

TESIS DOCTORAL:

**REFLEXIONES SOBRE LA LEALTAD Y DESLEALTAD DE
ABOGADOS Y PROCURADORES:
EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y SU REFLEJO EN EL CÓDIGO
PENAL**

FRANCISCO DIONISIO MUÑOZ LEO

**Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el
grado de Doctor en Derecho**

Universidad Carlos III de Madrid

Director de Tesis:

Francisco Javier Álvarez García, Catedrático de Derecho Penal

Tutor de Tesis:

Francisco Javier Álvarez García, Catedrático de Derecho Penal

GETAFE 2022

Esta tesis se distribuye bajo licencia “Creative Commons Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada”.



A mis hijos: Oliver, Lucas y Jad...

AGRADECIMIENTOS

Debo decir, ante todo, que por muy grande que sea el esfuerzo y el sacrificio personal para llevar a cabo la realización de una tesis doctoral -tarea ardua y compleja-, es imposible llevarla a buen término sin el apoyo de otras personas. En este sentido, es de obligado cumplimiento agradecer a mi director de tesis, Francisco Javier Álvarez García, el haberse prestado a dirigir mi trabajo de investigación, pero también su continua disponibilidad y atención siempre que lo he necesitado. Era mi segunda experiencia investigadora con él tras un primer trabajo en el Máster de Derecho público de la universidad Carlos III durante el curso 2010- 11. Este agradecimiento debe extenderse a todo el departamento de Derecho Penal en general y a algunos de sus miembros en particular, Maite Álvarez, Jacobo Dopico, Pilar Otero y la inolvidable Carmen Lamarca, a todos ellos agradecerles su tiempo y amabilidad cuando les he requerido para consulta, incluso irrumpiendo osadamente en sus respectivos despachos sin avisar porque la situación me acuciaba, así como por sus contestaciones con prontitud y cordialidad siempre que les envié algún correo, nunca dejaron de hacerlo de la mejor manera.

Igualmente, debo hacer una mención especial al departamento de Historia del Derecho, y en particular, a Manuel Martínez Neira y Manuel Bermejo Castrillo, porque de igual forma han sido extraordinariamente generosos con su tiempo cuando les he necesitado y su disponibilidad inmejorable.

También debo expresar mi gratitud a todo el personal de las bibliotecas de la universidad, tanto la de Humanidades como la de Ciencias Sociales y Jurídicas, siempre recibíendome con calidez y amabilidad, especialmente por su comprensión y paciencia cuando en más de una ocasión he olvidado devolver algún ejemplar de la biblioteca por haber sobrepasado el tiempo límite. Y al servicio de préstamo interbibliotecario, siempre atentos y facilitándome cuanto necesité a lo largo de todos estos meses. Esto no puede olvidarse.

Pero, más allá de la docencia y todo lo relacionado con ella, no puedo dejar escapar la ocasión de ampliar mi gratitud a todo el personal laboral de la universidad en general: conserjes, bedeles, empleados administrativos de los distintos departamentos, jardineros, guardas de seguridad o empleados de las cafeterías. La razón es muy simple, son 31 años asistiendo a esta casa desde que inicie mis estudios de licenciatura en Derecho en el ya

muy lejano octubre de 1991. A lo largo de tres intensas décadas, he tenido ocasión de conocer a muchos de ellos. A algunos los he visto jubilarse, otros aún cumplen servicio en la universidad, he compartido con ellos momentos de todo tipo, buenos y malos, pero, sobre todo, destacar que siempre me han transmitido la sensación de formar con ellos parte de una gran familia.

Cuando terminé la licenciatura seguí prodigándome por la universidad. No podía resignarme a continuar mi vida profesional dejando el estudio como cosa del pasado. Me había quedado el gusanillo de seguir mi formación que fui completando con algunos másteres. El paso de los años me ha hecho ver que mi verdadera vocación estaba en la universidad, aunque a veces el destino te lleva por derroteros imprevisibles. Pero no claudiqué, y, aunque mi sueño hubiese sido dedicarme totalmente a la investigación como forma de vida, ello no impidió que intentara hacer realidad una parte de ese sueño, la tesis doctoral. Me quedará, como asignatura pendiente, el haber podido compartir enseñanzas, conocimientos y experiencias con otros investigadores y alumnos.

He dejado para el final, al departamento de Doctorado y a sus miembros, probablemente porque son, en este momento, con quienes tengo más contacto por necesidades del guion. Un agradecimiento para todos ellos y especialmente para Carmen Alcobilla Raboso, no tengo palabras para agradecer su infinita paciencia conmigo.

A todos ellos, mi más sincera gratitud.

OTROS TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN O PUBLICACIONES

MUÑOZ LEO, F. *El delito de narcotráfico. Entre la penalización y despenalización*. Trabajo Fin de Máster para la obtención del Título “Máster en Derecho Público” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2011/12-0.

ÍNDICE	Págs.
ABREVIATURAS	XXIII
RESUMEN	1
<u>PRIMERA PARTE: ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD JURÍDICA A TRAVÉS DE DOCUMENTOS</u>	18
<u>CAPÍTULO PRIMERO: APARICIÓN DE LOS PRIMEROS ELEMENTOS: LOS SUJETOS, EL PROCESO Y LOS DOCUMENTOS. ACTOS FALSARIOS Y DESLEALTAD</u>	19
I. INTRODUCCIÓN	19
II. CONTEXTO GENERAL DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD Y DE ESPAÑA EN PARTICULAR	31
1. La España prerromana	31
2. La etapa romana en España	35
3. Fuentes de Derecho en España	38
III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ROMANO. PRIMERAS FIGURAS DE DEFENSA Y REPRESENTACIÓN	39
1. Introducción.....	39
2. Etapas de la abogacía romana.....	40
2.1. Primera etapa de la abogacía en Roma. La República	40
2.2. Segunda etapa de la abogacía en Roma. Etapa clásica o Alto Imperio	48
2.3. Tercera etapa de la abogacía en Roma: periodo post clásico (Bajo Imperio). Principio del fin del esplendor jurídico romano y decadencia de la abogacía .	53
2.3.1. Periodo post clásico o Bajo Imperio. La tecnificación de la abogacía ...	53
2.3.2. Decadencia de la abogacía.....	59

IV. LA FALSEDAD DOCUMENTAL EN EL DERECHO ROMANO COMO ANTECEDENTE DEL DELITO DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS.	62
1. Antecedentes históricos de la falsedad documental en general.....	62
2. La falsedad documental en Roma: el concepto de <i>falsum</i> . La distinción entre <i>crimen</i> y <i>delictum</i>	63
2.1. <i>Crimen et delictum</i>	63
2.2 Concepto de <i>falsum</i>	66
2.2.1. Aportación de la Filología al concepto de falsedad.....	67
2.2.2. La perspectiva filosófica del <i>falsum</i>	70
3. Concepto histórico-jurídico de falsedad. Origen del objeto de protección ..	74
4. La falsedad documental en la <i>lex Cornelia de falsis</i> : ámbito de aplicación. Acción típica y objeto material del delito de falsedad.....	77
4.1 Ámbito de aplicación.....	77
4.2. Las conductas falsarias sobre objetos materiales concretos con carácter documental (testamentos, sellos reales y monedas)	82
4.3. Extensión del ámbito de aplicación de la <i>lex Cornelia</i>	83
V. EL PROCESO ROMANO PARA EL <i>CRIMEN FALSI</i> . PROCEDIMIENTO <i>EXTRA ORDINEM. ACUSSATIO VS. COGNITIO</i>	89
1. Aportación de la Filología	90
2. Etapas del proceso romano	93
2.1. El periodo de la Monarquía.....	94
2.2. La República.....	97
a) <i>Quaestiones perpetuae</i>	99
b) <i>Cognitio extra ordinem</i>	102
2.3 El proceso durante el Dominado	111

VI. DIFERENTES FIGURAS DE REPRESENTACIÓN EN DERECHO ROMANO Y DIFERENTES PROCESOS	115
1. Período <i>legis actiones</i>	121
a) <i>Pro populi</i>	122
b) <i>Pro libertate</i>	123
c) <i>Protutela</i>	124
d) <i>Ex lege Hostilia</i>	126
e) <i>El Cognitor en las Legis Acciones</i>	127
2. Procedimiento formulario. La representación procesal en el procedimiento <i>extra ordinem</i> . <i>El Procurator</i>	130
2.1. Procedimiento formulario (<i>per formulam</i>)	130
2.2. <i>El Procurator</i>	133
<u>CAPÍTULO SEGUNDO: PARÉNTESIS ENTRE EL PERIODO VISIGODO Y LA EDAD MEDIA. LA HERENCIA DEL DERECHO ROMANO</u>	136
I. PERIODO VISIGODO	136
1. Contexto general.....	136
2. Principales textos del periodo visigodo y algunos ejemplos sobre prácticas de infidelidad documental	141
3. Sistemática de los textos en materia penal	145
II. PERÍODO ALTO MEDIEVAL.....	148
<u>CAPÍTULO TERCERO: EL INTERREGNO ENTRE EL SIGLO XIII Y EL SIGLO XVIII. EL TRÁNSITO DE LA EDAD MEDIA A LA MODERNIDAD</u>	153
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	153
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ABOGACÍA Y LA PROCURA CASTELLANA EN LOS SIGLOS XIII, XIV Y XV	155

1. Introducción.....	155
2. La abogacía. La evolución de Voceros a Abogados.....	157
2.1. La deslealtad como característica implícita en la abogacía.....	163
2.2. La abogacía en la legislación. Los principales textos castellanos	166
a) El Espéculo.....	167
b) El Fuero Real.....	170
c) Las Partidas	171
3. La Procura.....	175
4. De la Abogacía y la Procura en otros territorios de la península	177
4.1. Aragón	177
4.2. Navarra	179
4.3 <i>Furs</i> de Valencia.....	181
<u>CAPÍTULO CUARTO: ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JURISDICCIÓN PENAL EN LA MONARQUÍA ABSOLUTA</u>	183
I. CONSIDERACIONES GENERALES	183
II. EL DERECHO PENAL EN ESPAÑA EN EL MARCO DE UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	188
1. La nueva estructura administrativa general	188
2. La legislación durante la Monarquía Absoluta.....	192
2.1. La Nueva Recopilación	192
2.2. La <i>Novissima</i> Recopilación	197
3. Corruptela y deslealtad en la Justicia durante la Monarquía Absoluta	201
3.1. La deslealtad judicial	201
3.2. La deslealtad de los abogados y procuradores.....	205

4. Régimen estatutario de la Abogacía y Procura en la Monarquía Absoluta..208

CAPÍTULO QUINTO: LA INFIDELIDAD DOCUMENTAL EN LA ANTIGUA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA. INFLUJO DEL DERECHO ROMANO214

I. LOS SIGLOS XIII, XIV Y XV.....214

1. Consideraciones generales.....214

2. La falsedad documental en los distintos territorios de la Península216

2.1. Castilla.....216

2.2. Aragón218

2.3. Navarra220

2.4. Fueros de la Extremadura castellana y de Familia de Cuenca220

2.5. Otros textos: Teruel, Soria.....221

II. EL SIGLO XVI COMO PUNTO DE INFLEXIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL SOBRE LAS LEYES MEDIEVALES EN MATERIA DE FALSEDAD.....223

1. Introducción.....223

2. Características de las falsedades tras la Recepción del Derecho común.....225

a) Falsificación de los documentos reales230

b) Falsificación de documentos o sellos papales234

c) Documentos de carácter privado236

3. Reinterpretaciones en cuanto a la autoría y la imposición de penas236

4. El siglo XVI como punto de inflexión en la nueva interpretación de la legislación y su incidencia en los distintos territorios de la Península.....244

4.1. Castilla.....244

4.2. Valencia.....245

4.3. Cataluña, Mallorca y Navarra.....246

4.4. Aragón	246
-------------------	-----

5. <i>La Novísima Recopilación</i> : una obra legislativa contracorriente	247
---	-----

CAPÍTULO SEXTO: CONSOLIDACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES.....250

1. Los Colegios de Abogados	250
-----------------------------------	-----

2. Los Colegios de Procuradores	251
---------------------------------------	-----

SEGUNDA PARTE: LA DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADOS Y PROCURADORES A PARTIR DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA CODIFICACIÓN. TRATAMIENTO PENAL DE LA INFIDELIDAD EN DOCUMENTAL EN LOS CÓDIGO PENALES HISTÓRIOS: 1822, 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 Y 1973255

CAPÍTULO PRIMERO: LA ILUSTRACIÓN COMO PUNTO DE INFLEXIÓN. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA CODIFICACIÓN .256

I. LOS PROLEGÓMENOS DEL CAMBIO	256
--------------------------------------	-----

1. La Declaración de 1789	260
---------------------------------	-----

2. Influjo revolucionario en el Derecho Penal. El Código Penal de 1791	265
--	-----

II. CODIFICACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO: EL LEGADO DE LA REVOLUCIÓN	266
---	-----

1. Introducción.....	266
----------------------	-----

2. La Codificación como fenómeno de reordenación del Derecho	267
--	-----

3. La Codificación Penal	272
--------------------------------	-----

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROFESIÓN DE ABOGADOS Y PROCURADORES A PARTIR DE LA ILUSTRACIÓN.....280

1. Introducción.....	280
----------------------	-----

2. La Abogacía y la Procura a partir de la Codificación y el Constitucionalismo. La consolidación definitiva de los Colegios profesionales	284
--	-----

2.1 La Abogacía.....	284
----------------------	-----

2.2 La Procura	287
<u>CAPÍTULO TERCERO: TRATAMIENTO GENERAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES HISTÓRICOS Y DE LA INFIDELIDAD DOCUMENTAL EN PARTICULAR.....</u>	290
I. CONSTITUCIÓN DE 1812 Y EL CÓDIGO DE 1822	290
1. Consideraciones generales.....	290
2. Sistemática y objeto jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia en el Código Penal de 1822. Ubicación de la infidelidad en la custodia de documentos.....	294
3. Especial referencia al artículo 437 del Código Penal de 1822	300
4. Conclusiones y crítica.....	304
II. EL CÓDIGO PENAL DE 1848 (CONSTITUCIÓN DE 1845)	310
1. Introducción.....	310
2. Sistemática, comportamientos desleales e infidelidad documental en el texto de 1848. Influjo del CP de 1848 más allá de nuestras fronteras.....	312
III. SOBRE LA REFORMA DE 1850 Y EL CÓDIGO PENAL DE 1870 (CONSTITUCIÓN DE 1869).....	317
1. Reforma de 1850	317
2. El Código de 1870	318
3. Sobre la deslealtad profesional de abogados y procuradores en el Código Penal de 1870 y la infidelidad documental	319
IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1928	337
1. Introducción.....	328
1.2. El Código Penal de la dictadura de Primo de Rivera	329
V. SEGUNDA REPÚBLICA: CONSTITUCIÓN DE 1931 Y CÓDIGO PENAL DE 1932.....	333
1. Introducción. Contexto histórico	333

2. Código Penal de 1932.....	334
VI. EL DERECHO PENAL DE LA DICTADURA (1944 A 1973)	337
1. Introducción.....	337
2. Código Penal franquista.....	339
3. Sobre la sistemática del Código Penal de 1944.....	347
4. Reformas del Código Penal de 1944	348

TERCERA PARTE: LA DESLEALTAD PROFESIONAL Y LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS EN EL DERECHO PENAL DE LA DEMOCRACIA.....360

CAPÍTULO PRIMERO: EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DURANTE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA361

I. ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ANTERIORES AL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995

361

II. DE LA TRANSICIÓN POLÍTICA A LA TRANSICIÓN PENAL. EL PROYECTO DE 1980 Y LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE 1983 COMO PUNTOS DE INFLEXIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GENERAL Y DE LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS COMO DESLEALTAD PROFESIONAL EN PARTICULAR. EL MALGRADO PROYECTO DE 1992.....

365

1. Consideraciones generales en torno a una espera de veinte años.....

365

2. El Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983.....

368

2.1. Introducción.....

368

2.2. El Proyecto de Código Penal de 1980

371

2.3. La Propuesta de Anteproyecto de 1983

373

3. El malgrado Proyecto de 1992.....

376

III. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL TÍTULO XX DEL CÓDIGO PENAL DE 1995	378
1. Introducción.....	378
2. El eterno debate sobre el objeto de protección	382
3. Algunas reformas posteriores a 1995 sin incidencias en torno al Título XX en general ni sobre la infidelidad en la custodia de documentos en particular	411
4. Conclusión.....	413
CAPÍTULO SEGUNDO: LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA INFIDELIDAD DOCUMENTAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	420
I. CÓDIGO PENAL FRANCÉS	420
II. CÓDIGO PENAL DE ITALIA	426
III. CÓDIGO PENAL ALEMÁN (STRAFGESETZBUCH).....	431
IV. SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL ESTADOUNIDENSE EN MATERIA DE ILÍCITOS DOCUMENTALES Y EL PAPEL DE LOS ABOGADOS. THE AMERICAN MODEL PENAL CODE (AMPC) Y LOS CÓDIGOS PENALES ESTATALES.....	436
1. Consideraciones generales. El Código Penal Modelo	436
2. Derecho Penal vinculante	448
2.1. Leyes de California.....	449
2.2. Leyes de New York, (Las Leyes Consolidadas de New York)	450
2.3. Dakota del Norte. Código del siglo	451
2.4. Leyes penales de Alabama	452
2.5. Washington. <i>Washington State</i> Legislature.....	453
V. DERECHO PENAL EN LATINOAMÉRICA.....	457
1. Legislación penal de México en materia de ilícitos documentales y régimen disciplinario de los abogados.....	457

2. El Código Penal Federal.....	457
3. Código Federal de procedimientos penales.....	462

CAPÍTULO TERCERO: EL CONTROL CONSTITUCIONAL, LEGAL Y REGLAMENTARIO DE LA ACTUACIÓN PROFESIONAL DE ABOGADOS Y PROCURADORES.....464

1. Introducción.....	464
2. El artículo 24 de la CE como referente del Código Penal en general y del Título XX en particular	466
2.1. Consideraciones generales.....	466
2.2. El compromiso constitucional de abogados y procuradores en su actuación profesional	469
2.3. La tutela judicial efectiva como derecho afectado por los delitos contra la Administración de Justicia en general y la infidelidad en la custodia de documentos en particular.....	475
3. La posible vulneración del proceso como instrumento de la Administración de Justicia por las actuaciones desleales de abogados y procuradores.....	496
3.1 Concepto de proceso.....	497
3.2 Principios del proceso.....	499
3.3. Fines del proceso	502
4. Concepto general y concepto jurídico de abogado y procurador. El control legal y reglamentario de la actuación profesional de abogado y procurador	505
4.1 Conceptos generales	505
4.2. Régimen jurídico y definición legal de Abogado y Procurador	507
4.3. Requisitos legales	511
A) NORMAS BÁSICAS.....	514
B) NORMAS ORGÁNICAS	515
C) CÓDIGOS ÉTICOS	517

CAPÍTULO CUARTO: LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. EL TIPO BÁSICO DEL 413 CP. ABOGADOS Y PROCURADORES COMO SUJETOS DEL TIPO ESPECIAL DEL 465.1 CP.....519

I. REPASO PREVIO AL TIPO BÁSICO DEL 413 DEL CP. LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS COMETIDA POR FUNCIONARIOS EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....519

II. EL TIPO ESPECIAL DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL ART. 465 CÓDIGO PENAL COMETIDO POR ABOGADOS O PROCURADORES EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....521

1. Introducción.....521

2. La especial posición de abogados y procuradores en el proceso.....522

2.1. El art. 465.1 del Código Penal: ¿delito especial propio o impropio?.....526

2.2. Los presupuestos esenciales del tipo penal del artículo 465.1 CP.....532

III. ALGUNAS FIGURAS CONTROVERTIDAS QUE ORIGINAN OTRAS MODALIDADES TÍPICAS DIFERENTES A LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS COMETIDAS POR ABOGADOS Y PROCURADORES DEL 465.1 CP. EL APARTADO 2 ° DEL ART. 465.....535

1. La figura del particular535

2. La figura del intruso538

3. La relación art. 465.1 y el 413 del CP546

4. El Abogado del Estado550

IV. OTROS POSIBLES SUJETOS Y MODALIDADES TÍPICAS DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS AUSENTES EN EL ART. 465 DEL CP553

1. El graduado social554

2. Peritos/Médico forense556

3. Interprete/traductor558

CAPÍTULO QUINTO: OTROS ELEMENTOS Y MODALIDADES TÍPICAS EN LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL ART. 465 DEL CÓDIGO PENAL.....561

1. Introducción.....	561
2. La acción típica: destrucción, inutilización u ocultación	561
3. El objeto material.....	571
4. El tipo subjetivo.....	577
5. Situaciones concursales a propósito del art. 465.1 del CP	580
6. Formas imperfectas de ejecución	586
7. Causas de justificación	589

CAPÍTULO SEXTO: LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....591

1. Introducción.....	591
2. Sobre la legislación de las Nuevas Tecnologías en relación con la Administración de Justicia.....	593
3. El incierto futuro del artículo 465 del Código Penal: desaparición o modificación	606
4. Posible solución más allá del Derecho Penal. La opción garantista.....	615
UNA REFLEXIÓN FINAL ACERCA DEL LENGUAJE JURÍDICO	622
CONCLUSIONES.....	634
BIBLIOGRAFÍA	648

ABREVIATURAS

AA. VV	Autores varios
ADC	Anuario de Derecho Civil
AEBOE	Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado
AEDR	Anuario Español de Derecho Romano
ADF	Anuario de Derecho Foral
AFD	Anuario de la Facultad de Derecho
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español
AJEE	Anuario Jurídico y Económico Escorialense
AMPC	<i>American Model Penal Code</i>
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BDCYL	Biblioteca Digital de la Junta de Castilla y León
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVDA	Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés
CE	Constitución española
CECEL	Confederación Española de Centros de Estudios Locales
CENDOJ	Centro de Documentación Jurídica del Poder Judicial
CEP	Centro de Estudios Políticos
CGC	Comisión General de Códigos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
COLEX	Editorial Constitución y Leyes
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas

Cth	Codex Teodosiano
ECLI <i>Identifier</i>	Identificador europeo de Jurisprudencia (<i>European Case Law Identifier</i>)
Ed.	Editorial
ed.	Edición
EGAE	Estatuto General de la Abogacía Española
EGPT	Estatuto General de Procuradores de los Tribunales
EM	Edad Media
EJEA	Ediciones Jurídicas Europa-América
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
Fasc/Mes	Fascículo/Mes
FCE	Fondo de Cultura Económica
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
fol.	Folio
Foro	Revista de ciencias jurídicas y sociales
<i>Ibidem</i>	Idem
ICAM	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid
ICAV	Ilustre Colegio de Abogados de Valencia
Id.	Identificador
IECan	Instituto de Estudios Canarios
INDRET	Revista para el análisis del Derecho
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LHMA	<i>Leges Hispanae Medii Aevii</i>
LID	Librería Internacional de Derecho
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

LRV	<i>Lex Romana Visigotorum</i>
ob. cit.	Obra citada
pág.	Página
págs.	Páginas
PE	Parte Especial
PG	Parte General
RCGP	Revista del Consejo General de Procuradores
RCHD	<i>Revista catalana d'història del dret.</i>
REJIE	Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa
Rev. Chil. Der.	Revista chilena de derecho
RCJS	Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales
RCL	Revista en Cultura de la Legalidad (EUNOMÍA)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDUPV	Revista de Derecho Universidad Pontificia de Valparaíso
REC	Revista Estudios Clásicos
RDP	Revista de Derecho Privado (Ed. Reus)
RDP	Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia
REHJ	Revista de Estudios histórico-jurídicos
REJIE	Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa
RFCH	Revista de Filología Clásica y hebrea, en Helmántica (UPSA)
RGDR	Revista General de Derecho Romano
RGDA	Revista General de Derecho Administrativo
RIDA	<i>Revue Internationale des droits de l'antique</i>
RIPJ	Revista Internauta de Práctica Jurídica
RGL	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RL J	Revista de Letras Jurídicas

RTC	Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional
SDHI	<i>Studia et Documenta Historiae et Iuris</i>
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán)
T.	Tomo
Trad.	Traducción
TOL.	Tirant on-line (bases de datos de <i>Tirant lo Blanch</i>).
UAM	Universidad Autónoma de Madrid
UPSA	Revistas de la Universidad Pontificia de Salamanca
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
Vols.	Volúmenes

INTRODUCCIÓN

La abogacía -no tanto la procura-, como profesión ha venido acompañada a lo largo de la historia de una peculiar leyenda negra. Ya desde sus orígenes la actuación de los abogados fue objeto de controversias, de burla e ironía por parte de los ciudadanos e historiadores como MARTÍNEZ MARINA, e, incluso, hasta objeto de persecución de su ejercicio en algunos momentos de la historia como, por ejemplo, la prohibición de actuar los abogados en Sevilla por el Rey Pedro I. Pero, al margen de la fama de estos profesionales, es preciso también destacar el control y limitación que ha tenido la abogacía a lo largo de su historia, especialmente en cualquiera de los regímenes totalitarios conocidos desde la Antigua Roma a la actualidad. El oficio de defender causas ante los tribunales de justicia ha estado siempre acompañado de no pocas suspicacias, y por ello, desde antiguo, ha sido objeto de numerosas críticas, polémicas y controles.

Debe tenerse presente, aunque resulte una obviedad, que la mayoría de las veces en las que interviene un abogado al defender una causa lo hace, básicamente, por dos razones íntimamente inescindibles: una, para defender intereses ajenos de carácter personal, como el honor del defendido o evitarle una condena a privativa de libertad (así como las sanciones económicas que esta conlleva, si le defensa se realiza en el ámbito penal); otra, por causas patrimoniales o económicas, donde está en juego la riqueza o el sustento del representado, pudiendo verse afectados a su vez, derechos de distinta índole: sucesorios, societarios, laborales, matrimoniales etc., pero que inciden directamente en la esfera patrimonial del justiciable. Por tanto, más allá de lo estrictamente jurídico o del campo del Derecho de que se trate, son fundamentalmente dos aspectos de una persona - o de un colectivo-, aunque sería más correcto decir, de diferentes partes, los que se ven comprometidos; por un lado, aquello que pueda afectarle como persona, en el sentido más

íntimo o humano de la expresión; y, por otra, lo que atañe a su patrimonio, cuyas consecuencias siempre repercuten para bien o para mal, en ese ámbito personal o emocional.

Como manifiesta GARCÍA ARÁN¹, en su prólogo a la obra de PÉREZ CEPEDA, “...cuando los ciudadanos se enfrentan a la Administración de Justicia, además de considerables dosis de incertidumbre sobre las consecuencias que se derivarán de ello, deben soportar la inmersión en un mundo incomprensible de fórmulas jurídicas, términos y expresiones...”, y respecto del profesional que asiste al ciudadano, “este se convierte en un auténtico clavo ardiendo al que aferrarse y su actuación responsable debe ponerse al servicio de que el acceso a la justicia sea pleno y el derecho de defensa no solo una declaración formal”.

Si esta necesidad de acudir a un especialista para resolver problemas la trasladamos a siglos atrás, donde las sanciones y las penas eran abrumadoramente injustas y durísimas, se puede entender que, desde su inicio, la práctica de la abogacía haya estado en el punto de mira. Unas veces por el mal hacer de los profesionales, que se aprovechaban de la angustia y necesidad del justiciable por salvar un pleito o la vida, y otras, por lo que esa forma de actuar, siempre que sea noble y bien llevada, pueda suponer como desafío al poder de los jueces y demás instituciones. En ambos casos, los ciudadanos que ponen sus intereses en manos de un abogado quedan, al menos durante el tiempo que dura el pleito, en una situación de extrema vulnerabilidad. No solo se trata de la incertidumbre que conlleva esperar la decisión de un tribunal, su suerte depende también del buen hacer de su defensa; pues de no ser así, el daño que puede sufrir es por

¹ PÉREZ CEPEDA, AI. *Los Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, Navarra, 2000, pág. 14.

partida doble: recibir una resolución desfavorable a sus intereses por parte de las instituciones y, al mismo tiempo, un perjuicio personal o patrimonial por la mala *praxis* de aquel en quién depositó su confianza.

Se trata sin lugar a duda, de una profesión que exige un fuerte compromiso ético, una gran responsabilidad, así como altas dosis de conciencia. Uno de los objetivos de este trabajo -en el marco o contexto de las diversas formas de conductas desleales cuyos protagonistas son abogados y procuradores-, es analizar uno de los tipos regulados en el artículo 465 del Código Penal español, más en concreto, el delito del artículo 465.1 o, si se prefiere, *la infidelidad en la custodia de documentos* realizada por abogados y procuradores en el ejercicio de su profesión cuando actúan en el marco de la Administración Pública en general y ante la Administración de Justicia en particular dentro del proceso judicial.

Principalmente, en lo que se refiere a todos los delitos que afectaban a la Administración de Justicia, al indagar en los diferentes trabajos y estudios de la doctrina mayoritaria sobre los mismos, nos encontramos que su análisis se ha centrado en dos aspectos básicamente: por un lado, la cuestión de la sistemática, su reordenación y ubicación en el Código Penal y, por otra parte, la estrecha relación de este aspecto formal con una cuestión de fondo, el bien jurídico protegido de este tipo de delitos. No es el objetivo de este trabajo sumarse al debate generado hasta la saciedad en torno a la primera cuestión de la sistemática, básicamente también por dos razones: la primera, por la gran cantidad de estudios que los sectores más relevantes de la doctrina han realizado sobre ello; y, sobre todo, porque a pesar de la intensidad de ese debate, la doctrina no ha llegado a un acuerdo unánime al respecto.

Por esta razón, básicamente se analizará la ubicación y la sistemática de los delitos contra la Administración de Justicia, por una parte, y de la infidelidad en la custodia de documentos por otra, ambas desde una perspectiva histórica, para tratar de entender porque se hizo necesario en su día la creación de un precepto como el artículo 465 del Código Penal de 1995, especialmente el 465.1.

En cuanto a la cuestión del bien jurídico protegido -aspecto que también ha sido objeto de intenso debate doctrinal en relación con las conductas desleales-, su tratamiento tendrá objetivos similares a los de la sistemática. Se trata de investigar cómo fue evolucionando la posición del Legislador y la Jurisprudencia a lo largo del tiempo para justificar la aparición del novedoso tipo penal en el actual Código Penal de 1995. Pero tampoco es la única finalidad de este trabajo justificar o aclarar la aparición de un tipo penal nuevo, interesante por su originalidad y novedad, sino a la generalidad de los comportamientos considerados desleales de profesionales de la abogacía y la procura en general. Aquellas referencias que se hagan sobre los demás delitos contra la Administración de Justicia, y, en general, sobre las conductas desleales -intensamente tratadas por la doctrina-, serán analizadas con motivo de ir perfilando el sentido y el origen del precepto que dio vida en 1995 a un nuevo tipo penal, pero también con la intención de ir desentrañando ideas o conceptos -como lealtad o fidelidad y sus antónimos, deslealtad e infidelidad que tienen cierta carga ética -, que acompañan a la actividad de los profesionales del Derecho y, dependiendo de cuál de ellos prevalezca, podrían ser considerados como comportamientos delictivos.

A pesar de las controversias que han suscitado los denominados delitos contra la Administración de Justicia, en cuanto a su ordenación y estructura o sobre el bien jurídico protegido en relación con ellos, sin embargo, debe destacarse la unanimidad en la doctrina en cuanto a la necesidad de crear un Título específico para esta tipología delictiva que, en

el marco del Estado de Derecho y en consonancia con principios básicos del mismo, debe dar una respuesta cuando se producen ciertas actuaciones que podrían atentar contra el óptimo funcionamiento de aquella. En el Código Penal de 1995 están ubicados en el Título XX bajo la rúbrica *“De los delitos contra la Administración de Justicia”*.

Si en un principio se pensó en centrar la investigación en uno de los delitos concretos de dicho Título XX, “la infidelidad en la custodia de documentos cometida por abogados y procuradores del artículo 465 CP” -por esa condición que ostentó de gran novedad en nuestro Derecho Penal ya mencionada con anterioridad-, hubo razones para modificar el objetivo de aquella. El artículo en cuestión, además de pertenecer al Título XX, se encuentra ubicado en el Capítulo VII del mismo bajo la rúbrica *“De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional”*. Ciertas expresiones a las que ya hemos aludido también como la deslealtad o la infidelidad nos llamaron la atención. Se trata sin duda de palabras que encierran un contenido moral o ético, y entonces surgen los primeros interrogantes. ¿Qué significa deslealtad e infidelidad? ¿Por qué algunos comportamientos se consideran desleales o infieles y otros simplemente delictivos? A pesar de los esfuerzos de las últimas décadas por parte de un sector de la doctrina de separar las cuestiones éticas o morales de las jurídicas, y de la prevalencia ante todo del Derecho positivo, lo cierto es que toda expresión que se utilice en el contexto jurídico y que pueda albergar alguna duda de carácter ético o moral tiene inmediatamente trascendencia jurídica.

En definitiva, a medida que se iba profundizando en la materia, se llegó a la conclusión de que sería extraordinariamente complicado dedicarse a un solo delito de deslealtad profesional cometido contra la Administración de Justicia sin tener en cuenta todo el contexto en general. Que se haya elaborado un Título específico para cierto tipo de delitos ahora puede parecernos lo más razonable y lógico desde un punto de vista de

política criminal, pero para llegar a esta decisión del Legislador en 1995, hoy en día fácilmente entendible, hubieron de pasar siglos y producirse múltiples cambios sociales, políticos y legislativos que fueron marcando la trayectoria y evolución de la Justicia y ello exigía, a su vez, acudir a la historia.

Por todo ello, más que marcar un objetivo específico en cuanto a la temática de este trabajo de investigación, se consideró necesario plantearlo a modo de reflexión sobre una tipología muy definida de delitos donde la deslealtad profesional es la característica que los identifica y entre los que sobresale un tipo de infidelidad muy antigua en la historia pero recién considerada por el Legislador penal, la practicada sobre los documentos y actuaciones procesales y su proyección en los Códigos Penales históricos y su definitiva constatación en el vigente Código Penal español.

Desde una perspectiva actual, por ejemplo, otro aspecto que nos llamó la atención, y en concreto en relación con los delitos de infidelidad en la custodia de documentos en el marco de los delitos contra la Administración de Justicia cometidos exclusivamente por abogados y procuradores, es la llamativa escasez de antecedentes legales y jurisprudenciales sobre los mismos, a pesar de ser un delito genuino en nuestro Derecho Penal. Uno de los argumentos que esgrime la doctrina para justificar esta nueva regulación es que la actividad de estos profesionales se controlaba, única y principalmente, por los reglamentos internos de sus respectivos Colegios profesionales o en el ámbito procesal por las normas de policía de estrados. Otra razón era su imprecisa e incorrecta ubicación histórica, pues antes del Código Penal de 1995, y desde un punto de vista exclusivamente penal y no reglamentario, los actos delictivos de Abogados y Procuradores eran considerados como actos de prevaricación en el “ámbito de la función pública” como si de funcionarios se tratara, pero no existía un artículo expresamente dedicado a los abogados y procuradores que, actuando en el marco del proceso, realizaran

actos de infidelidad documental con incidencia negativa para el desarrollo de aquel y que fueran considerados por el Legislador penal como actos contrarios a la Administración de Justicia en lugar de contra la Administración Pública.

Dentro del contexto de lo que se entiende por deslealtad profesional -entre otros aspectos-, se trata de escindir, a través de la evolución histórica de ciertos comportamientos, las causas que han dado lugar a la aprobación en 1995 de un Código Penal que contempla una nueva estructuración general de los Delitos contra la Administración de Justicia y, sobre todo, analizar la gran novedad que supone en el texto punitivo el nuevo tipo de infidelidad en la custodia de documentos realizado por abogados y procuradores del artículo 465.1 CP.

Para ello, habrá que buscar en el tiempo los *antecedentes legislativos y jurisprudenciales* del delito de infidelidad en la custodia de documentos hasta llegar a su regulación en el Código Penal actual y, paralelamente -dada la inescindible relación entre sociedad y Derecho-, realizar a su vez, un análisis de la situación social y jurídica de cada momento histórico concreto en relación con los distintos Códigos Penales españoles que se fueron promulgando desde 1822, en 1848, 1870, 1928, 1932, 1944, 1973 hasta 1995.

De igual forma, tratándose de los delitos incluidos en el Título XX del Código Penal cuya rúbrica hace referencia a los delitos contra la Administración de Justicia, hacer hincapié en la transformación que se produjo de la vieja estructura del Antiguo Régimen hacia el Estado Moderno, del cual surge una nueva distinción entre Administración Pública y Administración de Justicia, cuestión insoslayable para entender esa transformación de la legislación penal.

A modo de ejemplo, cabe destacar que el delito de infidelidad en la custodia de documentos tiene su origen en los delitos de falsedad, y más remotamente en el *crimen*

falsi del Derecho Romano, y como actos falsarios permanecerán durante siglos nada menos, por lo tanto, hay que hacer una incursión histórica para hallar el origen y evolución de algunas formas de deslealtad profesional y de actos de infidelidad documental. Solo a partir de la Codificación que comenzó en el siglo XIX, y tras la aprobación del primer Código Penal español de 1822, empezarán a tener una naturaleza independiente de los delitos de falsedad, y surgirán como delitos de infidelidad en la custodia de documentos, sobre todo tras la aparición del Código Penal de 1848.

Podríamos preguntarnos ¿por qué comenzar desde el Derecho Romano si también hay algún que otro caso de infidelidad documental en otrora civilizaciones como Egipto, Babilonia en Mesopotamia o la más cercana Grecia? Las razones podrían ser varias, aunque la mayoría de la doctrina coincide en señalar, por ejemplo, que ni en Grecia y tampoco anteriormente, existieron la abogacía o los procesos judiciales con la perfección técnica que se alcanzó en Roma; en general, el Derecho tal y como nos fue legado hoy, después de siglos de evolución, comenzó en esa etapa de la historia, en la Antigua Roma, y a pesar del enorme tiempo transcurrido nunca perdió su esencia. Pero, además, más allá de la época y de los conceptos de deslealtad e infidelidad a través del tiempo, otra razón esencial de nuestro estudio señala a los protagonistas y sujetos principales: abogados y procuradores. En este sentido, como relata algún autor recordando a FINLEY -gran historiador de la Antigüedad que destacaba el proceso de Sócrates como un gran testimonio del desarrollo de la *polis* ateniense-, exponía al respecto: *“Es cierto, sin embargo, que la cultura helénica, fundamento inexcusable de las mejores virtudes de la nuestra, no acertó a desarrollar adecuadamente una regulación profesional de la abogacía. Esa es una tarea que habría de incumbir a una cultura nítidamente abierta al planteamiento y resolución de concretos problemas como la romana”*.

En cuanto a los abogados y procuradores, susceptibles de constituirse por su condición especial en los procesos como principales sujetos activos de ciertos delitos, ya hemos manifestado con anterioridad que tampoco quedará definida su posición hasta bien entrado el siglo XX, pues estos profesionales eran considerados a tal efecto como funcionarios. Aunque resulte una obviedad, hay que decir que, ambas figuras, abogados y procuradores, no tenían las características y funciones que actualmente ostentan y experimentando con el paso de los siglos su propia evolución que irá puliéndose y perfeccionándose, pero lo que nos interesa destacar al respecto es que ambas figuras, antaño independientes una de otra, hoy en día se ven obligados a actuar de la mano en los procesos judiciales. Hemos considerado interesante analizar también su transformación a lo largo del tiempo.

En el artículo 465 del actual Código Penal, además de tener a abogados y procuradores como protagonistas, y a los documentos como objeto del delito, se hace referencia expresa al contexto en el que se produce la conducta típica que es, en el marco del proceso; por tanto, también nos hemos exigido un estudio de los antecedentes procesales donde se dirimían este tipo de delitos relacionados con los documentos a partir de la *lex Cornelia de falsis* -primer testimonio jurídico en regularlos-, y, sobre la existencia de un proceso específico, la *cognitio extra ordinem*, debido a que para las autoridades romanas del momento estos delitos tenían una especial importancia, de ahí la creación de un procedimiento especial para ciertos delitos, diferente al ordinario reservado para otros asuntos de menor relevancia pública o social.

Igualmente, en cuanto al objeto del delito, los documentos, experimentan también una gran evolución desde su aparición en la compleja sociedad romana, siendo los testamentos, la moneda y los sellos reales los primeros en ostentar esa condición, lo que a su vez nos da cierta idea en cuanto a la naturaleza de la autoría. No eran abogados ni

procuradores quienes tenían acceso a tales elementos en principio, sino escribas, sacerdotes o clérigos, secretarios de la realeza y personas allegadas directamente al gobernante de turno lo que alejaba a defensores o representantes de las partes de esa posibilidad. La defensa y la representación tuvieron que hacerse hueco en el tráfico jurídico tras una larga evolución.

Otro aspecto que hemos considerado relevante en este trabajo es la cuestión de la Jurisdicción. Los delitos de obstrucción a la Justicia en general y especialmente el delito de infidelidad en la custodia de documentos, se producen en el ámbito de la jurisdicción, donde el Poder Judicial realiza su actividad en los términos del artículo 117 CE, y ello se vincula directamente con conceptos modernos tales como la *protección del proceso debido* o *el buen funcionamiento de la Administración de Justicia*, todo ello bajo el paraguas de los principios constitucionales consagrados en 1978 en el marco de la división de poderes. Esta circunstancia hace que también se considere necesario exponer, siquiera de forma introductoria en algunos epígrafes, cuál era la situación de la Jurisdicción en cada momento histórico, pues el Derecho Penal ha sido y es el instrumento a través del cual se ejerce el *Ius puniendi* por parte de la autoridad del momento; antaño el *Pretor*, después y durante muchos siglos el Monarca, hasta llegar a los tribunales de justicia actuales, una vez que su actividad se desvinculó del poder ejercido por la Administración Real, y su desarrollo y aplicación pasó a formar parte de otra administración independiente, la de Justicia.

Cuando contemplamos la redacción del actual artículo 465.1 del Código Penal se escinden una serie de elementos que son objeto de análisis en este trabajo: intervención en un proceso, por parte de unos sujetos concretos, abogados y procuradores; unas acciones típicas también tasadas como, destruir, inutilizar u ocultar, y, finalmente un objeto, los documentos o actuaciones. Todos estos elementos -aunque sin relación directa

entonces-, comenzaron su andadura en el mundo jurídico en la Antigua Roma, cuna del Derecho Romano, y esa es la razón por la que una de las estrategias a seguir en este trabajo, será ir analizando la evolución a través del tiempo de todos esos elementos que hemos mencionado, nunca para justificar claro está, pero si quizás para comprender mejor la regulación actual de la infidelidad en la custodia de documentos en nuestro Código Penal, que no tenía antecedentes ni en nuestro propio Derecho ni en el Derecho comparado. Aún hoy en día, el art. 465 CP, ostenta la condición de inédito y carece de homólogo en los diferentes ordenamientos internacionales de nuestro entorno más cercano ni más allá del mismo. ¿Se trata de un acierto del Legislador español el elaborar un precepto sin precedentes en nuestro Derecho y allende nuestras fronteras? o, por el contrario, el Legislador, en su pretensión de ser original e innovador ha rizado el rizo hasta el punto de crear una extravagancia legal que, hoy en día, cuando menos, es de dudosa aplicabilidad.

Otra explicación pudiera subyacer en el fondo de todo lo que concierne a la regulación de la actividad de abogados y procuradores, especialmente los primeros, que no es otra cosa que la histórica necesidad de controlar una profesión que, desde su aparición ha estado en el punto de mira, sometida a la vigilancia y supervisión por el poder de turno, al imponérsele desde sus inicios unos límites, requisitos y prohibiciones para su ejercicio.

En cuanto a la estructuración de este trabajo y teniendo en cuenta lo anterior, se ha decidido dividirlo en tres grandes partes: la primera, desde el Derecho Romano hasta La Ilustración, periodo este último, que rompe con el Antiguo Régimen y supone el gran punto de inflexión hacia el Derecho moderno del que deben destacarse fenómenos como la *Codificación* y el *Constitucionalismo* que empiezan a emerger a finales del siglo XVIII y cristalizan en el siglo XIX; una segunda parte, desde la aparición de los Códigos -ahora

denominados históricos-, y el tratamiento que de los elementos antes mencionados hicieron los mismos hasta llegar al Derecho Penal de la democracia; y, una tercera parte, donde analizar el delito de infidelidad en la custodia de documentos -comentando brevemente el tipo básico del artículo 413 relativo a su comisión por funcionarios públicos-, básicamente el tipo especial del artículo 465.1 del primer Código Penal de la democracia en toda su dimensión actual, así como los elementos del tipo: sujetos, objeto, acciones típicas, modos de comisión, concurso con otros delitos, etc.

También modo de reflexión, en la parte final se indaga sobre el fenómeno de la irrupción de las tecnologías y su impacto en la actividad jurídica. Debido a la pérdida de protagonismo del papel en favor de los nuevos soportes informáticos y digitales, el concepto jurídico de “documento” adquiere un perfil más sofisticado y era inevitable el considerar la repercusión que ello puede suponer en cuanto a los modos o formas de comisión del delito de infidelidad en la custodia de documentos, cuestión que el legislador de 1995 pasó por alto de forma insólita.

La idea de destruir, inutilizar u ocultar documentos ya no se puede limitar a actuaciones directas sobre el papel, ni exige que exista un contacto físico directo con el objeto del delito, sino que parece más que viable que se puedan realizar aquellas acciones a través de los medios telemáticos o las nuevas tecnologías, en cuyo caso la redacción actual del tipo regulado en el 465.1 del Código Penal es escandalosamente insuficiente para garantizar la protección de esos bienes jurídicos tan proclamados por la doctrina y la jurisprudencia, el buen funcionamiento del proceso debido, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y la función jurisdiccional como principal actividad del Poder Judicial como institución independiente de la Administración Pública dentro del marco de la división de poderes, etc., pero más aún si cabe, porque uno de los presupuestos básicos de este delito es, precisamente, recibir en traslado el objeto material

del mismo. Lo que reciben los potenciales sujetos activos es “una copia” y no el original de aquel, por lo que difícilmente puede causar daño real y objetivo, todo apunta a que podríamos estar ante lo que se denomina delito imposible.

Por todo ello, y tratándose de un delito caracterizado por la falta de precedentes, sobre todo en comparación a otros tipos de comportamientos desleales de abogados y procuradores, de alguna forma nos obligaba a tomar una posición al respecto: bien justificando la necesidad de su obligada regulación o, por el contrario, cuestionar su existencia considerando que el régimen disciplinario o administrativo podría ser suficiente para combatirlos en aras del principio de intervención mínima del Derecho Penal y de una interpretación garantista de este último.

Sobre este último aspecto, en cuanto al garantismo en el Derecho Penal, hay que decir que, se ha tenido en cuenta antes de empezar este trabajo de investigación al acometer un tema como el de la deslealtad profesional, no por razones corporativistas o interesadas debido a la profesión del doctorando, sino únicamente por considerarse defensor de esa minoría que Ferrajoli atribuye a los que estiman como necesario y más efectivo un Derecho Penal menos intervencionista y fiscalizador.

Fueron sin duda algunas lecturas previas relacionadas con lo expuesto en los párrafos anteriores las que me indujeron a orientar este trabajo desde una perspectiva histórica a partir del Derecho Romano. Esas lecturas versaban, entre otras muchas cosas, sobre cuestiones íntimamente relacionadas con el actual delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465 de nuestro Código Penal; como son el proceso, los delitos contra la Administración de Justicia en general o, la elección de una solución específica para solventar comportamientos también muy concretos cometidos por autores,

a su vez muy determinados y con unos perfiles comunes. Eran muchos detalles los que justificaron el desarrollo de este trabajo de la forma en que se ha llevado a cabo.

Por destacar algunas lecturas a las que se ha hecho referencia, por ejemplo, sobre la problemática procesal en la Antigua Roma, Giulio ADINOLFI² realiza un interesante análisis sobre la *accusatio* (como ya hemos puesto de manifiesto con anterioridad el proceso se antoja imprescindible en gran parte de los delitos donde se produce lo que se denomina deslealtad e infidelidad y muy especialmente en el tipo penal descrito en el 465 CP), que sirvió, entre otras, como una de las pista investigadoras para decidir acometer este trabajo desde la perspectiva histórica. Sobre dicho análisis destaca la siguiente reflexión del autor:

“En el proceso penal romano, una temática particularmente problemática afecta al punto de su naturaleza acusatoria o inquisitoria. El problema actualmente no tiene una segura solución” (...) *“La accusatio tiene un complejo centro de liderazgo con las diferentes concepciones del Estado, con la administración de la justicia y las limitaciones a la iniciativa individual, temas que modifican los conceptos doctrinales y que pueden crear fáciles confusiones” (...)* *“Para explicar este concepto histórico de la accusatio, que con razón ha sido definido como el más complejo y central del Derecho procesal penal moderno, íntimamente ligado a la actual teoría garantista, y también tema de debate actual en el seno de la historia criminal romana, necesitamos plantear en forma sumaria los elementos salientes del Derecho penal romano para ver si es posible admitir*

² ADINOLFI, G. “Extremismos en tema de “*accusatio*” e “*inquisitio*” en el proceso penal romano”; (*Excesses Regarding “Accusatio” and “Inquisitio” in the Roman Criminal Proceedings*), en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Sección Derecho Romano, n.º 31, Valparaíso, Chile, 2009, págs. 37 – 60.

condiciones ancestrales para un justo proceso como hoy es entendido en el Derecho moderno”.

Esta última apreciación coincide en nuestra manera de enfocar esta investigación, de ahí la decisión de extraer los elementos típicos del artículo 465 del Código Penal español y analizarlos por separado desde su origen en el Derecho Romano hasta nuestros días para posteriormente, entender la razón de su existencia actualmente.

También merece destacarse la influencia de otros trabajos similares sobre los delitos cometidos en el marco de la Administración de Justicia relacionados con el Derecho criminal romano, en cuanto a la posible aportación de este último al Derecho Penal actual; en este sentido, ESPITIA GARZÓN³, en un artículo cuyo título supone, sin duda, una interesante revelación, *“Derecho criminal romano. Aportes a problemas actuales en relación con los delitos contra la administración pública”*. En la introducción de artículo, realiza una interesante reflexión sobre la ausencia de un verdadero Derecho Público en la sociedad moderna tras la irrupción de la Ilustración en el siglo XIX dando origen al Estado liberal que derivó la mayor parte de sus esfuerzos jurídicos en pro del Derecho privado y, relegando a los principios del Derecho público nacidos en Roma, a un verdadero ostracismo.

Para concluir con estos ejemplos, otro artículo del jurista alemán Kai AMBOS, dentro de un trabajo colectivo dirigido y coordinado por la profesora Lorena BACHMAIER WINTER⁴, que él mismo titula, *“El principio acusatorio y el proceso*

³ ESPITIA GARZÓN, F. *“Derecho Criminal Romano. Aportes a problemas actuales en relación con los delitos contra la Administración Pública”*, en *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, n.º 16, 2.º semestre, 2016, págs. 51-102.

⁴ BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica”, también su contenido resulta provechoso y esclarecedor.

Volviendo a la actualidad más reciente y después de lo expuesto hasta ahora, una de las cuestiones que deben plantearse sobre este delito del 465 CP es en torno a su consideración de especial respecto al tipo básico del art. 413 CP regulador de la infidelidad en la custodia de documentos realizada por funcionarios. La polémica doctrinal surgirá en torno a la matización del tipo de especialidad a la que obedecen, es decir, si se trata de delitos especiales propios o impropios. Sobre ello nos pronunciaremos en este trabajo.

Con todo, y tras la irrupción de los medios telemáticos con la obligación usarse como herramienta para la tramitación de los procesos, es menester preguntarse cómo, cuándo o en qué medida es posible cometerse ahora la infidelidad en la custodia de documentos por parte de abogados y procuradores. Resulta obvio, por la naturaleza de su trabajo, que estos profesionales tienen -o más bien han tenido-, un contacto físico muy directo con documentos, autos, expedientes y demás objetos materiales del delito de infidelidad en la custodia de documentos. De hecho, estos elementos constituían hasta hace muy poco los instrumentos físicos principales para realizar su labor principal, defender una causa y llevarla a buen término; sobre ellos o a partir de su contenido, deberán estos profesionales aplicar sus conocimientos, interpretarlos, hacerlos valer como prueba, etc., en definitiva, utilizarlos para defender los intereses en juego. El acceso a los Autos es el primer paso que dan para informarse debidamente al hacerse cargo de un pleito, y, aun así, reiteramos que los supuestos de infidelidad documental llevados a cabo por estos profesionales han sido peculiarmente muy escasos, al menos desde el punto de vista estadístico en nuestra jurisprudencia.

En este nuevo contexto -aunque en principio pueda parecer un argumento algo precipitado o, incluso temerario para algunos-, lo cierto es que, dadas las circunstancias actuales, la comisión de este delito específico se antoja inverosímil o cuando menos muy difícil de producirse, por lo que, esa escasez estadística de casos de infidelidad en la custodia de documentos se verá más pronunciada aún si cabe. Resulta inevitable pensar, que la comisión del tipo requerirá o exigirá una sofisticación sin precedentes años atrás.

No obstante, y siguiendo a la prudencia que siempre es buena consejera, habrá que esperar, pues la citada modernización de la Justicia es muy reciente, y tampoco hay argumentos sólidos para creer que, en un futuro no muy lejano, no se produzca, a su vez, una sofisticación simultánea en los modos de comisión delictiva y se incremente el número de casos de infidelidad documental, otra cuestión será dónde ubicarlos en el actual Código Penal. Nada es descartable y el tiempo será el que nos dé una respuesta.

En definitiva, han sido muchas las razones que nos han llevado a decidir la realización de esta tesis de la forma en que se ha hecho. Espero con toda sinceridad, que pueda ser de utilidad en el futuro a otros investigadores.

PRIMERA PARTE

**ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACTIVIDAD
JURÍDICA A TRAVÉS DE DOCUMENTOS**

CAPÍTULO PRIMERO: ROMA, APARICIÓN DE LOS PRIMEROS ELEMENTOS: LOS SUJETOS, EL PROCESO Y LOS DOCUMENTOS. ACTOS FALSARIOS Y DESLEALTAD.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente las actuaciones delictivas de los abogados y procuradores, también denominados delitos de deslealtad profesional se encuentran integradas en el Título XXII cuya rúbrica reza, “*Delitos contra la Administración de Justicia*” del Código Penal español de 1995. La inclusión de estos delitos en un título así denominado -al margen de razones de pura sistemática o técnica jurídica, y de cuestiones materiales o de fondo, como el bien jurídico protegido-, obedece a razones históricas, y es el fruto de un largo proceso evolutivo. En este sentido hay que tener en cuenta que los conceptos que hoy nos resultan familiares -como el de Administración de Justicia, Administración Pública o Estado-, no existían, y, por tanto, su significado difiere del pasado, cuando esos delitos, ya estaban presentes en el Derecho Penal.

Así tenemos, por un lado, la idea o el concepto de Administración de Justicia como una parte independiente de la Administración Pública, o, para ser más precisos, como el instrumento a través del cual ejerce sus funciones uno de los tres poderes del Estado, el Judicial. Una de esas funciones o potestades que ostenta, es el ejercicio del *Ius Puniendi*, o capacidad de castigar a través de los órganos encargados de aplicar el Derecho Penal en sentido subjetivo; es decir, si acudimos a la distinción entre Derecho Penal objetivo, *entendido este como el conjunto de reglas o normas que definen los delitos y establecen las penas*, y el Derecho Penal en sentido subjetivo *como la facultad exclusiva del Estado de castigar (Ius Puniendi)*, siendo el único que puede descargar la pena contra el crimen

y solo él puede dictar normas de Derecho Penal objetivo⁵, sería esta segunda acepción a la que nos referimos. Por tanto, solo al Estado⁶ corresponde la facultad de ejercer la jurisdicción en un territorio social, cultural y geográficamente determinado.

Pero, por otra parte, la aparición de la Administración de Justicia como parte independiente de la Administración Pública, no fue un proceso inmediato. Incluso, arribado el Estado Liberal tras la Revolución francesa, las funciones esenciales de administrar y juzgar, antaño en manos del soberano, aun no estaban divididas o delimitadas como en la actualidad. Estamos ante conceptos relativamente modernos. Para llegar a la consideración de que la infidelidad en la custodia de documentos de abogados y procuradores, actualmente, es un delito especial incluido en el grupo de los delitos contra la Administración de Justicia es necesario acudir a la *historia*. Y ello, porque desde una perspectiva moderna, los delitos contra la Administración Pública y de Justicia como tales, aparecieron por primera vez codificados a partir de la Ilustración desde hace casi dos siglos; pero, a su vez, las actividades falsarias a través de documentos ya se observan como antecedentes remotos en el Derecho Romano. Y, también, porque la historia, como dice algún autor⁷ al recordar las palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA- *debe ser tenida muy en cuenta porque “los fines son mutables⁸ y cambian al compás mismo de*

⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Manual de Derecho Penal*, Vol. 1º, 1ª ed. Madrid 1933, pág. 24.

⁶ Con estas palabras comienza TOMÁS Y VALIENTE su obra *El Derecho Penal en la Monarquía Absoluta* (siglos XVI, XVII y XVIII): “Puesto que el Derecho consiste en una ordenación normativa de la sociedad, es claro que constituye un factor importante de conservación y protección de ese mismo orden. Si esto es cierto en general...lo es mucho más por lo que respecta al Derecho Penal”.

⁷ FERNÁNDEZ FERRARAS, G. *Sistema de Derecho Administrativo I*, 4ª ed. 2018, pág. 93.

⁸ En este sentido, GARCÍA-GALLO, en referencia a la evolución del Derecho opina que, “*el conocimiento del pasado nos muestra con evidencia que el Derecho humano no es algo fijo e inmutable, sino que, por el contrario, en el correr de los siglos se produce en él una serie de cambios*”(…) “*La evolución del Derecho, no ha seguido un ritmo uniforme*”(…) “*El Derecho, como toda manifestación de la actividad y de la cultura del hombre, ha variado o evolucionado en el tiempo, es decir, tiene Historia*, en GARCÍA-GALLO, A. “El origen y la evolución del Derecho” en *Manual de Historia del Derecho I*, 1ª ed. 10ª reimpresión, Madrid,

la evolución política, económica y social, viniendo a incidir de manera directa en la actuación de la Administración y en la conformación de las instituciones y técnicas jurídicas de las que en cada caso se sirve”; y, concluye de forma rotunda, al manifestar que: “solo el campo totalizador de la historia puede ilustrarnos sobre la efectiva función política y social de las instituciones, y es éste...su nervio y sustancia”. “La conexión entre una sociedad y su Derecho solo la historia la revela...”. Y es que, cuando se habla de Administración (o de una parte de ella), hay que referirse a “la historia de un permanente hacer y deshacer, la historia de un constante proceso de revisión de sus estructuras institucionales⁹. Por su parte JIMÉNEZ DE ASÚA, propósito del sentido de la historia en el contexto del Derecho Penal¹⁰ expresa: “El valor de la historia en el Derecho Penal no es tan subido como en el Derecho privado” y, en alusión a Augusto CORNÁZ, recordaba: “la reforma del Derecho Penal está íntimamente ligada al movimiento general de la civilización”. Para este autor, el Derecho Penal es eminentemente moderno, filosófico e independiente del pasado”, pero matiza: “esto no quiere decir que la Historia del Derecho Penal sea desdeñable. Nos enseña lo que fue y lo que no podrá volver; pero el dato de la experiencia es siempre relevante”. Por su parte, TOMÁS Y VALIENTE al respecto decía, “que una de las principales metas de la historia del Derecho es la de

1984, págs. 2, 5^a y 7. Incluso este autor, en referencia a la trascendencia de la historia en el Derecho, habla de la necesidad de formación histórica de los juristas, al decir que “coincidiendo con el interés que os historiadores mostraban por la historia de las instituciones y de la cultura, e influidos por él, en la segunda mitad del siglo XVIII los juristas ilustrados sintieron a su vez la necesidad de conocer la historia, y en especial la jurídica, para alcanzar una formación más completa y comprender mejor el Derecho”, ob. cit. pág. 11.

⁹FERNÁNDEZ FERRARAS, G. ob. cit. pág. 95

¹⁰JIMÉNEZ DE ASUA, L. ob. cit., pág. 39.

esclarecer los supuestos, los principios y los tópicos vivos en la ciencia y la legislación de cada época”¹¹.

Por otra parte, IÑESTA PASTOR, destaca el aspecto histórico desde el punto de vista teleológico¹². Otro ejemplo de la relevancia que los autores han dado al marco histórico lo proporciona Francisco LARREA PEÑALVA al afirmar: *“que la historia, de suyo, es siempre aleccionadora; no es que sea un fin último, como dice STAMMLER, pero tampoco es razón para ver en la investigación del pasado un noble pasatiempo simplemente; lejos de esto, nos ayuda a comprender las manifestaciones de los tiempos posteriores, como no lo podríamos hacer sin acudir a ellas”¹³.*

Son bastante prolíficas las opiniones de la doctrina más autorizada que justifican la importancia de acometer ciertas materias al análisis histórico previo, y así, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA junto a otros, manifiestan: *“...pues no en vano es un criterio positivo de interpretación de las normas acudir a sus antecedentes históricos”¹⁴.*

A partir de esta idea, y como primer paso, el objetivo para profundizar en el delito de deslealtad -cometido por unos sujetos activos determinados, abogados y procuradores, sobre un objeto material también concreto, los documentos en el marco de un proceso-, debe pasar por indagar desde la perspectiva histórica el régimen jurídico característico de cada uno. Acometer esta empresa desde una perspectiva histórica no es una decisión

¹¹TOMÁS y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, (Siglos XVI, XVII y XVIII), 1969, pág.15

¹² IÑESTA PASTOR, E. *El Código Penal español de 1848*, Valencia, 2011, pág. 23.

¹³ NACHER HERNÁNDEZ, P. “Historia y Organización de la Abogacía en Valencia desde la Reconquista hasta nuestros días”, 1952, pág. 5; LARREA PEÑALVA, F. *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1930.

¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. y RODRIGUEZ RAMOS, L. *Códigos Penales españoles, Recopilación y Concordancias*, 1988, pág. 5.

baladí. En este delito concurren una serie de elementos que, de una u otra forma comienzan a tener relevancia jurídica ya desde el Derecho Romano principalmente.

Asimismo, dentro de nuestra elección de acometer nuestra investigación desde la perspectiva histórica, también hemos encontrado en la doctrina más respetable una razón para elegir el Derecho Romano, y esta no es otra que el carácter de universalidad que IHERING proclamó respecto del Derecho Romano superando la concepción nacionalista de SAVIGNY. La tesis de SAVIGNY se centraba en considerar o resaltar el carácter nacional del Derecho Romano, entendiendo este como un fenómeno identificador de un pueblo o culturas determinados, en este caso Roma. Como dice TOMÁS Y VALIENTE¹⁵ a propósito del que para muchos es el padre de la Escuela Histórica del Derecho, SAVIGNY “*desde el principio destacó la raíz popular del Derecho que, a su vez, enlaza así con su peculiaridad nacional*”.

Pero IHERING¹⁶ fue más lejos, y comenzó una de sus más brillantes obras de manera categórica al decir: “*Tres veces Roma dictó leyes al mundo y sirvió de lazo de unión entre los pueblos: primero, por la unidad del Estado romano en la plenitud de su poderío; luego, por la unidad de la Iglesia a la caída del Imperio; y, finalmente, por la unidad del derecho al ser adoptado en la Edad Media. La importancia y misión de Roma en la historia se resume en que representa el triunfo de la universalidad sobre el principio de las nacionalidades*”. Utilizando el lenguaje actual, podríamos decir que el Derecho Romano ha tenido desde su origen un efecto globalizador extraordinario, por su arraigo e influencia a lo largo de los siglos en nuestra cultura.

¹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, 2011, pág. 41

¹⁶ VON IHERING, R. *El espíritu del Derecho Romano*, Madrid, 2005, pág. 29.

Tanto abogados como procuradores -principales protagonistas del delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 465 del Código Penal actual-, hay que decir que, se trata sin duda de figuras que ya en tiempos de la Antigua Roma comenzaron a tener una actividad decisiva en el tráfico jurídico. Los primeros a través de la oratoria, y, los segundos, actuando para un tercero, inicialmente en el marco de los asuntos familiares y, a medida que pasaba el tiempo constituyéndose en verdaderos representantes de los intereses ajenos. Ambas figuras, estaban por así decirlo, a merced de las consecuencias que sus actos podían causar. Como veremos más adelante, si una representación causaba un perjuicio trascendente para el mandatario, el castigo para el causante podía ser incluso la muerte o cuando menos el destierro. La trascendencia de esta figura de la representación se puede percibir ya en el perfil de los primeros sujetos que la realizan, que, en sus orígenes, fueron los propios esclavos quienes para poder llevarla a cabo perdían dicha condición y pasaban a ser *libertos* ya que, en su condición de esclavos y carentes de personalidad jurídica como si fuesen cosas, no podían tener validez sus actos de representación.

Respecto de los abogados concretamente, debe destacarse que, desde que esta figura empieza a consolidarse en el mundo jurídico romano es objeto de recelo y desconfianza, no tardando en ser objeto de control y regulación. Tan pronto como se consolida la figura del *advocatus*, se le imponen unas limitaciones. Estas exigencias se reflejan en el Derecho actual en forma de estatutos para unos y otros de los profesionales mencionados. Abogados y procuradores están sujetos a un orden legal y ético, esto tiene su origen en el Derecho Romano. Se trata de una profesión que, cuando abandonó el carácter altruista y empezó a ejercerse de forma lucrativa y, sobre todo, tras el acceso de los plebeyos -de *status* social inferior a los patricios-, a ella, se consideró que la actividad

en la defensa debía estar regulada y limitada, y así se hizo por el poder político a través de edictos y Constituciones Imperiales.

Por lo que respecta al proceso, decir que es el marco principal en el que se exige responsabilidad tanto a abogados como a procuradores. Y esto es así, porque el propio artículo 465.1 del actual Código Penal excluye del tipo los actos desleales o de infidelidad sobre documentos cometidos fuera de aquel.

En este sentido, podríamos hacernos la pregunta ¿cuándo tiene su origen el proceso y porque su relevancia desde el origen? Para responder a tal cuestión debemos también viajar hasta los tiempos de la República en Roma, en que la oratoria se definía como el arte de la persuasión por medio de la palabra, pero esto cambiaría con la complejidad que fue adquiriendo el mundo jurídico. En el sistema político republicano, donde había la libertad suficiente de palabra y el sistema judicial tenía cierta independencia, la oratoria como género literario, constituyó una de las manifestaciones más originales y fecundas del genio romano. Tenía una doble aplicación: el dominio de los resortes de la oratoria era el medio más eficaz de imponer la propia voluntad y de tener el mayor ascendiente sobre una masa que no sabía leer ni escribir. El buen orador tenía una poderosa arma política en sus manos, ya que por medio de este arte podía conseguir los votos de los ciudadanos e inclinar a su favor la voluntad del Senado; y, por otra parte, también la oratoria era imprescindible en las causas judiciales, donde el abogado debía adjudicarse en favor de su cliente la voluntad de los jueces. Paradójicamente, cuando en la época imperial dejaron de existir la libertad política y la independencia judicial, la oratoria se convirtió en actividad áulica, en un género literario ejercitado solo en el marco de las escuelas y paulatinamente dejó de tener tanto protagonismo sobre todo en la resolución de conflictos.

Este cambio refleja nuestra afirmación en cuanto a la tendencia de controlar la Justicia en general y la abogacía en particular, de ello dan cuenta no pocos autores y, en este sentido MURGA GENER: *“El poder político irá manifestando un interés cada día mayor en esa defensa jurídica ya que, al menos indirectamente, viene ésta última a contribuir grandemente al propio mantenimiento de un status social cuya juridicidad pudiera verse afectada. Como es lógico, el poder estatal a través de sus magistrados, incide en el ordenamiento procesal cuando comienza a entrar en juego un móvil político reglamentando el orden litigioso aunque no fuera más que por mantener la superación de la vis, siempre peligrosa y fuente de desórdenes (...) La vigilancia y control político dirigidos hacia el cumplimiento de todos los requisitos procesales, aun con todos sus defectos, venía a ser prácticamente el único medio eficaz para lograr la deseada igualdad, entre los litigantes, principio de legalidad que empieza a aparecer ya desde el principio como prerrogativa irrenunciable del Estado”*¹⁷.

¹⁷ Sobre este aspecto se antoja importante el análisis de MURGA GENER sobre el concepto de Proceso y de Ordenamiento procesal. Define el primero como la *“serie de actos sucesivos que aparecen sometidos y reglados conforme a una ley a la que por tal motivo se llama ley procesal. Por lo mismo y dentro siempre de la terminología moderna, se designa con el nombre de Derecho procesal, aquel ordenamiento cuya especialidad consiste precisamente en servir de normatividad ordenadora de todos los actos litigiosos, calificándosele a veces como Derecho formal y adjetivo”*. Y destaca dos características principales: *“se trata de una normatividad formal y externa que nos da ya una idea como de algo que se contrapone a material; y, por otra parte, el Derecho procesal es en sí mismo una entidad que no tiene razón de existir sino vinculado al sustantivo, es decir, al Derecho subjetivo en discusión. (...) parece ser que es precisamente lo formal y externo lo que en sí mismo constituye la esencia del Derecho procesal, hasta tal punto que este ordenamiento nunca podrá prescindir de estos caracteres. Para explicarnos el porqué de este formalismo, vinculado inexorablemente al Proceso, se hace necesario recordar la propia evolución histórica del mismo. Ya antes vimos como de esa vis prehistórica, única defensa del ius, se pasó a la ordalía o lucha ritual y fue ya ahí, en ese segundo momento precívico, sin contra todavía con un poder propiamente tal, cuando se hizo necesario -por tratarse precisamente de una lucha reglada-, todo un aparato regulador de la serie de actos ordálicos a fin de poder determinar sin ninguna posible duda, cuál de los dos litigantes había de considerarse vencedor (...) De lo dicho se desprende una primera explicación del porqué de este carácter extrañamente formal que parece tener siempre el proceso(...) Ni siquiera después cuando, ya en*

Era demasiada libertad para el orador quien, a través de su destreza oratoria, podía arrebatarse al poder público el protagonismo en la resolución de la causa. Desde la aparición del Derecho como instrumento de resolución de conflictos, especialmente en materia penal, el Estado se mostró inflexible a la hora de ceder ante otros el control de todo lo relativo a la penalidad. Siendo la pena, desde el principio, una reacción social contra el infractor de la paz social, como nos relata VON LISZT, esta facultad con el tiempo se transformará en el Derecho Penal público que, a su vez, será un reflejo del poder ilimitado del Estado¹⁸.

A medida que la sociedad romana evolucionaba se hacía más compleja y, por tanto, más difícil de controlar, la oratoria perdió relevancia y fue sustituida por el procedimiento escrito. Los actos debían de quedar inmortalizados para adquirir la necesaria fehaciencia, su plasmación en un texto o documento era imprescindible para tener testimonio de lo que se realizaba, ya no bastaba con la palabra. Aquí tenemos a otro de los elementos mencionados al principio de este epígrafe, el documento. A las monedas y sellos reales se une el documento escrito que será protagonista en los siglos venideros.

La escritura, y, por tanto, el documento escrito será durante mucho tiempo el arma de las clases privilegiadas. En Roma, únicamente los Magistrados – y con anterioridad los Pontífices-, ostentaban la facultad de redactar los textos jurídicos, actividad vetada para el resto de la ciudadanía, y será a partir de la consolidación de la escritura en la actividad jurídica cuando aparece la posibilidad de utilizar esta de forma distorsionada. Sabemos a través de los textos de GAYO y otros autores que la realización de acciones

plena época histórica, el litigio quedó sometido a unas normas ofrecidas por el propio Estado recién constituido e interesado en intervenir en la defensa de un ordenamiento jurídico, se podrá desprender el sistema litigioso de toda su carga formal (...). MURGA GENER, JL. *Derecho Romano clásico, II, El Proceso*, Zaragoza, 1983, pág.25, 26 y 27.

¹⁸ VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 1 °, Madrid, 1914, págs. 16-17.

similares a las de destruir, ocultar o inutilizar del actual Código Penal español aparecen criminalizadas en textos romanos. La manipulación de la escritura a efectos jurídicos esta perseguida en el Derecho Romano e incluso antes, aunque con menos testimonios sólidos. En este sentido, existe otra particularidad, y es que la represión de este tipo de acciones se hará desde su consideración como *crimen* y no *delictum*, diferencia que también analizaremos, pues en el derecho romano, el primero se resolverá en el marco del Derecho público al considerarse especialmente grave para la comunidad, mientras que el segundo se dirime en el ámbito del Derecho privado. Esto muestra cierta similitud con la distinción actual entre los actos realizados por abogados o procuradores considerados como delitos y los que por su naturaleza no criminal merecen solo un reproche sancionador o estatutario.

En etapas posteriores, como en la Edad Media, el protagonismo jurídico de los abogados perdió fuerza por diversos motivos. Por una parte, con la caída del Imperio romano la aplicación del Derecho Romano se debilitó en favor de los usos y costumbres de los pueblos visigodos que dominaron la Península y, como consecuencia, la abogacía permaneció en el ostracismo un largo periodo. Por otro lado, a medida que se iba consolidando la cristianización de nuestra cultura, en la misma proporción se incrementaba el poder e influencia de la Iglesia en aquella etapa de la historia, siendo los clérigos los protagonistas de la redacción y manipulación de documentos. Salvando ese periodo en el olvido, la figura del *bocero* (o *vocero*), reaparecería en los textos de ALFONSO X y hasta nuestros días su papel interventor iría *in crescendo*.

Lo expuesto en los párrafos anteriores permite llegar a la conclusión de que la abogacía, y no tanto la procura, es una profesión que se intentó controlar y limitar desde su origen. Desde luego, no cabe duda de que el Derecho y algunos de sus actores han sido históricamente un desafío para el poder del Estado. Hablamos de una profesión controlada

en la sociedad romana, relegada durante la Edad Media, satirizada y limitada en los siglos posteriores durante la Monarquía Absoluta, asimilada a los cargos públicos con la llegada de la codificación y el constitucionalismo donde el funcionariado era un instrumento del poder regio primero y del gobierno de turno después y, finalmente, regulada en la actualidad a través de la moderna legislación, Constituciones, Leyes y múltiples normas de inferior rango, reglamentos, circulares, estatutos, etc.

Es cierto que hasta 1995 nuestro Derecho Penal no contemplaba un capítulo dedicado en exclusiva a los comportamientos delictivos (desleales) de los abogados (y procuradores), pero ello no significa que la abogacía no haya estado en el punto de mira del legislador y sometida a una supervisión y control permanentes. Tan es así, que hasta la aprobación de nuestro último Código Penal los comportamientos a los que nos referimos realizados por abogados se entendían cometidos en el marco de la función pública; es decir, al legislador no le importó considerar a los abogados – al igual que otros sujetos como particulares, funcionarios judiciales o incluso militares-, como funcionarios, aunque no lo fueran, para castigar sus posibles conductas delictivas. Esto evidencia que durante mucho tiempo prevaleció el interés en limitar sus conductas y no dejarlas impunes incluso a costa de encasillarlo de forma incorrecta en el Código Penal junto a los funcionarios.

La urgencia histórica de ofrecer una sistemática coherente y lo más cercana posible a los principios y garantías constitucionales motivó la creación del Capítulo VII rubricado *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional*, dedicado a actuaciones de abogados y procuradores en el marco del proceso. Es una realidad incontestable que la abogacía desde su nacimiento como profesión ha estado controlada por el poder, fuese el del Príncipe, en la Antigua Roma; el del Rey o Soberano durante el

periodo medieval o la Monarquía Absoluta o, más modernamente, el de la Administración de Justicia.

En conclusión, por una parte, tenemos esos elementos a los que hemos hecho referencia: la existencia de unos sujetos que comienzan su labor a partir del Derecho Romano; una serie de actuaciones ya perpetradas sobre unos objetos concretos, testamentos, sellos o monedas también aparecidas en dicho periodo; así como la relevancia otorgada por el Derecho de aquella época a los trámites jurídicos cuya consecuencia fue el nacimiento de diferentes procesos o formas de resolver la controversias según el delito que se hubiese cometido; por otro lado, destacar lo que a nuestro juicio ha sido la necesidad histórica de controlar la actuación de los letrados y que cristalizará siglos más tarde en nuestra legislación penal en el Capítulo VII del Título XX del Código Penal actual con la aparición de un delito nuevo, y más concretamente en referencia a la infidelidad en la custodia de documentos cometida por abogados y procuradores en el marco del proceso. A pesar de no concurrir al mismo tiempo todos esos aspectos a lo largo de la historia del Derecho, lo cierto es que todos ellos iniciaron su protagonismo en un momento muy determinado, lo que nos ha llevado a acometer este estudio desde una perspectiva histórica a partir del Derecho Romano, porque es a partir de entonces cuando se puede hablar de la existencia de abogados como defensores; de proceso, como medio de resolución de conflictos y marco de actuación; de conductas desleales meritorias de ser juzgadas en el marco del Derecho público y no del privado, y, finalmente, de algunas acciones que empiezan a ser consideradas especialmente graves en aquel contexto histórico y jurídico. Por tanto, la Justicia en general y la abogacía como profesión en particular, son terrenos que no escapan al interés político y esto se empieza a vislumbrar de una forma muy evidente en Roma, sobre todo, a partir de la etapa republicana.

Hay que decir que, abogados y procuradores no siempre actuaron juntos en el marco de la defensa y representación como sucede actualmente; por el contrario, se trata de figuras cuyos orígenes y funciones obedecen a causas distintas y que nada tenían que ver con lo que hoy representan; sin embargo, han tenido siempre un objetivo en común, que no es otro que obrar en favor de intereses ajenos. Debido a las peculiaridades de ambas figuras y su papel en el proceso penal a lo largo de la historia estudiaremos ambas figuras por separado tras un breve repaso del contexto histórico de la España anterior a la romanización y durante esa etapa.

II. CONTEXTO GENERAL DEL DERECHO EN LA ANTIGÜEDAD Y DE ESPAÑA EN PARTICULAR.

1. La España prerromana.

El ministerio de la defensa en la historia de la humanidad tiene un origen muy antiguo. Si bien es cierto que algunas manifestaciones de la figura de un defensor aparecen ya reguladas en culturas tan antiguas como la Asiria-Babilonia, hebrea, egipcia o griega, sin embargo, será en Roma donde alcanzará su máximo esplendor¹⁹ como actividad social y cuyo legado se conservará hasta nuestros días. La primera actuación documentada de abogados en la Península data del año 87 a. de C. en la zona de Aragón, entre los habitantes de *Salduie* y *Alaun* con motivo de una canalización de aguas, en la que tras un arbitraje se dio la razón a los primeros²⁰.

¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. *Historia de la abogacía española*, Vol. 1 º, Madrid, 2015, pág. 53.

²⁰ MUÑOZ MACHADO, S. *Ibidem*, ob. cit. pág. 36.

Hay que decir que los pueblos peninsulares anteriores a la presencia romana²¹ no formaban una unidad ni política ni jurídica, y, por lo tanto, cada uno de ellos se regía por sus costumbres, un derecho consuetudinario principalmente, casuístico²², que no se diferencia claramente de los usos sociales y las creencias religiosas. Con excepciones peculiares como la presencia de un Derecho escrito de los *Tartesos*²³. Además, también hay que tener muy en cuenta que cuando Roma hace su aparición en España, el Derecho Romano tiene ya varios siglos de historia y viene a coincidir con la etapa republicana, posterior a la Monarquía y anterior al Imperio, y cuyas instituciones jurídicas estaban bastante avanzadas desde un punto de vista político y jurídico, lo que contrastaría en la península habitada por culturas mucho más rudimentarias en todos los ámbitos, sociales, económicos, políticos y, por supuesto jurídicos. En este sentido, VON LISZT, en alusión al territorio peninsular sometido al Imperio Romano, pone de manifiesto que se caracteriza por la *“autonomía de los individuales y la más grande variedad de derechos, aun en materia punitiva, dando lugar a tantos derechos penales como Estado autónomos o cuasi-autónomos, y en cuanto a la influencia del Derecho Romano “en la regulación de los derechos locales, fue lenta y hábil, a diferencia de lo que ocurría en el procedimiento y la jurisdicción”*²⁴.

²¹ VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit. pág. 25. *“De la España primitiva, o sea, del largo periodo que se extiende hasta la dominación romana, se sabe muy poco todavía. (...) se la estima políticamente considerada, a modo de un continente en miniatura, conjunto heterogéneo de pueblos iberos, celtas, fenicios y griegos, entre los que se mezclan y entrechocan elementos camitas, semíticos y ario, y que presentan el más extraño aspecto, contrastando la cultura de los unos con la rudeza de los otros”*.

²² MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un curso de Historia del Derecho español*, 1999, pág. 61.

²³ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho español*, 2011, págs. 75 y ss.; ESCUDERO, JA. *Curso de Historia del Derecho (Fuentes e Instituciones Político-administrativas)*, 3^a ed. revisada, 2003, pág. 93.

²⁴ VON LISZT, F. *Tratado...*, ob. cit. págs. 79-80.

En España no había un derecho²⁵ escrito, prevalecían los usos y costumbres ancestrales de aquellos pueblos prerromanos²⁶. En su Tratado de Derecho Penal VON LISZT -exponiendo los testimonios recabados por historiadores antiguos como ESTRABÓN, PLINIO, ISÓCRATES y otros-, llega a la conclusión de la existencia de una primitiva forma de Derecho Penal con características peculiares. Por ejemplo, respecto a la penalidad, llega a la conclusión de que se sabe poco de aquellas culturas, “*se menciona la crueldad²⁷ de los celtiberos con los malhechores, los lusitanos precipitaban a los condenados a la muerte, arrojándoles desde una roca, según ESTRABÓN; se habla de ejecuciones colectivas desde la edad del bronce, entre los Vaceos y los Iberos existía un régimen comunal, y el delito de ocultación, donde el robo a la comunidad se castigaba con la muerte; la venganza privada era común entre los pueblos indoeuropeos. Según*

²⁵ “*Resulta muy delicado decir si tales normas de las sociedades primitivas pueden ser calificadas como jurídicas (...) el filósofo del Derecho H.L.A. HART, piensa que toda sociedad primitiva tiene sus normas jurídicas primarias, a partir de las cuales, y por un proceso de complejidad creciente, van apareciendo otros mecanismos jurídicos complementarios, a través de los cuales se opera lo que él llama el paso de la forma rudimentaria del Derecho al sistema inequívoco de Derecho*”, en TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. pág. 75.

