

NOTAS SOBRE LA DESLEALTAD PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS EN EL CODIGO PENAL DE 1995

FERNANDO VÁZQUEZ PORTOMEÑE SELJAS.

Area de Derecho Penal

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO: I. Introducción. II. Sujeto activo del delito. III. Bien jurídico tutelado. IV. El delito de perjuicio de parte (art. 467. 2º CP). A) Elemento objetivo. B) Elemento subjetivo. V. El delito de deslealtad de parte (art. 467. 1º CP). A) Elemento objetivo. B) Elemento subjetivo.

I. INTRODUCCION.

A pesar de su escasa trascendencia a nivel jurisprudencial y doctrinal, los delitos de prevaricación de abogados poseen una honda tradición legislativa¹.

¹ Sobre los delitos de deslealtad profesional de los abogados vid. L. Beneytez Merino, en C. Conde-Pumpido Ferreiro (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, 1997, pp. 4363 y ss.; F. L. Meléndez Sánchez, En torno al delito de prevaricación. Especial referencia a los artículos 360 y 361 del Código penal, *AP*, 1990-2, pp. 465 y ss.; E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. II, Valencia, 1996, pp. 1945 y ss.; G. Quintero Olivares, en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Pamplona, 1999, pp. 1382 y ss.; M. J. Magaldi Paternostro, La prevaricación de abogado y procurador (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código penal), *CDJ*, IV, 1994, pp. 103 y ss.; L. - A. de Diego Díez, Prevaricación de abogados y procuradores (o deslealtad profesional), *ibidem*, pp. 239 y ss.; D. Felip i Saborit, Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado, *ADPCP*, Mayo-Agosto 1993, pp. 770 y ss.; G. Garcías Planas, Prevaricación de abogados y procuradores, *ADPCP*, Mayo-Agosto 1994, pp. 33 y ss.; A. del Moral García, en I. Serrano Butragueño (coord.), *Código penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, pp. 1795 y s.; I. F. Benítez Ortúzar, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, Madrid, 1999.

La doctrina, precisamente, acostumbra a destacar su carácter de figuras altamente imprecisas, provistas de un marco legal que pone en entredicho los principios de taxatividad y ultima ratio. Su compleja regulación no debe ser óbice, sin embargo, para una labor de búsqueda de pautas razonables de interpretación que hagan viable y operativa la prohibición legal; de criterios que permitan, en definitiva, avanzar en el proceso de selección de las conductas punibles y explicar razonablemente -a partir de una correcta descripción del bien jurídico protegido- su inclusión en el Título XX del Código penal.

El artículo 467 del Código penal -a cuyo análisis vamos a dedicar estas notas- incrimina dos clases de comportamientos de los abogados cuyo precedente inmediato debe verse en los artículos 360 y 361 del texto punitivo de 1973. El elemento esencial para dar vida al delito del párrafo primero no es la producción de una lesión a los intereses del cliente, sino la realización de la modalidad de conducta consistente en tomar la defensa de la parte contraria en un proceso sin consentimiento del primer cliente. El párrafo segundo describe, por su parte, un comportamiento mucho más genérico : perjudicar de modo manifiesto los intereses que le hayan sido encomendados. A ambas tipologías se asocian penas de multa e inhabilitación profesional.

De acuerdo con el propio encabezado del Capítulo en el que se integran (el VII), los dos delitos constituyen actos de deslealtad profesional, si bien en la actualidad tiende a considerarse la traición de parte como eje central de los comportamientos penalmente relevantes de los abogados. Interesa subrayar, en cualquier caso, que la deslealtad que parece estar en la base de la prevaricación tiene un preciso significado normativo, tanto si se considera desde el punto de vista de los representados o defendidos, como desde el de la Administración de Justicia.

Así, como apunta Beneytez Merino, cualquiera que sea la configuración que quiera dársele al vínculo que liga al abogado con su cliente, existe acuerdo en que de él dimanen obligaciones profesionales expresamente codificadas como normas deontológicas². A este respecto puede ser de interés recordar el contenido de los artículos 7 y 12 del Código Internacional de Deontología Forense elaborado por la International Bar Association . El primero establece que : se considerará incorrecto en un abogado el ponerse en comunicación en un caso particular directamente con cualquier persona que él sepa que está representada en dicho caso por un abogado. Esta regla se aplica tanto a la parte contraria como a los clientes en cuyo nombre ha sido consultado por otro abogado . Y el segundo dispone que : un abogado no debe representar nunca intereses opuestos. Esto se aplicará también a todos los miembros de una firma o sociedad de abogados³.

² Beneytez Merino (n. 1), p. 4364.

³ Beneytez Merino (n. 1), p. 4364.

En otro sentido, la lealtad debida por los abogados a la Administración de Justicia deriva del hecho de que aquéllos reciben la consideración legal de parte en el proceso, haciéndose acreedores del mismo respeto que las partes públicas y el juez y, correlativamente, deudores de la misma lealtad para con la institución en la que desarrollan su actividad⁴.

II. SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Siguiendo la pauta marcada por los códigos penales históricos españoles, los dos apartados del art. 467 CP se refieren indistintamente a los abogados y a los procuradores como posibles autores de las conductas en ellos tipificadas. Se trata, pues, de delitos especiales de posición jurídica, en la medida en que requieren la posesión de una determinada cualidad profesional en el sujeto activo. Por consiguiente, los problemas de participación que puedan presentar deberán resolverse con arreglo a los criterios dogmáticos vigentes en la materia : el interviniente no cualificado no podrá ser castigado a título de coautor ni de autor mediato, sino exclusivamente de partícipe, de acuerdo con el principio de unidad del título de imputación.

El término abogado utilizado por nuestro Código penal ofrece una noción amplia y, quizá, premeditadamente genérica del sujeto activo. Parece indispensable, no obstante, realizar ciertas precisiones sobre su alcance en conformidad con la formulación típica contenida en la norma penal y también con las normas jurídicas extrapenales reclamadas por ella.

En línea de principio, en el estudio del sujeto activo no se observan discrepancias relevantes. La doctrina se muestra partidaria de atribuirles un significado esencialmente coincidente con el que proporcionan los arts. 8, 9, 14, 41, 42 y 53 del RD 2090/82 de 24 de julio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía. Serán, por lo tanto abogados todas aquellas personas legalmente habilitadas para defender, asistir o representar a la parte frente a la autoridad judicial, es decir, quienes tengan formalmente -y no sólo de hecho- la categoría profesional de abogado, por haberse incorporado a un Colegio de abogados, según dispone el art. 14 del Estatuto General de la Abogacía y corrobora el art. 439. 2 LOPJ⁵.

Esta interpretación restrictiva del concepto de abogado viene avalada también por una razón de puro sentido común, toda vez que, como indicaba Orts Berenguer en referencia al antiguo Código penal, si se pretendiera incluir en el artículo 360 o 361 a un no colegiado,

⁴ Quintero Olivares (n. 1), p. 1383.

⁵ Orts Berenguer (n. 1), p. 1945; Quintero Olivares (n. 1), pp. 1382 y 1383; Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 118 y 119; Meléndez Sánchez (n. 1), pp. 470 y 474, nota 41; Felip i Saborit (n. 1), pp. 773 y 774; de Diego Díez (n. 1), pp. 241 y 242; Garcías Planas (n. 1), pp. 39 y 40. En contra, A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, p. 88.

se daría la paradoja de que las penas de suspensión e inhabilitación, que eventualmente pudieran imponérsele, le privarían de una facultad que legalmente no tenía ⁶.

No son sujetos idóneos a efectos de este delito, por lo tanto, los licenciados o doctores en Derecho que ejerzan de facto la abogacía sin cumplimentar el requisito de la colegiación. De llevar a cabo conductas próximas o asimilables a las previstas en el art. 467 CP estos sujetos podrían incurrir, a lo sumo, en los delitos de estafa o intrusismo. En otro caso, habrá de convenirse en que, si el sujeto pasivo opta por buscar ayuda profesional en una persona inhabilitada para prestarla, lo razonable será imputarle a él mismo la puesta en peligro de sus intereses⁷.

