


SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por 
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de abogado (1)

(COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE
10 DE MARZO Y 10 DE SEPTIEMBRE DE 1992)

DAVID FELIP I SABORIT

Universitat Pompeu Fabra. Barcelona

*«Advocats i procuradors,
a l'infern de dos en dos»
(refrán popular catalán)*

I

1. Tradicionalmente, la actividad profesional de los abogados y procuradores ha sido objeto de valoraciones opuestas. Junto a un indudable prestigio social y el reconocimiento a su quehacer en la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos, convive una cierta dosis de recelo hacia estos colectivos, inherente al delicado problema de confiar a manos ajenas la gestión de intereses propios.

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto «Responsabilidades penales por delitos cometidos en el marco de la empresa: criterios de política legislativa», financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia [PB91-0852-C02-01].

2. Francisco inició la edificación de varios chalets en una finca de su propiedad, vendiéndolos durante la fase de construcción a varios extranjeros, sin que las operaciones se inscribieran en el Registro de la Propiedad. Al cabo de unos meses, Sven, uno de los adquirentes, alarmado por las dificultades económicas por las que atravesaba el constructor, consultó la situación al abogado José Luis. Este le indicó la existencia de hasta siete anotaciones preventivas de embargo sobre la finca donde estaba ubicada la urbanización de la que formaba parte el chalet de Sven y solicitó dos millones de pesetas en concepto de provisión de fondos para actuar contra Francisco. Sven manifestó, por carta, que no deseaba gastar tal cantidad sin tener garantías de ganar el caso. Al cabo de dos meses, se publicó en el Boletín Oficial de la Provincia la subasta de la finca. José Luis no comunicó el hecho a Sven y decidió acudir a la subasta. Al ser el único licitador, obtuvo la adjudicación por tres millones de pesetas. Tras fracasar un intento de acuerdo con los afectados, José Luis vendió la finca a un tercero por veintiséis millones de pesetas.

3. Feliciano, abogado en ejercicio, recibió encargo de Luis para que reclamase indemnización de perjuicios por los defectos habidos en la construcción de un chalet encargado por él. El abogado no presentó la correspondiente demanda pero hizo creer a su cliente que el caso iba siguiendo su normal curso procesal. Medio año después, ante la insistencia de Luis, Feliciano le comunicó que había recaído sentencia favorable a sus intereses y que, al no haber sido recurrida, ya era firme. El abogado le entregó una presunta sentencia, que tan sólo era un documento confeccionado por él mismo en papel de oficio y con la estructura y apariencia de una resolución judicial. El satisfecho cliente facilitó una copia a la parte contraria y, tras algunas vicisitudes, se descubrió todo el engaño. Durante la fase de instrucción sumarial, Feliciano entregó a Luis la cantidad que pretendía reclamar en el pleito inicial, por lo que éste manifestó documentalmente que ya no se estimaba perjudicado ni moral ni económicamente.

4. La deslealtad de abogados y procuradores es uno de los pocos casos de incumplimiento de deberes profesionales que dan lugar a responsabilidad penal. Los art. 360 y 361 C.p. prevén la denominada prevaricación de abogados y procuradores. Tales delitos han sido aplicados sólo ocasionalmente (desde la posguerra apenas aparecen una veintena de sentencias en el TS), muestra de la buena salud profesional de los colectivos afectados o, quizá, de las dificultades y deficiencias en la persecución de estas infracciones. En buena correspondencia, la literatura científica española ha prestado una atención residual al tema. Sin embargo, los dos casos reseñados y las correspondientes sentencias del TS pueden justificar un mayor interés (2).

5. Respecto al primer caso, la Audiencia Provincial de Málaga entendió que, a pesar de la carta, la relación profesional entre José Luis, el abogado, y Sven, su cliente, subsistía todavía en el momento de acudir a la subasta. Condenó a José Luis por un delito de prevaricación de abogado y otro de estafa, obligándolo también a indemnizar a todos los compradores de las viviendas por el precio abonado por ellas. Esta decisión fue casada por la STS de 10 de marzo de 1992 (3), que absolvió a José Luis de todos los delitos. Con respecto al delito de prevaricación, el TS entendió que el abogado había actuado en error de tipo invencible puesto que creía, al interpretar equivocadamente la carta recibida, que Sven ya no era su cliente en el momento de concurrir a la subasta. A

(2) En este comentario se va hacer especial énfasis en la figura del abogado. Sin embargo, todo lo que se afirma es de aplicación, *mutatis mutandi*, al procurador.

(3) Pte. Sr. Puerta Luis, *Actualidad Penal*, Ref. 407.

pesar de que la sentencia absolutoria se fundaba en la aplicación del art. 6 bis a) par. 1.º C.p., el TS añadió también:

«Sin que, por lo demás, pueda afirmarse que los perjuicios sufridos por los adquirentes de las viviendas de la urbanización traigan causa directa de la participación del hoy recurrente en la subasta de la finca en la que aquellas estaban construidas o en construcción.» (4)

6. Respecto al segundo caso, Feliciano fue condenado por un delito de falsedad en documento público pero fue absuelto del delito de prevaricación. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó que faltaba uno de los elementos del delito, el perjuicio, ya que el simple retraso de unos meses en la presentación de la demanda no había producido todavía ningún perjuicio, puesto que aún cabía la posibilidad de iniciar el correspondiente pleito. El Ministerio Fiscal presentó un recurso que fue estimado por el TS, en su sentencia de 10 de septiembre de 1992 (5). El abogado fue condenado también por un delito de prevaricación dolosa del art. 360. El TS entendió que:

«el perjuicio puede ser moral o patrimonial y la circunstancia de que, como consecuencia de la indemnización satisfecha, no se haya consumado el perjuicio material por el correspondiente resarcimiento, para nada empecce a la existencia del delito.»

7. Ambas sentencias tratan pues, entre otros temas, el problema de cuál es el tipo objetivo de injusto del delito de prevaricación de abogado del art. 360 y, más concretamente, el de qué clase de actuaciones constituyen un perjuicio penalmente relevante desde el punto de vista de este delito. Asimismo, en ambos casos se presenta la posibilidad de que la prevaricación concorra con otros delitos (estafa y falsedad respectivamente), situación que se plantea con cierta asiduidad y que, hasta el momento, ha sido solventado de forma diversa por la jurisprudencia.

II

1. El principal problema que presenta el art. 360 es su imprecisión. La conducta típica se describe con la expresión «perjudicar a su cliente». El tenor literal del precepto admite un número de sentidos posibles muy amplio: daño, disminución causada por algo en el valor de una cosa, en la fortuna, bienestar o salud de alguien. Tal imprecisión puede infringir el mandato de determinación derivado del principio de legalidad. A título de ejemplo, caerían en el mismo saco conductas tan dispares como la realización de una declaración tributaria defectuosa ante la Administración de Hacienda o la no presentación de un recurso a una sentencia penal condenatoria. No es de extrañar que el TS,

(4) Tal vez el TS podría no estar hablando en términos de tipicidad sino de responsabilidad civil cuando hace mención a los perjuicios. En cualquier caso, obsérvese que la absolución se produce por error de tipo, cosa que presupone necesariamente la realización de todos los elementos del tipo objetivo del delito de prevaricación, por lo que la cuestión de cuál ha sido el perjuicio típico permanece abierta.

