

Trabajo Fin de Grado

EL DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Autora

Luz Vivas Pozuelo

Director

Roberto Salvanés Duran

Facultad de Derecho

2022

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	5
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO.	6
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	6
1.1 Antecedentes históricos hasta la Codificación.	6
1.2 La Codificación y el delito de deslealtad profesional en los Códigos Penales españoles.	7
1.3 Conclusiones.	9
2. DERECHO COMPARADO.	9
2.1 Alemania.	10
2.2 Italia.	10
2.3 Portugal.	11
2.4 Tabla comparativa y conclusiones.	12
II. ILÍCITO PENAL FRENTE A ILÍCITO DISCIPLINARIO.	14
1. ÁMBITO DISCIPLINARIO.	14
2. DIFERENCIA ENTRE INFRACCIÓN PENAL E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA.	14
3. NON BIS IN IDEM.	16
4. DESCUENTO DE SANCIONES.	17
5. CONCLUSIONES.	18
III. ANÁLISIS DE LOS TIPOS DE DESLEALTAD PROFESIONAL DE LOS ARTÍCULOS 467.1 Y 467.2 DEL CP.	19
1. ELEMENTOS COMUNES A AMBOS TIPOS DELICTIVOS.	19
1.1 Bien jurídico protegido.	19
1.2 Delito especial y autoría.	20
1.3 Causas de justificación.	22
2. ARTÍCULO 467.1 CP.	23

2.1 Conducta típica.	23
2.2 El consentimiento.	24
2.3 Elemento subjetivo y error.	25
2.4 Iter criminis y formas imperfectas de ejecución.	26
2.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad.	26
3. ARTÍCULO 467.2 CP.	27
3.1 Conducta típica.	27
3.2 El perjuicio.	28
3.3 Elemento subjetivo y error.	29
3.4 Iter criminis y formas imperfectas de ejecución.	32
IV. CONCURSO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.	34
1. CONCURSO.	34
1.1 Concurso de delitos.	34
1.2 Concurso de normas.	36
1.3 Delito continuado.	37
2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.	37
2.1 Penas.	37
2.2 Responsabilidad civil ex delito.	40
V. CONCLUSIONES.	41

LISTADO DE ABREVIATURAS.

Art: artículo.

CE: Constitución Española de 1978.

CP: Código Penal.

EGA: Estatuto General de la Abogacía.

EGPE: Estatuto General de los Procuradores.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN.

Popularmente, la Abogacía y la Procura son profesiones conocidas por la difícil e importante función que cumplen dentro del sistema social. Son los defensores y representantes de la ciudadanía frente a la solemne Administración de Justicia. El nivel de lealtad exigido que se requiere, por ello, es extremadamente elevado. Ya que los clientes, desconocedores del Derecho, confían ciegamente en las palabras del profesional, que les orienta en las decisiones jurídicas. Parece lógico entonces, que el Código incluya entre sus tipificaciones una específica para el comportamiento tan perjudicial para el ciudadano como es el de una deslealtad por parte de su propio abogado o procurador. Es el artículo 467 del Código Penal de 1995 (CP).

Los profesionales mencionados tienen la posibilidad de abusar de sus clientes y obtener así algún beneficio. La realidad es que se dan los elementos para encontrarnos ante una conducta que se da en la práctica jurídica y poco denunciada.

La razón de la elección del tema para este trabajo es profundizar en el estudio de un tipo delictivo que no se ha abordado durante la carrera, y que es mayoritariamente desconocido para la ciudadanía y para una gran parte de los profesionales del Derecho. Es un delito que si bien atenta fundamentalmente contra la Administración de Justicia, su comisión evidencia que es especialmente perjudicial para el ciudadano que deposita su fe en el profesional. Para la sociedad, los abogados y procuradores son los encargados de defender y guiar al cliente en sus problemas con la Administración o con otros sujetos. Si existe un delito que protege a los clientes de las conductas dolosas o imprudentes de sus propios abogados y procuradores, que son desleales para con ellos, merece la pena su estudio.

La metodología utilizada en el presente trabajo ha consistido en el análisis de la normativa aplicable, principalmente el CP, tanto en su Parte General como en la especial, centrando el estudio en el artículo 467. También se han estudiado otras leyes y normas del ámbito disciplinario, como los Estatutos Generales de la Abogacía y la Procura. Se ha consultado, así mismo, la bibliografía nacional y extranjera que ha tratado esta cuestión, incorporando teorías doctrinales y diferentes puntos de vista sobre las cuestiones tratadas. Finalmente, se ha examinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), del Tribunal Constitucional (TC) y otras instancias judiciales a efectos de apoyar las exposiciones que se incluyen en el estudio.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DERECHO COMPARADO.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Para poder analizar los tipos de deslealtad profesional, es preciso estudiar previamente la evolución de tales tipos a lo largo de los diferentes Códigos Penales que han estado vigentes en nuestro país.

1.1 Antecedentes históricos hasta la Codificación.

El origen de estos delitos se encuentra en la Antigua Roma, ya que allí apareció, por primera vez, la abogacía. El origen del castigo de estos actos tuvo lugar durante el gobierno de los emperadores Valentiniano y Valente, quienes prohibieron a los abogados utilizar trucos o engaños. Concretamente, fue la Lex Cornelia de Fasis la que prohibió a los abogados actuar con mala fe¹.

Tras el auge del Imperio Romano, desaparecieron los abogados en Europa durante prácticamente toda la Alta Edad Media, hasta que reaparecieron en el siglo XIII. Fue el rey Alfonso X de Castilla, con la publicación de Las Siete Partidas² y El Fuero Real quien reguló las normas de conducta que debían seguir los «voceros» o «personeros», profesionales liberales encargados de defender los intereses de quienes los elegían.

Tras Las Siete Partidas, se publicaron diversas recopilaciones de normas durante el siglo XV, como el Ordenamiento de Montalvo³, las Ordenanzas de Medina, o las Ordenanzas de los Abogados.

Un hito importante fue la publicación de la Novísima Recopilación, en el año 1805. Es en este texto donde se reconocían las faltas que pueden cometer los abogados en el ejercicio de su profesión, tales como el conflicto de intereses o la revelación de secreto profesional a la parte contraria⁴.

¹ En lo que respecta a los emperadores Valentiniano y Valente, C.J. 2. 6. 6. 4. (Impp. Valentinianus et Valens AA. Olybrium P.U. a. 368): *Nemo ex industria protrahat iugium*.

Tanto la referencia de los emperadores Valentiniano y Valente, como la mención a la *Lex Cornelia de Falsis*, han sido tomadas de un artículo (art.) de PÉREZ PONFERRADA, G, «Así era el ejercicio de la Abogacía en la época romana», en *Confilegal* [revista electrónica], 2020, [consultado el 15 de febrero de 2022]. Disponible en <https://confilegal.com/20200413-asi-era-el-ejercicio-de-la-abogacia-en-la-epoca-romana/>

² L. 10, Tit. 6, P. 111. «Esta partida prohíbe a los abogados ayudar o aconsejar a la otra parte. También, la L. 15. Tit. 6, P. 111 condena al abogado que ayuda falsamente a su parte, es decir, la perjudica» GARCÍA PLANAS, G: *Prevaricación de abogado y procurador*, *Anuario de Derecho penal y Ciencias-Penales*, Tomo XLVII, Fascículo II, Madrid, 1994. p. 2 y 3.

³ Título XIX, Libro II.

⁴ TOBÓN FRANCO, N., «Responsabilidad disciplinaria de los abogados» en *Abogados al Derecho Marketing Jurídico y Responsabilidad profesional* [libro electrónico], Universidad de Rosario, Colombia, 2012 [consultado el 12 de febrero de 2022]. Disponible en <https://vlex.com.co/source/abogados-al-derecho-marketing-juridico-y-responsabilidad-profesional-segunda-edicion-32079>

1.2 La Codificación y el delito de deslealtad profesional en los Códigos Penales españoles.

En el contexto de las Cortes de Cádiz de 1812 se planteó la creación de un Código que reuniera toda la legislación penal vigente hasta ese momento. En 1822 se publicó el primer Código Penal español. En él se castigaba, en su artículo 423⁵, al abogado o procurador que desvelara los secretos de su cliente a la parte contraria; que abandonara a su parte y defendiera a la otra; o que perjudicara a su defendido. En este precepto se contemplaban como sujetos activos al abogado, procurador o defensor en juicio (sin incluir las acciones previas o posteriores al proceso). Preveía como penas la multa, la inhabilitación y una pena de reclusión. Fue esta la primera vez en nuestra historia jurídica que apareció tipificado, de forma inequívoca, el tipo de deslealtad profesional, aunque todavía no fuera considerado como tal⁶.

En 1848 se aprobó un nuevo Código Penal, que castiga la deslealtad profesional en los artículos 266⁷ y 267⁸. Como novedad, este delito aparecía desglosado en dos preceptos diferentes, en lugar de en uno, como sucedía en el Código de 1822.

Posteriormente, en 1850, se elaboró otro Código, donde la deslealtad quedaba tipificada en los artículos 273⁹ y 274¹⁰. En ellos, el perjuicio que se infringía al cliente estaba contemplado expresamente como ejercicio de abuso malicioso. Y, además, en el caso de que un abogado tomara defensa de la otra parte, se requería la ausencia de consentimiento. Por otra parte, se mantenía la revelación de secretos como integrante del tipo de deslealtad profesional.

⁵«Cualquier abogado, defensor o procurador en juicio, que descubra los secretos de su defendido a la parte contraria, que después de haberse encargado de defender a la una, y enterándose de sus pretensiones o medios de defensa, la abandone, y defienda a la otra, que de cualquier otro modo, a sabiendas perjudique a su defendido para favorecer al contrario, o para sacar alguna utilidad personal, será infame por el mismo hecho, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, y pagará una multa de cincuenta a cuatrocientos duros, sin poder ejercer mas aquel oficio. Si resultare soborno, el sobornador será castigado con un arresto de cuatro á diez y ocho meses.»

⁶ Dentro del Capítulo VI, «De los que violen el secreto que les está confiado por razón de su empleo, cargo, o profesión jurídica que ejerzan, y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas», en el Título V «De los delitos contra la fe pública.»

⁷«El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión a la de inhabilitación perpetua espacial, y multa de 50 a 500 duros.»

⁸ «El abogado o procurador que habiendo legado a tomar la defensa de una parte, defendiere después sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal, y multa de 20 a 200 duros.»

⁹«El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión a la de inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 a 500 duros.»

¹⁰ «El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal, y multa de 20 a 200 duros.»

En el Código Penal de 1870, los tipos delictivos que nos ocupan se encontraban recogidos en los artículos 371¹¹ y 372¹², presentando una sistemática similar a la del Código anterior. Lo relevante de este Código es que contempló, por primera vez, la modalidad imprudente. Establecía que el profesional que con su «negligencia o ignorancia inexcusable» perjudicare los intereses de su cliente, sería condenado a pena de multa. Se puede apreciar así una progresiva delimitación de las conductas típicas. En lo que respecta al artículo 372, al introducirse en el tipo la conducta de «aconsejar a ambas partes contrapuestas», no solo el defender en juicio, se amplió el castigo a las fases previas del proceso.

Tras el Código Penal de 1870 se elaboraron diversos proyectos de reforma, pero ninguno de ellos salió adelante hasta la dictadura de Primo de Rivera, publicándose, en 1928, otro Código. Estos delitos se encontraban tipificados en los artículos 422¹³ y 423¹⁴, incluidos en el Capítulo I, «De la prevaricación» y en el Título V, referido a los «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos». Este nuevo Código suprimía de la redacción la revelación de secretos como parte del tipo de deslealtad. Y también se podía observar un aumento de la pena.

El Código de 1932 reproduce en sus artículos 365¹⁵ y el 366¹⁶ la sistemática y redacción del Código de 1870, incluyendo el delito de descubrimiento de secretos. Tras la Guerra Civil, y derogado el CP de la II República, el CP de 1944 tipifica en sus artículos 360¹⁷ y 361¹⁸ los delitos de deslealtad profesional en redacción prácticamente igual al Código Penal republicano.

¹¹ «Será castigado con una multa de 250 a 2.500 pesetas el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo de ellos tenido conocimiento en el ejercicio de su ministerio.»

¹² «El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o lo aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación temporal especial, y multa de 125 a 1.250 pesetas.»

¹³ «Será castigado con multa de 1.000 a 15.000 pesetas el Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicara a su cliente.»

¹⁴ «El Abogado o Procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial de dos a seis años y multa de 1.000 a 15.000 pesetas.»

¹⁵ «Será castigado con una multa de 500 a 5.000 pesetas, el abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido de ellos conocimiento en el ejercicio de su ministerio.»

¹⁶ «El abogado o procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 250 a 2.500 pesetas.»

¹⁷ «Será castigado con las penas de suspensión y multa de 1.999 a 5.099 pesetas el Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión.»

¹⁸ «El Abogado o Procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 1.900 a 5.090 pesetas.»