A su vez, de la dicción del precepto legal se desprende que para que pueda verificarse el delito en cualquiera de sus modalidades es necesario que exista o haya existido una relación cliente-profesional entre los sujetos activo y pasivo⁸. Como declara la STS de 10 de marzo de 1993, el concepto cliente viene a aportar un componente o matiz temporal al delito⁹.

Pero si el requisito formal de la colegiación acota el círculo de los sujetos de la acción, parece que la letra de la ley impone todavía una ulterior restricción del ámbito de actuación profesional en que pueden llevarse a cabo las conductas típicas. Los abogados a efectos penales deberán desempeñar su profesión ante Juzgados y Tribunales, esto es, habrán de llevar a cabo la defensa, asistencia o representación efectivas de una parte ante la autoridad judicial¹⁰ Nacional, sin que para ello tenga necesidad de incorporarse a los Colegios donde

⁶ E. Orts Berenguer, en T. S. Vives Antón / J. Boix Reig / E. Orts Berenguer / J. C. Carbonell Mateu / J. L. González Cussac, *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 1993, p. 437; Garcías Planas (n. 1), p. 40. Este último autor pone de manifiesto cómo, de modo excepcional, el artículo 447. 1 y 2 de la LOPJ permite a los letrados del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los Entes locales desempeñar de tareas de defensa y representación sin necesidad de colegiación, lo que obliga a considerarlos posibles sujetos activos de estos delitos.

⁷ Así, Meléndez Sánchez (n. 1), p. 474.

⁸ Beneytez Merino (n. 1), pp. 4363 y 4365; Meléndez Sánchez (n. 1), p. 472; Orts Berenguer (n. 1), p. 1946; Quintero Olivares (n. 1), p. 1383; de Diego Díez (n. 1), p. 240.

⁹ Téngase presente, a pesar de todo, que si es acertado requerir la vigencia de la relación profesional en el momento de la realización de las conductas típicas del art. 467. 2º, no cabe afirmar lo mismo con la mirada puesta en la figura del art. 467. 1º, toda vez que lo que castiga son los supuestos más peligrosos de actuaciones perjudiciales *ex post*. Vid. Felip i Saborit (n. 1), p. 774, nota 16.

¹⁰ Garcías Planas ((n. 1), p. 38) incluye en la noción de abogado a aquellos licenciados en Derecho inscritos en un Colegio distinto del correspondiente al Partido Judicial en el que se realiza la conducta. No compartimos esta tesis. Tal y como hace notar Benítez Ortúzar ((n. 1), pp. 217 y 217), lo esencial será cumplimentar los requisitos formales para ejercer la abogacía en el lugar en el que se va a desarrollar o podría desarrollarse el proceso en el momento de la consumación del delito; y, por regla general, los licenciados no habilitados para dicha labor en el Partido Judicial correspondiente no podrán intervenir ante los Juzgados y Tribunales pertenecientes al mismo. Este régimen general se excepciona en determinadas situaciones legalmente tasadas (el art. 22 EGA dispone que todo abogado incorporado a cualquier Colegio de Abogados de España podrá actuar en todos los recursos de que sean susceptibles los asuntos que dirigió en cualquier instancia ante cualesquiera Tribunales o Juzgados, incluso ante el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, sin que para ello tenga necesidad de incor-

radiquen los Tribunales ante los que dichos recursos, acciones o reclamaciones se sustancien ; el art. 4 EGA faculta a los colegios profesionales pertenecientes a distintos Partidos Judiciales para acordar la recíproca habilitación de sus colegiados ante los Juzgados y Tribunales de sus respectivos partidos).. Este requisito viene impuesto por determinadas expresiones típicas. La dicción tomar la defensa o representación de una parte (art. 467. 1º CP) carece de otro significado que no sea el procesal¹¹; y en ese mismo número, las conductas de defender o representar aparecen asociadas a la expresión en el mismo asunto , que, como acredita el tenor literal del art. 1 LECivil, no puede ser interpretada como alusiva a las relaciones que puedan producirse en el tráfico jurídico en general, sino a una causa judicial.

Debemos reconocer, no obstante, que si para esa clara limitación de la esfera de las conductas típicas puede encontrarse apoyo en la descripción de la primera de las formas de prevaricación del art. 467 CP, en punto a la segunda de las modalidades el ámbito profesional cubierto por el tipo podría concebirse de forma amplia, de modo que comprendiese tanto las actuaciones ante los órganos judiciales y las conexas a éstas como toda clase de actividades extrajudiciales (caso de la defensa técnica extrajurisdiccional o el consejo y asesoramiento jurídico). Esta ha sido, como se verá, la postura tradicionalmente seguida por el Tribunal Supremo, que si bien ha subsumido en la norma de forma muy mayoritaria supuestos de actuaciones en el terreno judicial, también ha sancionado comportamientos como el arrendamiento de inmuebles o la realización de gestiones ante la Hacienda Pública.

A este respecto, cabe decir que la agrupación de los tipos en el Título XX ofrece ya un primer argumento favorable a una delimitación de las conductas penalmente relevantes en el sentido ya apuntado para la figura del art. 467. 1º CP. El Código concibe claramente la prevaricación del abogado como un atentado (a través de los derechos del cliente) a la función jurisdiccional, habida cuenta de que el acceso a la Administración de Justicia y la postulación ante ella requieren, normalmente, de su concurso¹². De admitirse que las conductas incriminadas en el art. 467. 2º CP carecen de trascendencia procesal, el régimen de protección establecido en este artículo excedería sistemáticamente del objeto de protección del

porarse a los Colegios donde radiquen los Tribunales ante los que dichos recursos, acciones o reclamaciones se sustancien”; el art. EGA faculta a los colegios profesionales pertenecientes a distintos Partidos Judiciales para acordar la recíproca habilitación de sus colegiados ante los Juzgados y Tribunales de sus respectivos partidos).

¹¹ Vid. Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 118 y 119; Meléndez Sánchez (n. 1), p. 470. La doctrina dominante propugna un entendimiento amplio de las actividades profesionales del abogado trayendo a colación la equiparación en la dicción del art. 376. 1º de la conducta de asesorar o aconsejar a la de tomar defensa (vid. Orts Berenguer (n. 1), p. 1947; Quintero Olivares (n. 1), p. 1384; del Moral García (n. 1), p. 1796; Beneytez Merino (n. 1), p. 4367). A nuestro modo de ver, esta interpretación contradice los términos de la descripción típica, que si bien menciona ambos grupos de actuaciones a la hora de fijar el presupuesto de la conducta, cifra ésta última exclusivamente en la defensa o representación. También desde esta perspectiva la tesis de Magaldi aparece, por lo tanto, como mucho más convincente.

¹² Cfr. Art. 10 LECivil.

Título XX, cuya vocación parece ser la de incluir sólo comportamientos que atentan contra el correcto ejercicio de la actividad jurisdiccional¹³. Asumimos, con todo, que esta limitación tiene mejor fundamento si se la vincula a una definición más precisa del bien jurídico protegido.

Pero puede recurrirse, además, a otra clase de argumentación para fundamentar esta opinión. Al fin de preservar su función social, escribe Felip i Saborit, la abogacía disfruta de un status jurídico particular : su ejercicio viene legalmente regulado y limitado; el intrusismo resulta expresamente castigado en el Código penal; la colegiación es obligatoria; el Derecho disciplinario colegial (aplicando sanciones que pueden alcanzar los dos años de suspensión) trata de impedir que desde dentro los abogados puedan perjudicar gravemente a la institución¹⁴. En este contexto, lo más coherente desde un punto de vista político-criminal será proponer la penalización de las conductas más graves (como la traición de quien es parte en sentido procesal), pero no un planteamiento indiscriminado.