(5) Pte. Sr. Ruiz Vardillo, *Aranzadi* 7.110.

con cierta coherencia, haya considerado que «perjudicar» es la causación de cualquier daño patrimonial o moral al cliente, fórmula que no supone ninguna concreción significativa. Por otra parte, los esfuerzos interpretativos para restringir el marco gramatical del comportamiento penalmente relevante no se ven facilitados por un bien jurídico claramente delimitado y una ubicación sistemática congruente.

2. El art. 360 se encuentra en el Título VII del Libro II del C.p. (Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos), en el que se amalgama una heterogénea serie de delitos y donde es bastante difícil extraer un denominador común. El propio criterio de un mismo sujeto activo, el funcionario público, tal y como podría deducirse de la rúbrica del título, no se cumple en todos los casos (6). A ello hay que añadir que la posible existencia de un bien jurídico común a todos estos delitos no es especialmente esclarecedora en el caso de la prevaricación de abogado. En primer lugar porque hay quien pone en duda la propia presencia de un bien jurídico genérico para todo el Título VII o que, en caso de existir, sea aplicable a los art. 360 y 361 (7). En segundo lugar, porque, aunque la mayoría de autores consideran que existe un bien jurídico compartido por todos los delitos de este Título, no se ofrecen muchos datos más allá de la constatación de una afectación, en mayor o menor medida, a la función pública entendida como prestación o servicio que la Administración ofrece a los ciudadanos. Por tanto la determinación del bien jurídico protegido se debe efectuar, de forma mucho más acentuada que en otras partes del Código, en cada uno de los delitos correspondientes (8).

3. Tampoco la agrupación de varios tipos en el Capítulo I del Título VII (De la prevaricación, art. 351-361 C.p.) parece ofrecer ningún argumento decisivo en la determinación del objeto de protección. Las tres modalidades que contiene (judicial, administrativa y de abogado o procurador) son muy dispares. Ello obliga a que los dos significados del concepto prevaricar que habitualmente se barajan pequen por exceso o por defecto respectivamente (9). Con el primero, al ser muy general, se avanza poco en el proceso de selección de las conductas punibles. Con el segundo, al ser demasiado concreto, no es posible explicar la prevaricación de abogado tal y como está tipificada en la actualidad.

4. Finalmente, cuando se desciende al nivel de la descripción típica del art. 360 para deducir el bien jurídico afectado (10), los resultados siguen siendo poco satisfacto-

(6) Son problemáticos los arts. 360, 361, 372, 374, 388, 399, 401.2, 403 y 404 bis b) C.p. Cfr. el análisis de OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 143 y ss.

(7) Así BACIGALUPO, «La reforma de los delitos de funcionarios» en *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, Madrid, 1991, pp. 350-52, considera que estos delitos comportan una infracción del deber propio de la función pública desempeñada y una lesión en la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo y judicial conforme a los principios de un Estado de Derecho. Sin embargo, excluye los arts. 360 y 361 por no reunir el sujeto activo la cualificación de funcionario público.

(8) V. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, pp. 136-140 y 332. Una panorámica sobre la discusión doctrinal en GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 23-28.

(9) «Vulneración de alguna clase de obligaciones específicas» (MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 8.^a ed., Valencia, 1990, p. 748). «Aplicación torcida del derecho», (BACIGALUPO, «La reforma», p. 356 y BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed. Barcelona, 1991, p. 368, que lo aplica a la prevaricación de abogado).

(10) En este análisis se excluye el descubrimiento de secretos del cliente, donde se produce también la afectación del derecho al honor y a la intimidad de las personas. Así, en el Proyecto de Código penal de 1992 (PCP 1992), la revelación de secretos por parte del abogado se integra en la

rios. Se coincide en que, si bien el abogado no es un funcionario público *stricto sensu*, participa o, al menos, ejerce un papel auxiliar en el ejercicio de algunas funciones públicas, muy especialmente el de la Administración de Justicia (11). Sin embargo, la doctrina considera que ello no es suficiente para explicar todas las conductas incluíbles en el tipo, puesto que las actividades que puede realizar un abogado son muy diversas. En consecuencia, junto al interés público convive otro distinto, el particular del cliente, que puede llegar a ser el interés primordial, con lo que se acaba considerando que se trata de un delito pluriofensivo (12).

Las aportaciones del TS se han centrado en el art. 361. C.p., manifestando que prima la lesión del deber profesional de colaborar a la actividad jurídica de los particulares sobre la lesión del derecho en concreto del cliente (13). Sin embargo, en el campo del art. 360, se deduce de la práctica jurisprudencial que el interés preeminente (si no único) es el patrimonio y los bienes y derechos de la personalidad del cliente.

III

1. Así las cosas, en el análisis del art. 360 no se presentan discrepancias importantes (14). Las dos modalidades típicas (la actuación en perjuicio del cliente y la revelación de secretos) se desdoblán a su vez en sus respectivas formas dolosas e imprudentes (15). La condición de abogado y procurador, sujeto activo del delito, se ob-

infracción de los deberes de sigilo o reserva de los profesionales (art. 199 PCP 1992) dentro de los delitos contra la intimidad y el domicilio.

(11) La afectación de la prevaricación de abogado a la función pública se ha fundamentado en su incidencia sobre el desempeño de la función jurisdiccional. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, pp. 143-144 y, en el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, *La prevaricación*, pp. 30-31.

(12) Así, BUSTOS, *Parte Especial*, pp. 368, si bien, de *lege ferenda*, preconiza la supresión de la dicotomía y que se regule esencialmente la lesión a la función administrativa pública. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona 1984, pp. 240 y ss., considera que el incumplimiento de las misiones de defensa y representación pueden constituir un ataque a la Administración de Justicia, pero no siempre (caso de la actuación extraprocésal en materias de asesoramiento y consulta); propone el traslado de las deslealtades profesionales relacionadas con las actuaciones procesales a los delitos contra la Administración de Justicia. Para RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, 13 ed. (puesta al día por Serrano Gómez), Madrid, 1990, p. 1133, se protege, según la clase de intervención, la Administración de Justicia, la Administración Pública y la infracción grave de deberes profesionales cuando se actúe extrajudicialmente. Más radicales, en sentidos opuestos, ORTS en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal, Parte especial*, 3.^ª ed., Valencia, 1990, pp. 452 y 454, incidiendo especialmente en el interés del cliente como aspecto fundamental y QUERALT, *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 1992, p. 661, que considera a esta clase de prevaricación, junto a la judicial, como un delito contra la Administración de Justicia, sin que parezca que se deduzca de ello especiales consecuencias en la interpretación de la conducta punible.