Posteriormente, en 1973 se publicó el antecedente inmediato del tipo actual. En este Código de 1973 la tipificación del delito se encontraba en los artículos 360¹⁹ y 361²⁰. Resulta interesante, a efectos del estudio, la comparación de los artículos del Código de 1973 y de 1995²¹. De este modo, en el Código de 1973 se utilizó el término «negocio», mientras que en el de 1995, es el término «asunto» el que se utiliza, siendo este segundo un concepto más amplio, que permite abarcar distintas fases del proceso. También, y con este mismo objetivo, hay otra modificación importante. En el CP de 1995 se sustituye el término «parte» por «persona» puesto que «parte» alude a aquel sujeto que interviene en un proceso ya iniciado, excluyendo así los actos que puede realizar un abogado como asesor, y no solo como defensor. En este Código de 1973, además, estos delitos se consideraron como prevaricación, mientras que actualmente son estimados de forma autónoma como delitos de deslealtad profesional.

1.3 Conclusiones.

El análisis de la evolución histórica del delito permite concluir que antes del Código de 1870 no se habían sistematizado correctamente estos delitos en un Capítulo adecuado; no se contemplaba como típica la modalidad imprudente; y tampoco se habían reputado típicas las labores de asesoramiento jurídico previas al proceso. A partir de 1870 se fue ampliando progresivamente el tipo delictivo, mejorando, como consecuencia, su delimitación. Ejemplo de ello sería que, hasta 1995, el Título que recogía los delitos que atentaban contra la Administración de Justicia era un título considerado «permanentemente abierto», como indicó QUINTERO OLIVARES²². La sistemática seguida en el CP actual me parece la más acertada, y la definición de los elementos del tipo es la más amplia y garantista que ha habido hasta ahora.

2. DERECHO COMPARADO.

Se analizan a continuación los tipos de los artículos 467.1 y 467.2 confrontándolos con los Códigos Penales vigentes alemán, italiano y portugués. Elemento común de nuestra legislación patria y de las que se van a estudiar son la preocupación por la protección del correcto desarrollo de la

¹⁹ «Será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas el Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión.»

²⁰ «El Abogado o Procurador que, habiendo llegado a tomar la defensa o representación de una parte, defendiere o representare después, sin su consentimiento, a la contraria en el mismo negocio, o la aconsejare, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.»

²¹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, Marcial Pons, Madrid, 1999 p.211.

²² QUINTERO OLIVARES, G: «Los delitos contra la Administración de Justicia» en *El proyecto de Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1980. p. 191.

función jurisdiccional y el aseguramiento de la confianza en la que se sustenta la relación de un abogado o procurador con su cliente.

2.1 Alemania.

El Strafgesetzbuch, o StGB, agrupa las conductas objeto de estudio en un mismo precepto: el artículo 356²³. El StGB contiene una estructura interna que distribuye su contenido en Secciones, no en Títulos, lo que impide organizar el contenido de la ley penal en atención a un mismo bien jurídico protegido. El bien que se protege con este tipo delictivo, según la doctrina germana, es el correcto funcionamiento de la Institución de la Abogacía, así como también la adecuada oferta de una asistencia legal por parte de la propia Abogacía. Ello se deduce por la ubicación del precepto en la Sección Trigésima titulada «Delitos en el cargo».

En el párrafo primero del artículo se penaliza la actuación del abogado que sirve a las dos partes enfrentadas en un caso. Ello sin hacer ninguna mención acerca del dolo, la posible intervención de terceros, el ánimo de lucro o aprovechamiento, etc. Se puede afirmar entonces que la tipificación de la doble representación o defensa es menos precisa en el StGB que en el CP español vigente.

En el segundo párrafo del artículo 356 se tipifica la conducta del abogado que actúa, por medio de un acuerdo con la parte contraria, para perjudicar a su propio cliente. Por ello, aquí es necesaria la voluntad de perjuicio. De hecho, basta esa voluntad para que se den los elementos del tipo, sin necesidad de que haya un efectivo resultado de daño.

2.2 Italia.

En el Código italiano vigente se regula la deslealtad profesional en los artículos 380 y 381²⁴. Estos dos preceptos se encuentran ubicados en el Título III «De los Delitos contra la Administración

²³ Artículo 356 StGB: «(1) Un abogado u otro asesor jurídico, que sirva antijurídicamente a ambas partes por medio de consejo o apoyo en el mismo asunto jurídico que se le ha encomendado en tal calidad, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. (2) Si el mismo actúa en connivencia con la contraparte en detrimento de su parte, entonces se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta cinco años». La traducción es de la autora.

²⁴ Codice Penale (http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_59.pdf) «Art. 380 Patrocinio o consulenza infedele Il patrocinatore o il consulente tecnico, che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinnanzi all'Autorita' giudiziaria, e' punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a lire un milione. Art. 381 Altre infedelta' del patrocinatore o del consulente tecnico Il patrocinatore o il consulente tecnico, che, in un procedimento dinnanzi all'Autorita' giudiziaria, presta contemporaneamente, anche per interposta persona, il suo patrocinio o la sua consulenza a favore di parti contrarie, e' punito, qualora il fatto non costituisca un piu' grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila. La pena e' della reclusione fino a un anno e della multa da lire centomila a un milione, se il patrocinatore o il consulente, dopo aver difeso, assistito o rappresentato una parte, assume, senza il consenso di questa, nello stesso procedimento, il patrocinio o la consulenza della parte avversaria»

de Justicia», apreciándose de esta forma una simetría con el Código Penal español. La doctrina italiana entiende que el bien jurídicamente protegido de los artículos 380 y 381 es la propia Administración de Justicia, en un sentido más amplio que el que concibe la doctrina española, como un entramado orgánico, con su propia dignidad y prestigio, que hay que proteger²⁵.

El artículo 380, hace referencia a la infidelidad del abogado o consultor técnico con respecto a sus deberes profesionales, que lesiona en su actuación los intereses de su cliente. Como el hecho punible es la infracción del deber profesional, se puede deducir que el consentimiento no excluye la tipicidad. El código italiano prevé aquí también, una serie de agravantes que elevan la pena para este delito.

Por otro lado, el artículo 381, tipifica la doble defensa o representación, castigando al abogado o consultor técnico que preste patrocinio o consejo a quien tenga intereses contrarios a su cliente, aun cuando este comportamiento sea indirecto (por medio de terceros).

2.3 Portugal.

En el código penal portugués la deslealtad profesional se regula en el artículo 370²⁶ (en un mismo precepto, igual que Alemania). Se encuentra ubicado en el Título V, «De los crímenes contra el Estado», en el Capítulo III «De los crímenes contra la realización de la Justicia». Se puede apreciar una diferencia con respecto a la regulación del CP español, en tanto que el derecho portugués considera que esta conducta perjudica al Estado en su conjunto, y no a la Administración de Justicia en particular.

El primer párrafo del artículo 370 castiga al abogado o procurador que perjudica un caso. No se hacen mayores especificaciones respecto de los requisitos para poder perseguir esta conducta. El segundo párrafo del 370 castiga al abogado o procurador que, en un mismo caso, defiende o representa a las personas cuyos intereses están en conflicto, con el ánimo de beneficiarse o perjudicar a otros.

²⁵ ANTOLISEI, F. *Manuale Di Diritto Penale. Parte Speciale, II*. Giuffrè. 12ª edizione, 1997, pg. 483, estima que «además de ser un delito contra la Administración de justicia, se protege la dignidad y la seriedad forense».

²⁶ Código Penal Portugués Artigo 370.o «Prevaricação de advogado ou de solicitador: 1 - O advogado ou solicitador que intencionalmente prejudicar causa entregue ao seu patrocínio é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. 2 - Em igual pena incorre o advogado ou solicitador que, na mesma causa, advogar ou exercer solicitadoria relativamente a pessoas cujos interesses estejam em conflito, com intenção de actuar em benefício ou em prejuízo de alguma delas». (<http://www.codigopenal.pt/>)

2.4 Tabla comparativa y conclusiones.

ESPAÑA: <u>467.1 Y 467.2</u>	ITALIA: <u>380 y 381</u>	ALEMANIA: <u>356</u>	PORTUGAL: <u>370</u>
Sujeto activo: Abogado Procurador	Abogado Consultor técnico	Abogado Asesor legal	Abogado Procurador
467.1 Defienda o represente	381 Preste patrocinio o consejo	356 primer párrafo Prestándoles asesoramiento o asistencia	370 segundo párrafo Defienda o actúe como procurador
A quien tenga intereses contrarios	En favor de contrarios	Sirva a ambas partes	En relación con personas cuyos intereses están en conflicto
Habiendo asesorado o tomado defensa	Simultáneamente		En un mismo caso
Sin consentimiento	Por medio de un tercero		Con la intención de beneficiarse o perjudicar a los otros
	AGRAVANTE: si asume la abogacía de la parte contraria		
Consecuencia jurídica: - Multa pecuniaria - Inhabilitación para su profesión	- Prisión Multa pecuniaria	- Prisión	- Prisión Multa pecuniaria
<u>467.2</u> Por acción u omisión	<u>380</u> Sea infiel a sus deberes profesionales	<u>356 segundo párrafo</u> Actúa de acuerdo con la parte contraria	<u>370 primer párrafo</u>
Perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados	lesione los intereses de su parte defendida, asistida o representada ante la Autoridad judicial o Corte Penal	En perjuicio de su parte	Perjudique un caso en relación con su patrocinio
	AGRAVANTES: <ul style="list-style-type: none"> • en conveniencia con el contrario • en perjuicio de un imputado • el hecho se comete en perjuicio de una persona acusada de un delito por el cual la ley impone la pena de muerte o, cadena perpetua o prisión de más de cinco años 		

ESPAÑA <u>467.2</u>	ITALIA: <u>380</u>	ALEMANIA: <u>356</u> <u>segundo párrafo</u>	PORTUGAL: <u>370</u> <u>primer párrafo</u>
¿Modalidad imprudente? Sí	No	No	No
Consecuencia jurídica: - Multa pecuniaria - Inhabilitación para cargo público	- Prisión Multa pecuniaria	- Prisión	- Prisión Multa pecuniaria
Fases del proceso a las que afecta pre-procesal (asesoría) durante el proceso (defensa o representación)	Pre-procesal (asesoría) - durante el proceso (defensa o representación)	Pre-procesal (asesoría) durante el proceso (defensa o representación)	- Durante el proceso (defensa o representación)

Expuestas las características de las regulaciones italiana, alemana y portuguesa, se puede apreciar una clara distinción con respecto al derecho español: en los ordenamientos de nuestro entorno se da especial importancia a la relación del abogado con el cliente, y no tanto la garantía del adecuado funcionamiento de la Administración de Justicia, como sucede en el caso español.

El legislador español ha hecho un gran trabajo en la punición de este delito, puesto que ha delimitado, con mayor acierto que otros Estados, las conductas típicas del delito de deslealtad profesional, previendo incluso la modalidad imprudente, siendo esta última una característica exclusiva del ordenamiento jurídico español.

Y, por último, otra diferencia relevante es la atinente a las consecuencias jurídicas: el ordenamiento jurídico español es el único que no prevé la pena de prisión para este tipo de delitos, a diferencia de los otros códigos estudiados.

II. ILÍCITO PENAL FRENTE A ILÍCITO DISCIPLINARIO.

1. ÁMBITO DISCIPLINARIO.

El ámbito disciplinario de la actuación estos profesionales queda definido por los códigos deontológicos y por los estatutos generales²⁷, elaborados por los Colegios profesionales. Los Colegios profesionales se constitucionalizan en el artículo 36 CE, y su regulación aparece actualmente en la *Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Su misión es regular y vigilar el desempeño del trabajo de los miembros de una determinada profesión. Dada la importancia de estas corporaciones, se justifica la necesidad de que una ley los regule: la Ley 2/1974, reguladora de los Colegios Profesionales²⁸. En su artículo 5 se mencionan, entre otras, funciones como la disciplinaria y sancionadora, en el apartado i) ²⁹.

Esta potestad sancionadora administrativa participa de la misma naturaleza represiva que tiene la penal, por lo que son trasladables, con matices, los principios del derecho penal y sus exigencias al derecho administrativo, tal y como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 18/1981 o la STC 58/1989, que desarrolló la anterior. Estos principios han sido enumerados en diversas ocasiones por la doctrina³⁰.

2. DIFERENCIA ENTRE INFRACCIÓN PENAL E INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su artículo 546, establece que tanto abogado como procurador están sujetos a responsabilidad civil, penal y disciplinaria cuando actúen en el ejercicio de su profesión.

²⁷ *Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.*

También es importante ordenar los requisitos a través de los cuales las personas acceden al ejercicio de tales profesiones. Dicha regulación se lleva a cabo a través de la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales*.

²⁸ Dicha ley establece que quien ostente la titulación exigible y reúna los requisitos necesarios para ejercer una profesión, deberá ser admitido en el Colegio correspondiente. Es más, esta condición resulta requisito indispensable para poder ejercer la profesión en cuestión.

²⁹ Art. 5 i) Ley 2/ 1974: «Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial».

³⁰ Vid. STSJ AND 11493/2018 de 2 de julio. El tribunal afirma que «el principio de proporcionalidad, que tiene su origen en el Derecho Penal, tiene su traslación al ámbito administrativo sancionador y al más específico del régimen disciplinario, sin perjuicio de las modulaciones que el ordenamiento jurídico establece».

Se pueden distinguir dos tipos de ámbitos en los que se puede exigir esta responsabilidad. En primer lugar, ante Juzgados y Tribunales se aplicarán la LOPJ y las leyes procesales, dado que los jueces tienen la potestad de corregir la actuación de abogados y procuradores en base a la facultad de policía de estrado; y, en segundo lugar, la responsabilidad disciplinaria de abogado y procurador por su conducta profesional es competencia de los Colegios correspondientes (artículo 120³¹ del Estatuto General de la Abogacía (EGA), artículo 60 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (EGPE)).