Recapitulando, el legislador quiere referirse sólo a las deslealtades profesionales, a aquéllas que tienen lugar dentro del marco de los actos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico única y exclusivamente a los miembros de la profesión : a tenor de los arts. 436 LOPJ y 8 y 9 del Estatuto General de la Abogacía, las tareas de defensa y consejo jurídico¹⁵. Pero en la base de este delito no se halla cualquier relación profesional, cualquier consulta jurídica realizada a un letrado en cualquier circunstancia. Si la pendencia de un proceso es un auténtico presupuesto del delito, habrán de excluirse del círculo de sus posibles autores todos aquellos abogados que, sin intervenir en una causa judicial, tampoco lo hagan en su preparación directa¹⁶. Ese sería el caso, según señala Magaldi Paternostro, de las asesorías legales mercantiles o laborales en las que se desarrollan actuaciones jurídicas tanto de transacción extrajudicial, negociación y redacción de documentos jurídicos, como de consejo legal¹⁷.

Lo que cualifica los tipos como especiales son, en definitiva, dos notas distintas : la cualidad profesional del abogado y su vínculo -también de índole profesional- con una persona determinada y en relación con una causa o pleito concreto.

¹³ Aquellos autores que aceptan que no todas las conductas inculadas tienen trascendencia procesal se ven obligados a poner en entredicho la cientificidad de la sistemática legal en esta materia. A título de ejemplo véanse las reflexiones de Beneytez Merino (n. 1), p. 4363. En el sentido de texto se pronuncia Quintero Olivares (n. 1), p. 1382, aunque no deduce de ello especiales consecuencias con relación a la interpretación de las conductas punibles.

¹⁴ Felip i Saborit (n. 1), p. 778 y nota 36; Meléndez Sánchez (n. 1), p. 471; Quintero Olivares (n. 1), p. 1385.

¹⁵ Felip i Saborit (n. 1), p. 775;

¹⁶ Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 119 y 120.

¹⁷ Magaldi Paternostro (n. 1), p. 119.

III. BIEN JURIDICO TUTELADO.

El legislador ha recurrido a diferentes técnicas en la tipificación de los dos delitos de deslealtad del artículo 467 CP. Por otra parte, las actividades que puede llevar a cabo un abogado son muy diversas, de modo que si en el desarrollo de tareas de defensa y representación puede claramente agredir a la Administración de Justicia, no podría sostenerse lo mismo con referencia a las deslealtades extraprocesales, cometidas con ocasión de asesoramiento y consultas. Frente a estas opciones de técnica normativa, una solución definitiva en el terreno de la interpretación pasa por una adecuada individualización del bien jurídico protegido.

Las opiniones al respecto son variadas y controvertidas.

La interpretación tradicional supera la perspectiva de la simple relación inter partes, para ahondar en la relación del abogado con el funcionamiento de la Administración de Justicia. El objeto jurídico de estos delitos se ha individualizado de esta forma en el interés público concerniente al normal funcionamiento de la Administración de Justicia en sus diferentes jurisdicciones, esto es, en el interés superior de la justicia. De acuerdo con este planteamiento, la finalidad de la prevaricación sería la de asegurar el buen funcionamiento de la Administración de justicia a través de un minimum de corrección y lealtad por parte de los abogados, los cuales por sus funciones son llamados a colaborar con los órganos judiciales¹⁸.

En esta línea de pensamiento merecen destacarse aquellos autores que apelan a una cierta concepción dogmática y político-criminal de los bienes jurídicos institucionales para seguir polarizando su atención sobre la función judicial, en detrimento de los intereses de las partes. A juicio de Bustos Ramírez, concretamente, en ella debe verse un bien jurídico funcional, es decir, una actividad de resolución y disminución de los conflictos sociales que puede ser fácilmente agredida por los intervinientes en las vías procedimentales a través de las que se desarrolla¹⁹. A esta construcción subyace la idea de que el ordenamiento jurídico moderno reviste tal complejidad que la interposición de expertos entre el ciudadano y el Derecho resulta absolutamente imprescindible²⁰. Las deslealtades de los abogados, consecuentemente, supondrían privar a los particulares del medio de que necesariamente deben valerse tanto para hacer efectivos sus derechos o pretensiones jurídicas, como para cumplir hasta sus más elementales deberes jurídicos privados o públicos. El punto de llegada de este razonamiento está en la reafirmación de la naturaleza supraindividual del

¹⁸ Meléndez Sánchez (n. 1), p. 243, que hace suya la declaración contenida en la STS de 29 de diciembre de 1973.

¹⁹ J. Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona, 1991, p. 368.

²⁰ Felip i Saborit (n. 1), p. 777.

bien jurídico del artículo 467, que apuntará a la garantía de la participación del individuo en los procesos sociales y al fortalecimiento de su confianza en la actuación profesional de los abogados.

Que esta interpretación se hace acreedora de un trabajo de depuración conceptual viene demostrado, antes que nada, por el hecho de que el Derecho penal no sanciona los incumplimientos que otros técnicos socialmente tan valiosos como los abogados (ingenieros, médicos, asesores financieros, notarios, graduados sociales, gestores administrativos) hagan de sus obligaciones contractuales o deontológicas²¹. Aisladamente consideradas, pues, ni la función social de la abogacía ni la confianza institucional de la que debe ser depositaria la comunidad pueden considerarse la piedra de toque de la deslealtad punible. La justificación de la existencia del delito habrá de buscarse en otras referencias o planos valorativos.

En contraposición con este planteamiento, otra opinión identifica el objeto jurídico de estas figuras en el interés de la parte a una correcta asistencia técnica. A través de una cuidadosa exégesis de estas normas y del concepto de deslealtad, se pone de relieve cómo el elemento en torno al que gira el hecho delictivo es la relación privada existente entre el abogado y el particular que es parte en un proceso, y, por lo tanto, entre el comportamiento desleal a los deberes deontológicos de aquél y el daño sufrido por éste. En estos términos se pronuncian Muñoz Conde, para el que en el artículo 467 se tipifican conductas que sólo lejanamente afectan a la propia Administración de Justicia²², y Orts Berenguer, que entiende que en el artículo 467 se protege el correcto quehacer profesional de abogados y procuradores, en beneficio, en primer lugar, de sus clientes y también, de la propia administración de justicia²³. Desde estas posiciones, no se desconoce la relevancia pública de la función protagonizada por el abogado, ni que este contribuye a la realización de un interés colectivo referido a la administración de justicia; pero viene a afirmarse que este último bien jurídico tiene naturaleza instrumental, y que se ve sólo mediatamente perjudicado por el comportamiento del abogado.

A pesar de la solidez de los argumentos esgrimidos por estos autores, los criterios de subsidiariedad y fragmentariedad propios de un Derecho penal moderno obligan, nuevamente, a situar en otras coordenadas el objeto de protección de estos delitos. La simple lesión de la relación contractual no debe ser suficiente para afirmar la relevancia jurídico-penal de la causación de un perjuicio al cliente. Como ocurriría de tratarse de cualquier otro profesional, el particular que contrata a un abogado ha de asumir los riesgos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y acudir, en su caso, a los instrumentos jurídicos

²¹ Quintero Olivares (n. 1), pp. 1384 y 1385; Felip i Saborit (n. 1), pp. 778 y 779.

²² F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1998, p. 809.

²³ Orts Berenguer (n. 1), pp. 446 y 448; Beneytez Merino (n. 1), pp. 4363 y 4364; Garcías Planas (n. 1), p. 40.

que pone a su disposición el Derecho civil para resarcirse de los daños que puedan derivarse del mismo²⁴. Ciertamente, la presunción de actuación en favor del cliente que rodea a todas las conductas profesionales de los abogados coloca a los intereses particulares de aquél (el patrimonio y los bienes y derechos de la personalidad) en una situación de desamparo que el Derecho penal no puede desconocer²⁵. Y así, siempre que la relevancia de los bienes jurídicos en juego y la gravedad de la lesión lo justifiquen, cabrá acudir a los tipos correspondientes a los delitos de estafa, apropiación indebida o revelación de secretos.