(13) Cfr. SSTS 9 octubre 1972 y 29 diciembre 1973 (AA. 4031 y 5111). Puede encontrarse el origen remoto de esta interpretación en la STS 8 julio 1948 (A. 352): «escarnio de la función pública de la abogacía,.... infracción del deber elementalísimo de lealtad hacia la causa».

(14) V., por todos, SÁNCHEZ OCAÑA en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS (coord.), *Código penal comentado*, Madrid, 1990, pp. 683-686.

(15) Aunque limitada a la imprudencia temeraria, la imcrimación de los comportamientos culposos es un elemento adicional en la construcción de un campo de punibilidad desmesurado para un delito de esta naturaleza. Mención aparte merece la equiparación entre las penas de las conductas dolosas e imprudentes.

tiene mediante la colegiación. Respecto al concepto cliente, precisamente la STS de 10 de marzo de 1993 entiende que aporta un componente temporal al delito puesto que supone que la relación profesional debe estar vigente en el momento de los hechos (16).

2. En el caso de actuación en perjuicio del cliente, se entiende que la conducta típica se realiza cuando en el ejercicio de las respectivas actividades profesionales se ocasiona cualquier clase de daño al cliente. De este modo, el TS ha concebido esta modalidad de prevaricación como un delito de resultado en el que se asocia causalmente un comportamiento desleal o descuidado del abogado a un perjuicio patrimonial o moral para el cliente. Más recientemente se ha indicado que es el comportamiento lesivo característico de este delito es el omisivo, el incumplimiento de los deberes específicos de garantía que incumben al abogado o procurador (17). Respecto al ámbito profesional cubierto por el art. 360, se ha concebido de forma amplia, de modo que abarca tanto las actuaciones ante los tribunales y otras conexas como toda clase de actividades extraprocesales (defensa técnica extrajudicial, consejo y asesoramiento jurídico, etc.) (18). El TS ha tratado habitualmente casos de actuaciones en el campo judicial aunque también se han presentado comportamientos realizados en otros ámbitos (19).

3. La doctrina no ha prestado mucha atención a la cuestión del perjuicio. Se limita a considerar que lo es cualquier tipo de daño, tanto patrimonial como moral, sin más precisiones sobre su naturaleza (20). El TS se ha mantenido en la misma línea. Si se consultan las sentencias al respecto, se observará que en la inmensa mayoría de casos el delito se realiza en el marco de controversias civiles en las que el interés de las partes es únicamente económico. La actuación del abogado suele suponer una lesión del interés de su cliente que se traduce en la imposibilidad de satisfacer total o parcialmente sus pretensiones. El consecuente quebranto económico es, normalmente, absolutamente evidente, con lo que el tema del perjuicio no acostumbra a ser objeto de discusión (21). Ocasionalmente, se ha hecho mención también a la presencia de un perjuicio moral, pero sólo como complemento del perjuicio patrimonial provocado al cliente. Daño moral del que se afirma simplemente su existencia en abstracto, sin establecer, ni siquiera respecto a los casos en concreto, su contenido (22).

(16) La limitación es acertada puesto que los casos de actuación perjudicial *ex post* más peligrosos quedan abarcados por el tipo del art. 361. En cambio el término cliente debe interpretarse de forma distinta en el caso de descubrimiento de secretos, donde continúa existiendo un deber de sigilo profesional penalmente relevante una vez finalizada la relación profesional (V. STS 29 abril 1963, A. 2225).

(17) V. STS 10 noviembre 1990, (A. 8.874).

(18) MORALES PRATS. *La tutela penal*, p. 241.

(19) Así, arrendamiento de inmuebles (STS 3 diciembre 1968, A. 5.124), gestiones ante la Hacienda Pública (STS 1 abril 1970, A. 1610).

(20) V., por todos, MUÑOZ CONDE. *Parte Especial*, 8.ª ed., p. 752. ORTS en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Parte Especial*, 2.ª ed. p. 453, pone como ejemplo de daño no patrimonial la paralización de un proceso en el que no estén en juego intereses crematísticos.

(21) Así, *desahucio* (STS 27 noviembre 1950, A. 1721), *prescripción de acciones por no formularse la demanda* (SSTS 4 julio 1968, A. 3586; 4 abril 1977, A. 1539; 11 octubre 1989, A. 7668), *imposibilidad de presentar un recurso por transcurso del plazo* (STS 10 noviembre 1990, A. 8874), *demora en el pago por un período de dos años que ocasiona la continuación de un procedimiento de apremio* (STS 11 marzo 1986, A. 1457), *imposibilidad de asegurar inmobiliariamente un crédito por falta de inscripción de un embargo preventivo* (STS 3 abril 1974, A. 1679), etc.

(22) V. STS 30 octubre 1980 (A. 3942). El recurrente afirmaba que el embargo preventivo no realizado no hubiera resultado eficaz por existir otros embargos previos que finalmente se ejecutarían hasta agotar el patrimonio del deudor. El TS consideró que, de haber prosperado la pretensión

4. En resumen, doctrina y jurisprudencia no han llegado a precisar suficientemente la prevaricación en perjuicio del cliente. Por eso, no es de extrañar que, cuando se plantean casos como los que son objeto de este comentario, las dificultades afloran rápidamente. Los problemas se manifiestan especialmente en tres ámbitos: a) campo de actividades profesionales típicas, b) concepto de perjuicio como resultado de la acción típica y c) concursos.

a) No se efectúa ningún distingo entre las distintas actividades profesionales del abogado, a pesar de las múltiples facetas que presenta y la distinta importancia que pueden tener cada una de ellas (23).

Una primera delimitación podría efectuarse sobre la base de la exigencia de colegiación para ser sujeto activo del delito y el término «abuso malicioso de su oficio» que se exige en la modalidad dolosa: el perjuicio al cliente debe causarse en el ejercicio de las funciones profesionales de la abogacía; la prevaricación se produce dentro del marco de los actos propios de la profesión, aquellos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico única y exclusivamente a los miembros de la profesión (24). La conducta punible se centraría en las tareas de defensa y consejo jurídico (25). Quedarían por tanto excluidos aquellos comportamientos que, pese a resultar perjudiciales para sus clientes, no constituyen una actividad exclusiva de la abogacía (26). Sin embargo, tal limitación tiene mejor fundamento si se vincula a otra concepción del bien jurídico protegido.

del acreedor, al menos se encontraría su crédito en una situación preferente de cara a bienes futuros: «queda manifiesto así su perjuicio en el orden *material y moral*». Cfr. también STS 11 abril 1977 (A. 1584).