Concretamente la responsabilidad penal queda consagrada, en el caso de los procuradores, en el artículo 57 del EGP. En el caso de los abogados, el nuevo EGA no contempla expresamente la sujeción a dicha responsabilidad, pero ello no supone exclusión alguna para que, en el caso de cometer un delito, o en el caso de que tengan que hacer frente a reclamaciones por responsabilidad civil derivada de la infracción penal, no se les exija tal responsabilidad.

Se castigan por tanto las conductas que pueden cometer tanto abogados como procuradores en la vía disciplinaria y en la penal. Esto puede hacer que nos cuestionemos la legalidad de dicha doble sanción, desde el punto de vista del artículo 25.1 de la CE. La jurisprudencia constitucional y ordinaria ha entendido que hay una necesidad de reserva de ley relativizada en el ámbito de las relaciones de sujeción especial³² (tal sería el caso de los abogados integrados en Colegios Profesionales, ya que en palabras del TC «la ley que ha delegado a estas corporaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria en materias profesionales»)³³.

Para diferenciar los dos ámbitos, se entiende que se dará un ilícito penal cuando se altere o distorsione el correcto funcionamiento del proceso, afectando a los derechos y a las garantías de este. En cambio, será una infracción disciplinaria aquella en la que no se altera el funcionamiento del proceso, sino que sólo se ven afectados los intereses del cliente.

³¹ Art. 120.1 EGA: . «La potestad disciplinaria sobre los profesionales de la Abogacía y las sociedades profesionales se ejercerá por los Colegios de la Abogacía en cuyo ámbito territorial se haya cometido la infracción, con arreglo a las previsiones de sus respectivos Estatutos.»

³² En el caso concreto del ámbito de la Abogacía y la Procura, sentencias como la STC 188/2005 o el Auto 141/2004, ofrecen la misma solución.

³³ BAENA DEL ALCÁZAR, *La potestad disciplinaria de los Colegios profesionales* , Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2001, pgs 177-80.

3. *NON BIS IN IDEM*.

El principio del *non bis in idem* es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, derivado del principio de legalidad. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido concretando, a partir de la interpretación del artículo 25 CE, el veto de una sanción simultánea de conductas con relevancia penal y administrativa. La doctrina del TC ha entendido así que las autoridades administrativas no pueden sancionar unos hechos que ya hayan sido perseguidos por la vía penal, salvo excepciones.

Para que se dé una vulneración de este principio, deben concurrir dos requisitos: identidad de sujeto, hecho y fundamento jurídico; y ausencia de relación de sujeción especial entre el sujeto infractor y la Administración pública.

Por tanto, ante el castigo penal y disciplinario a un mismo sujeto por los mismos hechos, en principio resulta admisible alegar el *non bis in idem*. Sin embargo, una relación de especial sujeción puede hacer que este principio no sea de aplicación.

Las relaciones de especial sujeción son relaciones jurídicas peculiares donde se ven impuestos en mayor medida determinados deberes y restricciones de derechos³⁴. Según la doctrina del TC, en sí, la mera existencia de una relación de especial sujeción no sería suficiente argumento para entender que se puede vulnerar el principio del *non bis in idem*. Para que una sanción disciplinaria que se deriva de unos hechos (ya sancionados penalmente) sea posible, es necesario que el interés protegido con tales sanciones sea distinto uno de otro³⁵.

Nos ocupa plantearnos si resultaría compatible imponer una sanción disciplinaria y una sanción penal por los mismos hechos. La respuesta viene dada por el TC, en la sentencia 188/2005, de 7 de julio, y en el auto 141/2004, de 26 de abril³⁶. Por un lado, hay que distinguir entre el procedimiento penal y el procedimiento administrativo. El primero de ellos, se basa en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; mientras que la sanción impuesta por los Colegios es una sanción disciplinaria, en el seno de una relación de especial sujeción. El TC disocia el fundamento de ambas sanciones, y con esta base, explica que no es posible apreciar duplicidad de sanciones por los mismos hechos, la cual solamente se puede dar si hay identidad de fundamento.

³⁴Vid STC 219/1989, de 21 de diciembre, se reconoce como relación de sujeción especial la de los miembros de un Colegio profesional con el propio Colegio.

³⁵Vid STC 234/1991, de 19 de diciembre, y STC 188/2005, de 7 de julio.

³⁶Vid, Sección Tercera. Auto 141/2004, de 26 de abril de 2004. Recurso de amparo 6560-2002. En esta caso, el acusado recurrió en amparo ante el TC por considerar que se había vulnerado su derecho a no ser condenado dos veces por los mismos hechos. El acusado, abogado de profesión, fue contenido por un delito de apropiación indebida, y sancionado a su vez por el Colegio de Abogados de Barcelona. Consideró que no era posible que se le sancionara dos veces por los mismos hechos, al ir ello en contra del principio *non bis in idem*.

Por lo tanto, parece evidente que en los supuestos en los que se comete el delito 467.1 y 467.2 en su modalidad dolosa, los bienes jurídicamente protegidos van a ser diferentes respecto de las sanciones disciplinarias: el bien jurídicamente protegido en la tipificación penal es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, frente a la protección de la ética profesional que se persigue con los códigos éticos y estatutos de ambas profesiones.

En los delitos dolosos es sencillo apreciar esa distinción de reproches que permite infringir el *non bis in idem* en los casos de relaciones de sujeción especial. Pero definir el bien jurídicamente protegido en los delitos de deslealtad profesional en su modalidad imprudente es más complejo. De igual manera, la imprudencia del tipo del 467.2 CP se basa en el descuido o el desconocimiento graves del abogado o procurador de las prácticas habituales de la profesión. Es decir, el bien protegido en esta imprudencia no se asocia, al menos exclusivamente, con la protección del correcto desarrollo del proceso y de garantizar una tutela judicial efectiva, sino que pretende proteger la correcta ejecución de la labor profesional.

En base a la prevalencia del orden penal, afirmada por el TC en su sentencia 2/2003, de 16 de enero, considero que en el caso de condena a un abogado o procurador por un delito de deslealtad del artículo 467.2 en su modalidad imprudente, habría identidad de fundamento jurídico respecto de la sanción disciplinaria por lo que se estaría vulnerando el *non bis in idem* caso de condena a un abogado o a un procurador en este supuesto.

4. DESCUENTO DE SANCIONES.

BOLDOVA PASAMAR afirma que «la sanción administrativa previa a la penal no produce el efecto de cosa-juzgada, y, en consecuencia, no cierra el paso a la depuración de la responsabilidad penal, aun cuando aquella se deba dejar sin efecto o, en caso de haberse ejecutado, se deba proceder a compensar los efectos jurídicos de la primera sanción con los efectos jurídicos que corresponden a las penas con el objeto de evitar una sanción doble o reduplicada»³⁷. Siendo posible imponer sanciones en la vía penal y administrativa, habría que proceder al descuento de sanciones. El descuento suele ser una práctica común de los Tribunales del orden penal, para poder cumplir el principio del *non bis in idem*. Consiste en la reducción de una sanción en base a otra sanción impuesta previamente, evitando así infringir el principio de proporcionalidad. La STC 2/2003, de 16 de enero,

³⁷ BOLDOVA PASARAR, M.A. «Capítulo 2, la función del Derecho penal» en *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición. Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (Coord), 2ª ed, Comares, S.L., Granada, 2016. p. 43.

permite que una conducta sea sancionada dos veces, aclarando en la citada sentencia que, en los casos de multa, la administrativa se vea reducida.

En este sentido, resulta importante recordar el principio de proporcionalidad en la sanción³⁸. La compensación es la solución que aporta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para lograr una mayor proporcionalidad del castigo y que el reproche de la conducta sea el adecuado, para así no impedir que haya una doble sanción en los casos en los que se aprecie el efecto de cosa juzgada³⁹.

5. CONCLUSIONES.

Si se extrapolan las conclusiones del TC, en los casos de doble sanción penal y disciplinaria en los delitos de deslealtad profesional, se puede afirmar la compatibilidad de una condena penal por la comisión del tipo doloso de los artículos 467.1 o 467.2, con una condena disciplinaria. Como los delitos de deslealtad profesional protegen el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, y las sanciones disciplinarias pretenden asegurar un ejercicio ético de la profesión de la Abogacía y la Procura, al tratarse de dos fundamentos diferentes, las sanciones serán compatibles, siendo además que se derivan de una relación de especial sujeción.

En los casos del delito imprudente, hemos de detenernos a considerar si efectivamente hay un mismo fundamento o no. En mi opinión, cabe entender la identidad de fundamentos jurídicos, y no podrá perseguirse la conducta por las dos vías.

Por último, si efectivamente recae sobre el abogado o procurador una doble sanción penal y administrativa, se puede afirmar que habría que proceder al descuento de sanciones, para evitar que la sanción global que finalmente recaiga sobre el sujeto activo sea desproporcionada.

³⁸ El Tribunal Constitucional ha aplicado el criterio de proporcionalidad en las sentencias 177/1999, de 11 de octubre y 2/2003, de 16 de enero, para compensar sanciones en vía administrativa, tal y como explica CUBERO MARCOS, J. I. «Las aporías del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador» en *Revista de Administración Pública*, [revista electrónica] 207, 2018, p. 260 [consultado el 19 de marzo de 2022] Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.09>

³⁹ CUBERO MARCOS, J. I. «Las aporías...» op.cit. p.260. El autor menciona aquí la obra de G.Di Federico (2011), «EU Competition Law and the Principle of *ne bis in idem*» en *European Public Law*, 2, 2011, pág 247. También se podrían mencionar diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la dictada en el asunto como el C-17/10.

III. ANÁLISIS DE LOS TIPOS DE DESLEALTAD PROFESIONAL DE LOS ARTÍCULOS 467.1 Y 467.2 DEL CP.

1. ELEMENTOS COMUNES A AMBOS TIPOS DELICTIVOS.

1.1 Bien jurídico protegido.

El bien jurídicamente protegido con estos delitos es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia (tal y como se puede deducir de su ubicación sistemática en el Título XX del CP⁴⁰). Sin embargo, a mi juicio no sería correcto limitar la investigación del bien jurídico protegido al indicado objeto. Muchos autores opinan que con estos delitos se vulneran otros bienes jurídicos. Concretamente, se podría estar vulnerando el derecho fundamental del artículo 24 CE, que garantiza la tutela judicial efectiva, y otros derechos fundamentales en relación con el proceso judicial⁴¹. La relación que puede haber entre la protección del correcto funcionamiento del proceso y la vulneración del artículo 24 CE podría ser, según VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, que se estaría privando al cliente de una defensa real. Es irrelevante que el proceso se desarrolle cumpliendo con la legalidad, ya que, si el abogado o procurador incumple sus obligaciones, está perjudicando al cliente y su derecho de defensa.

En cuanto a la posibilidad de entender que también se protegen los intereses del cliente, esta se relaciona con la dicotomía entre la relevancia individual o supraindividual de las conductas reguladas en los dos artículos⁴². No podemos olvidar que en un proceso judicial también se encuentran implicados los intereses de los particulares, tanto en su relación con el profesional, como en su relación con el Estado. Por eso, a mi juicio, el bien jurídico protegido en los tipos del artículo 467 es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en cuanto al normal desarrollo de la función de juzgar, la cual se verá siempre afectada, también en los casos del artículo del art. 467. 2 en relación con el cliente, incluso en supuestos de actuaciones extrajudiciales, en tanto las mismas puedan determinar el error en el juzgador en el momento de determinar la verdad o aplicar la norma jurídica concreta. Por esta razón deberían quedar fuera del ámbito penal y relegadas al civil, las actuaciones de perjuicio de los profesionales que no se den dentro del proceso o que, dándose fuera, carezcan de repercusión directa sobre el proceso (en trámite o posterior necesario).

⁴⁰ TÍTULO XX del Código Penal «Delitos contra la Administración de Justicia»

⁴¹ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. «Notas sobre la deslealtad profesional de los abogados en el Código Penal de 1995» en *Revista Xurídica Galega* [revista electrónica] n.27, 2000 [consultado el 22 de marzo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/3004919>.

⁴² VÁZQUEZ-PORTOMEÑE defiende la opinión de que ambos intereses conviven en el artículo 467, condicionándose respectivamente y dándole su contenido de desvalor propio, en «Notas sobre la deslealtad profesional de los abogados en el Código Penal de 1995.» op.cit.

1.2 Delito especial y autoría.

La intervención de abogados y procuradores en un proceso judicial resulta una exigencia fundamental para que los ciudadanos puedan acceder a la jurisdicción, como se deduce de los artículos 23 y 31 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El delito de deslealtad profesional es un delito especial propio, ya que tal infracción penal sólo puede ser cometida por persona que ostente la cualificación de abogado y procurador. Para ser sujeto activo de este delito será necesaria la aceptación del encargo o encomienda en cuestión. Otro requisito indispensable para ser sujeto activo sería la Colegiación obligatoria, según el artículo 544.2 de la LOPJ⁴³. Esta exigencia encuentra su sentido con relación a la consecuencia jurídica que se impone, dado que, si no, la inhabilitación quedaría sin sentido.