A nuestro modo de ver, el problema del bien jurídico no puede recibir una solución satisfactoria por la vía de la contraposición entre la relevancia supraindividual e individual de las conductas. En lugar de afirmar la prevalencia de un interés sobre el otro, habrá de tomarse conciencia de que los dos momentos están presentes en las normas del art. 467, condicionándose recíprocamente y dándole su contenido de desvalor propio. Como señala gráficamente Quintero Olivares, el abogado no es ni un nudo servidor de la justicia cuyo único deber es que se realice el Derecho (el procesal y el material) correctamente, ni un personaje al servicio exclusivo de su cliente y sin norte deontológico que su interés²⁶. Se trata, a un tiempo, de personas en las que los particulares han depositado su confianza y de verdaderos coadyuvantes en relación a la agilización y adecuada finalización del proceso²⁷. Correlativamente, la incriminación de la deslealtad se concretará tanto en la tutela de la parte traicionada o perjudicada, como en la de la Administración de Justicia.

En este orden de cosas, para conjugar ambas facetas deberá trabajarse sobre la noción de proceso. La actividad jurisdiccional, mediante la que se da actuación a la potestad jurisdiccional atribuida exclusivamente a los Jueces y Magistrados, sólo puede ejercerse a través del cauce formal del proceso judicial. Pero debe convenirse en que no es concebible una función jurisdiccional que no se halle encaminada a solventar los conflictos que surjan entre los particulares o entre un particular y el Estado. El concepto de proceso permite cohesionar, así, la relevancia jurisdiccional -pública, supraindividual- de la función de los sujetos habilitados para representar, defender y asistir a las partes con los intereses individuales de éstas²⁸.

²⁴ Felip i Saborit (n. 1), p. 778; Quintero Olivares (n. 1), p. 1385.

²⁵ Felip i Saborit (n. 1), p. 777.

²⁶ Quintero Olivares (n. 1), p. 1383.

²⁷ F. Morales Prats, *La tutela penal de la intimidación: privacy e informática*, Barcelona, 1984, p. 239. El artículo 39 EGA reza: El deber fundamental del abogado, como partícipe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar con ella defendiendo en derecho los intereses que le sean confiados. En ningún caso la tutela de tales intereses puede justificar la desviación del fin supremo de justicia a que la abogacía se halla vinculada. El art 53 EGA se encarga de recordar, por su parte, cuáles son las obligaciones del abogado para con la parte por defendida: además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada.

²⁸ Propone una interpretación procesalista del bien jurídico Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 115 y 121. En esta última página lo define como la actividad o función jurisdiccional cristalizada en el proceso judicial dirigido a dirimir conflictos sociales.

Esta es la única interpretación coherente con la inserción sistemática de estas conductas en el Título XXI, al presentarlas como comportamientos relacionados con el proceso judicial. Además, esta definición del bien jurídico nos permite reconstruir con un aceptable grado de precisión el ámbito profesional de las conductas tipificadas en el art. 467. 2º CP. Esta clase de prevaricación entrañará también una deslealtad profesional relacionada con las actuaciones procesales que puedan llevarse a cabo en cualquiera de los órdenes jurisdiccionales. Cosa distinta es que, ante los inconvenientes de toda índole que acarrearía mantener una concepción excesivamente formalística del proceso debido, pueda considerarse asimismo típica la punición de los perjuicios ocasionados al margen de una estricta intervención procesal pero directamente conectados con ésta (por referirse a la frustración de las expectativas de acceso a la jurisdicción o a la efectividad real de la resolución que le ponga término)²⁹.

Ahora bien, a tenor de lo anteriormente expuesto, parece claro que las necesidades de protección penal frente a perjuicios irreparables no pueden predicarse con el mismo fundamento de todos los intereses del cliente. Quiere decirse con ello que del elenco de bienes de la parte traicionada o perjudicada deberemos ser capaces de seleccionar aquéllos a los que el legislador ha decidido dispensar una atención preferente a la hora de proceder a su incriminación.

De entrada, aceptar que el bien jurídico protegido se sustancia en la tutela del proceso lleva aparejada una primera delimitación de los grupos de intereses que podrán traerse a colación. Como ha captado la doctrina más reciente, habrán de ser intereses individuales de tipo procesal; y ni siquiera todos, sino sólo aquéllos que hacen referencia a las garantías personales de quien es parte en el proceso. Si éste está en función de las partes, representadas, defendidas y asistidas por los abogados, y las actividades de éstos vienen redefinidas sobre la base de normas procesales, el injusto del art. 467 no resultará, en efecto, concebible sin una lesión efectiva de las propias garantías personales de la parte en el proceso³⁰.

LLevando este discurso hasta sus últimas consecuencias, García Arán entiende que con lo que se implica fundamentalmente la intervención técnica en un proceso -como ámbito de concreción de derechos públicos subjetivos para asegurar su realización- es con la vigencia del derecho constitucional de defensa³¹. Deben compartirse, sin embargo, las críticas que Magaldi Paternostro dirige a esta interpretación, que traería consigo el desamparo de la ciudadanía frente a las actividades desleales ejecutadas en la fase previa al inicio real del pro-

²⁹ Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 121 y 122.

³⁰ Magaldi Paternostro (n. 1), p. 113; I. Serrano Butragueño, Introducción a los delitos contra la 'realización' de la Justicia, en AA.VV., *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995, pp. 58 y 59.

³¹ M. García Arán, *La prevaricación judicial*, Barcelona, 1990, p. 31.

cedimiento e incluso dentro del propio procedimiento, señaladamente en relación con cuestiones litigiosas pertenecientes a órdenes jurisdiccionales distintos del penal³².

Mucho más defendible, desde un punto de vista técnico-jurídico, es la lectura del régimen penal de la deslealtad profesional en clave de afección al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, es decir, al derecho a la tutela jurisdiccional (art. 24. 1 CE) a través de un proceso con todas las garantías contenidas en el artículo 24. 2 CE. Esta es la propuesta de Felip i Saborit, quien aduce en su apoyo que aunque técnicamente la lesión de este derecho sólo pueden efectuarla los poderes públicos y éstos nunca podrían ser responsables de la indefensión provocada por un abogado, la situación provocada por este delito es la misma que la que podría resultar de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia una lesión de la posibilidad de obtener la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos en sus tres manifestaciones básicas (acceso, proceso y ejecución)³³. Para el Derecho penal -explica-, los deberes de actuación en beneficio del cliente o de cuidado en la defensa técnica no son fruto de la obligación contractual entre las partes o una fórmula de protección de la profesión, sino que emanan de las necesidades de protección de un servicio público, cuya prestación es constitutiva de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y que, sin la intervención leal y diligente del abogado se ve afectada de forma esencial. De esta forma el perjuicio de los intereses del particular adquiere una dimensión pública y el injusto realizado queda cualificado penalmente. Fuera del ejercicio del ejercicio del derecho fundamental, el incumplimiento del abogado pierde relevancia penal específica y queda al mismo nivel que el de cualquier profesional³⁴.

Compartimos esta tesis, si bien queremos dejar claro que lo que amparan estas figuras es el ejercicio de la función jurisdiccional en el marco de un proceso rodeado de garantías e idóneo para cumplir sus fines constitucionales; un bien jurídico supraindividual que, integrándolo, no puede identificarse con ese derecho constitucional abstracto a la tutela judicial efectiva de que habla Felip i Saborit. No puede sostenerse, en consecuencia, que la prevaricación represente un delito pluriofensivo. Su bien jurídico, en sentido tanto dogmático como político-criminal, es únicamente el proceso, un proceso vertebrado -eso sí- en distintos ámbitos conceptuales de actividad y/o de relación, algunos de ellos, como el aludido derecho, de titularidad individual. En consecuencia, la parte ostenta sólo la categoría de perjudicado; el sujeto pasivo del delito siempre es el Estado.

³² Magaldi Paternostro (n. 1), p. 113. En palabras de esta autora, no puede perderse de vista que la fisonomía constitucional lo presenta como un derecho latente que se actúa en el momento en que se realiza una imputación contra un sujeto en el ámbito penal o se da inicio formal a un procedimiento en causas no penales, y cuya conclusión llega con la terminación del proceso lato sensu entendida, comprensiva de la ejecución

³³ Felip i Saborit (n. 1), p. 780 y nota 44.