²⁶ “*Se ignora, porque no se sabe con exactitud, cual fue la primera nación de España (...). Se sospecha que fueron los Iberos (...). Carecemos de noticias ciertas sobre la criminalidad de los primitivos, en España; si bien tenemos datos suficientes para esbozar su psicología, y sabemos algo de sus costumbres y civilización (...) partiendo de la Estadística criminal y a través de sus leyes penales como fuente de investigación sabemos que tenían leyes los Iberos (Turdetanos) escritas en verso antes del relato de ESTRABÓN*” (...) *Otra fuente es el relato de las cosas maravillosas del país (...). A excepción de los colonos fenicios, griegos y cartagineses, Iberos son todos los pueblos primitivos habitantes de Iberia - excepto los Celtas-, Lusitanos, Turdetanos, Edetanos, Cántabros, Galaicos, Tartessos y los indígenas*”. VON LISZT, F. ob. cit. págs. 29 y ss.

²⁷ ZAFFARONI, ER. *Tratado de Derecho Penal*, (Parte general, I), 2014, pág. 318. “*(...) la panorámica histórica de la ley penal, es uno de los más sangrientos de la historia, que muy probablemente haya costado a la humanidad más vidas que todas las guerras juntas y que es susceptible de herir más nuestra sensibilidad actual que la misma guerra, puesto que ésta, al menos dentro de sus cánones tradicionales, no responde a la tremenda frialdad, premeditación y racionalización que caracteriza a las crueldades y aberraciones que se registran en la historia de la legislación penal*”.

EFORO, discípulo de ISÓCRATES, la ley de los antiguos celtas castigaba incluso la obesidad (...) La infamia, la prisión y la esclavitud por deudas, ahogamiento, figuraban en el cuadro de la escala penal. Se conocen casos de responsabilidad colectiva entre las razas indogermánicas. Según ESTOBEO, el célebre autor de las Sentencias referidas a Nicolás DAMASCENO, entre los celtas era más grave el homicidio cometido contra el extranjero o peregrino que contra el ciudadano del país, lo que se considera un sentimiento exacerbado de la hospitalidad y una primera manifestación del derecho de gentes". Para VON LISZT, los griegos, debieron ser nuestros primeros civilizadores en lo jurídico, ejemplo de ello el de los Jonios en Cádiz. Entre ellos se practicaba la confiscación, la pena de muerte, el destierro, la inhabilitación para ejercer cargos públicos, etc.

En cuanto a los procedimientos judiciales, parece estaban acorde con la penalidad; existía el duelo, el juicio y el arbitraje en la zona norte de la Península. Entre los tartesios, la edad del testigo de cargo no podía ser inferior a la del procesado; la utilización de una piedra para testimoniar la virginidad de las jóvenes y la existencia de diversas ordalías; en Lusitania, el cambio de color de la parca definía la culpabilidad o inocencia del reo²⁸.

En definitiva, se trata de testimonios cuya veracidad, sin desmerecerse, debe ser relativizada, pues se trata del resultado de estudios arqueológicos y antropológicos que, unidos a los relatos de los historiadores antiguos, nos llevan a aceptar como realidades los hechos que nos han transmitido²⁹. Por ello suele iniciarse el estudio del Derecho a partir de la civilización romana, no en vano es a partir de esta que se tienen los testimonios

²⁸ VON LISZT, F. ob. cit. págs. 58 y ss.

²⁹ En este sentido TOMÁS Y VALIENTE advierte, "las noticias procedentes de escritores griegos y latinos deben ser interpretadas con sumo cuidado. Algunos de ellos como ESTRABÓN, DIODÓRO SÍCULO o TITO LIVIO nunca estuvieron en España, y sus descripciones suelen estar basadas en testimonios perdidos para nosotros, lo cual nos impide comprobar la veracidad de las mismas", ob. cit. pág. 75-76.

más claros y fidedignos y cuyo legado ha sido el que ha prevalecido hasta nuestros días, constituyéndose como base del Derecho³⁰ en los principales sistemas jurídicos actuales.

La característica principal que se advierte ya desde la etapa romana primitiva en materia penal es que ya desde el origen interpretaron el delito, como una violación de las leyes públicas y del orden jurídico protegido; y la pena, como reacción pública contra aquel³¹. La civilización romana nació y se desarrolló con una extraordinaria conciencia de lo público.

2. La etapa romana en España

Fue con la invasión romana de la Península Ibérica a partir del año 212 a. de C., cuando por primera vez la totalidad del territorio quedó bajo un mismo poder político³² aunque no sometida a un mismo Derecho; primero, como ya hemos apuntado, debido a la diversidad multicultural en los diferentes territorios peninsulares, y, por tanto, la diferente intensidad del Derecho Romano en función del territorio como veremos más adelante.

³⁰ PETIT, E. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Tomo 1 °, Buenos Aires, 1917, págs. 8 y 9. “*El Derecho Romano es el conjunto de principios de derecho que han regido la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano (...) Ante todo, tiene una utilidad histórica. Nuestro derecho actual tiene un doble origen: el derecho consuetudinario y el Derecho Romano (...) El Derecho Romano debe ser estudiado como un modelo. Los monumentos que poseemos de él no encierran solamente leyes, sino también y sobre todo las aplicaciones que han hecho los jurisconsultos*”.

³¹ *Ibidem*, pág.70.

³² GARCÍA-GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho*, I, (El origen y la evolución del Derecho), 1ª ed. 10ª reimpresión, 1984, Madrid, pág. 45. “*Por primera vez en toda su historia, toda Hispania -como llamaron los romanos a la Península-, quedó unida bajo un mismo poder y sometida en su totalidad - aunque con intensidad diversa-, a los mismos influjos culturales*”.

Se iniciaba, pues, a mediados del siglo III en España un proceso de paulatina romanización que sería largo, lento y desigual a lo largo y ancho de la geografía peninsular. “*El distinto estadio de evolución cultural de cada uno de los pueblos peninsulares tuvo que afectar de modo muy directo al desarrollo de sus respectivos derechos y existían multitud de ordenamientos jurídicos*”³³.

TOMÁS Y VALIENTE³⁴, respecto de la romanización jurídica en la península, señala que ésta será “*gradual y diferenciada*”. Por su parte, LALINDE ABADÍA³⁵, advierte cierta coincidencia temporal y relata, “*ya desde el Renacimiento los historiadores consideraban el Derecho como un producto histórico fruto de un proceso evolutivo que, tras un periodo arcaico, va desde la mitad del siglo III a. C. hasta la mitad del siglo III d. C., en el que se desarrolla el Ius romano que por su fuerza creadora se denominado “clásico” y que es el que Roma atraviesa cuando pone sus pies en la Península ibérica, es decir, coincidirá con la presencia romana en España*”.

También la ingente literatura sobre la cultura y expansión romana ha recalcado muchas veces la existencia de factores diversos que contribuirán a la romanización de España y que influirían en el desarrollo de su cultura, lengua y derecho. Uno de ellos sería el papel del ejército que, a través de los campamentos y colonias en la Península y el reclutamiento de soldados indígenas, comenzará a extender el *modus vivendi* romano en las tierras ocupadas³⁶. Fue la irrupción de los cartagineses en Sagunto lo que provocó la

³³ MONTANOS FERRIN, E. y SANCHEZ-ARCILLA, J. *Historia del Derecho y de las Instituciones*, Tomo 1º, 1991, pág. 32.; y, SÁNCHEZ ARCILLA, J. *Historia del Derecho (Instituciones políticas y administrativas)*, Madrid, 1995, pág.25

³⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit., pág. 84

³⁵ LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1989, pág. 43.

³⁶ “*El primer contacto de los pueblos indígenas con Roma fue a través de su ejército*”, MONTANOS FERRIN, E. y SANCHEZ-ARCILLA, J. ob. cit. pág. 36; TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho...*, ob. cit. pág. 83; SÁNCHEZ ARCILLA, J. ob. cit., pág. 27.

llegada de las tropas romanas a la Península³⁷. Con una geografía variada y rica, España pronto fue objeto de la codicia de Roma que comenzó a expandir su *modus vivendi* por el territorio conquistado. Nació *la vida urbana*, otro factor de romanización crucial; surge una nueva economía monetaria, las actividades artesanales y comerciales, que tienen su desarrollo en la urbe, adquieren prevalencia sobre la vida rural anterior.

La complejidad de la nueva sociedad romana impulsará el desarrollo del Derecho como forma de resolución de conflictos, y, de igual forma que esa romanización económica, social o política -que fue lenta y paulatina, - la romanización jurídica también se caracterizará por su complejidad. En las sociedades antiguas generalmente prevaleció el principio de personalidad del Derecho, así lo expone TOMÁS Y VALIENTE, “*según el cual cada individuo vivía sujeto al Derecho de su pueblo. Solo los ciudadanos romanos lo eran de pleno derecho; pero también existían los Peregrinus, hombres libres que vivían en territorio romano, pero sujetos a su Derecho de origen; los latinos, que se regían por el Derecho romano parcialmente, los extranjeros o Barbari, y en el último escalafón, los esclavos que no tenían derechos*”³⁸.

En España la llegada de los romanos coincide con el periodo republicano y la Península se constituyó en una provincia más de Roma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el Derecho Romano que se imponía a las provincias era distinto al que se aplicaba en la urbe, y, además, tampoco toda la Península recibió el mismo influjo de romanización por lo que el análisis de la abogacía como ciencia, que surgió en la civilización romana, lo haremos teniendo como referente básicamente partir de su

³⁷ ALVARADO PLANAS, J. MONTES SALGUERO, J. PÉREZ MARCOS, R. SÁNCHEZ GONZALEZ, D. *Lecciones de Historia del Derecho y las Instituciones*. Vol. 1º, 2002, pág. 126; MERCHAN ÁLVAREZ, A. *Las épocas del Derecho español*, 2ª ed., Valencia, 2001, págs. 25 y ss.

³⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho español*, ob. cit. págs. 84 y ss.

evolución en Roma como capital del imperio y cuna del Derecho occidental. Más adelante, a partir de la recepción del *Ius comune* y su aceptación en los territorios peninsulares, se estudiará la figura de los defensores y representantes en España a partir de dicho periodo.

Ante este panorama tan diverso y complejo el Derecho evolucionó y la labor de los juristas -abogados entre ellos-, también experimentó un desarrollo tan necesario como importante; sin embargo, no será hasta el siglo XIII en la etapa alfonsina y con la aparición de los textos como el *Fuero Juzgo*, *Fuero Real* y, especialmente, *Las Partidas*, cuando se puede hablar de la aparición de la actividad de abogados en España.

3. Fuentes de Derecho en España

Finalmente, en cuanto a la legislación de la Península durante su integración como una provincia más del Imperio, se pueden destacar algunos textos entre los cuales destacan: leyes municipales como *lex Coloniae Genetivae Juliae*; *lex Mamilia*; *lex Julia de ambitu*, que penalizaba la vulneración de la jurisdicción y, sobre todo la *lex Flavia Salpensana* que castigaba a quienes se negaban a prestar juramento de fidelidad. Otra fuente del Derecho Penal en España fueron los Edictos de los Emperadores Trajano o Adriano en Pamplona, así como la Constitución de Constantino I del año 317 que sometía al fuero y procedimiento comunes a los delincuentes de la categoría de los *clarissimi*, lo que para VON LISTZ³⁹ constituía un ejemplo notable de igualdad social; asimismo, también destaca el autor la evolución en la formalización del Derecho al señalar que los documentos no podían presentarse fuera del tribunal y que los jueces debían fallar las causas ante el público.

³⁹ VON LISZT, F. *Tratado...*, ob. cit. págs. 80 y ss.

En síntesis, las leyes romanas en España nunca fueron generales sino locales, esto es lógico teniendo en cuenta, como ya se ha dicho y sostiene la mayoría de la doctrina, que la ocupación romana en la Península tuvo diferentes grados de intensidad, por una parte, y, en estrecha relación con esto, por la gran diversidad de pueblos y culturas que la habitaban quienes aceptaban o toleraban la presencia de los romanos de manera desigual.

III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ROMANO. PRIMERAS FIGURAS DE DEFENSA Y REPRESENTACIÓN.

1. Introducción.

En la Antigua Roma las primeras fuentes se basaban en los usos y costumbres ancestrales que pasaban de generación en generación, reglas no escritas conocidas como “*mores majorum*”, costumbres de los mayores o de los antepasados⁴⁰. Sobre el carácter de esta institución se plantea la duda de si se trataba de una fuente jurídica o de un sistema moral en relación con la censura ejercida por la Magistratura como control social a través de su observancia. No existía en un principio un Derecho escrito. La falta de precisión y esclarecimiento de sus reglas favoreció el arbitrio de los magistrados patricios encargados de la administración de la justicia, y no solamente en el Derecho privado, sino también en la represión de crímenes y delitos tratados en la esfera pública.

En los orígenes de su existencia y para referirse a la figura del abogado se utilizaron diferentes expresiones, e, igualmente respecto de sus primeras funciones, decir que no fueron las mismas en cada momento y lugar. Las denominaciones para distinguir

⁴⁰ VEIGA LÓPEZ, M. “*Mores maiorum*: ¿sistema moral o costumbre?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n ° 5, 1987, págs. 413-426.

a un defensor -la actividad que realizaban, así como su estatus y situación social-, fueron evolucionando paulatinamente y lo hicieron muy en consonancia con los cambios sociales y políticos que se iban sucediendo. En principio la expresión “abogado” etimológicamente proviene del latín, *advocatus*, “el llamado”; o de *ad vocare*, “llamar”; pero más allá de la definición empleada en torno a la figura del defensor, todas coinciden en una idea similar: la de interceder, mediar, rogar, o suplicar en favor de otro, intervenir, auxiliar, proteger, asesorar⁴¹.

Los distintos periodos de la historia de Roma fueron, *Monarquía* (desde el año 753 al 509 a. de C.); *República* (desde el 509 a. de C. al 27 d. de C.); e, *Imperio* (desde el 27 d. de C. al 235 d. de C), este último, coincide con el llamado *periodo clásico* del Derecho Romano. A partir de mediados del siglo III hasta la recopilación de Justiniano, es lo que se conoce como periodo post clásico, que viene a coincidir, a su vez, desde el punto de vista político con el llamado Dominado o Bajo Imperio. Pero la mayoría de la doctrina coincide en diferenciar tres grandes periodos en el desarrollo de la abogacía, una primera en tiempos de la República; una segunda en la primera fase del Imperio (Alto Imperio), y la etapa justiniana.

2. Etapas de la abogacía romana.

2.1. Primera etapa de la abogacía en Roma. La República.

Antes de nada, hay que decir que, durante el periodo arcaico de la Monarquía y el tránsito a la República el uso del Derecho había sido privilegio exclusivo de los pontífices,

⁴¹ FERNÁNDEZ SERRANO, A. *La Abogacía en España y en el mundo*, Vol. 1º 1955, pág. 61.

prácticamente desconocido para la mayoría de la ciudadanía, se hablaba de un Derecho “incognito y recóndito” solo accesible para aquellos⁴².

Los primeros esbozos de estas figuras de abogado y procurador tienen su origen en la República, momento en que aparecen los primeros indicios de sus actuaciones, si bien, de manera muy diferente a la que hoy conocemos. En este periodo la defensa tenía un carácter de favor personal, y era ejercido por un ciudadano de cierto prestigio, *el patronus*⁴³, en defensa de otro al que le unía una relación de clientela. Es en esta etapa republicana donde podemos encontrar las primeras expresiones cercanas a la figura del abogado bajo estos términos de *patronus* y *orator*. Esa oralidad que caracterizará a los primeros abogados en sus intervenciones se pondrá de manifiesto a través de la retórica de influencia griega⁴⁴. No obstante, y a pesar del influjo griego en este campo, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar la inexistencia de abogados en la Grecia anterior a su incorporación a Roma, que es donde surge al *especimen iuridicium inaugurale*, la abogacía romana inaugura el espécimen abogado⁴⁵.

⁴² MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 ° ob. cit. pág. 102.

⁴³ Para ARIAS RAMOS, “*el origen remoto de esta modalidad de auxilio procesal a las partes se enlaza con la vetusta institución de la clientela. El patronus, como personaje económica y políticamente relevante, amparaba a los que, conscientes de su débil posición social, buscaban un protector*”, A Coruña, 1936, pág. 42. MUÑOZ MACHADO, S. Vol.1 °, ob. cit. págs. 104 y ss. “*En síntesis, se pueden distinguir según tres periodos en la historia de Roma en cuanto a las clases de defensores, si bien, y como advierte el autor, se trata de un esquema muy básico pues las diversas figuras que ejercía la defensa de una u otra forma se entremezclaron y difundieron entre ellas. Sería en primer lugar el patronus, que en realidad era un acompañante de cierto prestigio social que acudía al juicio con el litigante; en segundo lugar, el orator, utilizado en la defensa por su habilidad retórica para ganarse al Juez, y, finalmente, el causidicus o advocatus, que en un principio tenían conocimientos básicos, pero con el tiempo se hicieron iuris peritus*”.

⁴⁴ “*A mediados del siglo III a.C., de produjo una recepción de la retórica griega en la sociedad romana a través de los ciudadanos griegos establecidos en la Italia meridional, incluso Cicerón sitúa esa penetración cultural griega en tiempos de los reyes Tarquinos allá por el siglo VII a.C.*”, en AGUDO RUÍZ, A. *Abogacía y Abogados*, págs. 25 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1°, ob. cit. págs. 54 y ss.

⁴⁵ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit. pág. 99.

En torno a esta primera figura relevante, el *patronus*⁴⁶, decir que su presencia en juicio era reclamada por el litigante atendiendo solo a su relación personal con él. No utilizaron de inicio ni oratoria ni Derecho, únicamente exponían razones de crédito personal. En palabras de ARIAS RAMOS, “*el patronus era un personaje económica y políticamente destacado, amparaba a los que, conscientes de su débil posición social buscaban un protector*”.

A partir de los siglos IV-III a. C. la defensa se empieza a ejercer a través de la elocuencia. El *orator* llamado a la defensa por sus habilidades retóricas. Se distinguía básicamente entre *jurisconsulto* y *patronus u orator*, y tienen funciones distintas. Los primeros actuaban en la primera fase del procedimiento ante el *pretor* donde se fijaban los términos de la controversia, así como el derecho aplicable “*apud iudicem*”; en la segunda fase ante el Juez, el *orator o patronus* defendía los intereses del justiciable mediante la retórica y la dialéctica⁴⁷.

Hay que decir que en sus inicios la abogacía tenía carácter altruista, los servicios prestados por el *orator* o *patronus* eran gratuitos, no tenían una finalidad lucrativa y ejercer de *patronus* constituía motivo de prestigio y honor⁴⁸. No se exigía del *patronus* una formación jurídica, simplemente se trataba de ciudadanos que ostentaban cierta relevancia y prestigio social, lo que, a su vez, les otorgará cierta influencia en las

⁴⁶Ibidem, “*Patronus y Orator*, son quizás los términos más antiguos donde podemos encontrar el germen de la profesión de abogado”, pág. 54.

⁴⁷“*Durante la República la enseñanza de la retórica estaba basada en una combinación de teoría y práctica*”. Considerada como “*un instrumento pedagógico basado en el dominio de la palabra en su triple finalidad: enseñar, conmover y deleitar*”, características que serían aprovechadas para afrontar las causas ante los magistrados. AGUDO RUÍZ, A. *Abogacía y abogados*, ob. cit. pág.40.

⁴⁸ OSSORIO Y GALLARDO, *El alma de la Toga*, 1996, Buenos Aires, pág. 33.

decisiones del pretor⁴⁹: Pero con el paso del tiempo los *patroni* comenzaron a llamarse *oratores*, figuras ambas que se habían utilizado indistintamente en un principio y convivieron durante largo tiempo⁵⁰. Dentro de la idea de *orator* se distinguía entre los meramente retóricos, cuya arma es la dialéctica y el arte de la persuasión, y los *iurisconsulti oratori*, que basaban sus argumentos en los conocimientos de la ciencia jurídica. Los primeros recurrían habitualmente a los jurisconsultos para dotar a sus argumentos dialécticos de fortaleza jurídica⁵¹. El más famoso e influyente orador, considerado también jurisconsulto por su gran formación, fue Cicerón.

Ya avanzada la República la necesidad de dar respuestas en público obliga a una apertura del conocimiento de las leyes. De igual manera sucedió con el ejercicio de la abogacía, restringido inicialmente a la Aristocracia, los patricios, con el tiempo la capacidad para poder ejercerlo se extendió a los plebeyos.

Por su parte BARCIA LAGO⁵², sobre la evolución de la abogacía señala también tres etapas que irán evolucionando a merced del contexto político y social del mundo romano. En esta etapa republicana destaca la figura del *patronatus iudiciarius*, que irá evolucionando, en palabras de este autor, *desde una primitiva fase de patronazgo*

⁴⁹ “Los servicios prestados por el *patronus* u *orator*, eran, en principio gratuitos, en la abogacía romana el *patronatus* es carga de honor y no codicia de estipendio”. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. págs. 59. y 107 y ss.; AGUDO RUÍZ, A. *Abogacía y abogados*, ob. cit. págs. 167 y s.s.; NEUHAUSER, W. *Patronus und Orator, (Commentationes Aenipontanae XIV)*, Innsbruck, 1958.

⁵⁰MUÑOZ MACHADO, S, Vol. 1º, ob. cit. pág. 116.

⁵¹ BERGER, A. *Orator in Encyclopedic Dictionary of Roman Law (Transactions of the American Philosophical Society)* Filadelfia, 1953, págs. 611-612.

⁵²BARCIA LAGO, M. “Surgimiento de la profesión de la abogacía en Roma” (*Advocatus-Officium advocacionis: etapas evolutivas*), en: <https://2019.vlex.com/#vid/surgimiento-profesion-abogacia-roma-41035221>, pág. 9 y 10/59. Sobre la de defensa forense en favor de parte, este autor destaca otras acepciones que identifican al primitivo abogado: la *postulatio pro aliis*, intervención en favor ajeno, y su posterior evolución en la *advocatio, professio advocacionis* u *officium advocacionis*, como dedicación propia del *advocatus* en cuanto figura profesional plenamente reconocida e institucionalizada.

nobiliario estricto hasta finales de la República; se trata de una relación clientelar, de sumisión, establecida entre el *advocatus* y su protegido, carente de vínculos contractuales entre ellos y fundada en la fidelidad (*fides*) y la amistad (*amicitia*) y firmada (signada); y, como consecuencia de esa actividad altruista del *patronus*, este ganaba en prestigio e influencia social y política, y cuya condición de *orator* apuntaba por ello a miras que excedían la estricta preocupación forense”, la buena fama era una llave de entrada para la política.

Otro autor, FERNÁNDEZ BUJÁN, señala como fecha de inicio de la actividad letrada el siglo II a. de C., y con final en Oriente en el siglo VI. Este autor relaciona la evolución de la abogacía con el contexto histórico político romano y, en este sentido, advierte tres fases al respecto: la República, el Principado y, el Dominado o Imperio absoluto; y, como muchos otros autores al referirse a la actividad de la defensa hace alusión a las diversas acepciones que recibió la profesión de abogado como, *patroni, oratores, advocati, causidici, scholastici, togati, iusperitos*.

Pero más allá del término con el que se definía a estos sujetos, merece destacarse esa inescindible relación histórica de la abogacía con el contexto político del momento, en lo que se refiere al carácter reivindicativo de la profesión. En ese sentido, se puede aludir a un texto -del que no existen testimonios escritos-, a través del cual, según los historiadores, se reflejaron las crisis internas del periodo republicano y cuya aparición fue decisiva -entre otras cosas-para la difusión del Derecho, se trata de la Ley de las XII Tablas⁵³. A propósito de esta obra, Gneo FLAVIO daba a conocer las colecciones de acciones que facilitaron el conocimiento del derecho a la ciudadanía⁵⁴. Básicamente, esta

⁵³FERNÁNDEZ DE BUJÁN y FERNÁNDEZ, A. *Derecho Romano* (Manuales universitarios), 3ª ed. Navarra, 2019.

⁵⁴MUÑOZ MACHADO, S. Vol. n º 1, ob. cit. págs. 102-103.

ley contenía, de algún modo, la reivindicación de una forma de principio de igualdad por parte de los plebeyos y que pone de manifiesto su marcado carácter político.

La situación de crisis en Roma tras la caída de la Monarquía etrusca entre principios del siglo VI a. de C. y finales del siglo V a. de C, unido a las tensiones generadas posteriormente por las guerras exteriores propiciaron ya la necesidad de un equilibrio de poderes entre patricios, como clase dominante, y plebeyos, así lo explica también Marcos CELESTINO⁵⁵: “*los tribunos, que fueron los intérpretes de las reclamaciones de la plebe, pidieron la redacción de una ley que rigiera igualmente para todos los ciudadanos. Para algunos esta ley de las XII Tablas fue una gran Ley fundamental*⁵⁶. A partir de esta ley, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁵⁷, “*y de forma progresiva en los siglos posteriores, fueron los juristas laicos los que, junto a los sacerdotes primero, y posteriormente de forma exclusiva, concluido el proceso de secularización del derecho, procedían a aconsejar a las partes la fórmula verbal adecuada*”.

En conclusión, lo que interesa destacar es que la creación de leyes, el uso del derecho y el acceso al senado o *los decenviri*, habían sido privilegio exclusivo de la

⁵⁵ MARCOS CELESTINO, M. *La Ley de las XII Tablas*, Tomo 51, n.º 155, Salamanca, 2000, págs. 354 y ss.

⁵⁶ MACKELDEY, F. *Elementos del Derecho romano*, 2ª ed. Madrid, 1845, págs. 16-17; vid. “*Que, siendo cónsules y censores Publio Elio Peto y Sexto, éste último publica los commentaria tripartita, posiblemente la primera obra que sistematiza los elementos del Derecho y proporciona a la ley de las XII Tablas su interpretatio y las fórmulas procesales denominadas ius aelianum*”. GARCÍA GARRIDO, MJ. *Derecho privado romano, casos, acciones e instituciones*, Madrid, 2012, págs. 98-99; KOVALIOV, S.I *Historia de Roma*, Vol. 1º, Madrid, 1985, pág. 102; “La ley de las XII Tablas es considerada por el orador, la principal fuente de Derecho y además dotada de *auctoritas e utilitas*”, así BARTOL, F. “*La Lex XII Tabularum ex Cicerone*”, Madrid, 2006, pág.388.

⁵⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*, 6ª ed., Madrid, 2013, pág.50.

nobleza lo que, probablemente dio como resultado la creación de una ley, las XII tablas, tras largas tensiones y reivindicaciones.

Igualmente, el ejercicio de la defensa hasta entonces había sido también una actividad limitada a ciudadanos privilegiados -los patricios-; pero pronto sería objeto de codicia por las clases más desfavorecidas para reivindicar sus derechos, el ejemplo más evidente es la propia figura de Gneo FLAVIO, un liberto, secretario del patricio Apio Claudio CAECO, que filtró en una publicación llamada *Ius flavianum* los secretos de los procedimientos judiciales, cuyo conocimiento era exclusivo de patricios y pontífices⁵⁸.

Con el paso del tiempo los ciudadanos plebeyos fueron accediendo a las actividades relacionadas con la defensa de intereses frente al poder, como una forma de controlar a quienes siempre lo ostentaron y que habían hecho del derecho un método para imponer sus voluntades, aplicando las costumbres y las normas de convivencia en interés propio. Por ello, algún autor señala que, si en los primeros tiempos de Roma esta misión de abogar estuvo confiada al patriciado, en conexión con su organización política, con el paso del tiempo fueron evolucionando las costumbres, y a partir de las XII Tablas la defensa en juicio deja de ser un privilegio del patrono y la actividad de postular empieza a ser una realidad para los plebeyos.

La transformación política fue decisiva para este cambio, al ir evolucionando aquella República aristocrática primitiva en otra más popular, y lo hizo sobre la base de un sistema electivo, en el que la plebe adquiere ya cierto protagonismo, de lo que extrae una interesante conclusión FERNÁNDEZ SERRANO al decir que *“la misión de abogar nace como consecuencia del derecho natural de defensa y la complicación de las leyes,*

⁵⁸ HERNÁNDEZ GALINDO, JG. *La voz del Derecho*, (Programa Institucional Sínderesis. Por la vigencia del Derecho) “Derecho Romano: 14.- Segundo periodo”, Bogotá, Colombia, 2014. Véase, <http://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/derechoromano/item/2591>.

no limitándose a una intervención de carácter técnico y eventual. Su origen tiene un marcado carácter social, unida desde su origen al desarrollo del derecho y con la idea de lo justo. La transformación del régimen político influyó de modo decisivo, al ir evolucionando aquella República aristocrática a otra más popular, sobre la marcha del sistema electivo, en la que la plebe tomaba parte en el devenir político de la ciudad. Desde ese momento, la asistencia judicial dejó de ser un privilegio de clase para convertirse en una función de la ciudadanía”⁵⁹. Esta reivindicación de las clases más desfavorecidas en Roma para acceder a la defensa se podría entender como una aportación de los plebeyos a la “democratización” de la sociedad romana⁶⁰.

A modo de reflexión, cobran sentido las palabras de Alexis DE TOCQUEVILLE en su obra *La democracia en América*⁶¹ al manifestar: “*cuando se visita a los americanos y se estudian sus leyes, se ve que la autoridad que han otorgado a los legistas y las influencias que les han dejado alcanzar en el gobierno forman hoy la más poderosa barrera contra los extravíos de la democracia (...) En Europa los legistas han estado mezclados en todos los movimientos de la sociedad política desde hace quinientos años. Tan pronto han servido de instrumento a las potencias políticas, como han tomado a las potencias políticas como instrumento. En la Edad Media ayudaron muy grandemente a extender la dominación de los reyes, a partir de esa época, han trabajado lo indecible para restringir ese mismo poder. En Inglaterra se les vio unirse íntimamente a la aristocracia; en Francia se mostraron sus más peligrosos enemigos*”.

⁵⁹ FERNÁNDEZ SERRANO, A. *La Abogacía en España...*, ob. cit. pág. 62.

⁶⁰ TEJA, R. “*Honestiores y humiliores en el Bajo Imperio: hacia la configuración en clases sociales de una división jurídica*”, *Revista Memorias de Historia Antigua*, n ° 1, 1977, págs. 115 y ss.

⁶¹ DE TOCQUEVILLE, A. *La Democracia en América* (Ciencia Política), Madrid, 2009, pág. 380.

La dinámica a lo largo de la historia nos enseña que el Derecho, como instrumento imprescindible en el marco de la convivencia, ha servido tanto para ejercer el poder tiránico como para oponerse a este; es decir, no siempre ha sido utilizado conforme a sus principios ni ha sido siempre efectivo por un indebido uso de este a través de la picaresca, la búsqueda de atajos, el uso del ventajismo y, en definitiva, por su utilización desleal.

2.2. Segunda etapa de la abogacía en Roma. Etapa clásica o Alto Imperio.

Esta segunda etapa se identifica por algunos autores con el periodo clásico, así MUÑOZ MACHADO⁶² y para otros, como BARCIA LAGO, con el de Alto Imperio⁶³, aunque en realidad ambas expresiones aluden al mismo periodo temporal, es decir, de finales de la República y comienzos de la etapa imperial y será en este segundo periodo cuando se desarrolle la profesión forense y comience la profesionalización de los *advocatus*. Se impone el rigorismo formalista y la exclusividad en la legitimación procesal que caracterizan las acciones de la ley, haciendo inevitable un cambio en la forma de tramitación de los procesos, que se concretará con la creación de un nuevo procedimiento denominado formulario⁶⁴ característico del Principado, término con el que se identifica el primer periodo político del Imperio romano o Alto Imperio.

⁶² MUÑOZ MACHADO, S. Vol. n ° 1, ob. cit. págs. 60 y ss.

⁶³ BARCIA LAGO, M. “Surgimiento de la profesión...”, ob. cit. pág. 10/59.

⁶⁴ Sobre las diferentes etapas del procedimiento penal romano véase FERENÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *Derecho Romano. Manuales universitarios*, 3ª ed. Navarra, 2019, pág. RB-10.2. “El procedimiento formulario *per formulam* recibe esta denominación en atención a que el escrito o fórmula en el que constan las posiciones de las partes y los extremos a los que debe someterse la sentencia del juez, constituye el fundamento en el que se asienta la nueva forma de actuación procesal, que supone una superación de la necesidad de emplear unas formulas verbales, *certa verba*, predeterminadas, y su sustitución por un texto o fórmula escrita, *concepta verba*”.

Para BARCIA LAGO, la dinámica social y política daría paso en una segunda etapa de desarrollo a la *advocatio* como “*dedicación particular marcada por el interés privado -"liberal" suele denominársele en la doctrina- que cubriría los tiempos del Alto Imperio, en cuya época se iría transformando el patronatus iudiciarius en una verdadera professio advocationis, que conseguiría afianzarse como honestus labor, merecedor del derecho a la lícita retribución de sus servicios*”, y, paradójicamente, como señala este autor, de ir perdiendo prestigio el *patronus* a finales de la República, la figura del nuevo defensor experimenta un reconocimiento importante que se refleja en el ámbito social.

Tras la etapa republicana en Roma, la complejidad que había ido adquiriendo el Derecho sustantivo exigía ya la intervención de los llamados expertos jurisconsultos. El viejo proceso de la *legis actiones* se sustituye por un procedimiento *per formulas* a finales del periodo republicano. En este sentido, la aparición de los nuevos *advocati* como defensores en los pleitos se debe, entre otras cosas, a que el ejercicio por parte de los jurisconsultos oradores, expertos en derecho, que alternaban esa actividad con el ejercicio de la defensa directa, deviene con el paso del tiempo en incompatible.

Es un hecho que, tras la caída de la República, se producen sustanciales transformaciones. La tecnificación del Derecho como consecuencia de diferentes factores, sociales, económicos y políticos, promoverán novedades en materia legislativa y, sobre todo en cuestiones formales, donde las escrituras y la documentación de las actividades sociales exigirán procedimientos, trámites y demás medios necesarios para optimizar las relaciones de todo tipo, y por supuesto, requerirá de ciudadanos experimentados que puedan dominar todos estos aspectos, los abogados entre otros. Roma se convierte en una urbe ya muy desarrollada, experimentando un aumento vertiginoso del comercio así como de los territorios conquistados; la diversidad de pueblos bajo el dominio del imperio; la creciente necesidad de resolver las controversias

entre ciudadanos romanos, entre ciudadanos romanos (*cives*) y extranjeros (*peregrini*); y, entre extranjeros que litigan entre sí, etc., exige cambios en el campo de la Justicia para poder dar respuesta a las cada vez más complejas situaciones jurídicas que se producen, en definitiva, la evolución y la prosperidad de la sociedad romana proclama la presencia de nuevos actores, y, en este contexto la figura del abogado empieza a tomar cuerpo.

Sin embargo, los beneficios que pudiera ofrecer este cambio no evitaron que surgiera con ellos otro tipo de inconvenientes. El procedimiento escrito traerá lentitud, garantías procesales, tecnicismos, posibilidades dilatorias, sutilezas jurídicas... surge una máxima, “*los escritos permanecen frente a las palabras que vuelan*”, (*scripta manent, verba volant*), en consonancia con otro aforismo germánico, “*el papel engaña sin ruborizarse*”⁶⁵. Esta evolución técnica del Derecho se convierte en un campo abonado perfecto para cometer ciertos actos en beneficio propio sobre todo para aquellos que tienen acceso a una formación jurídica en esos aspectos. La deslealtad, en el contexto de las relaciones sociales a través de procedimientos cada vez más sofisticados por parte de sus protagonistas, se convierte en una amenaza real.

Según avanza el Principado⁶⁶, se va consolidando la profesionalización de la actividad defensora a través de un marco estatutario que regula su actividad. Aparecen los primeros requisitos obligatorios para el ejercicio de la abogacía, se abandona el carácter meramente altruista y se fijan honorarios como remuneración al abogado⁶⁷, el

⁶⁵ “*A finales de la República, el rigorismo formalista y la exclusividad en la legitimación procesal, que caracterizan las acciones de la ley, junto con la necesidad de resolver controversias entre ciudadanos, (cives); entre cives y extranjeros (peregrini), y entre extranjeros que litigan entre sí, hacen conveniente, un cambio en la forma de tramitación de los procesos, que se concreta en la creación de un nuevo procedimiento denominado formulario*”. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. pág.56

⁶⁶ *Ibidem*, págs. 150 y s.s.

⁶⁷ Sobre este tema véase, RODRÍGUEZ-ENNES, L. “Honorarios de los abogados en Roma”, *Studia et documenta historiae et iuris*, nº 9, Vigo, 2012.

término *advocatus* se consolida mientras que la figura del *orator*⁶⁸ deja de intervenir en la defensa pasando a ser simplemente un retórico y se consolida la expresión *officium advocacionis*.

La abogacía, desde tiempos de la República había ido perdiendo ese carácter elitista debido al acceso de muchos plebeyos a la profesión, que ven en ella una oportunidad para ascender socialmente, en palabras de PAOLI⁶⁹: “*Aquel homo novus, que no pertenecía a una de las familias en las cuales el ejercicio del poder era tradicional, una grande victoria delante de los jueces hacía ya entrever en lo futuro las cumbres del consulado. Los defendidos de hoy eran los electores de mañana, y la nobleza, que tendía a convertir las magistraturas en un círculo cerrado, no podía dejar a un lado a quien en las luchas del Foro podría ser un poderoso aliado o un adversario temible*”.

El resentimiento que despiertan se refleja en algunas expresiones para referirse a ellos, se les llega a denominar en algunos casos *causidicus* un término peyorativo similar al de picapleitos⁷⁰. Esa apertura de la defensa a otros estamentos sociales no tan privilegiados provoca un cierto temor y recelo en las autoridades que reaccionan promoviendo restricciones para el acceso a la abogacía, de ahí el endurecimiento de los requisitos para su ejercicio, la libertad política de la que se alimentaba la oratoria será sustituida por la voluntad del *princeps*⁷¹. El control de la profesión desde entonces será una constante en la historia del Derecho y de la abogacía, a través de una regulación

⁶⁸ “*La oratoria floreció en una sociedad acostumbrada a la libertad de expresión...Bajo el principado, Roma perdió su libertad primero con Cesar, más tarde con Augusto y especialmente con la tiranía y la represión de Domiciano*”. AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. pág. 55; MUÑOZ MACHADO, S. Vol. n °1, ob. cit., pág. 63.

⁶⁹ PAOLI, UE. *Urbs. La vida en la Antigua Roma*, Barcelona, 1990, pág. 259.

⁷⁰ CASINOS MORA, FJ. en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n ° 2, 1999.

⁷¹ AGUDO RUÍZ, A. *Abogacía y Abogados*, La Rioja, 1997, pág. 55.; MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit., pág. 63.

estatutaria de su actividad por parte de la autoridad política del momento a la que la abogacía deberá respetar.

Se produce en este periodo la distinción⁷² de quienes se dedican a la actividad forense; por un lado, patronos y abogados que aspiran a una carrera política a través de la retórica; y, por otra parte, la mayoría de los practicantes, que se dedican a la defensa de intereses privados con finalidades lucrativas y de interés personal.

Para BARCIA LAGO, *“inicialmente, la asistencia procesal a la parte, actividad nuclear de la profesión de la Abogacía, carecía de sustantividad en sí y venía a ser una de las dimensiones del arte de la oratoria, que, según hemos visto, rebasaba el ámbito judicial para encarar”*.

El autor CASINOS MORA, también destaca la trascendencia política de la actividad de los abogados⁷³. En esta nueva etapa, el derecho a una remuneración justa quedó sobrepasado por el ánimo de lucro, o más bien por la codicia. Por eso algún autor afirma que *“en la medida que aumentó el interés, la ganancia y el lucro, disminuyó la moral de los abogados”*⁷⁴.

⁷² *“Es decir, que no pueden considerarse abogados más que aquéllos que se dedican a la defensa de las causas y no se tendrán por tales, a los que suelen recibir algo por su consulta sin intervenir en las causas. No pueden, pues, confundirse el dictamen y la postulación o patrocinio forense: primariamente, abogar es defender en juicio, disputatio fori”*. BARCIA LAGO, M. *Abogacía y ciudadanía*, “Biografía de la abogacía ibérica”, Madrid, 2007, pág. 203; BRAVO BOSCH, M^a J. en *Revista la Toga*, n^o 173, 2009, pág. 58.

⁷³ BARCIA LAGO, M. ob. cit. Madrid, pág. 203; CASINOS MORA, señala una finalidad más amplia, *“de defensa dels interessos del ciutadans, no sols però en el vessant forense sinó també i, fonamentament, en el polític, donc l'objectiu final del "orator" era l'ascens en la carrera política i per a assolirlo calia com a pressupòsit la reeixida en la tasca pròpiament forense*.

⁷⁴ MUÑOZ MACHADO, S. *“Historia...”, Vol. I., ob. cit. pág. 64; AGUDO RUÍZ, A. ob. cit., págs. 198 y ss. “La descomposición moral estaba progresando y la amistad y oficiosidad que facilitaban el florecimiento de la profesión estaba cada vez más ligadas al excesivo ánimo de lucro”*.

Esto no pasó desapercibido para la élite romana. Si elementos de las capas sociales más bajas adquirían demasiado poder, sus privilegios peligraban y, la respuesta por parte de la aristocracia conservadora a este frenesí lucrativo será la imposición de la *Lex Cincia de donis muneribus* del año 204 a.C., cuyo texto no conocemos, pero se sabe que prohibía las donaciones que superasen un cierto límite⁷⁵ (*modus donationis*).

2.3. Tercera etapa de la abogacía en Roma: periodo post clásico (Bajo Imperio). Principio del fin del esplendor jurídico romano y decadencia de la abogacía.

2.3.1. Periodo post clásico o Bajo Imperio. La tecnificación de la abogacía.

El tercer periodo de la abogacía romana coincide con el periodo político del Bajo Imperio o Dominado, y, los ya denominados *Advocati jurisperiti* se atienen a las variadas configuraciones de la profesión impuestas por la regulación de las leyes imperiales. A partir de Justiniano se puede considerar al abogado como un defensor técnico, con un régimen específico de su actividad. La exposición de BARCIA LAGO⁷⁶ no puede ser más reveladora al decir, “*que la tercera etapa de la abogacía discurre a lo largo del tiempo del Bajo Imperio y se caracteriza por una reglamentación del oficio y su estructuración corporativa en ordines advocaturum derivados de la envoltura burocrática del poder, que concibe la profesión de abogar como un munus publicum del que el Estado imperial no puede ya prescindir*”.

Es decir, el objetivo evidentemente no era solo controlar la profesión, sino utilizarla en beneficio del poder; de ahí la debacle formativa de los letrados, pues, para

⁷⁵MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 º, ob. cit. pág. 152; AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. págs. 190 y ss.

⁷⁶BARCIA LAGO, M. “Surgimiento de la abogacía en Roma”, ob. cit. pág. 10/59.

ejercer la tiranía la formación es irrelevante, basta con obedecer y servir de vehículo al tirano. Habrá episodios similares durante los siglos posteriores.

En este periodo denominado postclásico⁷⁷, que se sitúa entre la mitad del siglo III y la caída del Imperio de Occidente, la Justicia se consolida como instrumento de poder y adquiere una deriva reaccionaria. El absolutismo imperial, la influencia helenística, el cristianismo y la vulgarización del Derecho son algunas de las causas.

En Roma, las sublevaciones internas habían provocado una transformación radical en la constitución política del Imperio que a partir de DIOCLECIANO (284-305) y CONSTANTINO (306-337), se constituye en una Monarquía Absoluta. Senado, Ejército y Tribunal, los fundamentos de poder de la República romana pierden poder frente a la *auctoritas* del jefe del ejército (*dux*), ahora *princeps* y construirá el nuevo Estado sobre dos pilares, *proconsulare imperium* y *tribunicia potestas*⁷⁸. El poder del Emperador abarca ya toda la esfera política, militar, jurídica y también se hará extensivo a la cultura⁷⁹. Siendo la Justicia un ámbito esencial en Roma desde sus inicios, el Emperador se arroga con exclusividad la facultad de crear el Derecho⁸⁰. (...) *Solo se promulga Derecho a través de las Constituciones Imperiales, y se modifica, por tanto, el sistema de fuentes.* Según AGUDO RUÍZ, “*aunque existen, los iura, creada por juristas, estos habían perdido su condición de juriconsultos, y ya no ejercían el ius respondendi. (...); dejaron*

⁷⁷AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. págs. 89 a 96.

⁷⁸ AMES, C. “El título imperial romano y la problemática del principado”. *Revista Estudios Clásicos*, Tomo 41, n ° 116, 1999, pág. 50.

⁷⁹ “*El nuevo orden político que supuso el paso de la República al Principado y, posteriormente al Imperio trajo consigo...una nueva concepción de la cultura y de la enseñanza superior, ambas sometidas a la intervención imperial. Se fomenta la creación de escuelas, bibliotecas y cátedras públicas, así como locales para la oratoria y la retórica. Los emperadores serán conscientes de que la cultura es el substrato esencial de toda colectividad e incrementarán el intervencionismo para garantizar su control*”. AGUADO RUÍZ, A. ob. cit. págs., 56 y ss.

⁸⁰TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. págs. 87 y ss.

*de ser consejeros que departían, en condiciones de igualdad, con el soberano; el Derecho aplicable, es una mezcla de las antiguas obras clásicas y la improvisada legislación imperial, las leges. Así cualquier abogado en juicio podía alegar una cita doctrinal o lege imperial exigiendo su aplicación; pero a menudo los jueces no podían comprobar la autenticidad de aquellas*⁸¹.

En cuanto al control de las actividades de la defensa, la regulación también fue prolija a través de Edictos y Constituciones⁸²; como ejemplo, en materia de honorarios de los abogados -y como prueba de la severidad con la que se trató a la abogacía-, DIOCLECIANO estableció en su *Edicto del 301* una larga y taxativa lista de precios limitados de bienes y servicios, fijando un máximo de 1.250 denarios por causa, cuyo incumplimiento contemplaba incluso la pena de muerte⁸³.

Otro valioso legado en este ámbito fue el *edicto perpetuo de Salvio Juliano*, en el que se dedica un título a la abogacía bajo la rúbrica “*De postulando*”, cuyas fuentes más importantes se encuentran en D. 3,1. y que contiene también un elenco de limitaciones y prohibiciones para los ejercientes⁸⁴. Será precisamente en este momento, con la promulgación del *Edictum perpetuum praetoris* – que limita su regulación a establecer quien puede ser o no abogado⁸⁵-, donde se sella el destino decadente del derecho romano en general, y el desarrollo de la abogacía en particular, que no renacerá hasta

⁸¹ *Ibidem*, pág. 91.

⁸² “*Antes de Justiniano, existía un material desordenado distribuido entre disposiciones imperiales y digestos jurisprudenciales. Tras unificar los códigos en doce libros (Codex Iustiniani), el 15 de diciembre del 530, se promulgó la c. Deo auctore —de conceptione digestorum—, con la que se pretende un verdadero resurgir de la Justicia*”. REINOSO BARBERO, F. en “*Digesta Iustiniani Augusti. Introducción a su estudio*”, *Revista General de Derecho romano (RGDR)*, n° 4, 2005. Pág. 3.

⁸³ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. I, ob. cit. págs. 68 y 69.

⁸⁴ *Ibidem*, págs. 136 y ss.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 142.

prácticamente la Edad Media. Se trata de un texto de imposible modificación y que condenará a la actividad jurisprudencial a la muerte por inanición, como expresa REINOSO BARBERO⁸⁶.

También en este último periodo aparecen nuevas denominaciones para referirse a los abogados, como *scholastici*, miembros de la *schola* o colegio, y los *togati*. Los abogados se ordenaron en colegios y comenzaron a usar la toga. Al igual que en el periodo clásico se va consolidando una estructura deontológica en torno a la profesión de la abogacía.

En palabras de AGUDO RUÍZ⁸⁷, “*las fuentes jurídicas nos transmiten un conjunto de reglas y principios de contenido ético, con sanción jurídica*”. Se exige honorabilidad

⁸⁶ “*A finales del siglo III se produjo un definitivo agotamiento de la actividad jurisprudencial. Fue el resultado de un proceso paulatino de deterioro de los mecanismos que, durante generaciones de jurisconsultos, habían impulsado la creación del derecho romano. Quizás el origen último de este diagnóstico se remonte a la época de Adriano, cuando encargó a Salvio Juliano la cristalización del edictum perpetuum (sobre el a. 130), con lo que se ocluyó la más importante de las formas de influencia jurisprudencial en el progreso del derecho. Fueran cuales fuesen las causas, en el siglo III, ni los jueces ni los abogados eran capaces de reconocer ya, y mucho menos interpretar, lo que denominaban ius antiquum, escalón previo al ius vetus de los clásicos. Además, el funcionamiento de la justicia empezó a encontrar nuevos obstáculos que agravaban aún más la situación. Entre ellos destacaba el que las fuentes del derecho se hubieran visto reducidas, al menos en la práctica, a las decisiones imperiales. Y el manejo de las constituciones era casi imposible, comenzando con la dificultad de su consulta, porque no existía ni tan siquiera un organismo encargado de su publicación, y terminando con el juicio de vigencia, pues aun siendo frecuente que unas constituciones derogaran parcial o totalmente a otras anteriores, tampoco se disponía de un instrumento que reflejara esas reformas. Baste pensar que ni siquiera en la cancellería imperial se disponía de la totalidad de las constituciones promulgadas. Este caos facilitó la proliferación de colecciones privadas —las más de las veces vulgarizando las sistematizaciones de la última jurisprudencia enciclopédica— que, aunque carecían de valor legal, terminaron dominando la praxis diaria. Sin embargo, los esfuerzos por sustituir los extractos privados por compendios oficiales prosperaron más en el ámbito de la recopilación de leyes que en el de las antologías jurisprudenciales*”. REINOSO BARBERO, F. en RGDR, ob. cit. págs. 1 y 2.; MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 º, ob. cit. págs.169-170.

⁸⁷ AGUDO RUÍZ, A. “*Abogacía y abogados*”, ob. cit. págs. 154 y 155

del abogado, brevedad en los procesos, igualdad entre los abogados de las partes, asistencia jurídica *obligatoria, dignidad profesional*; y, lo más importante respecto a la materia que nos ocupa, se exige *fidelidad* en la defensa; por ejemplo, el abogado estaba sometido a la *lex Cornelia de falsis*, si entregaba documentos⁸⁸ a la parte contraria⁸⁹, D. 48.10.1.6 (*Marcianus, XIV Institutionum*): *Is, qui deposita instrumenta apud alium ab eo prodita ese adversariis suis dicit, accusare eum falsi protest.*

Entre las Constituciones más relevantes en esta materia destacamos algunas -tal como lo expone E. HERMAN-⁹⁰ la de ANTONINO, en cuyo Libro 1 °, Título 6 °, bajo la rúbrica “*Del abogar*”, establece:

Ley 1. “*Cómo, privado para siempre por el prefecto de Egipto de ejercer la facultad para ejercer la abogacía, no hayas apelado, atempérate á lo mandado*”. Ley 5. “*Si se hallaren abogados que, en concepto de honorarios, por los negocios cuyas defensas tomaron á su cargo, hubieran exigido provechos excesivos é ilícitos para su reputación, reclamando para si el emolumento de cierta parte, con grave daño y depredación del litigante, nos plugo que todos los que persistieren en semejante tiranía sean separados para siempre de esta profesión*”. Ley 6. “*El que quiera ser causídico, no sea abogado y juez en el mismo negocio, porque conviene que haya alguna diferencia entre los árbitros y los patronos*” y 6.4. “*Nadie prolongue con astucia un pleito*”.

⁸⁸DOMINGUEZ AGUDO, M^a I. “*Instrumentum es el término más genérico. Engloba documentos o formas probatorias. Documentos en los que se recogen las declaraciones judiciales. Es decir, abarcaría al término documentum como escritura que dota de legalidad a un determinado acto jurídico*”, en “*Estudio léxico de Iura y Legis en el Derecho Romano vulgar occidental*”, Tesis doctoral, Facultad de Filología, Universidad Complutense de Madrid, 2003. pág. 101.

⁸⁹ GIUFFRÉ, V. *Imputati, avvocati e giudici nella "Pro Cluentio" ciceroniana*, Napoli, 1993; AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. pág. 162.

⁹⁰ HERMAN, E. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 2 ° parte, Tomo 1 °, núm. 378, Barcelona, 1892, págs.238 y ss.

El Título 7 °, “*De los Abogados de los diversos tribunales*”, establece:

1. “*Si crees que el patrono de tu causa ha prevaricado, y hubieres probado tu acusación, no faltará sentencia contra él por la temeridad de su delito, y así se conocerá nuevamente de la causa principal*”. 2. “*No queremos que los que necesariamente deben ciertas funciones al municipio de su patria ayuden de una parte para otra, agregados a los decuriones, y permitimos que desempeñen en los negocios las funciones de los causídicos, y soporten en sus propias ciudades las cargas de los curiales, pero de suerte que no se les permita dirigirse contra los intereses públicos de la ciudad en que consiguieron este honor*”.

Se puede advertir, a tenor de estos últimos preceptos, que ya se regulaba la *incompatibilidad de funciones* y, una vez más, la *doble representación* como trasfondo; y, por otra parte, el texto también resaltaba las cualidades del abogado que actúa correctamente, destacando la necesidad del Estado y la sociedad de tener ejemplares así, lo que se constata con la severidad de las penas en caso de mala *práxis*. Ya en el Código de Justiniano (CI), aparece el texto “*De advocatis diversorum indiciorum*”, Libro 2°, Título 7 °, Ley 14 ° cuyo relato es el siguiente:

“*Los abogados, que aclaran los hechos ambiguos de las causas, y que, por los esfuerzos de su defensa en asuntos frecuentemente públicos, y en los privados, levanten las causas caídas, y reparen las quebrantadas, son provechosos al género humano no menos que si en batallas y recibiendo heridas salvaran a su patria y a sus ascendentes. Pues no creemos que en nuestro imperio militen únicamente los que combaten con espadas, escudos y corazas, sino también los abogados; porque militan los patronos de causas, que, confiados en la fuerza de su gloriosa palabra, defienden la esperanza, la vida y la descendencia de los que sufren*”

2.3.2. Decadencia de la abogacía⁹¹.

La ingente regulación contenida en las Constituciones supuso, como hemos dicho, una merma en el desarrollo del Derecho, y, desde luego, afectó el ejercicio de la defensa, cuyo resultado fue la culminación de un verdadero estatuto jurídico para los abogados. Ambos aspectos, intensidad de la regulación de las Constituciones y la obligatoriedad de un régimen estatutario para los abogados, constituyen una evidencia en cuanto al control ejercido por el poder político en todas las áreas del Derecho y, en especial, en la actividad de los letrados. Lo cierto es que entre finales del siglo III y principios del siglo IV, la abogacía sufre un desmoronamiento como profesión, debido, entre otras cosas, a la práctica desaparición de la actividad jurisprudencial y una falta de legislación generalizada en cuanto a la renovación del derecho⁹². El uso de las Constituciones se hace ineficaz y se produce una alarmante desaparición de las fuentes del Derecho, lo que induce a los abogados -para suplir esa carencia de fuentes-, a convertirse en legisladores ocasionales, lo que justificó, a su vez, la necesidad de endurecer la actividad de los defensores por parte de la élite gobernante.

Así las cosas, a falta de una normativa adecuada⁹³, la jurisprudencia clásica establece un castigo por vía *extra ordinem solet puniri* para paliar los excesos en la

⁹¹ Hasta el *edicto perpetuo*, el abogado romano podía ser cualquiera, no eran jurisconsultos. Ello unido a que los jueces tampoco eran duchos en derecho, la sabiduría jurídica quedaba en manos de los jurisconsultos (juristas), quienes eran consultados por abogados y jueces para solucionar los conflictos. La alarmante ignorancia de los abogados fue puesta de manifiesto por Cicerón en su obra *De Oratore*. Es entonces cuando la necesidad de una formación jurídica se hace inevitable; ya no podrá ser abogado cualquier ciudadano, y la abogacía iniciará una progresiva e imparable profesionalización. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit. págs. 142 y ss.

⁹² REINOSO BARBERO, F. “*Digesta Iustiniani Augusti*. Introducción a su estudio”, RGDR, n ° 4, 2005, págs. 11 y ss.

⁹³ ALVARADO PLANAS, J. en “*Heráldica, simbolismo y usos tradicionales de las corporaciones de oficio. Las marcas de canteros*”, 2009, págs.13-22., según este autor “*la política romana en esta materia*

abogacía (D.47, 15, 1, 1), (D. 47,15,3,2), (C.I. 2,7,1), (D.4,4,18,1). Entre otras medidas, se estableció un régimen de requisitos e incompatibilidades riguroso, aunque compensado, al posibilitar a los abogados el acceso a ciertos cargos políticos lo que, en lugar de paliar los abusos, provocó la aparición de otras corruptelas, como los beneficios a los abogados del pretorio y su familia.

A propósito de esta crisis del Derecho y la abogacía MUÑOZ MACHADO⁹⁴ pone de manifiesto sus argumentos al respecto y concluye diciendo que, *“fundamentalmente esta debacle de la abogacía se debió a la gran inseguridad jurídica provocada por la incertidumbre generada respecto del derecho aplicable, y la consecuencia fue la proliferación de legislación privada redactadas por los propios abogados siendo usadas por estos para solventar sus pretensiones ante el juez”*

La lucha de la abogacía por hacerse un hueco en el mundo de la Justicia viene acompañada de medidas limitadoras de su actividad por el poder político, pero también estas circunstancias contaminaron la profesión y las corruptelas dentro de la misma. Todo ello, unido a las causas externas, como al posterior derrumbamiento del Imperio con la irrupción de los pueblos bárbaros, sobre todo en la parte occidental-, hacen que el protagonismo de la abogacía prácticamente desaparezca y quede en estado de letargo hasta prácticamente el siglo XIII.

Sin embargo, de la misma forma que la romanización no tuvo la misma repercusión en toda la extensión del Imperio, tampoco la crisis final causó el mismo impacto a lo largo y ancho de aquel; por tanto, este desplome de la ciencia del Derecho

penduló entre la tibia permisibilidad y la prohibición matizada, hasta que fueron prácticamente intervenidos por la Administración Pública como forma de controlar los contratos colectivos de trabajo en áreas sensiblemente vitales para el imperio”.

⁹⁴MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit. págs. 169 y ss.

en general y de la abogacía en particular no tendrá los mismos efectos, por ejemplo, en el Imperio Romano en su parte oriental, que padeció con menor rigor el embate de los pueblos germánicos que terminaron con Roma; y será precisamente en Oriente donde se experimentará un cierto resurgimiento con la aparición de las Escuelas de Berito y Constantinopla, cuyo legado servirá de impulso a la obra justiniana.

A modo de síntesis, sobre este periodo final del esplendor romano, -hacia finales del siglo V y principios del VI-, destacar el protagonismo decisivo de Justiniano al emprender una reforma de todo el Derecho, y, en concreto, su papel aportación en la transformación de la abogacía. Lo hace desde una perspectiva crítica a lo que había sido hasta entonces la formación de los abogados, considerando insuficiente el plan de estudios de los ejercientes⁹⁵.

A partir del *Corpus Iuris Civilis*, que incluía entre otras instituciones al *Digesto* o *Pandectas*, se fue consolidando la tendencia de siglos anteriores de regular e ir fijando para los abogados un auténtico catálogo de derechos -pero sobre todo deberes-, exponiendo a aquellos a severas sanciones en caso de incumplimiento; profesionales que,

⁹⁵ ARCHI, GG. *Scritti di Diritto Romano*, Vol. 3 °, Milano, 1981, págs. 1903 y ss.; “*Giustiniano e l’insegnamento del Diritto*”, en *L’imperatore Giustiniano, storia e mito*, Milano, 1978; *La legislazione giustiniana opera de cultura o creazione giuridica*”, SDHI, 51, 1985; págs. 423 y ss.; AGUDO RUÍZ, A. “Oriente y Occidente: dos modelos de enseñanza del Derecho Romano”, La Rioja, 2010, págs. 7-24. SALAZAR REVUELTA, M. “De la enseñanza superior a la enseñanza del derecho en el marco de la sociedad romana” (S. III a.C. - S. VI d.C.), Jaén, 2020, págs.10 y ss.; BONINI, R. *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1968.; BOWEN, J. *Historia de la Educación occidental, I. El mundo antiguo*, Barcelona, 1990; COLLINET, “*Histoire de lécole de droit de Beyrut*”, Paris, Recueil Sirey, 1925, págs. 254 y ss.; BONINI-AMELOTTI, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, págs. 659-692; PALAZZOLO, N. *Storia giuridica di Roma in età imperiale*, Perugia, 1995, págs.283 ss.; HERNANDEZ TEJERO, F. “Algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho en Roma desde los orígenes hasta Justiniano”, Madrid, 1944, págs. 137-167; SÁNCHEZ DEL RIO PEGUERO, C. “Apuntes para un intento de interpretación sociológica de la enseñanza del Derecho en Roma”, *Revista de Educación*, n ° 40, 1956, págs. 111-118.

como apunta ROSSI⁹⁶ estaban sujetos a distintos controles: por un lado, a la potestad disciplinaria del prefecto del pretorio, a la del prefecto de la ciudad y, finalmente, también a la del gobernador de la provincia

El *Digesto* contemplaba la regulación de ciertos comportamientos desleales que podían cometer los abogados; en concreto, se regulaba la prevaricación de abogado en forma de doble defensa en el Tomo 3, Libro 47, Título 15, la infidelidad en la custodia de presos en el Tomo 3, Libro 48, Título 3, pero no hay indicios de un delito de infidelidad relacionada con los documentos *stricto sensu*. El *crimen falsis*, a pesar de los esfuerzos de los juristas por integrar más comportamientos delictivos en su ámbito, no quedó definido en ese sentido y, quedó limitado a la falsificación de moneda hasta prácticamente la ilustración en el siglo XIX.

IV. LA FALSEDAD DOCUMENTAL EN EL DERECHO ROMANO COMO ANTECEDENTE DEL DELITO DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS.

1. Antecedentes históricos de la falsedad documental en general.

Con carácter histórico, casi anecdótico, se podría afirmar que los testimonios más remotos sobre falsificación de documentos datarían del antiguo Egipto por mención de Diodoro SÍCULO, donde ya se conoció la fe escrituraria material⁹⁷ efectuada por

⁹⁶ ROSSI, G. *Observaciones sobre la figura del abogado en Derecho Romano*, *Studi Grosso*, Vol. n° 3, Torino, 1968.

⁹⁷ CAMARGO HERNÁNDEZ, C. “Falsificación de documentos públicos”, *ADPCP*, Tomo 11, Fasc/Mes 2, 1958, págs. 237-254.

sacerdotes y cuya falsificación era castigada con la muerte. En parecidos términos se conoció en Japón una legislación reguladora de la falsedad documental como afrenta al Emperador del Mikado. Como antecedentes aún más lejanos en el tiempo y anteriores a Roma, destacaría el Código de MANÚ el cual -según CAMARGO HERNÁNDEZ-, ya distinguía entre documentos públicos del soberano cuya falsificación se castigaba con la pena capital y los documentos privados en forma de recibos y contratos que revestían una penalidad menos severa en caso de ser falsificados.

Por esta razón y desde una perspectiva histórica, no parece descabellado pensar que los comportamientos o las conductas que actualmente nuestro Derecho Penal califica de infidelidad en la custodia de documentos tienen un origen muy remoto, aunque será a partir del Derecho Romano cuando, por primera vez y de forma más testimonial, se lleven a cabo regulaciones con carácter penal sobre comportamientos similares a las falsedades documentales, siendo estas, a su vez, el origen de la infidelidad en la custodia de documentos.

2. La falsedad documental en Roma: el concepto de *Falsum*. La distinción entre *crimen* y *delictum*.

2.1. *Crimen et delictum*

Antes de abordar el concepto de *falsum*, es preciso distinguir dos conceptos -que habitualmente y de forma errónea estamos utilizando de manera aleatoria y sin precisar, pero que en la antigua Roma tenían significados diferentes-, se trata de las expresiones: *crimen* y *delito*.

En el Derecho Romano clásico contenido en la legislación de Justiniano⁹⁸, en un contexto general de los actos ilícitos la expresión *Delictum (delicti)*, se hacía referencia a infracciones o actos punibles en el marco del Derecho Civil que merecían una respuesta privada o, en otras palabras, el acto ilícito como fuente de obligaciones; por su parte, la expresión *Crimen* indicaba el acto lícito castigado con pena pública, lo que hoy entenderíamos como comportamientos merecedores de castigarse por el Código Penal, los delitos como tales⁹⁹ para diferenciarlos de los actos ilícitos civiles o administrativos cuya realización conlleva una obligación de reponer económicamente al afectado en el caso civil, o una medida disciplinaria sancionadora por parte de la Administración que, a su vez puede consistir en la imposición de una multa u otras obligaciones de restituir a esta última.

Esto tiene conexión directa con la histórica distinción entre Derecho público y Derecho privado muy perceptible en el Derecho Romano y, en este sentido BONFANTE¹⁰⁰, nos recuerda la definición de Ulpiano al diferenciar -dentro del concepto de Derecho general y para reflejar la oposición entre el Estado y los particulares-, entre

⁹⁸ ALBERTARIO, E. “*Delictum e Crimen nel Diritto Romano-Clásico e nella Legislazione Giustiniana*”, Milano, 1953, págs. 8 y ss.

⁹⁹ VON LISZT, *Tratado de Derecho...*, ob. cit. págs. 15-18. Este autor afirma que, “*desde sus orígenes históricos, la pena ha tenido una connotación de reacción social contra el infractor. Considera la pena “un hecho histórico primitivo”, y matiza, “que la reacción contra las afrentas a la comunidad, entonces sociedad familiar, no son reacciones de un individuo en particular, sino reacción de la asociación de tribus” (...). “Las acciones contra las cuales se dirige la reacción aparecen siempre mediata o inmediatamente, como violación de los intereses comunes de la sociedad familiar, ya sea como perturbación de la paz o como quebrantamiento del Derecho. La pena es, pues, desde su origen, reacción social contra las acciones antisociales”*”; DALLA, D. y LAMBERTINI, R. “*Instituzioni di Diritto Romano*”, Torino, 2006, págs. 380-381. “*Nel più generale ámbito dell’atto illecito, il delitto si qualifica come lesivo di interessi eminentemente privati, onde le conseguenze si esauriscono nella riparazione del reo a favore dell’offeso*”; Sobre la distinción delitos privados y delitos públicos, véase también, HEINECIO, J. *Recitaciones de Derecho Civil Romano*, 2003, Pamplona, Navarra, págs. 217 y ss.

¹⁰⁰BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano*, 2002, págs. 13 y ss.

Ius publicum como regulador de las relaciones políticas, con normas imperativas y absolutas; y el *Ius civile*, para dirimir controversias entre particulares.

El primero actúa de oficio cuando se transgrede la paz pública y afecta al Estado, que, a través de su representante (magistrado) exige de cada ciudadano el cumplimiento de las leyes generales o especiales cuando la ofensa recae sobre la comunidad, actuando el Estado como perseguidor y vengador sobre los responsables de la lesión pública¹⁰¹.

El segundo, responde al principio de Justicia rogada¹⁰², así lo exponen algunos romanistas tradicionales, como MOMMSEN, al referirse al Derecho de coacción o penal frente al Derecho privado, al decir, “que mientras en este último era necesaria la acción o demanda, la petición privada, en el otro derecho falta dicha acción forzosamente, y el magistrado procede, quizá a excitación de un particular, pero en todo caso por razón de su cargo o de oficio”. Pero el proceso romano reviste cierta complejidad y las distintas acciones criminales pueden derivar, a su vez, en distintos procesos a medida que se va

¹⁰¹ MOMMSEN, T. *Compendio de Derecho público romano*, Leipzig, 1893, pág. 374 y 375. “Puesto que la comunidad es soberana y ejerce el derecho de soberanía, sus representantes pueden, y al mismo tiempo están obligados, por una parte, á constreñir á toda persona sometida al poder de la comunidad á que cumpla con los preceptos generales y particulares que se hayan dado y á impedir la desobediencia en caso necesario, y por otra parte, á hacer que el autor de alguna ofensa á la comunidad la pague”(…)“El derecho de coacción correspondiente á los magistrados, la coercitio (...)el poder penal de los magistrados iba dirigido contra aquellos daños causados á la comunidad, á causa de los cuales el representante de la misma se hallaba obligado á exigir desde luego al autor de ellos la correspondiente responsabilidad, ateniéndose á los preceptos vigentes”.

¹⁰² MOMMSEN, T. “*Disegno del Diritto pubblico romano*”, (Libro 4 °, Cap. 2 °. Coercizione e diritto criminale), 1973, págs. 268 y s.s. “Lo Stato esercita nell’ambito del suo territorio il diritto sovrano, e il suo rappresentante è autorizzato ed obbligato a costringere ogni suddito all’adempimento degli ordini generale e speciali, piegando all’uopo i renitenti, e a vendicare sul colpevole la lesione pubblica” (...) Questo diritto di coercizione e criminale vuole essere qui esposto. Esso si distingue dal diritto privato perchè nel diritto privato si richiede l’attor, laddove questo personaggio qui manca necessariamente e il magistrato agisce eventualmente dietro incitamento del privato, ma giuridicamente sempre d’ufficio”.

haciendo más compleja su sociedad y, por tanto, sus conflictos. Ese plus de gravedad¹⁰³ se verá reflejado en la tramitación de los delitos cometidos sobre ciertos documentos utilizando un procedimiento de carácter especial como veremos más adelante. La distinción es clara en el Derecho de las Pandectas, 47, I, *De privatis delictis*, (los delitos privados), C, I, 17, 2, 8, al decir el texto: *Et post hoc duo terribiles libri positi sunt pro deliti privatis et extraordinariis nec non publicis criminibus*¹⁰⁴.

2.2 Concepto de *falsum*

En cuanto al concepto de *falsum* (falsedad), desde el punto de vista jurídico, ya desde sus orígenes no resultó nunca fácil definirlo¹⁰⁵. En torno a esta idea se generó un intenso debate filosófico y doctrinal del cual se pueden extraer conclusiones no solo en cuanto a la relación entre sujeto y objeto material del delito sino también sobre la acción típica y del bien jurídico protegido; es decir, analizando el concepto se extrae una valiosa aportación para configurar posteriormente el régimen jurídico de los delitos de falsedad documental, como antecesor histórico del delito de infidelidad en la custodia de documentos. No obstante, antes de entrar en el ámbito estrictamente jurídico del *falsum* o del *crimen falsi*, es preciso delimitar el significado de la expresión *falsum*; de donde proviene y que significa, por lo que analizaremos tres aspectos previamente: el primero

¹⁰³ VON LISZT, F. “*Tratado...*” ob. cit. pág.17. “*La gravedad de la pena infligida por el Estado se gradúa por la gravedad de la lesión jurídica*”.

¹⁰⁴ En el Digesto el Derecho Penal se encuentra en dos libros, el 47 y el 48, los llamados Libros Terribles. En esta obra se presentan los delitos privados que se diferencian de los *crimina extraordinaria* en el ámbito de la *publica iudicia*, y finaliza con algunos títulos dedicados a temas procesales.

¹⁰⁵QUINTANO RIPOLLÉS, A. ob. cit. pág. 14. “*Desgraciadamente en esta labor falta aún mucho por hacer y la terminología jurídica se halla todavía plagada de imprecisiones y ambigüedades, que hacen, a la vez, la fortuna de los prácticos y la desesperación de los científicos*”; ALEJANDRE GARCÍA, JA. “*Estudio histórico de la falsedad documental*”, AHDE, n ° 42, 1972, págs. 117 y ss.

desde la perspectiva de la filología¹⁰⁶; en segundo lugar, indagaremos sobre el concepto filosófico de falsedad, y, finalmente, pasaremos a estudiar el *falsum* desde el punto de vista jurídico penal, como “crimen” penalizado a través de la *lex Cornelia*¹⁰⁷.

2.2.1. Aportación de la Filología al concepto de falsedad.

La autora DOMÍNGUEZ AGUDO, realiza un análisis filológico sobre conceptos y expresiones utilizadas en estos textos herederos de la legislación romana tras la caída del Imperio. Entre la diversidad de palabras definidas, hay tres que están especialmente relacionadas con el delito que estamos analizando. Se trata de los términos: *falsus*, *documentum e nstrumentum*, y, por la estrecha relación del primero (*falsus*), con los otros dos analizaremos:

a) *Falsitas-Atis*¹⁰⁸. – como adjetivo y sinónimo de falso, engañoso.

“El término o la expresión se refiere fundamentalmente a la falsificación de los documentos escritos usados como prueba testifical. Aparece en el Codex Teodosiano (CTh) y en la *lex Romana Wisighotorum* (LRV)”.

¹⁰⁶ DOMÍNGUEZ AGUDO, M^a I., *Tesis doctoral*, ob. cit. Madrid, 2003.

¹⁰⁷ VILLA- FLORES, J. “Falseadores”, Atlanta, Georgia, 2019, págs. 1 y 2.

(Véase en: <http://ssrn.com/abstract=3430232>).

“Aunque la legislación romana no ofrecía una definición de falsedad, el campo penal de la *Lex Cornelia* creció dramáticamente con el paso del tiempo (...) la *Lex Cornelia* presentaba en un inicio solo dos crímenes claramente tipificados: falsificación y alteración de testamentos (falsedad testamentaria), y adulteración de la moneda (falsedad nummaria). Sin embargo, bajo el reinado de Adriano (117-138), la ley contemplaba ya el castigo de diversas formas de mal engaño tales como el perjurio, el falso testimonio (oral y escrito), la extorsión de jueces, y la falsificación de pesos y medidas entre otras transgresiones. En todos casos, la gravedad del delito radicaba no en la mentira, sino en el asalto intencional a la fe pública a través del fraude, y en la voluntad de infligir daño o injuria a tercero”.

¹⁰⁸ DOMÍNGUEZ AGUDO, M^a I. ob. cit. pág.234

Nam si is, qui scripturam protulit, eius non adstruxerit veritatem, ut falsitatis reum esse retinendum. CTh XI 39, 10 = LRV XI 14, 5.

“Cuando se muestra una escritura falsa, se incurre en una falta con castigo del impostor siendo reo de falsedad (*Ut suspectae scriburae et falsi reos esse detinendos*)”.

b) *Documentum*¹⁰⁹ . Documento, como sustantivo.

“Escritura que dota de legalidad a un determinado acto jurídico. En el derecho romano vulgar se amplía el significado a declaración de voluntad, lo que refleja la flexibilidad de las formas propia de esta época (CTh II 27, 1 = LRV): *Sed aliis multiplicibus documentis, ut probet magnae securitatis fuisse, quod siluit.*

A su vez, la expresión documento nos traslada a otras expresiones como: *Acta, Gesta, Instrumentum, Scriptura, Sollemnitas, Testificatio, Testimonium, Testis*”.

c) *Instrumentum*¹¹⁰ . Instrumento como sustantivo. Prueba. Documento.

CTh II 7, 1; CTh III 1, 3 = LRV; CTh III 5, 13 = LRV III 5, 8; CTh III 7, 3 = LRV; CTh IV 4, 1 = LRV.

“Jurídicamente se refiere a un concepto o título genérico que abarca una variedad de modalidades de documentos o formas probatorias, considerando como tales documentos aquellos que recogen las declaraciones judiciales. De aquí que en las interpretaciones a los contextos estudiados de la LRV *instrumentum* aparezca como *gestum o sollemnitas* en su acepción de acto formal”.

(*CTh III 5, 13 = LRV III 5, 8*): *Si donationis instrumentum ante nubtias actorum sollemnitate firmatum sit. Int: Si donatio sponsalicia ante nubtias gestis inseritur.*

¹⁰⁹ Ibidem, pág. 213-214.

¹¹⁰ Ibidem, pág. 277-278.

(CTh III 7,3 = LRV): *Si donationum ante nuptias vel dotis **instrumenta** defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur.*

*Int: Si occasio talis emerit, ut nuptiae **sollemnitate** debita careant aut etiam donationes sponsaliciae fieri aut dos celebrari non possit.*

Los **Instrumenta** o presentación de documentos también se consideran como medios de prueba.

“En (CTh IV 4, 1 = LRV): al tratar de los codicilos, se pone de manifiesto la presentación del contenido del codicilo en documento **solemne instrumentum** junto con la otra modalidad de declaración: la prueba testifical”.

In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Si quando igitur testium numerus defecerit, instrumentum codicilli habeatur infirmum. Quod et in ceteris voluntatibus placuit observari.

“Los *instrumenta* ampliarán su contenido dando origen a nuevas modalidades como los documentos registrados oficialmente **apud acta**”.

(CTh VIII 12,3): *Ut nulli liceat extra provinciam laremque suum donationum instrumenta **apud acta** allegare, sed in quo domicilium habuerit.*

(CTh VIII 12,8): *Gestorum quoque confectionem sive ante traditionem sive post traditionem fieri oportebit, ut instrumentum, quo continetur munificentia, apud acta publicetur.*

“A su vez, las expresiones *Acta* y *Aput acta*, se identificarán con otras como *Documentum, Gesta, Probatio, Scriptura, Sollemnita, Testimonium, Testificatio, Testis*”.

D. 48.10.2 (Paulo, ad Sab) “*Qui testamentum amorevit celaverit deleverit interleverit subiecerit resignaverit quive testamentum falsum scripsent signaverit recitaverit dolo malo cuiusve dolo malo id factum erit, lex Corneliae poena damnatur*”

2.2.2. La perspectiva filosófica del *falsum*

Como antítesis del concepto de verdad -en palabras del profesor QUINTANO-, el concepto de falsedad se sitúa sobre un *substratum de valor ético y psicológico*, la mentira o mutación de la verdad. Según este autor, desde la perspectiva histórica y conceptual la falsedad se ha considerado como *una manifestación mendaz*¹¹¹. Uno de los grandes ideólogos del concepto de falsedad es el jurista italiano Próspero FARINACCIO de la segunda mitad del siglo XVI y primera del XVII, quien en la *Questio* 150 de su obra “*Praxis et theoria criminalis*”, definió: *falsitas est veritatis mutatio dolosae et alterius prejuditium facta*; es decir, una mutación dolosa (intencionada) de la verdad.

Según ALEJANDRE¹¹², en consonancia con el maestro QUINTANO RIPOLLÉS, lo que caracteriza a todos estos delitos subsumidos en el concepto de falsedad “*es la imprecisión terminológica de las fuentes que no contribuye precisamente a facilitar una historia conceptual de la falsedad. Las expresiones falsum, falsitas, falsia, falso, falsario aluden tanto a la cualidad o condición de lo falso, material o personal, como a la acción o efecto de falsificar, ignorando todo matiz que entre ellas pudiera revelar una cierta diferenciación. Este planteamiento significa que fuera de nuestro estudio habrían de quedar muchos supuestos que en algún momento las fuentes han calificado como*”

¹¹¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A. “*La falsedad documental*”, ob. cit. págs. 3 y ss. “Como *inmutatio veritatis* se definió en la *Lex Corneliae*, y como mudamiento de la verdad en *Las Partidas*.”

¹¹² ALEJANDRE GARCÍA, JA. ob. cit., pág. 119.

falsedad, en tanto que conductas que han sido penadas sin recibir tal nombre serán objeto de nuestra atención”.

Lo que argumentan estos autores no es otra cosa que la constante afirmación sobre este tipo de delitos de que “ni están todos los que son, ni son todos los que están”, opinión doctrinal que se trasladó posteriormente en referencia a los delitos contra la Administración de Justicia¹¹³.

El profesor QUINTANO parte de algunos intentos de definir la falsedad ofrecidos entre los jurisconsultos de la época clásica que identifican aquella como imitación de la verdad, pero se plantea cuál es el origen dogmático de la falsedad. Desde los tiempos más remotos la falsedad tuvo un sentido de sacrilegio debido a la conexión entre lo estatal y lo sagrado; más modernamente, cuando el soberano ostentaba entre otras muchas atribuciones, la fe pública, la falsedad se asimilaba a la traición o *crimen majestatis*¹¹⁴.

Desde tiempos ancestrales, nada menos que entre 2.000 o 2.500 a. de C., ya se consideraban como tipos de falsedades documentales las marcas de los esclavos y los animales en el Código de HAMMURABI de Babilonia en cuya disposición 226 se contemplaba la pena de cercenamiento de ambas manos al barbero infiel como responsable registral¹¹⁵. Igualmente, y según los testimonios de Diodoro de SÍCULO¹¹⁶,

¹¹³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., *Tratado de Derecho Penal español*, III. Parte Especial. (Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia), Valencia, 2013, pág. 789.

¹¹⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A. “*La falsedad documental*”, Madrid, 1952, pág.27

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 28.

¹¹⁶ DIODORO DISÍCULO, *Biblioteca Histórica Libros 1 º a 3 º*, “Otras leyes y costumbres: desertores, traidores, falsificadores, violadores, adúlteros, contratos y préstamos, ladrones, procreación y educación, medicina”, artículos 78 a 82., Madrid, 2001, págs. 170-171, (...) “*a los que falsificaban moneda o estafaban en medidas y pesos o imitaban los sellos y también a los escribas que redactaban documentos falsos o suprimían algo de lo escrito y a los que presentaban escritos falsos, mandaba cortarles ambas manos, de modo que, castigado cada cual en las mismas partes del cuerpo con las que hubiera delinquido*

los sacerdotes del antiguo Egipto¹¹⁷ representaban la fe notarial cuya vulneración se castigaba con la muerte.

La burocracia de aquellas antiquísimas sociedades tenía como principal protagonista al escribano-sacerdote, máxima autoridad del Estado en materia documental, que velaba por la integridad de esta. En la sociedad egipcia los documentos tenían -en palabras de QUINTANO RIPOLLÉS-, una trascendencia y valor incomparable a cualquier otro periodo histórico. De forma similar se contempla la falsedad en la cultura hebrea antigua y se manifiesta con la prohibición de dar falso testimonio en las Tablas de la Ley; no obstante, la tipificación de las conductas falsarias cobra vida por primera vez en el Talmud (texto que interpreta la Torá) en el Capítulo IV, con relación a las conductas que atentaban contra la exactitud de pesos y medidas y cuya custodia, al igual que en Egipto, correspondía a los sacerdotes¹¹⁸.