(23) A título de ejemplo, cfr. la extensa y, a pesar de ello, incompleta relación de la STS 10 noviembre 1990 (A. 8875): «Abogado es aquella persona que, en posesión del título de licenciado en derecho, afecta los actos propios de esta profesión, tales como consultas, consejos y asesoramiento, arbitrajes de equidad o de Derecho, conciliaciones, acuerdos y transacciones, elaboración de dictámenes, redacción de contratos y otros actos jurídicos en documentos privados, práctica de particiones de bienes, ejercicio de acciones de toda índole frente a las diferentes ramas jurisdiccionales y, en general, la defensa de intereses ajenos, judicial o extrajudicialmente».

(24) Términos utilizados por CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, T. 3, Barcelona, 1972, p. 1047 para el intrusismo (art. 321 C.p.); exclusividad no significa atribución única a la profesión respectiva, sino «cuando no compete a todos los miembros de la sociedad sino tan solo a los individuos de una o varias profesiones» (pp. 1050-51). Por tanto, se trataría de efectuar en la prevaricación la misma delimitación que la realizada en el delito de intrusismo.

(25) Cfr. art. 436 LOPJ. El Estatuto General de la Abogacía (EGA, Real Decreto 2090/1982 de 24 de julio) también se centra en las mismas funciones, si bien la atribución se formula de forma expansiva (v. arts. 8 y 9 EGA). Crítico al respecto, MIR PUIG, «Intrusismo profesional», *La Llei de Catalunya i Balears*, 1991-2, p. 741.

(26) En este sentido y en relación al delito de intrusismo, según la jurisprudencia (STS 2 abril 1979, A. 1546) la realización de trámites administrativos que pueden efectuar directamente los propios particulares no es un acto propio de la profesión (por no tratarse de una contienda jurídica sino administrativa): no es intrusismo la actuación en nombre y representación de varios particulares y alcaldes en ejercicio de la profesión de perito agrícola en los expedientes de expropiación forzosa de varios terrenos con motivo de la construcción de una autopista, formulando un recurso de alzada, acto que los propios interesados podían ejecutar por no ser contencioso. Ahora bien, si en un caso parecido un abogado actúa negligentemente (por ej. no recurriendo a tiempo) es probable que la jurisprudencia entendiéndose que se trata de un delito de prevaricación.

b) El concepto perjudicar entendido simplemente como causación de un daño de cualquier tipo al cliente corre el riesgo de identificar la conducta del art. 360 con toda forma incumplimiento deontológico o contractual, diluyendo las fronteras entre la responsabilidad civil, la disciplinaria y la penal.

La práctica totalidad de comportamientos descuidados o desleales en el ejercicio de la abogacía provocan algún tipo de perjuicio, moral o patrimonial al cliente (27). La disolución del concepto en un daño moral genérico propio de cualquier frustración de expectativas y en un detrimento patrimonial que no es preciso cuantificar elude los problemas dogmáticos que presenta un tipo así concebido (la relación de causalidad y de imputación objetiva entre la conducta y el perjuicio, ejecución imperfecta y desistimiento, umbrales de relevancia típica, etc., problemas que se acentúan en el caso de comisión por omisión) y puede reducirlo, en la práctica, a un delito de perjuicio (28).

c) En materia de concursos, al centrarse el desvalor típico en la relación *inter partes*, se ha producido una cierta confusión con otros delitos que protegen los intereses del cliente. Cuando, por ejemplo, el abogado o procurador engaña a su cliente, se apropia del dinero que maneja, altera documentos, etc., la jurisprudencia no ha adoptado una posición unánime. Durante años se ha optado, indistintamente, por soluciones unilaterales del problema en favor bien de la prevaricación, bien del delito que prevé la lesión del interés del cliente lesionado. Sólo de forma esporádica se ha acogido la solución concursal (29).

El caso de la apropiación indebida, es una buena muestra. Habitualmente se ha castigado por el art. 535 C.p. la apropiación de cantidades entregadas por o para el cliente, sin plantearse siquiera la posibilidad de que la prevaricación entrara en juego. Así, el caso de retención, en todo o en parte, de las indemnizaciones cobradas por el abogado o procurador en nombre de su cliente (30); o la distracción del dinero remitido por el cliente para con-

(27) De esta forma, por ejemplo, el cumplimiento defectuoso de las obligaciones complejas derivadas del contrato de arrendamiento de servicios a través del cual se expresa la relación abogado-cliente también supone causar un perjuicio: el abogado que, tras comprometerse a realizar la prestación personalmente, la encomienda a un socio de menor cualificación y prestigio, incluso cuando éste actúe leal y diligentemente, estaría perjudicando a su cliente; podría ser considerado típica también la facturación de servicios o gastos no efectuados realmente.

(28) Problema que si se ha planteado respecto al art. 361. En la STS 11 mayo 1989 (A. 4953), se constata la imposibilidad de demostrar el efecto de la actuación del abogado (en un caso de doble defensa) sobre la resolución final del proceso en el que intervino. En cambio se ha eludido tratar el tema en casos del art. 360.

(29) El fenómeno es atribuible a las Audiencias, que no solían plantearse la posible existencia de varios delitos y que convertían la modalidad imprudente de la prevaricación en un tipo subsidiario de algunos delitos patrimoniales que solamente entraba en juego cuando existen problemas de prueba sobre la intencionalidad de las conductas perjudiciales. Por la propia naturaleza del recurso de casación, el TS no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto al tratarse siempre de recursos del procesado. Cfr., *obiter dictum*, STS 11 abril 1977 (A. 1584).

(30) V. SSTS 16 marzo 1957 (A. 907), 29 enero 1990 (A. 529) y 25 febrero 1991 (A. 1424). Fuera de la actividad estrictamente judicial, v. SSTS 30 octubre 1971 (A. 4081), 19 enero 1981 (A. 148) y 29 marzo 1984 (A. 1456).

signar fianzas, deudas o realizar otras actuaciones procesales (31). Sin embargo, en algunas ocasiones, casos idénticos han sido considerados únicamente delito de prevaricación (32). Sólo en un caso se han apreciado ambos delitos (33).

5. En suma, la excesiva atención sobre la lesión concreta de un interés individual del cliente en combinación con una formulación típica tan imprecisa como el término perjudicar provoca que el tipo del art. 360 no cumpla plenamente su función, la de selección de los comportamientos constitutivos de un injusto penal específico. Por todos estos motivos, parece adecuada una reorientación del tipo sobre la base de algún clase de restricción teleológica. Una nueva formulación del bien jurídico protegido puede ser el instrumento idóneo para esta tarea.

IV

1. El elemento esencial para precisar el bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación de abogado es la determinación de qué aspectos cualifican su actividad profesional hasta el punto de convertir la infracción de un deber en un delito. ¿Qué función pública o semipública puede estar desempeñando? ¿Qué interés individual puede verse gravemente afectado sin estar ya satisfactoriamente protegido por otros sectores del ordenamiento o, incluso, por las normas jurídico-penales que tutelan el patrimonio, el honor o la intimidad de las personas? ¿Qué importancia debe tener para que precise protección frente a las conductas imprudentes del abogado?