³⁴ Felip i Saborit (n. 1), pp. 780 y 781.

IV. EL DELITO DE PERJUICIO DE PARTE (ART. 467. 2º CP).

A) ELEMENTO OBJETIVO.

Esta modalidad de deslealtad viene descrita como el comportamiento del abogado que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados. Se trata de un delito de resultado, pues es evidente que la conducta de perjudicar presupone que el profesional haya puesto en práctica determinadas actuaciones que hayan provocado un quebranto real y efectivo en los intereses del cliente; y, además, de conducta no vinculada, ya que es indiferente el modo en el que el abogado pueda ser desleal en el sentido requerido por el tipo.

La única exigencia que delimita la conducta incriminada es la producción un perjuicio para los intereses del cliente, perjuicio que representa -en sentido técnico- el verdadero resultado del delito. Si no tiene lugar a pesar de la idoneidad de los actos, la deslealtad podrá castigarse en grado de tentativa.

El núcleo objetivo del tipo viene integrado, por lo tanto, por la noción de perjuicio manifiesto para los intereses encomendados al profesional. El término manifiesto parece hacer referencia, más que a su entidad, a la clara vinculación que debe existir entre él y el encargo realizado al abogado³⁵. Por esta vía el legislador insiste en que el delito ha de tener lugar en el marco de la relación profesional entre el letrado y uno de sus clientes.

Mayores controversias suscita la noción penalmente relevante de perjuicio. La doctrina dominante ha venido entendiendo por él cualquier pérdida de un derecho o de una posición ventajosa derivada de una infracción o vulneración de los deberes profesionales que obligan al abogado frente a su cliente, independientemente de que tenga lugar dentro o fuera de un proceso³⁶. Entre los ejemplos de perjuicios típicos comúnmente referidos se cuentan la omisión de la elaboración de documentos, el permitir que transcurra el plazo de caducidad de una acción sin formalizar la demanda, la no proposición de medios de prueba que claramente hubieran conducido a la estimación de la demanda, la omisión de la constitución en juicio y la no interposición de un recurso que hubiera prosperado³⁷.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha venido patrocinando un amplísimo concepto que abarcaría cualquier daño, mediato o inmediato, de naturaleza patrimonial o moral y cuanti-

³⁵ Del Moral García (n. 1), p. 1796.

³⁶ Del Moral García (n. 1), p. 1796; J. López Barja de Quiroga, *Manual de Derecho penal. Parte Especial III*, Madrid, 1992, p. 236; de Diego Díez (n. 1), p. 244; Beneytez Merino (n. 1), p. 4367; Quintero Olivares (n. 1), p. 1385; Orts Berenguer (n. 1), p. 1947; Muñoz Conde (n. 22), p. 810.

³⁷ Quintero Olivares (n. 1), p. 1385; del Moral García (n. 1), p. 1796; López Barja de Quiroga (n. 36), p. 236; Beneytez Merino (n. 1), p. 4367; Benítez Ortúzar (n. 1), p. 229;

ficable o no cuantificable, sufrido por el cliente por consecuencia directa de una actuación profesional desleal del abogado. Haciendo valer este punto de vista, ha dado entrada en el tipo del art. 467. 2º a conductas de entidad, naturaleza y consecuencias absolutamente diversas : la falsificación de una sentencia para decirle al cliente que el asunto se había ganado y cobrarle la minuta; la utilización de la información sobre el estado registral de un cliente para acudir a la subasta y quedarse con el mismo a bajo precio, después de haber desanimado a aquél reclamándole una alta provisión de fondos para encargarse del caso; la formulación de una demanda de retracto en nombre del arrendatario después de haber redactado un contrato de compraventa aconsejando a los clientes poner un precio menor del real; la prescripción de acciones extracontractuales debido a su inactividad; no haber hecho efectivo el importe de las liquidaciones de Hacienda tal y como le había encomendado el cliente, sin recurrir tampoco contra ellas; no hacer efectivas las costas para cuyo pago tardío había recibido la provisión de fondos, provocando la continuación del procedimiento de apremio...³⁸.

No es exagerado afirmar que las dos interpretaciones indicadas resultan impracticables, al hurtar con el principio de determinación y, por ende, con los de seguridad jurídica y **última ratio**. En línea con los trabajos más recientes en la materia, debe intentarse, pues, un verdadero acotamiento del ámbito de este delito.

Ante todo, la exclusión en el nuevo Código penal de la revelación de los secretos del cliente sin su consentimiento del capítulo de las deslealtades punibles sugiere la voluntad de remitir estas conductas al régimen general de la revelación del secreto profesional, previsto en el art. 199. 2º CP. De la mano de un argumento literal, por consiguiente, obtenemos ya una primera pauta interpretativa. Pero la construcción del perjuicio de parte como un delito contra el proceso trae por consecuencia lógica, en segundo lugar, tanto la impunidad de los perjuicios provocados por actuaciones extraprocesales -que sin embargo sí han venido castigándose por el TS^{39,40} de la función jurisdiccional, aun cuando la posibilidad de acudir a ésta siempre ha de estar presente ., como la de aquéllos que no derivan directamente de un proceso judicial en curso o en preparación. En el ejemplo expuesto por Felip i Saborit, dejar de comunicar la existencia de la subasta judicial nunca constituiría una conducta típica, puesto que la subasta judicial no es el momento procesal oportuno para inter-

³⁸ A título de ejemplo, véanse las SSTs de 29 de abril de 1963; 4 de julio de 1968; 31 de enero de 1970; 1 de abril de 1970; 3 de abril de 1974; 11 de abril de 1977; 11 de marzo de 1986; 10 de noviembre de 1990; y 10 de septiembre de 1992. Garcías Planas ((n. 1), pp. 41 y 42) y de Diego Díez ((n. 1), pp. 250 y ss.) reproducen buena parte de la casuística jurisprudencial.

³⁹ Vid., entre otras, las SSTs de 29 de abril de 1963, 1 de abril de 1970 y 10 de septiembre de 1992.

⁴⁰ Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 124 y 125. Próximos, Benítez Ortúzar ((n. 1), p. 230), para quien el tipo se limita al terreno procesal o de asesoramiento y consejo jurídico pre-procesal, al erigirse en un delito exclusivo y excluyente de los abogados en el ejercicio de sus actuaciones profesionales; Orts Berenguer ((n. 1, p. 1947), quien escribe que también puede incurrir en el delito realizando una labor de asesoramiento, al margen

venir en defensa de los derechos e intereses legítimos afectados por el proceso⁴¹. En cualquier caso, y para evitar cualquier clase de equívocos, recordamos de nuevo que el concepto material de proceso debido que aquí se acepta exige trabajar con un círculo más amplio de conductas que las derivadas de una estricta actuación procesal, por lo que el artículo 467. 2º CP se aplicará también a las actividades profesionales anteriores al inicio formal de la causa y a todas las posteriores que aparezcan como imprescindibles o convenientes para garantizar la efectividad de la resolución obtenida⁴². Reinterpretado en correlación con el bien jurídico protegido, el perjuicio consistirá, en síntesis, en una desaparición o disminución apreciable de las posibilidades que el cliente tenía, en el momento de realización de la conducta típica, de disfrutar con plenitud del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, o de hacerlo con arreglo a las formas constitucionalmente garantizadas⁴³. Para el resarcimiento de otra clase de daños deberá acudir el perjudicado a la vía civil.

Situados en esta óptica, podemos organizar los perjuicios morales o patrimoniales con relevancia típica con arreglo al siguiente esquema⁴⁴ : a) el impedimento o la grave frustración del acceso a la jurisdicción, provocados por ejemplo por la caducidad de la acción por retraso en la formulación de la demanda o por la necesidad de acudir a un proceso más largo y costoso para hacer efectiva la pretensión; b) la pérdida de derechos procesales -aun cuando ello no traiga consigo una resolución final desfavorable-, o el impedimento para participar en el proceso en condiciones de igualdad y realizando las actividades conducentes a su más favorable conclusión para la pretensión, consecuencia por ejemplo de no haberse presentado un recurso de apelación; y c) el impedimento del fallo judicial o su efectividad meramente parcial, o total pero conseguida por vías distintas de las que correspondería de haber actuado el letrado conforme a las reglas de la profesión.