Pero tras indagar históricamente por el más lejano pasado, QUINTANO RIPOLLÉS identifica la triple perspectiva desde la que puede analizarse el concepto de falsedad, ética, teológica y filosófica. Ese *substratum* de valor ético y psicológico: la mentira o mutación de la verdad definida como *inmutatio veritatis*¹¹⁹ por la *Lex Cornelia* o mudamiento de la verdad por *Las Partidas*, y que culmina en la definición de *Farinacius* “*Falsitas est veritatis mutatio dolosae et alteris prejuditium facta*”. En esta última definición, cuya idea persistió durante siglos, aparece junto a la idea de falsedad, un elemento consustancial, la intencionalidad, el dolo.

do, tuviera su desgracia irreparable hasta el fin y apartara a los demás de hacer algo semejante advirtiéndoles mediante su propio castigo”.

¹¹⁷ UNIVERSIDAD DE OXFORD, *El legado de Egipto*, Madrid, 1944, pág. 306.

¹¹⁸FORSTER, G. *Das mosaische Strafrecht in seiner geschichtliche Entwicklung*, (Desarrollo histórico del Derecho Penal), Leipzig, 1990.

¹¹⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A. ob. cit. pág. 3 y ss.

A través de un recorrido por el pensamiento histórico desde los teólogos como Tomás DE AQUINO¹²⁰, o filósofos como DESCARTES, LEIBNIZ, LOCKE y HUME que distinguen el concepto de *verdad en sí* con el de *conocimiento*, pasando por el criticismo kantiano, el relativismo de HEIDEGGER o el humanismo de JASPERS y SARTRE, coincide la doctrina en que el concepto de verdad es un juicio de valor, que necesita de una valoración dual, de una conformidad de opiniones entre dos partes.

Pero al margen de las distintas perspectivas filosóficas o metafísicas sobre la idea o el binomio verdad-no verdad, se asume por los pensadores el trasfondo relativo que caracteriza a este y que sigue latente cuando se abandonan aquellas y nos centramos exclusivamente en su trascendencia moral y social que es, en definitiva, como afirma el profesor QUINTANO la que interesa al Derecho como disciplina. Existe una aceptación tácita social sobre lo que es verdad y no verdad¹²¹ en el ámbito del Derecho y una de esas partes representa una verdad colectiva y unánimemente aceptada social e históricamente que se identifica con la noción deweyana (DEWEY) de verdad, como *concordancia de la idea y del medio*.

¹²⁰ DE AQUINO, TOMÁS, *Summa Theológica*, Parte, 1ª, “Sobre la verdad”, Cuestión 16 (artículo 8) y, “Sobre la falsedad”, Cuestión 17 (artículo 4), Biblioteca Digital Hispánica, (Biblioteca Nacional de España), págs. 82 y ss. “*Como ya se dijo, propiamente lo verdadero, en cuanto a su primera razón, está en el entendimiento. Como toda cosa es verdadera en cuanto que tiene la forma propia de su naturaleza, es necesario que el entendimiento, en cuanto que conoce, sea verdadero en cuanto tiene la imagen de lo conocido, que es la forma del entendimiento en cuanto que conoce. Como lo verdadero y lo falso se oponen, y los opuestos lo son sobre lo mismo, es necesario que la falsedad se busque antes allí donde primero se encuentra la verdad; esto es, en el entendimiento. Pero en las cosas no hay ni verdad ni falsedad más que en relación con el entendimiento*”.

¹²¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A., ob. cit. págs. 5 y ss.

3. Concepto histórico-jurídico de falsedad. Origen del objeto de protección.

Aun intentando dejar a un lado el aspecto filosófico o religioso en el concepto de verdad en contraposición al de falsedad y, desde un punto de vista exclusivamente jurídico, lo cierto es que el binomio verdadero-falso adolece de una gran carga moral y psicológica que es difícil obviar incluso en el campo del Derecho. Ello es comprensible teniendo en cuenta que la *verdad legal establecida* -comúnmente aceptada por la colectividad-, por quienes administran justicia, necesita de una justificación tanto moral como psicológica para imponer una sanción una vez que han determinado que se vulneró esa verdad aceptada como consecuencia del uso de la falsedad.

Para facilitar la comprensión de la falsedad en el ámbito jurídico se establece una relación con un concepto antagónico de la misma, lo que denomina la doctrina alemana *genuinidad*. Genuino es lo propio y real de pertenencia originaria (*genus*), indiferentemente a sus adecuaciones fácticas, y su alteración o suplantación es señal inequívoca de falsedad.

Dos grandes corrientes doctrinales se constituyeron en torno al delito de falsedad documental: la tradición franco-española, que considera que el bien jurídico a proteger es la *autenticidad* al no existir un derecho general a la verdad; por otra parte, la doctrina alemana que se apoya en un concepto relativo de verdad. Según se desprende de la obra de QUINTANO RIPOLLÉS este enfrentamiento doctrinal resulta inocuo toda vez que ambas posturas son compatibles¹²², de hecho, tienen su origen en la misma fuente, el *crimen falsi* del Derecho Romano. Para otorgarle sentido el autor añade otro concepto, el de *trascendencia* en relación con su opuesto, la *intrascendencia*; por consiguiente,

¹²² ROJAS AGUIRRE, LE. "Historia dogmática de la falsedad documental", *Revista de Derecho de la Universidad Pontificia de Valparaíso*, n.º 39, Chile, 2012, págs. 545-583.

teniendo en cuenta que “*la verdad*” no es un valor en sí mismo, lo mendaz cobra relevancia- en este caso a efectos penales-, en el momento en que su aparición tiene algún efecto en el tráfico jurídico.

En torno a esta cuestión surge otro debate no menos espinoso, entre la ilicitud civil y la falsedad penal, que viene a recordarnos lo expuesto anteriormente sobre la distinción entre delito, como infracción civil en Derecho Romano, y crimen, expresión de connotaciones estrictamente penales.

En principio una falsedad cometida en el ámbito civil tiene como consecuencia la nulidad del acto de esa naturaleza, sea contrato u otro negocio jurídico; sin embargo, realizada en la forma detallada en las normas penales, es decir, tipificada, esa acción resulta ser delictiva de forma automática. En este sentido, una corriente doctrinal defiende la “autonomía” de ambos ordenes, el civil y el penal, algunos de cuyos seguidores son, entre otros, MITTERMAYER¹²³, Richard. J. SCHMIDT, MANZINI, PETROCELLI o GUARNERI.

Otro sector, defiende la importancia del “carácter sustancial” de la norma para decidir el proceso, civil o penal, a través del cual se solucionaría la aparición de la falsedad, en este sentido ZITTELMANN y CARNELUTTI¹²⁴.

El profesor QUINTANO RIPOLLÉS aboga por acudir a la *cualidad* de la norma, al considerar este autor que no se trata de una alternativa a escoger entre uno u otro orden jurídico, sino de la obligada aplicación de una ley y, si esta conducta falsaria está

¹²³ MITTERMAYER, CJA. *Traité de la preuve en matière criminelle*, “*De la vérité, de la certitude et de la conviction*”, París, 1848, págs.68 y ss.; GUARNERI, A. *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padua,1974; PETROCELLI, B. *Principi di diritto penale: corso di lezioni universitarie*, Napoli, 1949; SCHMIDT, R.J. *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, 1901-1903.

¹²⁴ CARNELUTTI, F. *Cómo se hace un proceso*, Roma, 1954, págs. 19 y ss.

tipificada como delito, el orden penal tendrá siempre preferencia. La relevancia de la conducta falsaria en el derecho penal se relaciona con el concepto de *documento* y de *fides publica* cuando el primero adquiere relevancia probatoria y, situando a esta última, como bien jurídico protegido.

En este sentido, nos parece esencial la obra de MALINVERNI, *Sulla Teoría del Falso Documentale*, en la que nos recuerda que el primer indicio o manifestación del valor que adquiere la prueba para castigar los delitos de falsedad se remonta a los antiguos escribanos¹²⁵, relevancia que se consolida según ARCHI¹²⁶, en el periodo del Bajo Imperio, y entiende que los problemas que rodean a la prueba, constituyen uno de los testimonios más significativos a la hora de determinar qué proceso debe seguirse, si el ordinario o el extraordinario (*extra ordinem*) que más tarde analizaremos.

Pero como dato para tener en cuenta, decir que para MALINVERNI la diferencia para decidir si un acto de falsedad se concebía como delito privado o público, era su afectación o no a la fe pública (*pubblica fede*); es decir, la afectación al bien jurídico resulta esencial para la doctrina desde antaño.

Este requisito, según MALINVERNI, la propia doctrina italiana se lo atribuye a FILANGERI¹²⁷, quien, a su vez, destaca como fundamental la distinción entre *fede pubblica* y *fe privata*, conceptos estudiados y desarrollados por otros miembros de la escuela transalpina, como MANZINI y LEVY, adoptando una línea de razonamiento

¹²⁵ MALINVERNI, A. *Sulla teoria del falso documentale*, Milano, 1955, pág. 215

¹²⁶ Véase, ARCHI, GG. *Scritti di Diritto Romano*, Vol. 3 °, (Pubblicazioni della Università di Firenze), Giuffrè Editori, 1981, pág. 1855 y ss; y también su obra, “*Problemi in tema di falso*”, in *Studi nelle Scienze giuridiche e social della R. Università di Pavia*, 1941, págs. 55 y ss.

¹²⁷ *Osserva l'autore che d'una classe di delitti contro la fede pubblica è l'inventore il cavalier Filangieri; che la violazione della fede o pubblica o privata non puo costituire un delitto, ma unicamente una circostanza aggravante del delitto...*, así CARMIGNANI, G. en, *ossia Giornale di letteratura, scienze ed arti compilado por una sociedad de literatos*, Biblioteca italiana, Tomo n °21, 1821, Milano, pág. 198

similar cuando en el Derecho Romano se distinguía entre *crimen* y *delictum* para delimitar si se trataba de un ilícito penal, y, por tanto, reprochable públicamente; o, si por el contrario se trataba de un dilema civil o privado ¹²⁸. En conclusión, desde la perspectiva psicológica de la *fiducia* (fidelidad), destacaron dos aspectos, como acto o hecho individual y contingente, y como atentado a la colectividad y su afectación social.

4. La falsedad documental en la *lex Cornelia de falsis*: ámbito de aplicación.

Acción típica y objeto material del delito de falsedad.

4.1 Ámbito de aplicación.

Todo parece indicar que, el texto jurídico más importante que regula la falsedad¹²⁹ en el derecho romano fue la *lex Corneliae de falsi*, aunque parece tener un antecedente, la llamada *lex Cornelia testamentaria nummaria*¹³⁰ del 81 a. C., prevista en principio para

¹²⁸MANZINI, V. *Trattato di Diritto penale*, Vincenzo Manzini, 5ª edizione, Torino, 1939. LEVY, E. Die römische Kapitalstrafe, “Actas de la Academia de Ciencias y Humanidades de Heidelberg”, Alemania, 1931.

¹²⁹MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, págs. 669 y ss.; GREEN, S., *Criminal Law. “Deceit and the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence and the Origins of “crimen falsi”*, cit. (n. 8), pág. 1.096. (N. del doctorando): “Se trataría del primer texto jurídico en regular las conductas criminales cuyo objeto material son los documentos y realizados en el marco de un proceso o una relación jurídica; sin duda, el primer antecedente asignable a la deslealtad profesional regulada hoy en el artículo 465 del Código Penal español”; D'ORS, A. “Contribuciones a la historia del *crimen falsi*”, en *Studi in onore a Edoardo Volterra*, Vol. N° 2, Milano 1969, pág. 544.

¹³⁰ ALEJANDRE GARCÍA, JA. “Estudio histórico...”, ob. cit. pág. 127; TORRENT, A. “El Senadoconsulto Messaliano y el *Crimen Falsi*”, en *Anuario de Historia del Derecho español* (AHDE), n° 50, 1980. (Ejemplar dedicado a Alfonso GARCÍA-GALLO y DE DIEGO), pág. 111; MARLASCA MARTÍNEZ, O. “La regulación de la falsificación de los documentos en el Derecho Romano y en la ley de los visigodos”, 1999, pág. 211; HAUBLOD, CH. G. *Tablas cronológicas o Ilustración sinóptica de la historia externa del Derecho romano, fragmentos de las leyes de las Doce Tablas. Sentencias del Edicto pretorio y edilicio*, Madrid, 1848, pág. 47..., “en esta fecha ya utiliza el autor el término *lex Cornelia*”; Véase, ALEJANDRE GARCÍA, JA., en *Estudio histórico...ob. cit.*, pág. 127, “en torno a la identidad de

castigar la falsedad en testamentos y monedas únicamente¹³¹; sin embargo, su contenido se fue ampliando a través de Senadoconsultos en los inicios del principado debido a la actividad imperial y jurisprudencial¹³². Si para escindir el significado jurídico de falsedad hemos acudido a los teóricos de la escuela italiana, de igual forma encontraremos en esta doctrina un estudio profundo sobre el significado y trascendencia de la *lex Cornelia de falsis* en la obra de Gian Gualberto ARCHI, “*Scritti di Diritto Romano*”, donde expone la problemática, así como el sentido histórico y dogmático de esta ley romana cuya antecesora fue la *lex Cornelia testamentaria nummaria*¹³³. La regulación de la falsedad documental, en palabras de MARLASCA MARTÍNEZ, es el resultado de la evolución de un supuesto concreto, la falsedad testamentaria¹³⁴; sin embargo, con el tiempo, el testamento dejaría de ser el núcleo central del *crimen falsi*.

Según ALEJANDRE, el testamento en sus inicios se celebraba oralmente o *ab intestato*, utilizando la vieja fórmula *per aes et libram* o en presencia del pueblo, lo que dificultaba de alguna manera su posible falsificación. Esa circunstancia cambió al consolidarse el procedimiento *per formulas* o escrito, momento en que las formas de hacer testamento revistieron mayor complejidad al crearse nuevas y diversas maneras de testar. También hay que decir que, si bien el testamento había sido considerado hasta entonces una institución privada, no por ello carecía de trascendencia pública, y con el paso del

la *lex Cornelia*, basándose en el doble calificativo y la diversidad de materias de que se ocupa, PHOTIER, seguido por otros autores, mantuvo la teoría de la existencia de dos leyes distintas, “*lex Cornelia nummaria*” y “*lex Cornelia testamentaria*”, pero la corriente más moderna considera que se trata de la misma ley dividida en dos capítulos”.

¹³¹MOMMSEN, T. *Römisches Strafrecht...*, ob. cit. 669 s.; D’ORS, A., “Contribuciones...”, ob. cit. pág. 544; GREEN, S. ob. cit. 2000, pág. 1.096.

¹³²TORRENT, A. “El Senadoconsulto Messaliano y el “*Crimen Falsi*”, ob. cit., págs. 111-130.

¹³³ARCHI, GG. “*Scritti di Diritto romano*”, Vol. 3 ° ob. cit. pág. 1575.

¹³⁴MARLASCA MARTÍNEZ, O. “La regulación de la falsedad de documentos en el Derecho Romano y en la Ley de los visigodos”, ob. cit. pág. 1/209.

tiempo -dada la importancia que tenían en la sociedad -, las infracciones sobre este tipo de documento dejaron de ser cuestión únicamente privada y pasaron a ser perseguibles como delitos públicos a través de la *lex Cornelia*¹³⁵.

Este aspecto se manifiesta con la aparición de varios Senadosconsultos¹³⁶ en concreto: *Liboniano* del año 16, *Messaliano* del año 20, y el *Geminiano*, del año 29, que, a través de la actividad imperial y jurisprudencial derivan a la *lex Cornelia* una serie de conductas que, en principio nada tienen que ver con la primitiva *lex Cornelia de falsis*. El Senadoconsulto *Messaliano*, aplicaba la *lex Cornelia de falsis* también a los abogados o testigos que cobrasen, pactasen o se asociasen para condenar a un inocente. Esta novedad aparece recogida en las *Collectia* y en el *Digesto* de la mano de Ulpiano. Se parte de la base de que existía una figura delictiva genérica, *el Falsum*¹³⁷, que, como se apuntó anteriormente, en un principio se limitaba a castigar la falsificación de testamentos y monedas, pero terminó abarcando un amplio elenco de delitos de falsedad.

¹³⁵“La falsedad testamentaria, hasta entonces delictum, pasa de esta forma a convertirse en crimen perseguible por el Derecho público”. ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 129.

¹³⁶QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La falsedad documental*, ob. cit. Madrid, 1952, pág. 33. “Pero el valor de la *lex Cornelia* no fue el suyo propio, sino el que le prestaron durante mucho tiempo los senadoconsultos y constituciones imperiales que ampliaron constantemente la básica ley del dictador Sila a las variedades falsarias más diversas”.

¹³⁷TORRENT, A. ob. cit., pág. 111; LÓPEZ-RENDO RODRIGUEZ, C. y RODRIGUEZ DÍAZ, E. “El crimen de falsificación de moneda en Derecho romano y su recepción en Derecho español”, Iustel, *Revista General de Derecho Romano*, n.º 5, diciembre 2005. Págs. 2 y 3. “*Esriche concibe la falsedad como la limitación, suposición, alteración, ocultación o supresión de la verdad, hecha maliciosamente en perjuicio de otro: veritatis inmutatio dolo malo in alterius praejudicium facta*”, añadiendo que el delito de falsedad puede cometerse de cuatro modos: con palabras, con escritos, con hechos o acciones, o por uso”. (...) “La amplitud del predicado se revela por las numerosas conductas que, bajo el común calificativo de fraudulentas, han sido incluidas por Esriche en la noción, sin perjuicio de que pueda “extenderse y añadirse otros nuevos, en el concepto de que habrá falsedad siempre que con perjuicio de tercero se usar de mentira y engaño. Esta generalidad también fue sentida por los juristas romanos que subsumieron bajo el término figuras distintas y dispares que tenían en común la violación de la fe pública”.

En torno a esta cuestión se abre un debate con innumerables posturas. MOMMSEN, que representa la doctrina dominante, seguido por D'ORS, considera que el *crimen falsi* carece de unicidad como delito. Para el romanista alemán, no es posible formar un concepto único de delito (sobre el *crimen falsi*), aplicable a todos los hechos comprendidos en la ley y en las aplicaciones que se hicieron de la misma; de suerte que la falsificación no es en el Derecho Romano una idea unitaria más que desde el punto de vista del procedimiento y a efectos procesales”¹³⁸.

GIOFFREDI¹³⁹, por su parte, achaca también esa ampliación a la inexistencia de una sistemática en materia *criminis*, y de ahí la falta de unidad. BRASIELLO¹⁴⁰, en sintonía con MOMMSEN apunta a la cuestión procesal. Según este autor, lo que caracteriza a estos delitos que se integran en la *lex Cornelia* es un tipo de procedimiento concreto, que, por sus características obliga a reconducir ciertos tipos a ser sancionados penalmente bajo dicha ley; de ahí la imposibilidad de una clasificación unitaria de esos delitos, y, también niega que la jurisprudencia haya elaborado un sistema penal a través de los Senadoconsultos, los rescriptos imperiales, como producto de la *interpretatio prudentium* de los juristas.

Pero un sector más moderno de la doctrina considera que esos cambios en la *lex Cornelia* obedecen a un razonamiento lógico y coherente, en este sentido ARCHI, FERRARA, TORRENT, por destacar algunos. Este último autor intenta demostrar a

¹³⁸Para MOMMSEN, el *falsum* es fundamentalmente un concepto unitario procesal, opinión compartida por BRASIELLO, al situar el contenido penal de castigar estos delitos desde una perspectiva procedimental. TORRENT, A. ob. cit. pág. 125.

¹³⁹GIOFFREDI, C. *I Principi del Diritto Penale Romano*, Torino, 1970, págs. 9 y ss.

¹⁴⁰TORRENT, A. ob. cit. pág. 112.

partir del contenido de los Senadoconsultos que en la extensión de la *lex Cornelia* subyace un trasfondo jurídico interesante desde el punto de vista evolutivo de esta clase de delitos.

Por su parte, ARCHI¹⁴¹, pone énfasis en la aplicación de las penas de la *lex Cornelia* y señala que, a través de la observancia de esos senadoconsultos se evidencia una modificación en la imposición de estas, lo cual no era lo habitual, pues en la *lex Cornelia* en teoría las penas eran inmutables en *materia criminis*. En principio se castiga con la muerte, luego se modifica por la *interdictio aquae et ignis*, aplicándose el destierro, simbólicamente se privaba al ciudadano del agua y del fuego, elementos esenciales para la vida en la urbe y, la consecuencia -además del alejamiento-, era la pérdida de ciudadanía¹⁴²; finalmente, durante el principado se aplica la *deportatio*, el exilio -para los más afortunados-, el tormento para los miembros de clase social baja, y la muerte para los esclavos. Esta era la interpretación de ARCHI siguiendo la línea de LEVY: “*no obstante, acerca de las penas existen discrepancias debido a las irregularidades de las sentencias de Paulo, quien en algunos pasajes menciona la deportación como pena para los que cometen falsedad en testamento; en otras, vincula la pena a la condición social del infractor: de ser honestiores, personas de cierto rango social las penas eran menos duras sufrían la deportación y la confiscación; si por el contrario se trataba de humiliores, de clase inferior sufrían la tortura a través del hierro ad metalla o crucifixión; para los esclavos, la muerte*”.

¹⁴¹ ARCHI, GG. *Scritti...*, ob. cit. págs. 1487 y ss.

¹⁴² SUÁREZ, MA., “*Ignem extingui...aquam aufugisse: la integración en jaque*”, *Revista de Estudios Latinos*, Buenos Aires, n° 7, 2007, pág. 12.; ALEJANDRE GARCÍA, JA. ob. cit. pág. 144; TORRENT, A. ob. cit. pág. 112, MARLASCA MARTÍNEZ, O. ob. cit. pág. 220/12; TEJA, R. “*Honestiores y humiliores en el Bajo Imperio: hacia la configuración en clases sociales de una división jurídica*”, véase en *Revista: Memorias de Historia Antigua*, n° 1, 1977, págs. 115 y ss.

4.2. Las conductas falsarias sobre objetos materiales concretos con carácter documental (testamentos, sellos reales y monedas)

Siguiendo el análisis de TORRENT, podemos extraer una serie de conductas que, presuntamente, fueron susceptibles de castigo tanto en la *lex Corneliae de falsi*, como a través de los Senadoconsultos. La primera *versión* de esta ley romana se atribuye a PAOLO¹⁴³, en dos fragmentos; uno del Digesto¹⁴⁴, y otros dos, en sendas Sentencias que contemplan una serie de acciones meritorias de castigo:

Paul. D. 48. 10. 2. *Qui testamentum amoverit, celaverit, eripuerit, interleverit, subiecerit, resignaverit, quive, testaentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit dolo malo, cuiusve dolo malo id factum erit, legis Cornelia poena damnatur.*

“El que hubiese **sustraído, ocultado, robado, tachado, substituido o abierto** un testamento, o el que hubiere *escrito, sellado o leído* con dolo malo un testamento falso, o aquel por cuyo dolo malo hubiera esto, es condenado por la *lex Cornelia*”.

Paul. Sent. 4.7.1. “*Quid testamentum falsum scripserit, recitaverit, subiecerit, signaverit, supresserit, amoverit, resignaverit, deleverit, poena legis Cornelia falsis tenetibur, id est, in insulam deportaur*”.

Trad. “Aquel que escribiese, leyese, sustituyese, sellase un testamento falso, o escondiese, substrajese o cancelase en todo o en parte uno auténtico, será reo de pena establecida en la *lex Cornelia de falsis*”, es decir, será deportado a una isla.

¹⁴³ TORRENT, A. ob. Cit. pág. 114.

¹⁴⁴“El alcance original de la *lex Cornelia de falsis*, según D’ORS, se encuentra en el Digesto”, referenciado en, D 48,10, 2, de Paulo”: D’ORS, *Contribuciones...*, Milano, 1969, ob. cit. pág. 545. ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 128.

Como se expuso anteriormente, la ley, en principio, se refería a la falsificación de testamentos condenando los siguientes actos: hacer (*scribere*), firmar (*signare*) un testamento falso o hacer uso judicial del mismo (*recitare*); así como actos sobre un testamento auténtico, sustraer (*amovere*), ocultar (*celare*), robar (*cripere*), destruir (*delere*), alterar su escritura (*interlinere*), cambiar por otro (*subicere*), abrir indebidamente (*resignare*). En otra versión, la *lex Corneliae* sancionaba la falsificación de sellos (*signum adulterio*), esculpirlo (*sculperere*), hacer (*facere*), sustraer el sello de su sitio (*farlo ed exprimere*). Y finalmente, hace referencia a la falsificación de monedas, acuñar moneda falsa (*adulterare*), fundir (*conflarre*), raspar las monedas verdaderas (*radere*), alterarla (*corrumpere*) o inutilizarla (*vitiare*).

4.3. Extensión del ámbito de aplicación de la *lex Cornelia*

Los testimonios de PAULO, a pesar de referirse a la misma cuestión, presentan divergencias y se aprecian algunas modificaciones -en forma de reducciones-, sobre la misma materia que parecen no distinguir entre la utilización de un testamento falso (*recitatio*) o la falsificación de uno auténtico¹⁴⁵, sembrando la confusión en la doctrina.

Vayamos ahora a los senadoconsultos¹⁴⁶ que, para el sector más moderno de la doctrina, constituyen los testimonios más evidentes sobre el aumento progresivo del ámbito de aplicación de la *lex Corneliae*. Son cuatro principalmente los textos dedicados

¹⁴⁵ FERRINI, C. *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, 1ª ed. Roma 1976, pág. 393.

¹⁴⁶ IGLESIAS SANTOS, J. *Derecho Romano e Instituciones*, ed. 11ª, Barcelona, 1994, págs. 50-51. Según este autor, “en la época del Principado, el Senado estuvo al margen de la creación legislativa y su influencia se limitaba a las leyes comiciales. El Príncipe adquiere en esta época la iniciativa legislativa a través de propuestas, la *oratio prinipis*, que, aprobadas por el Senado, dan origen a los senadoconsultos cuya estructura formal es similar a la *lex*”.

que se pronuncian a propósito de esta Ley¹⁴⁷: El Senadoconsulto *Liciniano* del 16 d. C.; el *Liboniano* del año del 16 d.C.; el *Messaliano* del año 20 a. C. y el *Geminiano* del 29 d.C.

El senadoconsulto *Liciniano*, sometería a la *lex Corneliae* a quien escribe declaraciones falsas en documentos distintos del testamento; el *Liboniano*, anula las disposiciones escritas en un testamento ajeno a favor de quien escribe; el *Messaliano*, somete a la *lex Cornelia* a los (abogados) que cobran, pactan o se asocian para acusar a un inocente; y, finalmente, el *Geminiano* del año 29 d. C., somete a las penas de la *lex Corneliae* a aquellos en los siguientes términos (*qui ob denuntiandum vel non denuntiandum remittendumve testimonium pecuniam acceperit* (Ulp.Coll. 8,7,3), traducido: “pero si alguien, por denunciar o no denunciar o dar testimonio, recibiera dinero, será castigado con la pena de la *lex Cornelia*, según el Senadoconsulto, que fue

¹⁴⁷ DE PUENTE y FRANCO, A. en *Historia de las Leyes y Plebiscitos y Senadoconsultos más notables*, Madrid, 1840, págs. 197, 200 y 201 respectivamente. ***Senatusconsultum Geminianus***. - “Este nombre suele darse a uno de los Claudianos de falsedad, establecido el año 782 siendo Cónsules Cayo Rubelio GEMINO y Cayo Fusio GEMINO”. ***Senatusconsultum Libonianum***. - “Fue promulgado según unos en la época de Tiberio, año 769 siendo Cónsules Ticio Estatilio Sisena Tauro y Lucio Escribonio Libón, ó en la de Adriano y Consulado de Lucio Nonio ASPRENAS Torcuato y Marco Annio LIBÓN, año de 880 según otros. Extendiendo la disposición de la *lex Cornelia* declaró reos de falsedad á los que la cometiesen dolosamente en un testamento, ya escribiendo mandar para sí ó para algunos de los sujetos á su potestad, á menos que el testador con su firma asegurase habérselo mandado hacer; Ya suplantando, ocultando, enmendando, firmando ó extraviando un documento cualquiera”. ***Senatusconsultum Licinianum***. - “Propúsole Marco Licinio CRASO, colega en el Consulado de Lucio Calpurnio PISÓN el año 780. F.R. mandando Tiberio. Quiso que la pena de la *lex Cornelia* se impusiese también á los que recibieran dinero ó pactasen recibirlo por defender una causa ó dar sus testimonios”. Véase también en, INTERNET ARCHIVE, (25), enlace: https://ia600604.us.archive.org/8/items/BRes010627/BRes010627_text.pdf; para *Senatusconsultum Messaliano*, véase, TORRENT, A. ob. cit. págs.111 y 115.

hecho por los dos Cónsules Geminos y lo restante”. Este Senadoconsulto incluyó la corrupción en el delito de falsedad¹⁴⁸.

Consideramos aceptable la interpretación de ARCHI, para quien los juristas romanos llegaron a una conclusión – no exenta de coherencia y lógica-, y es que, tan falso era la *sustracción, ocultación, robo, destrucción, alteración de la escritura, cambiarlo por otro o abrirlo indebidamente (amovere, celare, eripere, delere, interlinere, subicere, resignare)*; como *el escribir, sellar o utilizar en juicio (scribere, signare, recitare)* un testamento introduciendo cláusulas en favor propio.

TORRENT entiende que, partiendo de un concepto genérico como era el *falsum*, la *lex Corneliae* comenzó protegiendo el testamento por su relevancia pública, y, posteriormente, los senadoconsultos profundizaron en la *materia criminis* y fueron ampliando el marco de aquella dando cabida a delitos dispares, pero siempre con el espíritu de salvaguardar el interés público, así sucedía con el senadoconsulto *Messaliano* respecto al testamento pretorio cuya naturaleza siempre era tutelar el interés público.

El hilo conductor, al que se refería ARCHI, siempre está en la *falsedad*, o en el *testamento*, o en la *signatio* (firma), o en *recibir dinero* para promover o impedir una acusación criminal. Se llega a la conclusión de que la expansión de la *lex Corneliae*, lejos de adolecer -como algunos consideraban-, de falta de cohesión entre los delitos que engloba, obedece a una cierta lógica de carácter protector (de lo público). El *falsum*, por consiguiente -para este sector moderno de la doctrina-, que apareció como un concepto genérico, se convirtió en el referente para los delitos de la *lex Corneliae*, en buena medida, por la labor de los jurisconsultos a través de las *interpretatio prudentium*.

¹⁴⁸ MONCAYO RODRÍGUEZ, S. “El delito de falsedad en el Derecho Romano”, en *Revista de Letras jurídicas* n ° 2, México, 2000, pág.4.

Además de esa característica de defensa de lo público, el autor pone de manifiesto otro aspecto clave en este contexto: “el carácter documental” de todas las falsedades que regula la *lex Corneliae* y que aparecen en los Senadoconsultos. Esto incluiría a las *testationes*, documentos sobre tablillas firmados y sellados con los signa de los testigos, en cuya presencia se desarrollaron los hechos o prestado las declaraciones. En cuanto a estos documentos mencionados, podría considerarse que tenían un papel similar a los autos o expedientes de un procedimiento ordinario de cualquier asunto que se tramita en la actualidad en un juzgado, sobre todo a los efectos de considerarlos como objeto material del delito.

Sobre este aspecto del objeto material, MARLASCA MARTÍNEZ¹⁴⁹, destaca la pérdida de exclusividad que, paulatinamente, sufrió el testamento como documento: “como consecuencia de esa generalización de deduce que el testamento deja de ser el núcleo principal de la falsedad para diluirse en el régimen jurídico penal general de la falsedad documental y empieza a compartir el tipo con otros delitos”.

Por su parte, MOMMSEN¹⁵⁰-valedor de la tesis tradicional dominante-, considera que los Senadoconsultos de la época del Principado no hicieron otra cosa que extender los campos de aplicación de las *leges* creadoras de *quaestiones* tal y como habían sido diseñadas en la *lex Iulia iudiciorum publicorum* de la mano de Augusto.

TORRENT, en contra de esta tesis, y como partidario de una línea más evolutiva junto a otros juristas, sitúa el ámbito de protección de las nuevas figuras delictivas desde una perspectiva procesalista y, concretamente, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*

¹⁴⁹ MARLASCA MARTÍNEZ, O. “La regulación de la falsificación de moneda en el Derecho Romano y en la ley de los visigodos”. *Anuario de Historia del Derecho español*, (AHDE) n.º 70, año 2000, pág. 405-423.

¹⁵⁰ TORRENT, ob. cit. 117.

y no en las *quaestiones*; considera incluso que no se trataría de una ampliación arbitraria del *falsum* -que en Roma tenía un carácter genérico-, sino que obedece a una cierta idea que se iba ya perfilando del principio de legalidad en Derecho Penal, cuyo objetivo era ir creando un tipo delictivo para cada comportamiento que fuese contrario a los intereses públicos. Es un hecho que, desde las *leyes Silanas*¹⁵¹ se recortaba poder de coerción a los magistrados para legalizar los tipos y las penas. Por ello, según TORRENT, “*parece razonable considerar que la ampliación de la lex Corneliae no fue fruto exclusivamente de la arbitrariedad ni de la naturaleza autoritaria del poder*”. Para este autor, parece más coherente entender la aplicación de los Senadoconsultos que aplican las penas de la *lex Corneliae*, no como una extensión por analogía del *Crimen falsi*, sino como “*un verdadero esfuerzo sustancial en profundizar el tratamiento penal de las falsedades*”. Se sostiene en esta corriente doctrinal, que los Senadoconsultos no se pronuncian sobre la calificación penal de la *lex Corneliae de falsis*, sino solamente respecto a la aplicación directa de la *poena legis Cornelia*¹⁵².

¹⁵¹ “Sobre el origen de la falsedad documental en el Derecho Romano. La historia comienza en la República romana tardía, época en que el testamento escrito cumplía un papel fundamental en la vida social y jurídica, pues el pretor reconocía la posesión de buena fe sobre los bienes del causante (*bonorum possessio secundum tabulas*) a quien presentaba las tablas testamentarias (*tabulae testamenti*). Sin embargo, el testamento escrito no siempre tuvo esa relevancia. Antes de esa época, la sucesión era “*ab in testato*” o, de otorgarse un testamento, éste era extendido oral y públicamente en la ceremonia de la *mancipatio*. Estas formas de sucesión comienzan a remplazarse por nuevas formas testamentarias hasta llegar a otorgarse en privado, en secreto y por escrito, en un *testamentum per scriptum*. Aparente mente, la falsedad testamentaria llegó a ser una conducta que alcanzó cierta frecuencia en el contexto de decadencia de las reglas sociales de la aristocracia romana, frente al cual Lucio Cornelio SILA se vio en la necesidad de reforzar el sistema de justicia criminal mediante el establecimiento de *quaestiones perpetuae*, esto es, especialización permanente de jurados para conocer determinadas clases de crímenes, que daban lugar a persecución penal pública. Una de ellas fue la *quaestio de falsis*, establecida por SILA en el año 81 a.C. mediante un plebiscito que fue conocido como *Lex Cornelia de falsis*”, en ROJAS AGUIRRE, LE., ob. cit. Chile, 2012, pág. 548.

¹⁵² TORRENT, A. págs. 129-130.

Otra razón que explicaría la derivación de algunos delitos a la *lex Coneliae*, sería que -además de ese incipiente principio de legalidad mencionado por TORRENT-, durante el Principado, el Derecho Penal público en general, también experimenta la necesidad de llevar a cabo un cambio por razones de economía procesal y, por ello, ciertos asuntos se empiezan a reconducir a través del nuevo procedimiento *extra ordinem*, más diligente y rápido que las formas procesales ordinarias tradicionales que se habían aplicado desde un principio. Abordaremos este tema en el siguiente epígrafe.

En definitiva, para TORRENT y la corriente moderna, el contenido del crimen *falsi* -lejos de parecer único y estático-, es la consecuencia de un estudio dinámico y continuado en el tiempo que se fue extendiendo a través de senadoconsultos y rescriptos imperiales, en un esfuerzo por dotar de certeza a la materia criminal¹⁵³, y de esta manera otorgar al Derecho Romano público el valor que se merecía. Paradójicamente, veinte siglos después, ese dinamismo y continuado estudio -al que se referían estos autores para clasificar ciertas conductas como *crimen falsi*-, ha perdurado hasta nuestros días y la cuestión sigue sin ser pacífica, y lo podremos comprobar más adelante cuando analicemos los delitos contra la Administración de Justicia actuales y que engloban algunos comportamientos que, en su día, ya se contemplaban como *crimen falsi* por en la antigua Roma.

Para IGLESIAS RIBADE, que sigue la línea mayoritaria de la doctrina en cuanto al origen de la *lex Corneliae*, en cuanto a que estaba prevista inicialmente para la sanción de testamentos, monedas y sellos; sin embargo, aquella fue ampliando su ámbito subjetivo de aplicación por medio de los senadoconsultos a partir del Principado y la interpretación de los jurisconsultos del Bajo Imperio hacia el siglo III, Ulpiano, Paolo y Marciano,

¹⁵³ TORRENT, A. ob. cit. pág. 118 y GIOFFREDI, C. *I Principi...* ob. cit. pág. 25.

quienes, a su vez, redefinieron el ámbito objetivo del *crimen falsi* y elaboraron las notas distintivas del tipo. A PAOLO -que parte del concepto de “falso jurídico”-, se le atribuye la integración en el mismo de la manipulación o falsificación de un documento auténtico. En cuanto al objeto protegido por la *lex Cornelia*, siempre habrá discrepancias en la doctrina como ya hemos expuesto en los párrafos anteriores; según este autor, probablemente debido al carácter público del documento lo más probable es que se protegiese su seguridad en el tráfico jurídico¹⁵⁴.

V. EL PROCESO ROMANO PARA EL *CRIMEN FALSI*. PROCEDIMIENTO *EXTRA ORDINEM*. ACUSSATIO VS. COGNITIO.

Toda la controversia expuesta anteriormente sobre la *lex Cornelia* en relación al *crimen falsis*, y, en general de todo el proceso penal romano, está íntimamente ligada a la naturaleza acusatoria o inquisitoria¹⁵⁵ del mismo. Sobre el proceso debido en *materia criminis* también ha habido un intenso debate doctrinal -y no precisamente pacífico-, básicamente en torno al ámbito de dos instituciones: *Accusatio* y *Cognitio*, o, para ser más precisos, en relación con la contraposición entre *accusatio-quaestiones* e *inquisitio-cognitiones*.

Como acertadamente señala ADINOLFI, todo lo relativo al principio acusatorio tiene una trascendencia capital en el Derecho Penal, no solo romano, sino también

¹⁵⁴ IGLEISAS RIBADE, L. “Estudio comparado del régimen jurídico del delito de falsedad documental en el Derecho hispánico e inglés en el medievo”, Bilbao, 2016, págs. 67 y ss.

¹⁵⁵ ADINOLFI, G. “Extremismos en tema de *Accusatio* e *Inquisitio* en el proceso penal romano”, *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, n ° 31, Valparaíso, Chile, 2009, pág. 38.

moderno, por su conexión con la teoría del garantismo y la democratización del Derecho criminal a lo largo de la historia como límite al poder coercitivo del Estado.

1. Aportación de la Filología.

Para una aproximación a esta materia consideramos pertinente hacer otra incursión, con carácter previo, a la filología, con el objeto de esclarecer algunos conceptos característicos en lo concerniente al proceso penal en el Derecho Romano y que se heredarían por la cultura occidental en la posteridad.

Para ello nos ha parecido muy valioso el trabajo de María Isabel DOMINGUEZ AGUDO¹⁵⁶, sobre un estudio léxico de *iura y leges* en el Derecho Romano occidental y cuyo contenido se antoja muy revelador a los efectos de nuestro análisis.

“a) *Accusatio - onis* CTh III 16, 2 = LRV; passim. Sust. Acusación”.

“Las acusaciones en la LRV (*lex Romana visigotorum*), se podían dar contra actuaciones o situaciones consideradas contrarias a derecho por parte de quien las sufría. Así, encontramos la acusación contra el liberto que no cumplía con su patrono (CTh IV 10,2), la acusación por parte de uno de los cónyuges en la acción de repudio (CTh III 16, 2 = LRV): *accusationem repudiato marito iure deferimus* o la acusación de las nupcias prohibidas entre judíos y cristianos (CTh III 7, 2 = LRV). Vid. *Accusator. Accuso. Delator. Libertus. Nuptiae. Repudium*”.

b) “*Accusator*– oris. Sust. Acusador. Persona que acusa una determinada actuación o situación contraria a derecho ante la Justicia. (CTh IV 10,2): *quod si delatores*

¹⁵⁶ DOMÍNGUEZ AGUDO, M^a I. “Memoria para optar al grado de Doctor”, Facultad de Filología (Universidad Complutense), Madrid, 2003. ob. cit. 120 y ss.

accusatoresve manumissorum heredumve esse praesumpserint. Vid. Accusatio. Accuso. Delator”.

c) “**Accuso** – are Vb. Acusar. (CTh III 7,2 = LRV): *libertate in accusandum publicis quoque vocibus relaxata. (CTh III 16, 2 = LRV): persequatur legibus accusatam impetrataque vindicta. Vid. Accusatio. Accusator”.*

d) “**Cognitio**¹⁵⁷ - onis CTh II 4, 5 = LRV; CTh II 4, 6 = LRV; CTh II 9, 2; CTh II 12, 6 = LRV; passim. Sust. *Conocimiento. Indagación. Instrucción.* Es la actividad jurisdiccional que tiene lugar en el proceso judicial desde la citación a la ejecución”.

“En el procedimiento *ordinario* la actividad cognitoria sólo tenía lugar al constituir el litigio, y luego, para ejecutar la sentencia. Es en la época post-clásica donde el procedimiento ordinario de las fórmulas (*per formulas*) desaparece y la *cognitio* asume el proceso entero. (CTh III 7, 1 = LRV): *Habendo examini auctoritatem quoque iudiciariae cognitionis adiungi. (CTh III 17, 3 = LRV): Inlustris praefectus urbi adhibitibus decem viris e numero senatus amplissimi et praetore clarissimo viro, qui tutelaribus cognitionibus praesidet, tutores curatoresve ex quolibet ordine idoneos faciat retentari. Vid. Cognitor”.* No obstante, sobre la cuestión procesal el debate doctrinal es intenso y volveremos sobre ello, pues el comienzo y final de los distintos tipos de procesos será precisamente objeto de continuas discrepancias.

e) “**Inquiro** - ere CTh II 1, 2 = LRV; CTh IV 22,1 = LRV; passim. Vb. Investigar. Inquirir. Averiguar. Referido jurídicamente a la acción de investigar las causas de una determinada acción judicial con el fin de poder dictar sentencia. (CTh II 1, 2 = LRV): *In*

¹⁵⁷ Ibidem, pág. 169

criminalibus etiam causis, si miles poposcerit reum, provinciae rector inquirat. (CTh II 19,2 = LRV): *Inquiri diligenter iubemus.* Vid. *Inquisitio* ¹⁵⁸.

f) “*Inquisitio - onis* CTh III 17, 4 = LRV; passim. Sust. Averiguación. Referido a la investigación de los hechos causantes de una determinada acción judicial. (CTh III 17, 4 = LRV): *De alio ordine per inquisitionem dari minoribus defensores iubebunt.* Vid. *Inquiro*”.

g) “*Quaestio - onis* CTh II 18, 3 = LRV II 18, 2; CTh II 26, 2 = LRV II 26, 1; CTh IV 4, 2 = LRV; CTh IV 9, 1 = LRV; CTh V 1, 7 = LRV; passim. Sust. Reclamación. Demanda judicial. Cuestión sobre la que versa el litigio *prius super possessione quaestio finiatur* (CTh II 18, 3 = LRV II 18, 2). Vid. *Iudicium. Iudico* ¹⁵⁹.

Las dos principales corrientes -tanto la tradicional como la más moderna-, a propósito de este tema, interpretarán las fuentes de manera distinta al objeto de hacer prevalecer su teoría.

Para ADINOLFI ¹⁶⁰, en realidad nunca hubo en el Derecho Romano una delimitación clara entre ambas instituciones. Para este autor, la posibilidad de destacar la *strictior inquisitio* es la base para una verdadera concepción moderna sin ser partidario necesariamente del principio acusador o inquisidor en general. Principios que, según él, sin una aplicación concreta, dicen todo y nada, y critica a ambas corrientes la doctrinales, más interesadas en demostrar la validez de sus tesis que en analizar con objetividad la opción de considerar la prevalencia de la *acussatio* o la *inquisitio*.

¹⁵⁸ Ibidem, pág. 275

¹⁵⁹ Ibidem, pág. 380.

¹⁶⁰ ADINOLFI, G. ob. cit. pág. 55.

2. Etapas del Proceso romano

En los primeros tiempos predominaba el carácter religioso de los procesos y las penas¹⁶¹, pero con el paso del tiempo, la comisión de crímenes o actos delictivos se entenderán realizados en perjuicio de la colectividad y no como un pecado u ofensa a la divinidad. De hecho, se considera que el proceso penal comienza con la separación o autonomía del Derecho Penal respecto del Derecho sacro. De la misma forma, aspectos como la primitiva venganza gentilicia, fueron abandonando su carácter privado para dar paso a una tutela estatal o criminal¹⁶². La mayoría de la doctrina sitúa la *provocatio*¹⁶³ o la intervención popular en el proceso penal en tiempos de la República. El primer texto que otorga a una asamblea la potestad para decidir el destino de un reo fue las XII Tablas hacia el año 450 a. C., asegurando a los ciudadanos la posibilidad de *provocare ad populum*, ejercer la acción pública contra el criminal. Otros autores datan la fecha con

¹⁶¹ VON LISZT, F. *Tratado...*, ob. cit. págs. 70 y ss. “Este autor siguiendo a MOMMSEN, distingue tres grandes etapas del Derecho Penal en Roma: la primera hasta el siglo VII a. de C. un Derecho circunscrito a la ciudad con trasfondo religioso. Una segunda etapa, la época de las *quaestiones* hacia el año 605 de la creación de Roma y cuyo origen está en causas políticas y de control del extrarradio al crecer geográficamente Roma. El procedimiento de las *quaestiones*, utilizado hasta entonces como arma de partido, viene a ser el fundamento para la reedificación del Derecho Penal Romano. El emperador *Sulla* (*Sila*) aumentó en las *leges Corneliae* el número de *quaestiones* existentes; confirió su jurisdicción a los senadores nuevamente, asignando también al procedimiento de las *quaestiones* los delitos comunes. Finalmente, una tercera época, la del Imperio, caracterizada por la caída del viejo *ordo iudiciorum publicorum*, aunque subsiste el Derecho Penal material y la distinción entre *crimina pública* y *delicta privata*, se empieza a imponer el fortalecimiento del poder omnímodo del Estado que se reflejará en una disminución de los delitos privados y un aumento de la pena pública criminal”.

¹⁶² ADINOLFI, G. Valparaíso, Chile, 2009, ob. cit. 39 y ss. y VON LISZT, F. *Tratado...*, ob. cit. págs. 70 y ss. “La peculiaridad del primitivo Derecho penal romano, más digna de mencionarse en la época de las supuestas leyes reales, estriba en la resolución -ajena a los demás derechos indogermánicos, en el grado inicial de su desenvolvimiento-, con que se consideran. El delito, como una violación de las leyes públicas y orden jurídicoprotegido, y la pena, como reacción pública contra el delito”.

¹⁶³ SANTALUCIA, B. *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, pág. 29 y ss.; MURGA, JL. *Derecho romano clásico, 2º, El proceso*. Universidad de Zaragoza, 1983, págs. 213 y ss. Véase también, SCAPINI, N. *Diritto e procedura penale, nell'esperienza giuridica romana*, Parma, 1992.

anterioridad y sostienen que nació en los primeros años del régimen republicano introducida por una *lex Valeria de provocatione* del año 509 a. C. en la que se señalaba que a ningún ciudadano se le podía ejecutar la pena capital impuesta por el magistrado dotado de *imperium*, sin antes recurrir ante el *populus*.

Otros autores también atribuyen la existencia del principio acusatorio allende las fronteras de Roma; concretamente en Grecia, hacia el año 399 a. C. en el proceso penal ateniense. Según AMBOS¹⁶⁴, cualquier ciudadano podía oponer acusación frente al funcionario competente, el Arconte; si bien, se trataba de una acusación privada que obligaba al emprendedor de la acción a realizar un desembolso para cubrir una posible denuncia falsa. El mismo ARISTÓTELES defiende ya la existencia de este principio en las leyes de Solón¹⁶⁵, aunque fue en Roma donde apareció antes la intervención popular.

El proceso estaba regido por el principio dispositivo, los jueces estaban vinculados por las peticiones de las partes en sus escritos y no tenían facultades discrecionales para imponer la pena. En opinión de Kai AMBOS, que sitúa los inicios del proceso en Grecia, la naturaleza plenamente privada por la falta de intervención pública explica que la sentencia se considerase expresión de la soberanía popular y que la justicia ateniense haya sido puesta como ejemplo de democratización de la justicia.

2.1. El periodo de la Monarquía.

Prevalece inicialmente ese primitivo carácter religioso de la penalidad en Roma, y, en este sentido se pronuncia ADINOLFI, al situar cronológicamente este aspecto

¹⁶⁴ BACHMAIER WINTER, L. *El principio acusatorio y el proceso acusatorio*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Chile, 2008, págs. 50 y ss.

¹⁶⁵ BREITBACH, M. “*Der Prozes des Sokrates*”, AHDR, 2005, Vol. 112, n° 4, págs. 321-344.

afirmando “*que ya en tiempos de la monarquía se consideraba que estos delitos eran lesivos a la divinidad y a la societas civium, afectando a la colectividad, con un trasfondo religioso*”¹⁶⁶. En estos casos, el que instrúa era el propio monarca, *in repsa rei*. Kai AMBOS diferencia entre dos tipos de procesos: primero los ordinarios, cualquier ciudadano presentaba la *accusatio* dando origen a la *iudicium populum*, para ser enjuiciado el asunto por la Asamblea popular; un segundo tipo para los delitos graves, por ejemplo, los de alta traición, cuya trascendencia en el interés público daba lugar al inicio de un proceso de carácter oficial, la *inquisitio*¹⁶⁷.

Es este aspecto se marcará un punto de inflexión en la historia del Derecho iniciándose una dinámica imparable en la evolución del proceso criminal en Roma, y nos referimos a la participación del pueblo en el Derecho Penal; sin embargo, la datación de este fenómeno de intervención popular en la justicia penal difiere también según los autores. El propio CICERÓN¹⁶⁸ afirma que, en tiempos de la Monarquía, el ciudadano

¹⁶⁶ VON LISZT, F. *Tratado...*, ob. cit. pág. 70. Así lo expresa VON LISTZ, “*Realmente no faltan numerosas y positivas huellas de una anterior Constitución SAGRADA del Derecho Penal, que se nos presenta en la expiatio y execratio capitis, con la consecratio bonorum, como expulsión del reo de la comunidad religiosa y como reconciliación de la divinidad con el pecador arrepentido*”.

¹⁶⁷ TORRENT, A. *Derecho público romano y sistemas de fuentes*, Zaragoza, 1995, págs. 265 ss.; ADINOLFI, G. págs. 38-39.

¹⁶⁸ “*Nel primo libro dell’actio secunda contro Verre, Cicerone, soffermandosi sulla carriera e le malefatte dell’accusato anteriormente al governo della Sicilia, accenna a un iudicium publicum da lui condotto in maniera palesemente iniqua al tempo della sua pretura (74 a.C.)1. Era stato tratto in giudizio dinanzi al suo tribunale, per l’infl izione di una multa, Quinto Opimio, tribuno della plebe dell’anno precedente, nominalmente per aver fatto uso dell’intercessio in violazione della lex Cornelia, ma in realtà per avere detto, durante la sua carica, delle cose che erano risultate poco gradite a “qualche nobile personaggio”. La causa era stata trattata con estrema rapidità, in sole tre ore, e Opimio, a seguito dei maneggi dei suoi avversari, aveva subito una pesante condanna, che lo aveva mandato in rovina. Dalla vendita dei suoi beni Verre aveva tratto ampio profitto. Lo scandaloso processo – riferisce Cicerone – suscitò una tale indignazione nell’opinione pubblica che fu avanzata più volte in senato la proposta di abolire completamente quel tipo di multe e di iudicia. La testimonianza, nonostante la sua apparente chiarezza, pone dei problemi sia per quanto riguarda la violazione imputata ad Opimio, sia per ciò*

podiera haber ejercido la *provocatio ad populum*¹⁶⁹ o acción pública; sin embargo, es opinión unánime en la doctrina situar esta facultad en tiempos de la República; hasta entonces solo se puede hablar de una *provocatio* en el marco de la venganza privada.

El relato de CICERÓN en su proceso contra VERRES resulta muy esclarecedor. El entonces tirano gobernador de Sicilia había procesado a Quinto OPIMIO, parece ser porque éste último había criticado abiertamente sus excesos con el pueblo siciliano. VERRES, utilizando la *intercessio* y burlando la *lex Cornelia* -Sila había prohibido a los gobernadores ocupar el lugar de los magistrados-, y, con ánimo de venganza, consigue condenarle mediante un proceso extraordinariamente rápido -tres horas sirvieron para dictar sentencia-, tras el cual, OPIMIO fue literalmente saqueado por VERRÉS, quien sacó enormes beneficios del expolio de su oponente. Estos hechos provocaron la indignación popular y el Senado fue objeto de enormes presiones para abolir el tipo de justicia que había implantado VERRES, abriéndose con ello un debate polémico en torno a cuál había sido realmente el injusto cometido por este último, si el *delito imputado* a OPIMIO o el *proceso* que llevó a cabo para enjuiciarlo. Desde un punto de vista técnico procesal y en el uso de la retórica, el proceso contra VERRES lo explica Gianluigi BALDO¹⁷⁰ con gran detalle.

En palabras de SANTALUCÍA, como defensor de la teoría tradicional, la *provocatio* sería el derecho del ciudadano de convocar una asamblea popular a fin de ser

che concerne il tipo di persecuzione giudiziaria a cui fu assoggettato.” Véase en, SANTALUCÍA, B. “*Studi di Diritto romano*”, 1994, págs. 145 y ss.; también en, *Osservazioni su Cicero II in verrem* 1.155-157, Roma, enero de 2014, págs. 825-832, enlace: <http://www.scielo.org.za/pdf/funda/v20n2/31.pdf>.

¹⁶⁹GROSSO, G. “*Monarchia, provocatio e processo popolare*”. *Studi in onore di P. Di Francisci*, Milano, 1956, págs. 3 y ss.

¹⁷⁰ BALDO, G. “*La repetundae e le Verrine. Aspetti retorici*” en, SANTALUCÍA, B. *Diritto e processo penale*, ob. cit. pág. 285 y ss.

juzgado por ella¹⁷¹. Para MOMMSEN, la *provocatio*¹⁷² era un juicio en segunda instancia; KUNKEL¹⁷³ la asimila al *auxilium* tribunicio para dirimir las diferencias entre patricios y plebeyos; SCAPINI, en consonancia con SANTALUCÍA, estima que se trata de una forma de limitar -a través de esta institución-, la facultad de proceder como magistrado¹⁷⁴. En esta etapa de la Monarquía, el *Rex* ostentaba también el cargo de magistrado supremo, ejerciendo la *iurisdictio* y el *imperium*.

2.2. La República.

Con el fin de la Monarquía se separan las funciones religiosas y militares. Hacia el año 509 a. C. se asegura el acceso a los ciudadanos de ejercer la *provocare ad populum* a través de una ley de VALERIANO; y, con la Ley de las XII Tablas, se determina que, únicamente sea una Asamblea de las Centurias tenga potestad para decidir el destino del reo. Pero quizás el aspecto más relevante sea la distinción en este nuevo periodo histórico entre iniciación del proceso y el procedimiento a seguir¹⁷⁵.

Con el advenimiento de la República, en el Derecho Romano continúa la distinción entre dos tipos de delitos principalmente: por una parte, los considerados

¹⁷¹SANTALUCÍA, B. *Diritto e processo penale...*, ob. cit. págs. 29 y ss.; ADINOLFI, G. ob. cit. pág. 40

¹⁷² GIOFFREDI, C. “*Il Principi del Diritto penale romano*”, Torino, 1970, págs. 14 y ss.; Sobre la naturaleza y los efectos de la *Provocatio* véase también, SANTALUCÍA, B. “*Diritto e Processo penale...*ob. cit. págs. 36 y ss.

¹⁷³ KUNKEL, W. *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, 1984, pág. 24. “...un ciudadano amenazado con pena corporal o con la pena de muerte podía “llamar en su ayuda” al pueblo (*provocatio ad populum*)”.

¹⁷⁴SCAPINI, N. *Diritto e Procedura penale (nell' esperienza giuridica romana)*, Parma, 1992, págs. 123 y ss. VALERIA, S. “*Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad*”, *Revista de Derecho privado*, n° 21, julio-diciembre 2011, págs. 63.

¹⁷⁵ ADINOLFI, G. ob. cit. pág.39.

capitales: *percidium* y *perdulio*; y después, los llamados delitos ordinarios. Para los primeros, existía un interés público en su persecución y conllevaba la instrucción *inquisitio* de un proceso oficial a través de un funcionario nombrado por un cónsul, el *questor*; por su parte, los delitos ordinarios eran enjuiciados por una asamblea popular a través del *iudicium populum*. Pero incluso los procesos de alta traición efectuados bajo el principio de oficialidad tampoco pueden considerarse realmente como inquisitivos ya que el fundamento de estos era probar la culpabilidad o inocencia del reo -y no averiguar la verdad en sentido material-, a través de medios probatorios alejados del Derecho como las ordalías, los juicios de Dios, el juramento purgador, jurados de apoyo. El hecho de carecer el proceso romano de una verdadera instrucción es la razón que esgrime AMBOS para no catalogarlo como inquisitivo¹⁷⁶.

El proceso penal con la expansión del imperio se institucionaliza, creándose los denominados *tresviri* hacia el siglo III a.C.¹⁷⁷ siendo el *questor* el funcionario encargado de la instrucción. Más tarde, la *cognitio* popular quedó estancada por distintas causas: la corrupción en el poder que manipulaba las acciones populares; la dilatación de los pleitos y, la propia incapacidad de estas asambleas en resolver los problemas de una sociedad cada vez más compleja, debido a la magnitud social, geográfica, política y económica que fue adquiriendo el Estado romano. El Senado, a partir del siglo II a.C., delega las acciones criminales a tribunales especiales, surgen las *quaestiones extraordinariae*¹⁷⁸, que, sin embargo, no eran competentes para la llevanza de delitos considerados especiales,

¹⁷⁶ BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Barcelona, 2008, págs. 15 y ss.

¹⁷⁷ AMBOS, K. "Principio y proceso acusatorio desde una perspectiva histórica", *Revista de Derecho Penal* n°:28, jul.-sep./2009, Gotinga, Alemania, págs. 5-36;

¹⁷⁸ SANTALUCÍA, B. "Lineamenti di storia del diritto romano", *La cognitio extra ordinem in materia criminale*", (*Il Principato*), Milano, 1989, págs. 504 y ss.; *Diritto e processo penale...*, ob. cit, págs.103 y ss.

quaestiones capitale; finalmente, esto motivará que se sustituyan los tribunales especiales por tribunales fijos (*quaestiones perpetuae*).

Hacia el año 123 a. C., la competencia de los tribunales especiales para *quaestiones capitales* sin el voto popular fueron prohibidas tras promulgarse la *lex Sempronia de capite civis*. Esta distinción entre *quaestiones perpetuae* y *quaestiones extraordinaria*¹⁷⁹ se hizo más evidente a partir de la República¹⁸⁰. Los continuos cambios que se producen en torno al proceso romano en *materia criminis*, evidencian la importancia que para el Derecho tenía la concreción de un sistema procesal acorde a las necesidades del momento para dirimir conflictos.

Siguiendo nuestra dinámica de análisis evolutivo, analicemos los conceptos de forma separada con relación a su época.

a) *Quaestiones perpetuae*

Sobre esta fórmula surgen diferentes corrientes doctrinales, una tradicional, y otra que se opone a ella de concepción más moderna. Según la primera, defendida por SANTALUCÍA¹⁸¹ siguiendo a MOMMSEN, la *quaestio perpetuae* era el procedimiento ordinario normativo en Roma en los últimos tiempos de la República basado en las *leges*

¹⁷⁹ADINOLFI, ob. cit., pág.42. “Se denominó de esta forma porque su origen está fuera del procedimiento criminal ordinario, *ordo iudiciorum*, sin vínculos formales de jurisdicción”, razón por la cual la teoría tradicional ha considerado este procedimiento bajo el sistema inquisitivo. En este sentido SANTALUCÍA, para quien desde los inicios del imperio la *inquisitio* había atropellado a la *acusatio* pública. Vid. ob. cit. pág. 45.

¹⁸⁰ TORRENT, A. *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Zaragoza, 1995, págs. 265 y ss.

¹⁸¹ SANTALUCÍA, B. *Diritto e proceso penale...*, ob. cit., págs. 103 y ss.; OLMO LÓPEZ, R. “La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las actas de los mártires”, *Revista Antesteria. Debates de Historia antigua*, n° 1, Universidad Complutense, Madrid, 2012.

publicae, que, de la mano de AUGUSTO se regularizó en su *lex Iulia Iudicorum publicorum* en año 17 a. C.; y, por otra parte, *la cognitio extra ordinem*, que sería el procedimiento característico de la época imperial. Coincide la mayoría de la doctrina en señalar como causa principal la necesidad de modificar la aplicación del Derecho en las provincias, fuera del núcleo urbano de Roma. Ante la ineficacia de aplicar el procedimiento habitual de la urbe en el extrarradio del foro a través de los *Iudicia populi*, se buscó un modelo más efectivo a través de los tribunales.

El procedimiento de las *quaestiones perpetuae* está caracterizado fundamentalmente para ser concreción de un *iudicium publicum*, o sea, la manifestación de la posibilidad de acceso a *quivis ex populo*. En estos juicios se origina la verdadera *accusatio* popular o procedimiento inicialmente acusatorio. De aquí también la similitud entre *iudicia publica e iudicia privata* que serían diferenciados únicamente por los elementos intrínsecos del correspondiente procedimiento¹⁸². Pero al margen de teorías doctrinales, debemos insistir en el trasfondo político que subyacía en torno a la adopción de un proceso u otro, que, en definitiva, reflejaba como el Derecho se convirtió en un instrumento de control y poder y, al mismo tiempo, en instrumento para limitar y controlar ese poder y, en este sentido -en relación a la situación en las provincias, donde el procedimiento ordinario era manifiestamente ineficaz-, se produce un cambio trascendental por el abuso y los excesos de los gobernadores que culminó con la aparición de la *lex Calpurnia de repetundis*, por la cual, para solventar dicho problema se creó una

¹⁸² MURGA GENER, JL. *Derecho Romano clásico*, 2 º, *El proceso*. Universidad de Zaragoza, 1983, págs. 213 y ss.; VICENTI, U. “Tra “*iudicium publicum*” e *publica accusatio*”, 1998, págs. 476-487; SILVA SÁNCHEZ, A. “En torno al ordo *Iudiciorum Privatorum*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n º 12-13, 1994-95, págs. 478 y ss.

institución jurídica nueva la *quaestio perpetua*. La exposición de VON LISZT sobre este tema es muy reveladora¹⁸³.

*“Se sabe, que las leges repetundarum de finales de la República, hicieron frente, en primer término, a supuestos de ganancias ilícitas obtenidas por los gobernadores provinciales romanos por actos de concusión cometidos por ellos contra los ciudadanos, ampliándose progresivamente su ámbito de aplicación para atender no solo al interés de los particulares lesionados por la conducta de los gobernadores sino también para defender un bien más general: el interés de la comunidad política romana de preservar la honestidad de sus magistrados y para garantizar el correcto desarrollo de las funciones públicas”*¹⁸⁴.

En conclusión, una vez más, se debe destacar la conciencia de lo público y las connotaciones políticas del Derecho Penal de la sociedad romana de aquel tiempo.

¹⁸³ VON LISZT, F. *“El poder penal paterno y la represión censoria deben velar por el mantenimiento de las costumbres. Se limitan y van desechándose la pena de muerte y las corporales graves. El destierro, en la fórmula aquae et interdictio, con pérdida de los derechos civiles, es la consecuencia general del delito. Ha tomado un carácter **altamente político** la práctica penal. Y, en ese aspecto, claramente político, según el jurista alemán, “es donde el Derecho Penal romano encuentra la fuente de su renacimiento. Hacia el año 605 de Roma entraba en la vida una innovación, al principio imperceptible, pero de graves consecuencias. Por quejas de las provincias contra los gobernadores, sobre restitución de las repetunda, había juzgado hasta el presente la justicia senatorial de los recuperadores. En relación con la lex Calpurnia de repetundis una Comisión permanente del Senado, bajo la presidencia de su Pretor, estableció la primera llamada quaestio perpetua para la resolución de este caso. Pronto comprendieron los jefes del partido popular que esta disposición era un arma en la lucha contra la situación dominante”*. En *Tratado...*, ob. cit. págs. 72 y 73.

¹⁸⁴ QUINTANA ORIVE, E. *“Principios básicos de la Administración imperial romana”*, Bogotá, 2020, pág. 59.

b) *Cognitio extra ordinem*¹⁸⁵. -

En cuanto al sistema de resolución de conflictos del periodo republicano tardío y comienzos del Imperio hay que ser cautelosos, pues, como expresaba WLASAK¹⁸⁶, nuestros conocimientos al respecto son escasos e inciertos; sin embargo, parece un hecho aceptado por la mayoría de la doctrina que la nueva organización del Imperio no acogía de buen grado el sistema de nombramiento de los jueces. Los príncipes anhelaban el control directo sobre la actividad judicial en materia *criminis* y la represión penal; así las cosas, se fue creando un nuevo procedimiento en el cual no participaban jurados y toda la cuestión era de competencia del emperador o un delegado suyo: éste tenía el poder de introducirla.

Tal procedimiento fue definido con el nombre de *cognitio extraordinem*, porque surgió fuera del procedimiento criminal ordinario (*ordo iudiciorum*); y entonces, sin vínculos formales de jurisdicción se creó un sistema criminal extraordinario que tenía que suplantar al viejo régimen sustancial de delitos y penas¹⁸⁷.

¹⁸⁵ MURGA, JL. *El proceso...*, ob. cit. págs. 367 y ss.; SCAPINI, N. *Diritto e procedura...* ob. cit. págs. 141 y ss.; SANTALUCIA B. *Diritto e proceso penale...*, ob. cit. págs. 189 y ss.

¹⁸⁶ WLASAK, M. *Anklage und strebefestigung im Kriminalrecht der Römer*, (Acusación y enjuiciamiento en el Derecho Penal romano), Viena, 1917, pág. 6; SANTALUCÍA, B. *La repressione criminale...*, ob. cit. pág. “*Le nostre conoscenze intorno alla fase degli atti preliminar del proceso per quaestiones della età repubblicana (quella fase che Wlassak chiamava Vorverfahren, in contrapposto al Verfahren, cioè al processo vero e proprio), sono a tutt’oggi estremamente scarse e incerte*”.

¹⁸⁷ “*En las provincias, en efecto, desaparece aquella división de competencias que en Roma mantenía netamente separados los dos campos del ordo iudiciorum y de la cognitio extraordinem; antes bien, funciones jurisdiccionales y funciones administrativas, jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales, se suman en un solo funcionario: el procónsul de las provincias senatoriales o el legatus augusti pro praetore de las provincias imperiales*”, así, ARANGIO-RUÍZ, V. en *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1986, págs. 165 y ss.

El Príncipe, en este nuevo sistema, tenía el poder de *avocar, conocer* en apelación y *delegar la competencia*. Pero también esta nueva institución obedece a la multiplicación durante el principado de nuevas hipótesis criminales -el *crimen falsis* es un ejemplo-, que se insertaron en el sistema de los viejos *crimina* previstos por las antiguas leyes republicanas, hizo que la *cognitio extra ordinem* -que había llegado a ser la única forma de proceso penal-, asumiera mayor protagonismo en el procedimiento de las *quaestiones* para la represión de un gran número de delitos. Tan es así, que el proceso se iniciaba de la siguiente forma: empezaba con la acusación de un ciudadano particular; después, la intervención en el acto del magistrado o del funcionario imperial que comprobaba la validez formal de la acusación; la inserción del acusado en la lista; la publicidad de la acusación por efecto del reconocimiento de la *cognitio* como *iudicia publica*¹⁸⁸.

Como explica ARANGIO-RUÍZ, no es que el presidente (gobernador) de la provincia decidiera personalmente de los asuntos, sino que delegaba en un funcionario que hacía las veces de Juez; es decir, a diferencia del sistema privado clásico -en el que

¹⁸⁸ ADINOLFI, G. ob. cit. págs. 42-44. “El significado de “*iudicia publica*” entre “*quaestiones*” y “*cognitio*”. Algunos autores afirman que los *iudicia publica* estaban en vigencia también en la represión *extraordinem* porque el *ordo iudiciorum* no fue abrogado, sino desplazado dentro de la *cognitio*. La afirmación resulta bien entendida cuando se matiza que la expresión *iudicium publicum* no indica un procedimiento criminal conducido delante de la *quaestio perpetua*, sino que identifica un procedimiento de cognición que apoya su base en el *corpus delicti* en sentido amplio, el cual antes era juzgado por un colegio permanente, instituido por *lex publica* o por intervención de algún *senatus consultus*. los delitos de competencia o absorbidos por la *cognitio* se siguieron llamando *iudicia publica* “porque el proceso empezaba necesariamente sobre la acusación de una persona cualquiera del pueblo”. Como ejemplo de este resultado tenemos el principio por el que quien no estaba legitimado para la *accusatio* en las *iudicia publica* (mujeres, militares, etc.) podían derogar tal impedimento cuando hubieran sido personas ofendidas. Esto significa, por el contrario, que aquellos qui *accusare possunt* no tienen que someterse a la *iudicia publica* con la limitación de perseguir una propia ofensa, sino acusar como *unus de populo*”. Véase, ADINOLFI, G. ob. cit., pág. 44.

las fases se desarrollaban *in iure y apud iudicem*-, en el cual el Juez era nombrado por las partes, en la *cognitio extra ordinem*, este último es nombrado por el presidente¹⁸⁹.

Para la doctrina tradicional, esta pretensión del Príncipe de aglutinar también poderes ilimitados en la Justicia fue la causa principal del surgimiento de la *cognitio extra ordinem*, es decir, una maniobra o estrategia para acumular poder.

Según SANTALUCÍA, como uno de los máximos representantes de esta corriente, las *quaestiones* son un típico ejemplo de sistema acusatorio, y la *cognitio*, por el contrario, una clara manifestación del proceso inquisitorial y arbitrario; la corriente más moderna, por su parte, considera, que el procedimiento inquisitorio no era la regla, sino la excepción, y el procedimiento de oficio (*cognitio*) el habitual. El punto de partida en materia criminal no es la *quaestio* como afirmaban los tradicionalistas -MOMMSEN, SANTALUCÍA, BRASIELLO entre otros-, pues no necesariamente era el único camino posible para tratar cualquier delito. La doctrina más moderna estima que no debe entenderse el proceso acusatorio como una forma de iniciación del procedimiento, sino como necesidad de un juicio rápido, en el sentido de evitar dilaciones, así como una forma de tutela del potencial culpable. El ámbito de la *cognitio* se extendió notablemente durante el Principado, debido a que se integraron en él muchos nuevos delitos y, al haber sido la única forma de proceso conocida, de alguna manera la inercia procesal provocó esa extensión de la *cognitio* como procedimiento para dirimir los nuevos conflictos. Esa estructura procesal con el inicio de una acusación, la comprobación de la validez formal de esa acusación por parte del magistrado, la inserción del acusado en una lista, su emplazamiento, la publicación anunciando la *cognitio* como *iudicia pública* y, en definitiva, la apariencia de ciertas garantías en el desarrollo de esos procesos, hacen

¹⁸⁹ ARANGIO-RUÍZ, V. *Instituciones de Derecho...*, ob. cit. págs. 167-168.

considerar a este sector doctrinal que la *cognitio* no es un proceso inquisitivo en contra de la opinión de los tradicionalistas¹⁹⁰.

Cada vez más autores ven en todas las formas procesales romanas atisbos del principio de legalidad y del garantismo. Incluso desde las primitivas formas como la *provocatio ad populum*, acción que, de facto significaba el primer paso a *libertas*. El propio PUGLIESE¹⁹¹, ya entendía esta acción no como una apelación a la pena coercitiva, sino como un mandato prohibiendo al Juez decidir sobre delitos capitales; es decir, limitando sus competencias coercitivas, intentando evitar la arbitrariedad. En el mismo

¹⁹⁰ “Las leyes de las doce Tablas prevenían ya que debían vindicarse las injurias (...) veinticinco ases era la pena de la injuria más leve, ¿Qué servía esta pena para los ricos? ¿Acaso ella los hubiera retraído de injuriar? Por esto se pensó muchas veces en la enmienda y alteración de las leyes. Y, en primer lugar, el pretor, según atestigua Gabeón en Gelio I. c. abolió la pena más leve de las doce Tablas por la insigne petulancia de aquel Veracio (que se burlaba de la fragilidad de la ley abofeteando a personas), e introdujo en su edicto la estimación de la injuria (...) La estimación pues es la pena que el pretor establece contra todas las injurias y que debía imponerse al arbitrio del juez al que la cometía. Y, en esta estimación se atendía, ya a la dignidad de la persona, y a la naturaleza e índole de la misma injuria. Si se habían hecho muchas injurias al mismo tiempo, no podía presentarse acción contra cada una separadamente, sino contra todas juntas. Pues de otro modo se oponía al actor la excepción de la injuria no hecha. Pero también aquella acción civil pretoria pareció insuficiente para enfrenar la petulancia de las gentes al dictador Cornelio Sila. Por lo que publicó esta ley Cornelia de injuriis, que estableció juicio criminal por ciertas injurias por las cuales era permitido también entablar acción civil (...) Pero había gran diferencia entre la acción Pretoria, y esta de la ley Cornelia. Aquella era honoraria; esta concedida al pueblo; aquella era anua; esta si se entablaba civilmente duraba treinta años; si criminalmente veinte; aquella era privada; y esta, si bien era criminal, a las veces sin embargo no siempre era pública, pero se ejercía por la utilidad del público (...) A estas leyes se agregaron algunas prevenciones hechas en las constituciones de los príncipes, por ejemplo, que pudiesen también los sujetos ilustres entablar la acción criminal de las injurias por medio de procurador”. HEINECIO, J. *Tratado de Antigüedades romanas*, Tomo 2º, Madrid, 1845, págs. 155 y ss.; Véase también, CARVAJAL, PI. “Apuntes sobre la injuria en las XII tablas y su transmisión textual”, en *Revista chilena de derecho*, Vol. 40 nº 2 Santiago, Chile, 2013.

¹⁹¹ ROMANO, L. *¿Tracce antiche nel garantismo moderno?*, “*Quaderni camerti di studi romanisci, International Survey of Roman Law*, nº 45, 2017, págs. 616 y ss. En referencia a la obra de Laura SOLIDORO MARUOTTI, *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, “*Alle origini del garantismo: note introduttive*”, Torino, 2016, págs. 1-13. Véase también, CIVELLO G. “*Le idee degli altri*”, *Archivio penale*, nº 2, Padova, 2017, págs. 1-8.

sentido, las *quaestiones perpetuae*, al establecer con dureza el *quantum* de la pena en un determinado delito, dejaban plantada la semilla del principio de legalidad. Como intenta reflejar Luigi ROMANO, al recordar la obra de PUGLIESE en la que se refleja la evolución del proceso romano en materia de garantías que se inicia en la República y se traslada al Principado donde se fue consolidando el equilibrio entre las partes procesales.

De la misma forma, la teoría tradicional defiende el carácter privado de la *accusatio*, mientras que la corriente moderna se reafirma en que la naturaleza pública de la *accusatio* predominó a lo largo del tiempo¹⁹².

En los delitos relativos al engaño, la *accusatio* era la regla general, y, en aquellos delitos que afectaban a la paz pública (en el sentido de orden público actual), se hacía necesaria la intervención del cónsul a través de un proceso inquisitorio. Esta circunstancia es considerada por la doctrina tradicional como una prueba de que el proceso inquisitorio era el que prevalecía en Roma; incluso, este sector tradicional niega la condición de proceso al sistema inquisitivo¹⁹³, afirmando que, a través de las *cognitio extra ordinem* se ejercía únicamente una actividad de represión inmediata o de policía de protección a la sociedad.

En este sentido, tiene relevancia la diferente interpretación que se da en un texto de ULPIANO (D 1. 18. 13) en el que se establece un elenco de funciones para el gobernador que, para los defensores de la teoría tradicional, aunaba las de carácter administrativo y las jurisdiccionales, otorgándole capacidad de oficio para administrar justicia al conocer sobre los delitos cometidos.

¹⁹²PIETRINI, S. *Sull' iniziativa del processo criminale romano*, Siglos IV-V, 1996, págs.49 y ss.; ADINOLFI, G. ob. cit. pág. 46.

¹⁹³ BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, págs. 24 y ss.

Entre otros, Mario LAURIA¹⁹⁴, defensor de esta corriente tradicional sobre la facultad de jurisdicción afirma que la primera de esas funciones consistiría en buscar y perseguir a los delincuentes (*conquirere*); la segunda, procesar al infractor y aplicarle una sanción proporcionada a la gravedad del delito cometido (“*prout quisque delinquerit in eum animadvertere*”). Este autor, al analizar las influencias recíprocas entre *accusatio* e *inquisitio*, destacaba las escasas referencias a la *accusatio* en las Constituciones de los siglos V y IV para justificar que el procedimiento habitual era la *inquisitio* y no la *accusatio*; basaba su tesis, en tres aspectos: “*la mayoría de los delitos eran abordados de oficio por la autoridad*”; “*el uso de la accusatio se realizaba excepcionalmente y de forma muy rigurosa debido a las complicaciones y riesgos que conllevaba*”, y, porque, según este autor, “*los emperadores también eran reacios a su admisión como forma de resolución de conflictos*”.

En conclusión, para la tesis tradicional, esto no sería otra cosa que una manifestación de la potestad disciplinaria del gobernador en el marco de la provincia. Los gobernadores podían actuar de oficio al obtener facultades delegadas del emperador a través de las *mandata* y *rescripta*, y, a la hora de perseguir ciertos delitos se vieron obligados a crear un sistema diligente y rápido para combatirlos¹⁹⁵.

Para la corriente moderna, las pretensiones de acumular poder no eran el único motivo, y considera que hubo también razones pragmáticas para la aparición de la

¹⁹⁴ LAURIA, M. “*Aspetti ed effetti della cognitio extra ordinem*”, en “*Accusatio-Inquisitio. Ordo-cognitio extra ordinem-cognitio: rapporti ed influenze reciproche*”, in *Atti dell Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, Vol. n° 56, 1934, págs. 304-369.

¹⁹⁵ WLASSAK, M. *Romische processgesetze*, Leipzig, *Verlag Von Dunker & Humbolt*, 1891, pág. 345. Para este autor, de las *Pandectas* se extrae la conclusión de que, en realidad, la *extraordinaria cognitionem* principalmente surgió de la concurrencia entre los interdictos y otros instrumentos pretorianos.

cognitio extraordinem, y en este sentido, BISCARDI¹⁹⁶, uno de los defensores de la tesis más moderna, opina que se trataría de lo contrario, más bien como una cuestión de viabilidad procesal; es decir, el gobernador, en sus funciones administrativas, por una parte tenía que preservar la prevención y la seguridad; pero en la función jurisdiccional debía respetar las reglas procesales, entre las cuales se encontraba la necesidad de subordinar su intervención a una *sollemnis accusatio*, no podía actuar arbitrariamente sino sostenido por una acusación previa. De manera similar se pronuncia SCAPINI¹⁹⁷, al analizar la evolución de la *cognitio extra ordinem*, al decir que el viejo sistema de las *quaestiones*, resultaba incompatible con la nueva estructura geopolítica de Roma, en concreto con la nueva configuración político constitucional, donde las *quaestiones* por su propia estructura, presentaban defectos técnicos que no podían pasar inadvertidos.

Por una parte, las listas de ciudadanos que podían formar parte de los jurados eran demasiado amplias y no facilitaban la injerencia del Príncipe en dichas composiciones, y las formas de composición de los órganos judiciales dificultaban el control de la justicia por parte del poder central; y, por otro lado, existía un solo tribunal competente para conocer el caso y cuya tramitación se efectuaba en los términos de la única ley instituyente cuando la acusación era realizada por un particular sobre un hecho de índole criminal; a mayor abundamiento, el acceso a los tribunales estaba muy limitado por la *lex Iulia iudiciorum publicorum*, incluso prohibido según los casos, por lo que resultaba imposible dictar una sentencia ajustada a Derecho si concurrían ciudadanos pidiendo justicia en

¹⁹⁶ BISCARDI, A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968; C. 9.2.7. “*Inquisitio ed accusatio nel processo criminales "extra ordinem"*”, 1989, págs. 235-241.

¹⁹⁷ SCAPINI, N. “*Diritto e Procedura penale*” (*nell ' esperienza giuridica romana*), Parma, 1992, ob. cit. págs. 142-143. Véase también, SANTALUCÍA, B. *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia, Italia, 2009.

relación a ciertos delitos. Dicho de otro modo, técnicamente era muy complejo imponer una pena tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

Esa carencia de la justicia ordinaria facilitó el desarrollo de la *cognitio extra ordinem* que, de la mano del Príncipe, sustituyó la limitación territorial de aquella con la formación de un tribunal directamente dependiente de él, más diligente y cuyas resoluciones eran por lo general, mucho más represivas. Desde un punto de vista de la eficacia, la *cognitio extra ordinem* justificaba su existencia. En consecuencia, se trataba de buscar un método procesal mucho más expeditivo, política y judicialmente. Esta opción procesal fue sin duda, una manifestación clara del carácter eminentemente pragmático de la sociedad romana.