2. En principio, podrían ser dos los objetos protegidos por los delitos de prevaricación de abogado: a) el interés individual el cliente y b) la función social de la abogacía

a) Los intereses particulares (de muy diversa índole según los casos) se encuentran en una situación de mayor desamparo y peligro frente a las actividades del abogado que frente a la de terceros, con los que no rige una presunción de confianza y de actuación en favor del cliente tan estricta.

b) La abogacía cumple una función social cada vez más importante. La complejidad del ordenamiento jurídico hace imprescindible muy a menudo la intermediación de un experto entre el ciudadano y el Derecho. No sólo para hacer valer sus derechos o pretensiones sino incluso para conocer y cumplir muchas de sus más elementales obligaciones. Hoy en día, la abogacía es medio imprescindible para la participación del individual en

(31) V. SSTS 4 febrero 1971 (A. 483), 31 mayo 1977 (A. 2476) y 22 febrero 1990 (A. 2966). Fuera del ámbito estrictamente judicial, v. STS 10 noviembre 1973 (A. 4461).

(32) V. SSTS 31 enero 1970 (A. 806) y 11 abril 1977 (A. 1584), consignación de la deuda reclamada; 30 octubre 1980 (A. 3942), fianza para un embargo preventivo. Todas ellas consideran que la retención de las cantidades entregadas es un delito de prevaricación, en su forma culposa (v. *supra* nota 28). Tema distinto es que siempre sea afortunada la valoración hecha en primera instancia de los hechos: no parece obra de un descuido la demora en el pago durante dos años, pese a la insistencia continuada del cliente (STS 11 marzo 1986, A. 1456, pago de costas a la parte contraria).

(33) V. STS 27 noviembre 1950, (A. 1721): un procurador recibe el dinero destinado a consignar unos alquileres con el fin de enervar la acción de desahucio; al no hacerlo, se produce el lanzamiento de su cliente.

los procesos sociales (34), por lo que existiría un interés colectivo en su correcto funcionamiento. La deslealtad o la falta de cuidado en el ejercicio profesional, entendiéndose este en un sentido amplio, podría socavar la confianza ciudadana en la abogacía e inutilizar su función social (35).

Por tanto la combinación de estos dos intereses puede ser merecedor de tutela penal. Sin embargo no está tan claro que exista esa necesidad de protección de frente a un elenco de perturbaciones tan diversas como las contenidas en la actual formulación típica del art. 360.

3. En primer lugar, obsérvese que, para preservar su función social, la abogacía goza de un especial *status* jurídico. Bajo la vigilancia de sus colegios profesionales, se regula y limita el ejercicio de la profesión y se la mantiene, en parte, al resguardo de las presiones del mercado (36). El Derecho disciplinario colegial (con medidas que pueden llegar a los dos años de suspensión) se encarga de evitar que los propios profesionales lesionen desde dentro a la institución. En este contexto, parece coherente la penalización de las conductas más graves (así, la traición de parte del art. 361) pero no el planteamiento indiscriminado del art. 360. En segundo lugar, la simple lesión de la relación contractual no es suficiente para fundamentar la relevancia penal de la causación de un perjuicio. Quien contrata a un abogado asume el riesgo de incumplimiento al igual que con cualquier otro profesional y el ordenamiento civil le proporciona instrumentos para resarcirse en su caso. Protección que puede verse complementada penalmente, siempre que la importancia de los bienes jurídicos y la gravedad de la lesión lo justifique, por los correspondientes tipos específicos (así, por ejemplo, en el ámbito patrimonial la estafa y la apropiación indebida, o el propio art. 360 en su modalidad de revelación de secretos en referencia a la intimidad).

4. El incumplimiento contractual o deontológico de expertos socialmente tan imprescindibles como un abogado, o más, como podrían ser un ingeniero, un médico o un asesor financiero, escapa del control penal. A primera vista, no parece claro que quien interpone un recurso administrativo por un problema urbanístico atendiendo las indicaciones de un mal arquitecto merezca menor protección que la que corresponde a quien es asesorado por un mal abogado. Un contrato mal redactado por un abogado pue-

(34) Respecto a esta concepción del bien jurídico, v. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 136 ss. y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 270 ss.

(35) La doctrina dominante en Alemania considera que el bien jurídico protegido en el delito de traición de parte (§ 356 StGB) es la *Funktionsfähigkeit* de la abogacía y de otros consejeros legales (v., por todos, RUDOLPH/HORN/SAMSON, *Systematisches Kommentar zum StGB*, BT, 4.^a ed., Frankfurt, 1991, § 356, n.^o marg. 1-3). Sin embargo, antes de trazar ningún paralelismo, hay que tener en cuenta que, en la RFA, a diferencia de España: a) no se castigan genéricamente todas las actuaciones en perjuicio del cliente; b) los tipos se refieren también a otras profesiones jurídicas; c) su inclusión entre los delitos realizados por los funcionarios (*Amtdelikte*) tiene solamente un fundamento histórico. Creo que esta afectación a la función social de la abogacía justifica plenamente la existencia del art. 361 C.p., puesto que la traición de parte, en tanto que violación más grave posible del deber de lealtad a los intereses encomendados, destruye, en cualquier ámbito profesional del abogado, la confianza sobre la institución.

(36) Se persigue penalmente el intrusismo, se establece la colegiación obligatoria, se prohíbe la publicidad, se establecen baremos indicativos de sus minutas, se prohíbe el pacto de *cuota litis*, se asegura legalmente el cobro preferente de sus honorarios, se impide que el cliente moroso pueda contratar otro abogado, se le protege especialmente ante reclamaciones de sus clientes, etc. Además, aunque responda a otras motivaciones, la obligación a someterse a la dirección técnica de un abogado en la mayoría de procedimientos jurisdiccionales asegura a la abogacía un mercado cautivo.

de ser tan dañino como una actuación errónea de un périto agrónomo. Asimismo, la deslealtad o negligencia en el ámbito de otras profesiones jurídicas tampoco merece un tratamiento específico, a pesar de que pueden compartir parcialmente con los abogados algunos campos de actividad profesional, especialmente en la consulta y asesoramiento jurídico. Piénsese en el caso de los notarios, gestores administrativos, agentes de la propiedad inmobiliaria, graduados sociales e, incluso, profesores de universidad. (37) ¿Por qué un dictamen defectuoso debe tener repercusiones penales específicas para un abogado y no para un catedrático de Derecho?

5. No parece que la relevancia social de una profesión implique *per se* el merecimiento y la necesidad del proteger penalmente todas las prestaciones que ofrezca a los ciudadanos, ni que, en el caso de la abogacía los clientes precisen una protección generalizada. Atendiendo a criterios de subsidiariedad y fragmentariedad propios de un Derecho penal moderno, el objeto de protección del delito de actuación en perjuicio del cliente debe ser más concreto.