Otro aspecto a comentar es que entre las formas de realización del perjuicio de parte el nuevo Código penal ha consignado expresamente la omisiva. En la base de buena parte de estos supuestos podrán encontrarse los retrasos achacables a los abogados, cuya punibilidad -siguiendo a Felip i Saborit⁴⁵- dependerá de la evaluación conjunta de, al menos, tres clases de factores : a) el orden jurisdiccional de que se trate; b) la clase de pretensión aducida; y c) la magnitud e incidencia del retraso sobre la participación en el proceso (incremento de las dificultades probatorias provocado por el transcurso del tiempo, posible existencia modificaciones legales que perjudiquen al demandante), sobre la efectividad del fallo judicial (eventual insolvencia sobrevenida del demandado, constitución de créditos posteriores con preferencia sobre el de aquél), o sobre la pretensión del demandante (intereses

⁴¹ Felip i Saborit (n. 1), p. 784.

⁴² Felip i Saborit (n. 1), p. 782; Magaldi Paternostro (n. 1), p. 122.

⁴³ Felip i Saborit (n. 1), p. 782; Magaldi Paternostro (n. 1), p. 122.

⁴⁴ Felip i Saborit (n. 1), pp. 782 y 784; Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 122, 124 y 125.

⁴⁵ Felip i Saborit (n. 1), pp. 784 y 785.

legales a los que ya no se tenga derecho a percibir, perjuicios patrimoniales y/o morales por el retraso en la consecución de la satisfacción de la pretensión). Como observación general, no debe perderse de vista el dato de que la misión del abogado de defender los intereses de su cliente es renunciable, no siendo nunca admisibles conductas abstencionistas motivadas por considerarlos injustos o infundados⁴⁶.

El perjuicio no tiene por qué venir acompañado ni de una lesión efectiva de la pretensión, ni de cualquier otro resultado procesal que no satisfaga los intereses del cliente. Un abogado que efectúa una precaria defensa por no haber preparado su intervención en el juicio oral de un proceso penal está, con toda seguridad, perjudicando abiertamente a su defendido, incluso contando con que el proceso concluya con una sentencia de absolución por falta de pruebas. Como explica Felip i Saborit, la deslealtad habrá creado una manifiesta situación de indefensión, afectando al derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de un proceso con todas las garantías debidas⁴⁷.

Partiendo de ese mismo presupuesto de la afección directa de la conducta al proceso, debe darse la razón, además, a este mismo autor cuando indica que no son típicas las actuaciones que lesionen directamente un interés del cliente hasta el extremo de alterar su contenido. Será imposible defenderlo en su estado primario durante el litigio cuando el abogado haya olvidado incluir algunas algunas cláusulas en el momento de redactar un contrato, o cuando haya asesorado mal a su cliente y éste haya aceptado una indemnización inferior a la que legalmente le correspondería obtener⁴⁸.

No puede exigirse razonablemente, en cambio, que se trate de detrimentos patrimoniales, evaluables económicamente en sus facetas de daño emergente y lucro cesante, toda vez que al abogado le vendrán encomendados normalmente intereses de carácter moral o personal⁴⁹. Con arreglo a ello podrán apreciarse perjuicios típicos, v. gr., en la pérdida de un pleito a través del que se buscaba el reconocimiento de una paternidad; en la pérdida de objetos de valor puramente sentimental confiados al letrado, en la caducidad de los plazos traducida en una provocación de la firmeza de una resolución perjudicial o en dejar sin objeto útil una acción. Tampoco puede hallarse en el tipo fundamento alguno para reclamar su irreparabilidad⁵⁰, ni la posibilidad de que, estando intereses crematísticos en juego, el demérito pueda llegar a cifrarse con exactitud⁵¹. Debe tratarse, eso sí, de un perjuicio real

⁴⁶ Quintero Olivares (n. 1), p. 1384.

⁴⁷ Felip i Saborit (n. 1), pp. 782 y 783.

⁴⁸ Felip i Saborit (n. 1), p. 783.

⁴⁹ SSTS de 3 de diciembre de 1968, 1 de abril de 1970, 11 de abril de 1977 y 30 de octubre de 1980.

⁵⁰ López Barja de Quiroga (n. 36), p. 236; de Diego Díez (n. 1), p. 244; STS de 4 de julio de 1968.

⁵¹ SSTS de 4 de julio de 1968; 3 de abril de 1974; 30 de octubre de 1980; 25 de junio de 1993.

-efectivo-, identificable -concreto, delimitado- y objetivamente imputable a la conducta desleal del abogado⁵². Cuando ésta fuera omisiva, será preciso que el profesional tuviera el deber jurídico de actuar y que esa hipotética actuación omitida hubiera impedido el daño finalmente producido.

Como posibles causas de justificación esgrimibles ante la imputación de cualquiera de los hechos delictivos comprendidos en el artículo 467. 2º CP únicamente cabría traer a colación la legítima defensa (art. 20. 4º CP) y el estado de necesidad (art. 20.5º CP). La primera, cuando el propio cliente afecte intereses personalísimos del letrado, por ejemplo cuando el propio abogado sea objeto de acusaciones por su cliente; y la segunda, si con el perjuicio causado se pretende evitar un mal superior al sacrificado, esto es, si redundando en un beneficio justo del cliente (por ejemplo, evitarle una condena injusta). Cuando la razón última sea algo injusto (por ejemplo, según Quintero Olivares, cuando se trate de obtener una libertad que no debía concederse, o el extravío de unas diligencias, o el rechazo de una querrela bien fundada), nos moveremos ya en el terreno de la coautoría o inducción al delito que se haya cometido⁵³.

No pocos problemas plantean los supuestos en que la infracción de los deberes deontológicos del abogado afecta al derecho a la tutela judicial efectiva sin constituir un perjuicio objetivo para la defensa, pero sí para la acción de la Justicia. Tal y como hemos apuntado, las conductas delictivas de este art. 467. 2º son conductas de dirección técnica de la defensa jurídica de los derechos e intereses del cliente. Con arreglo a ello, podría ciertamente argumentarse que los supuestos de violación de los deberes deontológicos que constituyan estrategias de esa defensa técnica para beneficiar la posición jurídica del cliente no pueden considerarse típicos, al decaer el elemento del perjuicio del cliente. Pero, aún compartiendo la idea de que este tipo de conductas no pertenecen a la **ratio** de la prevaricación, hay que advertir que este punto de vista se nutre de una concepción del perjuicio que no se comparte en este trabajo. No es el cliente el que decide, con arreglo a un criterio puramente voluntarista, utilitario, lo que el abogado debe entender por perjuicio o beneficio para su causa. Desde el concepto puramente normativo aquí aceptado, el no suministrar ciertas pruebas inculpativas contra el propio cliente, por ejemplo, debería considerarse probablemente como un perjuicio, puesto que incide manifiestamente en el derecho a obtener la tutela jurisdiccional a través de un proceso rodeado de todas las garantías constitucionales. Por esta razón somos de la opinión de que estos supuestos de afectación del derecho a la tutela judicial efectiva en beneficio de las posibilidades del defendido de obtener una resolución judicial favorable hallan una mejor solución en sede de la eximente de ejercicio legítimo del oficio (art. 20. 7º CP).

⁵² Magaldi Paternostro (n. 1), p. 125.

⁵³ Quintero Olivares (n. 1), p. 1383.