No obstante, conviene precisar que, si bien el procedimiento *extra ordinem* adolecía de cierto carácter autoritario, ello no significa la inobservancia total de ciertas garantías procesales. Esto se pone de manifiesto en la forma de emplazamiento que se hacía al demandado o denunciado a través de una acusación formal, la llamada *evocatio*, sobre la que los juristas distinguían tres variantes: la *edicta litteris denuntiationibus*; la *evocatio litteris* y la *evocatio denuntiationibus*, de las cuales únicamente la primera -que era la menos usada-, se puede considerar un acto de autoritarismo. En la segunda, la *evocatio litteris*, utilizada normalmente para procedimientos de jurisdicción voluntaria, el interesado solicita una carta de citación al magistrado para dársela personalmente al acusado a modo de citación. Y, finalmente, la *evocatio denuntiationibus*, la más utilizada, era el actor quien toma la iniciativa de remitir al funcionario la inyitación (solicitud) al funcionario para asegurarse de que el acusado comparecerá en la plaza del distrito el día en que el prefecto administrará justicia. A partir del momento en que se formulaba la denuncia, las partes tenían un plazo de cuatro meses para comparecer en juicio. Se trataba sin duda de una forma de emplazamiento dentro de las formalidades propias del Derecho

más que una forma de ejercer con autoritarismo la justicia. Cuestión diferente era la pena posterior que, como hemos dicho -en procesos *extra ordinem*-, solían ser más duras debido a la naturaleza más grave del ilícito cometido¹⁹⁸.

Este nuevo marco procesal aparece en diferentes fuentes e instituciones como es el contenido de los senadoconsultos respecto de la *lex cornelia de falsis* o del “*edictum de acussationibus*” donde el problema de las distinciones entre *inquisitio* y *accusatio* se refleja en el Derecho procesal en época del emperador Constantino¹⁹⁹. Una de las novedades importantes se manifiesta en cuanto a la humanidad y condiciones de los recintos carcelarios. Con respecto a las primeras mejoras en las prisiones, éstas se producen, sobre todo, a partir del emperador Constantino que introduce una providencia en el año 320 en la que trata de mejorar y humanizar el tratamiento de los encarcelados, y, en este sentido, *Codex Theodosiano* CTh. 9, 3, 1 (= CI. 9, 4, 1): *Imperator Constantinus A., ad Florentium rationalem, CTh.9.3.1.1: Illud etiam observabitur, ut neque his qui stratorum funguntur officio neque ministriseorum liceat crudelitatem suam accusatoribus vendere et innocentes intra carcerum saeptaleto dare aut subtractos audientiae longa tabe consumere. Non enim existimationis tantum, sed etiam periculi metus iudici imminebit, si aliquem ultra debitum tempus inedia autquocumque modo aliquis stratorum exhausserit et non statim eum penes quem officiumcustodiae est adque eius ministros capitali poena subiecerit. Dat. prid. cal. iul.Serdicae Constantino a. VI et Constantino caes. cons. (320 iun. 30)*. Del texto se desprende la intención de evitar el sufrimiento y mejorar las condiciones de las prisiones, y en este sentido se puede hablar de piedad y humanidad en la disposición imperial; por otra parte, de la *inscriptio* del destinatario *ad*

¹⁹⁸ ARANGIO-RUÍZ, V. “*Instituciones de Derecho...*”, ob. cit. págs.

¹⁹⁹ZAMORA MANZANO, JL. “Algunas particularidades en torno a la influencia de la misericordia y la humanidad en las fuentes romanas”, Gran Canaria, 2017, págs. 300-301.

florentium rationalem, podemos ver que se trata de una providencia dirigida a delitos de naturaleza tributaria, pero creemos que se pudo producir una extensión a otros supuestos de hecho. Según esta referencia, la *lex imperialis*²⁰⁰, reafirmaría la perspectiva moderna, ya que, además de encomendar un proceso diligente sin dilaciones, tenía una función preventiva y prohibía el abuso de la posición de garante.

2.3 El proceso durante el Dominado

En este periodo se difumina la distinción entre *crimina iudiciorum publicorum* y *crimina extraordinaria*. Una Constitución del año 320 muestra la convivencia de ambos sistemas procesales; sistema acusativo (*sive acusus existas*) e inquisitivo (*sive eum publicae solitudinis cura perduxerit*) son sinónimos. En este texto se advierte la necesidad de castigar crímenes a través de iniciativas públicas o privadas indistintamente; garantizar la celeridad del proceso y absolver a los inocentes. En el mismo sentido la Constitución de 357 reflejada en el CTH.9.17.4//CI 9.19.4., se castiga la violación de los sepulcros que tenían un valor sagrado tradicional y la iniciativa para ello puede partir del sujeto privado lesionado o de cualquier ciudadano que provoque una *notitia criminis* sobre estos hechos.

²⁰⁰ IGLESIAS SANTOS, J. *Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1986, págs. 41-42. “Bajo el Principado y, sobre todo, en tiempos del Imperio absoluto, la constitución imperial es fuente primaria y casi única del Derecho. Como decía el jurista Ulpiano, *quod principi placuit legis habet vigorem*. Por su parte, el emperador Justiniano afirma que *tam conditor quam interpret legis solus imperator iuste existimabitur*. Todavía es de advertir que sólo en época muy adelantada –a partir del siglo III– afecta en términos de cierta importancia a la órbita privada (...) Esta fuente suprema del derecho que es la *constitutio principis* –denominada técnicamente *lex* en la época imperial– da lugar a la formación de un *ius novum*, a un Derecho nuevo, a un *ius extraordinarium*”.

También en este punto existen discrepancias en su interpretación. Para la tesis tradicional se trata de una señal evidente de que el sistema inquisitivo estaba comiéndole el terreno al acusatorio; por el contrario, la corriente más moderna advierte, incluso, la existencia de ciertas garantías procesales que dignifican el procedimiento, y, sería con esta finalidad que se puede entender toda la disciplina relativa a la acusación que Constantino tiende a darle fuerza con el *edictum de accusationibus* (CTh. 9,5,1 y CI. 9,8,3.). Según la doctrina moderna, la función de este edicto fue establecer reglas para una correcta *accusatio* sin abusos. la calumnia ve ampliada su campo de aplicación hasta comprender la *accusatio* no probada, bastando objetivamente la absolución del imputado. Esta doctrina concluye que la intención de Constantino fue privilegiar la *accusatio* frente a la *inquisitio*, siendo la figura del delator en la época de Constantino castigada exclusivamente por el mero hecho de la delación. Desde esta perspectiva, se puede comprobar que el resultado de la doctrina tradicional es igual, solo cambia la finalidad. Aquí la forma de la *accusatio* es tutelada y aplastada a favor de la *inquisitio*. Así lo expresa SCAPINI²⁰¹, para quien la *congntio extra ordinem* en su origen se basó en el principio acusatorio, pero iría asumiendo progresivamente aspectos del procedimiento inquisitorio.

En definitiva, la conclusión de la teoría más evolucionista es que, si a finales del imperio la *accusatio* se había extendido en su uso, este debía considerarse el sistema principal del proceso penal. Pero va más allá, y respecto a la *inquisitio*, entienden que no

²⁰¹ SCAPINI, N. *Diritto e procedura penale*, ob. cit. págs. 146-147. El principio inquisitorio, según este autor, se funda en los siguientes principios: a) “*progresiva eliminación de la acusación privada y acumulación en la misma persona del acusador y el juez*”; b) “*el juez es investido de un poder permanente*”; c) “*el juez tiene libertad para la investigación, adquisición y valoración de las pruebas con independencia de la posición decada una de las partes, y, finalmente, conduciendo el proceso bajo los principios de la escritura y el secreto*”, págs. 150 y ss.

es únicamente un procedimiento de oficio -como lo considera la teoría tradicional, tendente a la arbitrariedad y la represión-, sino que su desarrollo también está sujeto a investigación. En ambos tipos de iniciativa penal se advierte un aumento de la tutela del Estado y no de la represión de éste como reafirma la corriente tradicional. Lo que de alguna forma pretende destacar la concepción moderna es el aumento progresivo del carácter público del proceso penal en particular y del Derecho Penal en general; es decir, el incremento de la intervención del Estado en materia penal.

Llegados a este punto, lo que se propone es un sistema mixto que parece la posición más coherente, pues, si por una parte resulta evidente que la Justicia ha sido y es un arma de doble filo para las instancias de poder y, por lo tanto, controlar esta confiere a su vez, un aumento considerable de dicho poder a quien lo ejerce; sin embargo, el propio poder político se ha visto obligado a proveer de un carácter tutelar a la justicia en materia criminal, o, dicho en otras palabras, la necesidad de iniciar lo que hoy se conoce como una política criminal y por lo que parecen revelar las fuentes históricas, ya tuvo sus primeras manifestaciones en el Derecho Penal Romano.

La lucha por las garantías, paradójicamente, es coetánea en el tiempo a los intentos de utilizar la Justicia como elemento controlador y proclive a los excesos. En definitiva, es la lucha por la Justicia, pues esta no tendría sentido sin ese contrapeso al poder, en el más puro significado atribuido por Ihering²⁰², en el que el jurista alemán, a propósito de este tema se plantea varias interrogantes: *¿Qué son, en fin, la defensa obligatoria y esa lucha de los procesos? ¿Qué son sino escenas de un mismo drama, la lucha por el derecho?*

²⁰² VON IHERING, R. “*La lucha por el Derecho*”, Madrid, 1989, pág. 71; *El espíritu del Derecho romano*, Madrid, 2005, págs. 162 y ss.

Tras esta polémica doctrinal entiendo que existe también una cuestión de fondo, y es, la ya mencionada y vieja distinción entre el Derecho privado y el Derecho público. Esa diferenciación es consustancial al propio Derecho Romano desde sus inicios tras el abandono del carácter religioso que tenía sobre todo el Derecho Penal y el establecimiento de la pena en sí misma²⁰³. Dicha distinción se irá acentuando a partir de Constantino, el intento y la necesidad de delimitar, a través del Derecho procesal penal, la materia concerniente al Estado (*Ius publicum*) y lo que debe ser dirimido en la esfera privada (*Ius privatum*)²⁰⁴.

En otro orden de cosas y, a tenor de la ingente literatura sobre el *crimen falsi*, así como la intensa labor de los jurisconsultos en esta materia, no parece exagerada la postura de TORRENT cuando manifiesta que “*pocos crímenes fueron tan estudiados como el falsum*” y destaca el papel decisivo de los Senadoconsultos y las Constituciones imperiales²⁰⁵ para la regulación de este, resaltando el esfuerzo de la jurisprudencia a pesar del continuo intervencionismo autoritario del estado en la Roma imperial.

En conclusión, se puede estar de acuerdo con la doctrina mayoritaria cuando sostienen sus seguidores que la aparición de supuestos de deslealtad profesional considerados como delitos por el Derecho Penal, tiene un origen remoto; pero matizando que, aunque esa mayoría²⁰⁶ señala el Digesto como el primer texto legal que hace referencia a la deslealtad de los abogados, lo cierto es que -como se ha visto anteriormente

²⁰³ SANTALUCÍA B. *Diritto e proceso penale...*, ob. cit. págs. 7 y ss.

²⁰⁴ “*Relativamente a su objeto, el derecho positivo de un pueblo se divide en público y privado. El derecho público (ius publicum) es la reunión de preceptos relativos a la constitución y a la administración del Estado, es decir, a las relaciones del poder supremo con los súbditos. El derecho privado (ius privatum) comprende los principios que arreglan las relaciones de derecho que existen entre los ciudadanos como particulares*”. MACKELDEY, F., “*Elementos del Derecho romano*”, 2ª edición, Madrid, 1845, pág. 10.

²⁰⁵ TORRENT, A. ob. cit. pág. 119.

²⁰⁶ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. 2000, pág. 40;

en los párrafos dedicados al derecho de la antigua Roma-, la exigencia de un código ético de comportamiento, así como la inexorable evolución en la creación un estatuto para su ejercicio, ya era una realidad desde muchísimo antes. Lo que hace Justiniano, es sintetizar en una obra colosal buena parte del pensamiento jurídico de la civilización romana desde sus inicios. Constituye pues el Digesto -entre las obras que formarán parte de la colección legislativa más relevante, denominada *Corpus Iuris Civilis*-, como la obra más significativa y trascendente²⁰⁷. “*Es en esta etapa final del derecho clásico romano cuando el abogado romano se convierte en un producto nuevo, fruto de varios siglos de evolución y experiencia, dotándose ya de las características necesarias para inaugurar un modelo profesional cuyos signos distintivos son básicamente los actuales*”²⁰⁸.

VI.- DIFERENTES FIGURAS DE REPRESENTACIÓN EN DERECHO ROMANO Y DIFERENTES PROCESOS

Como apunta ARIAS RAMOS²⁰⁹, junto a las distintas figuras auxiliares antes mencionadas, *Jurisconsultis*, *Oradores o Advocatus*, aparecen en el proceso romano otros actores en virtud de la doctrina de la representación en los negocios jurídicos en general. Si bien en el derecho moderno la representación es una institución consolidada -y obligatoria en muchos casos, por ejemplo, en el procedimiento civil-, por el contrario, en Roma, no estaba reconocida con claridad la intervención de tercero, y su utilización constituía una excepción a la regla general de exclusión de la representación. Las

²⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, S. *Historia...* Vol. 1 º, ob. cit. págs.174.

²⁰⁸ Ibidem, pág. 176.

²⁰⁹ ARIAS RAMOS, J. ob. cit. págs. 44-45.

constituciones imperiales de *facto*, recogían el principio de inadmisibilidad de la representación en su forma típica y perfecta. La dogmática general en torno a la representación distingue dos tipos principalmente: la representación perfecta, directa o inmediata, donde los actos realizados por el representante recaen directamente sobre el representado (actúa por cuenta y en nombre del representado); y otra, imperfecta, mediata o indirecta, en este caso los efectos de la actuación del representante recaían sobre el mismo con independencia de que posteriormente el afectado pudiera repercutirle por otros métodos, es decir, se actúa por cuenta del representado pero en nombre propio²¹⁰.

En el Derecho Romano, prevaleció la segunda modalidad lo cual no es de extrañar, teniendo en cuenta las severísimas consecuencias que podían derivarse de una supuesta actuación errática del representante, no solo patrimoniales – a través de la pérdida de derechos económicos por una ineficiente gestión del interviniente-, sino por sus implicaciones penales. Recordemos la aplicación de la *lex Cornelia* en supuestos de alteración o falsedad de documentos que se castigaba incluso con la muerte si el actuante

²¹⁰ “En la doctrina pandectista alemana se suscitó debate acerca de la terminología empleada para distinguir ambas figuras. Así, IHERING consideraba que el que actuaba en nombre propio lo hacía como representante”. En este sentido, BRIGUGLIO, F. en su “*Studi sul procurator*”, en Seminario giuridico della università di bologna, CCXXXI, Giuffrè editore, 2007, pág. 30. Relata este autor: “*Jhering, infatti, osservava che le fonti nell’ambito del “contrahiren für einen Ardern” tengono distinto il contrahiren in eigenem namen dal contrahiren in fremdem namen. Chi agisce in nomen altrui, dunque, secondo jhering, ha di fronte a sé due possibili vie: la prima che consiste nell’agire in nome proprio, come ersatzmann, la seconda, consessa solo più tardi dal diritto, consiste nell’agire in nome altrui come stellvertreter.* (Trad.) “Jhering, de hecho, observó que en el ámbito de la contratación en favor de terceros había que distinguir el contrato en nombre propio de aquel realizado en nombre ajeno. Quienes actuaron en favor de otro, por tanto, según Jhering, tenía ante sí dos posibles formas de hacerlo: el primero es actuar en nombre propio como sustituto, la segunda, otorgada solo más tarde por la ley, consiste en actuar como representante”. *Il procurator è uno Stellvertreter, vale a dire un mandatario que agisce in nome altrui; l’Ersatzmann, invece, è il mandatario que agisce in nome proprio*”. (Trad.) “El procurator es un Stellvertreter o representante, es decir, un agente o mandatario que actúa en nombre de otro; el *Erstzmann* o sustituto, sin embargo, es el agente o mandatario que actúa en nombre propio”.

era esclavo y, todo parece indicar que este último es el protagonista originario de la representación en Roma. No obstante, la doctrina²¹¹ en general atribuye esa carencia en el Derecho Romano de la representación directa a cierta “repugnancia” o rechazo de la sociedad romana a aceptar que la actividad de una persona aprovechara a otra; existen otras razones que obedecen a razones puramente pragmáticas, en cuanto a que en la primitiva sociedad romana no era necesaria ese tipo de representación ya que la estructura familiar era autosuficiente en ese sentido, bastaba con tener a disposición una persona (esclavo generalmente) dispuesta a gestionar los asuntos internos.

Principalmente, el orden civil se había caracterizado de un excesivo rigor formalista desde sus orígenes lo que contrastaba con las nuevas necesidades del tráfico jurídico. El viejo procedimiento *per formulas*, con el paso del tiempo, comenzó a ser una rémora que dificultaba el tráfico jurídico; de hecho, ni siquiera en la etapa más primitiva se pudo cumplir con total rigor la excepción a la representación.

Así las cosas, hubo de ir introduciendo excepciones a la regla general como fue por ejemplo la figura del *Adstipulator*²¹². Por tanto, esa limitación en materia de representación fue flexibilizándose con el paso del tiempo. Era -según la doctrina-, *en la vida cotidiana romana, especialmente en actividades comerciales o de banca, donde los esclavos resultaban de especial importancia, actuando como representantes o agentes de sus propietarios, con gran flexibilidad e independencia*²¹³.

²¹¹ ARIAS RAMOS, ob. cit. pág. 46.

²¹² Ibidem, pág. 48.

²¹³ FUENTESECA P. en referencia a la obra “*Il Procurator*”, de Feliciano SERRAO, Milán, 1947, concluye: “*El procurator surge como figura de hecho ignorada por el Derecho. Al aumentar el número de ausentes, la vida económica y social necesitó de la institución, que fue acogida bajo la rúbrica edictal **De negotiis gestis**. Su acción durante la etapa clásica fue la **actio negotiorum gestorum**. El procurator tuvo amplias facultades de administración y era **paene dominus**. Podía intervenir voluntariamente o ser propuesto por el dominus. No tenía representación directa, salvo en caso de adquisición de la posesión, y*

Se suele argumentar que una de las razones que dieron origen a la actividad de representación, lo que hoy conocemos como la procura, se debe a que los miembros de la élite social romana, senadores entre otros, no tenía tiempo para atender sus negocios personales, lo que provocó que acudiesen al auxilio de un tercero a modo de representante personal para que se ocupara de tales asuntos en su nombre. Hay que recordar que las actividades de los senadores -al igual que sucediese con los primeros “abogados romanos”-, tenía carácter altruista y les procuraba fama, buen nombre y sobre todo posición social; pero que, al margen de dichas actividades públicas, muchos de ellos aprovechaban el *status* social adquirido para fomentar sus negocios personales a los que no podían atender personalmente.

Si bien este argumento puede acercarse a la realidad, lo cierto es que el origen es más complejo y no puede vincularse la aparición de estas figuras a un grupo concreto del funcionariado romano, sino más bien, a toda una élite social que comenzó a intervenir muy activamente en el tráfico mercantil. Si parece coincidir la mayoría de la doctrina, en cuanto al protagonismo que tuvieron los esclavos en materia de representación procesal en los orígenes de esta. En este sentido la figura del procurador²¹⁴, en su origen más remoto, vendría a asimilarse a un administrador general o particular de patrimonios

*solamente respondía por dolo. Por otra parte, existía el representante judicial: el **cognitor**. En el Derecho post clásico las cosas cambian: el procurator debe ser constituido por mandato. No teniendo mandato se califica de **falsus procurator**”.*

²¹⁴ QUINTANA ORIVE, E y BLANCH NOUGUÉS, JM ^a, “Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*”, en *Revue Internationale des droits de l’antique*, n° 45, 1998, pág. 321. “En el Derecho romano arcaico y en el antiguo Derecho germánico los créditos y deudas no podían ser singularmente transmitidos por actos *inter vivos*. Acción y obligación aparecían entonces unidas formando un todo inescindible que vinculaba a cada deudor con su acreedor. Los glosadores medievales recogen y expresan este principio romano, y así ACURSIO nos dice que los créditos o las acciones no pueden separarse de su titular como el alma no puede separarse del cuerpo”, (Glosa a D. 15,1,16): **Quae nomina sive actiones non possunt separari a domino, sicut nec anima a corpore**.

ajenos, algo así como el capataz del "*dominus*"; es decir, el esclavo de confianza del señor que, una vez manumitido venía a encargarse de velar por el patrimonio de su manumisor en ausencia o imposibilidad de este. Como señaló SERRAO²¹⁵, "*tal procurator, ómnium rerum...de ordinario un obediente y fiel liberto, ligado a la casa con los rancios vínculos cuasifamiliares del patronato y la clientela, tenía facultades muchas más extensas que las que hoy solemos abarcar en el concepto de administración*".

Pero esta figura no surgió tampoco de forma espontánea. Antes de consolidarse como representante de terceros desde el punto de vista jurídico, el procurador -al igual que otras instituciones de representación en Roma-, iría mutando su actividad en función del contexto social y económico del momento. Incluso, algunos autores²¹⁶ niegan que existiese la representación en nombre de terceros hasta muy avanzado el Imperio.

Una de las características que ha rodeado al estudio de todas las formas de representación en el Derecho Romano tienen que ver con la polémica en torno a la fecha de su aparición o, a la forma en que emergieron a la realidad jurídica; sin embargo, y de forma similar respecto al estudio de los orígenes de la abogacía²¹⁷, parece haber unanimidad en la doctrina en vincular la evolución de esta institución de la representación a los distintos tipos de procedimientos existentes en aquel sistema jurídico: de un lado, el primitivo procedimiento de *legis actiones* -de carácter oral en su origen-, y otro muy diferente cuando se institucionalizó el procedimiento escrito o *per fórmulas*. También

²¹⁵ SERRAO, F. *Il Procurator*, Milano, 1947, pág. 70; ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 68; QUINTANA ORIVE, E. y BLANCH NOUGUÉS, JM. ob. cit. pág. 333.

²¹⁶ ARIAS RAMOS, J. "La representación procesal en el Derecho Romano", en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, n ° 28, Año VIII, abril-junio 1936, pág.63.

²¹⁷ Ibidem, pág. 47. "Los distintos sistemas de procedimiento que Roma conoció influyeron, como no podía ser menos, en esta como en todas las demás instituciones de carácter procesal".

parece haber acuerdo en considerar la figura del procurador, *stricto sensu*, dentro de este último procedimiento escrito según los testimonios históricos.

Respecto a otras figuras, como la del *procurator* existen divergencias doctrinales, incluso algunos autores directamente niegan la existencia de una representación en la antigua Roma²¹⁸.

En cualquier caso, entiendo que cualquier afirmación demasiado categórica negando o afirmando su existencia carece de sentido porque, más allá de opiniones doctrinales, es obligado recurrir al sentido común, y este nos dice que, obviamente la figura del representante legal en Roma, al igual que sucedía con la del defensor no existía en los términos que los entendemos actualmente; pero ello no impide indagar en la historia a los efectos de descubrir el origen de estas figuras que, en algún momento de la misma hubieron de aparecer y evolucionar a partir de sus formas más arcaicas. No en vano, parece haber cierto consenso en la mayoría de la doctrina al reconocer diversas formas de representación incluso desde el Derecho Romano más primitivo a pesar de su presunta proscripción²¹⁹.

ARIAS RAMOS²²⁰ distingue tres periodos relacionados con la representación en relación con los distintos sistemas imperantes según el periodo histórico: 1) la

²¹⁸ GUZMÁN GARCÍA, JJ., “La formación histórica de la representación”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º. 6, 2013, págs. 163-174.

²¹⁹ MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. págs. 100-101. Para este autor, no existen dudas de que, en el Derecho Romano, a diferencia del ateniense, demandante y demandado pudieran comparecer en juicio por medio de terceros. Incluso en el primitivo proceso de las *legis actiones* de la época más arcaica (s. V a. C.) no solo se conoció la defensa procesal sino una forma de “sustitución” procesal del demandado a través de un *vindex* o de un *vas*, quien puede responder con su propia vida por la obligación asumida en favor del demandado. (*De Officiis*, 3.45.8. Cic.). Para BETANCOURT SERNA, F. “la figura del *vindex* se identifica con la de un defensor, aunque no está claramente precisada su forma de intervención”, véase, *Derecho romano clásico*, 3ª ed. Sevilla, 2007, pág. 155.

²²⁰ ARIAS RAMOS, ob. cit. pág.47.

representación procesal en el sistema de las *legis actiones*, desde los orígenes hasta fin de la República o comienzos del Principado; 2) la representación procesal en el procedimiento *per formulas* o época clásica, y, finalmente, 3) la representación procesal en relación con el procedimiento *extra ordinem* hasta Justiniano.

1. Período *legis actiones*. -El procedimiento habitual desde la época de la monarquía hasta finales de la República era el de *legis actiones* y, en el desarrollo de este, ya se vislumbran los primeros indicios de actuaciones en nombre o representación de otro. Parece ser un hecho evidente la existencia de representantes en el Derecho Romano desde sus inicios.

Para ARIAS RAMOS²²¹, la representación en los tiempos de la *legis actiones* no era posible, estaba excluida del proceso judicial debido a su carácter excesivamente formalista y rígido; por tanto, de producirse algún tipo de actuación en nombre de otro esta tendría un carácter excepcional. Este autor, a partir de las instituciones de GAYO, deduce que existía un principio general de exclusión en materia de representación²²², y en este sentido también se pronuncia AGUDO RUÍZ, en consonancia con la doctrina moderna al decir: *unánimemente la doctrina romanista sostiene que durante la vigencia de las legis actiones, las partes debían comparecer en persona y proceder ante el juez o magistrado sin posibilidad de ser representados*, y el aval de esta postura obedece a los testimonios del jurista romano del siglo II, en cuyas instituciones afirma *que la*

²²¹ ARIAS RAMOS, J. “La representación...”, ob. cit. págs. 44 y ss.

²²² AGUDO RUÍZ, A. “La representación procesal en el sistema de las *legis actiones*”, La Rioja, 2000, pág. 303 y ss.

posibilidad de litigar in nomine alieno no era lícita en tiempos de las viejas acciones. En concretas y se identifican como: pro populi, pro libertate, protutela y ex lege Hostilia.

a) Pro populi. – Se trataba de una actividad que podía ejercer cualquier ciudadano, sin necesidad de ostentar cargo relevante alguno²²³. Se utilizaba en procedimientos en defensa de la comunidad y podía a favor o en contra de la organización estatal. Se litigaba *pro populo* en los casos en que un particular actuaba legitimado contra otro que vulneraba una ley que afectaba a la colectividad, lo que otorga el carácter de acción pública a estas intervenciones en las que se exigía una multa al transgresor; aparentemente se actuaba en beneficio de aquella, pero el beneficio de la multa era para el que iniciaba la acción.

Para MURGA GENER, consistía en una necesidad material; es decir, para poder actuar en litigios donde estuviese implicada cualquier organización estatal no había otro camino que proceder a través de la representación²²⁴. Asimismo, se ejercitaba la *pro populo*, al activar la *legis actio sacramento in rem*, cuando un ciudadano denunciaba la posesión indebida de un bien público por un particular.

Por su parte BRUNS²²⁵, sostiene la existencia de dos tipos de acciones en este sentido, aquellas cuyo resultado va en beneficio del actor, denominadas *actiones populares* en sentido estricto; y otras, si el beneficio del resultado recaía sobre la comunidad, en este caso se trataba de *verdaderas acciones procuratorias*, en las que un ciudadano demanda

²²³AGUDO RUIZ, A. “La gratuidad de la actuación judicial de los representantes en el sistema de las *legis actiones*”, La Rioja, 2011, págs. 203 y ss.

²²⁴ MURGA, ob. cit. pág. 87.

²²⁵ BRUNS, KG. *Die römischen popularklagen, Kleinere Schriften*, Volúmenes 1-2 Hermann Böhlau, Berlín, 1882, págs. 313 y ss.

en su propio nombre y por cuenta propia, pero en beneficio de un interés colectivo; actuando como procurador del pueblo, pero sin serlo²²⁶.

Algunos autores consideran que estas representaciones podrían referirse a verdaderas acciones ejecutivas populares al intervenir en la vulneración de normas de policía en materia de higiene pública o de carácter funerario como los enterramientos en lugares sagrados²²⁷, o la *manus iniectio y pignoris capio* otorgada por el senadoconsulto de pago montano²²⁸.

Otro autor como WENGER, en una línea más prudente, omite cualquier referencia a la acción *pro populo* argumentando la falta de certeza suficiente sobre su existencia para enervar el principio de no representación²²⁹. El profesor MURGA, sin embargo, va más lejos aún y estima que, de ser cierta esta forma de representación estaríamos ante el precedente histórico más remoto de las acciones populares, circunstancia que destacaría la conciencia cívica de la sociedad romana al permitir ejercitar a cualquier ciudadano haciendo suyo un interés comunal²³⁰.

b) *Pro libertate*. – Se relaciona con la incapacidad de representación por parte de un esclavo que, a su vez, era representado por un tercero *adsertor libertatis* que le

²²⁶ AGUDO RUÍZ, “La representación procesal...”, ob. cit., pág. 307

²²⁷GIRARD, PF- SENN, F. *Textes de droit romain. Tome 2^o: “Les lois des Romains”*, en, “*L’antiquité classique*”, Tome 49, Paris, 1980. pág. 538-540; y, *Textes de droit romain. Tome 2^o: “Les lois des Romains”*, 7e édition, par un groupe de romanistes. Naples, Jovene, Vol. n^o 1, Ascoli-Piceno, 1977 (1978), pág. 595.

²²⁸RICCOBONO, S. “*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*”, 1 *Leges S.C. n^o 39*, Florentiae: Barbèra, Firenze, 1968, págs. 272 y ss.

²²⁹ WENGER, L. *Instituzioni di procedura civile romana*, traducción de Ricardo ORESTANO, Milano, 1938. págs. 128 y ss.

²³⁰ MURGA, J.L. ob. cit. 1989, pág. 87; AGUDO RUÍZ A. ob. cit. 307.

representaba en la causa *liberalis*, o sea, del proceso para determinar su condición²³¹ El sujeto puede encontrarse en dos situaciones: caso de ser esclavo, no tiene representación, siendo entonces considerado *indefensus* por el magistrado; o, que exista la duda acerca de su condición de libre, en ese caso se le otorga la condición de *ductus*, por la *vindicatio in servitute*. La paradoja se producía en caso de ser considerado esclavo, al no ser considerado como persona sino como objeto, la representación adquiría el carácter provisional respecto de una persona presunta como apunta Ramos. En caso de que el sujeto (u objeto en este caso), tuviese la condición de esclavo, el *adsertor* actuaba extra judicialmente *-in ius vocatio-*, como demandante debiendo citar a su representado. Si la persona, o sujeto de controversia era libre, entonces el *adsertor* -en el acto *in iure-*, procedía a la *contravindicatio in libertatem*, siendo el representado quien actuaba como demandante.²³²

Ya en época de Justiniano se permitió al esclavo actuar como demandante o demandado y que las *vindicationes ex libertate in servitute*, el sujeto cuyo estado social está cuestionado pueda defenderse por medio de procurador.

c) Protutela. – Aunque esta excepción al principio de no representación parece clara al tratarse de la actuación del tutor sobre el tutelado; sin embargo, también ha sido objeto de polémica. La paráfrasis griega²³³ de las Instituciones sobre el ejercicio del *agere tutela* se refiere a la controversia entre dos personas que pretender ejercer el derecho a la

²³¹ARIAS RAMOS, J. “La representación procesal en el Derecho Romano, Santiago de Compostela, abril-junio 1936, pág. 51.

²³² AGUDO RUÍZ, A. ob. cit., pág. 308; ARIAS RAMOS, ob. cit., pág. 51.

²³³ “Según Teófilo se da un *agere protutela* cuando dos personas discuten entre sí sobre cuál es el verdadero tutor: aquel que pierde el litigio habría actuado alino nomine, en cuanto habría actuado en base a una tutela que no le correspondía”. AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. 309.

tutela, en la cual uno de los dos litigantes obviamente estará actuando sin ostentar aquella condición y estaríamos ante un supuesto de *falsus tutor*.

Para los romanos, esta acción sería similar a las causas liberales ejercidas por la presencia de un esclavo en el ámbito de la representación *pro libertate*²³⁴. Autores como DEBRAY²³⁵ o WIRBEL, llevan esta excepción a la *materia criminis* al considerar que se trata de la acción ejercida de un tercero contra un tutor para destituirlo como consecuencia de la comisión de un *crimen suspecti tutoris*.²³⁶ La doctrina más moderna ha sido más pragmática al entender este tipo de excepción al principio de no representación, considerándola simplemente como la ejercida por el tutor en defensa de los intereses de su pupilo²³⁷. Parece en principio, que el tutor respecto a esa defensa litigaba en su propio nombre como titular de los bienes de este aquel el fin de la tutela. En torno a esta institución surge la *agere protutela*, acción ejercitada contra aquel que supuestamente no era verdadero tutor, *falsus tutor*.

²³⁴ KARLOWA, O. *Der Römische civilprozess, zur zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, pág. 355.

²³⁵ DEBRAY, L. “Variétés. A propos du cognitor”, *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et étranger*, Vol. 36, Paris, 1912, págs. 370-384.

²³⁶ WIRBEL C. *Le cognitor, (These pour le doctorate)*, París 1911. (Tesis doctoral).

²³⁷ Seguidores de esta teoría son EISELE, F. en “*Cognitor und Procurator*”, *Freiburg-Tübingen*, Año 1881; GIRARD, P y SENN, F. en *Histoire de l'organisation judiciaire des romains. “Les six premier siècles de Rome”*, Paris 1901.; BERTOLINI en *Appunti Didattici di Diritto romano. Il Processo civile, II*, n ° 1, Torino 1913, pág. 187; SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano*, Buenos Aires, 1954, pág. 191 y ss.; Véase también, versión italiana, “*Procedura civile romana: esecizio e difesa dei diritti*”, Anónima, 1936; WENGER, L. en *Instituzioni di procedura civile romana*, Milán, 1938; PUGLIESE, G. *Le Legis actiones*, Roma, 1962, págs. 246 y ss.

El autor turinés Vittorio SCIALOJA habla de la *actio protutelae* contra aquel que hubiere tutelado los bienes del pupilo si ser tutor verdaderamente, *el falsus tutor*, y que esta acción llevase a Teófilo a la confusión²³⁸.

d) Ex lege Hostilia. – Considerada por ARIAS RAMOS y la mayoría doctrinal, el último tipo de representación procesal en el marco de las *legis actionis*, antes de consolidarse el procedimiento formulario. Cualquier ciudadano actuaba en nombre de un ausente (*absens rei publicae causa*). En un principio era la representación de quien está prisionero del enemigo y por tanto ausente, aunque posteriormente se extendió a los casos por ausencias de motivos políticos o puramente civiles, como la representación²³⁹ del impúber cuyo tutor estaba ausente. Era, en definitiva, la representación *conditio furtiva*. El debate en torno a esta figura se produce en cuanto a su fecha de existencia. Algunos autores la ubican en el siglo VI como VOIGHT²⁴⁰ y ROTONDI²⁴¹, mientras que HUEVELIN²⁴² la situaba en el siglo VII en relación con algunos plebiscitos de la época. Lo que sí parece más probable, según ARIAS RAMOS, es que se trate de la excepción

²³⁸ SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano*, ob. cit. págs. 191 y ss. (...) “Existía, especialmente en el derecho justiniano, una *actio pro tutela*, dada contra quien había gestionado como tutor -sin serlo-, los asuntos del pupilo; o sea, contra el *falsus tutor*”.

²³⁹ AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. pág. 310.

²⁴⁰ VOIGT, M. *Römische Rechtsgeschichte*, Vol. 1 °, Leipzig, 1892, pág. 282. “Diese Verhältnisse aber erforderten insoweit, als eine prozessualische Stellvertretung sich als nöthig erwies eine, gesetzliche Sanction die den auch zuerst durch die *lex Hostilia* v. 545 oder 547 zu gunsten des sei es von Staats wegen” (...) cit. 14, “Die *lex Hostilia* ist Jünger, als der in Voigt XII Taf”.

²⁴¹ ROTONDI, G. *Leges Publicae Populi Romani*, Milano 1912, pág. 480

²⁴² HUEVELIN, P. *Études sur le Furtum dans le Très Ancien Droit Romain*, Vol. 1 °, Paris.1915, págs. 117 y ss.

más moderna al principio *nemo alieno nomine agere potest* en el antiguo procedimiento²⁴³.

e) **El *Cognitor* en las *Legis Actiones*.** – En torno a la presencia de esta figura en el periodo de las *Legis Actiones* se produce una de las principales discusiones doctrinales a propósito de la representación procesal. El profesor ARIAS RAMOS identifica al respecto tres corrientes doctrinales distintas²⁴⁴:

- Los que niegan la existencia del *cognitor* en la etapa de las *Legis actiones*²⁴⁵. Uno de los representantes de la tesis negacionista es WLASSAK, quien se apoya en que Justiniano no hace referencia alguna a esta figura como excepción al principio de no representación. Esta carencia le lleva a interpretar una frase de GAYO que da a entender que la *cognitio* pudiera ser una institución de origen griego debido al carácter arcaico de las fórmulas empleadas para designar esta figura²⁴⁶.

²⁴³ ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 53.

²⁴⁴ Ibidem, pág. 54.

²⁴⁵ VON MAYR, R. *Historia del Derecho romano*, traducción española por W. ROCES, Barcelona 1926, pág. 113; WENGER, L. *Istituzioni di procedura civile romana*, Milán, 1938, (Recensión a la obra de WIRBEL en la *Zeits. Der sav.* T. 32), pág. 483. Para WENGER, el verdadero representante de la época en las *legis actione* era otra figura denominada *adstipulator*, al decir: “*Wolte man einen andere fü sich agirem lassen...so musste man ihn zum adstipulator machen*”, (si deseabas que alguien actuara por ti, debía convertirse en un *adstipulator*), pág. 85.

²⁴⁶ QUINTANA ORIVE, E. -BLANCH NOUGUÉS, JM. ob. cit. págs. 324-325; BRUNS, KG. *Fontes iuris Romani antiqui*, ob. cit. págs. 353-354; sobre la cesión del crédito de Guido ASTUTI, véase, *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. n° 34, Torino, 1988, págs. 810 ss. Véase también, ARANGIO-RUIZ, V. “*Studi epigrafici e papirologici*”, (A cura di Lucio Bove). Napoli, 1974, págs. 140 ss.; 315 ss. y 425 ss.; MITTEIS, L.-WILCKEN, U. “*Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde*”. Hildesheim, 1963; CASTRESANA HERRERO, A. “El *chirographo* y la *syngrapha*: significación jurídica desde la República hasta Justiniano”, en *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'ORS*, I, Pamplona, 1987, pág. 361 ss.

- Otra corriente doctrinal considera que la *cognitio* tuvo una presencia limitada a los procedimientos donde eran protagonistas ancianos o enfermos. Los defensores de la presencia residual del *cognitor* en procedimientos cuyos protagonistas eran ancianos o enfermos son HUCHSKE, LENEL, GIRAD, COSTA, BERTOLINI y WIRBEL y por todos, KARLOWA²⁴⁷. Estos autores interpretan la antigüedad de las fórmulas empleadas según GAYO precisamente a sensu contrario, es decir, serían una prueba de su utilización en épocas remotas, aunque no anteriores al siglo IV, pero si perfectamente posibles antes del procedimiento per formulas.

- Finalmente, una parte de la doctrina que otorga protagonismo al *cognitor* a partir de la segunda fase del proceso, a su vez, este en dos: actuación *in iure* ante el Magistrado; y, la actuación ante el Juez, *Iudex*. Solo en esta última tendría intervención el *cognitor*. El representante más destacado de esta última opinión es EISELE²⁴⁸, fue, sin duda, el defensor más notable de la hipótesis de que el *cognitor* apareció en el periodo de las *legis actione* pero solo en la segunda fase del procedimiento, *in iudicio*. Otros autores que se pronunciaron sobre esta figura del *cognitor* fueron SCIALOJA, BETHMANN-HOLLWEG²⁴⁹, MURGA o LOZANO entre otros.

La omisión de Justiniano²⁵⁰ se entiende debido a que las alusiones al *cognitor* resultaban anacrónicas para la época de la compilación y, por ende, fueron suprimidas las

²⁴⁷KARLOWA, O. *Der römische Civilprozess zur zeit der Legisactionen* (Berlin 1872) págs. 354 y ss.

²⁴⁸ EISELE, F. “*Cognitor und procurator. Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*”, *Friburg-Turingen*, 1881. (Puede verse también versión en inglés en editorial RareBooksClub.com, 2013); KASER, M. y HACKL, K. *Das römische Zivilprozess-recht*, 1996, págs. 210.

²⁴⁹VON BETHMANN-HOLLWEG, MA, *Der römische Zivilprozess*, Vol. 2 °., Bonn, 1865 y Londres, 2019.

²⁵⁰ QUINTANA ORIVE, E - BLANCH NOUGUÉS, J.M., ob. cit. pág. 339. (...) “los compiladores de Justiniano tacharon de los textos clásicos toda mención de la *cognitio* o de la *cognitio in rem suam* con lo que surge de inmediato el problema de averiguar cuáles de los fragmentos del Digesto en los que se alude a un *procurator in rem* son auténticos y cuales fueron en realidad interpolados. Una vez más, las corrientes

viejas fórmulas. LENEL entendió esta falta de pronunciamiento en la compilación Justiniana a una decisión prudente de los elaboradores de la gran obra, en el sentido de no asumir la tarea de tener que distinguir entre *cognitor* y *procurator*, e incluir ambas instituciones como excepciones al principio de no representación en la I. 4, 10, ante el riesgo de crear una falsedad como verdad histórica²⁵¹.

Para AGUDO RUÍZ²⁵², si hay muestras para considerar el uso del *cognitor* en el periodo de *Legis Actiones* por varias causas:

a) la solemnidad y el carácter sagrado de las *legis actiones* serían un primer indicio de su existencia en tiempos remotos.

b) el hecho de que el nombramiento no admitiese condición resolutoria (*diem vel condiconem*), y fuese considerado un acto legítimo (*actus legitimi*) en sí mismo,

c) la necesidad de la presencia de las dos partes del negocio jurídico.

No obstante, a pesar de aceptarse esta última teoría, permanece vigente la duda en cuanto a la fecha en que se introdujo esta excepción. Se cree que fue a partir de una referencia en la *Rethorica ad Herennium*, 2.13.20, entre los años 82 y 86 a.C., atribuida a CICERÓN. Otro argumento que esgrime la teoría positiva para defender su existencia remota es que en esa *Rethorica* no se hace referencia alguna a la figura del *procurator*, muy posterior a la del *cognitor*, aunque datan su aparición anterior a la mitad del siglo IV.

interpolacionista y conservadora toman partido en uno u otro sentido llevándose a cabo exégesis de textos en defensa de una u otra postura”.

²⁵¹ AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. pág. 311; ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 55; EISELE, F. *Cognitur und Procurator*, ob. cit. págs. 151-152.

²⁵² AGUDO RUÍZ, A. ob. cit. págs. 312-313.

Por su parte, los defensores de la teoría tradicional²⁵³ critican la imprecisión de esta referencia y la consideran demasiado tardía como para justificar la existencia del *cognitor* en el viejo procedimiento de *legis actiones*.

Otra cuestión es ¿cómo se introdujo el *cognitor* en el procedimiento? Para el profesor ARIAS RAMOS²⁵⁴, es una figura introducida por el *praetor*, atendiendo a la expresión utilizada en la *Rethorica* “*ex aequo et bono ius constat*” (D.2.13.20), como principio de resolución de acuerdo con “lo más bueno y lo más justo”, o sea, conforme a la equidad. KARLOWA²⁵⁵ por su parte se lo atribuye a los *jurisperitti*. En torno a las razones que promovieron la aparición del *cognitor*, surge una teoría que vincula esta figura y la del procurador directamente al ámbito del tráfico económico jurídico y, en especial, a algunas instituciones del tráfico mercantil de la época, como las cesiones²⁵⁶, si bien analizaremos este aspecto en el siguiente epígrafe debido a la relación controvertida entre las figuras del *cognitor* y la del *procurator*.

2. Procedimiento formulario. La representación procesal en el procedimiento *extra ordinem*. El *Procurator*

2.1. Procedimiento formulario (*per formulam*).

En cuanto a la representación en el procedimiento *per formulas*, el origen de este nuevo proceso *per formulas* está en la *lex Aebutia*²⁵⁷ *de formulis*, si bien se estima su

²⁵³ MURGA JL, *El Proceso*, ob. cit. 89.

²⁵⁴ ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 56.

²⁵⁵ KARLOWA, *Der Römische Civilprozess*, ob. cit. pág. 358.

²⁵⁶ QUINTANA ORIVE, E - BLANCH NOUGUÉS, J.M., ob. cit. págs. 321-354.

²⁵⁷ ARANGIO-RUÍZ, V. *Instituciones de Derecho Romano*, ob. cit. 1986, págs. 136 y ss.; ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 60

aparición hacia el año 150 a. de C., al igual que casi todas las instituciones no se puede concretar con exactitud debido a la incertidumbre de los datos. Los autores son unánimes en este sentido. Los únicos testimonios de los que partimos en referencia a esta ley son de GAYO. 4.30.2 y A. GELIO 16.10.8.3. Ambos textos relacionan la *lex aebutia* con la desaparición de la *legis actiones*. En palabras de BERTOLDI²⁵⁸, “*las distintas teorías que se han formulado hasta la fecha no son más que suposiciones, pues, al margen de su indudable contribución a la decadencia de las legis actiones, resulta por completo imposible concretar algo más sobre el contenido de la reforma aebucia, ya que las fuentes conservadas no lo permiten*”.

Según ARIAS RAMOS²⁵⁹, de los llamados representantes de creación voluntaria, hay, en la época del procedimiento formulario, dos tipos: *uno de carácter estrictamente procesal* -ya analizado anteriormente-, el *cognitor*; y otro que no es exclusivamente judicial y que presenta dos modalidades: el *procurator* y el defensor. También aclara este autor que, la figura del *procurator* que apareció en un principio en este procedimiento formulario junto a la figura del *cognitor* y que perduró durante mucho tiempo, no es el *procurator* que puede celebrar contratos de mandato con el *dominus* como representante de este. En principio, la figura del *procurator* sería una especie de administrador general habitual en un contexto económico, pero con un carácter social y no tanto jurídico; eso sí, pudiendo representar en juicio como *procurator omnium rerum*²⁶⁰.

²⁵⁸PARICIO SERRANO, FJ., “Reflexiones acerca de la legalización del procedimiento formulario”, (sobre la *lex aebutia*, la *lex Iulia de iudiciis privatis* y la supuesta *lex iulia* municipales), Madrid, 2004, págs. 95-110.; vid. BERTOLDI, F. “*La lex Iulia iudiciorum privatorum*”, Torino, 2003, págs. 133 y ss.; Sobre la excepción al principio de la no representación véase, WENGER, L. *Instituzione...*, ob. cit. pág. 85.

²⁵⁹ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 62.

²⁶⁰Ibidem, pág. 67-68.

De hecho, el propio ARIAS RAMOS pone en duda la existencia de un concepto legal o jurisprudencial de *procurator* en el Derecho Romano, por lo que habría que atender a la realidad social y económica de la época para entender y evaluar con mayor precisión su figura²⁶¹. Este autor, expone el contexto social en que emergen las figuras de la representación en nombre ajeno: *“en la época en que aparece la lex Aebutia, que inicia una nueva manera de tramitarse los pleitos, Roma ya no es ya la reducida civitas de labriegos-soldados, de economía sencilla y transacciones escasas acompañadas de ritos arcaicos, a la que podía convenir la rigidez formalista de las legis actiones. Es la Roma imperialista que ha destruido Cartago y ha sometido al pueblo que construyó el Partenón. La de los grandes terratenientes, cuya aparición no ha podido cortar la política de los Gracos. Los pequeños propietarios van desapareciendo proletarizados y absorbidos por las ciudades que les ofrecen el espejuelo de ocupaciones en que lograr una fortuna rápida; el exceso de población urbana aumenta el ritmo de las construcciones y el precio de las fincas dentro de la ciudad favorece la especulación; crece enormemente el número de esclavos y el consiguiente tráfico (...) Es una época de capitalismo, comercio y de grandes negocios a la sombra de la administración pública.”*

Por consiguiente, debemos profundizar sobre lo ya visto anteriormente en cuanto a la relación directa entre la aparición de estas nuevas figuras de representación en el Derecho Romano con ese contexto histórico cambiante²⁶² que caracterizó Roma debido - entre otras cosas-, a la magnitud territorial y consiguiente complejidad que adquirió en la época imperial. El abandono de una economía anacrónica cuyas formas rigurosas y solemnes ya no servían para el desarrollo de una nueva realidad mucho más dinámica y compleja, especialmente en lo que se refiere a las transacciones comerciales, la actividad

²⁶¹ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 68-69.

²⁶²Ibidem, págs. 60 y 61.

bancaria²⁶³, las acciones crediticias²⁶⁴, los contratos de diversa clase, establecer pactos de *non petendo* e incluso enajenar bienes.

2.2. *El Procurator.*

Su origen responde -como se apuntó líneas más arriba-, a necesidades socioeconómicas en el ámbito doméstico, apareciendo como un administrador social de carácter familiar y poco a poco, con el paso del tiempo se fue abriendo paso ante la realidad jurídica llegando a consolidarse como *paene dominus*, casi como el propietario. Este papel lo empezaría ejerciendo un esclavo y lo desempeñaría condicionado por necesidades prácticas, motivando un cambio de su estatus para facilitarle la labor a su dueño o *patronus* pasando a tener condición de liberto. Sin embargo, muy pronto esta actividad resultó ser insuficiente, debido a las nuevas y complejas exigencias, para que ciertos asuntos fuesen gestionados solo por un titular o dueño²⁶⁵.

²⁶³ARIAS RAMOS, ob. cit. pág.61; VON MAYR, R. En *Historia del Derecho romano*, (Traducción W. ROCES), Tomo I, Barcelona, 1926, págs. 289-292. “Especialmente relevante es, en este periodo de transformación socioeconómica, la actividad bursátil. La institución de la Banca y los *argentarii* como gestores de esta adquirieron una importancia muy notable debido al interés del propio Estado en fortalecerla. Los negocios jurídicos que dimanaban de su ámbito fueron especialmente protegidos por el Derecho pretorio”.

²⁶⁴QUINTANA ORIVE, E.-BLANCH NOUGUÉS, J.M. en “Nuevas consideraciones en torno al *Cognitor* y al *Procurator in rem suam*”, 1998, ob. cit. págs. 321-354. “Según estos autores, *la cognitio* y *la procuratio in rem suam* constituyen formas de representación procesal ideadas por la jurisprudencia”.

²⁶⁵“*Originariamente il procurator una figura sociale di amministratore generale che però pian piano è riuscito a conquistarsi uno spazio tale anche nella realtà giurídica da essere qualificato paene dominus*”. *Ferma perciò restando l’originaria collocazione del procurator nell’ambito della comunita familiare romana, originariamente forse pure un sottoposto, sucesivamente, sicuramente per motivi di opportunità pratica, soprattutto un liberto, é certo...connesso all’evolversi della società romana verso un sistema económico sempre più complesso e difficilmente gestibile utilizzando le sole forze interne della domus...*COPPOLA, G. en “*Studi per Giovanni Nicosia*” en *Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania*, (Nova serie 214/1), Milano, 2007, pág. 511.

ARIAS RAMOS destaca que, a diferencia del *cognitor*, en la figura del *procurator* no hay designación ni solemnidades, así como tampoco intervención de la parte contraria. Mientras que el *cognitor* es fruto del diálogo procesal entre las partes, el *procurator* surge de una relación extraprocesal. De los testimonios de GAYO, el *mandato* aparece como la base de la institución del procurador; si bien, también se considera procurador a quien sin mandato actúa en nombre ajeno y se presenta en el proceso como *negotiorum gestor*; en consecuencia, ya desde los tiempos anteriores a este jurista romano, aparecen testimonios sobre la figura de un procurador *omnium rerum*, con dos características para tener en cuenta: su amplio margen de atribuciones, así como su deslinde de la figura del mandatario²⁶⁶; es decir, el *procurator omnium rerum* no necesita de un contrato formal de mandato para operar en el tráfico jurídico. En cuanto a sus funciones o competencias, ligada la figura del *procurator* en sus orígenes a la del *curator* y el *tutor*, podía adquirir propiedad y posesión a nombre del representado; pagar deudas del *dominus*²⁶⁷; celebrar contratos o hacer efectivos créditos. Respecto a la cesión de créditos, si bien era de las más importantes atribuciones tanto del *cognitor* como del *procurator (in rem suam)* no era la única, también estaban capacitados para enajenar²⁶⁸ y ello lo explican de forma muy pormenorizada QUINTANA ORIVE y BLANCH NOGUÉS²⁶⁹; y también, en la obra de Pietro BONFANTE se refleja la difusión de la figura del *procurator* con la del

²⁶⁶ ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 68 y 69.

²⁶⁷ MICELI, M^a. “*Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*”. Vol. 1^o, Milano, 2008, págs. 188 y ss. “En referencia a BONFANTE sobre los poderes del *procurator omnium bonorum* entre los que destacan: la *capacità di ricevere ed effettuare pagamenti, permutare e novare*”.

²⁶⁸ GARCÍA VÁZQUEZ, M^a DEL C. “Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*”, *Revue Internationale des droits de l’antiquité*, n^o 38, 1991, págs. 153-174. Véase en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1286>.

²⁶⁹ QUINTANA ORIVE, E. – BLANCH NOGUÉS, J M^a. ob. cit. pág.329.

mandatario. Para el autor italiano, esta última forma de representación será el trampolín que sirva al procurador para convertirse en una institución puramente jurídica.

En definitiva, el *procurator* era considerado aquel que actuaba mediante mandato y, aquel que carecía del mismo era el *falsus procurator*²⁷⁰. Finalmente, hay que hablar de otra figura de la representación procesal denominada *defensor* de bastante imprecisión. Con esta palabra se denominaba indistintamente al representante del demandado; al representante del demandado que actuaba sin mandato e, incluso, al representante del demandante que también carecía de mandato²⁷¹.

Este variopinto grupo de figuras representativas, así como la dificultad para establecer con rigor la aparición en el tiempo de unas y otras, evidencia la constante adecuación del Derecho a las necesidades del momento en la sociedad romana, dinámica que se reflejaba en numerosas situaciones o aspectos de la vida social y son múltiples los ejemplos: la cautela de los sujetos en el desarrollo de las relaciones jurídicas para dotar a cada una de seguridad; el temor a las sanciones y sus consecuencias personales y patrimoniales; el aseguramiento de llevar a buen término los negocios jurídicos, y, en definitiva, la tendencia a legalizar la mayor cantidad de situaciones cotidianas posibles, lo que dotó al Derecho Romano de una inventiva sin límites y de un gran pragmatismo.

²⁷⁰ ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 71.

²⁷¹ BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano*, Roma, 1925, pág. 260; ARIAS RAMOS, J. ob. cit. pág. 70

CAPÍTULO SEGUNDO. PARÉNTESIS ENTRE EL PERIODO VISIGODO Y LA EDAD MEDIA. LA HERENCIA DEL DERECHO ROMANO

I. PERIODO VISIGODO

1. Contexto general

La presencia de los visigodos en España se debe a que -tras la violenta entrada de los primeros pueblos germánicos en la península, suevos, vándalos, alanos-, Roma²⁷² se vio obligada a solicitar su ayuda contra estos invasores, y el resultado, fue el inicio del llamado periodo visigodo en España hasta el año 711, momento en que aparecerían en la península ibérica los primeros pueblos del norte de África.

Analizado el régimen jurídico de abogados y procuradores²⁷³, así como el de la falsedad documental en el Derecho Romano cabe preguntarse cuál fue su incidencia en la península a lo largo de ese periodo. Precisamente hasta el periodo visigodo se carece de testimonios en esta materia siendo en el llamado Derecho Romano vulgar donde obtengamos los primeros indicios de aplicación, al menos parcial, del sistema jurídico romano en España sobre estos delitos²⁷⁴, y solo por su influencia en el periodo visigodo se puede hablar de un liviano despertar del mundo jurídico y particularmente del *crimen falsi*.

²⁷² TOMÁS Y VALIENTE, F. Ibidem, pág.97 y ss.

²⁷³PÉREZ MARTÍN, A. “Mandato y representación en el Derecho histórico”, Murcia, 1994, págs. 221 y ss. Según este autor, “*la regulación del mandato en la época visigoda continúa las tendencias del Bajo Imperio. Su regulación está recogida en el Breviario de Alarico, y en el Liber Iudiciorum, 2.2-3. Las instituciones objeto del presente estudio no han merecido estudios especiales y para su conocimiento tenemos que acudir a la consulta directa de las fuentes señaladas y de los estudios generales clásicos*”.

²⁷⁴ ALEJANDRE, JA. “Estudio histórico...”, ob. cit. pág. 136; TOMÁS Y VALIENTE, F. Ibidem, págs. 101 y ss.

La falta de desarrollo del Derecho tras la caída del Imperio Romano fue una realidad, como señala QUINTANO RIPOLLÉS, debido al retroceso cultural que experimentó occidente con la caída de aquel y la vuelta a sistemas sociales de mayor sencillez y primitivismo, este fue el motivo de que se ralentizase durante mucho tiempo la doctrina jurídica de la delincuencia falsaria²⁷⁵.

Durante la monarquía visigótica, las tradiciones jurídicas de su cultura se mezclaron con las *leges* y los *iura* propios del Derecho Romano post clásico, lo que impide tener un conocimiento preciso del Derecho que estuvo vigente en aquel período. A propósito de este momento de la historia TOMÁS Y VALIENTE apuntó: “...*si toda construcción científica es discutible, lo son de un modo especial las relativas a esta cuestión, porque aquí son inseguras no solo las interpretaciones de la doctrina, sino los propios textos en que se basan aquellas*”.

Sobre este aspecto hay que mencionar la existencia de dos teorías surgidas en la historiografía a propósito de la organización jurídica en la península ibérica tras la irrupción de los visigodos²⁷⁶. Por una parte, la llamada teoría germanista que defiende la convivencia de diversos ordenamientos jurídicos a lo largo de la geografía española. Según esta corriente, los pueblos bárbaros, entre ellos los visigodos, respetaron a los habitantes anteriores a su llegada en su forma de regirse socialmente debido a su respeto por las costumbres; dicho de otra forma, los pobladores hispanorromanos se regían por su propio Derecho, *Leges et Iura*, mientras que los visigodos se regían por las costumbres, apoyada esta teoría en el principio de personalidad del Derecho, se entiende por esta corriente la coexistencia de diversas jurisdicciones, para los españoles rigen las leyes

²⁷⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A. “*La falsedad documental*”, ob. cit. pág. 35.

²⁷⁶ OBARRIO MORENO, JA. “Pervivencia del Derecho Romano en los reinos hispanos medievales (S. V-VIII)”, (Tesis doctoral del autor), 1996, Alicante, págs. 21 y ss.

romanas Codex Teodosiano y después Breviario de Alarico; por su parte, la población goda se regía por el Código de Eurico. Esta corriente defensora del principio de personalidad del Derecho se consolida a partir de un texto de JORDANES escrito a mediados del siglo VI y es sostenida, entre otros, por el jurista alemán ZEUMER²⁷⁷ que, tras un estudio de este, profundiza sobre las *Belagines*, unas leyes escritas de los antepasados ostrogodos.

A la tesis anterior, admitida durante décadas, se opuso GARCÍA-GALLO²⁷⁸, quien se erigió como precursor de la llamada corriente romanista y, tras un profundo estudio a partir su *tese revolucionaria*, cuestionaba la hasta entonces indiscutida teoría defensora de la personalidad del Derecho. Este autor concluyó que la existencia de dos poblaciones diversas no tenía por qué significar la coexistencia de dos ordenamientos distintos y para ello se basó en los trabajos de Paulo MERÊA -a quién el propio GARCÍA GALLO califica de maestro y cordial crítico de su obra²⁷⁹-, y basó su posición en los siguientes argumentos: por un lado, la insuficiencia de datos para afirmar y admitir la existencia de una legislación concreta en base únicamente a la nacionalidad del Derecho; y, por otra parte, desde la perspectiva de la territorialidad, recuerda que, cada código aparecido en el tiempo significaba la derogación del anterior, y así sucedió con el Código de Eurico, el Breviario de Alarico y el Código de Leovigildo sucesivamente.

²⁷⁷ZEUMER, K: *Historia de la Legislación visigoda*, Barcelona, 1944; DE UREÑA Y SMENJAUD, R. *La legislación Gótico Hispana*, 1905, Madrid, págs. 84 y ss.

²⁷⁸GARCÍA-GALLO, A. “Nacionalidad y Territorialidad del Derecho en la época visigoda”, AHDE, n ° 13, (1936-1941), págs. 168-264; “Consideración crítica de los estudios sobre la legislación y las costumbres visigodas”, AHDE, n ° 44, 1974, pág. 348; OBARRIO MORENO, JA. ob. cit. págs. 25;

²⁷⁹ GARCÍA-GALLO, A. “Del testamento romano al medieval: las líneas de su evolución en España”. AHDE, 1977, págs. 426-497; COMA FORT, JM. “De Lisboa a Varsovia: una aproximación de Manuel Paulo MERÊA al concepto de Derecho Romano vulgar occidental” en, *e-Legal History Review*, n ° extra, 20, 2015.

Por estas razones, GARCÍA GALLO cuestiona la existencia de dos legislaciones paralelas y expone como la prueba más clara del carácter territorial del Derecho, la fórmula utilizada en la promulgación del Breviario de Alarico. Los planteamientos de este autor fueron apoyados por ÁLVARO D'ORS, quien también defendió la idea o el principio de la territorialidad del Derecho en la época visigoda²⁸⁰.

Otro fenómeno destacable es la aparición del Derecho Romano vulgar, que, en definitiva, fue el que conocieron la mayoría de los pueblos germánicos -especialmente el pueblo visigodo-, y que extendería su vigencia hasta mucho más allá de la caída del Imperio. El propio concepto de Derecho Romano vulgar ha sido muy discutido en la doctrina, autores como PUGLIESE o GUARINO han desmerecido la aportación de este al Derecho posterior a Roma; incluso, este último autor niega de su existencia.

La expresión Derecho vulgar, en el sentido similar a la expresión latín vulgar, fue utilizada por primera vez por Heinrich BRUNNER, y con ella se refiere a la aplicación del Derecho a partir de la etapa post clásica en las provincias. MITTEIS, le otorga n sentido popular y lo calificó como Derecho Romano degenerado al decir, *“el origen de la expresión habría que buscarlo en la terminología, en el vulgus, el pueblo, en aquellos hombres que practican el Derecho, pero no son juristas, pero, en definitiva, un Derecho vivo y práctico que lo distingue del teórico”*; otros autores como WIEACKER, consideran que es el estilo, el factor diferencial entre el Derecho oficial y el Derecho practicado.

Como defensor de la aportación del Derecho vulgar, el propio TOMÁS Y VALIENTE, quien reconociendo que la pérdida de calidad técnica del Derecho vulgar

²⁸⁰ D'ORS, A. *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Salamanca, 1943; ZEUMER, K: *“Historia de la Legislación visigoda”*, Barcelona, 1944, 348 páginas. Véase, CERDÁ, J. AHDE, 1944, 756-757.

era evidente, sin embargo, destaca su contribución tanto desde la perspectiva práctica como en su eficiente adaptación a la realidad.

Pero todos destacan un aspecto sobre el que parece no haber dudas y es, *la falta de calidad técnica del mismo*²⁸¹. Esto contrastaría con el espíritu de perfeccionamiento que -con más o menos éxito a lo largo de su evolución-, caracterizó al Derecho Romano en general y al desarrollo de la abogacía en particular.

Por otra parte, hay que decir que el Derecho Romano aplicable en la etapa visigoda suele ser mayoritariamente el relativo a algunas instituciones de Derecho civil, porque, en materia criminal, la justicia visigoda siguió dando preferencia a los usos y costumbres germánicas que durante siglos habían prevalecido en su cultura.

Como dice QUINTANO RIPOLLÉS al respecto²⁸², *“solo el prestigio inmenso del Derecho imperial hizo que, teóricamente siquiera, se reprodujesen sus disposiciones más salientes en ciertas leyes bárbaras”* (...) *“sobre todo la lex Romana Wisigothorum y el Fuero Juzgo”* (...) *“Se repiten definiciones y penalidades de la lex Cornelia y del Digesto”*, casi por inercia histórica o como dice el autor, *“por mimetismo erudito”* ya que *se vinculan a situaciones e instituciones que nada tienen que ver con la situación del momento.*

²⁸¹ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia de Derecho español*, ob. cit. págs. 94 y 95. En mi modesta opinión, considero el Derecho Romano vulgar podría ser una consecuencia más del pragmatismo romano. Entiendo que un Derecho de élite o demasiado técnico debía ser un factor que dificultara su aplicación en la mayoría de la población, especialmente en las provincias, cuyo nivel cultural no podía nunca asimilarse al de una clase elitista que tendría más fácil acceso a una formación jurídica. Entre mayor calidad técnica y mayor difusión del Derecho, en Roma se optó por esta última. (Nota del doctorando).

²⁸² QUINTANO RIPOLLÉS, A. ob. cit. pág. 35.

Sobre la *lex Romana Wisigothorum* y el *Fuero Juzgo* profundizaremos más adelante al analizar la regulación de la deslealtad e infidelidad documental durante el periodo de su vigencia y otros elementos relacionados con ello.

2. Principales textos del periodo visigodo y algunos ejemplos sobre prácticas de infidelidad documental

Los textos por destacar en la primera etapa visigoda son, las *leyes teodoricianas*, (Teodorico I (419-451) y Teodorico II (453-466) que regulaban el reparto de tierras entre visigodos y galorromanos; el *Edictum Theodorici regis* cuyo contenido son 150 textos basados en las *leges* y los iura del Derecho Romano post clásico; el Código de Eurico, impulsado por LEÓN DE NARBONE²⁸³ en el sur de Francia durante la segunda mitad del siglo V, considerado *un monumento de Derecho Romano vulgar*. Pero las más importantes leyes visigóticas que se pronuncian en relación con la materia que nos ocupan, en orden cronológico: *El Código Eurico* promulgado parece ser en 476; *El Breviario de Alarico* en el 406 o *Lex Romana Wisigothorum*, y la principal y más importante, el *Liber Iudiciorum* del año 654.

Uno de los primeros textos referentes al régimen de falsedad documental en este periodo visigodo fue *La Collatio* que recoge un pasaje de ULPIANO, “*De Officio pro consulis*”, referente a la falsedad testamentaria y a las pruebas testificales escritas²⁸⁴; no obstante, analicemos las principales leyes del periodo visigodo intentando seguir un orden más o menos cronológico.

²⁸³ TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. pág. 102.

²⁸⁴ ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág.137.

El **Código de Eurico**²⁸⁵ -en opinión de ALEJANDRE-, no se pronuncia sobre la materia falsaria en ninguno de sus preceptos a tenor del único testimonio conservado; no obstante, reconoce este autor, que en su versión del *Palimpsesto* parisino comentado por D'ORS, se contiene un Título bajo la rúbrica "*De Falsaris*" y, en dicho texto, se puede percibir la inseguridad latente en cuanto al origen y el contenido de este al utilizarse palabras o expresiones como: "conjeturamos", "pueden", "debía", "que parece", etc., y de esta forma aparece relatado un fragmento del mencionado texto parisino: "*Conjeturamos que los títulos 7,5 de la LV (Liber Iudiciorum) bajo la rúbrica ("de falsariis scripturarum") y 7,6 ("de falsariis metallorum") del Liber Iudiciorum, pueden haber sucedido a un único título "De falsariis". (...) La citada ley suplantada por Chindasvinto LV 7,5 debía de fijar LV 7, 5, 2. el concepto y la pena de falsum. Tanto esa ley de Chindasvinto como la anterior (7,5,1), que parece, por su estilo 79, netamente Leovigildiana, siguen la pauta de la ley Cornelia testamentaria simplemente de falsariis*". En conclusión, no se puede asegurar una verdadera regulación completa del *falsum* en el Código euriciano durante la época visigoda²⁸⁶.

²⁸⁵ ALEJANDRE, JA. Este autor pone en duda que el Código de Eurico recogiese leyes al respecto al decir: "*el fragmento conservado del Código de Eurico no recoge ninguna ley sobre la materia; sin embargo, D'ORS apunta la posibilidad de que las "antiquaei" 7,5,4 y 7, 5, 5 del Liber, referentes a la falsedad testamentaria, sean euricianas. Con ciertas reservas admite que también pudo haber en el citado Código una ley que sancionara la falsedad de documentos regios*". ALEJANDRE, JA., ob. cit. pág. 137. Véase, Sobre el conocimiento de estas leyes en España opina este último autor que: "*se debe a la labor de los mozárabes emigrados en el siglo XII a Aragón, que incluyeron en la 11 Recopilación aragonesa un cierto número de disposiciones del Liber, entre las que se encuentran las leyes 7, 5,4 y 7,5,5, referentes a la falsedad documental*", ALEJANDRE, JA. ob. cit. págs. 137-138. También RAMOS LOSCERTALES, M. en "Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media. Recopilación de los Fueros de Aragón", Madrid, 1924, págs. 397-416; 1925, págs. 491-522 y 1928, págs. 389-411. Pare este último autor, los preceptos 68 y 69 de la Recopilación corresponden a las *Antiquae* del Liber 7,5,4 y 5.

²⁸⁶D'ORS, A. *El Código de Eurico*, Madrid, 2014, pág. 71 y ss. (El presente "Cuaderno" continúa la serie de "Estudios Visigóticos" que se inició en 1956 con el número 5). GARCÍA GARRIDO, M^a J. "Álvaro D'ORS y El Derecho de los Visigodos", en *Persona y Derecho*, Vol. 74, Madrid, 2016, págs. 339-349.

A principios del siglo VI, se debe a Alarico II la aparición de la *lex Romana wisigothorum* o **Breviario de Alarico** (año 506). El texto consta de tres partes: *leges* (Constituciones Imperiales derivadas del *Codex Theodosianus*, así como las *Novelae* de Teodosio II, Valentiniano III, Marciano, Mayoriano y Severo); *iura* (versiones de los Instituta de Gayo, Sentencias de Paolo, alguna *Responsa* de Papiniano, y Constituciones de colecciones privadas Códigos Gregoriano y Hermoginiano). El último componente de esta *lex Romana Wisighotorum*²⁸⁷ lo constituyen la *Interpretatio*²⁸⁸

Por encima de todas las leyes anteriores en cuanto a relevancia jurídica, destaca ***El Liber Iudiciorum***²⁸⁹ del año 654 promulgada por Recesvinto. Se trata de una recopilación de leyes promulgadas hasta el 654 divididas en doce Libros. El séptimo de ellos bajo la rúbrica “*De Furtis et Falacis*” (De los Hurtos y los Engaños), y, en el Título V “*Des falsaris scriptorum*”, (de los falsificadores, *falsariis*, de documentos públicos), a

²⁸⁷ ALEJANDRE, JM^a ob. cit. págs. 137-138. En materia de falsedad documental según expone este autor, “*La Lex Romana Visigothorum recoge plenamente el contenido de Pauli Sententiae referente a la falsedad documental*”, mientras Chindasvinto a la vez que reprodujo el planteamiento anterior sobre la falsedad documental, dedicó especial atención a un caso concreto de falsedad en documento privado -la redacción de falsas cartas de crédito con la finalidad de evitar o postergar el pago de los créditos legítimos y Recesvinto se ocupó igualmente de un tipo de falsedad documental que podríamos llamar ideológica, en cuanto consiste en la promesa o donación por escrito de algo inexistente real o jurídicamente”.

²⁸⁸ TOMAS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. págs. 101-107.

²⁸⁹ Véase, *Colección Leyes históricas de España*, (AEBOE) 1^a ed. 2015, págs. 569-583. (*Liber Iudiciorum*, versión editada por Recesvinto en 654 y renovada por Ervigio, recopiladas y editadas por KARL ZEUMER, en las *Monummenta Germaniae Histórica*, Hannover, 1902 y Barcelona 1944); ALEJANDRE, JM^a. ob. cit. págs..107 y ss. “*En cuanto al Liber Iudiciorum, este Código ofrece un conjunto de normas sobre la falsedad documental que supone una continuidad del sistema romano, a la vez que un desarrollo de este, merced a la casuística en unos casos --como hemos visto- y a la consideración especial de un tipo de falsedad (la de documentos regios), ya conocida, aunque no destacada en aquel, en otras ocasiones. Esta circunstancia permite hablar propiamente de un sistema jurídico romano-visigodo que, aunque de duración variable, permanecerá en vigor en algunas regiones hasta bien avanzada la Edad Media. No hay que olvidar a este respecto la persistencia del Liber entre los mozárabes de la España dominada por el islam*”.

su vez subdividido en ocho leyes: 1^a *De aquellos que pretendieren falsificar los documentos y los preceptos del Rey*; 2^a *De aquellos que fingieren o propagares instrucciones falsas en nombre del Rey o del juez*; 3^a *De aquellos **que abren un testamento contra la voluntad de quien aún vive***; 4^a *De aquellos que intentan **esconder o falsificar** la voluntad de un difunto*; 5^a *Si alguien se impone un **nombre falso o cambia a los padres o a la familia***; 6^a *De las escrituras hechas anteriormente con **arteria y engaño***; 7^a *De las escrituras hechas posteriormente con **arteria o engaño***; 8^a *De aquellos que pretendieren falsificar los documentos y los preceptos del Rey. “De his, quid regios autoritates et preceptiones falsare presumserint”*

En el libro dedicado a las falsedades aparecen como protagonistas, el *rey* y los *jueces*, pero no hace una referencia directa a abogados o procuradores como posibles autores (si bien es cierto que ambas figuras en aquel momento distaban mucho de lo que hoy se entiende por tales, a pesar de haberse ido moldeando sus funciones durante la larga etapa romana), por lo que se entiende que podrían entenderse incluidos en la expresión “*aquellos*” utilizada en el *Liber* en este sentido²⁹⁰: *De aquellos que pretendieren **falsificar los documentos y los preceptos del Rey***” o, “*De aquellos que **fingieren o propagaren instrucciones (commonitoria) falsas en nombre del rey o del juez***”, en 7, 5, 1 Rece. Erv (cuyo último párrafo se extiende la posible acción sobre los obispos), y 7, 5,3, Rece. Erv; o, “*De aquellos que, al margen de notarios públicos, se atrevieren a proclamar o a escribir órdenes y leyes de los príncipes*”, en 7,5,9 Rece. Erv;.

Si bien no hay mención expresa de los antiguos *advocati* en materia de falsedades, para estos, al igual que los personeros, no parece que haya inconveniente en que se

²⁹⁰ AEBOE, *Colección Leyes históricas*, ob. cit. págs.569 y ss.

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2015-2

pudieran incluir en la expresión: “*aquellos que hicieran, intentaren o falsificaren*”, con la que empiezan la mayoría de los preceptos relativos a las falsedades.

3. Sistemática de los textos en materia penal

En cuanto al Derecho Penal, el *Liber Iudiciorum* es más bien parco en su contenido. Se castigan mayoritariamente actos realizados en el marco de las relaciones privadas o civiles, como las relativas al matrimonio, la herencia la cuestión testamentaria 7, 5,4 y 5 5.5. respectivamente del Recc.Erv. de versión antigua, o relacionadas con el comercio, falsificación de moneda 7, 6, “*De Falsaris metallorum*” etc., todas ellas del mismo cuerpo legal.

No se regula un proceso judicial, oral o escrito, como había sucedido en Roma desde tiempos de la República, con unas partes en litigio representadas o patrocinadas por un tercero. Habría que concluir que, para incriminar a abogados y procuradores en el contexto de las transgresiones documentales sería a través de una transferencia de aquellas normas romanas -*la lex Cornelia*-, a la situación del momento, pero no existen indicios de tales aplicaciones.

Por el interés de la redacción de algunos preceptos relativos a comportamientos desleales sobre documentos expondremos solo algunas leyes vigentes durante el periodo visigodo. del Libro 7 °, Título 5 ° del texto bajo la rúbrica de *Falsaris Scripturarum*²⁹¹:

²⁹¹ AEBOE...ob. cit. págs. 302 y ss. y 569 y ss.

VII, V,1 Rece-Erv. j I.

“*De his, quid regias auctoritates et preceptiones falsare presumserint*”,

“De aquellos que pretendieren falsificar los documentos y los preceptos del Rey”.

(Trad.).

“*Hi, qui in auctoritatibus nostris vel preceptionibus aliquid mutaverint, diluerint, subtraxerint aut interposuerint, vel tempus aut diem mutaverint sive designaverint, et qui signum adulterinum sculpsierint vel impresserint: honestior' persona mediam partem suarum facultatum amittat, fisci commodis profuturam; minor vero persona ibi manum perdat, per quam tantum crimen admisit. Quod si contingat illos auditores vel iudices mori, ad quos audientia vel iussio destinata fuerat, aut episcopo loci aut alio episcopo vel iudicibus vicinis territorii illius, ubi iussum fuerat negotium terminare, liceat et datam preceptionem offerre et eosdem iudices negotium legaliter hac iustissime ordinare*”.

“Aquellos que *cambiaren, alteraren (diluerint), sustrajeren o interpusieren* algo en nuestros decretos o preceptos, que cambiar en el tiempo o el día, que los *firmaren (designaverint)*, o que *grabaren (sculpsierint)* o *estamparen (impresserint)* una firma espuria (*adulterinum*): si fuere persona noble (*honestior*), que pierda la mitad de sus bienes, que serán a beneficio del fisco (*fisci commodis*); pero, si fuere persona inferior (*minor persona*) que pierda la mano con la que cometió un crimen tan grande. Y si ocurriera que murieran los auditores o los jueces a los que se hubiere encargado la audiencia o la dirección del caso, que sea lícito al obispo del lugar o a otro obispo o a los jueces vecinos del territorio, donde se hubiera ordenado que se llevare a término el pleito (*negotium terminare*), presentar la orden dada, y que los mismos ordenen el pleito de manera legal y plenamente justa”. (Trad.)

VII, S, 2. Rece. Erv. J. II. *Flavius Chindasvindus Rex*²⁹². Paoli Sent, v, 25. 1

“*De his, qui scripturas falsas fecerint vel falsare temptaverint*”.

“De aquellos que hicieren documentos públicos o intentaren falsificarlos” (Trad.).

“*Si i quis scripturam falsam fecerit au t frecitaverit l vel subposuerit fsciens l vel in iudicio protulerit, et qui veram ‘subpresserit l, subtraxerit, diruperit vel designaverit aut diluerit, quique fsignum adulcrinum sculpsert, ifecerit ve! finpresserit: talium 6 scclerum rei eorumque conscii, dum fuerint publicati, si poteatiores sunt, quartam partem facultatum suarum am ittant. Si vero alieno iure debitam scripturam subtraxerint au t vitiaverint, eandem scripturam subtraxisse vel viciasse coram iudice suam professionem deprom ant; que professio, testibus roborata, perditte vel viciate scripture robor obtineat. Quod si evidentissim e, quid scriptura continuit, recordare io non potuerit, tune ille, cuius scriptura fuit, habcat licentiam conprobare per sacramentum suum adque per testem, quid ipsa scriptura continuit evidenter; et ita datum veredice testimonium scripture rep aret veritatem. Si vero m inor extiterit facultas eorum, quam quod aliis facere conati sunt dam num, ipsi procul dubio cum his, que habere videntur, eius servituti subiciantur, cui fraudem fecisse dinoscuntur*”.

“El que hiciere o *proclamare (recitaverit)* un documento público falso o *pusiere* conscientemente en lugar de otro o presentare en un juicio, y el que *suprimiere (subpresserit)* el auténtico, lo *sustrajere*, lo *destruyere (diruperit)*, lo *adulterare* o le *quitar* el sello (*diruerit*), el que *grabare* en él, *hiciere o estampare* una signatura espuria (*signum adulterinum*) : los autores de estos crímenes y sus cómplices, cuando fueren descubiertos (*publicati*), si fueren personas poderosas (*potentiores*), que pierdan la cuarta parte de sus bienes. Pero, si sustrajeren o adulteraren un instrumento que fuere debido al

²⁹² AEBOE..., ob. cit. pág. 304, 571 y 573 ss.

derecho de otro, que preste declaración ante el juez de haber sustraído o adulterado aquel instrumento (*scripturam*) ; y que esta declaración (*professio*) , corroborada por testigos, obtenga la validez (*robor*) del instrumento sustraído o adulterado; y sino pudiese recordar claramente qué contenía el instrumento, entonces aquél a quien perteneciere el instrumento, que tenga licencia para mostrar qué con tenía claramente, mediante su juramento y/o por testigos ;y que así el testimonio dado verídicamente repare la verdad del instrumento (*scripture veritatem*). Y si sus bienes fueren inferiores (*minor facultas*) al daño que intentaron ocasionar a los otros, que ellos mismos, con todo cuanto posee, sean entregados como siervos a aquél contra el que cometieron el fraude”.

Tras estos significativos ejemplos, sobre el periodo visigodo, simplemente reiterar que el texto más importante fue sin duda el *Liber Iudiciorum* cuya versión en romance dio origen al Fuero Juzgo y cuya vigencia se extendería en el tiempo en los siglos posteriores²⁹³.

II. PERÍODO ALTO MEDIEVAL

En cuanto al ámbito de aplicación del *Liber*, debe tenerse en cuenta lo que se dijo al inicio del capítulo referido al diferente grado de romanización de los distintos territorios de la Península. Siendo el periodo visigodo-al menos en parte-, una continuación de la tradición romana del Derecho, el legado e influencia que dejó en España no tuvo la misma fuerza e intensidad a lo largo y ancho de su territorio. En este sentido TOMÁS Y VALIENTE -a propósito de la pervivencia y transformación del *Liber* tras la invasión

²⁹³ VILLADIEGO, A. *El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo* (Legislación antigua de los Reyes Godos de España), Valladolid, 2004 (reedición de la versión de 1841).

musulmana-, concluye que esta influencia es comúnmente aceptada por la doctrina, aunque con matices²⁹⁴.

Esa vigencia limitada del Derecho a un ámbito restringido lo denomina en un exhaustivo estudio, el *localismo jurídico*. En el período que va del siglo VII al XII el Derecho se destacará por su carácter consuetudinario; su fundamentación divina; su estatus de privilegio; imposición violenta del Derecho como medio para garantizar la paz y, finalmente, por su carácter atécnico.