V

1. Ahora bien, la situación es distinta si se supera la perspectiva de la simple relación *inter partes* y se profundiza en la relación del abogado con el funcionamiento de la Administración de Justicia, ya apuntada por la doctrina pero no suficientemente aplicada a la regulación vigente. Más concretamente, con la prestación que esta parte de la Administración Pública está obligada a ofrecer a todos los ciudadanos: la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de cualquier ciudadano (art. 24 CE) (38).

2. En un Estado moderno se prohíbe a los ciudadanos la autotutela de sus intereses por las vías de hecho. En contrapartida, se reconoce el derecho a defenderlos jurídicamente (39). El Estado se obliga a crear instrumentos adecuados a ese fin, los órganos jurisdiccionales, y a asegurar que puedan ser utilizados. La fórmula con que se instrumentaliza el derecho a la defensa jurídica es el derecho a la tutela judicial efectiva: toda pretensión fundada en el ordenamiento jurídico debe ser atendida por un órgano estatal independiente en un proceso investido de garantías que hagan posible una defensa ade-

(37) En la STS 1 abril 1968 (A. 1610) se condena a un abogado por hechos que también podría haber realizado un gestor administrativo sin consecuencias penales.

(38) Bajo el concepto de tutela judicial se efectúa una unificación terminológica de los dos apartados del art. 24 CE (derecho a la jurisdicción en sentido estricto y el derecho a un proceso con todas las garantías). Sin embargo, no se toma con ello partido en la necesidad o no de distinguir claramente el precepto general del 24.1 de las diferentes cláusulas del 24.2 (cfr. MORENO CATENA, en ALMAGRO/CORTÉS/GIMENO/MORENO, *Derecho procesal. Parte general, proceso civil*, vol. I, Valencia, 1990, p. 182 y ALONSO GARCÍA, «El art. 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los tribunales» en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, pp. 994 y ss.). La prestación debida por los poderes públicos, que es lo que aquí interesa, es la tutela jurisdiccional (art. 24.1 CE) en las condiciones indicadas por el art. 24.2 CE.

(39) V. ALMAGRO NOSETE, «Artículo 24, Derecho procesal» en ALZAGA VILLAMIL (dir), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, T. III, p. 31: «... que consiste en el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción)». V. también STC 48/1984 de 4 de abril y FIGUERUELO BERRUEZO, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Madrid, 1990, pp. 49-52.

cuada (40). Dada la complejidad de este servicio público, la posibilidad de dotarse de asistencia técnica es fundamental o, de lo contrario, la prestación jurisdiccional queda vacía de contenido (41). El derecho a la defensa técnica, en tanto que presupuesto del derecho a la defensa jurídica, constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (42). Por esa razón no sólo se admite el asesoramiento sino que, en la mayoría de procesos, los ciudadanos están obligados a actuar representados por un procurador y asistidos técnicamente por un abogado.

3. Cuando los órganos jurisdiccionales se ponen en funcionamiento para cumplir su misión, se presupone que los técnicos que asisten al ciudadano actúan diligentemente en interés de éste. Un ejercicio desleal o descuidado comporta que, pese a que no existe ninguna anomalía en los mecanismos internos de la actividad jurisdiccional (jueces y funcionarios que les sirven de apoyo prestan normalmente su servicio), el ciudadano no puede beneficiarse realmente de esta prestación del Estado, puesto que se realiza en condiciones distintas a las previstas de ordinario. El abogado se convierte en una barrera entre la Administración de Justicia y el ciudadano en lugar de ser una vía de comunicación. A grandes rasgos, esta afectación al derecho a la tutela judicial efectiva se producirá cuando se impida el acceso a la Administración de Justicia; cuando se obstaculicen, durante el proceso, las posibilidades de defensa o de obtener una resolución en un plazo razonable; o cuando se impida la efectividad de la sentencia (43).

4. Así pues, en el delito de prevaricación de abogado se afecta la función de la Administración de Justicia (bien jurídico protegido) pero no internamente (como se produce cuando el sujeto activo es un funcionario) sino desde fuera, a través de la lesión directa del derecho a la tutela judicial efectiva del particular, que será el objeto material del delito. Por lo tanto, para el Derecho penal, los deberes de actuación en beneficio del cliente o de cuidado en la defensa técnica no son fruto de la obligación contractual entre las partes o una fórmula de protección de la profesión sino que emanan de las necesidades de protección de un servicio público, cuya prestación es constitutiva de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y que, sin la intervención leal y diligente del abogado, se ve afectada de forma esencial (44). De esta forma el perjuicio de los intereses del particular adquiere una dimensión pública y el injusto realizado queda cualificado penalmente. Fuera del ejercicio del derecho fundamental, el incumplimiento del

(40) GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989, p. 43.

(41) ALMAGRO NOSETE, «Artículo 24», p. 52: «defensa se refiere al conjunto de actividades de patrocinio jurídico que realiza el abogado en relación con el campo que se le confía». Esta actividad, para asegurar la efectividad del derecho, debe ejercerse bajo el principio de lealtad o actuación en interés del cliente y a la Administración de Justicia.

(42) Por ello, el TC no sólo considera que el derecho a la jurisdicción no sólo se garantiza con la asistencia técnica gratuita en caso de imposibilidad económica en los procesos en los que es preceptiva tal asistencia sino que debe hacerse extensible a los procesos en los que no se exige tal requisito siempre que ello no produzca desigualdad entre las partes. Cfr. la jurisprudencia constitucional recogida al respecto en GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela*, pp. 136-143.

(43) V. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela*, pp. 43-45.

(44) Entiéndase bien, no se está afirmando que con el delito prevaricación se está vulnerando el derecho reconocido en el art. 24 CE. La lesión ha este derecho sólo puede efectuarlo la Administración Pública y, en el caso de la prevaricación de abogado, los poderes públicos no son responsables de la indefensión: el TC ha determinado que cuando la situación de indefensión contraria al art. 24 deriva de actuaciones de la propia parte no existe infracción imputables a los poderes públicos. (Cfr. al respecto, ALONSO GARCÍA, «El art. 24 CE», pp. 981-986). Lo que se afirma es que, materialmente, la situación creada es idéntica a un mal funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo que se afecta a su función.

abogado pierde relevancia penal específica y queda al mismo nivel que el de cualquier profesional. Todo lo anterior permite justificar la ubicación del delito en el Capítulo VIII del Cp. Sólo en su calidad de mediador entre su cliente y la Administración de Justicia, se puede afirmar que el abogado participa de una función pública o, si se quiere y en un sentido muy laxo, que es un funcionario público.

