium, Madrid, 1997.

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

BENLLOCH PETIT, G., “*El Principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario*”, en *PJ*, núm. 51, 1998.

BONÉ PINA, J.F., “*La falsedad y la infidelidad en la custodia de documentos judiciales*”, en *AP*, 1996.

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

BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

CANCIO MELIÁ, M., “*Arts. 465, 466 y 467 CP*”, en Comentarios al Código Penal, AA.VV., Director: Gonzalo Rodríguez Mourullo, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.

CANTARANO, C., *I delitti contro l'attività giudiziaria nella giurisprudenza*, Padova, 1978.

CANTARERO BANDRÉS, R., Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

CARBONELL MATEU, J.C., “*Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal*”, en Estudios Penales y Criminológicos, XVIII, 1995.

CAROCCA PÉREZ, A., Garantía Constitucional de la defensa procesal, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.

BIBLIOGRAFIA

CASABÓ RUIZ, J.R., Comentarios al Código Penal (Córdoba Roda, J., Rodríguez Mourullo, G., del Toro Marzal, A.), Ed. Ariel, Barcelona, 1976.

CASTILLO BLANCO, F.A., Función Pública y Poder disciplinario del Estado, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

CEREZO MIR, J., *“Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo”*, en *ADPCP*, 1975.

. Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

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

. *“Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal”*, separata del *ADPCP*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.

CORTÉS BECHIARELLI, E., El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

CUELLO CALÓN, E., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II, Volumen primero, Ed. Bosch, Barcelona, 1972.

DE DIEGO DíEZ, L.A., Prevaricación (“deslealtad profesional”) de abogados y procuradores, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

DEL MORAL GARCÍA, A., *“Arts. 465, 466 y 467”*, en Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia), AA.VV., Coordinación: Ignacio Serrano Butragueño, Ed. Comares, Granada, 1999.

DEL TORO MARZAL, A., Comentarios al Código Penal, AA.VV., Tomo

BIBLIOGRAFIA

II, Barcelona, 1976.

ESPÍN TEMPLADO, E., “*Secreto sumarial y libertad de información*”, en *RJC*, núm. 2, 1986.

. “*En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales*”, en *PJ*, número especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990.

FAIRÉN GUILLÉN, V., Doctrina General del derecho procesal (hacia una teoría y Ley procesal generales), Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

FANLO LORAS, A., El debate sobre los Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales, Ed. Cívitas, Madrid, 1992.

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

FERNÁNDEZ SEGADO, F., El sistema constitucional español, Ed. Dykinson, Madrid, 1992.

FERRER SAMA, A., Comentarios al Código Penal, Tomo IV, Madrid, 1956.

FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto Penale. Parte Speciale*, Vol. I, Bolonia, 1997.

FIGUERUELO BURRIEZA, A., El derecho a la tutela judicial efectiva, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” materia y concurso de leyes penales, Ed. Cédecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA ARÁN, M., La prevaricación judicial, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

. “*La protección del Estado como límite penal a las libertades de información y expresión*”, en Anuario del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la UAB, núm. 1 (Monográfico sobre la libertad de

BIBLIOGRAFIA

expresión), Ed. PPU, Barcelona, 1990.

. “*Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992*”, en Libro-Homenaje al Profesor Del Rosal, Madrid, 1993.

. “*Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código Penal de 1995*”, en Delitos contra la Administración de Justicia, obra colectiva, colección “Cuadernos de Derecho Judicial”, CGPJ, Madrid, 1997-IV.

GARCÍA CANTIZANO, M^a DEL C., Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995), Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional*”, en REDA, 1981.

. “*La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*”, en REDA, núm. 66, 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-T.R. FERNÁNDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol. II, Ed. Cívitas, Madrid, 1986.

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

GARCÍA MIGUEL, M., “*Los delitos contra la Administración de Justicia en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal*”, en Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (enero, 1983), núms. 37 a 40, Vol. 2.

GARCÍAS PLANAS, G., “*Prevaricación de abogados y procuradores*”, en

BIBLIOGRAFIA

ADPCP, 1994.

GHERSI, C.A., Responsabilidad de los abogados y otras incumbencias profesionales, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1990.

GIMENO SENDRA, J.V., Fundamentos del Derecho Procesal, Ed. Cívitas, Madrid, 1981.

. “Los derechos de acción penal, al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales”, en Comentarios a la legislación penal, Tomo I, Derecho Penal y Constitución, Ed. Edersa, 1982.

. El proceso de *Habeas Corpus*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

. El derecho de defensa, en “Constitución y proceso”, Madrid, 1988.

. Derecho Procesal Penal, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 1997.

. Introducción al Derecho Procesal, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 2000.

GÓMEZ COLOMER, J-L., El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ PÉREZ, R., Deontología Jurídica, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Voz. “Prevaricación”, en nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo 20, F. Seix SL, Barcelona, 1993.