A modo de ejemplo, hay que decir que, en Toledo²⁹⁵ - un enclave muy importante por su papel político en la época-, el *Liber* primero rigió como derecho personalista de los mozárabes²⁹⁶, se unificó su derecho a través de la aplicación generalizada del *Liber* y terminaría por imponerse respecto de otros ordenamientos consolidándose como ley general del Reino²⁹⁷. Diferente fue en el Reino de León, cuya ocupación por los musulmanes si parece haber tenido consecuencias en la aplicación del *Liber Iudiciorum* en materia de falsedad documental. También se percibe la presencia del *Liber* en otros

²⁹⁴ TOMÁS Y VALIENTE, F. en *Manual de historia...*, ob. cit. págs. 126. De nuevo, apelando a la prudencia, el autor propone un tratamiento fragmentario del tema, debido a la diversificación jurídico-política del período altomedieval y el escaso número de fuentes fiables (N. del A.).

²⁹⁵ “Con la toma de Toledo por Alfonso VI, el 25 de mayo de 1085, y la capitulación del Rey Alcadir, la permanencia del *Liber Iudiciorum* se consolida en las sucesivas Cartas de privilegio otorgadas a la ciudad (...) Con todo, como apunta GARCÍA-GALLO la aplicación del *Liber Iudiciorum* a la población mozárabe se restringió a la esfera del Derecho privado, judicial y procesal”, véase OBARRIO MORENO, JA. ob. cit. págs. 122 y ss. Aunque – como señala este autor-, “con el paso del tiempo la vigencia del *Liber* como Ordenamiento Jurídico general se terminaría imponiendo, en concreto el 25 de marzo de 1101, con la confirmación del Fuero de los Mozárabes de aquel año otorgado a todos los vecinos de Toledo el Rey Alfonso VII”.

²⁹⁶ “Los mozárabes conservaron el *Liber* como Derecho propio en Al-Andalus y lo llevaron consigo a los reinos cristianos en que se refugiaron por las persecuciones de los musulmanes en la segunda mitad del siglo IX o atraídos por el fenómeno repoblador”. Ibidem, pág. 127.

²⁹⁷ GARCÍA-GALLO, A. *Manual de Historia del Derecho*, 1, ob. cit., pág. 377 y ss. ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 138.

territorios a través de sus códigos en Asturias, Galicia y norte de Portugal, incluso en versión bilingüe; cierta presencia del *Liber* en Navarra según ALFONSO OTERO²⁹⁸, este autor cree ver influencias del *Liber* en alguno de los fueros municipales del reino de Navarra conservados en bibliotecas monacales durante los siglos X y XI; si bien, en esta zona este influjo fue inferior que en otras; si parece más clara la presencia del Libro de los Jueces en Aragón y sus fueros, Huesca y Teruel; en León, por ejemplo, fue donde más arraigo y aplicación tuvo el *Liber* aunque principalmente a partir del siglo X, destacando el ejemplar del *Liber* de San Isidoro introducido por inmigrantes mozárabes del sur.

En Cataluña²⁹⁹, la presencia del *Liber* es admitida por la generalidad de la doctrina, aunque la intensidad de esta es motivo de controversia. Para LALINDE ABADÍA, se puede hablar de tal presencia a partir del siglo XI. Hay que tener en cuenta que, tras la caída del imperio visigodo, la zona de Cataluña quedó parcialmente en manos de los francos y los musulmanes, por lo que todo apunta a que en la zona ocupada por los invasores árabes la influencia del *Liber* no sería demasiado relevante teniendo en cuenta las diferencias culturales y sobre todo religiosas.

Diferente fue en la zona franca donde la vigencia de los *Usatges* parece que no impidió la aplicación del *Liber* sobre el delito de falsedad documental. El *Liber* es glosado en Cataluña sobre la base del Derecho justiniano con la recepción del Derecho común; no obstante, esa vigencia -a diferencia de León -territorio donde la vigencia del *Liber* fue *in crescendo*-, en Cataluña fue cayendo en desuso.

²⁹⁸OTERO VARELA, A. AHDE, n ° 29, 1959, págs. 545-556.

²⁹⁹ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 138.

La consolidación del *Liber* sería un hecho con los reinados de Fernando III y Alfonso X a partir del siglo XIII³⁰⁰. Finalmente, importante para tener en cuenta sobre la vigencia del *Liber*, decir que ésta fue limitada en el espacio y en el tiempo, su aplicación estuvo condicionada al periodo de vida de la monarquía visigoda, pues una vez que estos perdieron el poder político el texto quedó a merced de la inactividad renovadora siendo objeto de diferentes interpretaciones y modificaciones arbitrarias según la zona en cuestión³⁰¹.

En lo que se refiere a la materia principal de nuestro estudio, los delitos sobre documentos realizados por procuradores y abogados, el *Liber* es más bien parco y escaso en cuanto a los sujetos y el objeto de este tipo de delitos; de los abogados parece no acordarse para nada, es una figura en desuso durante este periodo; los procuradores de la época si se regulan en las leyes I y siguientes del Título III, “*De los mandantes y los mandatarios*”, del Libro Segundo “*De lo asuntos judiciales*”, y cuya redacción es la siguiente³⁰²: “*Que los Principes, ni los Obispos, ni Prelados no pueden traer por si mismos los pleytos, sino por sus Procuradores*”.

Sobre el objeto³⁰³ de la falsedad documental, hay que destacar el Título V, del Libro VIII, cuya rúbrica es “*De los que falsaren los escriptos*”.

Respecto a los posibles actores, debemos reiterar que, durante el periodo del reinado de los visigodos, a pesar de haber heredado las instituciones romanas³⁰⁴, el papel

³⁰⁰BURKHARD V. BONIN. *Eine Glosse zur Lex Visigothorum*, en, *Neues Archiv der Gevellschaft fur altere deutsche Geschichtskunde*, 29, 1903, págs. 50-94 ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 138.

³⁰¹TOMÁS Y VALIENTE, F. ob. cit. pág. 129.

³⁰² VILLADIEGO, A. “*El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo*”, ob. cit. págs. 87 y ss.

³⁰³ AEBOE, ob. cit. págs. 307 y ss.

³⁰⁴TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*ob. cit. págs. 104-105. “*En el Liber predomina la influencia de la tradición jurídica romana (...) No obstante, en esta legislación nueva se conservan también instituciones de cuño germánico*”.

de la abogacía por ejemplo tal y como se había fomentado en Roma, pareció esfumarse. Para la resolución de conflictos en materia penal, los visigodos prefirieron recurrir a las instituciones germánicas basadas en usos y costumbres como la venganza privada. Esta tendencia a recurrir a la violencia como *modus operandi* para obtener la razón será lo que caracterizará todo el periodo alto medieval³⁰⁵, en ese contexto, se explica la “no necesidad” de abogados para dirimir las controversias.

Un sector de la doctrina desmiente este punto de vista y considera que las referencias que hace el *Liber Iudiciorum* o Fuero Juzgo a la figura de los mandatarios, no se limita a identificarla con la procura. Para MONTANER FRUTOS, el *mandatarius* o *asertor*³⁰⁶ se trata de un híbrido que haría las veces tanto de representación como de asesoramiento legal, y, en el mismo sentido MARTÍNEZ LLORENTE³⁰⁷, es decir, abogados y procuradores.

³⁰⁵ TOMAS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. págs. 134-137. “Incluso el *Liber*, allí donde se aplica, rige en cuanto Derecho consuetudinario de la población. Al no estar respaldado por el poder político ...el *Liber* se transforma en cierto modo y pierde el carácter de Derecho legal (...) La sociedad de los siglos VIII al XII era violenta (...) Así, tanto para defender el derecho propio subjetivo como para castigar a quienes lo hubieran violado, los hombres de la sociedad medieval recurrían a la violencia (...) El recurso a la venganza privada para reparar la ofensa recibida y la necesidad de acudir a la violencia directa para resistir contra el abuso de los prepotentes constituyen la negación misma del Derecho”.

³⁰⁶ “Acusar y defender en la Edad Media: una aproximación conceptual”, en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 º, ob. cit. págs. 245-296

³⁰⁷ “Representación y defensa judicial en el derecho hispánico medieval”, en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 º, ob. cit., pág.303.

CAPÍTULO TERCERO. EL INTERREGNO ENTRE EL SIGLO XIII Y EL SIGLO XVIII. EL TRÁNSITO DE LA EDAD MEDIA A LA MODERNIDAD

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Son mayoría entre los autores más relevantes, los que en el estudio de la historia del Derecho toman como referencia el largo periodo que va desde el siglo XIII al XVIII. Según TOMÁS Y VALIENTE, la razón es la coherencia que caracteriza a dicho periodo. “*En Historia del Derecho es cada vez más frecuente la configuración de un periodo con caracteres peculiares comprendido entre los siglos XIII y XVIII, cuya coherencia consiste en la vigencia del Derecho Común, esto es, de un Derecho elaborado en las ciudades europeas a partir del siglo XII sobre la base del Derecho romano de Justiniano*³⁰⁸, y en lo que a la abogacía se refiere³⁰⁹: “*fue a partir de la recepción del derecho común*³¹⁰ *en la obra legislativa alfonsina cuando los abogados irrumpen con fuerza en la escena jurídica castellana*”.

³⁰⁸TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. pág.167; Véase como ejemplo, el título de la obra de ALONSO ROMERO, M^a. y GARRIGA ACOSTA, C. *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla* (siglos XIII-XVIII), Madrid, 2014.

³⁰⁹ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. págs.11 y 12.

³¹⁰ “*Desde la segunda mitad del siglo XII, el fenómeno del redescubrimiento, difusión y posterior recepción del derecho romano justiniano hará aparición en la península ibérica (...) Perdida y desconocida durante centurias, la obra del emperador Justiniano de Oriente (527-565 d.C.), integrada por el Novus Codex Iustinianus -el Código-, el Digesto, o Pandectas, las Instituciones y las Novellae constitutiones – a los que en el siglo XVI de designará Corpus Iuris Civilis, transformará, en adelante, el discurso jurídico de Europa, al constituir sus principios y dogmas las fuentes principales sobre las que se sustentará la autoridad política regia y formación de los diferentes sistemas jurídicos a través de un derecho unitario resultado directo de su convergencia con el derecho canónico, al que se conocerá, en adelante, como Ius Commune o Derecho común*” en, MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1^o, ob. cit. págs. 308-309.

La consolidación del *Ius comune*, con origen en el norte de Italia, se sitúa a mediados del siglo XIII³¹¹ pero su plena aceptación se haría por varias fases: una primera de integración de sistemas normativos; expansión del Derecho estatal, y finalmente su decadencia a finales del siglo XVIII por la aparición de las nuevas corrientes liberales y revolucionarias.

La aceptación universal del Derecho común no significó la desaparición de los derechos locales y autónomos, por el contrario, se producirá un largo periodo de convivencia de los distintos ordenamientos durante más de cinco siglos. Además, el *Ius comune* se distinguió de sus anteriores por el carácter técnico, un derecho de juristas a partir del Derecho Romano clásico cuyo origen no emanaba de la autoridad regia o eclesiástica -aunque sirvió para aumentar y consolidar su poder-, sino del estudio y la ciencia del Derecho. Apareció el *Ius comune*, en medio de un entorno jurídico de carácter consuetudinario y se fue abriendo paso como un derecho especializado y culto, inspirado en el Derecho Romano clásico, que se vio potenciado por la emergente actividad universitaria. Esta *modernización* influyó en la formación y profesionalización de actividades liberales como la abogacía, que, unida al nuevo contexto social y económico emergente³¹² otorgaría a la abogacía un protagonismo tan polémico como imprescindible.

³¹¹ “También en el siglo XIII el monarca Fernando III fue el primero en desafiar los fueros castellanos locales” (...) “A principios de este siglo los eruditos españoles descubrieron con gran interés el derecho civil romano e impulsaron bajo el reinado del mencionado monarca una facultad de Derecho civil en la recién aparecida Universidad de Salamanca”, véase KAGAN, RL. *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, Castilla-León, 1991, pág. 47; sin embargo, “si bien hasta 1272 las políticas de Fernando III y Alfonso X consistentes en extender el Fuero Juzgo y el Fuero Real tuvieron cierto éxito, el intento se saldó en fracaso por el retorno al Fuero Real como derecho municipal por impulso de los nobles”, en este sentido TOMÁS y VALIENTE, F. en *Manual de Historia...*, ob. cit. pág. 234.

³¹² ESCUDERO JA. en *Curso de Historia del Derecho*, (Fuentes e instituciones Político-administrativas), UNED, 2003, págs. 338 y ss.: “El proceso que transformó la Europa agraria altomedieval en un mundo de florecientes relaciones mercantiles, ha sido con frecuencia calificado con frecuencia por los historiadores

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ABOGACÍA Y LA PROCURA CASTELLANA EN LOS SIGLOS XIII, XIV Y XV.

1. Introducción.

Será durante la Baja Edad Media, dentro de ese marco socioeconómico nuevo y en pleno siglo XIII, cuando el *Ius commune* se empieza a consolidar en la Europa occidental como el Derecho de referencia que cristalizará en dos cuerpos legislativos: el *Corpus Iuris civilis* y el *Corpus Iuris canonici*. Ambos ordenamientos que servirán de base para las instituciones jurídicas en general y el desarrollo de la abogacía en particular. Un Derecho que se proyectará sobre un nuevo marco procesal, el llamado *ordo iudiciorum*³¹³ que desde el siglo XI había ido abandonando el procedimiento oral -al igual que sucediera en Roma cuando el procedimiento *per formulas* sustituyó a la *oratio*-, en favor del procedimiento escrito, más complejo y técnico, necesitado de personas cultas y formadas en derecho para su desarrollo.

Desde esta perspectiva procesal, se impone un procedimiento formal con distintas fases: una primera de fijación de posturas, seguida de exposición de pruebas y, finalmente la resolución judicial, un fallo razonado y vinculado a lo alegado y probado a través de aquel; se institucionaliza el principio acusatorio como preponderante en las

de revolución comercial” (...) el asentamiento de los mercados y la celebración de ferias, promoviendo el encuentro personal entre vendedor y comprador; la proliferación del crédito: la aparición de la letra de cambio y la actividad bancaria, las primeras sociedades mercantiles, crean un marco totalmente nuevo que exige una especialización obligada para su desenvolvimiento”.

³¹³ “El surgimiento de una economía de mercado en los siglos XII y XIII creó nuevos motivos de pleito” KAGAN, RL. ob. cit. pág. 15.

causas civiles y criminales³¹⁴ordinarias; posteriormente, y por influencia eclesiástica, aparecerá el sistema inquisitivo con carácter extraordinario en principio, condición que perderá con el tiempo y debido a su frecuente uso. Será en este nuevo contexto histórico jurídico donde se desarrollará la abogacía a partir del siglo XIII³¹⁵, ostentando un protagonismo que no había tenido antes como profesión. En este sentido Richard L. KAGAN, para quien “la historia de los pleitos o procesos en Castilla comienza en el siglo XIII y cuyos orígenes son desconocidos, pero cuando se definieron por primera vez en el Libro III de *Las Partidas* (1256), aparecen como una mezcla entre procedimientos tomados del Derecho Romano y otros adaptados de los usos de los tribunales eclesiásticos”. Destaca este autor las posteriores modificaciones que se fueron incorporando, por ejemplo, en las *Leyes de Estilo*; la *Recopilación* del siglo XIV de Derecho procesal, y también en las Leyes hechas por *la brevedad de orden de los pleitos*, promulgadas por Fernando e Isabel en 1499. Este autor destaca las inclemencias que caracterizaban a los litigios al manifestar que, en aquel tiempo, “*el pleito era un instrumento legal extraordinariamente complejo y lleno de dificultades para quien pretendiese iniciar alguno*”, y según sus propias palabras, “*a un litigante que quisiera entablar una demanda civil se le exigía que reuniera una pila de informes, testimonios y pruebas notariales antes de que un magistrado pudiera incluso considerar la causa*”. Muy reveladoras resultan sus palabras al dibujar el entorno que rodeaba a la resolución de las causas y a la imagen del abogado, cuando el historiador norteamericano atribuye la complejidad de las causas a las ambigüedades de las ley utilizadas para resolver las causas, los problemas de competencia entre jurisdicciones nada definidas, la ineficacia de

³¹⁴ ALONSO ROMERO, M^a P. “*El proceso penal en Castilla*” (siglos XIII-XVIII), Universidad de Salamanca, 1982.

³¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1, ob. cit. págs. 445-448; KAGAN, RL. *Pleitos y pleiteantes...*, 1991, ob. cit. pág. 45.

los tribunales, la corrupción en la Justicia y, la aparición de una profesión jurídica (la abogacía) de “*cuyos objetivos y ambiciones se tenían muchas sospechas*”.

En cuanto a esa desconfianza en los abogados, la cuestión no era novedosa. Ya en Roma los *oratores* habían sido objeto de muchas suspicacias; no obstante, también pudiera ser causas de tal desconfianza al hecho de tratarse de una actividad nueva que contrastaba con la tradicional forma de resolver los pleitos a través de las costumbres y usos durante siglos, es decir, fruto de cierta ignorancia.

2. La abogacía. La evolución de *Voceros*³¹⁶ a Abogados³¹⁷.

La mayoría de la doctrina coincide en señalar *Las Partidas* como el primer texto que delimita las funciones peculiares de la abogacía, en este sentido FERNÁNDEZ SERRANO, al decir, “*en el Fuero Real reaparece el abogado (Bocero) en su específica misión forense, pero hasta las leyes de Partidas no surge con funciones peculiares delimitadas*”. La realidad es que no existen indicios de actividad de abogados en España hasta el reinado de Alfonso X, por ello la doctrina, al hacer referencia al largo periodo

³¹⁶ Vid. Epígrafe de la autora Remedios MORÁN MARTÍN: “*De voceros a abogados*”, en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. págs. 417 y ss.(...) “*Fue denominación tradicional en los textos locales de Castilla y León denominar voceros a los que llevan la voz de otro en un pleito o en cualquier negocio jurídico*” (...) “*es frecuente la identificación entre voz y persona como vocero y personero, el que porta la voz de otro y el que toma la posición de otra persona*”(…) “*voz se equipara también al concepto de derecho, de modo similar a una de las acepciones de Fuero, unas veces como derecho personal a modo de demanda o reclamación de un derecho; y otras como un derecho regio, legitimado para reclamar multas y prestaciones*”(…) “*A diferencia del Fuero Real y Espéculo, el título VI de la Partida III, aparece bajo la rúbrica De los abogados, aunque a lo largo del texto utiliza indistintamente ambos vocablos, voceros y abogados*”; Véase definición de FONT RIUS, JM^a en BLEIBERG, G. “*Diccionario de Historia de España*”, Tomo 3º, Madrid, 1979, pág.1035. Sobre la expresión vocero, esta se utiliza indistintamente con “v” o con “b”, dependiendo del autor y la obra. (Nota del doctorando).

³¹⁷FERNÁNDEZ SERRANO, A. *La abogacía en España y en el mundo*, Madrid, 1955, pág.63.

desde el fin de la dominación romana hasta bien entrada la Edad Media, no duda en afirmar, como MARTÍNEZ MARINA³¹⁸ que, “en los tempos anteriores a don Alfonso el Sabio no se conocieron en el foro abogados ni voceros de oficio: ocho siglos habían pasado sin que en los juzgados del reyno resonasen las voces de estos defensores, ni se oyesen los informes u arengas de los letrados³¹⁹”.

Al definirse en *Las Partidas* el concepto de abogado como aquel que razona en pleito, MUÑOZ MACHADO³²⁰ entiende que es la sustitución definitiva de vocero por la de abogado como máxima expresión de la figura del defensor, pues en este momento el nivel de conocimiento técnico y la formación exigidas al abogado, trascienden más allá del ámbito local en el que se había desenvuelto tradicionalmente.

Si durante la época romana se habló de *oratores, advocati, togati*, etc., a partir de la vigencia de los primeros textos castellanos, esto es, *Fuero Real, Espéculo* y sobre todo *Las Partidas*, las expresiones para referirse a los defensores en el juicio serán dos principalmente: *abogados y voceros*³²¹, aunque terminaría prevaleciendo la primera, entre otras cosas, porque el segundo vocablo tenía cierta carga peyorativa³²². Sin embargo, a

³¹⁸ MARTINEZ MARINA, F. *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el código de D. Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, 1808, pág. 326; ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. pág. 11;

³¹⁹ ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. pág. 12.

³²⁰ MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. págs. 417 y ss.

³²¹ BARCIA LAGO, M. *Abogacía y ciudadanía*, Madrid, 2008, pág. 309. “A medida que avanzaba la recepción romanística, la actividad para profesional que aquellos “bozeros”, simples practicones del “derecho viejo” de los fueros y costumbres municipales, se topaba con el rigor científico del estudio del Derecho romano-justiniano y del canónico que los cada vez más numerosos universitarios cultivaban con especial afán. De este encuentro del jurista con el bozero nacería el abogado en su cabal significación”.

³²² VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J. “La regulación del proceso en el *Fuero Real*: desarrollo, precedentes y problemas”, AHDE, LV, 1985, 495-704 y 505-506; ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. pág. 13;

pesar de las afirmaciones de MARTÍNEZ MARINA, hay que hacer un matiz sobre las figuras tanto del bocero (o vocero) como defensor y la del personero o procurador como representante y defensor de terceros en juicio. En realidad, no se trata exactamente de figuras nuevas o desconocidas, - ni de una novedad alfonsina-, pues la figura del vocero se hallaba procesalmente consolidada en el siglo XII y convivió con la del personero, incluso difuminándose³²³ con ella también desde inicios del siglo XIII. Para MORÁN MARTÍN y MUÑOZ MACAHADO, el sistema jurídico alto medieval, desde los siglos VIII hasta el siglo XII y principios del XIII, se caracterizó por la aplicación de un Derecho de carácter local basado en la costumbre y los usos, fueros municipales y demás, en este contexto la figura del vocero se antojaba suficiente para actuar toda vez que se le exigía simplemente ser conocedor de los mismos; pero, a partir del siglo XIII tras la recepción del Derecho común, de carácter mucho más sofisticado y técnico, deviene insuficiente el simple conocimiento de las costumbres locales para representar en causas judiciales y defender las causas. En palabras de MORÁN MARTÍN, *“fue denominación tradicional en los textos castellanoleoneses el denominar como voceros a los que llevan la voz de otro en un pleito o en cualquier negocio jurídico”*.

³²³ *“Es frecuente la identificación entre voz y persona, como vocero y personero, el que porta la voz de otro y el que toma la posición de otra persona, identificación que se aprecia en textos como el Fuero Real. Es decir, que la expresión vocero no solo se asimilaba a la del abogado o se confundía con ella, sino que también lo hizo con la del personero o procurador como representante procesal. Así como vocero se entiende al “individuo que actuaba en los tribunales de justicia castellanoleoneses en la Edad Media, llevando la voz o representación del litigante. Los voceros representan la continuidad de los adsertores o advocati que aparecen en los juicios en los primeros siglos de la Reconquista, asistiendo y representando a las partes, cuando estas no podían materialmente concurrir al acto, o por falta de conocimientos, debilidad, o ineptitud no se atrevían a hacerlo personalmente. Los voceros eran hombres buenos, personas de confianza del litigante que se prestaban a defender su derecho. No eran, pues, abogados profesionales como los de épocas posteriores, pero en cierto modo son el antecedente de los mismos, así como de los procuradores o causídicos”*, en MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. págs. 419-420.

De hecho, el propio ALFONSO X utilizó el vocablo *vocero* en los inicios de la regulación de la profesión tras su llegada al trono en 1252, como señalan ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA³²⁴, “que no eran personajes inhabituales, sino dedicados a esa tarea con cierta profesionalidad”, de ahí la expresión “*aquellos que suelen tener las voces*”. Cuestión distinta, al margen de la terminología empleada para referirse a estos profesionales, será la labor de regulación de ambas figuras y la voluntad de dotarlas de un régimen jurídico estable, lo que sin duda es mérito de Alfonso X.

Para MUÑOZ MACHADO se producen tres intentos de reglamentación de estos oficios -antes de cristalizar en *Las Partidas*-, uno se produce en el ordenamiento de Sevilla entre 1254 y 1255 que se extendió a los reinos adyacentes; otro, la *Ordenanza de los alcaldes de la ciudad de Toledo* en 1254; y, finalmente, el *Fuero Real* de 1252 remitido a los concejos de Castilla y Toledo y la Extremadura castellana desde 1255³²⁵. En estos tres casos se percibe la influencia del *Corpus Iuris Civilis* y la inspiración de uno de los grandes contribuyentes a la labor alfonsina, JACOBO DE LAS LEYES³²⁶, que, junto a FERNANDO MARTÍNEZ de ZAMORA y el Maestro ROLDÁN, constituyeron un grupo de notables juristas en apoyo del rey sabio. Sobre el primero de ellos debe hacerse una aclaración, ya que la fecha de su aparición en el entorno del rey sabio es un misterio, y suele afirmarse que Jacobo se trasladó a Castilla cuando Alfonso era infante,

³²⁴ ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. pág. 12

³²⁵ MUÑOZ MACHADO, S. ob. Cit. pág. 312-313; MARTÍNEZ DÍEZ, G. *Cortes y Ordenamientos de Alfonso X*. Localización: *Studies in the history of political thought, political & moral philosophy, business & medical ethics, public health and juridical literature* / coord. por Manuel J. PELÁEZ, 1991, págs. 123-168.

³²⁶ PÉREZ MARTÍN, A. “La obra jurídica de Jacobo de las Leyes: *las Flores del Derecho*”, in: *Cahiers de linguistique hispanique médiévale*. n.º 22, 1998. págs. 247-270.

como preceptor suyo. Para PÉREZ MARTÍN su etapa al servicio del Rey Sabio está constatada documentalmente a partir de 1267, pero no antes.

De los ordenamientos mencionados, en cuanto a la regulación de la abogacía debe destacarse sobre todo el de las Cortes de Sevilla de 1252-1253, en el que Alfonso X hubo de implicarse especialmente debido a las reiteradas actuaciones indebidas de los abogados y se vio obligado a limitar el número de ejercientes; sobre el asesoramiento de otros letrados, para que se hicieran fuera de juicio y combatir las dilaciones maliciosas, y principalmente la inclusión de un nuevo elemento diferenciador entre abogados, procuradores y asesores. En la misma línea combativa se manifestaron las Cortes de Zamora de 1274, que, siguiendo la dinámica de las Cortes de Valladolid de 1253, a través de las cuales ALFONSO X pretendía satisfacer las quejas y demandas recibidas sobre el abuso de los abogados por dilación de pleitos, actuaciones desleales con los clientes y cobros indebidos de honorarios.

Otros ordenamientos que contribuyeron a desarrollar y mejorar -por decirlo de alguna forma-, el régimen estatutario de la abogacía, fueron las Cortes de Toro de 1371; Cortes de Briviesca de 1387; la Pragmática de Juan II de 1427 sobre alegación de juristas y, las Cortes de Toledo de 1480 para culminar con las Ordenanzas de 1495³²⁷.

Para JACOBO DE LAS LEYES³²⁸, ambos términos, *bocero* (o *vocero*) y *advocato*, eran sinónimos, de ahí la rúbrica del título dedicada en el Libro 1º de su obra “*Las Flores del Derecho*” que dice: “de los *ouceros* que son dichos en latín *advocati*”.

³²⁷ MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. págs. 433 y ss.

³²⁸ PÉREZ MARTÍN, A. “Jacobó de las Leyes: Ureña tenía razón”, en *Anales del Derecho* n.º 26, Universidad de Murcia, 2008, pág.251-273. “Sobre Jacobo de las Leyes, nos recuerda este autor que su verdadero nombre era *Giacomo GIUNTA* y cuyo origen parece ser italiano, decir que fue un jurista de prestigio, colaborador del Rey Alfonso X aportando su obra a la elaboración de Las Partidas”.

Antes del periodo alfonsino merece la pena destacar un grupo distinguido de juristas que aportaron sus conocimientos al desarrollo del Derecho, los denominados *Hispani*, entre ellos Petrus HISPANUS, glosador del Decreto de Graciano antes de 1180 y de la *Compilatio I* años 1193 y 1198; al canonista Pedro MUÑÍZ, de Santiago de Compostela entre 1205 y 1215; Bernardus COMPOSTELANUS ANTIQUUS glosador de las *Compilati I* y II entre 1206 y 121; Melandus HISPANUS, Obispo de Osma y glosador del Decreto de Graciano. También aparece esta figura en el Fuero Viejo de Castilla (III, 1,2)³²⁹.

En el marco de la docencia universitaria debe destacarse a finales del siglo XII el *Studium* palentino y el salmantino del siglo XIII. Hablamos de una época en la que emergen juristas de sólida formación que conformarán un nuevo estamento profesional ocupando generalmente puestos de relevancia en la administración, en el gobierno de los reinos, las notarías, en los consejos, etc. Se considera el momento en que se recupera la vieja figura del jurista letrado romano bien formado que contrastaba con la denostada figura del *adsertor* medieval como personaje leguleyo de escasa formación y excesiva picaresca³³⁰, más proclive a la deslealtad que al bien hacer de la profesión³³¹.

Esta es una evidencia de que los juristas, incluidos los abogados, no tenían como función asesorar o practicar la defensa para con los justiciables corrientes o los ciudadanos en sus litigios, sino más bien en favor de los estamentos de poder, lo que, a

³²⁹ DE ASSO Y DEL RÍO, IJ. y DE MANUEL y RODRÍGUEZ, M. *El Fuero Viejo de Castilla*, 1ª ed. Madrid, 1771, págs. 75-76; MARTÍNEZ DÍEZ, G. *Los comienzos de la recepción del Derecho en España y el Fuero Real*, Milano, 1980, págs. 251-262; MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º ob. cit. pág. 309.

³³⁰ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. págs. 309-310.

³³¹ Sobre la evolución histórica de la formación de los juristas véase la obra de BRUNDAGE, JA. *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago, 2008; "Law and History Review", nº 28(1), págs. 251-252.

nuestro modo de ver, no era otra cosa que un control de la profesión por parte de estos últimos.

2.1. La deslealtad como característica implícita en la abogacía

En este sentido, a propósito de la figura del defensor en *Las Partidas*, ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA en su estudio crítico resaltan las dos caras de la moneda de la abogacía de la época. De un lado la parte noble del oficio que se refleja en la Partida 3^a, y en el Espéculo 4,9,1.: *Del “oficio de los abogados”*. En *Las Partidas* se destacan las ventajas de contar con un abogado tanto para el Juez como para los litigantes que eran parte en el proceso, *“a aquél le ayuda en el conocimiento del pleito y favorece la agilización del fallo; a estos a no perder su derecho “por mengua de saber razonar, o por miedo, o por verguença, o por non ser vsados delos pleytos, llevando su voz en juicio; pero de forma paralela se ponen de manifiesto sus defectos, en lo que estos autores denominan, ventajas y desventajas del oficio”*³³²: Jueces y particulares serían, pues, sus directos beneficiarios, aunque bien pronto unos y otros habían de *“verse enlodados en los vicios de unos agentes que con excesiva frecuencia desviaban sus “voces” de tan deseables objetivos, en detrimento de ambos”*.

Después de lo que vimos al estudiar los inicios de la abogacía en Roma y las polémicas allí suscitadas por los llamados *oratores* y *patronos* en cuanto a sus conocimientos jurídicos, resulta difícil no caer en la tentación de establecer una comparación. En ambas épocas, la formación jurídica era exigua en los inicios de la actividad, limitándose en el caso de los primeros al arte de la retórica; por su parte, para los patronos -cuya actividad surgió en el contexto familiar-, la relación de confianza en

³³²ALONSO ROMERO, M.P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. pág. 13.

su entorno veíamos que era suficiente para tal desempeño. Esto dio lugar como recordaremos a la necesidad de estimular y fomentar una formación académica cada vez más exigente.

Algo similar sucede en la Alta Edad Media con los voceros -en su peor versión-, “*aquellos locuaces y verbosos en demasía*”, como señalan ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, dando a entender que durante mucho tiempo bastaba con ser un espabilado y tener buen uso de la jerga jurídica para abrirse paso en la profesión. Salvando las diferencias temporales, parece que los excesos en la actividad se heredaron también³³³.

Las alusiones sobre la mala fama de la abogacía son extensísimas y se han manifestado en diversos campos de la escritura a lo largo de la historia, literatura, poesía, teatro, más tarde en el cine³³⁴, etc. Ya desde sus inicios en Roma la literatura sobre ello es prolífica, y tomando como referencia y, a modo de ejemplo, la obra de MUÑOZ

³³³CABRERA NÚÑEZ DE GUZMAN, M. *Idea de un abogado perfecto*, n °69, Madrid, 1683, p.180. Para hacerse una idea sobre la polémica figura de los abogados véase la extensa literatura dedicada al respecto en el capítulo, “Sátiras y otros relatos mordaces sobre el abogado romano”, en “*Historia de la abogacía española*”, Vol. 1 ° en MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit., págs. 209-242. También el capítulo “*De voceros a abogados*”. *El abogado en las Cortes históricas castellanoleonesas. I. Sobre la percepción social del vocero al abogado medieval*”, Ibidem, págs. 415-440.

³³⁴ El 7 ° arte también ha dejado su impronta en torno a la abogacía a través de numerosas producciones cinematográficas, por poner un ejemplo de las dos caras de la moneda de esta controvertida profesión, cabe recordar cómo se hicieron famosas algunas referencias a los abogados en la oscarizada obra de Francis FORD COPPOLA en la saga *El Padrino*, cuando el viejo CORLEONE (Marlon BRANDO), afirmaba que un buen abogado con maletín robaba más que cien hombres con metralleta; y, en la segunda parte de esta obra maestra, su hijo Michel (Al PACINO) aclaraba a uno de sus acólitos, que “*no necesitaba más matones en su organización, sino buenos abogados*”. Pero también se ha podido ver a través del celuloide la mejor versión de la abogacía cuando la sensacional novela de HARPER LEE, “*Matar a un ruiseñor*” -galardonada con un premio PULITZER-, fue llevada al cine con una soberbia interpretación de Gregory PECK dando vida al abogado Atticus FINCH -ejemplo de honestidad y sentido de la Justicia-, al defender a un ciudadano afroamericano injustamente procesado durante los años treinta en plena depresión en la América profunda.

MACHADO³³⁵, entre otras, se dedican varios capítulos a esta cuestión escritos por diversos autores aportando un sinnúmero de testimonios muy reveladores.

En estas circunstancias, y considerando la lealtad como una obligación implícita para ejercer la abogacía desde sus orígenes en el Derecho Romano, parece evidente que, el esfuerzo por preservarla fue una preocupación constante que se trasladó a los legisladores medievales³³⁶.

En consecuencia, durante la llamada Plena Edad Media -o para ser más precisos, con la consolidación del Derecho común, en lo que a la abogacía y la representación se refiere-convivieron dos realidades: por una parte, la necesaria existencia -así como su exigencia por parte de las autoridades-, de un defensor en los pleitos que, a pesar de su controvertida fama, no puede negarse la realidad en cuanto el papel imprescindible de la abogacía³³⁷; sin embargo, por otro lado, y a medida que aumentaba el número de abogados y su protagonismo, se consolidó una gran animadversión hacia ellos por el

³³⁵ HERNANDO AGUAYO, I. “Sátiras y otros relatos mordaces sobre el abogado romano”, en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 ob. cit. págs. 209-242; SANZ, O. “La voz del defensor en la literatura medieval española”, págs. 371-413; BERMEJO CABRERO, JL. “Abogados en la literatura española (Siglos XIII-XVII), págs. 555-589. Estos últimos en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit.

³³⁶ Hay que tener en cuenta que, en plena Edad Media, el protagonismo e intervencionismo de la Iglesia como institución en todos los aspectos de la sociedad fue *in crescendo*, y esto se reflejó especialmente en la formación cultural y académica. En este sentido MUÑOZ MACHADO recuerda: “*Que los estudios generales, catedralicios y monacales, italianos y franceses, como Bolonia o Montpellier, habían venido formando en las escuelas de glosadores como Irnerio o Accursio a los primeros juristas hispanos que hacían del derecho, en el Occidente europeo nuevamente, una ciencia o arte de estudio autónomo. En su mayor parte pertenecían todavía al estamento eclesiástico, orientándose en sus estudios hacia el Derecho canónico, que compaginarán con el romano justiniano del Corpus Iuris Civilis y profundizando, especialmente, en el campo del Derecho procesal*”. MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. pág. 309. Asunto distinto será la formación de los abogados, que tendrá su propia evolución paralela al resto del mundo jurídico, como lo exponen ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA en su obra ya citada, “El régimen jurídico de la abogacía en Castilla. Siglos XIII y XVIII”, y que es referencia en esta materia.

³³⁷ En las Ordenanzas de 1258 sobre la manera de sustanciar los pleitos los alcaldes de Valladolid, se imponía la obligación de conceder abogado a quien “*no era sabidor en razonar su pleito*”.

recelo social que causaban. La presencia de los abogados llegó a crear tal tensión que el propio Alfonso X tras las Cortes de Zamora en 1274 tuvo que ceder a lo dispuesto en los Fueros si en ellos se estimaba prescindible la presencia de voceros en los pleitos de Castilla y las Extremaduras³³⁸; es decir, que no fueron suficientes siempre los remedios legales, por así decirlo, y aquella tensión derivó incluso a la represión del ejercicio de la abogacía en algunas zonas del territorio español y como ejemplo de ello fue la prohibición de actuar en Sevilla y sus zonas colindantes por orden de Pedro I en 1360³³⁹.

En definitiva, al mismo tiempo que la presencia de la abogacía a raíz del Derecho común se refuerza, también aparece en la doctrina y el Legislador de la época una preocupación por su correcto desempeño, lo que se traducirá en una dinámica de regulación ya incesante en torno a su estatus jurídico³⁴⁰.

2.2. La abogacía en la legislación. Los principales textos castellanos.

El nuevo orden jurídico *-Ordo Iudiciorum-*, denominado también el género *Ordines iudicarii*, dio lugar por una parte, a una ingente actividad legislatora reflejada en los textos alfonsinos; y por otra, a la aparición de un nuevo género doctrinal en el que destacan: el *Ordo iudiciarius Ad summariam notitiam*³⁴¹ de PEDRO HISPANO y la *Summa aurea de ordine iudicario* de MARTINEZ DE LA MORA que, en colaboración con otros juristas y glosadores, como JACOBO DE LAS LEYES y ARIAS DE

³³⁸ ALONSO ROMERO, M.P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. págs. 14 y ss.

³³⁹ SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. *Historia del reinado de Juan I de Castilla*. Tomo, 2º, Registro documental (1371-1383), Madrid, UAM, 1982, págs. 166-169.

³⁴⁰ ALONSO ROMERO, M.P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. págs. 11, 12 y 16.

³⁴¹ PÉREZ MARTÍN, A. “*El ordo iudiciarius 'Ad summarian notitiam'* y sus derivados”, en *Historia. Instituciones. Documentos*. 1982, págs. 327-423. Disponible en: (<https://revistascientificas.us.es/index.php/HID/article/view/6054>).

BALBOA, contribuyeron a consolidar el *Ius commune* en el ordenamiento español. En el ámbito legislativo, destacan en este sentido tres obras principalmente: *El Espéculo*, *El Fuero Real* y *Las Partidas* como textos más relevantes, y con menor trascendencia según la doctrina, las llamadas *Leyes de Estilo*³⁴².

En torno a estas obras existen controversias doctrinales especialmente en lo que se refiere a su datación, pero la mayoría coincide en reconocer la dificultad de precisar las fechas de estas leyes.

a) *El Espéculo*

Texto jurídico atribuido al Rey de Castilla Alfonso X – al igual que *Las Partidas* y *El Fuero Real*-, y cuya data se ubica entre 1255 y 1260. Se trata de una obra incompleta para ser aplicada en los tribunales, a diferencia del *Fuero Real* destinado a aplicarse en las ciudades³⁴³ y en él se hace alusión a leyes posteriores desconocidas al decir de ESCUDERO³⁴⁴; su contenido se asemeja a las tres primeras Partidas y el prólogo casi coincide con el del *Fuero Real*.

Estos tres cuerpos jurídicos formarán el eje principal de la labor jurídica de Alfonso X el Sabio. Para MARTÍNEZ DÍEZ,³⁴⁵ “*La autoría del Espéculo se halla testimoniada con diáfana rotundidad en el mismo cuerpo de la obra: Este es libro del*

³⁴² PÉREZ MARTÍN, A, *El Derecho procesal del Ius commune en España*, Universidad de Murcia, 1999.

³⁴³ TOMÁS Y VALIENTE, T. *Manual de Historia del Derecho*, (4ª edición, 19ª reimpresión), 2011, pág.235. “El Espéculo y el Fuero Real pertenecen al llamado Derecho de los tribunales del rey”.

³⁴⁴ ESCUDERO, JA., *Curso de Historia del Derecho* (Fuentes e Instituciones Político-administrativas), 3ª ed. Madrid, 2003. pág. 448. Según este autor, o bien se trata de una obra inconclusa o parte de su contenido se extravió.

³⁴⁵ MARTÍNEZ DÍEZ, G. *Leyes de Alfonso X, I, Espéculo*, Fundación SÁNCHEZ ALBORNOZ, Ávila, 1985, pág. 93. Véase también, pág. 18.

ffuero que ffio el rey don Alfonso, ffio del muy noble rrey don Fernando e de la muy noble rreyna donna Beatriz, el qual es llamado Espéculo que quiere tanto decir commo espeio de todos los derechos". En cuanto a la autoría de Alfonso X sobre esta obra considera que no debe entenderse en el sentido de que realizase el Monarca la redacción literal, sino más bien que su aportación fue desde la "inspiración, dirección, aprobación y promulgación, y que al acoger en algunas de sus leyes principios y soluciones del Derecho común romano canónico la redacción del *Espéculo* requería la colaboración de algún letrado, perito en esos derechos". No obstante, sobre todas estas obras siguen existiendo dudas en cuanto a la autoría real y sus fechas de aparición³⁴⁶.

Algún autor como IGLESIAS sitúa al *Fuero Real* con anterioridad al *Especulo* y a *Las Partidas* como obra cumbre; por su parte, GARCÍA-GALLO estima que el primer texto fue el *Espéculo*, pero después surgió el *Fuero Real* imponiéndose a aquel. Después la obra sería reelaborada tras la desaparición de Alfonso X, y como consecuencia de ello surgieron *Las Partidas*, según este autor el *Espéculo* dio origen a estas últimas. Desde luego parece que en aras del sentido común lo más sensato, después de décadas de investigación y estudio sobre el origen de estos primeros textos castellanos, sea admitir que no se puede concretar o asegurar con rigor el origen ni la autoría de ellos, y, por tanto, aun respetando todas las teorías sobre la materia, se impone la medida de TOMÁS Y VALIENTE³⁴⁷, al concluir que aún quedan muchos enigmas a resolver y que nada se puede confirmar al respecto.

³⁴⁶MARTÍNEZ DÍEZ, G. *Leyes de Alfonso X*, I, *Espéculo*, Fundación Sánchez ALBORNOZ, Ávila, 1985, pág. 93.

³⁴⁷TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia...* ob. cit. págs. 233, 234, y 237 y ss.

Lo que verdaderamente merece destacarse en torno a estos textos es la similitud en cuanto a la materia que regulan. En el *Espéculo*³⁴⁸ aparece la expresión vocero en diferentes títulos, imponiendo la defensa cuando fuese necesaria y penalizando al abogado que se negase, así como destacando su importancia en la resolución de pleitos:

E IV, 2 °, 13 °³⁴⁹: *“Como los jueces deuen dar bozeros a la parte a la parte que gelo demandare, et otrossi a las personas coyadas; et que pena deue auer el bozero que lo non quisiera assi facer.”*

E IV, 9, proemio, Título 9, *De los bozeros*³⁵⁰:

“De los perssoneros auemos mostrado, en el título ante deste, todas las cosas que deuen ffacer. Et agora queremos ffablar en este de los bozeros, et mostrar otrosi todo aquello que les conujene que ffagan et que pertenesçe a ssu fecho. Et dezimos que el meester de los bozeros es muy prouechoso para ser mejor librados los pleitos...”

Establece un régimen de incompatibilidades y restricciones para el ejercicio de la abogacía, prohibiendo la misma a mujeres, ciegos, sordos, aquellos que fueron condenados por delitos infames, a judíos, a moros, etc., siguiendo la línea tradicional de criterios discriminatorios por género, raza y condición social, en E. IV, 9,3 y 9,4. Exige mesura, veracidad y lealtad en el ejercicio, E, IV, 9,5.; y que aquel *bozero* que incumpliese tales obligaciones fuese sancionado según las leyes E, IV, 1, 8^a y 9^a, en el mismo precepto se exige el razonamiento en los escritos y se condenan las prácticas dilatorias³⁵¹, en E, IV, 9 °, 6 ° se prohíbe la doble representación. En E, IV, 9 °, 8^a se contempla la forma en

³⁴⁸ ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, ob. cit. pág. 12 y 105 y ss.

³⁴⁹ MARTÍNEZ DÍEZ, G. ob. cit. pág. 252 y ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. págs. 105.

³⁵⁰ ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, ob. cit. pág. 106.

³⁵¹ Ibidem, pág. 14.

que debe cubrir sus honorarios el abogado, recibiendo un tercio al comienzo del pleito, otro tercio una vez realizada la intervención de las dos partes y, “*el terçio postremero después que el juyzio ffuere cumplido*”.

b) El Fuero Real³⁵²

Se refiere de inicio a los abogados con la siguiente expresión: “*aquellos que suelen tener las ouces*”, y establece una serie de requisitos, obligaciones y límites para el acceso a la actividad: “*no podrán serlos moros y judíos; siervos, herejes, sordos, excomulgados, locos ni menores de 17 años. (FR I, 9,4)*”.

Entre algunas características a destacar de este texto: demandante y demandado podían nombrar vocero entre los que ejercían habitualmente el oficio, pudiendo ser designado por el juez caso de no disponer de uno (FR I, 9,1 y I, 10,2); se prohibía la doble representación (FR I, 9,3); se regulaban los honorarios estableciendo unos límites a falta de acuerdo de un 20% del coste de la demanda. (FR I, 9, 1 y 5).

Del *Fuero Real* existen alrededor de una veintena de ediciones³⁵³, y la primera data de 1480-84 de Sevilla; Venecia 1491; Venecia 1500; Zaragoza 1501; Salamanca 1501; Burgos 1533; Burgos 1541; Burgos 1543; Medina del Campo 1544; Medina del Campo 1547; Salamanca 1569, Madrid 1781; Madrid 1836; Madrid 1847; Madrid 1866; Madrid 1867; Madrid 1872; Madrid 1885; Valladolid 1979; Ávila 1988.

³⁵² “Consta de cuatro libros, dedicados a cuestiones religiosas y políticas, procedimiento judicial, derecho privado y derecho penal. Sus leyes proceden del Fuero Juzgo y otros fueros castellanos. Su carácter legal se manifiesta por la abundancia de expresiones imperativas”, en ESCUDERO, JA. ob. cit. pág. 446; MARTÍNEZ DÍEZ, G. ob. cit. 1985.

³⁵³ MARTINEZ DÍEZ, G. ob. cit. 12 y ss.; IGLESIAS FERREIRO, A. “En torno a una nueva edición del Fuero Real” AHDE, N ° 59, 1989, págs. 785-840.

*c) Las Partidas*³⁵⁴

Constituyen sin duda, el texto más importante, no solo como cuerpo de leyes en general, sino en cuanto a la regulación de la abogacía. En este repertorio normativo se establece un régimen estatutario ya bastante definido para la época:

De inicio se establece un concepto de abogado (bozero), al decir en la *Partida 3, 6,1*. “*Que cosa es bozero, e porque ha ssi nome*” y “*bozero es ome que razona peyto de oto en juyzio, o el suyo mismo, en demandando, o respondiendo. E ha assi nome, porque con bozes, e con palabras usa de su oficio*”.

Posteriormente se expone un régimen estatutario, fijando la edad mínima para el ejercicio en diecisiete años; prohibiendo tal condición a sordos, locos o desmemoriados; tampoco clérigos excepto en el ámbito de sus monasterios en la *Partida 3, 6,2*. Otras limitaciones son: restricción del ejercicio para las mujeres, así como a condenados por adulterio, homicidio a tuerto o por arma blanca o de forma más gravosa, por falsedad o traición (P 3, 6,3); prohibiciones a los que lidian con bestias (toreros) en (P 3, 6,4); a los condenados por hurto, robo, por engaño o por causa deshonrosa; tampoco moros y judíos (P 3, 6,5); obligación del juez de proveer abogado para viudas y huérfanos (P3, 6,6); de la forma en que los abogados deben razonar en los pleitos (P 3, 6,7.); *responsabilidad* del abogado que yerra en juicio en perjuicio de su cliente (P 3, 6,8); prohibición de revelación de secreto del cliente (P 3,6,9); prohibición al que pretende informar de su causa a varios

³⁵⁴ ALONSO ROMERO, M^a. P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. págs. 115-123; Para todas las referencias al articulado de *Las Partidas*, la reedición del texto glosado del licenciado Gregorio LÓPEZ de 1555, publicada en versión facsímil, por la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado (AEBOE) en tres volúmenes, enlace:

(www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2011-60&tipo=L&modo=2).

Véase también la publicación del Fondo antiguo de la Universidad de Valladolid enlace:

(<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/298>)

abogados (comprándolos) con la intención de dejar indefenso a la otra parte en (P 3, 6,10); regulación de los honorarios de los abogados (P 3, 6,14); prohibición de la prevaricación y la doble representación en (P 3, 6,15).

Por otro lado, en (P 7, 7,1) se define lo que es falsedad y sus diversas formas (aunque esta materia la estudiamos aparte en el epígrafe dedicado exclusivamente al concepto de falsedad y su relación con el objeto del delito, el documento). Importante sin duda es la (P 7, 16, 11), bajo la rúbrica “*Delos engaños que fazen los omes entre si, e los personeros, e los abogados*”, en referencia a letrados y procuradores³⁵⁵.

Debemos destacar aquí la aportación de MARTÍNEZ LLORENTE, que lleva a cabo un estudio pormenorizado de estos tres textos históricos, *Fuero Real*, *Espéculo* y *Las Partidas*. Asimila las estructuras y contenido del *Espéculo* y las *Partidas*, pero al mismo tiempo las distingue del *Fuero Real*, según este autor, en sintonía con Remedios MORÁN MARTÍN, por tener distintos objetivos. A través del *Fuero Real* Alfonso X pretendió unificar el Derecho castellano. En este sentido, también MARTÍNEZ DÍEZ³⁵⁶.

Sin embargo, señala Remedios MORAN MARTÍN que, con una regulación amplia de estas figuras -personeros y abogados-, en el *Espéculo* y *Las Partidas*, la ambición es mayor, se pretende hacer extensiva esta materia en el ámbito de la Administración de Justicia e integrarla en la jurisdicción ordinaria más allá del contexto local³⁵⁷.

³⁵⁵ ALONSO ROMERO, M^a. P. y GARRIGA ACOSTA, C. ob. cit. págs. 112 y ss. y 123-124.

³⁵⁶ MARTÍNEZ DÍEZ, G. *El Fuero Real*, ob. cit. pág. 105. “Por su contenido, el *Fuero Real*, aunque haya elementos del derecho común, supone más bien un esfuerzo de síntesis del derecho tradicional castellano expresado en el *Liber Iudiciorum* y en los fueros locales”; MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1^o, ob. cit. págs. 297 y ss.

³⁵⁷ “A diferencia del *Fuero Real* y del *Espéculo*, el Título 6 de la 3^a Partida se titula “*De los abogados*” (...) “*Pero debe analizarse la regulación de los tres textos para llegar a algunas conclusiones acerca de*

Según esta autora, *Las Partidas* y *El Espéculo* obedecen ya a un proyecto más ambicioso del rey sabio, y con una explicación bastante coherente y pormenorizada, señala como ejemplo de ello que en los dos textos, se incluye el título de *personeros* y *voceros* en el Libro o Partida que hace referencia a la Administración de Justicia y en ambos también, se invierte la disposición de la regulación tratando en primer lugar la figura del personero (E 4,8, 1-19) y (P 3.5.1-27) y de los voceros (E 4.9.1-9) o abogados (P, 3.6.1-15).

Ciertamente, como apunta esta autora, tanto *Las Partidas* como *El espéculo* aluden a la figura del personero definiéndola (E,4,10) y (P, 3,6), pero es en este último texto donde se define la figura del abogado (3,6.1), y es, en este momento, según MORÁN MARTÍN, donde se empieza a desmarcar el abogado del vocero, concepto que empieza a desaparecer, y, a su vez, es en *Las Partidas* donde se consolida la nueva versión de los abogados como defensores, pues, si bien tanto en este texto como en *El Espéculo* se regulan detalladamente los requisitos en materia de incompatibilidades, asistencia, honorarios, etc., pero en *Las Partidas* sobresalen alusiones a las responsabilidades de los abogados por daño o indefensión al cliente y la exigencia del secreto profesional de manera más precisa y -como expresa esta autora-, “tuitiva” que en *El Espéculo*.

En estas leyes medievales destaca la asistencia a personas pobres o sin recursos a los que *Las Partidas*, por ejemplo, protege otorgándoles la posibilidad de solicitar un

lo que podemos interpretar respecto a la mente del legislador cuando redacta dichas obras (...) Estructura diferente presenta el *Espéculo* respecto al *Fuero Real* y se relaciona más con las *Partidas* que con el texto de carácter local por el que Alfonso X pretendía unificar el Derecho castellano. Esta amplia regulación de las figuras primero de los personeros y luego de los voceros, está relacionada con la aspiración real de la regulación extensa de la Administración de Justicia, en un nuevo intento de atracción de esta materia hacia la jurisdicción ordinaria”; así, Remedios MORAN MARÍN, en MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. pág.426-427.

abogado, o estableciendo reglas cuando el pleito es con personas poderosas, en cuyo caso el pleito se puede resolver a partir de la declaración de las partes sin presencia de abogados, para evitar la ventaja de los más acaudalados en el pleito³⁵⁸.

c) Ya en el siglo XIV destaca una colección jurisprudencial llevada a cabo en *Las Leyes de Estilo*³⁵⁹, se trata de una serie de interpretaciones del *Fuero Real*. Hay que tener en cuenta que como se apuntó a inicios del estudio histórico, la península fue romanizada de distinta manera según los territorios y, como consecuencia, en los siglos posteriores el Derecho Romano heredado no tuvo una aplicación unitaria en todo el territorio por lo que fue necesario ir extendiéndolo a través de diferentes ordenamientos.

Al decir de MARTÍNEZ LLORENTE, “*el Libro de Las Leyes o Fuero Real no dejaba de ser un texto de carácter local, destinado a unos municipios concretos del reino, lo que impedía su consideración como normativa de carácter general para todo el reino*”. Así las *Leyes de Estilo*, datada hacia el año 1.300, constituía una colección de más de doscientas sentencias desarrolladas por el tribunal regio. Dedicaba cinco leyes de la 18 a la 20 a los abogados, y siete a los procuradores o personeros, de la 11 a la 17.

En cuanto a los abogados regula el salario con limitación de 100 maravedíes (Ley 18); prohibición de acaparar todos los abogados de la zona por una de las partes (Ley 19); denegación de la prisión por impago de honorarios al pobre sin recursos y en materia de responsabilidad, destaca la Ley 150 para el abogado que no anuncia la apelación.

³⁵⁸ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit. págs. 426-429.

³⁵⁹ MARTÍNEZ LLORENTE sobre las *Leyes de Estilo*, refiere un total de siete *leyes* o sentencias; de la resolución 11^a a la 17^a referidas a la figura del personero o procurador, y, de la 18^a a la 20^a al abogado. Según este autor, “*Gil Ayuso las considera de 1527 y para Palau se trataría de una edición de Burgos hecha por Juan de Junta en ese año; sin embargo, consideramos más probable la postura de Ruiz Fidalgo, que la sitúa en Salamanca por Juan DE CÁNOVA en 1554*”, en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit. págs. 297 y ss.

Sobre los representantes o personeros, establecía la obligación de arraigo en una determinada zona o partido judicial en (Ley 11); validación del personero compareciente ante alcalde o escribano (Ley 12); obligación de mantener al personero designado de inicio en la apelación (Ley 13); deber de designar personero en procesos criminales (Ley 15), deber de presentar carta de personería para validar el proceso (Ley 16); incompatibilidad de familiares y oficiales regios para ser personeros (Ley 17).

Respecto a *Las Partidas* del Rey Alfonso X, cabe decir que, a pesar de su aparición a mediados del siglo XIII, no alcanzarían vigencia oficial hasta su inclusión en el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348³⁶⁰ cuyo Título 3º está rubricado, “*De los Abogados*”, y llama la atención precisamente su ubicación en este Libro de *Las Leyes*, en los que solo los dos primeros títulos referidos, a la corona el primero, y a los emplazamientos el segundo, están regulados con carácter previo al de los abogados³⁶¹. Ello puede ser un indicativo de la relevancia que por entonces había adquirido, no ya la abogacía como profesión, sino su imprescindible regulación.

3. La Procura.

El Título 10 del Libro 1, de *Las Partidas* se dedica a la Procura, “*De los Personeros*” y cuya Ley 1 establece: “*Las partes que han pleyto, si no quisieren ò no pudieren por si venir al pleyto, den Personeros ante el alcalde, ò envienlos con su carta de personería* Se trata de los orígenes de la representación procesal a través de procurador y su obligación de estar legitimado o apoderado para poder actuar; en este sentido la Ley

³⁶⁰ ALONSO ROMERO, M^a P. en “*Historia de la abogacía*” de MUÑOZ MACAHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. pág. 454.

³⁶¹ JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRIGUEZ, M., “*El Ordenamiento de Las Leyes*”, Madrid, 1847. Pág. 7.

6, del Título 7 del Libro 1 dice: *Como aquel que se dice Procurador de otro, debe mostrar la personería è poder*³⁶².

El procurador³⁶³, regulada esta figura en el *Fuero Real* (1, 10, 1 a 19), se perfila como representante de las partes ante los tribunales mediante la designación por carta de procuración o personería otorgada ante escribano público o documento privado sellado, donde se dejará constancia de quién es el representante, el pleito para el que fue nombrado, del Juez ante quien va actuar así como el reconocimiento por parte del representado de “*estar a todo cuanto el personero lleve a cabo*”, en (FR 1, 10, 2 y 6).

El personero puede ser nombrado para varios pleitos o varios personeros para un mismo pleito³⁶⁴, llevando la parte efectiva del mismo aquel que comience el pleito (FR, 1,10, 8 y 15); puede ser revocado en cualquier momento previa notificación a la otra parte y al Juez (FR, 10,12); su actuación está sujeta al mandato de su representado (FR, 10, 11); está obligado a permanecer en el pleito hasta su conclusión, (FR, 10, 10).

Esta figura de la representación, como ya se dijo anteriormente, se regula también en la Partida 3, Títulos 5 y 6, en 27 Leyes nada menos; y, en *Las Leyes de Estilo* en siete Leyes o Sentencias de Ley XI a XVII. Tanto en *Las Partidas* como en las *Leyes de Estilo*, la figura del personero mantiene casi intacto el contenido del *Fuero Real* sin apenas variación. Mas tarde, *Las Ordenanzas* de 1495 dedicarán el Título VI a esta figura del procurador.

³⁶²SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. *Historia del reinado de Juan I de Castilla. II*, Registro documental (1371-1383) Madrid, UAM, 1982, ob. cit. págs. 166-169.

³⁶³MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 °, ob. cit. págs. 314 y ss.

³⁶⁴PACHECO CABALLERO, FL. “La figura del procurador en los derechos hispánicos siglos XVIII al XVIII”, en *L'assistance dans la résolution des conflits*, Vol.3, Bruselas, 1996, págs. 21-37; MUÑOZ MACHADO, S. pág. 323. Hay que decir que, “La Nueva Recopilación contiene 24 Leyes dedicadas a la procura”.

4. De la Abogacía y la Procura en otros territorios de la península.

4.1. Aragón.

En el reino de Aragón, antes de unificarse con Castilla merced al matrimonio de Isabel y Fernando dos siglos después, la legislación relativa a abogados y procuradores no estaba ni mucho menos cohesionada siendo además muy reducida, limitándose su regulación a los *Fueros de Aragón* (FA) de 1247³⁶⁵ y las *Observancias complementarias*. A través de siete Leyes, del Libro 1, cuyo Título 10 tiene como rúbrica “*De advocatis*”, se contiene un estatuto entre cuyas disposiciones destaca la obligación de otorgarse defensor a quien no lo tuviese (FA, 1, 10,4); la defensa de la parte solo puede ser efectuada por el mismo abogado designado inicialmente (FA 1,10, 3); limitación temporal de la actuación (FA, I, 10,6); se fomenta la designación de abogados para desfavorecidos por incapacidad física o mental (Observancia, 1, 2), se prohíbe la doble representación igualmente (FA, 7, 20,1); a diferencia del abogado castellano si se habilita para su ejercicio a los clérigos (Observancias, Libro 1, 1).

En cuanto a la procura en Aragón aparece en el (FA, 1, 6, Leyes 1 a 3) y en (Observancias, 1, 1 a 14), pudiendo ser nombrado ante el Juez o a través de documento público ante testigos (FA, 1, 1, 6). Otra particularidad respecto a la regulación castellana es la habilitación de la mujer para ser representante “por costumbre del reino” en (Observancia, 1, *De procuraturibus*, 13 y 14). Asimismo, se prevé la representación en causas criminales (Observancia, I, *De procuraturibus*, 6). A diferencia de la abogacía, si

³⁶⁵ PÉREZ MARTÍN, A. *Los fueros de Aragón* (Compilación de Huesca, El Justicia de Aragón), Zaragoza, 2010; MUÑOZ MACHADO, S, Vol. 1 º, ob. cit. págs. 324 y ss.; SAVAL Y DRONDA, P. y PENEN Y DEBESA, S. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1866. Véase en: http://www.derechoaragones.es/es/consulta_aut/registro.do?control=DGA20210000935.

se permite la sustitución del procurador si se realiza antes de contestar la demanda; también se permite la renuncia de este último (Observancia, I, 2 y 5).

Cataluña, por su parte, a pesar de su pertenencia a la Corona de Aragón, en cuanto a la abogacía se refiere -al igual que en el resto de las instituciones-, siempre tuvo una personalidad propia³⁶⁶. Destaca la prohibición -en una pragmática de Jaime I de 30 de noviembre de 1243 y en la Constitución “*Encara statuim*” de Cortes barcelonesas de 1251-, a los abogados que pudieran actuar contrariamente a las *Usatges*³⁶⁷.

Ya en 1295, se atisba el embrión del futuro Colegio de Abogados barcelonés. El rey Jaime II, elabora ordenanzas que regulan la abogacía entre las que destacan: la obligación de juramento de lealtad y recto desempeño para con su defendido; exigencia de un examen ante tribunal para acceder al ejercicio; acreditar formación de cinco años y ser conocedor del *Corpus Iuris Civilis*³⁶⁸.

El 6 de abril de 1333 bajo el reinado de Alfonso IV, se constituye el Colegio de Abogados de Barcelona casi con dos siglos de adelanto respecto al de Madrid. Con funciones de control disciplinarias para corregir el uso inapropiado del oficio y las actuaciones contrarias a las reglas de la corporación.

³⁶⁶ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 º, ob. cit. págs. 673 y ss. “*El derecho ha sido desde los orígenes históricos de Cataluña y hasta la actualidad un elemento íntimamente unido a su identidad como pueblo dado que en la construcción de la comunidad política catalana ha tenido un peso relevante la dimensión práctica del Derecho, la visión pragmática de buscar soluciones jurídicas a los casos concretos con que se definirán fronteras de libertades civiles para la sociedad o públicas para el Principado*”.

³⁶⁷ FONT RIUS, JM º. *Constitucions de Catalunya, Incunable*, de 1494, Barcelona, 1988, pág.746. DE MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. “El régimen jurídico de los juristas de Barcelona en la Edad Media”, año 2000, págs. 63-69.

³⁶⁸ UDINA i MARTORELL, F. “Dos privilegios reales de 1295 y 1333, aprobando las ordenanzas de los abogados de la ciudad de Barcelona y la constitución de su colegio”, AHDE, N º 7, 1985, págs. 1431-1442, Véase, GARRIGA ACOSTA, C. “La historia del derecho catalán según el abogado Vicente Doménech” (Academia de Jurisprudencia de Barcelona, 1780), Barcelona, 2012, págs. 531-582.

Tras una serie de confirmaciones de las ordenanzas en 1336 y 1343, y un breve periodo de inactividad, finalmente bajo el reinado de Martín I, el 22 de abril de 1399 queda fundado el Colegio de abogados de Barcelona³⁶⁹. La historia de esta peculiar institución viene extensamente desarrollada en una nueva obra de Eugenio GAY MONTALVO, que, como explica su autor, tiene “por objeto contribuir al conocimiento del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (hoy Colegio de la Abogacía de Barcelona), y profundizar en su reciente historia”, destacando la labor de los juristas barceloneses especialmente desde la promulgación de la Real Cédula de la Reina María Cristina de Borbón y las Dos Sicilias de 27 de noviembre de 1832³⁷⁰.

4.2. Navarra³⁷¹.

En Navarra la recepción de la tradición jurídica romano-canónica será más tardía. En 1238 se data el Fuero General de Navarra, aunque la fecha no es segura.

Según JIMENO ARANGUREN, “*hay coincidencia amplia en señalar el carácter anónimo de la obra, y se tiende a situar su paulatina elaboración en el entorno del personal judicial de la Cort*”.

³⁶⁹VALLS Y TABERNE, F. *Los abogados en Cataluña durante la Edad Media*, (Tesis doctoral del autor), Barcelona, 1915, págs. 12-13.

³⁷⁰ GAY MONTALVO, E. *La abogacía de Barcelona, 200 años de su historia*, 1ª ed. Navarra, 2019.

³⁷¹JIMENO ARANGUREN, R. *Los Fueros de Navarra*, AEOE, 2008; UTRILLA UTRILLA, JF., *El Fuero General de Navarra*, “Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas”, (Series A y B), 2 volúmenes, 1987; BARRERO GARCÍA, AMª, “El derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra”, en *Diritto comune e diritti locali nella storia dell’Europa*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 263-384; GARCÍA-GALLO, A *Manual de Historia del Derecho Español*, edición del autor, Madrid, 1982, 9.ª ed. 2 vols.

Por su parte, Juan UTRILLA sostiene que debió de intervenir una Comisión mixta de expertos, algunos de ellos con formación letrada, pero es una suposición.

El autor GARCÍA GRANERO fue más lejos al atribuirlo a alguien que combinaba el conocimiento del Derecho público y privado vivido con una formación de ambos que podía haber recibido en la Universidad de Orleans³⁷².

En lo que respecta al Reino de Navarra, MARTÍNEZ LLORENTE señala que la designación de abogado y procurador es voluntaria. El que realiza la designación se viene obligado a respetar las normas del procedimiento. El Fuero de Navarra diferencia las funciones de defensor y representante otorgando al primero la función de razonar y al representante la firma de la actuación³⁷³.

En este sentido, el Fuero General de Navarra (en adelante FGN), en su Título VI lleva la rúbrica de *Procuradores et vozeros*. (FGN, 1, 6, 1).

Capítulo 1³⁷⁴. *Como deve ser puesto et firmado en Cort porcurador vozero. Si algun hombre ha pleyto con otro, bien puede poner porcurador et voze-ro, maguera es menester que firme en aqueyllo que fara el procurador et en aqueyllo que razonara el vozero, et develos poner por nombre ante el alcalde et otros hombres bonos, seyendo la partida delant. Algún atisbo de falsedad (o infidelidad) documental se percibe en (FGN, 2, 6, 15). Capítulo 15 cuya rúbrica es, *En quoal manera se cognosce la falsa carta*.*

“De carta que es escripta et es arayda o emendada, o fayllesce el proprio nombre, o en el conto, o en la era, o en la incarnacion; si en tales logares fay-llesce por ond omne

³⁷²GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, «Fuero Viejo y Fuero Nuevo de Navarra», (1975), págs. 131-216.

³⁷³MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. pág.328.

³⁷⁴JIMENO ARANGUREN, R. *Los Fueros de Navarra*, ob. cit. pág. 41

pueda ser sospechoso de afrontaciones, o non fuesse es-crypta de escrivano publico et iurado de conceyllo, et que sea tenido por leal, mandamos por fuero, que tal carta assi rayda o emendada en tales logares non valga, porque ningun engayno non deve aver en la carta; sacando esto, si los escribanos gerassen por tinta que lis cayesse en la carta, o suor, o agoa en es-cripto, o que espondiesse la tinta. E por alguna de estas cosas que son dichas, si contesce al escribano, non sea falsa la carta; mas si oviere alguna emendadura, o raydura, o alguna falta de las que de suso son dichas, sea falsa la carta”³⁷⁵.

Respecto a los *Amejoramientos* posteriores, el de 1330, poco a destacar en cuanto a las profesiones de abogacía y procura y posibles delitos cometidos en sus ámbitos, como ejemplo, la modificación de penas por prestar falso testimonio en el Capítulo 4.º

“Trobasse por el fuero antigo, que si alguno fiziere falso testimonio contra otro en iuyzio, que deve ser trasquilado en cruces et quemado en la fruent con el badayllo de la canpayna et ytado del regno”. Y la diferencia del castigo si el falso testimonio se produce en pleito civil o criminal; en el primero se corta la lengua, en el segundo se imponía la pena capital, y así lo expresa: *“por esto Nos queriendo esquivar los males sobredictos en quoanto humanalment podemos, ordenamus que todo testigo que fuere falso testimonio en iuyzio, en pleyto cri-minal, que sea enforcado, et en pleyto zivil que li sea tayllada la lengoa, seyendo provada la falsa testigoanza por verdat”³⁷⁶.*

4.3 *Furs* de Valencia.

Bajo el reinado de Jaime I, se llevó a cabo la redacción de la *Costum o Furs* de Valencia por PERE ALBERT, canónigo jurista al servicio del Rey, pero no hay una legislación

³⁷⁵ Ibidem, pág. 63.

³⁷⁶ JIMENO ARANGUREN, R. ob. cit. págs. 195, 201 y 202.

específica para la abogacía o la procura muy diferente a la del resto de territorios peninsulares, pues no se trata de una obra original en este sentido. Al igual que mayoría de los fueros proceden, en palabras de Vicente GARCÍA EDO³⁷⁷, “*literalmente o en espíritu, de los libros de consulta que los juristas de la Cancillería Real llevaban consigo en sus desplazamientos, formando parte de la corte real itinerante*”.

Los principales textos que influyeron fueron el *Corpus iuris civilis* principalmente, *el Liber iudiciorum*, *las Consuetudines ilerdenses*, *los Usatges de Barcelona*, o *las Decretales*, obras que, según este autor eran de uso más que frecuente por los juristas, y de entre ellos y de su interpretación, se extrajo contenido suficiente para redactar elaborar los *Furs* o *Costum*.

³⁷⁷ GARCÍA EDO, V. “La redacción y promulgación de la “*Costum*” de Valencia”, Universidad Jaume I, Castellón, págs. 718 y ss.; BARRERO GARCÍA, AM ^a. “El Derecho Romano en los “*Furs*” de Valencia de Jaime I”, en AHDE, n^o 41, 1971, págs. 639-664. y “El Derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra, Milano 1980, págs. 265-302. <http://opac.regesta-imperii.de/id/796869>.

CAPÍTULO CUARTO. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y JURISDICCIÓN PENAL EN LA MONARQUÍA ABSOLUTA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Antes de analizar el régimen jurídico de la abogacía y la procura, y el de los delitos de falsedad en los distintos territorios de la península en el llamado periodo álgido de la Monarquía Absoluta, entre los siglos XVI y XVIII, examinemos previamente el contexto sociopolítico y jurídico de ese periodo. Porque, ¿se puede hablar de Administración de Justicia en tiempos de la Monarquía Absoluta? La respuesta obviamente tiene que ser negativa si la idea de Administración de Justicia se entiende en el sentido moderno como algo que forma parte de un Estado de Derecho, con carácter público, pero sin formar parte de la Administración Pública, dotada de independencia conforme a la estructura de esa forma de Estado que se consagró en base a una serie de principios entre los cuales destaca la división de poderes³⁷⁸. Pero lo cierto es que la expresión Administración de Justicia ya es utilizada por MOMMSEN para referirse a la organización que, dentro del Estado romano, se constituye para ejercer este su poder coercitivo³⁷⁹, en clara alusión a la necesidad de acabar con el hábito ancestral de la venganza privada y distingue el autor en

³⁷⁸ “El examen del valor de la justicia resulta esencial para comprender la realidad política del siglo XVII, pues no debemos olvidar que al comparar hechos de diversas épocas es preciso analizar por separado los ideales o normas vigentes en ellas (...). No podemos, sin embargo, aplicar los esquemas actuales a la concepción de la justicia vigente en la época que estudiamos, pues hay que considerar que, frente al derecho contemporáneo de carácter igualitario, el derecho del Antiguo Régimen se basaba en el privilegio y era, por tanto, socialmente discriminatorio desde sus propios fundamentos. Al tratarse de una sociedad jurídicamente desigual, circunstancias como el estamento, linaje, lugares de nacimiento o residencia, gremio..., marcaban un trato diferente, especialmente en el campo del derecho penal”, en NAVAS FERNÁNDEZ, JM. *La abogacía en el siglo de oro*, Madrid, 1996, págs. 13 y 15.

³⁷⁹ MOMMSEN, T. “*Disegno del Diritto pubblico romano*”, (Trad. BONFANTE-ARANGIO RUÍZ), 1973, págs. 285 y ss.

esa primitiva estructura, la figura del pretor de la urbe; una policía que le asiste en sus funciones pero insuficiente para controlar más allá de la propia metrópoli, y, finalmente para los habitantes del extrarradio romano, se estableció una administración de Justicia especial que obligaba al pretor a transferir sus competencias en esta materia a mandatarios o representantes como ya vimos en los procedimientos *extra ordinem*.

También hay que ser prudente sobre el uso del término Estado tras el fin de la Edad Media y advenimiento de la Monarquía Absoluta, pero igualmente habría que establecer notorias diferencias con dicho concepto en la actualidad. Pero entendemos innecesario ser demasiado puristas en esta investigación cuyo objeto es establecer la posible relación de algunas instituciones y delitos concretos desde la perspectiva histórica; por tanto, y en coherencia con nuestro estudio, habrá que trasladarse a aquella época, examinar el contexto sociopolítico de aquel periodo, y analizar cómo y quién ejercía las funciones de administrar justicia en aquel periodo histórico, con la finalidad de comprender mejor el uso -posiblemente incorrecto-, de tales conceptos.

La cuestión no es baladí, y hay que relativizar algunas de estas acepciones antes de profundizar en ellas. Desde antaño se ha venido asimilando la expresión Estado Moderno surgido tras el final de la Edad Media. De la misma manera se emplea la expresión Administración de Justicia en unos términos poco precisos.

ÁLVAREZ GARCÍA³⁸⁰ sobre la idea de Estado, explica que se ha identificado tal concepto *con cualquier forma histórica de lo público*. Efectivamente resulta una

³⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. págs. 31 y ss.

“Es imposible encontrar en la legislación penal histórica una proyección del Estado tal y como se entiende este concepto. Ello solo hubiera podido llegar a ser factible en el breve periodo de las Cortes de Cádiz -en el Código penal de 1822-, y ya a partir de 1834 (en realidad con el Código Penal de 1848 pues hasta entonces estuvo en vigor la legislación penal histórica)”.

contradicción, cuando no una incongruencia, hablar de Estado Moderno a partir del siglo XV teniendo en cuenta que el tránsito a la monarquía absolutista se produjo conservando muchísimas instituciones medievales. Incluso la expresión Monarquía Absoluta se emplea para referirse al periodo histórico que se inicia tras el reinado de los Reyes Católicos a principios del siglo XV, cuando realmente la plenitud del absolutismo no se alcanzaría hasta casi dos siglos después bajo el reinado de Felipe V y la aprobación de los Decretos de Nueva Planta a partir de 1705.

Pero toda esta falta de precisión es comprensible si se indaga en el significado de la expresión Estado, y al respecto KELSEN³⁸¹ ya nos advierte que *“en lugar de que la escasez de significaciones facilite el lenguaje, ocurra más bien que la superabundancia de sentidos dificulte y haga poco menos que imposible el uso de la palabra Estado”*.

Por otra parte, lo que sí es una realidad innegable es la existencia de la Monarquía como forma de organización política en este periodo de la historia, siglos XV y XVI, y por ello, quizás resulte más esclarecedor en este caso partir de otro concepto o idea para entender a que nos referimos con la expresión Estado y, en este sentido, siguiendo al filósofo austríaco procedería hacer una precisión y distinguir entre Monarquía feudal y Monarquía estamentaria³⁸².

La Monarquía feudal se caracteriza por su organización piramidal: en la cima, el monarca, como señor feudal supremo -propietario eminente de todo el territorio;

³⁸¹ KELSEN, H. *“Teoría General del Estado”*, 2002, pág. 3.

³⁸² Por ello, el filósofo austríaco concluye: *“No es fácil hacerse hoy una imagen unitaria de la organización del Estado estamentario, pues dicha organización dio lugar a frecuentes conflictos entre monarca y estamentos, por lo que las respectivas competencias fueron objeto de litigio permanente, avivadas por la falta de normas generales y escritas y creadas por órganos especiales; pero no puede decirse por eso, como hace una teoría muy extendida, que el Estado estamentario careciese de toda unidad”*. Ibidem, págs. 545 y 546.

inmediatamente subordinados a él, los barones, como señores feudales; bajo estos los vasallos. La limitación del monarca consiste en que solo tiene potestad de mando sobre los señores de categoría superior, de modo que la soberanía no se ejerce sobre la masa de los súbditos (carentes de propiedad), sino gradualmente, a través de las distintas jerarquías. Hay un complicado sistema de delegaciones de creación jurídica, que alcanza desde el monarca hasta el último señor territorial. La Monarquía estamentaria, que es un desarrollo del Estado feudal, muestra como suprema autoridad legisladora (o, mejor, creadora de normas individuales, pues las generales son consuetudinarias) a un monarca hereditario o elegido de por vida, en unión de los estamentos o brazos, esto es, la asamblea de la alta aristocracia, del alto clero y de los representantes de ciertos grupos privilegiados: la pequeña nobleza territorial y las ciudades”.

También merece destacarse, como expresa ÁLVAREZ JUNCO, que los intereses reales eran básicamente dinásticos, y, esa falta de estatalidad se reflejaba en la legislación penal, como recuerda a su vez ÁLVAREZ GARCÍA, al señalar que *“aun con Carlos III y Carlos IV, no nos hallamos ante algo distinto a una dinastía; no es que el Estado fuera el Rey si no que no había Estado como tal, y todo confluía en los intereses dinásticos: cosa pública e intereses dinásticos se hacían coincidir”.*

En definitiva, se trata de responder a la pregunta: ¿en qué marco o contexto jurídico político se desarrollaban los comportamientos desleales de los abogados y procuradores en el contexto de la llamada Monarquía Absoluta y que afectaban a la Justicia? O, como plantea este autor³⁸³ ¿Cómo se protegió penalmente la actividad administrativa tras el fin del periodo denominado medieval? Al respecto, el autor hace

³⁸³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. págs.31-32

cuatro precisiones, todas en relación con la ya comentada diversidad multicultural de la Península, es decir:

1º) *Existencia de enormes territorios señoriales sobre las cuales las facultades administrativas y judiciales estaban en manos de un señor o del clero y no del rey, destacando en este sentido los reinos de Aragón y Valencia.*

2º) *Inexistencia en Castilla de estancias intermedias entre los municipios y señoríos y la máxima autoridad real.*

3º) *La mencionada concurrencia de diferentes ordenamientos.*

4º) *Que la idea de centralización es relativa -a pesar de ubicarse temporalmente por los historiadores en los Decretos de Nueva Planta durante el reinado de Felipe V-, pues no será hasta prácticamente el siglo XIX, con la división administrativa de España en provincias -por influencia francesa en la división por departamentos de sus territorios en departamentos-, que se pueda hablar en puridad de Estado centralizado.*

Matizaciones conceptuales aparte, se puede afirmar, sin embargo, que es con el reinado de los Reyes Católicos cuando por primera vez el territorio peninsular adquiera una forma de Administración de Justicia de grandes dimensiones burocráticas y cuyo objetivo sea el de intentar -sin conseguirlo en su totalidad-, organizar y controlar políticamente la totalidad de aquel.

En la España del tránsito a la modernidad, al igual que en la mayoría de la Europa continental durante la etapa de las Monarquías Absolutistas, el Rey era titular de un poder supremo y a su rango se le atribuía un origen divino e incontestable. Con carácter excepcional y fuera del continente, ese concepto de supremacía real estaba limitado en Inglaterra, y así lo expresaba LOCKE al referirse al Rey, *in a very tolerable sense*, como el poder más alto pero sometido al parlamento, siendo el legislativo el poder más elevado.

En este sentido se manifiesta la doctrina oficial inglesa representada por BLACKSTONE, para quien el Rey está vinculado y forma parte del Parlamento, siendo las Cámaras quienes ostentan el poder supremo y dejando al monarca como titular exclusivo de la Soberanía³⁸⁴. Esto es un indicativo de que el poder de la Ley en la sociedad civil se manifiesta en el parlamentarismo inglés mucho antes que en el resto de la Europa continental.

En la Península Ibérica el papel preponderante de la Corona estaría duramente rivalizado y disputado hasta finales del siglo XVIII. En realidad, nunca se pudo hablar de un verdadero poder real para todo el territorio hasta muy avanzado el siglo XVIII, o, dicho de otra manera, España no existió como país hasta entonces, por mucho que un sector político-social español pretenda situar la unidad de España en tiempos de Don Pelayo o incluso antes. No han faltado charlatanes de la historia, entre otros Juan de la Cierva, que atribuían nada menos que a VIRIATO el ser uno de los primeros representantes del sentimiento nacional español.