Dejando al margen los restantes casos de infidelidad previstos por el legislador en otros artículos de este mismo Capítulo VII del Título XX CP, frecuentemente se producirán interferencias entre la norma del art. 467. 2º y otras normas penales, como las de la apropiación indebida, la estafa o la falsedad en documento público. En tal caso será preciso acudir al expediente del concurso de delitos (real o ideal). Tratándose de la apropiación indebida, el TS se ha mostrado partidario de la solución del concurso de leyes, que ha resuelto con su desplazamiento en favor de la prevaricación⁵⁴. Ello supone un privilegio inexplicable, toda vez que el abogado que en el curso de una causa judicial y con ocasión de su actuación profesional se apropia de una cantidad perteneciente al cliente recibe una pena inferior que el particular que ponga en práctica la misma conducta⁵⁵. Lo procedente será acudir a un concurso de delitos .

B) ELEMENTO SUBJETIVO.

La conducta del art. 467. 2º puede ser generada por comportamientos dolosos y culposos. La provocación de un perjuicio como consecuencia de una actuación profesional irregular puede haber sido intencionalmente perseguida, por ejemplo en los supuestos de connivencia con la parte contraria. Es suficiente, no obstante, con la intención de perjudicar, sin necesidad de que concurra ninguna otra. En este sentido, puede afirmarse que el dolo requerido por la norma es un dolo genérico : el sujeto deberá llevar a cabo la conducta desleal con conciencia de que puede perjudicar al interés de la parte. Dada su redacción actual y génesis legislativa, también deben hallar cabida los supuestos de dolo indirecto y dolo eventual.

Por lo que atiene a la modalidad imprudente, la imprudencia simple permanece extramuros, pudiendo sancionarse únicamente la culpa grave o la imprudencia temeraria. Dentro de la primera deberá encontrar encaje, además, la ignorancia inexcusable a que se refería el artículo 360 ACP⁵⁶. Debe notarse que la gravedad de la imprudencia es un elemento valorativo, de carácter circunstancial; y que la referencia obligada para determinar el deber de diligencia del abogado serán los contenidos de los actos de dirección procesal del litigio o de asesoramiento sobre el Derecho y su adecuación a las previsiones del Derecho positivo⁵⁷. Trayendo en aplicación estos parámetros, la doctrina no discute la punibilidad de los casos de olvido de la diligencia más elemental exigible a un profesional medio ⁵⁸ o de desconocimiento absolutamente impropio de quienes ejercen esta profesión⁵⁹.

⁵⁴ SSTs de 27 de noviembre de 1950, 16 de marzo de 1975, 11 de abril de 1977 y 25 de febrero de 1991.

⁵⁵ Cfr. art. 252 CP en relación con los artículos 249 y 250.

⁵⁶ Orts Berenguer (n. 1), p. 1947.

⁵⁷ Beneytez Merino (n. 1), p. 4368.

⁵⁸ Orts Berenguer (n. 1), p. 1947.

⁵⁹ Acuden al criterio del profesional medio Quintero Olivares (n. 1), 1385; M. García Arán, Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional , *CDJ* 1997/IV, p. 299. En contra, Benítez Ortúzar (n. 1), p. 233, que lo acoge en tanto en cuanto pueda ser relevante a la hora de apreciar un error de tipo, que sería vencible cuando lo hubiese sido para el profesional medio.

No parece, por el contrario, que el Código penal deba intervenir frente a hipótesis de negligencia fruto simplemente de la falta de preparación profesional. Como escribe Quintero Olivares : de la preparación del designado de oficio pueden responder los Colegios profesionales y la Administración misma; pero si se trata de la solvencia profesional del libérrimamente 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 ⁶⁰.

V. EL DELITO DE DESLEALTAD DE PARTE (ART. 467. 1º CP) . .

A) ELEMENTO OBJETIVO.

Con una fórmula muy similar a la utilizada por el art. 361 ACP, el número 1 del art. 467 CP castiga como deslealtad profesional la defensa de intereses incompatibles en un mismo proceso. Concretamente, reserva la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial de dos a cuatro años al abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios .

Se trata de una hipótesis delictiva menos grave que la descrita en el art. 467. 2º, pero que comparte sus presupuestos esenciales : la existencia de una relación cliente-profesional entre el sujeto pasivo y el activo, en virtud de la cual éste haya asumido su defensa o asesoramiento⁶¹; y la de un proceso que se esté desarrollando frente a la autoridad judicial.

Las situaciones contempladas por este artículo 367. 1º son muy claras. Los sujetos del delito son el abogado (activo) y el primero de los clientes asesorado o defendido en el mismo conflicto (pasivo). Para que el previo asesoramiento pueda servir de presupuesto a la prevaricación será preciso, no obstante, que el abogado haya llegado a tener un conocimiento real y efectivo del fondo del asunto, no debiendo estimarse como tal el alcanzado en conversaciones o entrevistas mediante las cuales se lo haya hecho partícipe de datos evidentes o sin género alguno de trascendencia para el devenir de aquél⁶².

⁶⁰ Quintero Olivares (n. 1), pp. 1385 y 1386. Comparte esta reflexión Benítez Ortúzar (n. 1), p. 233, que añade que la referida capacidad profesional debe presumirse con relación a todos los licenciados en Derecho inscritos en los colegios profesionales.

⁶¹ De ello se deduce que las consultas previas para encargarse del asunto o desecharlo no pueden realizar este delito, al estar ausente todavía el compromiso que conlleva la relación con el cliente : cfr. López Barja de Quiroga (n. 36), p. 239; de Diego Díez (n. 1), p. 249; Muñoz Conde (n. 22), p. 809; Benítez Ortúzar (n. 1), p. 223.

⁶² Beneytez Merino (n. 1), p. 4365; Benítez Ortúzar (n. 1), p. 222.

De las actuaciones mencionadas, la destinada al abogado (tomar defensa) supone una suerte de prevalimiento de las confidencias recibidas del sujeto pasivo con la finalidad de construir una adecuada defensa de sus pretensiones. A falta de ulteriores indicaciones, habrá de concluirse que su realización puede tener lugar por persona interpuesta, cuando el letrado se valga del nombre de un colega para consumir la prestación desleal de sus servicios⁶³. Del propio precepto se desprende también la irrelevancia del hecho de que la defensa del primero de los clientes se abandone o se continúe al asumir la de quien mantiene intereses contrapuestos⁶⁴. Será del todo punto imprescindible, eso sí, que con anterioridad el primer cliente no haya otorgado su consentimiento, recogido en el texto punitivo como causa de exclusión de la tipicidad⁶⁵.

Entrando en mayores profundidades, lo primero que debe notarse es que para incurrir en esta infracción es necesario que el abogado ponga en práctica una actividad procesal. La descripción típica se construye sobre la base de elementos normativos que tienen, a todas luces, ese sentido jurídico. Tomar la defensa significa asumir expresamente, con constancia en autos, el rol de defensor de los intereses de una persona en una causa o pleito, esto es, ejercitar ante los Tribunales de Justicia los derechos de la parte contraria a aquélla a la que anteriormente se había defendido o asesorado⁶⁶. A mayor abundancia, la lógica gramatical interna del precepto obliga a poner en conexión la referida expresión típica con el término asesorar , lo que induce a pensar que se tratará en realidad de comportamientos parecidos, cuyo único matiz diferenciador estriba en que en el primer caso el sujeto activo ha asumido formalmente y en sentido procesal la defensa, en tanto que en el segundo ésta existe de facto , al margen de las formalidades de la causa⁶⁷. Por todo ello no puede suscribirse la propuesta de dar entrada en el tipo a los actos de mero asesoramiento técnico-jurídico de la parte contraria, como sería la evacuación de una consulta⁶⁸. El principio **pro libertate** abogan también por la solución de la atipicidad de estos comportamientos.

⁶³ Garcías Planas (n. 1), p. 50; Benítez Ortúzar (n. 1), p. 222. Este es el supuesto de hecho contemplado en la STS de 11 de mayo de 1989.

⁶⁴ Del Moral García (n. 1), p. 1796; SSTS de 11 de mayo de 1989 y 20 de enero de 1994.