Cuestión distinta sería la de plantearse qué sucede cuando un abogado está inscrito en un Colegio distinto al correspondiente al partido judicial donde comete el delito, un debate que se había venido suscitando en la doctrina y que encontraba su sentido en la antigua redacción del EGA año 2001⁴⁴. Tradicionalmente, se discutía si un abogado que no estuviera inscrito en un Colegio concreto incurría en un delito de deslealtad, por no cumplir con los elementos del tipo. En la actualidad este dilema no se presenta. Considero que, dado que el artículo 12.2 del nuevo EGA⁴⁵ establece que un abogado colegiado no necesita contar con autorización expresa para actuar fuera del territorio donde se encuentre el Colegio al que estuviera adscrito, no habría problema para cometer este tipo delictivo en otra circunscripción territorial diferente a la que correspondiera según el Colegio sin ser necesaria en este caso habilitación recíproca.

Para el caso del procurador tampoco debería exigirse que mantuviera un despacho abierto en la sede judicial de actuación, con independencia de dónde se encuentre el Colegio de pertenencia, limitándose en todo caso la relevancia típica a la representación del cliente en los tribunales.

⁴³ Artículo 544.2 LOPJ: «La colegiación de los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales será obligatoria para actuar ante los Juzgados y Tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral.». La Colegiación aparece consagrada como obligación para el ejercicio de estas profesiones en el artículo 7 «el título oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de la Abogacía y la incorporación al Colegio del domicilio profesional, único o principal, serán requisitos imprescindibles para el ejercicio de la Abogacía». También en el artículo Art. 10 EGPE.

⁴⁴ En el anterior EGA, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, sí que era un requisito para ejercer la abogacía el estar inscrito en el Colegio concreto del lugar donde se iba a ejercer la abogacía. Sin embargo, con la reforma de 2021, este requisito se ha suprimido, y ya no hay trabas para que un abogado pueda ejercer su profesión en todo el territorio nacional, sin necesidad de contar con una habilitación expresa.

⁴⁵ Artículo 12.2 Estatuto General de la Abogacía: «Para actuar profesionalmente en el ámbito territorial de cualquier Colegio distinto de aquel al que estuviere incorporado, no podrá exigirse al profesional de la Abogacía habilitación alguna, ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de aquellas que también se exijan a los propios colegiados por la prestación de servicios de que sean beneficiarios y que no se encuentren cubiertos por la cuota colegial.»

Otra cuestión que merece ser analizada respecto a la condición de abogado sería si los letrados de las distintas Administraciones Públicas⁴⁶ pueden ser sujetos activos de este delito. La respuesta sería negativa, aunque, dependiendo del encargo material de dichos letrados, su tipo de nombramiento y necesidad de colegiación, podrían ser considerados sujetos activos o no. Nos hallamos, pues, ante una laguna de punibilidad.

Por último, sería conveniente analizar la cuestión de la coautoría y la participación en este tipo delictivo. En un primer caso, podríamos plantearnos el supuesto de que un abogado y un procurador delinquieran puestos de común acuerdo. En este caso, y como resuelve BENÍTEZ ORTÚZAR, no podríamos estar en un supuesto de coautoría porque estarían cometiéndose dos autorías distintas de dos delitos distintos.

En cuanto a la participación de terceras personas, se deberán aplicar las reglas del Derecho Penal parte general, sin haber problemas a la hora de admitir la inducción y la cooperación de terceros. En este sentido, cuando un abogado hubiera asesorado a un cliente, y luego, utiliza a otro abogado distinto para que defendiera a la parte contraria, y con ello, facilitara el perjuicio en los intereses del cliente, este segundo abogado sería considerado como un instrumento del primero. Además, su conducta sería impune, en tanto en cuanto no tendría conocimiento de que estaba cometiendo el tipo delictivo y por no ostentar la condición cualificada de haber defendido o asesorado previamente a la parte contraria. Únicamente «el abogado de atrás» podría calificarse como sujeto implicado en el delito. Esta situación no podría darse finalmente, puesto que el principio de accesoriedad, clave en la participación de los delitos, hace que, si la conducta no es siquiera antijurídica -por no ostentar el instrumento la cualidad requerida por el tipo-, el primer abogado no puede ser partícipe de una

⁴⁶ Artículo 551 LOPJ: «1. La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y disposiciones de desarrollo.

La representación y defensa de las entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades de naturaleza pública, que conforme a la ley integran la Administración de la Seguridad Social, sin incluir, en consecuencia, la de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, corresponderá a los Letrados de la Administración de la Seguridad Social, integrados en el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, tales funciones puedan ser encomendadas a Abogado colegiado especialmente designado al efecto.

2. La representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas corresponderá a los Letrados de las Cortes Generales integrados en las secretarías generales respectivas.

3. La representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales corresponderán a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen abogado colegiado que les represente y defienda. Los Abogados del Estado podrán representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y su normativa de desarrollo.»

conducta que no es antijurídica. Nos encontramos ante una nueva laguna de punibilidad que sólo podría ser resuelta de forma segura mediante la introducción en el tipo de la responsabilidad como partícipe en estos casos (abogado interpuesto).

Un ejemplo de supuesto de participación y autoría mediata sería el caso de un procurador que omite imprudentemente informar al abogado acerca de un plazo para presentar alegaciones que hubieran prosperado. El procurador, en este caso, es quien tiene una posición de garante específica con respecto al cliente que representa, y estaría obligado a informar al abogado acerca de todos los plazos. Esa omisión de informar al abogado hace que no actúe en consecuencia, y en lugar de ser considerado el abogado como responsable, dado que actúa por error, realiza una conducta impune. En lugar de ello, se exige la responsabilidad del procurador.

1.3 Causas de justificación.

Dentro de las causas de justificación que prevé el ordenamiento jurídico español recogidas en el artículo 20 del CP, la doctrina ha entendido que la única que se podría aplicar a este supuesto es la de colisión de deberes, pero estimo que no podría aplicarse el art. 20.7 CP porque la infracción del deber profesional es el presupuesto del delito en este caso, ya que la propia conducta de deslealtad es en sí infringir un deber profesional. Resultaría también inoperativa la eximente de legítima defensa dada la redacción y requisitos del artículo 20.4 CP; y la de estado de necesidad tampoco tendría fácil aplicación. En cuanto la conducta típica la constituye el perjuicio de los intereses del cliente y la conducta realizada por el profesional no sería desleal si buscara, por ejemplo, la absolución del cliente mediante, por ejemplo, la falsificación de una prueba; pero, esencialmente, porque debe prevalecer el respeto del bien jurídico protegido que es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Únicamente el consentimiento expreso y previo a la conducta de doble defensa o representación sería causa de atipicidad, que excluiría directamente la antijuridicidad de la conducta, siempre y cuando sea previo a la segunda defensa o representación.

2. ARTÍCULO 467.1 CP.

El delito contemplado en el artículo 467.1, el delito de doble defensa o doble representación es un delito de mera actividad. Los delitos de mera actividad no exigen de la producción de un efecto exterior, de un resultado concreto. Es suficiente para su consumación la realización de la conducta que aparece prohibida, sin precisarse un resultado dañino⁴⁷.

2.1 Conducta típica.

El artículo 467.1 dice que «*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...*». La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca 364/2020 de 1 de septiembre, describe los distintos elementos que tienen que darse en el tipo de lo injusto para que podamos considerar que una conducta es susceptible de encuadrarse en el artículo 467.1⁴⁸.

Incluye dentro de la tipificación, además de la doble defensa o representación, el asesoramiento (no un contacto informal). El asesoramiento típico debe, por tanto, demostrar un conocimiento efectivo y real del asunto⁴⁹. Desde el punto de vista de la Abogacía, este profesional será el único que pueda desempeñar la labor de asesoramiento en la comisión de este tipo delictivo. Y el término «defensa» se entiende por parte de la doctrina en un sentido amplio, abarcando así las etapas extra-procesales. Nos encontraríamos ante el supuesto típico de un abogado que asesora o defiende a un primer cliente, y después, defiende a la parte contraria, que será el segundo cliente. Así, si un abogado asesora al primer cliente y después, presta ese mismo asesoramiento al segundo, no estaría cometiendo un delito sino meramente una infracción disciplinaria. El doble asesoramiento extraprocesal queda totalmente fuera del tipo delictivo, la consumación de este precepto exige que haya un proceso judicial. Sin embargo, no todos los supuestos de doble defensa van a quedar incluidos dentro de este tipo delictivo.⁵⁰

⁴⁷ MAGALDI DI PATERNOSTRO, M.J. *La prevaricación de abogado y procurador* (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código penal), Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, N°4, 1994. p. 103 y ss.

⁴⁸ Vid SAP Salamanca 364/2020 de 1 de septiembre.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F en *Derecho penal parte especial*. op.cit. p. 809.

⁵⁰ En la STS 91/2016, de 17 de febrero, el Tribunal determinó un supuesto en el que la doble defensa no fue considerada como una conducta de deslealtad profesional. En dicha sentencia, un abogado actuó defendiéndose a sí mismo, y posteriormente aceptando la defensa de la parte contrapuesta (contando, como es evidente, con el consentimiento del primer cliente, que era él mismo). El Tribunal entendió que, dado que la redacción del precepto alude a la expresión «sin consentimiento de éste», al otorgar él mismo su consentimiento, la conducta resultó atípica. Como se verá más adelante, el consentimiento (o mejor precisado, su ausencia) será determinante a la hora de tipificar la conducta como del artículo 467.1.

En el caso del procurador la única posibilidad de realizar el supuesto de hecho sería que, en un mismo proceso, ostentara la representación de las partes contrapuestas, llevando efectivos actos de representación. No basta solamente con figurar como procurador, según GARCÍA PLANAS⁵¹, porque es habitual en la práctica jurídica que se otorgue a varios procuradores la representación, y puede darse el caso de que a un mismo procurador le corresponda el poder de ambas partes, aunque solamente actúe en representación efectiva de una sola. Es preciso que el procurador ejerza efectivamente la postulación procesal.

En el supuesto de que un abogado defienda a una parte y, de forma indirecta, influya en el abogado de la parte contraria, nos encontraríamos ante el supuesto de autoría mediata⁵². El haber asesorado a la otra parte constituye una fase pre-procesal, lo cual incluye el asesoramiento en el tipo del delito.

Tampoco se podría admitir que un sujeto actúe como abogado de una parte y procurador para la otra. En este caso, la doctrina entiende que sí que estaríamos cometiendo el tipo delictivo, aunque, en mi opinión, una lectura literal del precepto en cuestión no parece admitir tal punición, por lo que debería ser la jurisprudencia quien, interpretando en sentido amplio el artículo, consintiera en la represión de este supuesto. BENÍTEZ ORTÚZAR sería uno de estos autores, quien considera que en este supuesto se da una conducta mixta, donde un graduado en Derecho se colegia primero como abogado para después colegiarse como procurador. Si en ese periodo intermedio entre colegiaciones asume la representación de la parte contraria a quien había defendido, se estaría dando el tipo del 467.1 CP⁵³.

2.2 El consentimiento .

El consentimiento permitiría excluir la antijuridicidad de este tipo delictivo. Para que pueda ser considerado como válido debe ser previo a la aceptación por parte del abogado o procurador de la nueva función, y debe ser expreso. Contar con el consentimiento del primer cliente es imprescindible, pero también se exige el consentimiento del segundo, ya que, como bien explica la Audiencia Provincial de Salamanca en la Sentencia 364/2020, ya citada, «si el primero permitiese esa defensa y el segundo desconociese que la está recibiendo de quien ostente ya una relación procesal con el contrario, reaparecería el hecho delictivo».

⁵¹ GARCÍA PLANAS, G: *Prevaricación de abogado y procurador*, *Anuario de Derecho penal y Ciencias-Penales*, op. Cit. p.49.

⁵² vid. STS de 11 mayo 1989 (RJ 1989,4953)

⁵³ BENÍTEZ ORTÚZAR, *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, op. cit. Pgs 219 y 220.

El consentimiento permitiría así que un abogado asesorase a un primer cliente, y que después, el segundo consintiera en que fuera aquel mismo su abogado, sabiendo de esta condición. Cuestión más difícil sería el caso contrario, donde se admite el asesoramiento del segundo cliente, pero sin consentimiento del primero. Aquí nos encontraríamos con un abogado que, llevando formalmente sus funciones con respecto de su cliente inicial, asesora en el mismo asunto a la parte contraria (aunque esto, en la práctica es difícil, puesto que la parte contraria deberá acudir ya con otro abogado o procurador).

En el caso del procurador, si el primer cliente consiente en que pase a representar al segundo cliente, la conducta no sería antijurídica⁵⁴.

Hay un sector doctrinal que opina que se debería llevar a cabo una reforma del CP de 1995, en el sentido de que el consentimiento debería resultar irrelevante para poder apreciar la existencia de delito, en la medida en que el bien jurídicamente protegido de los delitos de deslealtad, como es el 467.1 CP, es el funcionamiento adecuado del proceso, el cual se ve dañado igualmente cuando un abogado o procurador actúan para las dos partes, independientemente de que cuente o no con la autorización de dichas partes.

2.3 Elemento subjetivo y error.

Para estudiar el elemento intencional que caracteriza el delito del 467.1 CP, es imprescindible tener en cuenta que no se exige voluntad concreta de causar daño, es decir, no hay modalidad imprudente. Esto es afirmado por una parte mayoritaria de la doctrina, pero hay algunos autores, como JIMÉNEZ SEGADO⁵⁵, que defienden que el ánimo de perjuicio al cliente es fundamental para entender que nos encontramos ante un delito de doble defensa, en tanto en cuanto si no hay un ánimo de perjudicar los intereses del cliente, o si no hay una contraposición de intereses, no se podría efectuar la doble defensa.