. El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., El derecho a la tutela jurisdiccional, Ed. Cívitas, Madrid, 1989.

GONZÁLEZ RUS, J.J., Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II, Director: Cobo del Rosal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

GROIZARD, El Código Penal de 1870, concordado y comentado, Tomo IV, Salamanca, 1891.

BIBLIOGRAFIA

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

GUTIÉRREZ ÁLVIZ y CONRADI, F., “*Aspectos del derecho de defensa en el proceso penal*”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 1, 1973.

HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 2001.

HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, “colección los delitos”, Valencia, 1997.

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

JIMÉNEZ BLANCO, A., *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, AA.VV., Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

LEGA, C., *Deontología de la profesión de abogado*, Ed. Cívitas, Madrid, 1976.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al Texto y al Debate Parlamentario*, Madrid, 1996.

LORCA NAVARRETE, A.M., *Introducción al derecho procesal, organización judicial española y principios rectores del proceso español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

LUZÓN PEÑA, D.M., “*Consideraciones sobre la sistemática y alcance de*

BIBLIOGRAFIA

los delitos contra la Administración de Justicia”, en Libro-Homenaje al Profesor Antón Oneca, Salamanca, 1982.

. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Ed. Universitas, Madrid, 1996.

MAGALDI PATERNOSTRO, M^a.J. y GARCÍA ARÁN, M., “*Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*”, en Documentación Jurídica, Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal (enero, 1983), núms. 37 a 40, Vol. 2.

MAGALDI PATERNOSTRO, M^a.J., “*La protección penal del derecho de defensa*”, en Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983.

. “*La prevaricación de abogado y procurador (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)*”, en Delitos de los funcionarios públicos, obra colectiva, colección “Cuadernos de Derecho Judicial”, CGPJ, Madrid, 1994-IV.

MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Vol. V, Torino, 1982.

MARES ROGER, F. y MARTÍNEZ LLUESMA, J., “*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.

MARTÍN GARCÍA, P., Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “*Tutela judicial efectiva y derecho de defensa*”. Sentencia 17/1992, 10 de febrero, en *Revista General de Derecho*, núms. 574-575, julio-agosto, 1992.

MARTÍNEZ VAL, J.M^a., *Ética de la Abogacía*, Ed. Bosch, Barcelona, 1987.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte*

BIBLIOGRAFIA

General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MARTÍN-RETORTILLO BÁQUER, L., “*El papel de los Colegios en la ordenación de las profesiones y en el control y vigilancia del ejercicio profesional*”, en *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Coordinador: Lorenzo Martínez-Retortillo, Ed. Cívitas, Madrid, 1996.

MATA y MARTÍN, R.M., “*El principio non bis in idem de la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados*”, en *PJ*, I, 1996.

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

MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 2*, Juristischer Verlag, C.F. Möller, Heidelberg, 1991.

MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, AA.VV., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MONTORO PUERTO, M., *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1965.

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

MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984.

. “*Garantías penales y secreto sumarial*”, en *La Ley*, Tomo II, 1985.

. “*Art. 11 CP*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

. “*Art. 199 CP*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, AA.VV., Ed.

BIBLIOGRAFIA

Aranzadi, Pamplona, 1996.

MORENO CATENA, V., La defensa en el proceso penal, Ed. Cívitas, Madrid, 1982.

. Introducción al Derecho Procesal, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 1996.

. Derecho Procesal Penal, 3ª edición, AA.VV., Ed. Cóllex, Madrid, 1999.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

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

. Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

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

. “*El Principio “non bis in idem”*”, en *RVAP*, núm. 28, 1990.

. Derecho Administrativo sancionador, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., La prevaricación del funcionario público, Ed. Cívitas, Madrid, 1980.

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

. Derecho Penal. Parte Especial, AA.VV., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

. “*Arts. 465, 466 y 467 CP*”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, AA.VV., Coordinador: Tomás Vives Antón, Ed. Tirant lo Blanch,

BIBLIOGRAFIA

Valencia, 1996.

OTERO GONZÁLEZ, P., Protección penal del secreto sumarial, tesis doctoral (inédita), Madrid, 1998.

. “*El secreto profesional desde la óptica del deber de declarar en el proceso penal*”, en *La Ley*, Año XXI, núm. 5135, de 7 de septiembre de 2000.

OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 5., neubearbeitete Auflage*, Berlín, 1998.

PACHECO, J.F., El Código Penal, concordado y comentado, Tomo II, Madrid, 1881.

PANNAIN, R., “*Prevaricazione e infideltà dei patrocinatori*”, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII.

PARADA VÁZQUEZ, J.R., “*Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas*”, en *PJ*, 1982.

PECES MORATE, J.E., “*Publicidad y secreto sumarial*”, en *PJ*, núm. especial XI, 1989.