⁶⁵ Aunque no se indique explícitamente, una lectura coherente obliga a requerir también el consentimiento del segundo cliente, toda vez que si el primero permitiese esa defensa y el segundo desconociese que la está recibiendo de quien ostenta ya una relación procesal con su contrario, reaparecería el hecho delictivo. Benítez Ortúzar entiende, en cambio, que con su conducta omisiva el abogado estaría perjudicando los intereses encomendados por el segundo cliente, por lo que debería venir en aplicación el delito de perjuicio de parte del artículo 467. 2º ((n. 1), p. 226). Por lo demás, ni que decir tiene que dicho consentimiento deberá producirse con anterioridad a la asunción de las nuevas labores de defensa de la otra parte. La STS de 20 de enero de 1969 declara que una autorización posterior por carta nunca podría servir para excluir el tipo.

⁶⁶ Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 119 y 120.

⁶⁷ Magaldi Paternostro (n. 1), pp. 119 y 120.

⁶⁸ Vid., sin embargo, Quintero Olivares (n. 1), p. 1384; Muñoz Conde (n. 22), p. 809.

Lo que fundamenta la prohibición de doble defensa es la contradicción de los intereses en conflicto. De esta forma el precepto parece tomar en consideración el carácter contencioso de un litigio en el que están presentes dos partes con intereses opuestos, de tal modo que la satisfacción de uno implica el detrimento del otro⁶⁹. En este sentido, y a pesar de que el Código no utiliza la expresión parte, la intervención penal se orientará preferentemente a los supuestos en que exista un enfrentamiento contencioso o litispendencia entre las personas mencionadas en el tipo. Asumimos, con todo, que ocupar una posición de antagonismo formal en un proceso no debe considerarse requisito **sine qua non** para integrar la deslealtad, puesto que ello desconocería la posibilidad de que existan partes procesales no formalmente adversarias y, sin embargo, portadoras de intereses en abierto contraste (p. ej., en un proceso penal en el que dos coimputados poseen posiciones defensivas incompatibles). Al fin de dar entrada en el tipo a supuestos de este género, el concepto de partes contrarias deberá entenderse en un sentido sustancial⁷⁰.

Sobre el requisito de la identidad del asunto, conviene indicar que no resultará contradictorio por el hecho de que la deslealtad se desarrolle a lo largo de distintos momentos o fases procesales. Como apunta Beneytez Merino, el asesoramiento previo a una de las personas enfrentadas en el conflicto es determinante de que, después, cuando se inicie el pleito, no pueda tomarse ya la defensa de la parte contraria (en el ejemplo formulado por este autor, un abogado que haya aconsejado al esposo en una situación de conflicto matrimonial será desleal desde el momento en que, planteada demanda de separación, ostente la defensa de la esposa)⁷¹.

⁶⁹ Muñoz Conde (n. 22), p. 809.

⁷⁰ La doctrina ve en la sustitución del término parte del art. 361 ACP por el de persona un argumento de peso sobre el que apoyar una interpretación amplia del ámbito típico de la deslealtad, que se abriría a las actuaciones prevaricadoras desarrolladas con independencia de la existencia de una litispendencia formal entre los diversos clientes del letrado. Con el texto legal en la mano esta postura es defendible en tanto en cuanto no se haga valer para desnaturalizar la exigencia de que el abogado tome defensa vinculando la conducta delictiva también al asesoramiento del segundo cliente (vid. Quintero Olivares (n. 1), p. 1384). Por lo demás, las razones de justicia material expuestas por Benítez Ortíz para rechazar los intentos de traer al tipo el concepto de parte procesal ((n. 1), pp. 220 y 221) son enteramente de recibo. La forma de prevaricación aquí castigada comprende exclusivamente actuaciones para ocasionar un perjuicio a la otra parte (en sentido material). Los actos de defensa dirigidos a conciliar las pretensiones encontradas de las partes devienen, desde este punto de vista, atípicos. Asimismo, si la efectiva contraposición de intereses debe considerarse elemento del tipo, su ausencia intervendrá como causa de atipicidad, en cuanto determina la falta de riesgo y, por ende, de la necesaria **ratio legis** fundamentadora de la represión penal. Cfr. R. Sánchez Ocaña, en AAVV, *Código penal comentado*, Madrid, 1990, p. 687. En el mismo sentido, STS de 6 de julio de 1970.

⁷¹ Beneytez Merino (n. 1), p. 4365.

A diferencia del contenido en el art. 467. 1º, el delito del art. 467. 2º se articula, en principio, como de mera actividad. La generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia defienden, en esta línea, la innecesariedad de que se produzca un daño real y efectivo⁷² concurso ideal de delitos.. Su consumación tendrá lugar en el mismo momento en que el abogado comience con la defensa de quien tenga intereses contradictorios con los de la persona a la que anteriormente asesoraba o defendía, a través de la realización de actos que trasciendan al exterior, como la presentación de escritos o el pronunciamiento de informes⁷³.

Con todo, un representativo sector doctrinal y jurisprudencial ha venido defendido la necesidad de entrar a enjuiciar la posibilidad real de que el letrado llegue a utilizar los conocimientos adquiridos de la primitiva relación en perjuicio del primer cliente⁷⁴, lo que serviría para reivindicar para la deslealtad de parte la técnica de tipificación característica de los delitos de peligro hipotético.

Se trata, indudablemente, de una interpretación sugerente. De poco servirá remitirse al concepto de proceso debido para individualizar el bien jurídico protegido si el delito cobra vida con absoluta independencia de que aquél venga efectivamente perjudicado o, cuando menos, puesto en peligro en su desarrollo efectivo. Interesa puntualizar, sin embargo, que el indicador de esa efectiva perturbación procesal no viene dado por el perjuicio de cualesquiera intereses de las partes⁷⁵, sino, como ya se ha explicado, por el del derecho a la tutela técnica como elemento esencial de la tutela judicial efectiva. En consonancia con ello, esta modalidad de prevaricación habrá de calificarse no como un delito de peligro respecto de los intereses o pretensiones del primitivo cliente, sino como delito de prevención del riesgo de que el abogado haga uso de informaciones conseguidas por consecuencia de la relación de confianza que le unía a su primer cliente. De este modo se pone de manifiesto que la incidencia del Código penal en este ámbito se justifica en que el derecho a la tutela judicial efectiva puede sufrir un perjuicio cuando el abogado defiende al contrario valiéndose de los conocimientos obtenidos en el contexto de la relación de confianza que lo vinculaba con su primer cliente.

⁷² Magaldi Paternostro (n. 1), p. 126; Bustos Ramírez (n. 19), pp. 368 y 369; Beneytez Merino (n. 1), p. 4366; de Diego Díez (n. 1), p. 248; Garcías Planas (n. 1), pp. 48 y 51; Orts Berenguer (n. 1), p. 1946; Benítez Ortúzar (n. 1), p. 225, apuntando que de producirse la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos individuales se generará una situación concursal a resolver para cuya valoración deberá normalmente acudir a un concurso ideal de delitos.

⁷³ Ello dificultará extraordinariamente el castigo en grado de tentativa : vid. Beneytez Merino (n. 1), p. 4366; Garcías Planas (n. 1), p. 51.

⁷⁴ de Diego Díez (n. 1), p. 248; SSTs de 6 de julio de 1970 y 29 de diciembre de 1973. Por contra, la STS de 9 de octubre de 1972 afirma la prevalencia sin paliativos de la lesión del deber profesional sobre la lesión del derecho del cliente.

⁷⁵ De esa opinión, en cambio, Bustos Ramírez (n. 19), p. 439; STS de 6 de julio de 1970.

B) ELEMENTO SUBJETIVO.

No es necesaria en este delito una intención concreta del abogado de provocar un daño, como tampoco la de utilizar en contra del primer cliente el conocimiento de datos o hechos que puedan perjudicarlo. Bastará con un estado de conciencia consistente en tener presente que con anterioridad se ha asesorado o defendido a persona con intereses contrapuestos a aquella cuya defensa procesal se asume en una misma relación de conflicto⁷⁶.

⁷⁶ Beneytez Merino (n. 1), p. 4366. La STS de 11 de mayo de 1989 considera inherentes al delito las circunstancias agravantes de abuso de confianza y precio.