Como en el caso de los procuradores no es posible que asesoren con anterioridad, se excluye la modalidad imprudente, en un sentido práctico: es imposible que un procurador desconozca que está representando a un cliente ya representado en un asunto.

⁵⁴ Es interesante aquí diferenciar la situación de un procurador que comete actuaciones de deslealtad en relación con la prestación del consentimiento: a) si un procurador no cuenta con el consentimiento del primer cliente para representar al segundo, comete un delito del 467.1; y b) si cuenta con el consentimiento del primer cliente, pero no del segundo, estaría cometiendo un delito del 467.2, ya que esa omisión estaría perjudicando a los intereses del segundo cliente. Es una reflexión que incluye BENÍTEZ ORTÚZAR. en *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional* op.cit. p.208.

⁵⁵ JIMÉNEZ SEGADO, .en *La responsabilidad penal de los abogados, la intervención del Derecho penal en la profesión.*, Editorial Dykinson, Madrid 2017.

En cuanto al error en la tipificación, no parece probable que un abogado desconozca la prohibición ínsita en el artículo 467.1 CP, ya que es una exigencia natural ética presente en todas las normas deontológicas. Lo cual implica en la práctica que no se podrá alegar un error por parte del letrado. Realmente, apreciar un error de tipo en este tipo del 467.1 será muy difícil. Tal y como afirma GARCÍA PLANAS, «no debe apreciarse la creencia errónea de que se está actuando ilícitamente por un error de prohibición, en la medida en que tanto el abogado como el procurador son profesionales del derecho que no pueden desconocer de esa prohibición»⁵⁶.

2.4 *Iter criminis* y formas imperfectas de ejecución.

El delito del 467.1 CP, al ser un delito de mera actividad no exige un resultado concreto para su consumación⁵⁷. Bastaría con la realización ante el juez por parte del abogado o procurador del acto de defensa o representación de ambas partes. De producirse una lesión o puesta efectiva en peligro de algún bien jurídico individual, habría que resolver la situación en base a un concurso de delitos, como posteriormente se señala.

Para el caso del abogado, cuyo tipo abarca la defensa y el asesoramiento, el ofrecimiento de los servicios de defensa a un segundo cliente, con intereses contrapuestos al primero, podría suponer una condena en grado de tentativa, si finalmente no asesora u ostenta la defensa de ese segundo cliente⁵⁸. En contra del castigo de la tentativa en este caso se posicionó SERRANO PIEDECAS, partiendo de la consideración mayoritaria del delito de doble representación o defensa como de peligro abstracto para los intereses del cliente y que, si se produce un peligro objetivo para el bien jurídico, junto con el dolo, ello ya conforma el contenido de la antijuridicidad en los delitos de peligro y en la propia tentativa.

2.5 Circunstancias modificativas de la responsabilidad.

En este tipo delictivo, las que pueden darse con mayor frecuencia son las agravantes de precio, del artículo 22.3 del CP; y de abuso de confianza, del artículo 22.6 CP. Pero la doctrina del TS viene considerando que ambas están insertas en el propio tipo, por lo que no las aprecia.

⁵⁶ GARCÍA PLANAS, G; *Prevaricación de abogado y procurador*, *Anuario de Derecho penal y Ciencias-Penales* op.cit. p.50.

⁵⁷ J.J. QUERALT JIMÉNEZ, en *Derecho Penal Español, parte especial*, 1ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, P.1246

⁵⁸ PÉREZ CEPEDA, A.I. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000 p. 181.

3. ARTÍCULO 467.2 CP.

El delito de perjuicio en los intereses del cliente es un delito de resultado, que derivará de una actividad profesional inaceptable y dañina para el cliente, sea dolosa o imprudente. La prestación de los servicios de defensa o representación se hace con una falta a los derechos e intereses de quien contrata dichos servicios. Más concretamente, el resultado que ha de producirse para calificar la conducta como antijurídica debe ser un daño efectivo y real, que afecte al funcionamiento normal del proceso. Esta última nota es muy importante, puesto que el daño ha de producirse en el seno de una relación contractual y procesal entre el profesional y el cliente para que pueda tener relevancia penal. Así viene expresado en la Sentencia del TS de 10 de septiembre de 1992⁵⁹.

3.1 Conducta típica.

El artículo 467.2 dice «*El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados...*». En la Sentencia del Tribunal Supremo 7193/2009, de 20 de noviembre de 2009, se detallan los distintos elementos del tipo.

El primero de los elementos es una relación profesional entre el abogado o procurador y el cliente que ve perjudicados sus intereses, lo cual implica también que debe ser un abogado o procurador colegiado⁶⁰. En segundo lugar, debe haber una acción u omisión por parte del profesional en cuestión. En tercer lugar, se debe producir con esa acción u omisión un perjuicio en el cliente. La propia sentencia afirma que no es necesario que se produzca un daño material, y hay numerosa jurisprudencia al respecto⁶¹. Por último, el cuarto elemento necesario es un nexo causal entre la actuación del abogado y el perjuicio sufrido por el cliente.

El perjuicio que debe producirse en el cliente ha de ser efectivo y manifiesto⁶², no va a poder presumirse. Además, la actuación que causa el daño puede darse en cualquier momento. Es decir, es numerosa la opinión doctrinal que entiende que la actuación dañosa se debe entender en un sentido

⁵⁹ Vid STS RJ 7119/1992, de 10 de septiembre. También serviría en este punto la STS 7193/2009, de 20 de noviembre. En esta segunda Sentencia, un abogado fue condenado por un delito de perjuicio a los intereses de un cliente. El TS, en contra de lo que entendía el abogado, consideraba que seguía existiendo un vínculo profesional y un vínculo procesal, aun cuando el cliente había abandonado el caso. Y como consideraba que seguía existiendo dicha relación, el abogado fue condenado por su actuación.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 640/2016, de 24 de febrero, delimita perfectamente cuáles son los requisitos para entender que estamos ante un delito de deslealtad profesional.

⁶¹ vid STS 89/2000 de 1 de febrero, STS 1/1999 de 31 de mayo, o STS 87/2002 de 22 de mayo. Las referencias a dichas Sentencias se han extraído de un artículo escrito por TORRES ROMERO, P «El delito de deslealtad profesional del artículo 467 del Código Penal», en *El Blog del despacho González Torres Abogados*, publicado el día 29 de abril de 2011 [consultado el 10 abril de 2022], disponible en <http://gonzaleztorresabogados.blogspot.com/2011/04/el-delito-de-deslealtad-profesional-del.html>

⁶² PÉREZ CEPEDA, A.I. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores* op.cit. p. 187.

amplio, y abarcar funciones extraprocesales, ante instituciones públicas o privadas, por ejemplo, una omisión ante Hacienda⁶³.

La actuación dañina puede darse tanto por acción como por omisión. La modalidad usual en la práctica es la conducta omisiva. Por ejemplo, un supuesto en que un abogado tuviera una oportunidad de evitar un perjuicio para el cliente, y no lo evita. Esta actuación omisiva se relaciona con la «posición de garante» que ostentan abogado y procurador en su relación con el cliente, en tanto en cuanto son quienes deben salvaguardar los intereses del cliente en el proceso. En estas situaciones, el abogado o procurador comete un delito en base a la omisión de una conducta obligada (no se debe confundir, en su caso, con la comisión por omisión, dado que aquí no es posible que el resultado dañino se produzca por una acción equivalente a la omisión).

3.2 El perjuicio.

El perjuicio se constituye como elemento fundamental. PÉREZ CEPEDA define el perjuicio como «la pérdida concreta y real de un derecho o de una posición ventajosa en una determinada situación que tiene trascendencia en el proceso, y afecta, por tanto, al derecho en un proceso debido»⁶⁴. Y ha de ser un perjuicio que objetivamente se pueda atribuir a los profesionales en cuestión. El perjuicio suele ser patrimonial, pero la jurisprudencia también admite el lucro cesante, el daño emergente o incluso el perjuicio moral (vid STS 10 de septiembre de 1992). Ahora bien, lo que sí se requiere es que se produzca un perjuicio concreto, no puede ser abstracto.⁶⁵ Otro ejemplo que puede servir para comprender el concepto de perjuicio en esta tipología delictiva es la Sentencia del Tribunal Supremo 594/2020, de 20 de febrero⁶⁶.

Para que el perjuicio sea jurídicamente relevante, es necesario que se produzca en alguna de las fases del proceso. Por ejemplo, no interponer un recurso que hubiera prosperado fácilmente, o que la conducta del abogado o procurador haga que el fallo de la sentencia no sea todo lo favorable que objetivamente podría ser.

Por tanto, la determinación del perjuicio en el proceso es lo que distingue el delito de una infracción disciplinaria, la cual abarcaría los perjuicios en la relación exclusivamente privada, sin trascendencia procesal.

⁶³ PÉREZ CEPEDA, A.I. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores* op.cit. p. 189.

⁶⁴ PÉREZ CEPEDA, A.I. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores* op.cit. p. 192.

⁶⁵ También se puede apreciar en la Sentencia del Tribunal Supremo 640/2016, de 24 de febrero, en el Fundamento de Derecho Segundo.

⁶⁶ Vid. STS 594/2020, de 20 de febrero. En esta Sentencia el recurrente (el abogado) afirmaba que no había una pérdida patrimonial jurídica, tal como por ejemplo una preclusión o imposibilidad de ejercicio de acciones, y que por lo tanto no había elementos de juicio suficientes para condenarle por un delito de deslealtad. Sin embargo, el tribunal finalmente entendió que sí que había un claro perjuicio en el cliente, que perdió el dinero de unas cuentas que quedaron embargadas por el incumplimiento del encargo recibido por el abogado.

3.3 Elemento subjetivo y error.

A) *Modalidad dolosa.*

Un abogado o procurador actúa dolosamente en aquellos supuestos en los que se puede demostrar que dicho profesional tenía conocimiento del nexo causal entre su actuación y el daño en el cliente *ex ante*, y realizando dicha conducta igualmente. En este delito se castiga también la comisión con dolo eventual⁶⁷.

Para condenar a un profesional por el artículo 467.2 CP en su modalidad dolosa, basta la voluntad de perjudicar al cliente, siendo posible algún tipo de conveniencia o acuerdo con la parte contraria.

En cuanto al dolo eventual, incluye aquellas conductas en las que no hay un ánimo directo de dañar al cliente, pero en las que el abogado o procurador cuenta con que no necesariamente habría de producirse, pero toma a su cargo ese resultado eventual y lo asume, decidiendo seguir actuando.

B) *Modalidad imprudente.*

La imprudencia en este caso supone que el abogado o procurador no cumple con sus obligaciones profesionales, bien por desconocer las prácticas propias de su profesión de forma inexcusable, bien por ignorar esos mismos procedimientos técnicos, y no realizar el debido esfuerzo por aplicarlos.

La imprudencia tiene relevancia penal cuando es grave, por lo que es preciso determinar cuándo una imprudencia se considera como tal, siguiendo una interpretación histórica del concepto⁶⁸. La referencia que podemos utilizar para determinar la gravedad de una actuación es la infracción del «deber objetivo de cuidado», que es la medida en que una acción se separa del riesgo permitido. De igual manera, en este trabajo se van a intentar ofrecer una serie de pautas que permitan delimitar de forma aproximada el juicio de la gravedad de una imprudencia de esta naturaleza, en base a dos criterios: una defectuosa aplicación de los conocimientos técnicos o un déficit de estos⁶⁹.

Se puede utilizar como criterio la defectuosa aplicación de conocimientos técnicos. Esta situación se daría cuando un abogado o procurador incumple la norma que rige su profesión. Profundizando en esta idea, el profesional del Derecho debe cumplir con sus obligaciones como tal,

⁶⁷ T.S.VIVES ANTÓN, et al. en *Derecho Penal Parte Especial*, 6º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.733.

⁶⁸ Basándonos en la llamada «imprudencia temeraria» que se regulaba en el Código Penal de 1973, el que fuera el antecesor de nuestro Código actual. PÉREZ CEPEDA, A.I. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores* op.cit. p. 204.

⁶⁹ Todo el análisis que procede a continuación se va a fundar en jurisprudencia del TS, y en la lectura de la obra de PÉREZ CEPEDA, I.A. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*. op.cit.

informando a su cliente⁷⁰, previendo cualquier peligro para los intereses de su cliente, y en caso de que aprecie dicho riesgo, evitando por los medios necesarios que se produzca el resultado dañino. Este deber es conocido como «deber objetivo de cuidado», que vendrá determinado por los Estatutos y normas deontológicas⁷¹.

En el caso de un procurador, el deber objetivo de cuidado incluiría, entre otras funciones, recibir el correo, responder a los requerimientos que pudiera haber y presentar los escritos que le remita el abogado. Si un procurador no presta atención a una comunicación del Juzgado por «descanso», y con ello, perjudica a su cliente, estaría infringiendo su deber objetivo de cuidado.

En cuanto al deber de un abogado, este debe ser un buen profesional, y comprometerse con el cliente en el ejercicio de la defensa, sea preparando dicha defensa con todas las garantías e informar al cliente del progreso en el proceso.