II. EL DERECHO PENAL EN ESPAÑA EN EL MARCO DE UNA NUEVA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

1. La nueva estructura administrativa general.

En el continente europeo y en España concretamente, antes de que el Monarca acaparase pleno poder de jurisdicción -que básicamente realizaba a través del Derecho penal sobre la totalidad del territorio-, convergieron otras jurisdicciones en el marco de

³⁸⁴ JELLINEK, G. “*Teoría General del Estado*”, *Allgemeine Staatslehre*, México, 2000, pág. 452.

una sociedad medieval de estructura estamental. Al decir del profesor Francisco TOMÁS y VALIENTE³⁸⁵ “*la ley penal durante la Edad Moderna será uno de los principales instrumentos de la Monarquía para imponer autoridad*”, no sin antes colisionar con otros poderes, pues la imposición del *Ius Puniendi* por el poder real no fue tarea fácil, para este autor, hablar de un Derecho Penal real significa *que los reyes tienen poder para en sus leyes penales definir qué actos son delictivos y qué pena merecen sus autores*.

Durante la Alta Edad media apenas intervino ese poder regio en materia penal debido al arraigo de costumbres ancestrales en la solución de conflictos de la sociedad feudal, como la venganza privada³⁸⁶. Será a lo largo de la Baja Edad Media cuando se vaya introduciendo la idea de que la consecución de la paz social y el establecimiento del orden en los distintos reinos exige la creación de un ordenamiento general para todo el territorio. Los reyes querrán que unas mismas leyes penales se impongan al carácter local, consuetudinario y autónomo del Derecho Penal en los siglos altomedievales; pero ni durante la Baja Edad Media ni en los siglos posteriores será fácil unificar la legislación penal y ello, por la pervivencia de los fueros municipales, lo que dará lugar a que el Derecho Penal real se vea obligada a coexistir con el Derecho local³⁸⁷.

Después de la unión de las coronas de Castilla y León en 1230 por Fernando III “*en la que dichos reinos se despersonalizan -y según GARCÍA-GALLO-, se funden en*

³⁸⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Derecho Penal en la Monarquía absoluta*, págs. 23, 24 y 25.

³⁸⁶ BAZAN DÍAZ, I. “La pena de muerte en la Corona de Castilla en la Edad Media”, (2007), Euskadi, págs. 306-352. “*Durante los siglos VIII al XIII regía la venganza o ejecución privada de la justicia. El rey tan sólo castigaba aquellos delitos que iban contra su autoridad, o perpetrados en su presencia. Los motivos eran, entre otros, los siguientes: los pocos recursos del Estado para desempeñar la administración de justicia; el predominio del derecho consuetudinario; la existencia del derecho de solidaridad familiar, que suponía que el daño ocasionado a uno de sus miembros afectaba a todos por igual y, en consecuencia, el resarcimiento se alcanzaba a través de la venganza*”.

³⁸⁷ TOMÁS y VALIENTE, F. *El Derecho Penal...* ob. cit., pág. 25.

un todo principal, las políticas instituciones políticas devienen comunes y donde todos se rigen por el mismo derecho”, no habría otro logro unificador político y jurídico hasta el reinado de los Reyes Católicos³⁸⁸. Serán ellos quienes realicen el mayor esfuerzo para imponer una jurisdicción única a todo territorio y restar influencia en este sentido tanto a la Iglesia como a la Nobleza estamentos que mantuvieron una posición contestataria frente a la corona³⁸⁹. Para ello se diseñó un entramado burocrático sin precedentes hasta entonces, y una de las innovaciones más importantes a nivel político-administrativo, fue la creación del Consejo de Castilla, organismo que más tarde en el siglo XVIII pasaría a denominarse Consejo Real, y así lo expone algún autor³⁹⁰, “prescindiendo de precedentes más remotos, es el Consejo de Castilla el más claro antecedente de una Administración Pública consolidada en Castilla, un Consejo que no vio la luz hasta tiempos de Juan I y que vino a constituir la columna vertebral de la estructuración de la Administración a partir del siglo XV (origen del régimen polisindial)”.

En definitiva, a partir del siglo XV se consolida una nueva estructura, en la que básicamente se pueden distinguir las siguientes instituciones:

A) Un régimen de Consejos (órganos colegiados de asesoramiento del monarca), asistidos por Juntas. Dentro de los Consejos destacarían, a nivel central el Consejo de Estado, el Consejo de Guerra y el Consejo de la Inquisición. En el orden territorial prevalecerían los Consejos de Castilla y de Aragón, y el atípico Consejo Real de Navarra; Los Consejos de Cámara, de Ordenes, de Hacienda, etc....

³⁸⁸ TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. pág. 233.

³⁸⁹ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. págs. 764 y ss. Véase, BARRIOS PINTADO, F. *La Gobernación de la Monarquía de España*. Consejos, Juntas y secretarios de la administración de corte. (1556-1700), Madrid, 2015, págs. 295 y ss.; *Textos de Historia del Derecho español*, (AA.VV.), 2ª ed. Madrid, 2004.

³⁹⁰ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit., págs. 28-29.

B) Los Secretarios del Rey, entre los que se distinguían los secretarios del Consejo de Estado y los secretarios privados y de Despacho universal. Se trata de cargos de asesoramiento personal y directo del rey, de estricta confianza que con el tiempo serían sustituidos por otra figura, los Validos³⁹¹.

C) Las Juntas, surgieron junto a la red de Consejos en el siglo XVI y se extendieron notablemente en el XVII. Eran órganos con funciones de asesoramiento en materias determinadas y fueron empleadas por los Validos para provecho de sus funciones; sin embargo, las Juntas no tuvieron una estructura ni funciones definidas, bien se las podría considerar órganos comodines que eran utilizados en función de las necesidades del momento. Significa esto, que a veces su duración era efímera y otras se prolongaban en el tiempo.

Algunos autores las clasifican en grandes grupos: las Juntas Supremas del gobierno general de la Monarquía, con rango superior incluso al de los Consejos, actuaban directamente junto al Rey supervisando la totalidad de los asuntos; y por otra parte las Juntas particulares, de menor entidad y con funciones diversas.

Tras el colapso de este sistema polisinodial, durante el reinado de Felipe V, la Corona trató de revivir las Secretarías de Estado y de Despacho. A través de un Decreto de 11 de julio de 1705 se establecen dos grandes departamentos: El de Guerra y Hacienda y el de “todo lo demás”, que formarán el embrión del futuro sistema de departamentos ministeriales. Además del nuevo aparato administrativo, se llevó a cabo la creación de nuevas instituciones como La Santa Hermandad o La Santa Inquisición.

³⁹¹ESCUADERO, JA. ob. cit. pág. 748.

2. La legislación durante la Monarquía Absoluta.

Observando la legislación tras el final de la Edad Media se puede constatar, al menos en teoría, cuál era la estructura de la Administración de Justicia de aquel periodo en la que, como hemos manifestado con anterioridad, destacan la preminente figura del Monarca y el enorme poder de la Iglesia, sin perder de vista las propias jurisdicciones de los distintos señoríos o territorios.

En este periodo el texto más importante es la llamada *Nueva Recopilación* de Leyes de Castilla, definida como un cuerpo legal de la Monarquía Hispánica del Antiguo Régimen, sancionado oficialmente el 14 de marzo de 1567 por el rey Felipe II. Está basada en las *Leyes de Toro* de 1505 y las recopilaciones anteriores: el *Ordenamiento de Alcalá de 1348* y el *Ordenamiento de Montalvo de 1484*. Tres siglos más tarde, la legislación hispánica daría paso a la *Novísima Recopilación* en 1805³⁹² donde también consta explícitamente ese poder regio.

Otros textos que destacar de esta época son la *Ley penal Anti Nobiliaria* de 1480, *Ordenanzas de la Hermandad* aprobadas en Córdoba en 1486; la *Pragmática Real* de 1500; las leyes 80,81,82 y 83 de *Toro* en materia penal³⁹³

2.1. La Nueva Recopilación.

En un contexto de rivalidad entre el poder real y los estamentos, se producirá un primer gran movimiento recopilador. El discutido poder real no responde a la idea de poder del Estado en este periodo histórico del siglo XV a pesar de los intentos de los

³⁹²ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 763;

³⁹³TOMÁS Y VALIENTE, F. *El Derecho Penal...*, ob. cit. pág. 27.

monarcas por centralizarlo, y como dice ESCUDERO, el intento de recopilar las leyes posteriores al *Ordenamiento de Alcalá* en 1348 no había resuelto el desorden existente³⁹⁴.

A través, o más bien, a costa del poder real, ejercían el suyo los estamentos poderosos, Iglesia y señores feudales. Esta situación remueve la conciencia de los monarcas que han decidido romper ese equilibrio forzado de poderes y, a partir de finales del siglo XV, y sobre todo en los siglos XVI y XVII, la figura del rey asumirá un nuevo rol. En palabras de TOMÁS Y VALIENTE³⁹⁵, “*El monarca de estos siglos deja de ser un títere de las necesidades de aquellos poderes alternativos y carente de una corte fija*”. *Se trata de un rey con sede de residencia fija, burocratizado y dedicado a la gestión del Estado, dedicado al “manejo o despacho de papeles”*.

La ingente actividad administrativa y legislativa queda reflejada en el aumento exponencial del Derecho regio, que tendrá como consecuencia dos problemas importantes, uno de índole jurídica, con la aprobación de numerosas disposiciones para cada reino, lo que provoca un caos legal en cuanto a la aplicación e interpretación de estas; y, por otra parte, de carácter político, ya que los diferentes reinos no acogían de buena gana las disposiciones reales que eran consideradas como una injerencia en sus territorios. En pocas palabras, la cuestión territorial seguía siendo un problema a principios del siglo XVI a pesar de los esfuerzos de la Corona durante todo el siglo XV bajo el reinado de los Reyes Católicos de unificar criterios en este sentido.

Esta situación dará origen al primer gran movimiento recopilador. El nacimiento de la *Nueva Recopilación* estuvo precedido de un largo y tedioso proceso caracterizado

³⁹⁴ ESCUDERO, J.A. ob. cit. págs. 687-688

³⁹⁵ TOMÁS y VALIENTE, F. “*Manual de Historia...*”, ob. cit. pág. 263 y ss.

por innumerables intentos fracasados³⁹⁶. Como testimonio de esta demora pueden citarse, el *Codicilo de Isabel I de 1504* intentando recopilar las *Leyes del Fuero Real*, *Ordenamiento de Montalvo*, las *Pragmáticas y demás leyes de Cortes*. Más tarde el encargo de Fernando el Católico a GALÍNDEZ DE CARVAJAL³⁹⁷; los nuevos proyectos de 1523, 1525, 1528, 1532 (encargado por Carlos I a Pedro LÓPEZ DE ALCOCER), 1537 y 1544; y, finalmente, la *Nueva Recopilación* vio la luz por *Pragmática* de Felipe II, en 1567³⁹⁸. Su estructura consta de nueve libros, divididos estos en títulos. Se trata de un texto sistemático que contiene las *Leyes, Ordenanzas y Pragmáticas* promulgadas entre 1484 y 1567, *Leyes de Toro, Ordenamiento de Montalvo y Libro de Bulas y Pragmáticas*.

Con todo, la *Nueva Recopilación* no significó ni mucho menos la unificación del Derecho en la península. Los demás territorios no castellanos consiguieron que los monarcas reconociesen y respetasen sus legislaciones; así Álava (*Privilegios de 1332 y Ordenanzas de 1463*); Guipúzcoa (*Ordenanzas de 1583 y la Recopilación de sus Fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y ordenanzas de la Muy Noble y Muy Leal tierra de Guipúzcoa en 1696*); o Vizcaya (*Fueros de 1452 y 1526 que fueron sucesivamente confirmados*) en el norte del territorio.

³⁹⁶ “Tras un largo proceso, que dura unos treinta y cinco años, aparece en 1567 la colección denominada *Nueva Recopilación*, en cuya elaboración intervendrá el Consejo de Castilla”, en LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*, 4ª ed. reformada, Barcelona, 1998, pág.335.

³⁹⁷ ESCUDERO JA. *Curso de Historia del Derecho*, este consejero fue el primer encargado de formar una recopilación que nunca se llegó a ver la luz”. ob. cit. pág. 689; TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. pág. 269, LALINDE ABADÍA, J. ob. cit. pág. 335.

³⁹⁸ TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. págs. 268 y ss.

De otros territorios del norte de España³⁹⁹ como Navarra⁴⁰⁰, Cataluña y Aragón hay que decir que, en cuanto al primero, a pesar de ser conquistada militarmente por Fernando el Católico e incorporarse a Castilla mantuvo sus peculiaridades. Esto lo manifiesta TOMÁS y VALIENTE al recordar una expresión: “*bajo la fórmula obedéscase, pero no se cumpla*” (...) “*A través de la sobrecarta, que, como medio preventivo impedía que cualquier disposición real podía ejecutarse en Navarra; si el Consejo entendía que tal disposición contradecía la ley del reino, la declaraba nula*”.

Según este autor, en el caso particular de Navarra, ante la necesidad imperiosa de una reforma, se emprendió una intensa y conflictiva actividad recopilatoria para contrarrestar la iniciada por Castilla respecto de su territorio navarro, y esta dinámica legisladora se mantuvo durante los siglos XVI, XVII y XVIII. Lo más que se consiguió de Navarra fue la aparición del mal llamado *Fuero reducido* que en realidad no era tal, ya que, lejos de ordenar el viejo *Fuero General de Navarra* lo ampliaba ostensiblemente.

En el siglo XVI se lleva a cabo la primera gran recopilación de *Las Leyes del Reyno de Navarra* hechas en Cortes de 1512, como antecedente de la *Nueva Recopilación* de Navarra de 1686 y de la *Novísima Recopilación* de Navarra. Esta última contenía toda la legislación navarra desde 1512 hasta 1716 y fue aprobada en 1735 permaneciendo vigente hasta el siglo XIX. Finalmente, y a tenor de lo expuesto en líneas anteriores, hay que decir que, el papel del Derecho común en territorio navarro se limitó a ser aplicable con carácter supletorio. En este contexto, solo se puede concluir lo lejano que quedaba todavía la unificación jurídica de lo que hoy conocemos como España.

³⁹⁹TOMÁS y VALIENTE, F. *Manual de Historia...*, ob. cit. págs. 290-296.

⁴⁰⁰PÉREZ MARTÍN, A. *La legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)*, Valencia, 1978, pág. 159. “*Navarra fue incorporada en 1512 a la Corona de Castilla no en plano de subordinación a ésta, sino en plano de igualdad aequo principaliter*”.

En Cataluña⁴⁰¹ los mecanismos de defensa de su propio Derecho fueron otorgados por el mismo Fernando el Católico a través de Cortes de Barcelona de 1481(...), mientras en el resto de Aragón, la protección del Derecho se efectuó a través del Justicia Mayor, pero no fue absorbida por este y aquel fue respetado.

En materia de legislación, algunos autores distinguen dos periodos en el marco del Derecho español anterior al constitucionalismo y ambos se caracterizan por una disminución paulatina de la creación del Derecho autóctono. Un primer periodo hasta 1714 que es una continuación de la Baja Edad Media. A propósito de este primero, debe recordarse que Fernando el Católico, además de ser rey de Aragón, pasó a ser Rey de Castilla, lo que tendrá como consecuencia una disminución en la producción legislativa autóctona y en las Cortes catalanas empieza a predominar el estilo castellano de legislación. La segunda etapa o periodo se identifica con los Decretos de Nueva Planta⁴⁰² aprobados por Felipe V. Ahora el Derecho catalán y su legislación se paralizan totalmente debido al sesgo autoritario del primer Rey Borbón quien impone forzosamente un único Derecho para todo el territorio peninsular, con contadas excepciones.

Por su parte, Aragón, unificada a Castilla de manera definitiva en 1517, no presenta ningún obstáculo en materia de legislación. De manera similar a Cataluña, respecto de Aragón se pueden distinguir dos periodos diferenciados; uno hasta 1707 donde prevalece la legislación bajomedieval y el principal órgano legislativo eran las Cortes aragonesas; a partir de los Decretos de Felipe V, solo opera como único legislador este monarca.

⁴⁰¹ OBARRIO MORENO, J. *Pervivencia del Derecho Romano...*, ob. cit. 193 y ss.

⁴⁰² PÉREZ MARTÍN, A. *La legislación del Antiguo Régimen...*, ob. cit. pág. 211 y ss.

2.2. *La Novissima Recopilación*⁴⁰³.

Hasta principios del siglo XIX, la figura del Rey aglutinó tres tipos de funciones: la primera como gobernante ostentando un *poder ejecutivo*, así en el Tomo 2, del Libro 3, Título 1, la Ley 1, la rúbrica decía: “*Obligación de todos los vasallos á guardar lealtad y obediencia al Rey y al sucesor del Reyno*”; pero también ejercía el *poder legislativo*, así por ejemplo: el Tomo 2, Libro 3, Título 2 cuya Ley 7 establecía, “*Obligación de los Oidores á proponer al Rey las leyes necesarias para acortar pleitos*”, Ley 9, “*Se observan las leyes, y ordenanzas del Consejo; y éste consulte a S.M sobre la variación que ocurriere hacer en ellas*”); y, a su vez, administraba la Justicia, por lo que también aparecía en la Ley como el titular del Poder Judicial, y así, en el Tomo 2, Libro 4, Título 1, la Ley al proclamar: “*Suprema jurisdicción perteneciente al Rey en todos los pueblos del Reyno...*”; “*Jurisdicción civil y criminal pertenece a Nos, fundada por Derecho común, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos*”.

En cuanto a los otros estamentos que rivalizaban con la Corona, decir que la jurisdicción eclesiástica aparece regulada en el Tomo 1, con anterioridad a la del propio Monarca, lo que pone de manifiesto la importante posición de la Iglesia durante aquel periodo. Dentro del Libro 2, Título 1º, en su Ley 2 quedaba reflejada el poder de coerción de la Iglesia: “*Mandamos, que los nuestros Jueces y Justicias y los Señores de las villas é lugares de nuestros reynos é sus tierras é lugares é señoríos, dexen y consientan libremente leer, y notificar y cumplir las cartas y mandamientos de los Jueces eclesiásticos en lo que pertenece a su jurisdicción...y qualquier que lo contrario hiciere,*

⁴⁰³Versión facsímil de la *Novissima Recopilación* sancionada por el Rey Carlos IV en 1805 editada por la AEOBE, 1993; CERDÁ RUÍZ-FUNES, J. “Advertencias para la formación de la *Novissima Recopilación*”, 1953, págs. 643-676.

que incurra en la pena estatuida en Derecho contra los que quebrantan la libertad de la Iglesia”.

Finalmente, dentro del Tomo 3 de la *Novísima Recopilación*⁴⁰⁴, el Libro 6 (está dedicado a la Nobleza y los Vasallos), bajo la rúbrica “*De los vasallos: su distinción de estados y fueros; obligaciones, cargas y contribuciones*”, el Título 1º rubricado a su vez, “*De los Señores de vasallos, Grandes de España , y otros Títulos de Castilla*”, y su Ley 1 bajo la rúbrica, “*Cumplimiento de lo pactado por los señores de lugares de encartaciones con sus vasallos; y derecho de estos en caso de contravención*”, proclama “*Toda encartación que sea fecha por los Señores cuyo fué aquel lugar de la encartación, si los hijos ó nietos ó dende, Ayuso no les guardaren lo que fuere puesto en la encartación de sus antecesores...que los de la encartación lo querellen al Rey...*”

El sistema estamental heredado de la Edad Media quedaba ratificado en la *Novísima Recopilación* apenas 16 años después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto 1789. Poco tiempo después, en 1812, el edificio del Antiguo Régimen en España comenzaría a derrumbarse, si bien es cierto, que lo hizo a costa de un enorme sacrificio humano en vidas y esfuerzos que perdurarían durante décadas. Sobre ello volveremos más adelante.

Pero debe enfatizarse sobre todo respecto al largo periodo que fue el Antiguo Régimen o la Monarquía Absoluta, en que no se puede hablar, en puridad, de un poder realmente único. No existió unidad legislativa ni administrativa⁴⁰⁵ a pesar de los esfuerzos del poder real por conseguirlo. Bien es cierto que con los Decretos de Nueva Planta se

⁴⁰⁴ *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo 3, Libros 6 y 7, pág. 1

⁴⁰⁵ MUÑOZ MACHADO, S *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. III. Madrid, 2008, pág. 23.

cercenó buena parte del desarrollo natural de los derechos históricos de los diferentes territorios de la Península, pero, aun así, la tan proclamada unidad de España fue una quimera.

Por otra parte, el nuevo periodo histórico que surgió con la llegada de los nuevos monarcas -la llamada Monarquía Absoluta y que se prolongaría durante los siglos siguientes-, se caracterizó en realidad por la existencia de un equilibrio de poderes -más bien disputa-, de los que dependía la convivencia entre la Corona y los distintos reinos y estamentos; es por esa razón que la idea o expresión “*Estado absoluto*” debe relativizarse. En primer lugar, porque el concepto de Estado como signo de unidad territorial, política y administrativa, no se consolidará hasta bien entrado el siglo XIX -y con matices, debido a los derechos forales plenamente vigentes hoy en día-, y, siendo objetivos, debe entenderse que, España nunca ha sido en realidad un Estado unificado en su totalidad; por el contrario, hay que decir que jurídica, política, o culturalmente ha sido muy diversa, lo que ha dotado a nuestro país de una riqueza cultural extensa que, sin embargo, para los sectores más involucionistas ha sido sinónimo de conflictividad y causa de nuestros males, al defender con un discurso incoherente y rancio una errática idea de la unidad de España. Han sido numerosos los intentos -por parte de los sectores más reaccionarios e involucionistas-, de dotar al territorio español de una unidad ficticia, ignorando en muchas etapas de su historia aspectos culturales como las diferentes lenguas, tradiciones, sistemas jurídicos e historia particular de cada territorio.

Estos intentos se producían desde 1492 con los Reyes Católicos y su determinación de unificar política y religiosamente el territorio, pasando por los Decretos de Nueva Planta de entre 1707 y 1716, hasta la última dictadura franquista, donde se pretendió dotar a España de una unidad inexistente bajo el lema *Una, Grande y Libre*, expresión que roza el sarcasmo.

En conclusión, lo que debe destacarse es que en el largo periodo de la llamada Monarquía Absoluta, España fue una sociedad fuertemente jerarquizada en cuya cúspide estaba la Corona, pero no estaba sola; es decir, aunque teóricamente el poder supremo era ostentado y representado por el estamento regio, siempre tuvo grandes adversarios a los que debía satisfacer y controlar al mismo tiempo, como la Iglesia y los señores feudales o grandes terratenientes; por ello, una estrategia para mantener ese equilibrio de poder fue intentar hacerse con el control del Derecho y la Justicia.

A pesar de esas dificultades, lo que sí se puede afirmar, es que el ejercicio de la jurisdicción fue el instrumento decisivo para el fortalecimiento paulatino de la monarquía como expresan con matices algunos autores PÉREZ DE LA CANAL⁴⁰⁶ y DE LAS HERAS SANTOS⁴⁰⁷ prevaleciendo, en definitiva, una Justicia desigual que no se vería modificada hasta la Revolución francesa y bien entrado el siglo XIX⁴⁰⁸. Será entonces, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX cuando surja la necesidad de promover una codificación penal -incluso antes que la civil- en la política legislativa como el medio para alcanzar una muy necesitada reforma de la legislación criminal, tan severa como anticuada hasta entonces existente, ya que el sistema de Recopilaciones o Códigos

⁴⁰⁶ PÉREZ DE LA CANAL, MA. “La Justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos*, n.º 2, 1975, págs. 383-482. “El tema central de la historia del derecho público durante la Edad Media lo constituye, sin duda, la justicia. La identificación de la función real con el cumplimiento y la ejecución de la justicia, unida a la extraordinaria amplitud que del concepto de ésta se tiene en la Edad Media dieron lugar a que la actuación judicial del príncipe fuera la vía por la que el poder real caminó resueltamente hasta llegar a adquirir el carácter absoluto con que a principios del siglo XVI se presenta”.

⁴⁰⁷ DE LAS HERAS SANTOS, JL. *La Justicia penal de los Austria en la Corona de Castilla*, 1ª ed. Salamanca, 1991, págs. 19 y ss. De esta forma tan explícita lo expresa Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ en el Prólogo de esta obra: “El profesor Doctor José Luis de las Heras nos presenta en este libro cuál era la Justicia penal en la Corona de Castilla bajo los Austrias (1517-1700), matizando su mayor singularidad: la de inscribirse en un régimen de desigualdad social”, pág. 11.

⁴⁰⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 765.

generales vigentes en el siglo XVIII, significaba la supervivencia del derecho medieval, inadecuado a su tiempo por la transformación social operada⁴⁰⁹; o, como afirmó de manera más concluyente JIMÉNEZ DE ASÚA⁴¹⁰; “*aunque durante el siglo XVIII, aparecen algunos cuerpos de leyes penales que se han denominado Códigos, la época codificadora debuta realmente con la Revolución francesa*”.

3. La corruptela y la deslealtad en la Justicia durante la Monarquía Absoluta

3.1. La deslealtad judicial

En este periodo histórico de la Monarquía Absoluta, el desarrollo de la Administración de Justicia, desde un punto de vista ético profesional, es más que cuestionable. La corruptela⁴¹¹ es una de las características de un sistema en el que subyace el ánimo de lucro más que un verdadero interés por impartir justicia; esa mala praxis, no es exclusiva de abogados o procuradores, sino que se refleja en los mismos encargados de administrarla, los jueces⁴¹².

⁴⁰⁹ LASO GAITE, JF. “*Crónica de la codificación española*”, 5, Codificación Penal, Volumen I, Madrid, 1970, pág. 11.

⁴¹⁰ JIMÉNEZ DE ASUA, L. “*El Código Penal*”, Vol. 1º, 1ª ed., 1933, pág.79.

⁴¹¹ ANDUJAR, F; FERÓ, A; PONCE, P y GÓMEZ, I. en “*Tiempos modernos 35 (2017/2)*”. *Monográfico. (Corrupción y mecanismos de control en la Monarquía Hispánica: una revisión crítica)*, págs. 285 y ss. Recuerdan estos autores que para VICENS VIVES, “*la corrupción en el periodo moderno era producto de la más o menos permanente crisis económica y salarial, y se refería a la corrupción en las monarquías del Antiguo Régimen no como una excepción, sino como el fundamento del sistema mismo – “la fraude erigée en système” (...)*”.

⁴¹² SÁNCHEZ-ARCILLA, B. “*Control y Responsabilidad de los Jueces*” (Siglos XVI-XVII), 2017, pág. 15. El autor aludiendo a Barbas HOMEM, quién manifestó, “*A medida que se escalaba en la estructura judicial regia eran más ineficaces los mecanismos de control sobre los Magistrados, puesto que no se podía poner en duda la justicia del rey*”.

Según algunos autores, ANDUJAR, F; FERRO, A; PONCE, P y GÓMEZ, I, recordando la figura de otro autor alemán dicen: “para Horst PIETSCHMANN, historiador alemán de la América Hispana, “la corrupción estaba tan enraizada en el sistema que todos los proyectos de modernización propuestos por el régimen borbónico en el siglo XVIII habían fracasado precisamente porque el cuerpo político estaba gangrenado y corrupto” (...), “En el caso español, en el famoso Tesoro de la Lengua Castellana o Española de Sebastián de Covarrubias, publicado en 1611, el término corrupción no parece ligado a cuestiones administrativo-políticas, pero sí el verbo “corromper”, que tiene muchos significados – por ejemplo “corromper a una doncella” – pero también el de “corromper los jueces, cohecharlos.”

En el procedimiento penal interviene un variopinto entramado de personajes desde el propio Magistrado (Corregidor), pasando por los delatores, alguaciles, la cámara real, el fiscal y hasta la Iglesia. Enfrente de todos ellos -como parte afectada directamente-, el reo, para el que *caer en las redes de la justicia suponían una auténtica desgracia*⁴¹³.

Desde luego que el entramado judicial era de suma trascendencia, y así lo manifiesta el historiador LORENZANA DE LA PUENTE⁴¹⁴, “impartir justicia era el más importante de los cometidos asignados a los gobernantes anteriores a la división de poderes”. En ello coincidían, entre otros, tratadistas e instructores de príncipes, y, en este sentido Francisco TOMÁS y VALIENTE⁴¹⁵, por ejemplo, sobre Jerónimo CASTILLO

⁴¹³ TOMÁS Y VALIENTE, F. “El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta”, 1992, pág. 182. Para este autor, “es importante comprender que la ley penal y la procesal se aplicaban en Castilla con abusos y alteraciones muy notables”. Ibidem, pág. 155.

⁴¹⁴ LORENZANA DE LA PUENTE, F. “Jueces y Pleitos. La Administración de justicia en la Baja Extremadura en el Antiguo Régimen”, *Revista Hispania*, n.º 213, 2003, pág. 31.

⁴¹⁵ TOMÁS y VALIENTE, F. “Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605) semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen”, 1975, págs. 159-238; DE SAAVEDRA FAJARDO, D. “Idea de un

de BOVADILLA recordaba: «*La cosa más importante a la República es la administración de justicia*», y así lo recogería con posterioridad de Diego de SAAVEDRA FAJARDO en una de sus empresas: «*Del centro de la justicia se sacó la circunferencia de la corona. No fuera necesaria ésta si se pudiera vivir sin aquella*»

En otro orden de cosas, y ya desde la perspectiva procesal, hay que decir que en el siglo XV en Castilla el procedimiento inquisitivo se había consolidado en detrimento del sistema acusatorio, aparentemente por influjo del derecho penal canónico⁴¹⁶. El proceso podía iniciarse por pesquisa, denuncia o acusación. La primera fue prohibida por una ley del *Fuero Real* que pasó a la *Nueva Recopilación* en 1567 por las controversias que causaba. Pero la forma más habitual de iniciar un proceso era la denuncia, o sea, la simple puesta en conocimiento de la comisión de un delito a la Justicia, es decir, el

Príncipe político cristiano representada en cien empresas”, 2016, pág. 628.

⁴¹⁶En este sentido hay discrepancias en la doctrina. Según Eberhard SCHMIDT y Alfons VOGT, “*los métodos de la inquisitio tienen su origen en el poder secular al considerarse muy efectivo en las investigaciones*”. En el mismo sentido y respecto al Derecho Penal castellano, otro autor afirmaba que: “*el proceso inquisitivo aparece en los derechos medievales europeos y también españoles, antes y no por obra exclusiva de la Recepción romano-canónica*”, y así lo expone: “*El procedimiento criminal en la Historia aparece estructurado bajo dos formas: procedimiento acusatorio y procedimiento inquisitivo. El primero, se iniciaba por acusación, los litigantes aportaban sus pruebas, predominando la actividad privada sobre la del juez o tribunal. La Segunda, procedimiento inquisitivo, comenzaba por iniciativa oficial, el juez o tribunal ordenaba por oficio la investigación (inquisitio, pesquisa) de un hecho delictivo, apreciándose en todas las fases del proceso una mayor actividad pública sobre la privada. Rasgos de esta última forma habían surgido ya en los territorios occidentales durante los siglos inmediatos a la caída del Imperio Romano de Occidente, apareciendo como subsidiaria entre los visigodos, ostrogodos, longobardos, carolingios. Desaparece el tipo de procedimiento inquisitivo en los primeros siglos del medievo como consecuencia del carácter que presenta el Derecho Penal, y por la diversidad jurídica de señoríos, feudos y municipios, que originaron, en la realidad histórica, una pluralidad de poderes. Mas tarde, vuelve a renacer, al principio con la introducción de la pesquisa como medio de prueba, después, con la apertura del proceso por iniciativa oficial; de esta manera llega a su plenitud en los derechos europeos de la tardía Edad Media y comienzos de la Edad Moderna*”, en CERDÁ RUIZ-FUNES, J. “En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellanoleonés de la Edad Media”, 1962, págs. 484-485.

denunciante comparecía ante el Juez para informar sobre el presunto delincuente y hechos cometidos, convirtiéndose en una figura, la de denunciante *delator*, del que se mantenía total anonimato. Como denunciante también podía aparecer el propio fiscal; otro protagonista que podía dar inicio al proceso era el acusador, quien, a diferencia del denunciante *delator*, tenía que probar la culpabilidad del acusado; pero en general, en lo que respecta a la persecución de los delitos, destaca la capacidad del juzgador para iniciar de oficio las pesquisas.

El Juez era el primer interesado en abrir procedimientos y resolverlos, y la razón era que participaba lucrativamente por su intervención en el proceso. Era tal el interés por generar conflictos para su resolución, que a menudo se enviaban pesquisidores de Corte para la averiguación de las causas en detrimento de los propios pesquisidores locales. La tardanza en llegar al lugar de los hechos por parte de estos “enviados reales”, tenía como consecuencia la imposibilidad de resolver el asunto de una forma justa y conforme a Derecho, ya que en la mayoría de los casos el presunto culpable se había dado a la fuga; sin embargo, la ausencia de este no representaba un obstáculo para continuar la causa, simplemente se “buscaba un nuevo culpable”, que obviamente no lo era y se le procesaba. El coste del proceso generaba honorarios de los que participaban los pesquisidores y el propio Juez. La corrupción, o si se prefiere, la deslealtad, era endémica en el orden penal⁴¹⁷ desde su grado más alto en la jerarquía del procedimiento, hasta los intervinientes con menos *status*.

⁴¹⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F. “*El Derecho Penal en la Monarquía...*”, ob. cit. págs. 153 y ss. De esta forma lo expresa el profesor TOMÁS Y VALIENTE: “*En mi opinión, la institución que más propiciaba las injustas condenaciones judiciales movidas por afán de lucro era la participación de los jueces en las penas pecuniarias impuestas por ellos mismos*” (...) “*En efecto, muchas leyes establecían penas pecuniarias de cuantía determinada y especificaban el reparto proporcional de las mismas, que solía ser*

En definitiva, el proceso penal, lejos de actuar como mecanismo para impartir justicia, era un entramado burocrático del que obtenían beneficios todos los actores menos los procesados justa o injustamente.

3.2. La deslealtad de los abogados y procuradores

En este entorno viciado ya desde la cúspide, otros protagonistas encontraron un caldo de cultivo muy propicio para sacar provecho. La justicia penal era -en honor al dicho popular-, como un río revuelto del que intentaban obtener ganancias “diferentes tipos de pescadores”. En este sentido, Agustín BERMÚDEZ, afirma que ya desde la Edad Media se vislumbraba una actitud social crítica respecto al *modus operandi* de los abogados y del uso abusivo que hacían de la profesión con objetivos lucrativos. Señala este autor que, en las recién conquistadas tierras de América, se intentó cercenar la actividad de abogados por las quejas y denuncias formuladas por sus excesos en la práctica, prueba de ello es la *Real Cédula* de 1509 prohibiendo su presencia; o la de 1514 de PEDRARÍAS DÁVILA al territorio de Santa María del Darién, de los representantes españoles de *La Española*. Sin embargo, la complejidad y tecnificación de la Administración de Justicia en las indias haría necesaria su permanencia de manera definitiva en aquellos territorios⁴¹⁸.

Pero la batería de quejas no se limitó a las tierras de ultramar, las hubo en las Cortes castellanas de Valladolid de 1603-1604, que tuvo como consecuencia la Real Pragmática de 1617 estableciendo límites de temporalidad a los procesos cuya

de un tercio para el juez, otro para la Cámara real y otro para el denunciador del delito”. *Ibidem*, pág. 163.

⁴¹⁸ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. pág. 627 y ss.

prolongación era utilizada por los abogados para incrementar sus ganancias; también las hubo en la Chancillería de Granada, en consecuencia, y como se apuntó con anterioridad, esto dio motivos y argumentos para el incremento de una extensa literatura de carácter crítico contra la abogacía⁴¹⁹.

En cuanto a la otra cara de la moneda, también hay pruebas sobre el buen y leal comportamiento de los abogados, y destacan los elogios de Alonso de VILLADIEGO en clave patriótica al decir de los letrados⁴²⁰ que “son tan necesarios para la defensa de sus clientes como los soldados lo son para la defensa de la patria” en una de sus obras cuyo título resulta muy revelador (*Instrucción política y práctica judicial*), y desde luego no es casual.

Pero en general, hay que destacar que, la abogacía, al igual que otras actividades, estaba sometida a un estricto control político, y una de las razones que pueden explicar este control podría tener una explicación sociológica; es decir, en una sociedad, la del largo periodo de la Monarquía Absoluta, donde un porcentaje probablemente muy alto de la población era iletrada y el nivel de alfabetización era muy bajo, aquellos “privilegiados” que tenían acceso a las letras -sin contar a la Iglesia que ostentaba, de facto, el monopolio de la cultura-, y recibían algún tipo de formación, siempre podían constituir una amenaza al poder de las instituciones. Desde luego los letrados lo podían ser.

⁴¹⁹DE SAAVEDRA FAJARDO, D. *Idea de un Príncipe político cristiano...*, Empresa 21, ob. cit. pág. 632. “Con gran prudencia y paz se gobiernan los Cantones de Esgúzaros, porque entre ellos no hay letrados: en voz se proponen las causas al Consejo, se oyen los testigos, y sin escribir más que la sentencia se deciden luego”.

⁴²⁰ DE VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, A. *Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno, utilissima para los Governadores, y Corregidores, y otros Jueces Ordinarios, y de Comisión, y para los abogados, Escribanos, Procuradores y Litigantes*, Capítulo V, n.º 28, pár. 2.º, Madrid, 1747, pág. 241.

La mejor forma de controlar dicha amenaza era someter la profesión a estrictas normas, políticas, morales y deontológicas, y, desde una perspectiva jurídica someterlos al denominado “derecho patrio castellano”.

Así lo explica Pedro ORTEGO GIL, al referirse al legalismo absolutista impuesto a los abogados en el siglo XVIII. Los abogados de aquella centuria trabajaban con una legislación de varios siglos de antigüedad lo que significaba que, además de tener que conocer dicha legislación, debían tener conocimiento del contexto histórico-jurídico y la interpretación que de aquellas leyes alejadas en el tiempo habían hecho los juristas de la época. Una de las manifestaciones más reveladoras del intento de dominación del absolutismo español pasaba por la reforma de las universidades y los planes de estudio.

La inculcación del derecho patrio fue una máxima en detrimento de los textos romanos. Como bien explica este autor, este nuevo derecho nacionalista, era fácil de imponer a los jueces, pero no a los abogados que tenían libertad de argumentación, “y, *en consecuencia, a estos sería más complejo y difícil exigir respeto a quienes administraban la Justicia*”⁴²¹.

La argumentación de ORTEGO GIL es meridianamente clara, pero debe recordarse que esta dinámica fiscalizadora, no fue exclusiva del periodo de la Monarquía Absoluta, ya en tiempos de la República romana vimos cómo tras el acceso de los plebeyos a las actividades de la defensa, hasta entonces reservadas a los patricios, poco tardaron las autoridades en imponer reglas y estatutos a los *advocati*.

⁴²¹ ORTEGO GIL, P. “Escarceos sobre los abogados del siglo XVIII”, 2020, págs. 231-428.

4. Régimen estatutario de la Abogacía y Procura en la Monarquía Absoluta⁴²²

La piedra definitiva del edificio que se venía construyendo desde siglos anteriores sobre la regulación de la abogacía y la procura, tiene una fecha clave: así, el 14 de febrero 1495 en Madrid, los Reyes Católicos en la búsqueda de soluciones, llevaron a cabo la promulgación de las cruciales “*Ordenanças de abogados e procuradores*”, con las que ofrecían un completo estatuto jurídico del oficio”. En conjunto, como describan ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, “*bien puede decirse que las ordenanzas de 1495 establecían una auténtica deontología del oficio, llamada como tal a pervivir hasta el advenimiento de la revolución liberal, pues no hubo después ninguna otra disposición equiparable en intención y extensión*”⁴²³.

Las *Ordenanças* de 1495 fueron aprobadas, como señalan estos autores, “*sin alterar sustancialmente el régimen jurídico de la abogacía, reglamentaron su ejercicio definiendo el cuadro de obligaciones y prohibiciones que afectaban a los abogados, en orden a disciplinar su conducta profesional*”⁴²⁴, promulgadas como culminación del proceso de reforma de la Administración de Justicia (...) concebidas como base recopilatoria sobre una materia que venía siendo regulada por los distintos reyes a lo largo del tiempo desde Las Partidas cuyo ámbito de aplicación fueron en principio las

⁴²²ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, ob. cit. pág. 27 y ss. “*Era el final de la ambiciosa política institucionalizadora desarrollada a la sazón por la Monarquía, verdadero punto de inflexión cierre de la trayectoria bajomedieval y apertura de la evolución moderna. En el marco de una reforma global del proceso y el aparato judicial, Isabel y Fernando afrontaron también la regulación de la abogacía como uno de sus necesarios resortes*”.

⁴²³ ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, ob. cit. pág.17. En el mismo sentido, MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1º, ob. cit. pág. 460. “*Las Ordenanzas de los abogados y procuradores, promulgadas en Madrid el 14 de febrero de 1495 y que constituyeron la normativa más destacada en su historia durante los siglos modernos, pues no hubo en lo sucesivo ninguna equiparable*”.

⁴²⁴ Véase MARTÍNEZ LLORENTE, F. y ALONSO ROMERO, Mª P. en MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 1 ob. cit. págs. 322-323 y 460-461 respectivamente.

Coronas de Castilla y Aragón incluidos los territorios de Francia e Italia pertenecientes a esta última, elaboradas por el Consejo real y dirigidos a las instituciones jurisdiccionales y gubernativas de la Corona, así como a letrados, procuradores, oficiales de todas las villas y ciudades.

En realidad, ya se ha hecho referencia indirectamente a este régimen estatutario, ya que las *Ordenanzas* de 1495 pasan prácticamente en su totalidad a la *Nueva Recopilación* sancionada por Felipe II en 1567. Se trata de un nuevo Código deontológico cuyo ámbito de aplicación es Castilla y Aragón, incluyendo los territorios de Italia pertenecientes a esta corona y a Francia. Un texto elaborado por el Consejo Real dirigido a instituciones jurisdiccionales y administrativas, así como a profesionales, abogados, procuradores y oficiales o funcionarios de todas las villas de la Corona. Establece un elenco de derechos, obligaciones y prohibiciones entre las que destacan:

Obligación de matriculación y superación de examen para poder ejercer (Ley 1); Juramento de compromiso de buenas prácticas y respeto de las instituciones, deber de lealtad institucional (Ley 2); lealtad de actuación para con el cliente evitando las prácticas dilatorias (Ley 3); responsabilidad civil de los abogados por daños al cliente como consecuencia de su actuación imprudente o dolosa (Ley 4), y obligación de seguir en la causa hasta el final (Ley 5). Las Ordenanzas de 1495 una vez integradas en la Nueva Recopilación de 1567 conformarían el principal documento deontológico de la defensa judicial castellana hasta prácticamente el siglo XIX⁴²⁵.

En materia de honorarios limitaciones sobre el cobro y prohibición del abuso desde la Ley 7 a la Ley 15; prohibición de la doble representación (Ley 16); deber de secreto profesional (Ley 20).

⁴²⁵ALONSO ROMERO, M^a. P. en MUÑOZ MACHADO, ob. cit. pág. 465;

En cuanto a la regulación del personero o procurador, es más bien exigua en comparación con la de los letrados; así, en la Ley VI -cuyo régimen jurídico seguirá vigente en *Las Partidas*-, se sigue imponiendo la obligación de superar un examen ante el Consejo Real o la Audiencia⁴²⁶.

Otro aspecto importante, y que parece una tradición desde los tiempos del Derecho Romano, son las limitaciones del número de abogados por Felipe III, reduciendo a la mitad el número de estos⁴²⁷; también la adopción de medidas disuasorias para combatir las dilaciones dolosas en pro de la economía procesal limitando el número de hojas, papel y de letra empleada en sus escritos. Resulta muy interesante en este punto detenerse a leer la redacción del texto contenido en la Ley 8 rubricada, “*Obligación de los Abogados en la defensa de los pleytos, viendo por sí los originales, concertando las relaciones, y no alegando cosas maliciosas*”, del Libro 5, del Título 22 de la *Novissima Recopilación*, bajo la rúbrica, “*De los Abogados*”:

Mandamos, que los Abogados tengan cuidado de ayudar fielmente y con mucha diligencia en los pleytos que tomaren á su cargo , alegando el hecho lo mejor que pudieren , y procurando que se hagan las probanzas que convengan, ciertas y verdaderas, y estudiando el derecho que cumpla para defender su causa , veyendo por sí mismos los autos del proceso , y concertando la relación, quando fuere sacada, con el proceso original, y que en otra manera no la firmen, ni digan que está concertada la

⁴²⁶ PACHECO CABALLERO, FL. “La figura del procurador en los derechos hispánicos de los siglos XIII a XVIII”, en *L'assistance dans la résolution des conflits*, Vol. 3, 1996, págs. 21-37, (pág.29).

⁴²⁷ ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, ob. cit. pág. 20-21. Sobre esta cuestión hay que decir que, “*en 1566 fray Francisco de la Trinidad, visitador regio de Castilla y reino de Murcia, alertaba sobre el excesivo aumento de abogados para tan pocas causas y por ello promovían causas injustas e innecesarias para ganarse la vida*”. Véase también, KAGAN, RL. *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, Castilla-León, pág. 82 y PELORSON, JM. *Los letrados juristas castellanos bajo Felipe III. Investigaciones sobre su puesto en la sociedad, la cultura y el Estado*, Valladolid. España, 2008, pág. 114.

relación : y mandamos , que no aleguen cosas maliciosas, ni pidan términos para probar lo que saben ó creen que no ha de aprovechar, ó que no se puede probar; ni dexen á sabiendas, por causa de dilatar, de poner excepciones algunas para el fin del proceso, alegándolas con juramento que nuevamente vienen á su noticia , ni con intencion de lo probar despues de la publicacion , ó en la segunda instancia por via de restitucion, ó por otro remedio alguno: que no den consejo ni aviso alguno á sus partes para que sobornen testigos; ni pornán tachas, y objetos maliciosos , ni tales que no se puedan probar , ni contra testigos que no son menester: ni darán consejo ni favor para que hagan ni presenten escrituras falsas ; ni consientan ni den lugar , en quanto en ellos fuere , que se haga otra mudanza alguna de verdad en todo el proceso”:

Este precepto es bastante explícito y constituye una guía de comportamiento en toda regla que deben seguir los abogados, instando a estos a evitar comportamientos desleales como las dilaciones innecesarias en los procesos, soborno de testigos, y, lo más relevante en relación con nuestro estudio, disuadir a los abogados de algunas formas de falsedad documental.

En cuanto al régimen estatutario de los abogados destaca la *Pragmática* de 1493 de los Reyes Católicos, a través de la cual ya habían impuesto obligatoriamente un periodo de formación de diez años mínimo para acceder a oficios relacionados con la Justicia; pero paradójicamente se “olvidaron” de la abogacía, siendo esta materia todavía una asignatura pendiente para los monarcas, que ni con la aparición posterior de las *Ordenanzas* de 1495 habían resuelto la cuestión de la formación de los letrados⁴²⁸

⁴²⁸MUÑOZ MACHADO, A. Vol. 1 °, ob. cit. pág. 464. (...) “sin embargo, pese a todas sus prevenciones, no parece que las Ordenanzas de 1495 resultaran tan eficaces como se esperaba. Apenas cuatro años después, en las “Leyes por la brevedad y orden de los pleitos de 21 de mayo de 1499” en Madrid, los reyes volvían a darse por informados de los retrasos en la marcha de la justicia, ocasionados, entre otros

Ante esta pasividad de la Corona por regular la abogacía, los letrados se vieron obligados a presionar a aquella, y, merced a su propia iniciativa, en parte, se debe el Edicto Real de 1600 que reducía a la mitad el número de letrados que podían actuar frente a los tribunales⁴²⁹. También cabe destacar respecto a la organización gremial, que la colegiación castellana a diferencia de la catalana fue bastante tardía⁴³⁰.

En este sentido, se producirá una continuación en cuanto a los criterios de fijación de un estatuto para la abogacía en la línea ya trazada en los textos de los siglos XIII y XIV, con algunas diferencias en cuanto a la fecha mínima fijada para ejercer. Todos estos aspectos se pueden observar en la redacción del Título XXII de la *Nueva Recopilación* al que hemos aludido, que no es otra cosa que una reunificación de todas las leyes anteriores.

De la misma forma se convierten en habituales otras restricciones para el ejercicio de la abogacía -siguiendo la dinámica de la época romana-, por ejemplo, la imposibilidad de acceso a *mujeres, discapacitados* de cualquier índole física y psíquica, y los *condenados* por delitos; se estableció una edad mínima de 17 años para varones y se exigía la pertenencia a la religión cristiana para el oficio, si bien la abogacía quedaba también prohibida para los clérigos en el ámbito de la Justicia seglar. En cuanto a la edad había ciertas diferencias, así el *Fuero Real* 1, 9, 4, no especificaba los años, pero según Vallejo⁴³¹ -en su estudio sobre el proceso regulado en el *Fuero Real*-, señala los 16 años como fecha de capacidad para ejercer mientras que el *Espéculo* lo estimaba en 20 (E 4

motivos, por las malicias e cavilaciones delos pleyteantes e de sus abogados e procuradores”; también ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA, ob. cit. págs. 31-32.

⁴²⁹ KAGAN, R.L. *Pleitos y pleiteantes en Castilla*, ob. cit. 1991, pág. 82.

⁴³⁰“*En Cataluña emerge el movimiento corporativo en el siglo XIV y en Castilla a finales del siglo XVI*”, véase ALONSO ROMERO y GARRIGA ACOSTA ob. cit. pág. 24.

⁴³¹ VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, J.” La regulación del Proceso en el Fuero Real, desarrollo, precedentes y problemas”, 1985, págs. 495-704 (pág. 504).

9,3), en las Partidas (P 3, 6, 2 y 3) siguiendo el *Digesto* fijaba los 17 años (OORR 2, 19,7). Tampoco podían abogar oidores y alcaldes de Cortes de Toro 1371, ni jueces o escribanos tampoco desde las Cortes de Segovia de 1386. Otros sujetos inaceptables para la defensa eran los siervos, pródigos, así como los condenados por traición, adulterio, falsedad, homicidio, violentos por arma (FR 1, 9, 4; OORR 2, 19, 7; E 4, 9,2, P 3, 6,3).

No cabe duda de que esta dinámica, que básicamente seguía la línea restrictiva desde los tiempos de Roma, contribuyó a hacer de la abogacía una profesión elitista, característica que ya no abandonaría hasta bien entrado el siglo XX. En España concretamente, hasta la llegada de la democracia, el ejercicio de la abogacía no estaba al alcance de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, básicamente, porque estudiar una carrera universitaria durante décadas fue un lujo que, solo las clases pudientes podían permitirse.

CAPÍTULO QUINTO. LA INFIDELIDAD DOCUMENTAL EN LA ANTIGUA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA. INFLUJO DEL DERECHO ROMANO

I. LOS SIGLOS XIII, XIV Y XV.

1. Consideraciones generales.

Durante la Edad Media y los siglos posteriores con la presencia de los musulmanes en España, los testimonios sobre conductas que actualmente se podrían considerar desleales o supuestos de infidelidad documental, en la práctica, son muy escasos. No existen demasiados antecedentes sobre casos reales de procesamientos por comisión de delitos de manipulación del objeto en forma de documentos⁴³². Para algún autor, resulta sorprendente esa carencia de datos, debido a que estamos en una época en la que -no solo en España sino en toda Europa-, la escritura adquiere una significativa importancia en la sociedad en general y, especialmente, en el contexto jurídico; sin embargo, tenemos constancia por los estudios históricos doctrinales de que la alteración de documentos y, por tanto, la comisión de delitos, entonces considerados de falsedad, era una práctica habitual.

La explicación puede hallarse en el origen de estas actuaciones y la ausencia de sanción de las mismas, probablemente debido a que los potenciales sujetos activos del delito fuesen miembros ligados a la Curia en el ejercicio de su actividad monacal. En este periodo la Iglesia ya había adquirido un protagonismo absoluto en todos los ámbitos de la sociedad y el monopolio de la cultura fue una prueba de ello. Casi ninguna otra institución tuvo tanta facilidad de acceso a las escrituras y textos, siendo habitual en ellos

⁴³² ALEJANDRE, JA. ob. cit., pág. 147-148. “*El documento gozaba de un valor privilegiado como instrumento más eficaz en los tribunales...*”.

llevar a cabo la interpolación y alteración de manuscritos, así como la redacción de documentos apócrifos, caso del Obispo Pelayo de Oviedo, el Obispo de Lugo o los monjes de San Juan de la Peña, de quienes tenemos constancia de cometer muchas de estas acciones, y de ello ofrecen testimonio algunos autores como Enrique FLOREZ DE SETIÉN y HUIDOBRO⁴³³, al afirmar que, “*repetidas veces se ha calificado al Obispo Pelayo de Oviedo de interpolador y falsano*”.

Por tanto, parece que no fueron abogados o procuradores, en principio, quienes tenían más posibilidades de constituirse como sujetos activos de este tipo de delitos, sino más bien las clases privilegiadas entre las que indudablemente se encontraban los estamentos religiosos y sus integrantes; salvo, claro está, en aquellos casos en que se permitiese a los clérigos actuar como abogados defensores en sus causas.

Un campo de cultivo para este tipo de delitos era, sin duda, la existencia de cláusulas anexas a documentos eclesiásticos (imprecaciones, anatemas, multas, etc., a modo de advertencia de sanción) establecidas para protegerse contra los posibles infractores evitando con ello la transgresión de esos documentos a través de falsificación o inutilización de los mismos, lo que constituía per se, un delito de falsedad documental; estas cláusulas con el tiempo pasarían a integrarse a los formularios (en el ámbito judicial) y a las Cancillerías (en el orden administrativo)⁴³⁴. Las penas al respecto de estas infracciones, si bien en principio podrían tener un carácter religioso -identificándose con

⁴³³FLOREZ DE SETIÉN Y HUIDOBRO, E. *España Sagrada*, Vol. 4, 3^a ed. Madrid 1859, págs. 204-5; UBIETO ARTETA, A. “*Cartulario de San Juan de la Peña, I y II*”, Valencia, 1962-63, ofrece numerosos ejemplos de documentos cuya falsificación por obra de los monjes del citado monasterio ha sido comprobada. Sobre otras falsificaciones de origen similar, SANCHEZ-ALBORNOZ, C. en “Falsificaciones en Cardeña”, *Cuadernos de Historia de España*, 1963, págs. 337-345.

⁴³⁴ GIRY, A. “*Manuel de Diplomatie*”, Paris 1894, 11, pág. 563 y ALEJANDRE, J.A. ob. cit. pág. 149.

el pecado-, en la práctica se manifestaron en forma de multas o sanciones patrimoniales⁴³⁵.

No obstante, y a pesar de la escasez de casos sobre estos delitos, su presencia en la legislación fue una constante -con más o menos intensidad según que territorio-, en los textos de la época. Antes de consolidarse la recepción del Derecho común hubo algunos antecedentes de regulación de la falsedad documental en el Derecho castellano y aragonés.

2. Tratamiento de la falsedad documental en los distintos territorios de la Península.

2.1. Castilla.

Respecto del Derecho castellano destacan dos textos: “*Libro de los Fueros de Castilla*” y “*El Fuero viejo de Castilla*” donde se contemplan, por ejemplo, la creación de un documento falso donde conste una deuda inexistente, así como la falsificación de un documento auténtico con fines fraudulentos. En este sentido resulta muy revelador el contenido del Fuero Viejo en (FV 3, 4, 19), de marcado contenido antisemita⁴³⁶: “*si algund judío demandare por carta deuda (...) e si el judío non podiem probar la carta,*

⁴³⁵ Véanse algunos ejemplos de esto en, MUÑOZ Y ROMERO, T. *Colección de fueros municipales*, 1 º, Madrid, 1847, pág. 188, en el antes citado de la jurisdicción del Monasterio de Cardeña: “*insuper secularia damna sit afflictus, et post regiam partem...*”; también en el *Fuero de Roa*, 1143-1145, “*a Deo sit maledictus et in inferno cum luda proditore nisi resipuerit semper dampriatus, et pro temerario ausu pectet regia potestati mille marcas argenti*”, *Ibidem*, pág. 545 ; “*Si aliquis homo forciavit istum testamentum pectet à rege M. solidus*”; *Fuero de Marañón*, (*Ibidem*, pág. 498); y, en *Fuero de Orense*, año 1131 “*et regiae majestati centum libras auri persolvati*”, *Ibidem*, pág. 502:”

⁴³⁶ SÁNCHEZ, G. *Libro de los Fueros de Castilla*, Barcelona 1924, pág. 34

ansi como es fuero, que sea quita a la carta a la debda, e peche el judío sesenta sueldos". Constituye el *Fuero Juzgo* el primer texto hispano que realizó una regulación en materia de falsedad documental reflejando las dos tendencias culturales heredadas sobre este tipo de delitos, la *romana* -que destaca la relevancia del carácter público del documento, así como la trascendencia de la verdad-, y la *germánica* – caracterizada por la arbitrariedad de la pena con cierto sesgo clasista en cuanto a su aplicación⁴³⁷.

También resalta QUINTANO RIPOLLÉS dos aspectos relevantes en esta materia: el interés por el resultado mostrado por el *Fuero Juzgo*, asimilando la falsedad documental a la sustracción o destrucción del documento; se separa la falsedad documental de la monetaria, apareciendo aquella en el título V del Libro VII bajo la rúbrica "*De los que falsan los rescriptos*"; también se diferencian numerosos tipos que antaño formaban todos parte de la *lex Cornelia*, dotando ya de cierta especialidad a los mismos, lo que se puede apreciar con la observancia de la legislación a través de la redacción de distintos artículos, entre los que merece destacarse la distinción entre la falsificación de los documentos reales, "*El que mude algo del mandamiento del Rey...*" (art. 1); la creación de escritos falsos "*El que hiciere falso escrito o a sabiendas uso de él...*"(apartado 2 °); "*el que ignorante muestre falso escrito o mandamiento del Rey no se tenga por falsario...*" (podría ser un procurador actuando en nombre de tercero o un *falsus procurator*). En este 3 ° apartado se puede apreciar la importancia del dolo que es exigido a *sensu contrario*, al descartar la comisión imprudente⁴³⁸; de este tercer precepto otra redacción de este, "*Quien muestra falso rescripto...no lo sabiendo, no debe ser tenido por falsario*" y, por

⁴³⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La Falsedad documental*, ob. cit. pág. 42.

⁴³⁸ DE LA REGUERA VALDELOMAR, J. *El Fuero Juzgo*, Madrid, 1798, pág. 188 y ss.

otra parte, la suavidad de las penas -siempre que el afectado no sea el monarca-, que se saldan con azotes y servidumbre del culpable⁴³⁹.

Sobre estos aspectos se detalla con más profundidad en el Libro IV del Fuero Real dedicado a la acción típica y objeto del delito:

FR 4, 12,4: “*Si alguno que non fuere escribano público fiziere falsa escriptura o la leyere o la mostrare en iuyzio a sabiendas por verdadera, o quien sello falso fiziere (...), piérdalo todo e échenlo de la tierra por falsario e la meetat de lo que auie sea del rey e la otra meetat dquel a qui fizo el danno o lo quiso fazer (...)*”

Las falsedades de escrituras se regulan de las leyes 1 a 6, y como destaca QUINTANO RIPOLLÉS, desaparecen los privilegios de clase, destacando, por otra parte, la cualidad personal del sujeto activo en cuanto a la función abusiva de su empleo y el agravamiento de la pena por tal circunstancia.

2.2. Aragón.

La *materia criminis* de falsedad documental se regula en los *Fueros de Jaca*, por un lado, y el de *Huesca y Sobrarbe* por otro. En ellos aparecen disposiciones relativas a la prueba testifical escrita susceptible de falsificación. Se trata de Derecho aragonés aplicado a Jaca y a Huesca, que posteriormente también se extenderán a Pamplona. En estos ordenamientos la prueba de testigos sustituyó a la ordalía del fuego, y para la

⁴³⁹ Asimismo, “*El Fuero Real*, en la misma línea independiente e innovadora del *Fuero juzgo*, difiere su régimen jurídico del anterior sistema visigodo, regulando la falsedad documental en su Título XIII del Libro IV, bajo la rúbrica, “*De los falsarios e de las escripturas falsas*”, y concretamente en estas falsedades sobre escrituras o documentos, empieza a cobrar sentido la cualidad del autor como agravante del tipo, en sustitución de viejos parámetros de índole clasista”. QUINTANO RIPOLLÉS, A. ob. cit. pág. 43.

abolición de este tipo de pruebas formales por ordalías, se hizo necesario reformar la prueba por testigos y la prueba escrita⁴⁴⁰.

En ambos casos si un texto es de dudosa legalidad o se sospecha su falsedad, deberá demostrar su autenticidad quien lo presentó a través de testigos implicados en el texto objeto de discordia; si el acusado de falsedad no puede probar su autenticidad, decidirá un juez.

En cuanto a las sanciones posibles en estos textos se contemplan dos: o bien simplemente invalidar el texto con la correspondiente sanción, o, se declara el texto inválido, pero se exige al denunciante que pruebe la falsedad de este para proceder a sancionar si se demuestra falso finalmente⁴⁴¹. El art. 35 del *Fuero de Jaca* es otro ejemplo de sanción para quien comete falsedad:

De homine qui demanda alii: "tot denarios mihi debes". Et dicitur debitor: "debebam." De homine qui demandat ad alium: "tot denarios milvi debes." Et dicit ille debitor: "debebam, set iam tibi persolui; dic mihi de si uel de non." Si dicit de si deben tire per pccatos cum testibus; set si dicit non debet dare fide de negó, et postea, si poterit

⁴⁴⁰ MEIJERS, EM. "Los Fueros de Huesca y Sobrarbe", 1947, págs. 53 y 54. Sobre la reforma del artículo 38 de la Recopilación II del Derecho aragonés que contenían los Fueros de Jaca y de Huesca y Sobrarbe: "Este artículo daba una regla acerca de lo que se debe hacer en el caso de que haya muerto el escribano de un acta y los testigos nombrados en la misma y se impugne que el acta está escrita por aquel escribano. El artículo admitía que en este caso se podía probar por otras escrituras, que el escribano indicado había escrito la discutida. La corrección ha agregado a esta regla que, si era imposible hacer tal prueba, aquel que había exhibido el acta podía probar la verdad de la misma por su juramento, a menos que la otra parte probase que la escritura en otras actas del mismo escribano era en todo diferente de aquella del acta presentada".

⁴⁴¹RAMOS LOSCERTALES, J.M ^a, "Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media: Recopilación de Fueros de Aragón", 1925, pág.500 y "Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media: compilación privada del Derecho aragonés, págs. 400-408. Vid. ALEJANDRE GARCÍA, JA. ob. cit. pág. 151

*illum probare cum duobus testibus, sicu test fórum, quod si paccavit, peitet LX solidos; et si non potest probare audiat suum iuramentum quod non sibi paccatuit, et postquam super suum auer facit illum iurare soluat illi suum auer duplantum cum testibus*⁴⁴².

2.3. Navarra.

Otros supuestos de regulación del delito de falsedad documental en la península anteriores a la recepción lo son el *Fuero General de Navarra* (FN) 2,6,15, que contempla la comisión de la falsedad por alteración del documento y cuando este es redactado por quien no es escribano público⁴⁴³.

2.4. Fueros de la Extremadura castellana y de Familia de Cuenca.

En la denominada Extremadura castellana los fueros de la “*familia del de Cuenca*” sancionan la falsedad del escribano público en sentido material, añadiendo o suprimiendo palabras del texto original; o en sentido formal, al integrar dolosamente en el texto un hecho inexistente.

Sobre el *Fuero de Cuenca*, también PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, nos recuerda que “la fe pública estaba confiada a un escribano”, que es nombrado por el Concejo (16,1) (...) que, “a veces su cargo se equipara al Juez o al alcalde” (...) y,

⁴⁴² RAMOS LOSCERTALES, JM ^a.1925, ob. cit. pág. 500. Sobre el Derecho aragonés en general durante el medioevo SAVAL Y DRONDA, P. y PENEN Y DEBESA, S. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Zaragoza, 1866. ob. cit., véase la versión digital en:

http://www.derechoaragones.es/es/consulta_aut/registro.do?control=DGA20210000935.

⁴⁴³ ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 153.

finalmente, que “se castigan con penalidad especial los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de su cargo” (16,29 y 30,53)⁴⁴⁴:

“De pena infidelis notar, Y la falsificación se penaliza en función de la clase de documento, que sea no cualificado, que tanga carácter oficial del Fuero, o relativo al padrón del concejo, y de la cuantía del daño provocado por aquella. Si se trata de documento privado y la cuantía no excede de cien mencales la pena es una multa del duplo al perjuicio causado; pero si se falsifica un documento oficial legal o el daño excede los cien mencales, a la multa del duplo se añade un castigo físico, pérdida del dedo pulgar”. De la redacción de este precepto se puede apreciar la distinción que hace entre documento privado u oficial, y el incremento de la pena en este último⁴⁴⁵.

2.5. Otros textos: Teruel, Soria.

Los mismos supuestos se dan en el *Fuero de Teruel*, con la excepción de que la falsificación de documento oficial solo lleva sanción económica de cien *aureas*, imponiéndose castigo físico solo en el caso de negarse a pagar la multa. Otro dato importante en estos fueros es que si la falsificación se lleva a cabo por oficial del concejo la sanción conlleva la pérdida del cargo. El incremento de la pena por el carácter oficial del documento o del sujeto activo constituye un indicio del valor que se otorgará a lo público en este tipo de delitos.

⁴⁴⁴ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, JM. *Fuero de Cuenca*: (fragmento conquense 1990), Tarancón (Cuenca), 2011, pág. 26. Véase en <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=469587>.

⁴⁴⁵ ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 154.

En el *Fuero de Soria*⁴⁴⁶ la pena aun es más dura, pues si el escribano falsifica documento oficial del rey puede ser castigado incluso con la muerte; si el documento no tiene carácter oficial igualmente perderá el oficio y la mano.

Muy reveladora resulta la redacción del artículo 573 del *Fuero de Soria* que coincide con el texto 4,12,4 del *Fuero Real*, y que contempla tres supuestos: que la falsedad sea cometida por quien no es escribano y alcance los cien maravedíes de valor, en este caso se declara la invalidez del documento y, además, el autor sufre de destierro e incautación de bienes, la mitad de los cuales para el rey y la otra mitad para el perjudicado por la falsificación, si no pudiese cubrir la multa podrá ser declarado como siervo de aquel a quien perjudicó; si se trata de documento auténtico bajo custodia del que realiza la falsificación, conllevaría la misma pena que el caso anterior; y, finalmente, si las conductas anteriores las realiza un escribano público el texto remite a la sanción que imponga la ley⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ “El delito de falsedad se penaba de ordinario con la pérdida de la mano derecha, si se había cometido por escrito, ó con la pérdida de los dientes, en algunos fueros, y con la incapacidad para dar testimonios en lo futuro”, BARRIO y MIER, M. en “*Historia General del Derecho español*”, Tomo 3 º, Madrid, 1900, pág.28.

⁴⁴⁷SÁNCHEZ y SÁNCHEZ, G. *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Madrid, 1919, pág. 224. Así el artículo 573 del *Fuero de Soria* con idéntica redacción del *Fuero Real*, 4,12,4 establece : “*Si alguno que no sea escribano publico ficiere falsa escriptura, o la leyere, o la mostrare en juicio a sabiendas por verdadera, o que ficiere sello falso o lo pusiere en carta; si le fuera probado, o el lo conociere, tal Escripura no vala: y aquel que alguna destas cosas ficiere si hobiere valia de cient maravedis, o de mas, pierdalo todo, y echenle de Ja tierra por falsario: e la meitad de aquello que hobiere, sea del rey, e Ia otra meitad de aquel a quien fizo el daflo, o lo quiso facer; e si no hobiere la cuantia sobredicha, pierda aquello que ha, e sea del Rey, y el cuerpo a servidurnbre de aquel a quien fizo el daño o lo cuidó facer: y esta misma pena hayan aquellos que la verdadera Escripura tuviesen en fiieldad, si la ascondieren que la no quieran mostrar quando gela demandaren, o rompiere, o desatare la carta: e si fuere probado aquello que era escripto en la carta, vala: e si el Escribano publico ficiere alguna de aquestas cosas, haya la pena que manda la Ley*”.

Examinando la redacción de estos preceptos destacan tres elementos que tenía en consideración el legislador para determinar la pena: el *estatus* del sujeto autor de la falsedad (fuese escribano o no); la *naturaleza* del objeto material (si el documento es oficial o público, privado o eclesiástico); así como una *cuantía determinada* para estimar el valor del daño (siendo mayor la pena si se sobrepasa la misma).

II. EL SIGLO XVI COMO PUNTO DE INFLEXIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DOCTRINAL SOBRE LAS LEYES MEDIEVALES EN MATERIA DE FALSEDAD

1. Introducción

Durante el transcurso de la Edad Media y, a medida que paulatinamente se va consolidando el poder regio en España, los principales ordenamientos jurídicos que regulan los delitos de falsedad documental siguen siendo una continuación del Derecho justiniano plasmado en la labor de Alfonso X con algunas modificaciones en cuanto al régimen jurídico que, debido al nuevo contexto político y social emergente tras la unión de las coronas de Castilla y Aragón, requiere de una nueva interpretación del Derecho Penal en general y del régimen jurídico de los delitos de falsedad documental con incidencia en el en particular, de ahí que algún autor sostenga a propósito de la legislación sobre las falsedades “*que la Recepción de las nuevas corrientes romano-canónicas en España a partir del siglo XIII van a reafirmar la exigencia de los tres requisitos o elementos que, apuntados ya en el sistema romano-visigodo, habrán de conformar ahora la figura del delito de falsedad documental . Pero la valoración de algunos de ellos es*

objeto por parte de la doctrina, especialmente desde el siglo XVI, de matizaciones que, por su relevancia, debemos destacar en este lugar”⁴⁴⁸.

Hay que decir, a modo de paréntesis y como recordatorio, que, aunque hablemos en este periodo de sujetos, documentos y acciones falsarias de forma separada, es únicamente para intentar llevar un cierto orden, pero debe entenderse que se trata de elementos coetáneos entre sí. La intención desde el inicio de este trabajo es analizar -entre otros aspectos relativos a la deslealtad de abogados y procuradores desde sus orígenes-, los elementos esenciales que hoy constituyen el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 465 del actual Código Penal, y cuyo antepasado remoto se encuentra en los delitos de falsedad; por tanto, aspectos como los autores (hoy sujetos activos), los documentos en forma de testamentos, documentos reales u otros a los que se alude en estos apartados (el actual objeto del delito), así como las acciones realizadas para tergiversar estos últimos (los actuales tipos delictivos), son elementos que ya concurrían en el pasado dando lugar a hechos considerados contrarios al Derecho vigente y sancionables por él. Por tanto, resultaría ineficaz para el objetivo de esta investigación hablar de alguno de ellos sin vincularlos entre sí. Consideramos importante matizar este punto por dos razones básicamente: la primera, que acabamos de señalar líneas más arriba, porque el objetivo principal en esta parte de análisis histórico de los actos desleales -cometidos sobre un objeto material concreto (documentos), y por unos sujetos con características determinadas-, no es sino mostrar la evolución de esta *materia criminis* a lo largo del tiempo para comprender su existencia hoy; y, en segundo lugar, por la propia

⁴⁴⁸ ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 156.

naturaleza de este tipo de conductas cuyos elementos dependen unos de otros para considerarse contrarias al Derecho de cada momento histórico.

2. Características de las falsedades consolidadas tras la Recepción del Derecho común.

En cuanto a la forma de actuar sobre los documentos alterando su contenido a modo de manipulación de la verdad, tres son las formas que adopta principalmente en este periodo:

- a) la creación de un documento falso
- b) la alteración de uno auténtico y
- c) el uso de cualquiera de esas formas que pudiera perjudicar la tramitación de los asuntos⁴⁴⁹, en definitiva, el dolo.

En *Las Partidas*⁴⁵⁰ ya se definía lo que es *alteración* del documento, y se sancionaba la confección de un documento falso; en los *Furs* o Fueros antiguos valencianos y las *Costums* de Tortosa, además de la alteración se contemplaba el *ocultamiento* intencionado del documento. ALEJANDRE, nos muestra la diferencia en cuanto al objeto (documentos) entre los *Furs* y las *Costums*, en el sentido de que los primeros hacen referencia a los documentos privados, mientras que las segundas aluden

⁴⁴⁹ “Como tercer requisito hemos mencionado el perjuicio ajeno. Este sería el resultado al que habría de llegarse mediante la puesta en práctica del *animus fraudandi*, del autor de la falsedad. El daño ajeno, unido a los otros dos requisitos señalados está presente en todos los autores de la época moderna”. Véase, ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 159.

⁴⁵⁰ ALEJANDRE, JA. ob. cit. págs. 156.

a los documentos públicos⁴⁵¹. En relación con las acciones que podían alterar el documento original o genuino en estos textos se suscita cierto debate. Si bien acerca de la *creación* de un documento falso no se producen dudas; sin embargo, en cuanto a otras formas de actuar sobre el mismo, como la alteración y manipulación surgen discrepancias, y como es habitual en la doctrina penalista desde antaño, también sobre este particular se divide en dos corrientes: un sector considera que para que se produjera una situación irregular, la alteración debía afectar a la *esencia* del documento, mientras que otro sector opina que bastaría con que la alteración incidiese sobre elementos no esenciales de aquel.

Parece ser que la mayoría se inclina a la segunda opinión, así, el catedrático salmantino, canónigo de Burgos y arcediano de Briviesca, Juan VELA DE ACUÑA, señala que basta que una letra sea alterada, aunque con ello no se afecte a la sustancia del escrito, para que la pena se aplique al falsificador⁴⁵²y, en el mismo sentido, pero con referencia a los documentos pontificios, el autor TOMÁS MIERES⁴⁵³. Ambos comparten

⁴⁵¹ DUALDE SERRANO, M. “Supervivencia de los primitivos privilegios orgánicos de la capital en el texto de los *Fueros de Valencia*”, en *Estudios Medievales*, 2, Valencia, 1956, págs. 9-35; Véase, *Fori antiqui Valentiae*, Madrid- Valencia, CSIC, 1950-1967; (115,1): “*Eum qui celavit amovit testamentum vel instrumenta comitere crimen falsi publice notum est*”. Por su parte, la versión romance, en *Fori Regni Valentiae*, del año 1547, (9,3,4), formula así el precepto: “*Aquell qui celara, o amagara testament, o cartes daltry en tal guisa que aquell de qui son no sen pus que valer, certa cosa es que fa, e cau en crim de falsi*”. BIENVENIDO, O. *Historia del Derecho en Cataluna, Mallorca y Valencia* (Código de las Costumbres de Tortosa), Madrid 1876, Vol. 4: (9,3,1): “*a Certa cosa es e manifesta, que fa public crim aquel, que ceta ne embla testaments cartes publicqueso*. Adviertase, sin embargo, que la referencia de los *Furs* a documentos particulares es clara, en tanto que en Tortosa tal referencia es sobre documentos públicos”. PÉREZ PUJOL, E. “Código de las costumbres de Tortosa”, Madrid, 1880, págs. 270-297. También en ALEJANDRE, ob. cit. pág. 156.

⁴⁵² VELA DE ACUÑA, J. “*Tractatus de poenis delictorum*, cap. 10, n° 5, Real Biblioteca, Salamanca 1603, pág.44.

⁴⁵³ MIERES, T. “*Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*”, 1621.; CANCERII, I *Variarum resolutionum iuris caesarei, pontificij municipalis principatus Cathaloniae cum svmmariis hactenus maximè desideratis & indice rerum verborumque locupletissimo. Pars secunda Lugduni: sumpt. Lavr. Arnavd et Petri Borde*, 1670; y Alicante, 2009, enlace:

una aplicación excesivamente rigurosa de la Ley. En contra de los dos anteriores esta Ignacio LÓPEZ DE SALCEDO⁴⁵⁴, quien exige que la falsificación afecte de manera esencial al documento.

Otra cuestión espinosa para la doctrina respecto al documento falso es, si deben recibir mismo trato penal el usuario y creador del documento. Los autores MIERES y CANCERI estiman que en ambos casos supondría la pérdida del pleito de quien resultase beneficiado por la falsificación; también coinciden ambos autores en sancionar de la misma forma a ambos sujetos, excepto si el usuario delatara al autor, en cuyo caso habría que mitigar la pena de aquel. MIERES considera que el usuario siempre merece menor sanción que el creador del documento fraudulento.

Entiendo que estas posturas, sobre todo la de CANCERI, sean algo extremas, y que habría que atenerse al caso concreto. Partiendo de la base de que, autor y usuario fuesen distintas personas, -ya que de tratarse del mismo sujeto la responsabilidad es indiscutible-, cabía la posibilidad de que el usuario desconociera que el documento del que se estaba beneficiando fuese falso, en cuyo caso debería haberse considerado la inimputabilidad o cuando menos, la atenuación de la pena; sería el supuesto de un heredero o representado en cualquier causa que -con pocas luces o de conocimientos muy limitados-, fuese víctima de un engaño por su representante o defensor, el cual falsifica el documento para ganar la causa, obteniendo rédito económico además de alimentar su fama profesional, siendo el representado totalmente ajeno al fraude. Por esta razón si

(<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczg761>)

⁴⁵⁴ LÓPEZ DE SALCEDO, I. *Práctica Criminalis canónica*, Maguncia, 1566, Capítulo, CXX, n ° 5, pág. 409.

parece admitirse, en general por la mayoría de estos autores, un tipo de comisión imprudente por negligencia o desconocimiento de la falsificación por parte del usuario⁴⁵⁵.

En este punto, ALEJANDRE nos recuerda la controversia doctrinal respecto al usuario de documento falso y si debía ser castigado con la misma pena que el autor. Para los autores MIERES y CANCER, ambas conductas son punibles igualmente salvo que el usuario delatase al instigador, en cuyo caso recibiría una atenuación de su pena⁴⁵⁶.

También se planteó la doctrina cual sería la solución penal en los casos de “desistimiento” por parte del usuario del documento en cuanto a una posible exención de la pena. En este sentido también se pronuncian Tomás MIERES y Antonio GÓMEZ, y para ello distinguen si el que desiste es el usuario únicamente o si es también el creador. Coinciden ambos autores en eximir al usuario que no ha sido el creador de la falsedad e imputar a este último. Ya hemos dicho que era comúnmente aceptada la comisión imprudente o no dolosa; sin embargo, sí coinciden ambos autores en imputar cuando creador y usuario son la misma persona para los que el desistimiento sería irrelevante.

No parecía muy coherente ser magnánimo con el usuario de los documentos que por desconocimiento se beneficia de la falsedad, imputando únicamente al autor, y, sin embargo, no tener en cuenta el arrepentimiento posterior, aunque se trate del mismo sujeto. Hubiese sido más razonable haber tenido en consideración el momento del desistimiento, así como sus efectos y, valorar en qué medida se producía o no el comportamiento desleal, la infidelidad documental; es decir, si el desistimiento se produjo antes de surtir aquellos efectos, en un momento previo al juicio o al acto jurídico en cuestión, si parecía razonable tener en cuenta al menos una atenuación de la pena por

⁴⁵⁵ MIERES, LÓPEZ SALACEDO y FONTANELLA, admiten la posibilidad de que el usuario demuestre su ignorancia sobre el carácter falso del documento, véase, ALEJANDRE, JA. ob. cit. págs. 158.

⁴⁵⁶ Ibidem, pág. 157.

arrepentimiento, ya que, a pesar de realizarse la conducta nunca se produciría el resultado lesivo para terceros.

Valoraciones aparte, lo que se puede afirmar es que, en general, la exigencia de un daño es unánime en la doctrina de la época, tal como afirma ALEJANDRE, y pone de ejemplo que la creación de un documento falso de forma inconsciente no era punible, aunque si se castigaba al instigador⁴⁵⁷.

En cuanto al tercer elemento, el perjuicio causado, se produce una polémica similar en la doctrina; es decir, una vez realizada la intervención en alguna de sus formas: alteración o creación de documento falso, ocultación, etc., y concurriendo el *animus fraudandi* (hoy dolo), se cuestiona si sería sancionable de no producirse tal perjuicio.

Siguiendo la línea anterior respecto de la acción típica, tampoco aquí la doctrina es pacífica. Algún autor⁴⁵⁸ considera suficiente la *existencia de riesgo* de perjuicio a terceros para que se produzca el delito siempre que concurren los otros dos elementos, la creación de un documento falso o la alteración de uno realizados con intencionalidad; incluso si se trata de un documento *nulo ab initio* -en cuyo caso era imposible que se produjera la existencia del delito objetivamente-, el Derecho justiniano exigía responsabilidad.

Para el autor Gregorio LÓPEZ, en caso de falsificar o usar un documento nulo sería exigible al menos un perjuicio indirecto para reclamar responsabilidad, no siendo exigible la responsabilidad si no concurre ese “mínimo” de perjuicio”, incluso actuando

⁴⁵⁷ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág.159.

⁴⁵⁸LÓPEZ-REY ARROJO, M. “Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Vol. 18, n.º. 70, Madrid, 1935, sobre la obra de Antonio de la PEÑA, calificado por el autor como “*Tratado muy provechoso, útil y necesario de los jueces y orden de los juicios y penas criminales*”.

intencionadamente. Por su parte, A. de la PEÑA, siguiendo el criterio del *Digesto* defiende que siempre es sancionable la acción, haya o no perjuicio⁴⁵⁹.

Lo que se escinde de algunas de estas posiciones doctrinales de la época, es la evidente influencia del Derecho Romano en materia *criminis* durante el largo periodo histórico que sucede a la Edad Media, el tránsito a la modernidad, hasta prácticamente la llegada del siglo XIX.

En cuanto al objeto, los documentos, se pueden subdividir en tres modalidades principalmente, según su carácter, puede tratarse de: documentos reales, papales y privados⁴⁶⁰.

a) Falsificación de los documentos reales.

En el Derecho Romano precedente, no existía una diferenciación clara respecto de estos documentos con los de carácter privado, lo que daba lugar a confusión, era el caso de los *rescripta principis* y las *epistulae*; respecto a los otros documentos regios que eran las *antiquae* según D'ORS parece que se trata de la versión del *Liber Iudiciorum* de Leovigildo, pues es a partir de este monarca visigodo cuando se otorga una especial protección a los documentos regios⁴⁶¹. No obstante, la mayoría de la doctrina coincide en que, a partir del siglo XIII hasta prácticamente el XIX, tendrán aplicación preferente los preceptos del Derecho canónico integrado en el *Fuero Real*, pues desde entonces ya se contemplaba de manera genérica la falsedad sobre cualquier tipo de documento; es decir, en el concepto de Carta del Rey, se integran una serie de documentos diversos, los de

⁴⁵⁹ ALEJANDRE, JA. ob. cit. págs. 159-160.