5. El detrimento de los intereses particulares afectados por la falta de tutela podrá incidir en la determinación de los niveles mínimos de relevancia típica y como criterio de determinación de la pena pero, en modo alguno, fundamentar directamente el injusto penal del delito de prevaricación de abogado, puesto que en él se está protegiendo un bien jurídico supraindividual, la prestación de tutela jurisdiccional a derechos e intereses legítimos a través de la Administración de Justicia. Por lo tanto, si se entiende que en el art. 360 se castiga la lesión de las posibilidades de obtener una tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos en sus tres manifestaciones básicas (acceso, proceso y ejecución) y esta es la función esencial de la Administración de Justicia, sin duda será más correcta su ubicación en el título correspondiente (Título IV, Delitos contra la Administración de Justicia), tal como sucede en el caso del PCP-1992 (45). En cualquier caso, ello no empece para que, con la actual ubicación sistemática, no sea posible la interpretación propuesta y los consiguientes efectos restrictivos que comporta.

VI

1. Esta concepción del bien jurídico protegido en el delito de actuación en perjuicio del cliente supone la reducción del campo de actividades de la abogacía susceptibles de ser típicas. Este quedaría limitado al ámbito determinado por el art. 24 CE: todos los órdenes jurisdiccionales (civil, penal, contencioso-administrativo, social y constitucional) (46). En consecuencia, pese a satisfacer formalmente los requisitos típicos, quedarían excluidas las actividades frente a particulares y a la Administración extrajurisdiccional. Ello no significa, sin embargo, que las posibilidades de incriminación se vean reducidas estrictamente a las actuaciones procesales realizadas u omitidas por el abogado, lo que llevaría a una judicialización absoluta del delito. Como se verá, también en los casos de afectación al acceso a la tutela judicial se presentan situaciones no estrictamente forenses. En cualquier caso, existe un campo no jurisdiccional en el que, según el TC, las garantías del artículo 24 son aplicable en algunos casos: el Derecho administrativo

(45) V. art. 445 y 446 PCP-1992, recogidos en el Título XVII («Delitos contra la Administración de Justicia»), capítulo VII («De la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional»). En el art. 445 se regulan conjuntamente actos de infidelidad al proceso y actuaciones en perjuicio de los intereses que le han sido encomendados. De forma aún más evidente que en el Código actual, se concibe la prevaricación del abogado como un atentado (a través de los derechos del cliente) a la función jurisdiccional. En este sentido MAGALDI-GARCÍA ARÁN, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal» en VV.AA. *Documentación jurídica*, n.º monográfico dedicado al Anteproyecto de 1983, (1985), pp. 475-476 y 479.

(46) Con ello se salvaría en buena medida la situación discriminatoria en relación con otras profesiones jurídicas. Entre los casos problemáticos que quedarían sin resolver destacan, en el orden social, la situación de impunidad de los graduados sociales frente a los procuradores, situación que puede ampliarse si ejercen, como de hecho ocurre, funciones de dirección técnica propias del abogado durante el proceso. Reflexión aparte merecería el problema de las jurisdicciones internacionales y, muy especialmente, la comunitaria.

sancionador. Siguiendo esta línea, en los procedimientos de imposición de sanciones en los que la asistencia técnica se convierte en un elemento esencial del derecho a la defensa, la actuación del abogado podría quedar incurso en el delito de prevaricación (47).

VII

1. Sobre la base del bien jurídico protegido y el objeto material en que se encarna, también es posible proponer una nueva interpretación del concepto perjuicio del art. 360. La conducta deberá producir una nueva situación en la que hayan desaparecido o disminuido sensiblemente las posibilidades, existentes en el momento de realizar la conducta típica, de obtener, en el tiempo y condiciones legalmente previsibles, una resolución judicial favorable y efectiva. En otras palabras, cuando el derecho a la defensa jurídica de todos los demás derechos no pueda ejercerse a través de los órganos jurisdiccionales por una acción u omisión del abogado en la dirección técnica de esta defensa. Siguiendo los tres momentos en los que despliega efectos el derecho a la jurisdicción, ello sucederá cuando:

- a) Se impida o obstaculice el acceso a la Administración de Justicia con cualquier actuación que vete o modifique sensiblemente el acceso al proceso. Ejemplo: caducidad de la acción por retraso en la formulación de la demanda atribuible al abogado.
- b) Se impida participar en el proceso en condiciones de igualdad realizando actividades conducentes a su más favorable conclusión, cosa que sucederá cuando no se pueda alegar y probar todo aquello que pueda resultar provechoso para la pretensión del cliente. Ejemplo: no presentar un recurso de apelación.
- c) Se impida que el fallo judicial se cumpla. Ejemplo: no instar una ejecución.

En todos estos casos el ejercicio incorrecto de las funciones del abogado supone la imposibilidad de disfrutar de la tutela jurisdiccional o de hacerlo en las formas constitucionalmente garantizadas.

2. La principal dificultad estribará en determinar cuándo existe una afectación relevante del objeto material del delito, el derecho a la tutela. La distinta naturaleza de los diversos órdenes jurisdiccionales y de las pretensiones del cliente en cada caso condicionarán el nivel mínimo de relevancia típica. Sin embargo no se precisa la efectiva lesión de la pretensión aunque se entienda en un sentido amplio como cualquier resultado del proceso que no sea favorable a los intereses del cliente (48). Así, por ejemplo, el abogado que tras no preparar en absoluto su intervención en el juicio oral de un proceso penal efectúa una defensa desastrosa de su patrocinado está perjudicándolo —en el sentido

(47) V. ALONSO GARCÍA, «El artículo 24.1 CE», pp. 989-990 y la STC 190/1987 citada por este autor. Estos casos podrían presentar problemas si se traslada la prevaricación a los delitos contra la Administración de Justicia.

(48) En relación al interés particular del cliente, y a efectos de valorar la distorsión en la función jurisdiccional, la estructura de esta modalidad de prevaricación se presentaría como un delito de peligro concreto.

del art. 360 CP— a pesar de que el proceso finalice en una sentencia absolutoria por falta de pruebas. Se ha creado una situación de indefensión y, por tanto, se ha lesionado el efectivo derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de un proceso con todas las garantías debidas. En definitiva, la función jurisdiccional se ha prestado anómalamente por causas no imputables a la Administración de Justicia sino al abogado.

3. Finalmente, debe exigirse una afectación *directa* de la prestación. Por ello, no serán típicas (desde el punto de vista del art. 360) las actuaciones del abogado que lesionen directamente un interés del cliente hasta el punto de modificar su contenido, con lo que ya no sería posible defenderlo es su estado primario durante el proceso. Ejemplos: un abogado, al redactar un contrato, olvida algunas cláusulas en perjuicio de su cliente; un abogado aconseja mal a su cliente y éste acepta una indemnización muy inferior a la que tenía derecho. Ello no obsta para que muchas de estas lesiones indirectas sean punibles a través del art. 361 C.p.

VIII

1. Cuando la infracción de los deberes profesionales en perjuicio del cliente adoptan formulaciones típicas previstas en otros delitos, la solución correcta será el concurso correspondiente. El contenido global de injusto del hecho (lesión al interés particular y lesión al derecho a tutela judicial) solamente podrá ser aprehendido por los dos delitos conjuntamente. En cada caso debe determinarse si existe unidad o pluralidad de hechos para establecer la clase de concurso de delitos de que se trate. En cualquier caso, es incorrecta la apreciación de un concurso aparente de normas.