Si bien, en algunas ocasiones la determinación del deber objetivo de cuidado no resulta tan evidente. Un ejemplo de ello es la STS de 25 de junio de 1993, en la que el Tribunal absolvió a un abogado por un delito del 467.2 CP al entender que no había infringido su deber objetivo de cuidado, a pesar de que se había producido un peligro evidente para su cliente, por una omisión en los deberes profesionales del letrado. El Tribunal le absolvió porque consideró que no había una infracción del deber objetivo propiamente dicha, y además porque el cliente de dicho abogado no fue condenado finalmente, por lo tanto, no había un perjuicio por el que condenar.⁷²

Es importante entender además la diferencia existente entre infracción del deber objetivo de cuidado e infracción del deber de garante, siendo esta segura la que ocasionaría de forma cierta que un abogado cometiese el tipo delictivo por una ausencia del cumplimiento de sus deberes, por una omisión. Un ejemplo de ello sería si un procurador recibe dinero para que presente fianza por un embargo preventivo, y en lugar de hacerlo, no consiga la fianza. Esto es un caso de deslealtad profesional del 467.2 en su modalidad omisiva, pero dolosa. El procurador debía garantizar la protección del riesgo, y no lo hace.

⁷⁰ Vid STS1429/2015, de 31 de marzo. En esa Sentencia se aprecia una negligencia grave en una abogada que no comunicó a su cliente el contenido de una resolución judicial, se desentendió del asunto encomendado, ignoró el juzgado donde se tramitaban las diligencias incoadas, etc.

⁷¹ En este punto es conveniente referirse a la *lex artis*, que regula las reglas técnicas de actuación, procedimientos y protocolos de profesiones como médicos, arquitectos, y por supuesto, abogados y procuradores.

⁷² Esta sentencia resulta llamativa, porque en ella, el abogado faltó totalmente a sus deberes como profesional. No se entrevistó con su cliente, no solicitó la práctica de una prueba pericial médica que acreditara el estado psíquico de su cliente... Simplemente, el abogado se limitó a alegar que su cliente era adicto a la droga y que los testigos afirmarían su tesis. A mi modo de entender, aquí el abogado incumplió totalmente sus deberes como profesional.

La actuación que lleva a cabo el profesional debe quedar siempre fuera del ámbito del riesgo permitido. Por ello, si la actuación del profesional supera el riesgo permitido, y además infringe los deberes como profesional, será imputado por delito imprudente.

La segunda de las opciones por la que podemos optar a la hora de calificar una imprudencia como grave sería la de condenar por una falta o ignorancia de los conocimientos técnicos. Partiendo de la base de que, en un profesional del Derecho, un desconocimiento de la normativa o de los cambios de legislación y de jurisprudencia es inaceptable, si se da alguna de estas situaciones estaremos ante una imprudencia grave. Un profesional del Derecho debe cumplir con una expectativa de conocimiento, que aporte seguridad, no puede ser incapaz técnicamente.

Si un profesional acepta un caso que excede de sus conocimientos, y ello tiene trascendencia en el proceso, debe ser condenado por imprudencia⁷³. Este tipo de imprudencia se da en los delitos en los que quien comete el acto posee unas capacidades individuales técnicas inferiores al baremo del profesional medio requerido para ese caso concreto. Es la situación conocida como «culpa por asunción».

En términos generales se puede afirmar que los delitos imprudentes en los delitos especiales plantean dos problemas en dos diferentes vertientes: respecto de las reglas disciplinarias, por un lado; y respecto a la impericia profesional, por el otro. En esta vertiente, QUINTERO OLIVARES⁷⁴, utiliza la regla del «límite del profesional medio». Para que se pueda penalizar a un profesional por su actuación, la imprudencia debe ser grave, superior a la del profesional medio. BENÍTEZ ORTÚZAR⁷⁵ muestra las críticas que ha habido a esta teoría, exponiendo que hay un gran sector de la Abogacía y de la Procura que contará con poca experiencia laboral, y que sus actuaciones profesionales podrán ser inferiores al nivel medio. Siguiendo la teoría del límite del profesional medio, todos estos profesionales quedarían exentos de responsabilidad penal, pudiendo exigírseles únicamente responsabilidad en el ámbito reglamentario. La comparación, por tanto, de la conducta del profesional con la del profesional medio resulta en este punto, útil a los solos efectos de determinar cuándo un error será vencible o invencible, en su caso.

⁷³ Es sencillo de entender con el caso de los recién graduados en Derecho, o quienes han aprobado el Máster en su primer año. Estos sujetos no pueden aceptar casos de gran dificultad o de gran trascendencia mediática, por el riesgo que genera su falta de experiencia. Podría minimizarse este riesgo siguiendo algunas legislaciones procesales de otros países que establecen distintos grados profesionales para actuar en los procesos jurisdiccionales según la experiencia y formación adquiridas a lo largo del tiempo.

⁷⁴ QUINTERO OLIVARES, G. Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal, 2a ed., Pamplona, 1999. P. 1993.

⁷⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., *De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional*, ob.cit. p. 232.

El criterio del profesional medio tiene en cuenta el conocimiento concreto del profesional en cuestión, para ver cuál es la diligencia exigible en el mismo. Seguimos en este punto la exposición de ROMEO CASABONA en la, por tan citada ya excusada de cita, segunda edición de la obra de la escuela de Zaragoza «Derecho Penal. Parte General», cuando, en su página 137, descarta la tesis subjetiva para la determinación de cuál deba ser el cuidado debido.

Por lo tanto, resumiendo los puntos tratados en este apartado, la imprudencia grave puede determinarse con base en el deber profesional de cuidado, la capacidad personal del sujeto en relación con el profesional medio, y las posibilidades de prever el peligro⁷⁶.

Hay un sector de la doctrina, un sector dominante, que considera que la capacidad profesional no es una cuestión que determine la tipicidad, sino que debería encuadrarse en la culpabilidad. Es decir, valorando circunstancias atenuantes o agravantes del caso, y no como defienden otros autores, que entienden que la capacidad personal es parte del tipo objetivo.

C) Error.

No es posible considerar el error de tipo en las conductas de perjuicio a los intereses del cliente. Únicamente sería posible apreciarlo con respecto al error vencible⁷⁷. Un ejemplo de error vencible sería el caso de aquel abogado o procurador que se encuentra en la tesitura de ser desleal con el cliente o desleal con la Administración de Justicia, y escoge salvaguardar la lealtad hacia la Administración de Justicia. En este caso podríamos argumentar que el profesional creía que estaba amparado por una causa de justificación, cuando realmente no lo está, de forma que, al no darse error invencible, con ello cabría condenarle por imprudencia⁷⁸.

3.4 *Iter criminis* y formas imperfectas de ejecución.

Es preciso que haya un resultado efectivo para poder condenar a un sujeto por un delito de deslealtad profesional regulado en el artículo 467.2 CP. Al ser un delito de resultado, la posibilidad de condenar al actor en grado de tentativa sería posible. Así, la tentativa requiere que el abogado o

⁷⁶ Un último elemento que puede ser de utilidad al juez es la situación personal y familiar del profesional. Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, la 1659/2020, de 28 de octubre, muestra cómo el Tribunal absolvió al acusado (un abogado) por un delito de deslealtad profesional al entender que, por el cúmulo de circunstancias personales y profesionales por las que pasaba en ese momento, era comprensible que olvidara realizar unas gestiones procesales que su cliente le había encomendado, y que en el momento en el que sus clientes le despidieron, lo comprendió, y les devolvió toda la documentación necesaria para trasladar el caso a otro abogado.

⁷⁷ Conviene recordar que el error vencible solamente puede darse en las imprudencias graves en este caso, ya que el tipo no contempla las imprudencias menos graves.

⁷⁸ PÉREZ CEPEDA, I.A. *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*. op.cit. p.214.

procurador haya iniciado la conducta que dará lugar a un resultado dañino, sin que llegue efectivamente a consumarse dicha actuación. Es el caso, por ejemplo, de un cliente que comprende la actuación dañina de su procurador y decide solucionar la situación por sus propios medios (por ejemplo, pagando la cantidad que el procurador olvidó).

Ahora bien, la punibilidad de este delito en grado de tentativa solamente es posible si la conducta es dolosa. Los delitos imprudentes de acción u omisión solamente se castigan cuando expresamente lo prevé la ley⁷⁹. De este modo, dado que se exige un resultado para poder condenar a un sujeto por un delito imprudente, hay una excepcionalidad del castigo de la imprudencia, por razones de política criminal⁸⁰. Cuando este delito de deslealtad se comete por imprudencia es preciso constatar el desvalor de la acción y del resultado, no siendo punible la acción peligrosa que no produce la consumación.

⁷⁹ Tal y como indica el artículo 12 CP.

⁸⁰ ROMEO CASABONA, C.M. «Capítulo 9, el tipo del delito de acción imprudente» en *Derecho Penal Parte General*, op. Cit. Pgs. 143 a 145.

IV. CONCURSO Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

1. CONCURSO.

La práctica de la comisión de los delitos de deslealtad profesional puede cursar con la comisión de otros delitos. El perjuicio que producirá un profesional cuando comete una conducta del artículo 467, en muchas ocasiones llevará consigo la realización de otro tipo de lo injusto.

1.1 Concurso de delitos.

A) Concurso ideal de delitos.

En el concurso ideal, regulado en el artículo 77 del CP, habrá un solo acto que dará lugar a la comisión de varios delitos. Según el Acuerdo adoptado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el día 16 de diciembre de 2008, se dará concurso ideal del delito 467.2 CP en los casos de comisión de apropiación indebida si, además, se perjudica, con el mismo hecho, los intereses que le fueron encomendados al profesional en el caso concreto⁸¹. La situación que se presenta con más habitualidad en la práctica es la del concurso del artículo 467 del CP junto con delitos que atentan contra el patrimonio. No obstante, también es posible que se dé el concurso ideal con otros delitos como, por ejemplo, junto con la revelación de secretos, la destrucción intencionada de documentos públicos, su ocultación o la inutilización de estos, o la ocultación de pruebas.

Para entender el concurso ideal sirve el ejemplo de un abogado que representa a un cliente condenado a pena privativa de libertad, y, posteriormente, cuando surgen pruebas que podrían determinar su inocencia, el abogado no hace uso de ellas. Aquí, no hay concurso de delitos posible, porque solamente hay una omisión que constituye el hecho típico de deslealtad profesional. Por el contrario, si un abogado destruye una de las pruebas que podría determinar la inocencia de su cliente, y como consecuencia de ello, el cliente es condenado a prisión, nos encontraríamos ante un concurso ideal, concretamente, medial (se destruyen las pruebas como medio para perjudicar al cliente), de los delitos de destrucción de documentos y de deslealtad profesional.

⁸¹ Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión del día 16-12-2008. «I. El letrado de distrajerse dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 del CP, comete delito de apropiación indebida. II. La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 del CP se ajustará a las reglas generales. III. Además cometerá un delito del art. 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado. »

La dificultad radica en entender cuándo nos encontramos ante un concurso ideal y cuándo ante un concurso real de delitos, regulado este en el artículo 73 del CP, situación en la que un sujeto ejecuta varias acciones, y cada una de ellas constituye la realización de un tipo de lo injusto diferente. Hay algunos autores de la doctrina que exigen la unidad de fin como elemento del concurso ideal, de tal modo que no se dará un concurso ideal, sino real, cuando una persona comete una sola acción, que constituye varios tipos delictivos, y que efectivamente pretende lesionar bienes jurídicos diferentes.

También es preciso incidir en la idea de que, en el ámbito del concurso ideal, se puede dar la modalidad del concurso medial de delitos, que será el supuesto en el que un delito es medio necesario para cometer otro, al entender que la finalidad última «unifica a ambos»⁸². Por ejemplo, sería el supuesto de un abogado que revela los secretos de un cliente con el objetivo de perjudicar al mismo. En este caso, hablaríamos de concurso medial de delitos. En realidad, a efectos penológicos, la diferencia entre concurso ideal y medial no es jurídicamente relevante.

Centrando el estudio en delitos concretos, un supuesto común en la práctica jurídica es el concurso con el delito de estafa, regulado en el artículo 248 CP. La estafa es un delito que exige como elemento del tipo el engaño, el cual se da con frecuencia en los delitos de deslealtad profesional.

Otra situación sería un concurso ideal del delito de deslealtad profesional con el delito de apropiación indebida, regulado en el artículo 253 CP, que se corresponde con la retención, por parte del abogado o procurador, de cantidades de dinero que debían entregar a otros sujetos en el proceso, como parte de un trámite judicial.

Si la apropiación indebida lleva consigo un perjuicio real en el proceso judicial, nos encontraremos ante un concurso ideal de delitos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha mostrado unánime, y hay sentencias que contemplan todos los supuestos. Ha habido situaciones en las que únicamente se ha condenado por el 467.2 CP⁸³. Y en otras ocasiones, se ha condenado únicamente por el delito de apropiación indebida⁸⁴.

Para terminar de perfilar el supuesto de hecho relacionado con la apropiación indebida y la deslealtad profesional, el Tribunal Supremo estos últimos años ha elaborado una doctrina que permite distinguir, así mismo, entre concurso de leyes y concurso de delitos cuando un abogado o procurador

⁸² RODRIGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal, Parte General*, 11ª Edición, Dykinson, Madrid, 1988. p.849.

⁸³ vid. STS de 20 de octubre de 1980, (RJ 1980, 2942) por ejemplo, cuando un abogado se apropia de una deuda reclamada que retiene la fianza entregada para un embargo preventivo.