⁴⁶⁰ Ibidem, págs. 160 y ss.

⁴⁶¹ D'ORS, A. *El Código de Eurico*, en *Leyes históricas de España*, Madrid, 2014, pág. 72.

carácter legal hasta los documentos de carácter privado con firma regia. En este sentido, destacan los siguientes párrafos del *Fuero Real*:

(FR, 4,12,6) “o *Quienquier que carta de Rey falsare, mudando lo que hay en ella escripto, o tolliendo, o afiadiendo, o desatando, o cambiando el dia, o el mes, o el hora, o por otra guisa qualquier, muera por ello: y el Rey haya la mitad de todos sus bienes e la otra mitad hayania sus herederos. Y esta mesma pena hayan aquellos que sello de Rey falsaren: e si clérigo alguna de estas cosas ficiere, haya la pena que manda la otra Ley*”.

La falsedad, como ya se dijo, consistía en la alteración material del documento por añadidura, supresión o enmienda de la parte dispositiva o de la fecha del documento regio. En estos casos el potencial autor era el clérigo, para el cual, el *Fuero Real* contempla las penas de inhabilitación en la orden sagrada, el destierro o ser marcado mediante señal infamante, además de responder con la mitad de sus bienes en favor del rey. Si lo que falsifica es un documento que no tiene carácter regio, perderá también su condición de clérigo, será desterrado y sus bienes se repartirán entre su orden religiosa y el Rey. Aquí resulta muy revelador el texto (FR) en 4,12,2:

“*Clérigo que falsare sello de Rey, sea desordenado, e sea señalado en la frente, porque sea conocido por falso por jamás: e sea embiado de todo el Reyno, e lo que hubiere sea del Rey. E si falsare sello de otri, pierda quanto hubiere, e sea de la Iglesia: e sea echado de toda la tierra por jamás e todo lo que hubiere sed del Rey...*”. Parece evidente que estas penas también se aplicaban a supuestos de falsificación del sello real.

Si el autor no tenía condición de religioso, es decir, si se trataba de un particular, el castigo sería la pena capital, y sus bienes serían confiscados por mitad para el rey y el sobrante para sus herederos⁴⁶²; sin embargo, en cuanto a la autoría, se observa un cambio

⁴⁶² ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág.161

importante. El criterio ya no es tanto la clase social a la que pueda pertenecer el autor en sí mismo -recordemos la distinción entre *honestiores* y *humiliores*-, sino si pertenece o no al estamento religioso.

También, a modo de ejemplo, hay que recordar que ya desde las Cortes de Valladolid de 1312 se contemplaba la obligación de fidelidad exigida a los escribanos y la consecuente sanción caso de no desempeñar fielmente su oficio. Para el escribano infiel se establecía la infamia, la inhabilitación y multa por el doble de su salario anual. Se puede considerar novedosa la importancia que otorgaban ya en el siglo XIV al cargo “público” del supuesto autor falsario, criterio que será decisivo nada menos que cinco siglos después, y que será clave, a partir del siglo XIX para determinar si el delito se comete en el entorno de la administración o en el ámbito privado; es decir, la tendencia de otorgar a ciertos sujetos una relevancia predominante para tramitar los asuntos, así como la idea de que “cualquiera no podía estar legitimado para ello”, es muy anterior a la aparición de los Códigos históricos, y puede servir de ejemplo algún precepto de la legislación castellana antes mencionada y concretamente la de Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla⁴⁶³.

⁴⁶³*Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla, Ordenamiento de las Cortes celebradas en Valladolid, 1312*, Real Academia de la Historia, Madrid 1861-1903, Tomo 1º (BDCYL). Como ejemplo y por el interés para observar cómo se resaltaba la importancia a ciertos cargos, así como de la exigencia de fidelidad de estos, exponemos algunos preceptos, en concreto los artículos art. 35 y 21 respectivamente:

Art. 35: “*Otrossi tengo por bien e mando al mio possadero que dé un barrio apartado ala mi chançelleria e alos notarios e al alguaçil e alos alcalles e alos escriuanos, que posen cerca de mi, e que non metan otra gente entre ellos nin el sso barrio; et esto que lo cumplan e lo ffagan assi en todas las villas e los logares por ó yo andudiere et ssopena dela mi merced; e demás ssi lo assi non ffiçieren, quel prende el mio aguazil por cient mr.della buena moneda*”.

art.21: “*Otrossi tengo por bien e mando que estos escriuanos ssobredichos; que juren ami o a quien yo mandar que guarden estas cosas que dichas sson e el sso officio en todo bien e ffiel mente assi commo yo dellos ffiõ; et ssi yo ffallar que passan contra ello e lo assi non guardan, que sean por ende inffames et*

Curiosamente, esta ley nunca pasó a formar parte de las grandes Recopilaciones posteriores de 1567 y de 1805, y no queda constancia física de la misma, pero lo cierto es que “el espíritu” que dimana de ella, sí ha permanecido en el tiempo, pues, como acabamos de señalar, la condición de pública del autor será una agravante muy a tener en cuenta a la hora de determinar las penas a partir de la Codificación en el siglo XIX y hasta nuestros días en los delitos contra la Administración de Justicia siete siglos después.

En otros textos⁴⁶⁴ se pronunciaban respecto de la falsificación del sello real, en este sentido, *La Nueva Recopilación*, (NR), 11,17,3 y 5 – más tarde en la *Novísima Recopilación* 11,1,8j-, durante el reinado de Enrique III, se establecía lo siguiente: “*la Pena de los que falsearen los sellos del rey o de qualquiera Prelado, y fabricaren falsa moneda. Mandamos que qualquier que falsare nuestros sellos, o el sello de qualquier Arzobispo, Obispo o otro, qualquier Prelado, porque es alevoso, pierda la mitad de sus bienes para la nuestra Camara...*”.

A partir del siglo XVI, aumenta la intervención de la justicia secular en materia de falsedad documental, lo que significa un alejamiento de la doctrina alfonsina; a partir de ahora el clérigo que sea procesado por falsificación de documentos regios -una vez degradada su condición y minimizados sus privilegios-, será reo de la justicia ordinaria, lo que supone, a su vez, aplicarle la misma pena que a un justiciable secular, y, por tanto,

perjuros, e que nunca ssean mas oficiales en ningun tiempo nin ayan officio donrra en la mi cassa nin en la mi tierra, e de mas que pechen la ssolladada, que tomaren esse anno doblada”.

⁴⁶⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La falsedad documental*, ob. cit. pág. 46. “*tras Las Partidas, ni en el Fuero Viejo de Castilla ni en el Ordenamiento de Alcalá aparecerían nuevas disposiciones en materia de falsedades documentales, pasando en esencia lo ya adquirido en Las Partidas a la Nueva Recopilación de 1567, que se ocupa de las falsedades en su Título XVIII, del Libro VIII, y en la Novísima Recopilación de 1805, Títulos VII y VIII del Libro XII, con el confusionismo y farragosidad de ambas compilaciones*”.

poder ser condenado a muerte. Autores como AZEVEDO, VELA ACUÑA y TAPIAS lo reflejan en sus obras⁴⁶⁵.

Para ALEJANDRE, resulta sorprendente no encontrar documentos referentes a falsedades cometidas por escribanos sometidos a penas en consonancia con el rigor que la ley señalaba con mucha anterioridad.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de la pena capital existen dudas acerca de su efectiva imposición. Un sector de la doctrina estima que llegados al siglo XVIII no se aplicaba la pena de muerte a reos del delito de falsedad en documento regio. Según BERNI, esta se sustituye por el encarcelamiento, inhabilitación del oficio y costas del proceso o multa.⁴⁶⁶ Para otros la pena de muerte por esta clase de delitos seguía vigente desde el reinado de Carlos I, quien en las Cortes de Monzón impuso la pena de muerte a quien falsificaba documentos públicos en Cataluña.

b) Falsificación de documentos o sellos papales.

En *Las Partidas*⁴⁶⁷ originariamente se contemplaba la pena capital en los supuestos de falsificación de Bulas, Cartas o Sellos del Papa. Será a partir del siglo XVI que se

⁴⁶⁵ VELA DE ACUÑA, J. *Tractatus de poenis delictorum, in poenis imponendi*, cap. 10º, rubricado “*de falsarium poena*”, Salamanca, 1596, págs. 37. DE AZEVEDO, A. *Commentarium iuris civilis in Hispanae Regias Constitutiones*, 1737, tomo, 5º, Libro 8º, Título 17º (rubricado “*De los perjuros y falsarios*”), Salamanca, pág. 337; DE TAPIA, E. *Febrero Novisimo o Libreria de jueces, abogados y escribanos*, Vol. 7º, Valencia, pág. 12 y ss.

⁴⁶⁶ BERNI, J. *Practica criminal*, Valencia 1765, cap. 23, nº2, pág. 53. Por su parte ARRIBAS ARRANZ, F. “Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV”, Madrid, 1964, págs. 167-260; ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág.164.

⁴⁶⁷ “*En Las Partidas se concibe el delito de falsedad documental como un atentado a la autoridad y a su crédito, pero también como ruptura del vínculo de lealtad (...) en lo tocante a imposición de penas, se*

sustituya la pena de muerte por la excomunión o privación del oficio si el falsificador es un clérigo, y, al igual que en el caso anterior, una vez privado de su estatus, su procesamiento era competencia de la justicia ordinaria⁴⁶⁸. Otro sector de la doctrina entiende que la pena de excomunión era extensible a los justiciables no religiosos, aunque fuesen juzgados por tribunales ordinarios. Para MIERES y el OSTIENSE (célebre cardenal de Ostia), basta con la alteración de una simple letra para considerar realizado el delito de falsificación y por tanto provocar la excomunión lata. Incluso en el siglo XIX se estima que la realización del delito de falsedad documental, según DOU Y BASSOLS, conlleva la excomunión por el uso de documentos religiosos falsos, su tenencia y no destrucción en plazo de veinte días, con la agravante de inhabilitación y pérdida de oficios y beneficios si de clérigos se trata⁴⁶⁹.

Por otro lado, el enorme poder adquirido por la Corona y la Iglesia durante el periodo histórico de la Monarquía Absoluta provoca cierta desatención a otros estamentos de inferior rango que no gozan de la misma protección penal que aquellos. Por esta razón, la doctrina pone de manifiesto la carencia de una regulación en esta materia penal de la falsificación de documentos dirigida a los estamentos inferiores; es decir, sobre documentos públicos procedentes de autoridades inferiores al Rey, y/o de documentos religiosos de jerarquías subordinadas al papado. Esta discriminación legislativa empieza a cambiar a partir de una orden de 10 de diciembre de 1768 que contempla la falsificación

observa un agravamiento de las mismas en relación al Fuero Juzgo, según Quintano debido a la gran trascendencia de lo documental en la obra alfonsina". Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A. ob. cit. pág. 45.

⁴⁶⁸ LÓPEZ SALCEDO, I. *Practica criminalis*..., ob. cit. pág. 407; VELA ACUÑA, J. *Tractatus de poenis delictorum*, cap. 10, n° 7, ob. cit. pág. 44; DE AZEVEDO, A. *Commentaria iuris civilis*, ob. cit. pág. 337; DE TAPIA, E. *Febrero Novisimo ó Libreria de Jueces, abogados y escribanos*, ob. cit. pág.25; ALEJANDRE, J.A. ob. cit. págs. 163-165.

⁴⁶⁹ DOU Y BASSOLS, RL. *Instituciones del Derecho público general*, vol. 7º, Barcelona, 1800-1803, pág. 420; ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 166.

de sellos o documentos por autoridades inferiores al rey sancionables con penas de prisión cuya duración depende según la importancia del documento. Se hace alusión a una referencia que no se ha podido comprobar y se atribuye a PÉREZ Y LÓPEZ⁴⁷⁰.

En el ámbito apostólico, también se distinguen supuestos de falsificación realizados por prelados o jueces delegados apostólicos con pérdida de estatus del clérigo y reclusión en monasterio, además de inhabilitación en la orden correspondiente.

c) Documentos de carácter privado

En cuanto a estos, la doctrina distingue los delitos cuyo objeto son documentos autorizados por autoridad judicial o escribano público, y los documentos estrictamente privados; si bien, lo relevante no será el carácter público o privado de tales documentos sino su incidencia “pública” en el tráfico jurídico. El ejemplo más claro puede ser la falsificación de testamento que se eleva a escritura pública, lo que supone una evidente conducta de falsedad documental.

3. Reinterpretaciones en cuanto a la autoría y la imposición de penas.

En el periodo de la Recepción -aunque vigente *Las Partidas*-, esa diferenciación anterior en base a las clases de documentos y ciertos sujetos ya solo tiene un sentido testimonial y comenzará a cambiar. En los textos bajomedievales hemos comprobado que la pérdida de privilegios de nobles o clérigos procesados como autores de falsificaciones era una realidad; y, sobre todo, el hecho de que el autor tuviese condición de autoridad o

⁴⁷⁰ PÉREZ Y LÓPEZ, AJ. *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, tomo XIV, Madrid 1796, pág. 127. Se trata de una Real Resolución no recopilada (N. del A.)

investida de fe pública (el escribano público o notario reciben sanción especial) suponía ya una agravante del delito⁴⁷¹.

En aquella etapa histórica, el propio objeto del delito dependía esencialmente de la condición del sujeto activo, característica reforzada con la aparición de los nuevos protagonistas por el auge de la Iglesia, clérigos y escribanos. A partir del siglo XVI, tanto el objeto como la autoría van adquiriendo un carácter más sofisticado con la presencia de escribanos regios y notarios. El *Fuero Real* diferencia entre escribano real, escribano de Villa o de Concejo⁴⁷². En el Derecho valenciano del siglo XVI durante los reinados de Martín I y Alfonso V se advierte un endurecimiento en las penas impuestas a escribanos que cometen falsificación de documentos. En general, y tras la recepción del Derecho común, se actualiza el régimen de penas contra el sujeto activo del delito de falsedad documental tomando como referencia la penología del Derecho justiniano. En el viejo sistema heredado del romano, además de la clase social del sujeto activo, el criterio para imponer la pena atendía a valores económicos, pues se entendía que la comisión del delito de falsedad documental llevaba aparejado siempre un perjuicio económico cuantificable, de modo que, estableciendo un límite dinerario (cien maravedíes), la pena podía variar siendo mayor o menor dependiendo si ese límite del perjuicio era superado o no por la magnitud del delito.

⁴⁷¹ALEJANDRE, JA. ob. cit. págs. 170-171. “*Los supuestos parten siempre de la consideración de que el responsable es un hombre libre, y cuando éste es un particular se derivan de sus actos dos consecuencias: una que afecta al propio documento y determina su nulidad, y otra que afecta al reo, de cuyo patrimonio dependerá la naturaleza de la sanción que ha de sufrir*”. Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A. ob. cit. pág. 41.

⁴⁷² Para un estudio más amplio sobre esta materia, véase MARTÍNEZ GIJÓN, J. “Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna”, Vol. 1º, Madrid, 1964, págs. 263-340; ALEJANDRE, J.A. ob. cit. pág. 170; MARRERO RODRÍGUEZ, M. *Extractos de los protocolos de los realejos, (1521-1524 y 1529-1561)*, Tenerife, 1992.

No obstante, si bien a partir del siglo XIII con la recepción del *ius commune* se admite la reaparición de la vieja distinción entre esclavos y libertos de la *lex Corneliae*, como criterio en cuanto a la aplicación de la pena por la condición del sujeto activo en las falsedades documentales, es opinión mayoritaria en la doctrina considerar este aspecto más bien teórico que real. Ya en Roma, el esclavo dejaba de tener tal condición para poder ser escriba y que sus documentos tuvieran fehaciencia; por lo que. Durante el largo periodo de transición de la Edad Media hasta prácticamente el siglo XIX, no es tanto la mera distinción social del sujeto el criterio valorativo para incrementar o endurecer la pena sino su condición de escriba y, por tanto, de fedatario público.

En definitiva, en este periodo de la recepción, la aparición de un nuevo sujeto activo -el escribano público-, y la valoración económica del perjuicio, constituyen una modificación esencial en la penología de la falsedad (infidelidad) documental.

Lo que la doctrina se cuestiona de este régimen es la verdadera razón de ser del mismo; es decir, si el verdadero objetivo de este es castigar su autoría o, por el contrario, obtener una compensación económica y la correspondiente satisfacción regia al ser el Monarca receptor siempre de un beneficio por la comisión de estos y otros delitos. Se trata de justificar esta nueva discriminación “económica” establecida por los nuevos ordenamientos de la recepción del Derecho común.

Así lo expone ALEJANDRE, considerando que, una vez aparece este nuevo sujeto activo -el escribano público, además del criterio económico, para valoración de penas-, los textos reguladores de la falsedad atienden a criterios objetivos para racionalizar la pena que no es otro que el “valor del perjuicio” derivado del delito; la cantidad de cien maravedíes como límite de la pena sigue manteniéndose pero con una variación importante: si se supera la cantidad la pena capital es el castigo a imponer, y si el valor

del perjuicio es inferior a la referida cantidad, la pena será la amputación de un miembro y la inhabilitación en el cargo⁴⁷³. La confiscación en favor del rey pasa a ser residual y solo se contempla en caso de que el ajusticiado no tenga ascendientes o descendientes, quienes serían los titulares de los derechos patrimoniales del reo. En el mismo sentido, la *Peregrina* recoge la penalidad que *Las Partidas* señalan; en opinión de ALEJANDRE, esta ley de carácter general tuvo vigencia hasta el siglo XIX y ya contaba con algunos antecedentes en la legislación valenciana de la mano de Jaime I, cuyo ámbito de aplicación se extendía a la falsificación de documentos público, privados y la alteración de sellos.

En cuanto al carácter físico de la pena, la tendencia es la sustitución de la pena capital por la amputación de un miembro, lo que suscita un tétrico y morboso debate entre los glosadores respecto a cuál de los miembros debe ser amputado cuando el autor es un escribano del Rey⁴⁷⁴.

Algunos autores estiman que la mano que debe ser amputada es la izquierda, suponiendo que, habitualmente, es la derecha la mano que escribe; sin embargo, otros consideran que por la naturaleza de la pena que conlleva inhabilitación en el cargo,

⁴⁷³ALEJANDRE, JM^a. ob. cit. pág. 170. FR, 4,12, 1.

⁴⁷⁴ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 175. “*Aunque las Partidas no consideran al escribano del rey como posible falsificador de documentos no regios, y por ello señalan contra él una pena única, en el siglo XVI la doctrina jurídica estima que si tal escribano cometiese falsedad en un documento no real la pena aplicable no sería la de muerte sino la misma que hubiera de corresponder a cualquier otro escribano que falsificare documentos Privados*”. En este sentido (P, 3, 19, 6), cuya rúbrica reza, “*Que pena deuen aver los escrivanos de casa del Rey, e los de las ciudades que fizieren falsedad en su oficio*”, véase en *Las Siete Partidas*, por el licenciado Gregorio LÓPEZ, Salamanca, 1555.

debería ser amputada la mano con la que generalmente “ejerce” el mismo⁴⁷⁵, es decir, si es zurdo, se le amputaría la mano izquierda.

El siglo XVI aporta otra novedad en cuanto a las penas impuestas a los delitos de falsedad. El cambio se recoge en diferentes *Pragmáticas*⁴⁷⁶ de Carlos I en Madrid (Pragmática de 31 de enero de 1530, 16 de mayo de 1534 y 23 de febrero de 1535), y Felipe II, (Pragmática de 3 de mayo de 1566) sobre la conmutación de las penas corporales arbitrarias en la de vergüenza y servicio en galeras. Esta modificación no obedece a razones humanitarias sino más bien pragmáticas. Las autoridades entienden que es más beneficioso aprovechar o explotar al condenado en beneficio del reino que privarle de por vida de una parte del cuerpo. Es la época de los grandes navíos, galeones, buques militares y mercantes, y la mano de obra se antoja muy necesaria en un momento de incesante actividad de la Corona, entre la península y las colonias de ultramar. No obstante, para MATHEU Y SANZ, la conmutación de la pena se imponía en caso delito

⁴⁷⁵Siguiendo a BALDO, se plantea el supuesto de que el reo no tuviera más que una mano, en cuyo caso se inclina hacia una conmutación de la pena. De carecer de ambas manos, la pena recaería sobre otro miembro, y en el caso extremo de faltarle también estos, el juez determinaría su permutación manteniendo un criterio de equidad. Este planteamiento figura en la glosa, ya mencionada anteriormente, que lleva por Título *Cortar la mano*, en *Las Partidas* 111.19,16 y dice así: “*Que pena debem aber los Escrivanos de Casa del Rey, e los de las Ciudades, que fizierem falsedad en su officio. Falsedad faziendo Escrivano de la Corte del Rey en carta, o en privilegio, debe morir por ello. E si por aventura a sabiendas descubriere poridad, que el Rey le hubiese mandado guardar, a ome de quien le viniessen estoruo, o dafio, deue le dar pena, qual entendiere que merece: e si el Escribano de Ciudad, o de Villa, fiziere alguna carta falsa o fiziere alguna falsedad en juicio (5) en los pleitos que le mandaren escribir, débenle cortar la mano con que la fizo, e darle por malo, de manera que non pueda ser testigo, ni aber ninguna honra mientras viviere*”, en LÓPEZ, G. ob. cit. pág. 126; BERNI, J. *Práctica criminal*, Capítulos 10-13, n.º 2, pág. 53.

⁴⁷⁶Véase, (*Nueva Recopilación*, 8º,24,4), cfr. (*Novissima Recopilación*,12, 40, 1), el Libro 12 rubricado *De los Delitos y sus Penas, y de los Juicios Criminales*, y el Título 40 rubricado “*De las penas corporales, su conmutacion y destino de los reos*”, y la Ley 1 que regulaba *la conmutación de las penas corporales en la de Galeras*. Véase también (*Nueva Recopilación*, 8º,24,6), cfr. (*Novissima Recopilación* 12,40,3); ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 176.

de falsedad muy grave, en caso contrario la conmutación significaba el exilio. Otra pena contemplada en *Las Partidas* y que resulta modificada a partir de la *Nueva Recopilación*, es la de inhabilitación como testigo por la de pérdida de oficio, en este sentido Antonio GÓMEZ y DE LA PRADILLA BARNUEVO, en referencia a las penas en vigor para el escribano falsificador de escrituras hacen alusión a la pérdida de oficio y no a la inhabilitación como testigo⁴⁷⁷. No obstante, la doctrina estima que, a partir del siglo XVIII en materia de imposición de penas por delitos de falsedad documental, no solo hay que atenerse a lo dispuesto en las leyes, sino al arbitrio del juzgador, pues parece que los jueces en este asunto-como en otros-, soslayaban la legislación e imponían la pena según su arbitrio⁴⁷⁸, de ahí su reflejo en la sátira:

“Escribano: ¿está en práctica esa ley del Fuero de cortar la mano? -Abogado: No puedo decirte que esta derogada, pues en causas de mucha gravedad acaso se ejecutaría, bien que en ellas incurriría en la pena de muerte, como sucedería si el instrumento falsificado fuese de Rey o Papa; pero en lo común puede decirse que no está esa pena en uso, y en vez de ella se les impone la de presidio por más o menos años, de modo que hoy cuasi se puede decir que la han venido a hacer arbitraria; pero no lo debe ser, pues aunque la ley del Fuero no esté en uso, las de Partidas de privación, infamia, etc., no deben remitirse; y la de cortar la mano debe conmutarse solamente por humanidad en la de presidio, según práctica; pero eso de arbitrar el juez como en las penas que las mismas leyes dejan a su arbitrio, imponiéndole solo una corta suspensión de oficio y alguna multa, en la falsedad sustancial juzgo que es exceso en el juez, y que

⁴⁷⁷GOMEZII, A. *Ad leges Tauri Comentariorum*, Salamanca, 1761, pág. 727, n.º 6; DE LA PRADILLA BARNUEVO, F. *Suma de las leyes penales*, Madrid 1639, ob. cit. fol. 12; ALEJANDRO, JA. ob. cit. pág. 177.

⁴⁷⁸BERNI, J. *Práctica criminal*, cap. 23, n.º 2, pág. 53, Madrid, 1765, (versión actualizada 1992); ALVAREZ POSADILLA, J. *Comentarios a las leyes de Toro*, Madrid 1826, pág. 443.

quebranta la ley, pues ni la letra ni su espíritu observa, usando de arbitrios en las penas de falso escribano que las leyes han señalado”.

También en Cataluña la pena por falsificación de documentos se agrava cuando el autor es escribano público, siendo Felipe II en la primera Corte de Barcelona quien dispone la pérdida de oficio para escribanos falsarios. No obstante, a pesar de las innovaciones legales o del propio arbitrio judicial, parece que en última instancia la Audiencia, en según qué casos y atendiendo a la gravedad de la falsificación, podía determinar privación de oficio, destierro o deportación, restitución de daños o galeras e incluso la pena de muerte si la falsedad era considerada muy grave. Esta falta de rigor en la represión de la falsedad documental lleva a DOU Y BASSOLS a considerar arbitraria la aplicación del derecho penal en Cataluña en lo que respecta al delito de falsedad en pleno siglo XVIII⁴⁷⁹.

De la misma forma, el Derecho valenciano de las *Furs* realizó modificaciones sobre las iniciales penas de destierro y confiscación de bienes, pero añadiendo el supuesto de falsedad documental perpetrado por notario, cuya sanción era la amputación de la mano, confiscación total de bienes y pérdida de oficio, ésta última incluso a perpetuidad⁴⁸⁰. Paradójicamente en este derecho de la ciudad del Turia, en lugar de mitigarse la dureza de las penas, se agravó, pues con el tiempo se aplicaba también la pena de muerte para supuestos graves de falsedad, aunque algunos autores dudan de la veracidad de esta aplicación y consideraron que la nueva regulación de 1529 excluyó a los notarios de la pena capital. El Derecho aragonés (*Fuero de Aragón*), y en concreto, el

⁴⁷⁹ DOU Y BASSOLS, F.L. *Instituciones de Derecho público general*, Vol. 7 °, Madrid 1800-1803, pág. 420. “Pena por testigo falso en derecho canónico”, n ° 5. “Por derecho canónico tiene el reo pena de infamia, tanto en causa civil, como en causa criminal (...) siendo clérigo tiene pena de deposición y reclusión en monasterio...”; ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 179.

⁴⁸⁰MEY FLANDRO, J. *Fori Regni Valentiae*, Valencia, 1547, ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 179.

Código de Huesca -que recoge la tradición jurídica del primero-, experimenta modificaciones en la regulación de la falsedad documental a lo largo de los siglos XV y XVI. En 1461 tras las Cortes de Calatayud reunidas por Juan II, se establecen normas de procedimiento contra los notarios falsificadores con penas de castigo corporal no conmutables, en este sentido⁴⁸¹. Más tarde la reina Juana, haciendo las veces de lugarteniente, equipara las sanciones para el autor de la falsedad documental y el cómplice o instigador de la misma, y obliga a aplicar la ley de homicidios en caso de que alguno tuviese la condición de notario; sin embargo, parece ser que esta normativa, incumplida en la práctica, dio lugar a no pocos abusos, lo que motivó que reinando Felipe II, al igual que había hecho en Cataluña, en las Cortes de Monzón y Binefar de 1585, se acordó aplicar la pena capital para notarios instigadores de la falsedad permaneciendo vigente esta normativa de los *Fueros y Observancias* hasta el siglo XIX nada menos⁴⁸².

⁴⁸¹Para el Derecho aragonés en general véase, SAVAL Y DRONDA, P. y PENEN Y DEBESA, S. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1866. ob. cit.; *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, Juan II, ed. de 1866, Calatayud 1461. pág. 325.

⁴⁸² *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, ed. de 1866, ob. cit. y *Fueros Nuevos del Reino de Aragón, y Cortes de Monzón y Binéfar*, 1585, “**De crimine falsi**: Por ser tan necesario a la Redpblica, que los Notarios usen con toda **verdad y fidelidad** de officio de tanta confianza, su Majestad de voluntad de la Corte establece y ordena, que si se hallare que algún notario haya hecho algún acto falso, haya de ser condenado precisamente por falsario, a muerte y pueda ser acusado, no solamente a instancia de qualquiere Universidad, o singular del Reyno, y más pague los daños. Y la misma pena haya lugar contra los que hizieren fazer, o, usaren de dichos actos falsos conscientemente”. También en la edición de los *Fueros y Observancias* de 1743 aparece el anterior precepto, que fecha en 1586, en los siguientes términos”: *La Poena mortis imponitur Notario si falsum instrumentunt confecit, ac etiam us, qui scienter de eo utuntur. Los Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, ed. 1866 recogen el precepto antes transcrito” ALEJANDRE JA. ob. cit. pág. 181. Véase también, ARREGUI LUCEA, F. “La Curia y las Cortes en Aragón”, en *Argensola: Revista del Instituto de Estudios Oscenses*, 13, Huesca, 1953, págs. 1-36, y *Los Fueros de Aragón, según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, del hispanista sueco TILANDER, G. de 1937, art. 296, pág. 137.

4. El siglo XVI como punto de inflexión en la nueva interpretación de la legislación y su incidencia en los distintos territorios de la Península.

A partir del siglo XVI⁴⁸³, se advierte ya en la doctrina una tendencia a interpretar en un sentido distinto la legislación alfonsina. Las razones son varias, entre las cuales, la nueva estructura de la Administración de Justicia que debe dar soluciones a una sociedad que se ha transformado totalmente con el auge del comercio y crecido exponencialmente en todos los órdenes social, político y económico. Pero en cuanto a la penalidad de las falsificaciones se observará cierta secularización de estas cuando el sujeto activo sea un clérigo, que una vez excomulgado y perdido el oficio pasará a ser juzgado por la Justicia secular; asimismo, si bien no desaparece la pena capital para este tipo de delitos, lo cierto es que se advierte cierta mitigación de las sanciones en favor de las penas de tipo económico, imposición de costas y confiscación de bienes que, a la postre, resultan más rentables.

Veamos cómo se produjo este cambio en función de los distintos territorios.

4.1. Castilla

Según ALEJANDRE, en cuanto a las modalidades de realización del delito de falsedad, la antigua estructuración del Derecho Romano post clásico reaparece desde el siglo XIII con la Recepción del Derecho común tanto en Castilla como en aquellos territorios donde se extiende su influencia, aunque ello no impide que la doctrina del momento vaya adaptando la regulación de esta materia de las falsedades con las nuevas corrientes⁴⁸⁴. En este sentido, serán el *Fuero Real* junto a *Las Partidas* los textos

⁴⁸³ ALEJANDRE, J.A. ob. cit. pág. 163.

⁴⁸⁴ Ibidem, pág. 167.

principales, y destacan en ellos la regulación de la “creación de documento falso” sea testamento o contrato⁴⁸⁵, la “destrucción u ocultación” de documento auténtico y “el uso de documentos falsos”. En concreto, en *Las Partidas*, se considera la alteración o falsedad del documento tanto desde la perspectiva material: con la destrucción total o parcial del mismo; así como en el sentido ideológico: suprimiendo o modificando su contenido, o, incluso, inventando el documento (testamento), o negando su existencia y como ejemplo:

(P 7,7,1): “*Otro si dezimos que falsedad faria el que tuuiese carta, o otra escritura de testamento q alguno auia fecho, si la negase diziendo que la non tenia o si la **furtasse** a otro que la tuuiese en guarda, e la **escondiese** o la rompisse o tolliese los sellos della, o la **dañasse** en otra manera qlquier. Esso mesmo seria quado algo a que fuesse dada carta de testamento en guarda a tal pleyto qe la non leyesse, nin demostrasse a ninguno en vida de aquel que gelo encomendo; (...) si despues e otro la abriese e la leyesse a alguno sin mandarniento del que gela diera en encomienda*”⁴⁸⁶.

4.2. Valencia

En cuanto a la legislación de carácter local esta tendencia se refleja también en los *Furs* valencianos y *Las Costums* de Tortosa⁴⁸⁷. En ambos textos se regula la falsedad documental con carácter general y la falsificación testamentaria, si bien, a pesar de la distinción entre uno y otro, el tratamiento jurídico es uniforme. Las conductas típicas son

⁴⁸⁵ FR, 4,12,5: *Todo home que hiciere carta falsa sobre compra o sobre donado, o sobre manda de home muerto, o sobre otro pleyto qualquier, por toller a alguno su derecho, o para hacerlo otro mal, tal carta no valga; y el que lo fizo o lo mandó facer, haya la pena que manda la Ley.* ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 167.

⁴⁸⁶ LÓPEZ G. *Las Siete Partidas*, Glosadas, Salamanca, 1555. pág. 210.

⁴⁸⁷ Por lo que respecta a los *Furs* y a la influencia romana en esta fuente, véase BARRERO GARCÍA, AM. 1980 ob. cit., págs. 639-664; ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág.168.

la *alteración en cualquiera de sus formas* de documentos o testamentos auténticos en perjuicio de tercero. En estos textos regionales no se contempla la creación de documento falso, pero parece admitirse su penalización a través de una interpretación analógica del derecho penal general; sin embargo, en los Fueros originales de Valencia de 1547 se contiene el criterio extensivo del concepto de falsedad introducido por Alfonso V en 1429, que consideró delictivos, la comisión del tipo en los supuestos de alteración de documento auténtico, la creación de un documento falso o la simple redacción de una escritura sin autorización.

4.3. Cataluña, Mallorca y Navarra

En estos territorios la regulación de los tipos delictivos son un cajón de sastre, a pesar de mantener dos elementos principalmente como objeto material -testamentos y documentos -, se contemplan una gran diversidad de conductas subsumibles como delitos de falsedad. En cuanto a los testamentos: la creación de testamento falso, adherencia de sellos en testamento falso simulando autenticidad, utilización del testamento falso en juicio, ocultación de testamento y apertura de este por persona no autorizada; en cuanto a los documentos en general, la alteración, ocultación o sustracción del documento auténtico, imitación y uso de quirógrafo ajeno; así como extraer los sellos a documento auténticos o añadirlos a documentos falsos.

4.4. Aragón.

En el Derecho de Aragón, se sigue el criterio ideológico de falsedad, en cuanto al objeto y los sujetos. En el primer caso, se considera falsedad la inexactitud del contenido material del documento al no reflejar con fidelidad aspectos como el contenido, la

cantidad, el objeto o las condiciones que motivaron aquel. En el sentido material, el tipo delictivo de falsedad se produciría mediante la alteración del contenido o de la fecha del documento, así como la creación de un documento falso.

5. La *Novísima Recopilación*: una obra legislativa contracorriente

Ya hicimos referencia a esta obra anteriormente, pero debe recordarse que toda la legislación medieval, heredera del Derecho Romano, estuvo vigente en España nada menos que hasta principios del siglo XIX. Incluso en pleno auge de la Ilustración se resistía a dejar paso a las nuevas corrientes. Para entonces, el Derecho Penal español se contenía en el Libro XII de la *Novísima Recopilación*⁴⁸⁸. Describe la profesora MANJÓN-CABEZA en un artículo sobre la materia: “*Las normas de Derecho Penal se recogían en el Libro XII de la Novísima Recopilación y eran durísimas: destacaban las penas para gitanos y vagos (azotes, galeras y muerte), la pena capital estaba generalizada para ladrones, salteadores de caminos y hurtos domésticos y se recurría al descuartizamiento del cadáver del condenado para esparcir sus restos por los caminos*”.

La abogacía, como profesión, tras el letargo al que se vio sometida desde la caída del Imperio Romano y su relativo protagonismo durante la Edad Media y todo el Antiguo Régimen -épocas en que la intervención de la Iglesia tanto en los asuntos de Estado y la vida cotidiana deslucía a otros intervinientes-, recobra un fuerte impulso y se refleja en la *Novísima Recopilación*, texto que, a la par que reconocía su importancia, ya advertía de sus posibles deslealtades al ejercerla. Así se manifiesta en la nueva legislación al destacar

⁴⁸⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822” (Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 9 (enero de 2013), págs. 143-172.

primero la importancia de la profesión para justificar posteriormente el castigo de su mala *praxis*.

“Porque el oficio de los Abogados es muy necesario en la prosecución de las causas y pleytos, y cuando bien lo hacen es gran provecho de las partes; y por reprimir y obviar a la malicia y tiranía de algunos Abogados que usan mal de sus oficios...”.

Se trata de la Ley I del Título XXII del Libro V de la *Novísima Recopilación*⁴⁸⁹ (promulgada por Real Cédula de Carlos IV en 15 de junio de 1805, con el fin de modernizar la *Nueva Recopilación* reimpressa en 1802 por Juan REGUERA VALDELOMAR, relator de la Chancillería de Granada por Real Orden de 11 de julio de 1799. La redacción original había sido redactada por Bartolomé ATIENZA en 1562 y promulgada por Felipe II el 14 de marzo de 1567⁴⁹⁰).

Pero en puridad, el delito de infidelidad en la custodia de documentos asociado a la actuación de los Abogados o Procuradores no se contemplaba de forma expresa; sin embargo, haciendo una comparación con algunas conductas actualmente incluidas en el Título XXII del Código Penal vigente consideradas en el mismo como “*Delitos contra la Administración de Justicia*”, se percibe que su presencia en el derecho no es nueva, y así lo expresa algún autor, “*El hecho de que en los Códigos penales anteriores no se*

⁴⁸⁹ LASSO GAITE, JF. *Crónica de la Codificación española 3. Procedimiento Penal*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, pág. 13; QUINTERO OLIVARES, *Pequeña Historia Penal de España*, 2016, pág.28; PÉREZ CEPEDA, A.I., ob. cit., pág. 41; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., ob. cit. pág. 763; CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal I*, 13^a ed., Barcelona, 1960, pág. 137.

⁴⁹⁰ LASSO GAITE, J.F., “*Crónica de la Codificación española 5. Codificación penal*”. Vol. 1. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 11.

*incluyera un Título con esta rúbrica, no significó que gran parte de las conductas hoy recogidas en dicho Título no estuvieran castigadas*⁴⁹¹.

Sobre algún aspecto de la *Novissima Recopilación* volveremos posteriormente, al analizar el periodo de la Ilustración en el Capítulo I de la segunda parte de este trabajo.

⁴⁹¹ BENÍTEZ ORTUZAR, IF *De la obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional (Monografías)*, 1999, pág.21.

CAPÍTULO SEXTO. CONSOLIDACIÓN INSTITUCIONAL DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

1. Los Colegios de Abogados

Aunque las primeras cofradías de abogados castellanos aparecen a finales del siglo XVI (Valladolid 1592, Madrid 1595) la eclosión de los colegios de abogados solo tiene lugar avanzado el siglo XVIII; así Sevilla, 1706; Granada, 1726; La Coruña, 1760; Córdoba, 1769, Oviedo, 1775; Málaga, 1776; Cádiz, 1796; Santiago de Compostela, 1798; y Cáceres, 1799⁴⁹².

El primer Colegio de abogados de España fue el de Zaragoza, único que ostenta el título honorífico de “Real”, por concesión de Carlos III, es, por tanto, el más antiguo de España cuyas primeras ordenanzas datan de 15 de mayo de 1578, aunque su origen se remonta a 1399; seguido de Valladolid de 19 de marzo de 1592, ; el tercero fue el de Madrid, fundado por Real Provisión de Felipe II, en 15 de junio de 1595; sin embargo, en Cataluña, que había sido pionera en tener las primeras corporaciones de abogados en Barcelona, el definitivo Colegio de la ciudad condal no se fundaría hasta 1833 por Real Cédula de 1832. El 16 de julio de 1755, tras una Junta histórica del Consejo de S.M. por iniciativa de José BERNÍ CATALÁ, se inició la fundación del Colegio de Abogados de Valencia⁴⁹³, pero hubieron de celebrarse posteriores Juntas por el fallecimiento de algunos miembros.

⁴⁹² ALONSO ROMERO, M^a. P. y GARRIGA ALONSO, C. ob. cit. pág. 24.

⁴⁹³ NACHER HERNÁNDEZ, P. *Historia y organización de la Abogacía en Valencia desde la Reconquista hasta nuestros días*, 1952, pág. 32 y ss.

Por su parte, el Colegio valenciano -en los primeros pasos de su constitución-, siguió los preceptos estatutarios del Colegio de Abogados de Madrid; fruto de aquellas primeras Juntas fue el Decreto del Supremo Consejo de Castilla de 14 de diciembre de 1761, que dio vida definitivamente a primeros de 1762, al nuevo Colegio de Abogados de Madrid.

Ya en el transcurso del siglo XVIII se puede percibir el control y uso de la institución del Colegio de abogados por parte del poder político de una manera más clara. En concreto, el Colegio de Abogados de Madrid, como relata ALVARADO PLANAS, fue el principal asesor del gobierno de la Monarquía en materia de censura de obras jurídicas, siendo el Consejo Real la institución responsable de esa censura desde su creación en el siglo XIV.

Expone el autor, a modo de reflexión final, la dificultad de valorar con precisión los efectos de la censura en las obras jurídicas por falta de testimonios concluyentes; una cosa es clara, debe suponerse que no fue desde luego para infravalorarla, debido a los conflictos “jurisdiccionales” entre Estado e Iglesia, lo que evidencia que el derecho fue utilizado -como venimos defendiendo en este trabajo-, como arma política e ideológica⁴⁹⁴.

2. Los Colegios de Procuradores

A la par que sucedió con los abogados, el 14 de febrero de 1495 se promulgaron las Ordenanzas de los Reyes Católicos, conocidas en la Historia del Derecho como "Ordenanzas de Madrid". Por esta razón se entiende que los procuradores también han sido protagonistas en la vida institucional, como dicen de la Villa y Corte; más tarde, con

⁴⁹⁴ MUÑOZ MACHADO, S. “Del reformismo ilustrado a la abogacía constitucional”, ob. cit., Vol. 2 º, págs. 1129-1130.

la creación de los Reales Consejos, apareció una categoría superior de procuradores, los denominados "de la Corte y de los Reales Consejos", a los cuales, ejercientes en los Reales Consejos y Sala de Alcaldes, se les otorgó cierta oficialidad considerando su actividad de "*oficio enejanado de la Corona*" al igual que casi todos los oficios y cargos de la administración de justicia, excepción hecha del de Abogado que se mantuvo como profesión liberal. Este oficio era objeto de compra a la Corona y a veces se adquiría de por vida y en otros con la posibilidad de heredarse y los procuradores que accedían a ellos se denominaban "*Procuradores del Número*", diferenciándose con dicha denominación de aquellos otros que tan solo ejercían en las jurisdicciones inferiores y eclesiástica, sin limitación de número, llamados "*Procuradores de Causas*".

Para depurar la profesión y por iniciativa de cinco Procuradores de Número de Madrid, madrileños, alegando intrusismo profesional, elevaron al Rey, en 1563, una exposición de sus agravios. Con fecha de 7 de mayo de 1563 se promulgaba una Real Cédula en la que se afianzaba a los procuradores y se excluía a los intrusos, es en ese momento cuando los procuradores madrileños adquieren su primera corporación. Estos hechos se produjeron bajo el liderazgo de Francisco de Castro, primer Decano madrileño, al frente de una corporación encubierta ya que las cofradías profesionales se encontraban prohibidas desde el año 1552 por el propio Felipe II, para sortear dicha prohibición la nueva corporación se constituyó como una Hermandad religiosa. El día 23 de mayo de 1574 reunidos dieciocho de los Procuradores del Número de la Corte y de los Reales Consejos en la casa del Procurador Francisco de Castro fundaron la que llamaron "Hermandad del Santísimo Sacramento y de Nuestra Señora".

En cuanto a las primeras asociaciones de procuradores hay que decir que, un primer intento en tal dirección tuvo lugar en el año 1279 en Tortosa, con la aparición del *Llibre de les Costums*, código de carácter profesional en el cual los procuradores se

otorgaban el título de *senyor del pleyt*. Pero la primera institución fundada como tal y dotado de unas normas u ordenaciones para regular su gobierno aparece en Zaragoza el 20 de agosto de 1396, como nos recuerda el Colegio de Procuradores de Zaragoza, *la denominación desde el principio como “procuradores causídicos” revela su implicación en la disciplina procesal*.

Habrá que esperar más de un siglo hasta la aparición del Colegio de Barcelona, mediante un privilegio dado por el rey Fernando el Católico el 1 de diciembre de 1512, y hasta el 1574 para constatar la del Colegio de Madrid. La Hermandad de Procuradores de Salamanca fundada en 1562⁴⁹⁵.

El 20 de septiembre de 1619 se aprobaron otras nuevas ordenanzas de la Hermandad en las que además de las normas reguladoras de los actos religiosos se contemplaban ciertos aspectos deontológicos profesionales. Por esas fechas dos insignes literatos nacidos en Madrid, QUEVEDO y LOPE DE VEGA, así como el egregio CERVANTES, madrileño de adopción, narraban en sus obras la vida judicial de la corte del siglo llamado de oro, en las que para bien y para mal afloran continuas referencias a estos Procuradores de la Villa y Corte.

Con el inicio del siglo XVIII los Borbones pasan a ser la dinastía reinante en España, lo cual supone la clausura del sistema político-administrativo instaurado por los Austrias. En 1707 Felipe V establece los primeros decretos que derogaban los derechos de los distintos reinos españoles, y a partir de ese instante el sistema jurídico-administrativo castellano servirá de obligada referencia al conjunto de los territorios de la Corona. Valga como ejemplo de esa unificación en los procedimientos administrativos

⁴⁹⁵ Historia del Procurador, Zaragoza, en: <https://procuradores.net/historia-del-procurador-y-de-colegio/>. Véase también, CABALLERO AGUADO, J. *La institución: Historia*. “Sucinta Historia del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid”, en: http://www.icpm.es/institucion_historia.asp.

la creación en el reino de Aragón de una nueva Audiencia, que actuará según los usos de Castilla y con idéntico rango a las Chancillerías de Valladolid y Granada.

En cuanto a las repercusiones directas que la centralización tuvo para los procuradores, podemos significar la que hace referencia a los aranceles judiciales, cuya aplicación uniforme a todo el territorio nacional será efectiva a partir del 25 de junio de 1782. Otro tanto ocurre con la normativa aplicable a la Justicia gratuita, impuesta a todo el Estado siguiendo el modelo castellano.

SEGUNDA PARTE

**LA DESLEALTAD PROFESIONAL DE ABOGADOS Y
PROCURADORES A PARTIR DEL CONSTITUCIONALISMO Y LA
CODIFICACIÓN. TRATAMIENTO PENAL DE LA INFIDELIDAD
EN DOCUMENTAL EN LOS CÓDIGO PENALES HISTÓRIOS:
1822, 1848-50, 1870, 1928, 1932, 1944 Y 1973**

CAPÍTULO PRIMERO. LA ILUSTRACIÓN COMO PUNTO DE INFLEXIÓN: **EL CONSTITUCIONALISMO Y LA CODIFICACIÓN**

I. LOS PROLEGÓMENOS DEL CAMBIO

Llegados a finales del siglo XVIII, es obligado hacer un punto y aparte, pues entramos en un periodo que constituye un punto de inflexión ineludible en la historia. Tras la Revolución francesa de 1789 y el periodo conocido como la Ilustración, habrá un antes y un después en todos los ámbitos de la sociedad y que afectará al terreno social, político, científico y por supuesto, al jurídico.

Una definición de Ilustración nos es dada por KANT⁴⁹⁶, como “*el abandono del hombre de una infancia mental de la que él mismo es culpable. Infancia es la incapacidad de usar la propia razón sin la guía de otra persona. Esta puericia es culpable cuando su causa no es la falta de inteligencia, sino la falta de decisión o de valor para pensar sin ayuda ajena. Sapere aude ¡atrévete a saber! He aquí la divisa de la Ilustración*”.

⁴⁹⁶ KANT, I. ¿Qué es la Ilustración? (1784), (Trad. ROLDÁN PANADERO, C., RODRÍGUEZ ARAMAYO, R. y PÉREZ LÓPEZ, F.), 2ª ed. Madrid, 2013; FOUCAULT, M. *Sobre La Ilustración*, 2ª ed. (Trad. BELLO REGUERA, E; DE LA HIGUERA ESPÍN, J y CAMPILLO MESEGUER, A.), Madrid, 2006. A propósito de la obra kantiana sobre la Ilustración, RODRIGUEZ ARAMAYO alude a la obra del mismo título de Michael FOUCAULT, y analiza su punto de vista al decir: “*El sociólogo y filósofo Michel Foucault publicó en el año 1984 un ensayo sobre el trabajo de KANT, dándole el mismo título, “¿Qu'est-ce que les Lumières?” (“¿Qué es la Ilustración?”). En el texto, Foucault, sirviéndose de la práctica histórico-filosófica nos constata la vigencia del proceso de Ilustración, concluyendo que “No sé si hay que decir, hoy día, que el trabajo crítico implica aún la fe en la Ilustración; por mi parte, pienso que necesita, siempre, el trabajo sobre nuestros límites, es decir, una paciente labor que de forma a la impaciencia por la libertad”*”, Véase también, KANT. I. *Filosofía de la Historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2000, págs. 25-37.

En la Europa anterior al constitucionalismo del siglo XIX, y también en España, se mantenía aún la estructura social del Antiguo Régimen o Monarquía Absoluta⁴⁹⁷; es decir, la existencia de un fuerte poder político ejercido por la Corona a través de la Administración; sin embargo, ese poder era relativo, pues a pesar de haberse consolidado el monarca como autoridad suprema, la influencia de los viejos estamentos no había desaparecido del todo. Iglesia y nobleza gozaban todavía de importantes privilegios, así como de un considerable poder institucional y patrimonial, de hecho, nunca han dejado de tenerlo hasta nuestros días.

Es cierto que, con el advenimiento de la Revolución Francesa y la aparición de los nuevos principios inspiradores que surgieron de ella, se produce una importantísima transformación de las viejas estructuras políticas y sociales, aunque, eso sí, no su completa desaparición⁴⁹⁸. El espíritu conservador o tradicional no solo permanecerá, sino que será un obstáculo permanente para consolidar la modernización del Derecho; sin embargo, es incuestionable el impacto que provocó el influjo de las nuevas corrientes liberales -el período conocido como la Ilustración tiene su punto más álgido en la Revolución francesa de 1789-, y cambiaría la sociedad para siempre.

Son muchos los nombres de ilustres protagonistas que impulsaron un movimiento de oposición al Antiguo Régimen y las viejas estructuras que eran mantenidas por las Monarquías absolutistas. Estas grandes figuras de la Ilustración, muchas de ellas injustamente olvidadas -pues la historia también tiene su parte alícuota de responsabilidad en cuanto a la discriminación de la mujer se refiere-, son entre otras, Madame de LA FAYETTE (que escribió la primera novela histórica francesa); Lady Mary WORTLEY

⁴⁹⁷ SOLÉ TURA, J. y AJA FERNÁNDEZ, E. *Constituciones y periodos constituyentes*, Madrid, 2009, pág. 9;

⁴⁹⁸ DE TOCQUEVILLE, A. *El Antiguo Régimen y la Revolución*, 2004, págs. 23 y ss.

MONTAGU (autora de una famosa correspondencia); Olympe DE GOUGES (quizás la más emblemática), fue la autora de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en 1791*, feminista y abolicionista, la defensa que mantuvo de los Girondinos provocó su detención, procesamiento y posterior ejecución; y Mary CHUDLEIGH. Todas ellas fueron escritoras y activistas que trataron de extender los cambios que la Ilustración podían afectar a la situación de la mujer en la sociedad.

Asimismo⁴⁹⁹, una amalgama de brillantes figuras del racionalismo y liberalismo europeo como LEIBNIZ; DESCARTES; VOLTAIRE; ROUSSEAU; MONTESQUIEU, también influidos por el pensamiento inglés de BENTHAM y LOCKE, todos ellos a través de su obra, consiguen dar vida a principios, ideas y conceptos que contribuyeron a modernizar la sociedad y dejaron un legado imborrable.

En España su repercusión se dejará sentir en hombres como CAMPOMANES, JOVELLANOS, FLORIDABLANCA o ARGUELLES, todos ellos en mayor o menor medida trataron de integrar aquel pensamiento europeo nuevo en España para intentar acabar con las viejas estructuras. Sin embargo, los ilustrados españoles dejaron patente su peculiar visión e interpretación de los nuevos principios y esgrimieron sus propios argumentos frente a las tesis de los principales racionalistas europeos de la Ilustración, en este sentido, MARTÍNEZ MARINA, en tiempos de las primeras Cortes gaditanas dejó su impronta, en sus *propios principios*, sobre las verdaderas razones de los cambios surgidos tras la revolución francesa en lo que atañe a España⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. 769

⁵⁰⁰MARTÍNEZ MARINA, F. *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, Madrid, 1957, págs. 45 y ss. El autor se opone a las tesis utilitaristas de *Bentham*, a las que considera proclives a caer en el *relativismo*. MARINA considera que, “*partiendo de las leyes eternas del Creador y de la naturaleza, de las facultades y condiciones del hombre, de la razón y del testimonio universal de las gentes, se puede hallar el principio claro y sencillo del orden moral*”. Este autor -influido

A partir de ese momento histórico, se propone una estructura del Estado completamente distinta a la del Antiguo Régimen. Se consagra, entre otros, el principio de división de poderes -sobre el que profundizaremos más adelante-, baste de momento señalar su significado. Habrá un Parlamento encargado de elaborar las leyes, Poder legislativo; un Gobierno con la función de gobernar y administrar, Poder ejecutivo, y, finalmente, un Poder judicial encargado de administrar justicia, representado por los jueces. Esta última función ejercida de la mano de los Magistrados dará lugar a una incipiente idea de la Justicia entendida como parcela exclusiva de estos funcionarios y será el origen con el paso del tiempo del concepto de Administración de Justicia, de carácter público, pero independiente a la Administración pública, por imposición del mencionado principio de división de poderes, y que se intentará consolidar en las Constituciones decimonónicas, aunque no sin muchos esfuerzos.

En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA a la pregunta *¿Cómo se desarrollaron los delitos relativos a la Administración de Justicia en los códigos penales posteriores? Lo fundamental para comprender esa evolución es atender a la “constitución material”, y desde ese punto de vista, a la conciencia de que el diseño constitucional desde aquella época hasta la actual constitución de 1978 responde al modelo de separación de poderes, de que el Poder Judicial descansará en jueces y magistrados cuando ejercen su jurisdicción, órganos unipersonales o colegiados, que actuarán con independencia, imparcialidad y sujeción exclusiva a la ley*⁵⁰¹.

por la obra de Santo TOMÁS DE AQUINO-, defiende *la inmutabilidad del orden natural* y considera que *la utilidad solo se puede alcanzar a través de la virtud*, y no en la idea utilitarista que la sitúa en el placer, donde la mejor acción es la que produce felicidad y bienestar para el mayor número de individuos; se trata de una concepción antropológica de los principios inspiradores del cambio en la sociedad y claramente anti historicista”.

⁵⁰¹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit. pág. 786.

Sobre este nuevo panorama se diseñará un nuevo modelo de Estado en la sociedad occidental y que será aceptado en mayor o menor medida a nivel universal, aunque su consolidación principalmente se producirá en la Europa continental. Debido a la situación colonial de Latinoamérica por parte de España y Portugal, los países de esa región adoptarán – pero solo formalmente a través de sus constituciones-, el nuevo modelo importado de Europa.

1. La Declaración de 1789

El pistoletazo de salida de este nuevo periodo histórico en Europa⁵⁰², tendrá su origen en la *Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano* aprobada por la Asamblea Nacional francesa el 26 de agosto de 1789, texto donde aparecen en Europa por primera vez: el *Principio de Libertad e Igualdad* (art. 1); *Principio de Soberanía Nacional* (art. 3); *La Ley como expresión de la Voluntad General* (art. 6), *Principio de Legalidad* (art. 8) y *el Principio de División de Poderes* (art. 16), entre los más importantes a destacar, y sobre cuyo espíritu se edificará el nuevo Derecho moderno. Este artículo 16 que proclama, “*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*”⁵⁰³, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA “*entendiendo la Constitución de norma de origen popular y comunitario como fruto del pacto social y su postulado básico de la autoorganización como fuente de legitimidad del poder y del Derecho*”.

⁵⁰² No olvidemos que, más de una década antes, en 1776, se proclamó la independencia de las colonias británicas de ultramar tras la cual nacieron los Estados Unidos de América (Nota del doctorando).

⁵⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª edición, Navarra, 2006, pág. 47.

En España no tardará en reflejarse la repercusión de los nuevos ideales y ello sucede con la primera Constitución de 1812. Especialmente influyentes, en este sentido, fueron autores como LOCKE, que ensalzó la sociedad como protagonista del orden constitucional, elevando su categoría a nuevo poder constituyente; y sobre todo MONTESQUIEU, quien, a diferencia del primero -que había planteado la función judicial como una parte más del poder ejecutivo-, diseñó el Poder Judicial como algo independiente a aquel y cuyas funciones debían estar supeditadas a la Ley, limitando el papel del Juez como “*la boca que pronuncia las palabras de la ley*”⁵⁰⁴. Se consagraba la división de poderes en contraposición a la concentración de poder total en una sola persona y que, por ejemplo, en España (Castilla), había ejercido el Rey a través del Consejo de Castilla y después del Consejo Real.

En este contexto, tampoco puede olvidarse la figura de ROUSSEAU y su obra, esencialmente, *El Contrato social*, teoría política según el cual, para vivir en sociedad, los seres humanos acuerdan un contrato social implícito que les otorga ciertos derechos a cambio de renunciar a parte de la libertad existente en el estado de naturaleza. Los derechos y deberes serían la parte esencial de ese contrato⁵⁰⁵, ejerciendo el Estado el papel de garante -*in vigilando*-, de su cumplimiento.

⁵⁰⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. “*Tratado de Derecho Penal...*” ob. cit. pág. 768.

⁵⁰⁵ ROUSSEAU, JJ. *El Contrato Social, o Principios de Derecho Político*, (Cap. VI, Libro I), Buenos Aires, Argentina, 2003, págs. 46-47. “*El estado primitivo no puede, entonces, subsistir más; y el género humano perecería si no cambiara de forma de ser (...) encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, obedezca tan solo a sí mismo, y quede tan libre como antes (...) Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo. El Contrato social, la suprema dirección de la voluntad general, y nosotros recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo*”. En contra de esta idea, MARTÍNEZ MARINA, para quién “*el estado primitivo de los hombres no fue un estado de libertinaje o de licencia: ni se puede decir que hayan sido absolutamente libres e independientes sino con relación a los establecimientos políticos y a los diferentes géneros de gobiernos introducidos posteriormente en la*

Todo lo acontecido a finales del siglo XVIII constituye un punto de inflexión de tal repercusión -junto a la historia reciente del pasado siglo XX con su periodo de entreguerras y sendos conflictos a escala mundial y el comienzo de la guerra fría-, que no es exagerado afirmar que estemos ante los periodos de nuestra historia sobre los que más se ha escrito y reflexionado, especialmente en el contexto jurídico. Hay una ingente doctrina que se pronuncia sobre la relación de aquellos principios que aparecieron en la Declaración de 1789 y su decisiva influencia en el Derecho moderno. En concreto, existe unanimidad al entender la nueva estructura tripartita del *Estado*, en el sentido que se indicó líneas arriba, de distintos poderes (*Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial*), y sobre la diferenciación actual entre Administración Pública ⁵⁰⁶ y Administración de Justicia, donde esta última, en palabras del profesor PAREJO ALFONSO, se constituye en el instrumento de control y de poder más importante del Ejecutivo: “*a partir de la Revolución francesa ...la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de separación de poderes*”⁵⁰⁷. *De la misma forma, debe ensalzarse el principio de igualdad reflejado en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, al proclamar la Ley*

sociedad. Y yo ignoro el motivo que han tenido algunos escritores para fatigarse en probar difusamente una verdad que ni los filósofos ni los juriconsultos han negado hasta ahora. Todos confiesan que los hombres debieron reconocer siempre un legislador supremo y una ley de naturaleza” ..., ob. cit. pág. 117. En su obra *Discurso sobre el origen de la Monarquía*, el autor manifiesta: “*El orden social emana esencialmente de la naturaleza; pero su forma es variable de muchas maneras, y pende de pactos y convenciones arbitrarias*”. pág.121.

⁵⁰⁶ PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993, pág. 22. Para el profesor PAREJO ALFONSO, “*la Administración Pública (y toda la actividad reconducible a este concepto) está sujeta hoy, desde luego y en razón, del Principio de Estado de Derecho*”. Debe entenderse por tanto incluida, como reconducible a esta idea, la actividad jurisdiccional ejercida por la Administración de Justicia como parte- si bien independiente-, de la Administración Pública.

⁵⁰⁷GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y RAMÓN FERNANDEZ, T. *Curso de Derecho administrativo* (16^a ed.), Navarra, 2013. pág.50

como expresión de la voluntad general⁵⁰⁸. Será en este marco de nuevos conceptos y principios donde adquiera fuerza la idea de Estado de Derecho en el que la división de poderes se configura como requisito esencial⁵⁰⁹ para la existencia de este, en relación directa con la garantía de libertad e imperio de la ley. Y, sobre todo, como *pedra angular*⁵¹⁰ de todo el nuevo Derecho que surgirá entonces, se consagra también el Principio de Legalidad proclamado en el art. 8 de la “*Declaración de derechos del Hombre y el Ciudadano*”, según el cual: “*La Ley no debe imponer otras penas que aquellas que son estricta y evidentemente necesarias; y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada*”. Este último, hoy consagrado en el art. 25.2 de nuestra Constitución de 1978, tuvo sus antecesores en las Constituciones de 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931. Otros textos históricos que contienen el Principio de legalidad son, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* (art.11); *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966* (art. 15) y en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (art. 7).

Estos principios, sin embargo, no siempre tuvieron el mismo sentido y también han ido evolucionando con el tiempo desde su nacimiento en el contexto revolucionario francés. La división de poderes, en un primer momento se sustentaba en el valor de la libertad, sobre una idea de distribución de funciones y carácter organizativo -cada órgano una función-, en el que el Ejecutivo representaba a la institución monárquica, el Legislativo los estamentos nobiliarios y al Tercer Estado, y el Judicial constituido por los

⁵⁰⁸ MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II. Madrid, 2006, pág. 48

⁵⁰⁹ GARCÍA PELAYO, M. *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1987, pág.57.

⁵¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia penal de España*, Madrid, 2016, pág. 25.

jueces de toga⁵¹¹, con la aparición del llamado “cuarto poder”, la Administración Pública, se relativiza.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA lo expresa afirmando que, “*la historia de la Administración occidental arranca en línea recta de la reacción al orden feudal*”⁵¹²; pero, como se apuntó anteriormente, no significa que la influencia de las viejas instituciones desapareciese totalmente. En este sentido, conviene también recordar las reflexiones de Alexis de TOCQUEVILLE⁵¹³, cuando analizó con sumo realismo lo que había antes, y lo que quedó después, del convulso periodo revolucionario francés. En palabras de RIVERO, en su introducción a la obra “*El Antiguo Régimen y la Revolución*” del político y pensador francés, deja claro que la pretensión del autor era dar a entender que la revolución no significa la destrucción completa de la vieja sociedad y la construcción de una obra nueva, sino que hay una continuidad entre el despotismo de la monarquía y el despotismo de la revolución, y expone una de las reflexiones del jurista francés al decir: “*los franceses en su intento de borrar el pasado sin darse cuenta habían conservado del antiguo régimen la mayoría de los sentimientos, de los viejos hábitos, e incluso de las ideas con cuya ayuda habían realizado la Revolución que lo destruyó. Y, sin proponérselo, habían utilizado sus ruinas para construir el edificio de la nueva sociedad*” (...) “*Porque la Revolución ha tenido dos fases totalmente distintas: la primera, aquella en que los franceses parecían querer abolir todo el pasado; la segunda, en la cual quisieron restaurar parte de él. Hay un gran número de leyes y hábitos políticos que desaparecen de repente en 1789 y vuelven a aparecer unos años después, como esos ríos*

⁵¹¹ GARCÍA PELAYO, M, ob. cit. pág. 58.

⁵¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Administración española*, Madrid, 1985, pág.103.

⁵¹³ DE TOCQUEVILLE A. *El Antiguo Régimen y la Revolución Francesa*, Madrid, 2004, pág. 9; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Administración...*, ob. cit. pág. 26.

que se ocultan bajo tierra para reaparecer un poco más lejos, dejando ver las mismas aguas en nuevas riberas”⁵¹⁴.

2. Influjo revolucionario en el Derecho Penal. El Código Penal de 1791.

Dos años después de estallar la Revolución en Francia, la Asamblea Nacional Constituyente promulgó el Código Penal de 25 de septiembre- 6 de octubre. Como nos explica GUMÁN DALBORA, *“la tarea de esta Asamblea fue doble. Por una parte, consagrar las máximas jurídico-constitucionales del Iluminismo con Voltaire, Monestquieu, Rousseau y especialmente Beccaria. Axiomas que habían calado hondo en la magistratura francesa LETROSEÉ, BOUCHER D’ARGIS, DUPLATY, LACRETELLE y en parte SERVANT”*⁵¹⁵.. También hubo debate entre estos juristas. Los había más proclives a la innovación total, mientras que otros parecían abrumados por cambios tan profundos. Iluminismo revolucionario vs. Iluminismo reformador (conservador), como representante de este último JOUSSE y MOUYART DE VOUGLANS, quién manifestó, *“Por otra parte, había que materializar esos principios (esquema cuatripartito: legalidad, dulcificación de las penas, igualdad, personalidad), y hacerlos realidad a través de un Código Penal, así como reorganizar la justicia y los procedimientos judiciales*⁵¹⁶.

El texto está dividido en dos grandes partes, donde destaca la segunda (Parte Especial), bajo la denominación *“De los crímenes y su punición”*, y, cuyo Título I lleva como rúbrica *“Crímenes y atentados contra la Cosa Pública”*.

⁵¹⁴ DE TOCQUEVILLE, A. ob. cit. pág. 23 y 26.

⁵¹⁵ GUZMÁN DALBORA, J.L. “Código Penal francés de 1791”, RDPC, 3ª Época n° 1 (2009), pág. 481.

⁵¹⁶ Ibidem, pág. 482.

II. CODIFICACIÓN Y CONSTITUCIONALISMO: EL LEGADO DE LA REVOLUCIÓN

1. Introducción

La revolución francesa se puede catalogar como la progenitora de una estirpe de descendientes jurídicos, políticos y sociales. De entre los primeros de esta ilustre camada, destacarían dos principalmente, *la Codificación y el Constitucionalismo*. ¿Pero que es la Codificación o que se entiende como tal? y, ¿cuál sería su vínculo con el Constitucionalismo?

La relación es tan estrecha, que un autor como TARELLO distinguió entre la Codificación privada en referencia a lo que históricamente se entiende como Codificación, y la Codificación pública, reflejada en los textos constitucionales⁵¹⁷ surgidos como consecuencia del fenómeno legislador que emergió tras la revolución de 1789; por tanto, para el filósofo italiano serían como dos caras de la misma moneda. La delimitación de lo público y lo privado, esencial en tiempos de Roma, culminará en estos tiempos de la llamada Ilustración con la aparición de estos dos fenómenos jurídicos.

Analizaremos por separado ambos fenómenos a los que les unieron principios y valores nuevos, así como la necesidad de modernizar las estructuras jurídicas ancladas desde hacía siglos en el inmovilismo medieval.

⁵¹⁷ESCUADERO, JA. *Curso de Historia del Derecho* (Fuentes e Instituciones Político-administrativas), UNED, 2003, pág.889.

2. La Codificación como fenómeno de reordenación del Derecho

Sobre la idea de Codificación y Código también se ha escrito abundantemente por la doctrina⁵¹⁸, pero sin duda merece destacar en este punto a un autor, Pio CARONI, quien ha dedicado gran parte de su vida y obra a investigar este fenómeno. El jurista italiano manifestó: *“a partir de ahora, me referiré al hablar de código a la colección escrita de reglas jurídicas que aspira a ser completa, y por esta razón unifica en diferentes niveles, aunque sin separarlos”*.

Al decir Codificación, estaríamos hablando de un proceso histórico cuyos primeros brotes se producen a finales del siglo XVII -lo que algún sector de la doctrina definió como códigos iusnaturalistas⁵¹⁹-, y que culminaría en el siglo XIX bajo los postulados de la Ilustración dando como resultado más importante desde el punto de vista legislativo, a los Códigos decimonónicos. Para el autor italiano, *“la idea de codificación se asocia con la de Unidad (ordenar sistemáticamente; sustituir los derechos comunes antiguos de un determinado territorio por una regla única y común a ese territorio y unificación social, esto es, aplicar una misma ley a todos los habitantes de un mismo territorio), y la de Plenitud. Generalmente la mayoría de la doctrina al referirse a la idea de Codificación, lo hace a partir de la corriente racionalista que advirtió la necesidad*

⁵¹⁸CARONI, P. *Lecciones de Historia de la Codificación*, Universidad Carlos III de Madrid, 2013, págs. 27 y ss.

⁵¹⁹*“Fuerza motriz de la Codificación fue el racionalismo jurídico y un espíritu ordenador de la sociedad que, con raíces en la Ilustración reformista, se aplica a vertebrar el mundo jurídico del nuevo Estado surgido tras la caída del Antiguo Régimen (...) El racionalismo jurídico tiene como punto de partida el optimismo vital de los avances logrados en las ciencias físico-naturales, y se basa en la creencia en un Derecho natural objetivo e inmutable. Su médula es la confianza en la razón”*. ESCUDERO, JA. ob. cit. pág. 886.

*urgente de reorganizar o reelaborar de forma más sistemática y completa el derecho existente*⁵²⁰.

Pio CARONI, matiza la propuesta tradicional sobre la aportación iusnaturalista a la Codificación y mantiene que: “el *Iusnaturalismo* (PUFENDORF, THOMASIIUS), *no propuso su propia teoría de la Codificación, y por eso es discutible llamar codificaciones iusnaturalistas a los códigos de Prusia de 1794, el Code francés de 1804 y el Código austriaco de 1881*; sin embargo, reconoce la aportación de dicha corriente filosófica en cuanto “*elaboró una serie de doctrinas y reflexiones que fueron recogidas posteriormente por autores de variada extracción ideológica y engastada libremente por ellos en una doctrina de la codificación que resultó además triunfadora*”⁵²¹. Para CARONI, que elabora un concepto histórico de codificación, este fenómeno se produce a principios del siglo XIX, y en ello coincide también la doctrina mayoritaria⁵²².

*El Código podría definirse entonces como una ley homogénea por razón de la materia, que, de forma sistemática y articulada, expresada en un lenguaje preciso, regula una materia o disciplina del derecho de forma acotada. O como señala QUINTERO OLIVARES, “hacer un código no es sinónimo de crear derecho, ni ordenar el derecho ya existente, pues esa era la función de las recopilaciones”*⁵²³.

A tenor de las manifestaciones doctrinales, entiendo que los conceptos de Codificación y Código obedecen tanto a razones formales -por aquello de la adopción de

⁵²⁰ CARONI, P. ob. cit. pág. 39

⁵²¹ Ibidem, pág. 39

⁵²² ESCUDERO, J.A. ob. cit. pág.888. “*El fenómeno de la Codificación (...) aparece en Europa a finales del siglo XVIII en Baviera, Prusia y Austria tomando carta de naturaleza en Francia a principios del XIX (...) A mediados del siglo XVIII se codificó en Baviera el Derecho penal (Codex iuris bavarici criminalis), el civil (Codex Maximilianus bavaricus civilis) y el procesal (Codex iuris bavarici judiciales).*”

⁵²³ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. pág. 26 y 27.

una nueva estructura de las leyes durante el siglo XIX-, como a cuestiones de fondo, por cuanto dicha estructura ostenta su razón de ser en una nueva manera de interpretar el Derecho.

Otros autores⁵²⁴ lo exponen de otra manera, considerando lo que históricamente entendemos por Codificación a la reorganización y estructuración del derecho privado, mientras que el Constitucionalismo sería la “codificación del Derecho público”. En cuanto a esta dicotomía Codificación-Constitucionalismo, Escudero se pronuncia destacando las diferencias entre ambos fenómenos: *“Aun reconociendo el parentesco ideológico, no parece que Constituciones y Códigos constituyan obras jurídicas sustantivamente afines, y es claro, desde luego, que no observan una cronología acompañada”* (...) *“El color político, transparente en los artículos de los códigos, aparece descarnado en la Constitución más anodina”*. Siendo cierto lo que afirma este autor, lo que es incuestionable es que el sesgo político de un texto constitucional tiene su repercusión en los códigos que nacen bajo su vigencia, sobre todo en materia penal, y en el caso de España esta circunstancia fue especialmente manifiesta.

Cuestión distinta es el tiempo transcurrido entre la aprobación de una Constitución y la de un Código -en el caso de la España del siglo XIX debido a los pronunciamientos golpistas continuos impedían la consolidación de cualquier cambio-, que no solamente dificultaba su implantación, sino incluso su propia vigencia, lo que ha llevado a algún autor a calificar irónicamente al Código español de 1822 como inexistente⁵²⁵. Los

⁵²⁴ LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*, (5ª ed. revisada), 1998, pág. 429.

⁵²⁵ PETIT, C. en “El Código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX”, *Historia Contemporánea*, n.º 12, 1965, págs. 51-52. Sobre el modelo español afirma el autor: *“se ha llegado hasta extremos de falta de sensibilidad difícilmente imaginables (...) la historia de los textos jurídicos españoles arroja un saldo tan exiguo que sustrae a la crónica buena parte de su inicial interés. Un fugaz Código penal en 1822, otro, ya menos fugaz de 1848-1850, que constituye aún la base de un*

primeros antecedentes en Europa son, el Código prusiano de 1794, elaborado en el seno del Antiguo Régimen en el marco del absolutismo ilustrado; mientras que la Codificación francesa tiene su razón de ser en la proclamada soberanía popular en la Francia napoleónica y plasmada en el *Code* de 1804⁵²⁶.

Sobre la peculiar inestabilidad española en el siglo XIX resulta elocuente la descripción que del mismo periodo hace, entre los muchos autores que profundizaron en la materia, el profesor QUINTERO OLIVARES⁵²⁷ al recordar que: “*en esa centuria española hubo siete Reyes: Carlos IV, José I, Fernando VII, Isabel II, Amadeo I, Alfonso XII; y dos regencias: la de María Cristina de Borbón respecto de Isabel II y la de María Cristina de Habsburgo ya con Alfonso XIII; una República; tres guerras civiles; la Guerra de la Independencia contra Francia; siete Constituciones o Leyes Fundamentales: Estatuto de Bayona 1808, la Constitución de 1812, el Estatuto Real de 1834, la Constitución de 1837, la Constitución de 1845, la Constitución de 1869 y la de 1876; todo ello unido con sucesivos pronunciamientos militares y golpes de Estado desde el principio del siglo XIX.*

tercero en 1870, un Código de Comercio en 1829, casi de inmediato inservible en la práctica; unas leyes procesales (de enjuiciamiento mercantil, 1830, y civil, 1855) que ni siquiera aspiraron al título de códigos; un Código Civil a finales de siglo (1889), cuando se renuevan las leyes procesales (1881, 1882) y el Código de Comercio (1885). No son muchos ni muy importantes los textos, técnicamente en suspenso a falta de la definición, con el civil, de todo el ordenamiento. Y cuando tal Código por fin llega no se trata de un texto que simplemente se haya hecho esperar: el Código Civil español, sin unificación territorial del derecho privado (arts. 12 a 15), sin monopolio de las fuentes jurídicas (art. 5 y 6 en relación al art. 12, segundo párrafo, y a los arts. 1691 y 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881) y sin estatalización del Derecho (art. 42, con amplias remisiones al derecho matrimonial canónico) resultaba, en sus orígenes, un código sustancialmente inexistente”.

⁵²⁶ ESCUDERO, JA. ob. cit. pág. 889; LALINDE ABADÍA, J. ob. cit. pág. 430; CARONI, P. *Lecciones de Historia...*, ob. cit. Madrid, 2013, págs. 71 y ss.

⁵²⁷ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. pág. 18 y ss.

En este sentido, el autor hace un recordatorio de estos, desde el General ELÍO contra la Constitución de 1812 para reponer a Fernando VII; el de los Generales RIEGO y TORRIJOS contra el absolutismo, brutalmente reprimidos; la “sargentada” en La Granja; las intervenciones militares de ESPARTERO, NARVÁEZ, O’DONNELL; el asesinato del General PRIM, protagonista de la revolución de 1869 llamada “la Gloriosa”; los golpes de Estado del General PAVÍA y MARTÍNEZ CAMPOS.

La dinámica desestabilizadora se prolongaría a principios del siglo XX con la dictadura de PRIMO DE RIVERA 1923 y culminaría, finalmente, con la del general FRANCO tras la Guerra Civil. El tortuoso devenir de España durante ese periodo decimonónico, así como los intentos de algunas potencias europeas por volver al antiguo régimen a través de una serie de alianzas desde la derrota napoleónica de 1814 hasta 1848, son una clara prueba de la veracidad que llevaban las palabras de TOCQUEVILLE, ya recordadas en páginas anteriores, cuando resaltaba la relatividad de los cambios que había generado la Revolución. Habían quedado rescoldos que tardarían décadas en apagarse. Aun así, el caso de España no deja de ser excepcional. Resulta muy difícil encontrar en el entorno occidental, una situación política de inestabilidad tan acusada en un periodo de tiempo tan corto. Los viejos poderes opusieron una feroz resistencia a cualquier atisbo de modernidad⁵²⁸.

⁵²⁸ SOLE TURA y ELISEO AJA, ob. cit. págs. 9-11. Los autores exponen con claridad algunas claves de la renuencia de los viejos estamentos al cambio. “*A principios del siglo XIX España presentaba aún la estructura de la Monarquía Absoluta (...); Al lado de la estructura administrativa se mantenían los poderes estamentales. La nobleza y la Iglesia eran propietarias de las dos terceras partes de todas las tierras, percibían aun derechos señoriales y gozaban de una influencia político-social enorme (...); Tras un periodo de ciertos cambios bajo el reinado de Carlos III, llevados a cabo por sus ministros Campomanes y Floridablanca, a finales del siglo XVIII la Corona se unió con la nobleza y la Iglesia ante el temor de los efectos de la revolución de 1789*”.

No obstante, la vuelta al Antiguo Régimen fue un fenómeno generalizado en Europa y fueron las potencias del viejo continente quienes se encargarían de reinstaurarlo en España a través de un contingente del ejército francés, los cien mil hijos de San Luís, que intervino en España para restaurar el absolutismo y poner fin a la primera etapa liberal de nuestro país.

3. La Codificación Penal⁵²⁹.

Al igual que en los textos constitucionales, los principios sobre los que se asienta la codificación del Derecho Penal del siglo XIX se inspiran en aquellos que nacieron tras el periodo revolucionario francés⁵³⁰, y, en *materia criminis* tiene especial trascendencia

⁵²⁹MARTÍNEZ DHIER, A. “Un tránsito del Antiguo Régimen al Estado Liberal de Derecho en España” (*El siglo XIX español: los pilares de la nueva legislación punitiva*), (REHJ), XXX, 2008, Granada, págs. 425 – 464. “*El siglo XIX en España se caracteriza por una lucha casi constante por la unificación jurídica, y en él se lleva a cabo una intensísima actividad para suplir las piezas de la etapa de la Monarquía Absoluta, por un nuevo sistema jurídico, adecuado y atemperado a la nueva realidad social, que representa el Estado Liberal de Derecho, y en cuya cúspide jurídica está un texto constitucional y una serie de códigos que, en cierta medida, suponen una nacionalización del Derecho, y que reglamentarán las diversas ramas jurídicas. Se proyecta así un sistema estructural de códigos cuyo fin será sustituir, y por tanto derogar, la normativa del régimen anterior, todo ello bajo la influencia del reformismo ilustrado, tendente en lo que se refiere a la legislación punitiva, a la humanización de las penas. Hasta este período, que podemos denominar, en palabras de Tomás y Valiente, del Derecho penal de la Monarquía absoluta, el sistema se acomodaba, siguiendo a Torres Sanz, a tres premisas fundamentales, a partir de las cuales: “se desplegó una ideología penal caracterizada por la admisión de una represión muy amplia tanto desde el punto de vista de las personas que eventualmente podían incurrir en delito-pecado (en realidad todas o casi todas), como desde la perspectiva de las conductas que podían llegar a considerarse pecado-delito; por el vigoroso afianzamiento de una concepción subjetiva de la responsabilidad del pecador-delincuente; y por la utilización de un extremado rigor punitivo por el castigo de los delitos-pecados”: a) el absolutismo político; b) el confesionalismo católico; y c) el estamentalismo social”.*

⁵³⁰ VON LISZT, F. *Tratado de Derecho penal...*, ob. cit. Madrid, 1914, pág. 407. Al respecto, el jurista alemán dirá: “*Pasada la tormenta revolucionaria, el espíritu filosófico entra serenamente en el Derecho Penal*”.

el principio de *legalidad penal*⁵³¹, como base fundamental de la transformación del derecho punitivo del Estado. En este sentido QUINTERO OLIVARES, al decir que: “*la decisión de codificar no es solo, por lo tanto, una modernización del sistema de fuente, clarificando la relación de normas, sino un cambio en la manera de entender la relación entre el Ordenamiento jurídico el Estado y los ciudadanos. Puede decirse que no es simplemente una opción técnica, sino la cristalización de la importancia del principio de legalidad penal con todas sus consecuencias garantistas*”.

A los viejos postulados del Antiguo Régimen, los penalistas de la Ilustración proponen otras alternativas que se manifiestan en distintas corrientes como, *el utilitarismo* (la acción punitiva debe corresponderse con la utilidad social); *el humanitarismo*, (atemperamiento y corrección de excesos en la aplicación de las penas, eliminación de la tortura y revisión de las condiciones carcelarias), y la *proporcionalidad de la pena*, es decir, la imposición de esta conforme a criterios de culpabilidad mediante el establecimiento de diferentes grados.

Esta nueva forma de enfocar el Derecho Penal empezará a correr como la pólvora por el continente, sobre todo, a partir de las reflexiones de BECCARIA⁵³² en su obra *Dei delitti e delle pene* (*De los delitos y las penas*), cuyo contenido proclama la necesaria trascendencia de la Ley -como fruto de la actividad parlamentaria y por tanto resultado de la voluntad popular-, debiendo aquella actuar como límite a la arbitrariedad del juez al aplicar las penas⁵³³. Se trata de un principio que trasciende lo estrictamente jurídico y

⁵³¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. págs. 29-30.