2. De este modo, respecto al caso paradigmático de la apropiación indebida es posible distinguir dos clases de situaciones:

- a) Aquellas en que no existe un delito de prevaricación por no ser el ocasionado un perjuicio típico desde el punto de vista del art. 360 sino, exclusivamente, una desposesión patrimonial, como sucede en los casos que afectan a la apropiación de indemnizaciones y otras cantidades fruto del cumplimiento o ejecución de una sentencia firme.
- b) Aquellas en que se presenten los elementos típicos de ambos delitos, en cuyo caso no existe ningún inconveniente para apreciar un concurso, normalmente ideal. Mientras que con el tipo de prevaricación se valora la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva, con el tipo de apropiación se valora la lesión patrimonial (49).

(49) De todas formas, incluso desde la perspectiva tradicional, es sorprendente que no se generalizase la solución del concurso prevaricación-apropiación puesto que, muy a menudo, el objeto material de la apropiación es claramente distinto a la pretensión del cliente que se ve perjudicada. El ejemplo más característico es el caso de la no consignación por apropiación de la cantidad entregada a tal efecto por el cliente.

IX

1. Como ya se ha indicado, en la primera sentencia se absuelve al abogado por error de tipo invencible. Ello no es obstáculo para afirmar que, incluso en el caso de no haber existido el error, la conducta del abogado habría sido deontológicamente censurable pero penalmente impune. Sobre la base de los hechos probados (50), hay que reconocer que la simple participación del abogado de en la subasta no constituye una lesión directa a las perspectivas de tutela de los intereses de su cliente. Tampoco lo es el hecho de no comunicar a Sven la existencia de la subasta judicial, puesto que ésta no constituye el momento procesal para intervenir en defensa de derechos e intereses legítimos afectados por el proceso. Durante la licitación Sven no es una parte ejerciendo su derecho a la defensa contradictoria sino simplemente un tercero más. Por tanto, la deslealtad del abogado en este aspecto no constituye un perjuicio típico. Solamente existiría delito si se hubiese impedido la participación en el proceso en un momento previo y siempre que existiesen algunas posibilidades serias de evitar la culminación de la ejecución. Sin embargo, tales posibilidades, con los datos disponibles parecen muy remotas (en su posición, el ejercicio de una tercería de dominio está prácticamente descartada). Además otras formas de defensa jurídica como las de dirigirse con mayor o menor fortuna, contra el constructor o contra el nuevo propietario —o, incluso, la propia vía penal— no se han visto alteradas. No existe perjuicio por que no existían posibilidades serias de defensa jurídica y, por tanto, la prestación de la Administración de Justicia no se ha visto afectada.

Respecto al hipotético delito de estafa, el TS absuelve al abogado por entender que no concurren ninguno de los elementos típicos del delito. A primera vista parecen plenamente correctos los argumentos del Tribunal. En lo referente al problema que aquí se ha tratado, importa señalar que en caso de haberse apreciado el delito de estafa, es acertado castigar, tal como hace la Audiencia, por la realización de ambos delitos, a diferencia de lo que ha venido siendo habitual en la jurisprudencia.

2. El segundo caso presenta el difícil problema de valorar la trascendencia de un retraso achacable al abogado. Aún no se había llegado al extremo de destruir todas las posibilidades de acceso al proceso, requisito que la Audiencia considera necesario para hablar de perjuicio. Sin embargo, existe una lesión al derecho a la tutela judicial efectiva del cliente. En primer lugar debe tenerse en cuenta la magnitud del retraso: nueve meses, por lo menos, con la agravante de que el abogado desviaba todos los intentos del cliente destinados a esclarecer la situación. En segundo lugar, el orden jurisdiccional y la pretensión aducida: se trata de una demanda civil por daños y perjuicios cuya cuantía no consta en la sentencia del TS, aunque no parece que sea muy elevada. Sobre este eje de coordenadas hay que proceder a la evaluación conjunta de los datos concurrentes en el caso y reconocibles *ex ante* por el sujeto activo. Algunos son efectivos perjuicios comprobados, otros, riesgos directamente proporcionales al transcurso del tiempo:

- a) Incidencia sobre la participación en el proceso: aumento de las dificultades de prueba que determina el transcurso del tiempo, posibilidad de modificaciones legislativas en perjuicio del demandante, etc.

(50) La situación hubiese sido completamente distinta (y probablemente los hechos tendrían mayor sentido) si se hubiesen probado las tesis de los querellantes: existía una operación, en la que participaba también el abogado del constructor, destinada a impedir que tanto éste último como el resto de afectados pudieran conocer el curso del proceso de ejecución e impedir la subasta.

- b) Efectividad del fallo judicial: insolvencia sobrevenida del demandado, constitución de créditos posteriores preferentes, etc.
- c) Efectos directos del retraso en la tutela sobre la pretensión del demandante: intereses legales a los que no se tiene derecho, daños patrimoniales y morales por el retraso en la obtención de la satisfacción de la pretensión, *dolor procesal* por el hecho de verse envuelto en una controversia judicial, etc.

En términos generales y a falta de algunos elementos que se desconocen, creo que existe una afectación relevante a la prestación de la tutela judicial efectiva, concretamente al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (mejor dicho, acceso al proceso sin dilaciones indebidas) imputable al abogado. Sin estar de acuerdo en la fundamentación del TS (que se mantiene en la línea jurisprudencial tradicional en materia de bien jurídico y concepto de perjuicio), creo que la condena impuesta por el TS es perfectamente correcta. Finalmente, en el tema de las falsedades, al no ser el cliente el titular del bien jurídico lesionado, parece que no existe en los tribunales tantos problemas para deslindarlo de la prevaricación. En este caso concreto se presenta en concurso real, puesto que la confección del documento falso es posterior a la consumación de la prevaricación.

3. Para finalizar, es de señalar que todas las propuestas efectuadas son un intento, restrictivo en la mayoría de ocasiones, de reinterpretar el delito de prevaricación de abogado en su configuración actual. Sin embargo, cara a futuras reformas y atendiendo a los argumentos político-criminales expresados anteriormente (v. *supra* V), quizás sería aconsejable la despenalización de buena parte de estas conductas (como mínimo en su modalidad imprudente) manteniendo como eje central de la deslealtad profesional la traición de parte del art. 361 (51).

(51) En este sentido es interesante y novedosa la postura *de lege ferenda* de CORCOY BIDA-SOLO, «El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena», *ADPCP*, 1992, pp. 113 y ss. Se propone distinguir los delitos que afectan de modo inmediato a la eficacia preventiva de las normas penales de aquellos que únicamente afectan al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Para estos últimos (entre los que quedaría incardinado la prevaricación de abogados y procuradores) preconiza la despenalización o, caso de mantenerse, tratarlos unitariamente con los otros delitos contra la Administración Pública.