⁸⁴ vid. STS de 22 de febrero de 1990, (RJ 1990, 2966) , en el supuesto de que el profesional retiene una indemnización cobrada en nombre del cliente, o si el profesional retiene el dinero entregado por su cliente para consignar una fianza o pagar una actuación procesal.

comete una conducta tipificada como apropiación indebida y de deslealtad profesional. Concretamente, el Tribunal Supremo ha entendido que cuando el profesional retiene el dinero recibido por el cliente según alguna de las modalidades del artículo 252 CP, se estaría cometiendo únicamente apropiación indebida. Y que, además, se estará cometiendo un delito de perjuicio a los intereses del cliente, si con esa misma extracción de dinero perjudicara los intereses del cliente en atención exclusiva a sus funciones como letrado⁸⁵.

B) Concurso real de delitos.

Respecto al concurso real de delitos, se deberá condenar a un profesional por dos conductas diferentes cuando las dos conductas se hayan realizado sucesivamente, una conducta tras otras, de tal modo que no haya una unidad de acción. CUENCA GARCÍA⁸⁶ ofrece ejemplos de ello, como la STS de 10 de septiembre de 1992, en la que el Tribunal Supremo condenó a un abogado por un delito de estafa y por un delito de falsedad documental⁸⁷.

1.2 Concurso de normas.

El concurso de leyes es la solución al dilema de qué tipo delictivo abarca mejor una conducta cuando son varias las opciones que se podrían entender, ya que el injusto de la acción queda condenado por cualquiera de las opciones. Es la solución cuando un abogado o procurador comete las conductas previstas en el propio artículo 467 CP, esto es, comete un delito de doble defensa o doble representación junto con el delito de perjuicio a los intereses del cliente. Lo normal es que la comisión del delito del 467.1 CP ocasione, como consecuencia, un perjuicio en los intereses del cliente, por lo que es la vía del 467.2 CP con la que se condena a un sujeto que comete ambas conductas. El artículo 8 del CP ofrece las reglas para determinar la respuesta al dilema jurídico de

⁸⁵ Esta información se ha obtenido de un extracto del Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 16-12-2008, concretamente en su primer asunto. El Acuerdo se puede encontrar en el artículo: «Acuerdos del TS sobre apropiación indebida y deslealtad profesional; alcance del art. 386.2 del CP; validez de la declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado y prescripción del delito» en *Economista&jurist* [revista electrónica], n.130, 2009 [consultado el 12 de abril de 2022]. Disponible en <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/acuerdos-del-ts-sobre-apropiacion-indebida-y-deslealtad-profesional-alcance-del-art-386-2-del-cp-validez-de-la-declaracion-en-el-plenario-del-coimputado-juzgado-con-anterioridad-que-acude-como-test/>

⁸⁶ CUENCA GARCÍA, M^a.J., (2002) *Los comportamientos desleales de abogado y procurador*. Barcelona: tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona (2002) [consultado el 10 abril de 2022] (. p. 546). Recuperado a partir de: tdx.cat

⁸⁷ En esta sentencia, el abogado comete un delito de deslealtad, pues le hace creer a su cliente que ha presentado una demanda para reclamar una indemnización, cuando realmente no lo ha hecho. Pasado un tiempo, el cliente le pregunta a su abogado por dicha demanda, tras lo cual, el abogado fingió que se había dictado una sentencia (falseándola él mismo) para que aparentara ser una resolución judicial. Como había un lapso temporal entre ambas acciones, no puede entenderse que estamos ante un concurso ideal, sino real.

qué precepto aplicar, y la preferente aplicación del 467.2 CP tiene su fundamento en el principio de consunción⁸⁸.

1.3 Delito continuado.

El delito continuado, regulado en el artículo 74 del CP, se diferencia de los concursos de normas y de delitos, en tanto en cuanto no hay unidad de acción y pluralidad de delitos, sino que nos encontramos con una pluralidad de acciones, y un único delito cometido. Son varios los elementos que se exigen para condenar a un sujeto por un delito continuado: la elaboración de un plan previo, una pluralidad de acciones que ofendan a uno o varios sujetos y que infrinjan el mismo precepto. En este sentido, cuando un abogado o procurador, en virtud de un plan preconcebido, lleve a cabo varias actuaciones u omisiones que generen un perjuicio en el cliente, todo ello supondrá la condena por un delito continuado. Por ejemplo, si un abogado omite presentar las demandas que desean presentar conjuntamente varios clientes suyos hasta que prescriba el delito.

Conviene señalar una serie de criterios para poder ubicar el supuesto de hecho, siguiendo los criterios de CANTARRERO BANDRES⁸⁹. Por un lado, es importante distinguir entre el delito continuado y el concurso real, en el sentido de que cuando no haya un plan preconcebido y afecte a bienes jurídicos personales será siempre un concurso real de delitos. Y, por otro lado, que cuando el sujeto (en este caso, el abogado o procurador) no atente contra bienes jurídicos personales y actúe en virtud de un plan preconcebido, sí que estaremos ante un delito continuado.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

2.1 Penas.

El artículo 467.1 CP establece para la doble defensa y doble representación la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años. El artículo 467.2 CP establece las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años; además, en el caso de la modalidad imprudente, la pena correspondiente será de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

⁸⁸ El principio de consunción determina que cuando una persona comete una acción que puede suponer la realización de varias conductas delictivas, debe ser condenada por el precepto que englobe mejor el desvalor de la acción de entre los posibles, cuando ese desvalor quede incluido en el desvalor tenido en cuenta por la otra figura. En el CP se dice: «el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas por aquel». Es una definición obtenida a raíz del estudio de ESCUCHURI AISA, E. «El concurso de leyes y de delitos» en *Derecho Penal parte General*, op.cit. p. 336.

⁸⁹ CANTARRERO BANDRES, R: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU Barcelona, 1990, pgs 79 y ss.

Las penas escogidas por el legislador son la multa y la inhabilitación especial, que se impondrán además conjuntamente. El fundamento de ello es que cada una de las penas por separado no basta para castigar la vulneración del bien jurídico protegido con estos delitos. El correcto funcionamiento de la Administración de Justicia resulta suficientemente importante, y exige que el castigo por atentar contra este sea justo y proporcional al daño que produce.

Respecto a la función preventiva intimidatoria, es acertado no establecer penas de prisión, pues no es común que los abogados y procuradores condenados por un delito de deslealtad vuelvan a delinquir de nuevo. Es por ello también que la función de resocialización que persiguen las penas en nuestro modelo de Derecho Penal tampoco es necesaria. Además, el escaso número de estos delitos registrados en las estadísticas judiciales permite concluir la baja trascendencia social de los mismos. De hecho, la pena privativa de libertad (la pena más adecuada para cumplir la función de resocialización del penado) no está prevista para este delito, por los efectos negativos que puede tener en un profesional y porque, además, no es necesario cumplir con una función de prevención especial.

La pena de multa del artículo 50.1 del CP constituye una de las penas pecuniarias que se prevén en nuestro ordenamiento jurídico. Concretamente, se sigue el modelo escandinavo de los «días-multa», que permite determinar la cuantía de la sanción atendiendo particularmente a las circunstancias individuales del sujeto que es condenado. Si bien, imponer solamente una consecuencia para estos delitos, como sería aquí la multa pecuniaria, no sería eficaz por sí misma, puesto que la realidad de la pena de multa es que no resulta tan disuasoria como otras penas (el abogado o procurador, por ejemplo, podría llegar a un acuerdo con el cliente para que pagara el cliente la multa a cambio de que el abogado cometiera el delito en favor del cliente). Por eso mismo, se confirma la idea de que esta pena es justa y proporcional cuando va acompañada de la privación de algún derecho.

Por su parte, la inhabilitación supone, en términos generales, la pérdida de algún derecho, y aquí se trataría de la pérdida del derecho a ejercer la profesión gracias a la cual se pudo cometer el delito. Para que se pueda imponer esta medida como consecuencia jurídica, es necesario que el delito guarde estrecha relación con la profesión en cuestión. La inhabilitación para ejercer como abogado o procurador es una pena muy eficaz, pues precisamente los abogados y procuradores se sirven de su profesión para cometer el delito.

Dentro del ámbito disciplinario de los Colegios Profesionales también existe esta consecuencia para el abogado que comete conductas contrarias a la deontología profesional. En el artículo 122.1 letras c) y d) del EGA⁹⁰ se prevén como sanciones para las infracciones que puedan cometer los abogados la suspensión para la profesión, incluso la expulsión del Colegio. En el caso del EGPE, serán en el artículo 63 d) y e)⁹¹. Es decir, la pena de inhabilitación es una pena que ha sido prevista tanto por el Derecho penal como por los Colegios profesionales, indicando esto que resulta una pena proporcionada⁹².

Hay una diferencia que es destacable entre las inhabilitaciones previstas en el CP y en los estatutos profesionales. En estos segundos, se regula la expulsión del colegio, de forma permanente. En cambio, en el CP, la inhabilitación a perpetuidad no se contempla. La expulsión total de la profesión resulta una sanción excesiva, pues no deja de ser una privación perpetua del derecho al trabajo, pero esto es cuestión administrativa, no penal. Sin embargo, se podría plantear la sustitución de la inhabilitación especial por una pena de suspensión en los casos de la modalidad imprudente del artículo 467.2, caso de que no llegare a despenalizarse esta modalidad imprudente. Y es que algunas de estas conductas son subsumibles en los tipos de las infracciones muy graves del artículo 124 EGA (por ejemplo, abandono de la defensa cuando se cause indefensión al cliente) o graves del artículo 125 EGA (por ejemplo, incomparecencia injustificada a cualquier diligencia judicial, siempre que cause un perjuicio a los intereses del cliente), siendo la sanción de suspensión prevista para las muy graves de más de un año hasta un máximo de dos, y para las graves de más de quince días a un año. Por todo ello, dados los diferentes efectos que producen la inhabilitación y la suspensión (pérdida en el primer caso del cargo de abogado o procurador frente a la mera suspensión del ejercicio durante el tiempo de la condena en el caso de la segunda), parecería aconsejable sustituir la inhabilitación por la suspensión como sanción penal en los supuestos de modalidad imprudente.

⁹⁰ Artículo 122.1 1. EGA « Las sanciones que podrán imponerse a los profesionales de la Abogacía son las siguientes: ...

c) Suspensión del ejercicio de la Abogacía.

d) Expulsión del Colegio»

⁹¹ Artículo 63 EGPE: «Clases de sanciones disciplinarias. Podrán imponerse las siguientes sanciones disciplinarias...

d) Suspensión en el ejercicio de la Procura.

e) Expulsión del Colegio»

⁹² En este punto se puede remitir a la Parte II del trabajo, donde se menciona el descuento de sanciones, limitando así la duración de la inhabilitación disciplinaria teniendo en cuenta el tiempo de condena penal a la inhabilitación.

2.2 Responsabilidad civil *ex delicto*.

Cuando el legislador regula las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de la comisión de un hecho delictivo, pretende dos objetivos: proteger los bienes jurídicos valorizados socialmente y reparar el perjuicio derivado del delito, como se determina en el artículo 109 del CP. En el caso de los delitos de deslealtad profesional, el perjuicio engloba no solamente daños patrimoniales, sino también daños morales (por ejemplo, una dilación indebida del proceso como imputado y que, después, se declare la inocencia) o puede ver sus derechos restringidos o suspendidos (por ejemplo, por una injusta condena a prisión).

La responsabilidad civil derivada del delito es fundamental para proteger los intereses del cliente. La determinación del importe de la indemnización se ha que calcular estimando el porcentaje de éxito que tenía la causa para el cliente perjudicado y determinar así la verdadera pérdida de oportunidad que sufrió con la comisión del delito de deslealtad. Por lo tanto, el concepto clave es la pérdida de la oportunidad, que formará parte de la indemnización junto con los daños patrimoniales y morales⁹³. La valoración de la pérdida de oportunidad es una cuantificación que admite variedad, pues podría consistir, por ejemplo, en la valoración de un bien o derecho concreto que se estaba reclamando en la causa, sin haber unanimidad en la práctica⁹⁴. Realmente, al ser un daño hipotético, no es sencillo, y exige que se demuestre en el juicio que efectivamente la pretensión del cliente era fundada y podía prosperar. Si no, no se podría entender que hay una frustración de una acción penal, y no se podría indemnizar.

⁹³ Vid STS de 27 de octubre de 2011 (ECLI:ES: 2011:6854) y STS de 23 de octubre de 2015 (ECLI:ES:2015: 4290)

⁹⁴ TOLEDO ROMERO DE ÁVILA, M.I. «El delito de deslealtad profesional» en *Role Play Jurídico* [revista electrónica], 6 de febrero 2017 [consultado el 17 de abril de 2022]. Disponible en: <https://roleplayjuridico.com/el-delito-de-deslealtad-profesional/>

V. CONCLUSIONES.

Una vez expuesto el estudio completo de los tipos de deslealtad profesional, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera.- Que es con el C.P. de 1870 cuando se sistematizan correctamente estos delitos en un Capítulo adecuado, se introduce como típica la modalidad imprudente e incluyen las labores de asesoramiento jurídico previas al proceso como relevantes penalmente. Dicho código es el antecedente histórico del actual, que ha alcanzado una definición de los tipos amplia con sistemática correcta.

Segunda.- Que, en relación con los códigos penales de nuestro entorno estudiados, se comprueba que la característica propia de la regulación española es la previsión de la modalidad imprudente, característica exclusiva del ordenamiento jurídico español; igualmente, en cuanto a consecuencias jurídicas, que el ordenamiento jurídico español es el único que no prevé la pena de prisión para este tipo de delitos, a diferencia de los otros códigos estudiados.