PÉREZ CEPEDA, A.I., Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

PÉREZ DEL VALLE, C., “*La deslealtad profesional del abogado y su repercusión penal (Acerca de la crítica a la teoría de los bienes jurídicos desde la Parte Especial del Derecho Penal)*”, en *La Ley*, núm. 4268, Madrid, 1997.

PICÓ I JUNOY, J., Las garantías constitucionales del proceso, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

BIBLIOGRAFIA

POVEDA PERDOMO, A., *“Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el Código Penal de 1995”*, en Nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación (Coord. Gutiérrez Francés-Sánchez López), Salamanca, 1997.

PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, L., y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., Derecho Procesal Penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

PUIG PEÑA, F., Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.

PUJOL CARDENAL, C., *“Les potestats normativa i disciplinària dels Col.legis Professionals”*, en *RJC*, 1996.

PULIDO QUECEDO, M., La Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., Derecho Penal Español. Parte Especial, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.

QUINTANA LÓPEZ, T., *“El principio “non bis in idem” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios”*, en *REDA*, núm. 52, 1986.

QUINTANO RIPOLLÉS, E., Curso de Derecho Penal II, Madrid, 1963.

QUINTERO OLIVARES, G., Los delitos especiales y la teoría de la participación, Ed. Cymys, Barcelona, 1974.

. *“Los delitos contra la Administración de Justicia”*, en *RJC*, núm. extraordinario, Barcelona, 1980.

. *“La autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho penal”*, en *RAP*, núm.

BIBLIOGRAFIA

126, 1991.

. “Arts. 465, 466 y 467 CP”, en Comentarios al Nuevo Código Penal, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

. Manual de Derecho Penal. Parte General, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, F., El proceso penal: tercera lectura constitucional, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.

. El sistema procesal español, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

. El proceso penal: sexta lectura constitucional, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

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

REVERÓN PALENZUELA, B., “*Secreto y proceso penal*”, en Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, AA.VV., Vol. I, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Derecho Penal Español. Parte Especial, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez, Ed. Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “*La publicidad del sumario*”, en Libertad de expresión y Derecho Penal, AA.VV., Ed. Edersa, Madrid, 1985.

ROLDÁN BARBERO, H., “*Sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos*”, en *La Ley*, 1994-4.

ROXIN, C., Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 1998.

RUDOLPHI/HORM/GÜNTHER/SAMSON, “*Comentario al párrafo 356*”

BIBLIOGRAFIA

StGB”, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2 Besonderer Teil*, Luchterhand, 1994.

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

SÁNCHEZ CARRIÓN, J.C., “Significación actual e incidencia en el proceso de la indefensión jurídico-constitucional”, en *PJ*, núm. 45, 1997.

SÁNCHEZ OCAÑA, R., “Título VII”, Código Penal comentado, obra colectiva, Ed. Akal, Madrid, 1990.

SANTAELLA LÓPEZ, M., Ética de las profesiones jurídicas. Textos y materiales para el debate deontológico, Servicio de publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

SENET MARTÍNEZ, S., “El secreto sumarial como límite al derecho a la libertad de información”, comunicación del Curso sobre la libertad de expresión y el derecho penal.

SERRANO ALBERCA, J.M., Comentarios a la Constitución, Ed. Cívitas, Madrid, 1985.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., Delitos contra la Administración de Justicia, AA.VV., Granada, 1995.

SERRANO GÓMEZ, A., Derecho Penal. Parte Especial II (2), Delitos contra la colectividad, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

SERRANO TÁRRAGA, M.D., El delito de intrusismo profesional, Ed. Cívitas, Madrid, 1997.

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

BIBLIOGRAFIA

SILVA SÁNCHEZ, J.M., El delito de omisión. Concepto y sistema, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

. “*La regulación de la “comisión por omisión” (artículo 11)*”, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

. “*El sistema de incriminación de la imprudencia (artículo 12)*”, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

SOTO NIETO, F., “*El secreto profesional del abogado: deontología y tipicidad penal*”, en *La Ley*, núm. 6, 1997.

SUAY RINCÓN, J., “*Potestad disciplinaria*”, en Libro-Homenaje al Prof. José Luís Villar Palasí, Ed. Cívitas, Madrid, 1989.

. Sanciones administrativas, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

TAMARIT SUMALLA, J.M., “*Art. 152 CP*”, en Comentarios al Nuevo Código Penal, AA.VV., Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

TORÍO LÓPEZ, A., “*Injusto penal e injusto administrativo (Presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)*”, en Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Prof. García de Enterría, Tomo III, Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

VARELA CASTRO, L., “*Proceso penal y publicidad*”, en *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990.

VEITES PÉREZ, C., “*Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos “paralelos”*”, en Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 1996.

VÉLEZ MARICONDE, A., Derecho Procesal Penal, 2ª edición

BIBLIOGRAFIA

corregida y aumentada, Tomo I, Ed. Lérner, Buenos Aires, 1969.

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

VIVES ANTÓN, T.S., “*La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, IX-X, Santiago de Compostela, 1985-1986.