Tercera.- Que en los supuestos en los que se comete el delito de los artículos 467.1 y 467.2, en su modalidad dolosa, los bienes jurídicamente protegidos van a ser diferentes respecto de las sanciones disciplinarias: el bien jurídicamente protegido en la tipificación penal es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, frente a la protección de la ética profesional y el buen nombre de la profesión que se persigue en los códigos éticos y estatutos de ambas profesiones. En los delitos dolosos es sencillo apreciar esa distinción de reproches que permite infringir el *non bis in idem* en los casos de relaciones de sujeción especial. Pero la imprudencia del tipo del 467.2 CP se basa en el descuido o el desconocimiento graves del abogado o procurador de las prácticas habituales de la profesión, por lo que en este caso el bien jurídico protegido no se asocia, al menos exclusivamente, con la protección del correcto desarrollo del proceso y de garantizar una tutela judicial efectiva, sino que pretende proteger la correcta ejecución de la labor profesional y el buen nombre de la profesión. Estimo que en el caso de condena a un abogado o procurador por un delito de deslealtad del artículo 467.2 en su modalidad imprudente, habría identidad de fundamento jurídico respecto de la sanción disciplinaria, por lo que se estaría vulnerando el *non bis in idem* en este caso concreto.

La jurisprudencia del TC y la doctrina científica aprecian coincidencia de fundamentos (al menos, parcialmente) en la modalidad imprudente con respecto a la sanción disciplinaria. Y según

esta lógica, una condena por comisión imprudente del 467.2 no sería compatible con una sanción disciplinaria. La explicación sería que el fundamento del delito doloso de deslealtad hunde sus raíces en la prevención general, disuadir a los abogados y procuradores de su comisión, mientras que el fundamento de la modalidad imprudente incluye no solo ése, sino también otros como asegurar que los abogados y procuradores cumplen con su ética profesional y sus deberes, tal y como pretenden las normas deontológicas.

Cuarta.- Que el bien jurídico protegido en los tipos del artículo 467 es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en cuanto al normal desarrollo de la función de juzgar, la cual se verá siempre afectada, también en los casos del artículo del art. 467. 2 en relación con el cliente, incluso en supuestos de actuaciones extrajudiciales, en tanto las mismas puedan determinar el error en el juzgador en el momento de determinar la verdad o aplicar la norma jurídica concreta. Por esta razón deberían quedar fuera del ámbito penal y relegadas al civil, las actuaciones de perjuicio de los profesionales que no se den dentro del proceso o que, dándose fuera, carezcan de repercusión directa sobre el proceso (en trámite o posterior necesario).

Quinta.- Que, en cuanto a las consecuencias jurídicas, es acertado no establecer penas de prisión, pues no es común que los abogados y procuradores condenados por un delito de deslealtad vuelvan a delinquir de nuevo. Es por ello también que la función de resocialización que persiguen las penas en nuestro modelo de Derecho Penal tampoco es necesaria. Además, el escaso número de estos delitos registrados en las estadísticas judiciales permite concluir la baja trascendencia social de los mismos. De hecho, la pena privativa de libertad (la pena más adecuada para cumplir la función de resocialización del penado) no está prevista para este delito, por los efectos negativos que puede tener en un profesional y porque, además, no es necesario cumplir con una función de prevención especial. La multa pecuniaria plantea el problema de que puede ser fácilmente desnaturalizada, mediante aseguramientos especiales o acuerdos con el cliente cuando la conducta desleal sea pactada en beneficio del mismo, asumiendo el defendido tal coste. Respecto de la pena de inhabilitación para la modalidad imprudente, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las inhabilitaciones previstas en el CP y las sanciones análogas previstas en los estatutos profesionales (expulsión perpetua en el caso de las faltas muy graves), puede sustentarse la sustitución de la inhabilitación especial por la pena de suspensión en los casos de la modalidad imprudente del artículo 467.2 Porque algunas de estas conductas son subsumibles en los tipos de las infracciones muy graves del artículo 124 EGA (por ejemplo, abandono de la defensa cuando se cause indefensión al cliente) o graves del artículo 125 EGA (por ejemplo, incomparecencia injustificada a cualquier diligencia judicial, siempre

que cause un perjuicio a los intereses del cliente), siendo la sanción de suspensión prevista para las muy graves de más de un año hasta un máximo de dos, y para las graves de más de quince días a un año. Por eso, en sede penal, dados los diferentes efectos que producen la inhabilitación y la suspensión (pérdida en el primer caso del cargo de abogado o procurador frente a la mera suspensión del ejercicio durante el tiempo de la condena en el caso de la segunda), parecería aconsejable sustituir la inhabilitación por la suspensión como pena en la modalidad imprudente.

Sexta.- Que dada la operatividad del principio *non bis in idem* en los casos de imprudencia grave del art. 467. 2 ya expuesta en el apartado correspondiente y existiendo la infracción muy grave del artículo 124 EGA (abandono de la defensa cuando se cause indefensión al cliente), pudiéndose reconducir al abandono de la defensa la conducta desleal en la mayor parte de sus manifestaciones, respecto de la modalidad imprudente resulta más incierto afirmar que el fundamento real de la sanción penal es coincidente con el de la sanción disciplinaria (a diferencia de lo que sucede en la modalidad dolosa). De una parte, entiendo que los intereses del cliente deben ser prioritarios en la actuación del profesional, y quien por descuido o desconocimiento ocasiona un daño grave en el cliente, no puede quedar impune. Debe responder por ese fallo profesional. Pero, no obstante, no puedo posicionarme a favor de sancionar en este caso la imprudencia grave de estos profesionales. En los países de nuestro entorno, como Alemania o Italia, no se castiga la imprudencia en estos casos. Y dada nuestra tradición patria de seguimiento de la dogmática alemana como referencia, me parece llamativo que nuestro legislador castigue estas conductas imprudentes. Se abre aquí la posibilidad de una nueva línea de investigación respecto a la pertinencia de la punición de la modalidad imprudente. ¿Realmente es necesaria? Parece poco razonable perseguir estas conductas por la vía penal, siendo que ya hay una vía alternativa cual es la disciplinaria, la cual prescribe sanciones incluso más graves que las penales (expulsión perpetua).

Séptima.- Que en cuanto a los sujetos activos de estos delitos sería adecuado profundizar en la posibilidad de incluir a determinados profesionales del derecho que tienen facultad para actuar en juicio (graduados sociales y letrados de administraciones públicas cuando materialmente reciben encargo para actuar como abogados por encomienda), y resolver así la laguna de punibilidad mencionada en el trabajo. La figura, de *lege ferenda*, habría de ser la de patrocinador legal, como en el derecho italiano, comprensiva, pues, de estas figuras.

Octava.- La realidad de la práctica del 467.1 y 467. 2 (en modalidad dolosa) del CP es que, casi siempre, se darán con un concurso ideal de delitos. Esto es, que cuando un abogado cometa un

delito de apropiación indebida, un delito de estafa, de revelación de secretos, del que es víctima su propio cliente, podrá darse la comisión del delito de deslealtad profesional si ello tiene incidencia directa en el correspondiente procedimiento judicial. Los casos de modalidad imprudente del art. 467. 2 son escasos y los fallos generalmente absolutorios, lo que refuerza la necesidad de seguir estudiando el problema de la tipificación de la modalidad imprudente (también a la luz de los principios de intervención mínima y de la pena como *ultima ratio*).

Novena.- Este delito atenta contra bienes jurídicos como el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, el derecho a la tutela judicial efectiva o la lealtad al cliente. Son bienes realmente fundamentales para la vida público-jurídica y, por ende, democrática, de una sociedad. El número de condenas por deslealtad profesional es escaso (aunque está creciendo) en comparación con los supuestos que se dan en la realidad. Los clientes (e incluso algunos profesionales), por desconocimiento de la existencia de este delito, no denuncian cuando son víctimas, y muchas conductas de deslealtad quedan impunes. Por ello creo conveniente señalar que es preciso estudiar y difundir la existencia de este delito, y que así la sociedad sea consciente de que se puede reaccionar cuando el propio abogado o procurador atenta contra nuestros derechos.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, F. *Manuale Di Diritto Penale. Parte Speciale, II*. Giuffrè, 1997.

BABBONI, R. en *Dei delitti contro l'Amministrazione della Giustizia*, Vallardi, Milano, 1915.

BAENA DEL ALCÁZAR, en *La potestad disciplinaria de los colegios profesionales* Cuadernos de derecho judicial, Madrid, , 2001.

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

BOLDOVA PASAMAR, M.A. «Capítulo 2, la función del Derecho penal» en *Derecho Penal Parte General, 2º edición*. Romeo Casabona, Sola Reche y Boldova Pasamar (Coord.), 2ª ed., Comares, S.L., Granada, 2016.

CANTARERO BANDRES, R: *Problemas penales y procesales del delito continuado*, PPU Barcelona, 1990.»

CUBERO MARCOS, J. I. «Las aporías del principio *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador» en *Revista de Administración Pública*, [revista electrónica] 207, 2018, p. 260 [consultado el 19 de marzo de 2022] Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.09>

CUENCA GARCÍA, Mª.J, (2002) *Los comportamientos desleales de abogado y procurador*. Barcelona: tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Barcelona (2002) (consultado el 10 abril de 2022). Recuperado a partir de: en tdx.cat.

GARCÍA PLANAS, G: *Prevaricación de abogado y procurador, Anuario de Derecho penal y Ciencias-Penales*, Tomo XLVII, Fascículo II, Madrid, 1994.

G.Di Federico, «EU Competition Law and the Principle of ne bis in ídem» en *European Public Law* Vol. 17, Issue 2, 2011.

JIMÉNEZ SEGADO, C. en *La responsabilidad penal de los abogados, la intervención del Derecho penal en la profesión.*, Editorial Dykinson, Madrid, 2017.

MAGALDI DI PATERNOSTRO, M.J. *La prevaricación de abogado y procurador* (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código penal), Cuadernos de Derecho Judicial, ISSN 1134-9670, Nº4, 1994.

PÉREZ PONFERRADA. G, «Así era el ejercicio de la Abogacía en la época romana» Confilegal [revista electrónica], 2020, (<https://confilegal.com/20200413-asi-era-el-ejercicio-de-la-abogacia-en-la-epoca-romana/>)

PÉREZ CEPEDA, A.I., *Delitos de deslealtad profesional de abogados y procuradores*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. en *Derecho Penal Español, parte especial*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G: *El proyecto de Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1980.

QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2a ed., Pamplona, 1999.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal, Parte General*, 11º Edición, Dykinson, Madrid, 1988.

TOBÓN FRANCO, N., *Abogados al Derecho Marketing Jurídico y Responsabilidad profesional* [libro electrónico], Universidad de Rosario, Colombia, 2012. Disponible en: <https://vlex.com.co/source/abogados-al-derecho-marketing-juridico-y-responsabilidad-profesional-segunda-edicion-32079>

TOLEDO ROMERO DE ÁVILA, M.I. «El delito de deslealtad profesional» en *Role Play Jurídico* [revista electrónica], 6 de febrero 2017 [consultado el 17 de abril de 2022]. Disponible en: <https://roleplayjuridico.com/el-delito-de-deslealtad-profesional/>

TORRES ROMERO, P. «El delito de deslealtad profesional del artículo 467 del Código Penal», publicado el día 29 de abril de 2011, disponible en <http://gonzaleztorresabogados.blogspot.com/2011/04/el-delito-de-deslealtad-profesional-del.html>

VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F. «Notas sobre la deslealtad profesional de los abogados en el Código Penal de 1995» en *Revista Xurídica Galega* [revista electrónica] n.27, 2000 [consultado el 22 de marzo de 2022]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/metricas/documentos/ARTREV/3004919>.

VIVES ANTÓN, T.S. et al. en *Derecho Penal Parte Especial*, 6º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ANEXO

RELACIÓN DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA CONSULTADA

LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 2/1974, reguladora de los Colegios Profesionales

Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española

Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC (Sala Primera) núm. 18/1981, de 8 de junio de 1981 (R no. 101/1980)

STC (Sala Primera) núm. 219/1989, de 21 de diciembre de 1989 (R no. 1440/1987)

STC (Sala Primera) núm.58/1989, de 16 de diciembre de 1989 (R no. 725/1987)

STC (Sala Segunda) núm. 234/1991, de 19 de diciembre de 1991 (R no. 1473/1989)

STC (Pleno) núm. 188/2005, de 7 de julio de 2005 (RCI 2629/1996)

STC (Sala Primera) núm. 177/1999, de 11 de octubre (R no. 3657/1994)

STC (Pleno) núm. 2/2003 de 16 de enero de 2003 (R no. 2468/2000)

Auto (Sección tercera) núm.141/2004, de 26 de abril de 2004 (R no. 6560/2002)

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 20 de octubre de 1980 (RJ 1980, 2942)

STS 22 de febrero de 1990 (RJ 1990, 2966)

STS, 10 de septiembre de 1992 (RJ, 1992, 7110)

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

STS, de 31 de mayo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1)
STS, de 1 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:89)
STS, de 22 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:87)
STS, de 20 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7193)
STS, de 27 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6854)
STS, de 31 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1429)
STS, de 23 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4290)
STS, de 17 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:91)
STS, de 24 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:640)
STS, de 20 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:594)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Salamanca, núm. 364/2020, de 1 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APAB:2020:364)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ AND, de 2 de julio de 2017 (ECLI:ES:TSJAND:2018:11493)