⁵³² MANJÓN-CABEZA, A. “Constitución de 1812 y Código penal de 1822”, RDPC, 3ª época, n° 9 (enero de 2013).

⁵³³ En palabras de PAREJO ALFONSO, “*El problema del control judicial es tan antiguo como el establecimiento de la específica interpretación del principio de división de poderes como separación* (en

alcanza de lleno el ámbito político, o lo que algunos autores⁵³⁴ denominan el significado político del principio de legalidad penal: “*sólo, pues, el Legislador que es el que representa a toda la sociedad unida por el contrato social*” puede aprobar, por razones de necesidad (y de ahí las tesis utilitaristas de la pena), la limitación o, incluso, la supresión de la libertad”. Pero la consagración del principio de legalidad no es exclusiva del derecho continental, como tampoco la idea de codificación, de hecho, algún autor en su estudio del *Common Law* a propósito de la idea de codificación y la relevancia del principio de legalidad considera el proceso codificador inglés como una obra (previa a la iniciada en Europa), inacabada⁵³⁵.

En la doctrina anglosajona el *Rule of Law* o Imperio de la ley, asimilada al concepto occidental de *Estado de Derecho*, es una expresión que empezó a ser usada en la Gran Bretaña del siglo XVI y empleada más tarde por el teólogo escocés Samuel

beneficio de la exención judicial del poder ejecutivo) por la Asamblea Constituyente francesa de 16-24 de agosto de 1790”. Véase, administrar y juzgar, ...ob. cit. págs. 25-26.

⁵³⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Sobre el principio de legalidad penal*, Valencia, 2009, pág. 11. “*Este planteamiento es el único que se cohonesta con los orígenes ilustrados del Principio de Legalidad; y en este sentido se expresaba quien mejor representó esos antecedentes (BECCARIA) (...) “La primera consecuencia de estos principios es, que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el Legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”.*

⁵³⁵MELERO MERINO FJ. “Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal” (*Introducción al estudio del derecho sustantivo angloamericano*), Pompeu y Fabra, Barcelona, 1994 págs.81-104. Sobre el principio de legalidad véase también la obra de Carmen LAMARCA PÉREZ, “Sobre el principio de legalidad” en “*Eunomía, Revista en Cultura de la legalidad*”, n.º 1, septiembre 2011-febrero 2012, págs. 156-160. En este sentido la autora dice: “*La legalidad no es, sin embargo, un concepto reciente; al margen de precedentes más o menos remotos (Lamarca, 1987, 1: 45 ss.), cabe considerar al principio de legalidad como un “hijo de la Ilustración” que surge en los orígenes ideológicos del Derecho Penal moderno como la primera consecuencia del fundamento contractual del ius puniendi, pero también, y al mismo tiempo, como el primero de sus límites.*

RUTHERFORD para argumentar en contra del derecho divino de los Reyes, y que en el mundo jurídico anglosajón es una máxima inquebrantable.

Se podría atisbar cierto paralelismo, por tanto, entre el principio de legalidad del derecho continental y el concepto de *fair labelling* del sistema del *Common Law*, que se concreta en la exigencia de nombrar de forma clara y cierta los determinados comportamientos considerados como delictivos, con la finalidad de representar efectivamente la naturaleza de la conducta y la magnitud de la transgresión respecto de la norma jurídico-penal correlativa.

Llegados a este punto, es ineludible establecer cierta relación, y, volviendo la mirada hacia la historia de la evolución de los delitos de falsedad desde sus inicios en Roma como *crimen de falsi*, y el inacabable elenco de conductas que integraba la legislación antigua al respecto (recuérdese la *Lex Cornelia*), se puede atisbar cierta similitud -salvando las distancias contextuales-, entre la continua y perseverante búsqueda de leyes en el Derecho Romano para regular la mayor cantidad de actos delictivos, y el consagrado principio de legalidad nacido de la Ilustración, en cuya genética, ambos acontecimientos conllevaban desde su origen la idea o el espíritu de “no dejar resquicio alguno a la aplicación arbitraria del Derecho”.

Volviendo al contexto español, hay que decir que a lo largo de toda la centuria del XIX y primeras décadas del XX, tanto las constituciones aprobadas en ese periodo, como la legislación penal que las sucedía -en forma de Códigos⁵³⁶-, presentarán unas

⁵³⁶ Según MARTÍNEZ DHIER, “A partir de ahora, el Constitucionalismo histórico español sienta, entre sus postulados, la idea de la necesidad de la unificación de códigos y de fueros. En lo que se refiere al primer aspecto pueden citarse, entre otros, los siguientes mandatos constitucionales del siglo XIX: Artículo XCVI del Estatuto de Bayona de 1808: “Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo código de leyes civiles y criminales”. Artículo 258 de la Constitución de 1812: “El Código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares

características muy distintas en función del color político del gobierno de turno; si era de ideología liberal se reflejaba en el intento de introducir los principios ilustrados; por el contrario, si se trataba de un gobierno conservador, se observará un retroceso en términos de garantías y una marcada intención de retornar a los postulados del Antiguo Régimen.

Esta lucha para apropiarse de la “Soberanía”, secuestrada durante siglos por la Monarquía en connivencia con la Iglesia, será puesta de manifiesto por los juristas⁵³⁷: “*la posición triunfadora de Cádiz* (en referencia al discurso preliminar de la Constitución de 1812), *tardará muchos años en abrirse camino, mientras que la soberanía monárquica se aplicará durante décadas*”.

La influencia de las nuevas corrientes liberales en la redacción del primer Código Penal español y concretamente de la Constitución de 1812 es objeto de análisis por la doctrina, y en sus exposiciones se puede percibir las dificultades que hubo para dar vida a un Código Penal nuevo que rompía con la tradición penal del Antiguo Régimen basada en una legislación anquilosada en el pasado.

Una primera muestra de esas divergencias se manifestará en la redacción del primer Código Penal de 1822, aprobado no en vano en el llamado trienio liberal (1820-1823) que se alcanzó tras la sublevación militar de Rafael RIEGO restableciéndose la Constitución de 1812 y obligando a FERNANDO VII a prestarla juramento.

circunstancias podrán hacer las Cortes”. Artículo 4 de la Constitución de 1837: “*Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales*”. Y la misma redacción en posteriores preceptos, así el Artículo 4 de la Constitución de 1845; Artículo 91 de la Constitución de 1869; Artículo 75 de la Constitución de 1876; “*Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes [...]*”, en MARTÍNEZ DHIER, A. ob. cit. págs. 15 y ss.

⁵³⁷ SOLÉ TURA, J y AJA FERNÁNDEZ, E. *Constituciones y periodos constituyentes*, ob. cit. pág. 17.

Sobre la incidencia de este primer constitucionalismo en la legislación penal destacan algunas opiniones doctrinales. A modo de ejemplo, y sobre el primer texto punitivo de 1822, decir que fue calificado por ANTÓN ONECA como “palenque” en que lucharon las ideas del Antiguo Régimen con las reformistas. Más explícito es GARCÍA DE ENTERRÍA al hacer alusión a ese concepto de Constitución que surge de la Ilustración, y que “va a sufrir embates” desde la derecha, por las Monarquías restauradas tras la Revolución francesa que darán preferencia a la idea formal de Constitución; así como desde la izquierda⁵³⁸. Para otros como Ferdinand LASALLE⁵³⁹, “*la Constitución escrita sería una mera hoja de papel*” y lo que cuenta “*es la Constitución real y efectiva*”. También contundente se muestra DORADO MONTERO⁵⁴⁰, ofrece un planteamiento de cómo debe ser la nueva concepción penal, “*la función penal como función*

⁵³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit. págs. 47-48. Así lo explica. “*Los ataques de la derecha ideológica provenientes de la Restauración monárquica tras la caída de Napoleón. Estas Monarquías van a recoger de la idea constitucional únicamente lo que contiene de codificación formal del sistema político superior, así como, si acaso, alguno de sus contenidos menos peligrosos, de los que pasa a hacer simple retórica (...) El ataque por la izquierda al concepto originario de Constitución procede de la izquierda hegeliana y, finalmente del marxismo en que ésta desemboca*”.

⁵³⁹ LASALLE, F. *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, CÉNIT, 1931. Véase también de este autor, *¿Qué es una Constitución?*, en “Conferencia pronunciada en Berlín en 1862”, presentación de Chantal LÓPEZ y Omar CORTÉS, 1ª ed. cibernética, México, 2005.

“*He ahí, pues, señores, lo que es, en esencia, la Constitución de un país: la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. ¿Pero qué relación guarda esto con lo que vulgarmente se llama Constitución, es decir, con la Constitución jurídica? No es difícil, señores, comprender la relación que ambos conceptos guardan entre sí.*

Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado (...) Hemos visto, señores, qué relación guardan entre sí las dos Constituciones de un país, esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la hoja de papel”.

⁵⁴⁰ DORADO MONTERO, P. *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Málaga, 2003, págs. 9 y 10.

predominantemente social sometida a constante renovación donde las nuevas ideas van sustituyendo a las antiguas y la construcción legislativa y práctica de los delitos y las penas del momento deben ser sustituidas por aquellas que responden adecuadamente a las exigencias de la vida y el pensamiento moderno”, y hace una comparación muy ilustrativa a propósito de los involucionistas en esta materia: “Sería un anacronismo mantener, en una maquinaria nueva, piezas antiguas, enmohecidas, que no sirvieran para nada más que para poner obstáculos al normal funcionamiento de aquella”.

Desde luego parece incuestionable, en lo que se refiere a la Codificación penal en España -y su inescindible relación con el constitucionalismo-, que la cuestión ideológica no es que fuese un problema, sino que fue el problema en sí mismo, y en este sentido QUINTERO OLIVARES⁵⁴¹ señala, *“la especial situación en la que se encontraban, quienes pretendían una reforma legislativa revolucionaria y las inercias de la tradición”.*

Como en todos los temas relevantes en el Derecho, sobre el origen de la Codificación existen diversidad de teorías y opiniones; no obstante, la mayoría de la doctrina, por todos BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE⁵⁴², coincide en situar cronológicamente este fenómeno, desde finales del siglo XVIII -siendo la Revolución francesa el hecho histórico más trascendente de esa época-, alcanzando su máximo auge y consolidación en el siglo XIX. *“Aunque puede hablarse de ideas penales importantes anteriores al periodo codificador del siglo XIX, no existía hasta entonces un sistema*

⁵⁴¹ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia penal de España*, ob. cit. pág. 27.

⁵⁴² ANTÓN ONECA, J. (AAVV), *Estudios penales*. 1982, pág.69. Según este autor, *“El antecedente más claro del movimiento codificador, amplia y brillantemente estudiado por el profesor Antón Oneca, se produce en el tercio final del siglo XVIII. En concreto lo constituye el contenido de la orden que el ministro don Manuel de la Roda dio en 1776 al Consejo de Castilla, y que éste trasladó a don Manuel de Lardizábal. El encargo, más que realizar un Código criminal, consistía en efectuar una refundición de las leyes penales vigentes en ese momento histórico, extraer de los cuerpos legales en vigor las disposiciones con carácter punitivo para constituir un cuerpo legal aparte, pero sin introducir leyes penales nuevas”.*

siquiera parecido al Estado de Derecho, ausente durante la monarquía absoluta en los siglos XVI, XVII Y XVIII, lo que afecta a la creación del derecho, a las garantías del proceso y a la legitimidad e imparcialidad de los Tribunales”⁵⁴³.

MURILLO RUBIERA⁵⁴⁴ al explicar los presupuestos del movimiento codificador dice, “*aparecieron claras las influencias que en el pensar jurídico ejercían corrientes doctrinales muy distintas pero vinculadas entre sí -racionalismo, teoría de la legislación, historicismo, derecho científico, positivismo-, que maduraron y tuvieron una vigencia determinante en la Europa post-napoleónica...y el pensamiento jurídico que llenó aquella segunda centuria llevaba una tendencia que pugnaba por plasmarse en nuevas realidades legislativas, los códigos*”. O, como manifiesta JIMÉNEZ DE ASÚA⁵⁴⁵utilizando una expresión deportiva, al decir, “*aunque durante el siglo XVIII, aparecen algunos cuerpos de leyes penales que se han denominado Códigos, la época codificadora debuta realmente con la Revolución francesa*”.

Lo que parece incuestionable, en lo que se refiere a Europa en general y, a España en particular, es que el movimiento codificador unido al inicio al auge del constitucionalismo trajo consigo la definitiva labor de unificación legislativa en el campo del Derecho Penal⁵⁴⁶.

⁵⁴³ *Ibidem*, págs.28 y 29.

⁵⁴⁴ MURILLO RUBIERA, F. *Fuentes ideológicas y normativas de la Codificación Latinoamericana*. (Codificación y sistema jurídico iberoamericano), Buenos Aires, 1992, pág.141.

⁵⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, L *El Código Penal*, Vol. 1º, 1ª ed. Madrid, 1933, pág.79.

⁵⁴⁶ANTÓN ONECA, J. *Estudios penales*, (AAVV), ob. cit. 69.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA PROFESIÓN DE ABOGADOS Y PROCURADORES

A PARTIR DE LA ILUSTRACIÓN

1. Introducción

A principios del siglo XIX la formación de la abogacía, además de una exigencia obligada, se encuentra con una situación excepcional por el movimiento sísmico que supone la Revolución y sus consecuencias. Tal es la conciencia en este ámbito, que se producirán nada menos que veintidós cambios en cuanto a los planes de estudio y preparación para su ejercicio⁵⁴⁷. Como expone MARTÍNEZ NEIRA en *Historia de la abogacía española*, “los nuevos planes de estudio hubieron de adecuarse a la recién emergente cultura de la codificación, que desplazó al viejo *Ius Comune*. El estudio del *Corpus Iuris Civilis* y del *Corpus Iuris Canonici* de estructura casuística, fragmentaria e incompleta es sustituido por una visión sistemática y más completa del Derecho”. De inicio, se consideró obligatoria la inclusión del llamado Derecho patrio, que ya venía exigiéndose desde principios del siglo XVIII, con FELIPE V y durante el reinado de CARLOS III; la obligatoriedad del Derecho natural y de la economía política, en este último aspecto, hay que recordar la relevancia que había adquirido la consolidación del orden burgués donde los derechos venían determinados por la capacidad económica, aunque esto no debe considerarse como una novedad, ya dijimos que la abogacía desde sus primeros tiempos había sido una actividad elitista; sin embargo, los postulados burgueses no hacen sino reafirmar esa realidad debido a la nueva proyección que adquiere la burguesía liberal en el orden económico. También en esta materia relativa a la formación de los abogados se notarán las diferencias ideológicas, y, a medida que se van

⁵⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S. Vol. 2 º, ob. cit. pág. 1415 y ss.

produciendo cambios políticos en los diferentes gobiernos, estos dejarán su impronta en los planes de estudios en consonancia con su forma de entender el derecho y la sociedad, en definitiva, enfocar la preparación de los juristas con arreglo a su ideología⁵⁴⁸. La relevancia que adquiere la preparación de letrados se refleja en algunas disposiciones como la Real Orden de 1802 bajo reinado de CARLOS IV exigiendo, por una parte, un periodo formativo de cuatro años de estudios y otros dos de pasantía con carácter obligatorio para la acceder al ejercicio profesional; y, con carácter previo, los años de bachiller habituales, lo que suponía una década de formación obligatoria. La materia objeto de estudio, eran las *Instituciones de Castilla* y *La Recopilación*, así como *Las Leyes de Toro* y *La Curia Filípica*⁵⁴⁹.

Otra reforma del plan de estudios de 1807 viene a confirmar la plasmación de los principios ilustrados en la enseñanza a través del planteamiento filosófico del Derecho natural; sin embargo, la implantación de esta nueva tendencia en favor del pensamiento iusnaturalista en la formación de los juristas será relativo y desigual, debido a la endémica resistencia al cambio⁵⁵⁰ desde las estructuras de poder.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, págs. 1418 y ss.

⁵⁴⁹JORDÁN DE ASSO, I. y DE MANUEL Y RODRÍGUEZ, M. *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, Madrid, 1786, 4ª ed.; DE HEVIA BOLAÑOS, J. *La Curia Filípica*, Madrid, 1652 (Sobre la materia criminal págs. 122 y ss. de la edición de 1652); FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, A. *Historia del Derecho Real de España*, 1738; MARTÍNEZ MARINA, F. *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y cuerpos legales reynos Castilla y León*. Madrid, 1808.

⁵⁵⁰ Ejemplo de esa resistencia la Real Orden fechada en Aranjuez y 19 de junio de 1794. En ella se argumentaba que: “*algunos hombres sabios y celosos, eclesiásticos y seculares, han sido y son de parecer que las cátedras de derecho natural y de gentes establecidas en algunas universidades, en los Estudios Reales de San Isidro y en el Seminario de Nobles son sumamente peligrosas y más en las actuales circunstancias, pues sin embargo de que por el fin a que se dirixen se juzgaron titiles quando se erixieron, la experiencia ha enseñado que llevan consigo el riesgo casi inevitable de que la juventud inbuída de principios contrarios a nuestra constitución saque consecuencias perniciosas que pueden irse propagando y producir un trastorno en el modo de pensar de la nación*». Véase, MARTÍNEZ NEIRA, M. “¿Una

En este sentido MARTÍNEZ NEIRA opina que, “*si bien el plan de 1807 había sido una plasmación casi perfecta del ideal ilustrado, cuyos resultados fueron la reducción de la formación romanista del derecho, el protagonismo del derecho patrio y la aparición de la economía política, ese nivel de tolerancia y novedad tuvo una respuesta negativa con la llegada de FERNANDO VII, quien propuso el retorno al antiguo sistema, lo que provocó una tercera modificación de los estudios en la formación de los Letrados*⁵⁵¹, cuyo resultado fue el plan de 1818, que no es sino una mezcla de los dos anteriores de 1802 y 1807⁵⁵².”

Con la llegada del trienio liberal se propone un nuevo plan en 1820, y se sustituye el estudio de la *Novísima Recopilación* por el Derecho natural y de gentes, el de las *Partidas* por el de la Constitución política de la Monarquía; y como gran novedad, aparece en 1821 el primer *Reglamento de Instrucción pública* sobre el que realiza un extraordinario trabajo ARAQUE HONTANGAS⁵⁵³.

supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del Derecho en el reinado de Carlos IV”, AHDE, n ° 68, 1998, pág. 525.

⁵⁵¹ MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. pág.1422.

⁵⁵² PESET, M. “Enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII”, (1808-1833), AHDE, n ° 38, 1968, pág. 300.

⁵⁵³ “Mediante una orden de 18 de junio comunicada por el ministro de la Gobernación, el rey encargaba un informe para proceder al arreglo de los distintos niveles de la instrucción pública (...) El documento del Informe, al cual se le puede considerar como el primer texto programático del liberalismo español en materia educativa, fue entregado a las Cortes, redactado principalmente por QUINTANA y datado en Cádiz el 9 de septiembre de 1813, con el título de Informe de la Junta creada por la Regencia para proponer los medios de proceder al arreglo de los diversos ramos de la Instrucción pública, cuyo contenido respondía a la ideología liberal en materia educativa, impregnado del pensamiento laicista y patriótico de Quintana, que para algunos autores no era el reaccionario sino el liberal y moderno, al igual que su moralismo no era “el clerical sino el laicista y moderno”(…) El Informe también hace mención a que la mayoría de los Gobiernos no habían tenido una fuerte intención de mejorar las facultades intelectuales de los españoles, puesto que era impensable una mejora educativa en un país donde todavía había Inquisición y se negaba la libertad de imprenta. Se relacionaron los términos de ignorante y esclavo como si fueran sinónimos, para hacer hincapié en que los españoles estuvieron sometidos a una opresión que les hacía

Tras otra intervención reaccionaria de Fernando VII en 1824 se instaura un nuevo plan de carácter involucionista ya que el citado monarca -de infausto recuerdo en nuestra historia-, siempre fue un obstáculo a cualquier cambio que supusiese salirse de la rigidez del Antiguo Régimen⁵⁵⁴. Habría que esperar a su muerte para retomar el proyecto de enseñanza liberal que se reinicia con el Plan PIDAL de 1845, pero como manifiesta PESET, este, “*no será una realidad hasta 1857*”⁵⁵⁵. Se consolida un sistema de grados de tres fases, bachiller, licenciatura y doctorado, considerando el primero como de formación básica perdiendo la relevancia que tuvo antaño.

Para MUÑOZ MACHADO, la integración de la cátedra de filosofía del derecho en el doctorado significa el triunfo de la ideología liberal y del pensamiento estatalista, que habían anulado el poder constituyente del pueblo surgido de la revolución de 1848, siendo determinante el papel de la escuela historicista cuyos fundamentos se impusieron al pensamiento iusnaturalista⁵⁵⁶.

ser esclavos y de esta manera era imposible sacarles de su ignorancia si el pueblo no podía dejar de ser esclavo, ¿a qué empeñarse inútilmente en que no fuese ignorante?, en ARAQUE HONTANGAS, N. *Manuel José Quintana y la instrucción pública*, Madrid, 2013, págs. 38 y ss.

⁵⁵⁴ “*En el reinado de Fernando VII los liberales intentan algo más radical, pero en Cádiz no pasó de un proyecto, y la reforma del trienio liberal, aunque comenzó a implantarse, es tajantemente anulada con la vuelta de los realistas*”, en PESET, M. ob. cit. “*Enseñanza del derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII*”, (1808-1833), *AHDE*, n ° 38, 1968, ob. cit. págs.229 y ss.

⁵⁵⁵ “*Desde las Cortes de Cádiz, existe una decidida voluntad de transformación por parte del poder central que, sin embargo, no se hará realidad hasta 1857, al menos de una manera definitiva*”, en este sentido PESET, M. en “*El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las facultades de Derecho*”, *AHDE*, n ° 40, 1970, pág.613 y ss.

⁵⁵⁶ MUÑOZ MACHADO, S. ob. cit. pág. 1455.

2. La Abogacía y la Procura a partir de la Codificación y el Constitucionalismo. La consolidación definitiva de los Colegios profesionales.

2.1 La Abogacía.

Ya en el siglo XIX, debido a los cambios tan profundos que experimentó el derecho, la formación de los abogados se tornó en obligada y continua. La formación permanente para ÁLVAREZ ALONSO⁵⁵⁷, era un requisito exigible y reiteradamente recordado por todos los medios jurídicos, entre otras razones, “*por ser el mecanismo que distingue realmente al verdadero jurisconsulto del legista*”.

Importante, y justo también, es subrayar también el protagonismo de la abogacía, especialmente, el Colegio de Abogados de Madrid en la consolidación del Estado liberal, o como expresa MARTÍ MINGARRO⁵⁵⁸, “*el histórico protagonismo de la abogacía española en la definitiva superación del modelo político del Antiguo Régimen*”. Esto es una realidad que no debe soslayarse, no debemos confundir las instituciones -en este caso los Colegios de Abogados, que como tales instituciones intentan ser controladas por el poder político-, con las personas, y la historia está repleta de profesionales de la abogacía cuyo esfuerzo a veces pagaron con la vida y que contribuyeron enormemente con su esfuerzo a la democratización de la sociedad.

No vamos a profundizar sobre esta institución en particular en el marco del siglo XX ya que desarrollaremos su régimen jurídico actual en el Capítulo correspondiente a

⁵⁵⁷ MUÑOZ MACHADO, S. Vol.2 ° ob. cit. “El abogado en la época isabelina”, pág. 1231.

⁵⁵⁸ MARTÍ MINGARRO, L. *El abogado en la historia. Un defensor de la razón y la civilización*, Madrid, 2001, págs. 128-129. Véase también, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos*, (Nota-Epílogo), Madrid, 1995.

los sujetos activos del delito de infidelidad documental más adelante. No obstante, me parece necesario hacer alusión a algunos aspectos importantes que han caracterizado a la abogacía durante largas décadas y sobre todo en el periodo de la dictadura franquista.

Al igual que cualquier otra institución del Estado de aquella época, el Colegio de Abogados de Madrid, fue controlado por miembros del régimen representados por el sector del catolicismo colaboracionista y la FET de las JONS, que desde los inicios de la dictadura extendieron sus tentáculos a estas corporaciones con el fin de controlar a sus miembros, así como sus inclinaciones políticas y religiosas⁵⁵⁹. A modo de ejemplo, en lo que al Colegio de Abogados como institución se refiere, en el Libro 22 de Actas de la Junta de Gobierno del ICAM de 1939-40 puede leerse en su 1ª página: *“al iniciarse en 18 de julio de 1936 el glorioso movimiento salvador de España, un grupo de abogados, auxiliados por las que llamadas milicias populares, se incautó de esta ilustre corporación...”*; y, en su 2ª página se hace referencia a la *“reunión celebrada por la Junta de Gobierno el día 29 de julio de 1939, año de la victoria”*, por lo que sobra cualquier comentario más al respecto⁵⁶⁰.

Pero a finales de aquel periodo, la situación del Derecho y la abogacía se podría resumir en un par de ejemplos dramáticos: el asesinato del estudiante de Derecho Enrique Ruano en 1969 y el de los abogados de Atocha en enero de 1977, ya muerto el propio dictador.

⁵⁵⁹GENIEYS, W. *Les élites espagnoles fase à l'Etat. Changements de régimes politiques et dynamiques centre-périphéries*, Paris, 1997.

⁵⁶⁰ Véase, Actas de la Junta de Gobierno (1939-1940) Libro 22, [SC AHICAM 2.1.1.22], en Patrimonio documental del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, enlace:
<https://patrimoniodocumental.icam.es/es/consulta/registro.do?id=30201>

Muy revelador es el artículo que publica el abogado español y *barrister* en Londres León Fernando DEL CANTO, titulado “La abogacía de toda la vida”: entre el franquismo sociológico y el normativo”. En éste analiza los rescoldos del pasado franquista en la abogacía desde ambas perspectivas. En cuanto a la primera (sociológica), resalta esa expresión del “abogado de toda la vida” que se identificaba con un estereotipo muy definido, tener ciertos apellidos, además de una afiliación política determinada, así como encajar con el Colegio de Abogados que le correspondiese por zona.

Pero lo más interesante a destacar es sin duda el que denomina franquismo normativo, al dejar patente que quedan residuos de aquel periodo, por ejemplo, *“al afirmar que tanto el Consejo General de la Abogacía Española como los Colegios de Abogados, responden en su organización, su estructura normativa y su cultura a muchos de los patrones de esa abogacía corporativista y conservadora del primer franquismo: la abogacía de toda la vida”*. Como ejemplo pone el Decreto fundacional del propio Consejo General de la Abogacía de 19 de junio de 1943 regulado por un Reglamento aprobado en 2018 pero sin abandonar la línea tradicional marcada en Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales. Sobre dicho reglamento del Consejo (formado por 83 decanos), manifiesta que carece de las garantías necesarias establecidas en nuestra Constitución para el funcionamiento democrático de los 150.000 abogados (as) españoles, en el que ni siquiera menciona la Carta Magna en el listado de la normativa profesional⁵⁶¹

⁵⁶¹ OLLERO GÓMEZ, C. “Cambio político, monarquía parlamentaria y consolidación de la democracia”, en *Cuenta y Razón*, n.º 17 de mayo-junio 1984. Véase también:

<https://confilegal.com/20200309-la-abogacia-de-toda-la-vida-entre-el-franquismo-sociologico-y-el-normativo/>

<https://www.abogacia.es/conocenos/consejo-general/historia/>

2.2 La Procura

Ya en el siglo XIX hay que diferenciar entre los procuradores de inferior rango a los "*Procuradores de Número*" y los de "*Corte y Villa*" aparecidos en el siglo XVIII, pero de igual utilidad a la Justicia, conocidos con el significativo nombre de "*Procuradores de la Villa*" simplemente o "*Procuradores de los Tribunales inferiores*" que actuaban en los Juzgados de los tenientes, Vicaría eclesiástica, y Auditoría de guerra. Entre estos y los "*Procuradores del Número*" o "*Procuradores de los Tribunales superiores*" congregados desde el siglo XVI, se firmó una concordia el 12 de mayo de 1841 por la que se refundían en una sola corporación y creaban el Colegio de Procuradores de Madrid, redactando unos estatutos que fueron aprobados el 17 de agosto de 1842. Por estos años tan solo tres cuerpos colegiados más existían en Madrid: el Colegio de Abogados, el Colegio de Escribanos Notarios, y el Colegio de Agentes de Negocios.

Entre finales del siglo XIX y principios del XX interesa destacar las llamadas Asambleas Generales de Procuradores, las tres primeras celebradas en Madrid en los años 1890, 1904, y 1914, y la cuarta y última en Barcelona en 1922. Es en la tercera de ellas (Madrid, 1914), donde con mayor fuerza se abordó el tema de la limitación del número de procuradores, medida de corte proteccionista que pretendía evitar un exceso de competencia entre éstos a causa del elevado número de profesionales ejercientes, pero que no fue atendida por el legislador para quien prevaleció la idea de que fuese la libre competencia y la dialéctica entre oferta y demanda la que dominase, amparando su decisión en la negativa a acotar el campo de elección de los litigantes así como a perjudicar derechos ya adquiridos.

Merece destacarse que, si la II República había establecido una medida de corte proteccionista al recuperar la limitación del número, traía consigo otra que con el transcurrir de los años se descubriría de gran importancia para la profesión. Nos referimos al levantamiento de la prohibición, presente desde *Las Partidas*, de que la mujer pudiese ejercer la representación en juicio. Medida de la que hay que culpar a los sistemas socioculturales que han regido buena parte de nuestra historia y que buscaban apartar a la mujer de la vida social activa. Basado en el principio de igualdad entre los sexos declarado en la Constitución de 1931, el Decreto de 6 de mayo de 1933 abolía aquella prohibición. A partir de ese momento, si bien al principio de forma tímida, la incorporación de la mujer a la profesión ha sido un factor de gran relevancia social, hasta constatarse el hecho de que en nuestros días su presencia es ya mayoritaria⁵⁶².

En los años turbulentos de la Guerra Civil, instalado el Tribunal Supremo en la ciudad de Valladolid se dictó una Orden Ministerial que, aunque no llegara apenas a estar en vigor al haberse publicado tan solo un mes antes del fin de la contienda, era harto significativa en cuanto a la consideración que el Colegio de Procuradores de Madrid ostentaba, al no ser permitidos otros Procuradores para ejercer en él que aquellos que lo fueran del Colegio de Madrid⁵⁶³.

Al igual que respecto al Colegio de Abogados, entendemos innecesario ahondar más sobre aspectos políticos o sociales en lo referente a los Colegios Procuradores ya que, de igual manera, su régimen jurídico se analizará en el contexto actual de la legislación vigente en la tercera parte de este trabajo, cuando abordemos directamente el

⁵⁶² *Historia del Procurador*, Zaragoza, ob. cit. en:

<https://procuradores.net/historia-del-procurador-y-de-colegio/>

⁵⁶³ CABALLERO AGUADO, J. *La institución: Historia*. “Sucinta Historia del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid”, en: http://www.icpm.es/institucion_historia.asp.

artículo 465 del Código Penal que contempla como sujetos activos del delito de infidelidad en la custodia de documentos a estos profesionales con carácter específico. Pero nos ha parecido necesario y de interés hacer referencia a estos aspectos extrajurídicos al igual que lo han hecho otros compañeros abogados y juristas sobre estas instituciones.

CAPÍTULO TERCERO. TRATAMIENTO GENERAL DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES HISTÓRICOS Y DE LA INFIDELIDAD DOCUMENTAL EN PARTICULAR

I. CONSTITUCIÓN DE 1812 Y EL CÓDIGO DE 1822⁵⁶⁴

1. Consideraciones generales.

El primer Código Penal de nuestra historia de 1822 nació bajo la vigencia de la primera Constitución española de 1812, surgida en un momento en que la sociedad estamental estaba en crisis⁵⁶⁵. La vida de ambos textos fue efímera y compleja, debido a la oposición de los sectores más reaccionarios a cualquier cambio. El primer tercio del siglo XIX España se caracteriza, lamentablemente, por el protagonismo de los gobiernos de Fernando VII que, a excepción de los cortos periodos como el de Cádiz con la Constitución de 1812 y el trienio liberal de 1820-23, impidieron cualquier avance o modernización del país desde cualquier ámbito, social, político y jurídico. Esto lo expone la autora MANJÓN-CABEZA OLMEDA al decir que, “*la legislación vigente en España*

⁵⁶⁴“*El sistema vigente desde el siglo XIII se interrumpe en 1822 tras la promulgación del primer Código penal. Sin embargo, las circunstancias políticas que envuelven a esta obra van a determinar su abolición un año más tarde, y su falta de vigor permitirá que el viejo sistema que había nacido como fruto de la Recepción se prolongue de nuevo hasta 1848, fecha en que un nuevo Código reemplazo al anterior con mejor fortuna*”, ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 182.

⁵⁶⁵ SÁNCHEZ-ARCILLA, J. *Historia del Derecho. Instituciones políticas y administrativas*, Madrid, 1995, pág. 821. “*La estructura social española venía impuesta desde arriba mediante un sistema de privilegios concedidos por el grupo que tenía el poder (...) La reacción contra este tipo de organización se inició con la ilustración, para la que el individuo es el elemento social fundamental. En la concepción ilustrada del Estado se encuentran ya implícitamente las doctrinas liberales: el Estado no es otra cosa que el resultado de un contrato entre los individuos de la sociedad, que pactan libremente*”.

en el comienzo del siglo XIX era la contenida en la Novísima Recopilación, siendo Las Partidas de aplicación supletoria. Las normas de Derecho Penal se recogían en el Libro XII de la Novísima Recopilación...”. Esta será una de las razones por la que los principios y valores que manaron de la Ilustración tardarían en consolidarse en España⁵⁶⁶.

Esa inestabilidad política provocó desconfianza en el legislador, que se vio obligado a buscar allende nuestras fronteras el apoyo jurídico necesario para trasladar a España los postulados del constitucionalismo europeo moderno y, con ello, crear una nueva legislación acorde a los nuevos tiempos. En materia penal, el Código francés de 1810 inspiró notablemente la confección del primer Código Penal español, aunque tal influencia no termina de liberar del todo al Derecho español de su pasado, y como recuerda algún autor⁵⁶⁷, al decir de PACHECO, sobre el Código Penal de 1822: *“hay en él algo del Fuero Juzgo y de Las Partidas envuelto en el carácter del Código napoleónico”*. Sobre la exigua vida de estas leyes pioneras en nuestro derecho, la Constitución de 1812 y el Código Penal de 1822 se pronunciaba también ALEJANDRE: *“el artículo 258 de la Constitución de 1812 preconizaba la formación de un código criminal que sería único para toda la Monarquía, pero los subsiguientes avatares políticos dejaron en suspenso la citada Constitución y con ello aplazado el proyecto codificador. Sin embargo, tras el restablecimiento del régimen constitucional en 1820, el propósito de las constituyentes de Cádiz toma de nuevo impulso y las Cortes de ese mismo año inician la tarea de elaborar un Código Penal nombrando una comisión con tan específico fin. Fruto de su labor sería dos años más tarde la aprobación del citado*

⁵⁶⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822”, (Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la vigencia del texto penal) Madrid, 2013, págs. 143-172.

⁵⁶⁷ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho...* ob. cit. pág.497; ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 183; FRANCISCO PACHECO, J. *El Código Penal*, ob. cit., pág. LVII (57).

Código que aparecía como producto del régimen constitucional, razón por la que la vuelta al año siguiente al régimen absolutista afectó de tal manera a aquella obra jurídica que su vigencia quedó indefinidamente interrumpida”.

En cuanto al Código Penal de 1822, es muy revelador el artículo de ANTÓN ONECA⁵⁶⁸ sobre las iniciativas que precedieron al Código para entenderlo en su contexto histórico ilustrándonos acerca de los informes que sobre él se hicieron por entidades diversas que, básicamente, tratan sobre las sesiones diarias de 23 de noviembre de 1821 a 13 de febrero de 1823. Este proyecto es considerado por el autor la obra legislativa más importante de aquellas Cortes, en el que fueron protagonistas personajes de la época como CALATRAVA, el Conde de Toreno, MARTÍNEZ DE LA ROSA, FLOREZ ESTRADA o ARGUELLES.

Para entender el espíritu de este primer Código Penal, se remonta al reinado de Carlos III bajo cuyo mandato destaca” *la Orden del ministro Manuel DE LA RODA dirigida en 1776 al Consejo de Castilla solicitando información sobre algunos temas penales que preocupaban por aquel tiempo en todo el mundo ilustrado*”, y “*el encargo del Consejo de Castilla a don Manuel de LARDIZABAL de un extracto de las leyes penales existentes*” para su supervisión.

Esto es una muestra que revela la preocupación que décadas antes a la aprobación del Código había en materia de Derecho Penal. Tres comisiones fueron nombradas para la elaboración del Código, 1811, 1813 y 1814; y, entre las medidas principales a adoptar en el texto punitivo se pretendían, entre otras, “*la determinación clara y precisa de las*

⁵⁶⁸ANTÓN ONECA, J. “Historia del Código Penal de 1822”, (ADPCP), Madrid 1965, pág. 263 y ss. Señala el autor, “*que urgía tanto la formación del Código que el Consejo quedó obligado a dar cuenta mensualmente al Rey de la marcha de sus trabajos*”, pág. 267.

penas a imponer a los reos y el escarmiento ajeno para terminar con la endémica arbitrariedad” y “la humanización de las penas excesivamente duras e injustas”.

Sobre la herencia legal del Antiguo Régimen, MANJÓN-CABEZA ⁵⁶⁹ nos recuerda las palabras de PACHECO, a propósito de la *Novísima Recopilación* manifestaba: “*se trataba de una normativa procedente de la Edad Media, todos los absurdos, todas las crueldades que distinguían nuestra legislación criminal de hace siglos, todos ellos han llegado en su completa crudeza hasta el siglo presente*”; y, en cuanto a la falta de precisión y claridad, ANTON ONECA nos remite a la Comisión nombrada para la elaboración del texto y que se pronunciaba en los siguientes términos: «*Hallándose dispersas en diferentes Códigos las leyes penales, repetidas muchas de ellas, alteradas otras y todas por lo común sin el concierto y método conveniente*».

Por su parte ÁLVAREZ GARCÍA, con relación a este primer Código Penal de 1822 durante la vigencia de la Constitución de 1812, hace especial referencia a la cuestión de la Jurisdicción, cuyo ejercicio y funcionamiento demandaba una transformación total en materia penal y recuerda cómo se pone de manifiesto en el Discurso preliminar de la Constitución exhibido por Arguelles, en el que deja clara la incompatibilidad del autoritarismo con los nuevos principios consagrados en la Constitución. Según este autor, el ejercicio de la Jurisdicción debe estar basado en la separación de poderes con atribución exclusiva a los tribunales en la aplicación de las leyes y, al mismo tiempo, la prohibición a estos de realizar otras funciones; así como entre los que merecen destacarse igualdad de todos los ciudadanos ante la ley; imparcialidad, y efectividad de la Administración de Justicia, y prohibición al poder legislativo y al Rey ejercer competencias jurisdiccionales y sujeción al procedimiento entre otras. Al no poder culminarse este objetivo en el Código

⁵⁶⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822”, ob. cit. pág. 144.

Penal de 1822, ÁLVAREZ GARCÍA concluye que: “*será a partir del Código Penal de 1848, una vez consolidada programáticamente la división de poderes y la necesidad de un poder judicial independiente e imparcial, cuando es posible hablar de delitos contra la Administración de Justicia*”⁵⁷⁰.

2. Sistemática y objeto jurídico en los delitos contra la administración de justicia en el Código Penal de 1822. Ubicación de la infidelidad en la custodia de documentos.

En puridad, en el Código Penal de 1822 no se puede hablar de infidelidad en la custodia de documentos como deslealtad profesional ni desde la perspectiva formal -por falta de una verdadera sistemática al respecto-, ni desde el fondo. Los comportamientos desleales que entendemos como tales actualmente se concebían mayoritariamente como formas de falsedad y no observan ningún orden coherente. Básicamente en el Código de 1822⁵⁷¹, este tipo de delitos están diseminados por buena parte del texto. Así, aquellas que hemos analizado en la parte histórica y, -que desde el Derecho Penal anterior a la Codificación se habían considerado desde los tiempos de Roma como actos de falsedad o falsificación-, aparecen inmersas en el Título V bajo la rúbrica “*De los delitos contra la fe pública*”⁵⁷².

⁵⁷⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. ob. cit. Pág. 787. Del mismo autor, “Contribución al estudio sobre la aplicación del Código penal de 1822”, en Cuadernos de Política Criminal, 1978, núm.5, págs. 229-235; “La pena de muerte en el primer tercio del siglo XIX”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1982, núm.1, págs. 55-92.

⁵⁷¹ RODRIGUEZ RAMOS, L.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L., *Códigos Penales españoles*, ed. Akal, 1988, págs. 90 y ss. (en adelante AA. VV, “Códigos Penales españoles”, 1988)

⁵⁷² Sobre los objetivos del legislador de 1822, en concreto sobre materia de falsedad documental, debe destacarse el análisis de Juan Antonio ALEJANDRE que por su importancia trasladamos algunos párrafos

El Título V consta de nueve capítulos:

El Capítulo Primero rubricado “*De la falsificación y alteración de la moneda*” (arts. 379 a 387).

El Capítulo II, a la “*falsificación de sello real y de las Cortes, de las oficinas de autoridades y gobierno, de actas o resoluciones de Cortes, las cédulas, títulos despachos*

a este epígrafe: “*de una parte, se ha querido destacar la falsificación de aquellos documentos que afectan especialmente al interés del Estado, y así se han agrupado en un mismo capítulo las falsificaciones sobre sellos de las Cortes, del Rey, autoridades y oficinas del Gobierno, las actas o resoluciones de las Cortes, las cédulas, títulos y despachos reales, el papel-moneda, los créditos contra el Estado o contra otros establecimientos públicos*”. (Véase, Código Penal de 1822, arts. 388-397 en la Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes, tomo IX desde 1 de marzo hasta 30 de junio de 1822, Madrid 1822, y Decreto LVI (56), de 8 de junio de 1822, en págs. 211 y s.s.)

Según este autor, “*El deseo de defender, por encima de los demás, los intereses de las Cortes se advierten tanto en el contenido de este capítulo como en el orden enumerativo de supuestos punibles, en consonancia con la ideología que inspira el texto. Los demás documentos públicos -escrituras y actas judiciales- se engloban con los de comercio en otro común capítulo, distinto del que contempla la falsificación de documentos privados, sellos, marcas y contraseñas de los particulares*”. (Véase, Arts. 398-407 para los documentos públicos, y 408-416 para los privados).

“*Pero además como delito contra la fe pública se considera también la **sustracción, alteración o destrucción** de documentos o efectos custodiados en archivos o depositarias públicas, el quebrantamiento de secuestros o sellos y la apertura ilícita de testamentos que antaño constituyeran una forma específica de falsedad documental*”. (Véase, arts. 437-446 del CP 1822). Continúa ALEJANDRE con su exposición: “*Consultado el Ateneo sobre el Proyecto de Código antes de su presentación a las Cortes, advirtió en el capítulo III, referente a las falsedades en documentos públicos, una gran laguna al dejar fuera de su regulación las falsedades cometidas por los escribanos en el desempeño de su oficio, por cuanto, tratándose bajo el título citado de los delitos contra la fe pública, tal laguna supone olvidar que precisamente los escribanos públicos o notarios son los que tienen confiado de forma especial el sagrado depósito de la fe pública, y a confianza tan singular es preciso que correspondan las más severas penas, si cometen el infame tráfico de abusar de ella*”. (Véase, *Observaciones del Ateneo español sobre el Proyecto de Código Penal* presentado a las Cortes por la Comisión especial dependiente de las mismas, Madrid 1820). Todo este análisis sobre la estructura del CP de 1822 en materia de falsedad documental en ALEXANDRE, JA. ob. cit. pág. 183-184; Véase también RODRIGUEZ RAMOS, L. *Códigos Penales españoles*, AA. VV, ob. cit., 1988, págs.91 y ss.

y decretos reales, el papel moneda, créditos contra el Estado u otros establecimientos públicos” (arts. 388-397);

En el Capítulo III se contemplaba, una especie de híbrido entre las falsedades y la infidelidad documental y cuya rúbrica era, “*De las falsedades, supresiones y omisiones que se cometan en escrituras, actas judiciales, ú otros documentos públicos ó de comercio*”.

El Capítulo IV, “*Sobre las falsedades en documentos privados, sellos, marcas y contraseñas de los particulares*” (arts. 408 a 416).

El Capítulo V a “*La falsificación o alteración en los pesos y medidas, y de la falsedad en la venta de metales, pedrería u otros efectos*” (arts. 417-420).

El Capítulo VI (arts. 421-428) -si bien bajo la rúbrica, “*De los que violen el secreto que les está confiado por razón del empleo, cargo o profesión pública que ejerzan, y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas*”-, en realidad contenía más tipos delictivos. Así, por ejemplo, el artículo 421 contemplaba un tipo básico de la violación del secreto profesional; pero el artículo 423 regulaba el mismo delito cometido por abogados y procuradores, además de la doble representación y el perjuicio al cliente, este último sin especificar la forma⁵⁷³.

Por su parte, el Capítulo VII, (arts. 429-436), regulaba la acusación y denuncia falsa, y el falso testimonio básicamente.

⁵⁷³CUENCA GARCÍA, MJ. *La función de Abogados y Procuradores y los intereses de los clientes*, 2007, págs. 25 y ss. (Art. 423 del CP de 1822: “*Cualquier abogado, defensor o procurador en juicio, que descubra los secretos de su defendido...*”). En concreto hace referencia expresa al delito de revelación de secretos por abogado, defensor o procurador en juicio, a la doble representación realizada por ellos y el perjuicio al cliente. Destaca el término defensor junto a la del abogado, probablemente se trate de una referencia a otras figuras ancestrales de defensa como el *adsertor*.

El Capítulo VIII - cuya redacción parece tener mayor similitud con la infidelidad documental regulada actualmente en los artículos 413 (tipo básico) y 465 (tipo especial), ambos del Código de 1995-, rubricado: “*De la sustracción, alteración o destrucción de documentos o efectos custodiados en archivos, oficinas u otras depositarias públicas: de la apertura ilegal de testamentos cerrados; y del quebrantamiento de secuestros, embargos o sellos puestos por autoridad legítima*”. Comenzaba este Capítulo VIII en el artículo 437 con el siguiente tenor literal⁵⁷⁴:

“Cualquiera que maliciosamente sustraiga ó destruya el todo ó parte de algun proceso civil ó criminal, protocolo, libro de partidas, actas, acuerdos ó registros, expedientes ó efectos relativos á ellos, ó cualquiera otro documento custodiado en archivo, oficina ú otro depósito público, sufrirá una reclusión de dos á ocho años”.

Finalmente, el Capítulo IX, bajo la rúbrica “*De los que se suponen con títulos o facultades que no tienen, o usan de condecoraciones o distintivos que no les están concedidos*”, que contemplaba un tipo de usurpación de funciones.

Como comportamientos desleales atribuibles a funcionarios, destacaba el Título VI del Código, bajo la rúbrica “*De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”, cuyo Capítulo XI, ampliaba el contenido de aquel bajo la rúbrica, “*De otros delitos y culpas de los funcionarios públicos en la Administración de Justicia*”, empleando esta última expresión de Administración de Justicia de forma prácticamente residual.

Resulta complejo hacer un análisis diferenciando los elementos típicos pues están mezclados en la redacción del articulado, de forma que abordaremos la cuestión de forma

⁵⁷⁴Códigos Penales españoles, AA. VV, ob. cit., Madrid, 1988. pág.103.

general y trataremos de aproximarnos a ellos analizando la regulación en comparativa con la legislación anterior a la Codificación.

Como novedades más significativas, en cuanto al **sujeto activo**, se prevé la comisión de actos de deslealtad por miembros de la Iglesia -que perdieron privilegios y fueron desaforados mediante Decreto XXXVI de 26 de septiembre de 1820-, ya que hasta el momento habían gozado de absoluta impunidad pues los clérigos infractores solo daban cuenta de sus actos ante las autoridades eclesiásticas y no ante la jurisdicción ordinaria. A través del Concordato de 1851, una Iglesia victimista y considerándose agraviada por el Estado, consiguió reactivar su posición privilegiada en el Estado español.

No obstante, en materia de comportamientos desleales sobre documentos, hay que decir que, ya en los textos medievales aparecían los miembros de la Iglesia como sujetos activos en los delitos de falsedades, y podemos recordar, al tratar el Derecho Penal en la Monarquía Absoluta, a modo de ejemplo podemos recordar las tropelías de los Obispo Pelayo de Oviedo⁵⁷⁵; el de Lugo o los monjes de San Juan DE LA PEÑA relatadas por SÁNCHEZ ALBORNOZ y otros autores.

⁵⁷⁵ SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. *España un enigma histórico*, Tomo 1º, Barcelona, 1981, págs. 282-283. *“He contribuido a perpetuar la fama de falsario de don Pelayo, obispo de Oviedo. Lo fue en efecto” (...)* *“No pocas de sus falsificaciones tenían como fin la ingenua exaltación de las glorias de su diócesis con peregrinas y deliciosas patrañas históricas. Las menos tendían a alcanzar ingresos o jurisdicciones” (...)* *“Y mientras don Pelayo trabajaba por la gloria y la honra de su sede, en la mayoría de las otras iglesias catedrales y en algunas abadías, después de su colonización por los clérigos francos se cometieron también fraudes numerosísimos” (...)* *“Ganaron a todos, los falsarios de Compostela. Porque no sólo retocaron, interpolaron, adulteraron y falsificaron sin escrúpulos viejos diplomas, se atrevieron a explotar pro domo sua, sin reparo, la gloria del Apóstol”*. Y, sobre el supuesto apresamiento y posterior ejecución de nobles castellanos (Véanse los casos de NUÑO FERNÁNDEZ, Rodrigo DÍAZ con sobrenombre Abolmondar Albo, su hijo Diego y FERNÁNDEZ ANSÚREZ) por el Rey Ordoño II, *“La supuesta ejecución de los apresados se halla contradicha por diplomas que los presentan gobernando Castilla en 926 y 929; fue pormenor interpolado caprichosamente en la Crónica de Sampiro por el falsario obispo Pelayo de Oviedo en la primera mitad del siglo XII”*, en Tomo II de la misma obra, pág. 401.

De igual forma, aparece un nuevo concepto o idea de autor -cómo antecesor de los funcionarios-, que son los *empleados públicos* contenidas en el Título VI del Código Penal, también aludido anteriormente.

Otro aspecto destacable y novedoso del Código de 1822, es el tratamiento e importancia que se otorga al **objeto material** en este tipo de delitos que queda reflejado al contemplar la muy extensa y diversa -casi interminable-, lista de posibles objetos materiales en la redacción del articulado. Esta pretensión de amplitud, parece ser una característica de todo el texto punitivo de 1822 y no exclusiva de un tipo penal único; y, un ejemplo de ello se percibe con mayor nitidez cuando examinamos el tenor literal del artículo 398 del Capítulo 3, en cuya rúbrica se advierte la desmesura clasificatoria al integrar, no solo diversos tipos de ilícitos como, *las falsedades, supresiones y omisiones* que se cometan en diferentes objetos, *escrituras, actas judiciales, u otros documentos públicos o de comercio*; sino también, un variopinto repertorio de posibles actores: *cualquiera funcionario público, civil eclesiástico o militar...* En definitiva, un sinfín de tipos de falsedades, así como de posibles objetos divididas nada menos que en seis grupos, primera: *extender o autorizar a sabiendas...*; segunda: *alterar algún documento...arrancando, borrando...*; tercera: *intercalar...*; cuarta: *extender o autorizar fraudulentamente...*; quinta: *fingir letra, firma...*, y, sexta: *faltar fraudulentamente a la verdad...* Con estos ejemplos se puede apreciar el caos sistemático que caracterizaba a nuestro primer texto penal. En estas formas delictivas se aprecia, además, una mezcla de la falsedad ideológica y la falsedad material sin distinciones.

Sin embargo, para consuelo del Legislador de 1822, hay que decir que ni siquiera más de un siglo después -con la introducción de un Título bajo la rúbrica "*Delitos contra*

la Administración de Justicia” por primera vez en el Código Penal de 1928⁵⁷⁶-, se solucionarían los problemas de estructura y ordenación sistemática de los delitos de deslealtad profesional, o, si se prefiere, contra la Administración de Justicia; ya que, casi dos siglos después, sobre los problemas de estructuración en relación con estos delitos - si bien minimizados de forma considerable por el devenir del tiempo-, tampoco se puede afirmar que se haya eliminado en su totalidad. Los quebraderos de cabeza en lo referente a su ordenación y clasificación han perdurado hasta nuestros días en el actual Código Penal de 1995⁵⁷⁷, lo que se verá cuando analicemos la estructuración del Título XX del vigente CP, rubricado “Delitos contra la Administración de Justicia”.

3. Especial referencia al artículo 437 del Código Penal de 1822

Ya se ha expuesto en líneas anteriores que el artículo 437 del CP de 1822, es el primero del Capítulo VIII, bajo la rúbrica “*De la sustracción, alteración ó destrucción de documentos ó efectos custodiados en archivos, oficinas u otras depositarias públicas: de la apertura ilegal de testamentos cerrados; y del quebrantamiento de secuestros, embargos o sellos puestos por autoridad legítima*”, pero merece detenerse en su análisis. Inmerso en este particular galimatías parece estar *escondido*, lo que hoy entenderíamos como el delito de infidelidad en la custodia de documentos. Sin duda, este precepto, es el que observa una mayor similitud con el actual 465 del Código Penal de 1995, aunque se muestra mucho más práctico. En él, no se hace alusión a la ostentación de un determinado

⁵⁷⁶ BENÍTEZ ORTUZAR, IF. *De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*, 1999, pág. 21; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ, ob. cit. pág. 774; JIMÉNEZ SEGADO, C. *La responsabilidad penal de los abogados*, 2017, pág. 144; PÉREZ CEPEDA, AI, *Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*, ob. cit. pág. 22

⁵⁷⁷ Sobre la sistemática de los delitos contra la Administración de Justicia en los Códigos históricos españoles véase, ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. págs. 775-790.

cargo público ni se especifica la condición del autor material, simplemente se utiliza una expresión indeterminada para referirse a los posibles actores y cuya redacción era la siguiente: “*Cualquiera que maliciosamente sustraiga o destruya el todo o parte de algún proceso civil o criminal, protocolo, libro de partidas, actas, acuerdos o registros, expedientes o efectos relativos a ellos, o cualquier otro documento custodiado en archivo, oficina u otro depósito público, sufrirá una reclusión de dos a ocho años*”.

Los elementos del tipo aparecen prácticamente en su totalidad en el primer párrafo:

a) En cuanto al sujeto activo, no parece complicarse la vida el Legislador, y lo soluciona con el término “*cualquiera*”. De esta forma quedaba abierta la posibilidad de su comisión por sujetos de diferente índole o condición social; fuesen profesionales o simples particulares; sin exigir requisitos personales de una forma directa y clara que pudiera indicar una especial vinculación con la Administración de Justicia; “*cualquiera es cualquiera*”, y, por tanto, de producirse un delito de infidelidad en la custodia de documentos por abogados o procuradores, el legislador de 1822 da a entender que les sería de aplicación este precepto.

b) El elemento subjetivo: se destaca la exigencia explícita del dolo, con la expresión “*el que maliciosamente*”.

c) La acción típica: *sustracción, alteración o destrucción*.

d) El objeto material que aparece diseminado a lo largo del párrafo al decir, “*el todo o parte de algún proceso civil o criminal, protocolo, libro de partidas, actas, acuerdos o registros, expedientes o efectos relativos a ellos*”, y, finalmente -haciendo alusión a la expresión documento de manera residual al decir-, “*o cualquiera otro documento custodiado en archivo, oficina u otro depósito público, sufrirá la reclusión de*

dos a ocho años". Con esta mención a los diferentes lugares donde pueda hallarse el objeto material, unida a la expresión, "*por autoridad legítima*", -que aparece en la rúbrica del capítulo VIII-, y, a pesar de su falta de concreción en cuanto a los posibles autores, se deduce la relevancia del carácter oficial y público del objeto⁵⁷⁸.

Destacan algunas carencias entre los elementos del tipo, concretamente en la acción típica, por ejemplo, la ocultación de documentos como forma de comisión; y, por supuesto, no existe todavía una inclusión expresa de abogados y procuradores como sujetos especialmente vinculados al objeto material en los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, sobre todo siguiendo el razonamiento de ALEJANDRE sobre las falsedades cometidas en documentos públicos en los que el legislador, por ejemplo, se había olvidado nada menos que de notarios y escribanos⁵⁷⁹.

Sobre el objeto material, cabe destacar también que la redacción del artículo es un indicativo de que el *concepto de documento* aún no estaba jurídicamente definido desde el punto de vista penal, ya que en su lugar se utilizan expresiones varias -como "*el todo o parte*" de algún proceso civil o criminal; de "*protocolos*", "*libros de partidas*", "*actas*", "*acuerdos o registros*", "*expedientes o efectos relativos a ellos*" ...", para hacer referencia a cualquier objeto relacionado con un procedimiento civil o criminal y, también del ámbito administrativo -al decir, "*cualquier otro documento custodiado en archivo, oficina u otro depósito público...*"-, que pudieran ser objeto de un acto desleal en la

⁵⁷⁸ Esta parece ser otra de las intenciones del legislador de 1822 como recuerda ALEJANDRE al decir, "*En cuanto a la falsificación de documentos, se advierte un intento de distinguir claramente entre los de carácter público y privado, atribuyendo una mayor responsabilidad y pena más grave al delito que recae sobre los primeros*".

⁵⁷⁹ ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág.183.

modalidad de infidelidad en la custodia de documentos donde la acción típica sea, la sustracción o la destrucción, pero no se contempla la *ocultación* como acción típica.

Todos estos aspectos serán decisivos en el futuro a la hora de delimitar el delito de infidelidad en la custodia de documentos, ya que desde el Código Penal de 1822 se destaca la importancia, no solo de ciertos elementos típicos que hemos ido viendo, sino el contexto en el que se producirán, esto es, en el marco del proceso judicial, no solo penal sino en cualquier orden jurisdiccional⁵⁸⁰, lo que veremos también posteriormente al analizar la actual regulación de la infidelidad documental.

Por su parte, el artículo 438⁵⁸¹ contemplaba una forma de comisión peculiar que consistía en *añadir* al objeto material de relevancia en el proceso, algún tipo de documento u otro elemento que pudiera influir en la futura resolución del asunto. Esta particularidad, a mi juicio, debe situarse como un debe en la regulación actual de la infidelidad documental ya que, no se entiende que dentro de las conductas típicas que caracterizan este delito no se considere que “añadir” algo al objeto material que pudiera alterar su originalidad no pueda suponer un acto de infidelidad en la custodia de documentos si con ello se obstruye o dificulta el curso de un proceso y se causa un perjuicio al buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

“...aquellos que, en lugar de sustraer, destruir u ocultar, por el contrario, añadiesen fraudulentamente algún documento o elemento apócrifo en el archivo, oficina u otro depósito público con el fin de hacer un mal uso de él, suponiéndolo depositado allí como verdadero”.

⁵⁸⁰ CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades documentales...”, ob. cit. pág. 33.

⁵⁸¹ Art. 438: “Igual pena se impondrá al que fraudulentamente introduzca en archivo, oficina u otro depósito público algún documento o efecto apócrifo con el fin de hacer o de que se haga un mal uso de él, suponiéndolo depositado allí como verdadero”.

Esta forma de comisión, como decimos, no aparece en el actual artículo 465.1 del CP actual de 1995; sin embargo, si se contempla en el artículo 471 bis, dentro del Capítulo IX, bajo la rúbrica *De los Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional*, y que pone fin del Título XX. Sobre ello volveremos.

4. Conclusiones y crítica

Respecto a la sistemática sobre el CP de 1822⁵⁸², desde una perspectiva general, simplemente hay que destacar como dato esencial lo que se expuso al principio de este capítulo, redundar en el hecho de que no se contempla un Título específico dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, y resaltar su dispersión sin rigor por el Código Penal; sin embargo, no sería justo ser excesivamente crítico al respecto, entre otras cosas porque se trata de nuestro primer Código Penal, y, por otra parte, sus sucesores como hemos apuntado anteriormente no han conseguido solucionar del todo el caos sistemático que ha caracterizado este tipo de delitos.

En cuanto a la infidelidad documental en concreto -considerada junto a otras formas de falsedad y que como delito hoy se considera contra la Administración de Justicia-, se contenía en un título V bajo la rúbrica *De los delitos contra la fe pública*, “a pesar de que la mayoría de los delitos integrados en él no tenían la menor relación con ella”,⁵⁸³ como afirmó QUINTANO RIPOLLÉS.

⁵⁸² ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. 775.

⁵⁸³ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La falsedad documental*, Madrid, 1952, pág. 46. “El autor, que no deja de reconocer los aspectos positivos del Código de 1822, lo considera heredero del modelo francés al calificarlo como producto ecléctico de las tradiciones alfonsinas y del pragmatismo napoleónico de 1810; sin embargo, se muestra crítico con su regulación de las falsedades en cuanto a la metodología y estructuración del Título V, del que dice estar recargado de un lastre pernicioso de casuismo y que será legado a los Códigos posteriores”.

No obstante, debe romperse una lanza en defensa de los creadores el primer Código Penal español. Respecto a las deficiencias estructurales, cabe decir que son comprensibles teniendo en cuenta el contexto histórico del momento y tratarse de la primera experiencia codificadora llevada a la práctica en un texto punitivo; y, por consiguiente, tales defectos de forma y fondo obedecieron a múltiples y justificadas razones. Por un lado, el legislador de 1822, a la hora de elaborar la *materia crimini* sobre las falsedades documentales -y que en ese momento afectaban por tanto a la infidelidad en la custodia de documentos-, debió sentirse aun condicionado por la evidente influencia del Derecho medieval en el primer texto punitivo de 1822⁵⁸⁴, y es que, los creadores del Código Penal de 1822 se encontraron en la tesitura de integrar las ideas y principios codificadores sin poderse desprender todavía de la larga sombra del Derecho Penal del Antiguo Régimen.

En este sentido se puede afirmar que una cosa era la intención innovadora de los redactores del código, y otra muy distinta su plasmación en la redacción definitiva. Por ejemplo, y como señala ALEJANDRE⁵⁸⁵, “*existía la intención de distinguir entre documentos públicos y privados penalizando con mayor rigor las acciones sobre los primeros*”, lo que suponía todo un reto para la época; sin embargo, en pleno trienio liberal, aún parecía seguir latente la necesidad de dar un trato preferente a las viejas instituciones, lo que se demuestra, entre otros muchos detalles, en la redacción del Capítulo II del Título V relativo a falsificación de sellos reales y de las Cortes,

⁵⁸⁴Algunos autores advierten en el texto punitivo de 1822 todavía el influjo de ciertas reminiscencias históricas, en concreto la romana, de ahí que Alejandro destaque la presencia en esta ley del peso de la tradición en alusión a las Partidas. A propósito del Título V “*De los delitos contra la fe pública*”, algún autor manifiesta: “*a la vista de esta somera enunciación de tipos punibles, no es posible negar la influencia que las Partidas han ejercido aún en los codificadores, así como el peso de la tradición*”.

⁵⁸⁵ ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 183

otorgándoles una sobreprotección a ambas instituciones, lo que contradecía el espíritu que emanaba del texto constitucional que inspiró el primer Código. Otro autor, SÁNCHEZ-ARCILLA⁵⁸⁶, se pronuncia en este sentido sobre las obligaciones del Legislador de 1822 para con los principios liberales establecidos en las nuevas Constituciones y que debían marcar el camino a los nuevos textos jurídicos, los Códigos, alejando a estos de cualquier privilegio o discriminación en favor de las viejas Instituciones.

Así las cosas, resulta inevitable acudir de nuevo a la obra de QUINTANO RIPOLLÉS a propósito de las falsedades -de cuyas reflexiones se puede extraer el espíritu que subyace en esta tipología delictiva, entre los que se encuentra la infidelidad en la custodia de documentos-, al cuestionar la integración de estos delitos como protectores de la fe pública; por tanto, en el origen del *concepto de falsedad* puede estar una de las causas de ese caos estructural del Código Penal de 1822, cuyo origen se remonta al Derecho Romano y empezó a plasmarse en nuestros textos de Derecho nada menos que en el siglo XIII, pero cuyo espíritu perdurará hasta el mismo siglo XIX⁵⁸⁷.

⁵⁸⁶SÁNCHEZ-ARCILLA, J. *Historia del Derecho* (Instituciones políticas y administrativas), 1995, pág. 831. “La Constitución, en consonancia con lo sancionado en el Decreto de 24 de septiembre de 1810, reiteraba el principio de soberanía nacional cuando taxativamente decía en su artículo 3º que “la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer leyes fundamentales. El adverbio esencialmente que se añade en el texto constitucional, tomado de la Constitucional francesa de 1791, venía a insistir en la idea de que la nación no puede ser, en ningún caso, despojada de este derecho soberano, porque es un elemento constitutivo -esencial-, de ella en calidad de Estado libre e independiente. En consecuencia, el rey dejaba de ser titular de la soberanía y su poder quedaba limitado por la Constitución, pues emanaba de ella misma”.

⁵⁸⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, G. ob. cit. pág. 37-38. El autor burgalés, en unos pocos párrafos nos ofrece una explicación muy ilustrativa para la comprensión de los delitos de falsedad y su tratamiento en la doctrina penal, al decir: “Merced a la triple influencia de cultura romana, canónica y germana, los Estatutos republicanos del siglo XIII y los prácticos y glosadores romanizantes italianos de la época y de las sucesivas, fueron elaborando paulatinamente la doctrina penal de la falsedad, que hubo de culminar

Por otro lado, teniendo en cuenta lo anterior, en cuanto la *materia criminis* de la falsedad que se había forjado y fortalecido varios siglos atrás, ello unido a la irrupción de los nuevos principios surgidos de la Ilustración, probablemente llevó al Legislador de 1822 a cierto colapso intelectual al intentar integrar y compatibilizar en el primer y nuevo Código Penal español la doctrina tradicional de las falsedades con la realidad del momento. En este sentido se pronuncia también QUINTERO OLIVARES⁵⁸⁸, al afirmar que los principios inspiradores y consagrados en el movimiento codificador y en la Constitución gaditana no se vieron reflejados en cuanto a la sistemática y ordenación con lo finalmente plasmado en el texto punitivo de 1822.

Finalmente, apuntar que -en cuanto a la infidelidad en la custodia de documentos *realizada por abogados o procuradores-*, simplemente no existía como delito específico, ni tampoco puede hablarse de antecedentes jurisprudenciales relativos a estos profesionales como autores de delitos relacionados con los documentos, sea por

en el sistema doctrinal de Farinaccio y en las creaciones legislativas del iluminismo. De suma importancia es la trascendencia que va adquiriendo el sujeto activo de la infracción y su calidad personal (...) para agravar la responsabilidad de los falsificadores que realizaron el hecho, prevalidos de su condición autoritaria o pública. Este principio tan elemental en el Derecho moderno fue consagrado en los Estatutos medievales de Padua, Piacenza, Trieste, Modena y Cerdeña. Al lado de esta innovación persiste siempre la consideración de la categoría jerárquica del documento, también determinante de la cuantía de la pena (...) Con rigor dogmático se sigue exigiendo el dolo en Alberto da Grandino, del cual es la definición de falsedad que inspiró a Farinaccio: Mutatio veritatis con dolo, insistiendo en que no es posible cometer el delito de falsedad si no es intencionadamente a través del engaño (commititur crimen falsi dolo adhibito et non altier). Del mismo son la descripción de las modalidades del tipo, scripto, dicto, facto y uso, que fueron la base del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de las falsedades hasta el siglo XIX. La extensión de modalidades integradas o integrables en el nombre de falsedad seguía siendo desmesurado, siempre bajo el signo del atentado a la verdad, supremo bien jurídico a proteger”.

⁵⁸⁸QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. 2017, pág. 29. “Si se considera el Código un producto de la racionalización lógica, relación interna de sus normas, aspiración de base fundamental para todo el derecho penal (o no penal), síntesis de principios y garantías, y coherencia con la Constitución difícilmente puede sostenerse que todas estas ideas estaban en el ánimo de los entusiastas codificadores de 1822”.

aplicación del artículo 437 u otro análogo del Código de 1822; además, esta carencia de antecedentes jurisprudenciales tampoco puede sorprendernos teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo se creó en 1812 pero debido a los gobiernos de Fernando VII -quien restauró los consejos reales en cuanto tuvo ocasión-, la actividad jurisprudencial del Alto Tribunal realmente no tuvo oportunidad de iniciarse con una actividad fructífera hasta bien avanzado el siglo XIX. En realidad, no podemos hablar del Tribunal Supremo español antes de 1870.

Pero no todo son aspectos negativos, y recordando el refranero de otorgar al César lo que a él pertenece, parte de la doctrina reconoce los méritos de nuestro primer Código Penal y considera injusto ser excesivamente crítico con el mismo. Si bien algunos autores⁵⁸⁹ señalaban el exceso de reminiscencias del pasado como el peso de las *Partidas* y otros textos antiguos en el Código de 1822⁵⁹⁰; otros, sin embargo, destacan su gran aportación al Derecho Penal español. En una actitud a nuestro entender sensata, QUINTERO OLIVARES aporta una dosis de comprensión respecto de esta obra en relación con el contexto histórico en el que apareció al decir que, *“es fácil censurar al Código Penal de 1822, pero hoy tenemos bastante experiencia codificadora como para ser conscientes de las enormes dificultades que conlleva la elaboración de un Código, que rara vez es obra de pocas manos e ideas afines, por no hablar de los obstáculos que se cruzan en la pretensión de mantener estable una legislación penal. Posiblemente, la generación que se reunió en Cádiz, y, sobre todo, que luego quiso ser consecuente con lo*

⁵⁸⁹BARÓ PAZOS, J. “El Derecho Penal español en el vacío de dos códigos”, *AHDE*, Tomo LXXXIII, 2013, pág.108. *“Pese a todo ello, y a las críticas u observaciones del mismísimo Bentham, vertidas en unas cartas que dirigió a su amigo el conde de Toreno, a requerimiento del mismo, el balance global de la obra puede calificarse de satisfactorio, según opinión, no unánime, de la doctrina”*.

⁵⁹⁰ En este sentido, sobre la defensa del legado tradicional, en particular de la doctrina del Derecho común en la Codificación Penal española, véase MASFERRER DOMINGO, A. *Tradición y reformismo en la Codificación Penal española*, Jaén, 2003; BARÓ PAZOS, J. ob. cit. pág.106.

acordado allí, fue la que se enfrentó con el peor contexto político que se pueda imaginar”⁵⁹¹.

Lamentablemente, el primer Código Penal español de 1822, que había sido redactado durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1812 -en pleno trienio liberal-, basado en las ideas de la Ilustración con el influjo de autores como BECCARÍA y BENTHAM, tuvo una vida muy corta. La irrupción violenta de Fernando VII con su vuelta al trono, quien, a través del Manifiesto dado en el Puerto de Santa María el 1º de octubre de 1823⁵⁹², frustró la corriente codificadora y echó por tierra todo lo conseguido hasta el momento. En lo que al Derecho se refiere, éste cayó en desgracia al igual que toda la sociedad española y se retornó al sistema del Antiguo Régimen. Esta realidad llevó a otro autor, como GARCÍA GOYENA⁵⁹³ a afirmar que, “*el Código de 1822 murió con el sistema constitucional y no ha sido después restablecido*”.

Apenas un año después de la muerte de Fernando VII, con la presencia de liberales en el gobierno, se aprobó el Estatuto Real de 1834. Tras un breve periodo de vigencia de este texto -que no se puede calificar de Constitución, sino más bien Carta Otorgada-, cuya finalidad no fue otra que la de promover la convocatoria de Cortes⁵⁹⁴, será aprobada una nueva Constitución en 1837 que tendrá como efecto más importante el de tratar de consolidar el sistema constitucional que se había perdido, e instaurar la alternancia de

⁵⁹¹ QUINTERO OLIVARES, G. “*Pequeña historia...*”, ob. cit. págs. 31-32.

⁵⁹² ÁLVAREZ GARCÍA, FJ, “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, 1978, (págs. 229-235), pág. 230.

⁵⁹³ GARCÍA GOYENA, F. “*Código criminal español según las leyes y práctica vigentes, comentado y comparado con el Código Penal de 1822, el francés y el inglés*”, Madrid 1843, pág. 12; ANTÓN ONECA, J. “El Código de 1848 y Don Joaquín Francisco Pacheco”, ADPCP, (Sección doctrinal), nº 3 Madrid, 1965, pág. 475. véase también, ALONSO Y ALONSO, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, tomo 1, febrero de 1946.

⁵⁹⁴ SOLÉ TURA y AJA, ob. cit. pág. 31.

partidos políticos de distinto signo ideológico; sin embargo, el siguiente Código Penal español de 1848 no aparecería bajo la vigencia del texto de 1837, sino tras la aprobación de la constitución de 1845.

II. EL CÓDIGO PENAL DE 1848 (CONSTITUCIÓN DE 1845).

1. Introducción

En 1845 se promulgó una nueva constitución y bajo su vigencia se redactó y aprobó un nuevo Código Penal en 1848, también conocido como Código PACHECO, en homenaje a Joaquín Francisco PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN a quien se atribuyó una inspiración decisiva en la creación del mismo “*por haber preparado el ambiente doctrinal y haber comentado el Código con éxito*”⁵⁹⁵; no obstante, aunque merecido fue el reconocimiento de este gran jurista, no es justo olvidar a otros autores contribuyeron a esta obra y que fueron tanto o más protagonistas en la elaboración del Código de 1848 que el propio PACHECO. Por esta razón, un sector de la doctrina -aun asignándole todo tipo de méritos a quien dio su nombre al texto-, ha estimado algo exagerados tantos elogios, recordando la necesidad de destacar también la aportación valiosa de otros juristas de la época que fueron protagonistas en la creación del nuevo Código Penal como Pellegrino ROSSI, defensor de un sistema mixto que otorgaba preferencia a la justicia en contra del utilitarismo⁵⁹⁶; así como también la participación en

⁵⁹⁵ ANTÓN ONECA J. ob. cit. 1965, pág.473.

⁵⁹⁶ ANTÓN ONECA, J. ob. cit. pág. 477; HIERREZUELO CONDE, G. “El Código Penal de 1848” (sobre la obra de IÑESTA PASTOR), REHJ n° 33, 2011, en <https://www.scielo.cl/pdf/rehj/n33/a33.pdf>; CANDÍL JIMÉNEZ, F. “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco PACHECO Y GUTIÉRREZ CALDERÓN, en la elaboración del Código Penal de 1848”, *ADPCP*, 1975, págs. 405-452 y “Manuel SEIJAS LOZANO, miembro de la Comisión General de Códigos” (CGC), *ADPCP*, 1981, págs. 413-432;

su redacción de autores como Manuel SEIJAS LOZANO y José María CLARÓS. En este sentido, el propio ANTÓN ONECA matizaría a propósito del papel interventor de PACHECO: *“En suma, el proyecto (de Código Penal) fue obra colectiva, dentro de la cual es difícil -con datos incompletos- calibrar el haber de cada uno; pero la participación más destacada es, evidentemente, la de Seijas”*.⁵⁹⁷

Lo que caracteriza al nuevo periodo constitucional iniciado en 1845 es, no obstante, su talante conservador e involucionista, o si se prefiere, la imposición de un nuevo sesgo político. Es la Constitución de los moderados, uno de los ideólogos de aquel periodo, DONOSO CORTÉS, había considerado el sufragio universal y la democracia como un peligro, y el resultado fue una constitución donde la soberanía nacional dejaba de serlo para ser ostentada de forma compartida entre el Rey y Las Cortes⁵⁹⁸; sin embargo, el Código Penal de 1848 fue el más duradero de la historia de España⁵⁹⁹ y se considera la base de los Códigos Penales españoles hasta 1995⁶⁰⁰. El camino hasta su promulgación fue duro, tortuoso, y no exento de obstáculos debido, entre otras cosas, a los conflictos que rodearon a la Comisión de Codificación en aquel tiempo por el excesivo número de vocales y su coste económico; el protagonismo también desmedido de BRAVO MURILLO, y, en definitiva, las tensiones creadas entre los partidarios de la Codificación, por un lado, y los defensores de la línea continuista tradicional de la jurisprudencia⁶⁰¹.

⁵⁹⁷ ANTÓN ONECA, J. 1965, ob. cit. pág. 491.

⁵⁹⁸ SOLÉ TURA y AJA FERNÁNDEZ, E. ob. cit. pág. 46

⁵⁹⁹ ANTÓN ONECA, J. “El Código Penal de 1870”, (ADPCP), Sección Doctrinal, mes 2, 1970, pág. 229; IÑESTA PASTOR, E. ob. cit. pág. 23.

⁶⁰⁰ IÑESTA PASTOR, E. ob. cit. pág. 23; HIERREZUELO CONDE, G. en REHJ, n.º 33, 2011, ob. cit. pág. 702.

⁶⁰¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. del M. “Codificación versus Jurisprudencia: el debate sobre la Codificación en las Cortes de mediados del Siglo XIX”, Chile, 2010, págs. 1301-1311; “La Codificación en España durante la década moderada y el bienio progresista, Madrid, 2012; LASSO GAITE, JF. *Crónica*

A pesar de todo ello, no son pocos los elogios que recibe este texto, cuya promulgación para algunos significó la defunción definitiva del Derecho Penal del Antiguo Régimen⁶⁰²; a partir de 1848 se puede hablar de “*delitos contra la Administración de Justicia*”⁶⁰³.

2. Sistemática, comportamientos desleales e infidelidad documental en el texto de 1848. Influjo del CP de 1848 más allá de nuestras fronteras.

Dentro del Título VIII, cuya rúbrica reza “*De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones*”, aparece la *infidelidad en la custodia de documentos* dando nombre al Capítulo III del que merecen destacarse algunas novedades importantes. Desde la perspectiva de la deslealtad profesional, por primera vez abogados y procuradores aparecen juntos en calidad de sujetos activos, aunque lo hacen en el Capítulo I dedicado a la prevaricación en general. El artículo 266 regula el *perjuicio al cliente* y la *revelación de secretos*; y el 267 la *doble representación o defensa*; sin embargo, en los delitos de infidelidad documental no aparecen expresamente como tales, condición esta que ostentan con carácter principal *eclesiásticos y empleados públicos*; por lo tanto, la infidelidad en la custodia de documentos cometida por abogados o procuradores, a tenor de lo dispuesto en el artículo 273 solo puede producirse por deducción si se les considera como “particulares encargados accidentalmente” del despacho o custodia de documentos o papeles.

de la Codificación española, n.º 5, Codificación Penal, Volumen I, 1970. *Crónica de la Codificación española*, n.º 3, Procedimiento Penal, 1970.

⁶⁰² QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. 2016, pág. 58.

⁶⁰³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...* ob. cit. pág. 787

La dispersión que había caracterizado el primer código de 1822 de alguna manera se minimiza⁶⁰⁴ y se adopta cierta sistemática⁶⁰⁵, aunque sin diferenciar todavía entre delitos contra la Administración Pública y delitos contra la administración de Justicia⁶⁰⁶. Más depurado de supervivencias que el anterior, el código de 1848 se ocupa de la falsedad de documentos bajo el título general “*De las falsedades*”, que se mantiene en los restantes códigos, pero reduce significativamente el número de delitos que desde antaño lo componían. El delito de infidelidad documental ya no forma parte de las falsedades. Curiosamente, al igual que en el anterior Código Penal de 1822, la acción típica sigue siendo la *destrucción o la sustracción*, quedando fuera la *ocultación*, que, por otra parte, si se contempla en el Capítulo de la falsificación de documentos públicos, concretamente, en el artículo 220. 8º.

*Art. 271. – “El eclesiástico o empleado público que **sustraiga o destruya** documentos o papeles que le estuvieran confiados por razón de su cargo, será castigado:*

1º Con las penas de prisión mayor y multa de 50 a 500 duros, siempre que del hecho resulte grave daño de tercero o de la causa pública.

2º Con las de prisión correccional y multa de 20 a 200 duros, cuando no concurrieren aquellas circunstancias”.

⁶⁰⁴ “El Código Penal de 1848, que abre definitivamente la puerta a un nuevo sistema jurídico, al mismo tiempo que modifica el esquema del Código precedente impone uno nuevo, cuya redacción, con muy pocas variantes, perduraría hasta la época actual, al mantenerse en los Códigos de 1870, 1931 y 1944. El de 1928 ofrece algunas innovaciones, en aras de un casuismo acentuado, que no rompen, sin embargo, con el sistema”, en ALEJANDRE, JA. ob. cit. pág. 185.

⁶⁰⁵ Para QUINTANO RIPOLLÉS, “el segundo Código Penal, de 1848-50, merced a las dotes de sistematización de Pacheco, simplificó notablemente la complicada técnica del precedente, aunque persistió en la norma afrancesada de la numeración exhaustiva”. Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, G. “La falsedad documental”, ob. cit. pág.48.

⁶⁰⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 788.

Art. 272. – “El empleado público que teniendo a su cargo la custodia de papeles o de efectos sellados por la Autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento, será castigado con las penas de prisión correccional, inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 a 500 duros”.

*Art. 273. – “Las penas designadas en los dos artículos anteriores son aplicables a los **particulares encargados accidentalmente** del despacho o custodia de **documentos** o papeles por comisión del Gobierno, o de los empleados a quienes hubieren sido confiados aquellos por razón del cargo”.*

Para no dejar ningún cabo suelto, el Título VIII -rubricado *De los delitos cometidos por empleados públicos-*, se cierra con una Disposición General que explica con amplitud lo que debe entenderse por empleado: *“Para los efectos de este título se reputa empleado el que desempeña un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del estado”*⁶⁰⁷. El concepto de funcionario como sujeto activo aparecerá posteriormente.

De esa forma controvertida -pero asumida por el legislador y la doctrina-, abogados y procuradores quedaban incluidos en ese grupo de empleados públicos como posibles autores del delito de infidelidad en la custodia de documentos. Para reforzar este argumento basten las palabras de PACHECO al respecto en el comentario 4 ° sobre el artículo 278 del texto de 1848, *“De más nos parece el advertir que en este artículo se comprenden los oficiales de justicia, y aun los abogados y procuradores como los empleados propiamente dichos”*⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ DE CASTRO Y OROZCO, J. *Código Penal explicado* (“Para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones”), Tomo 2 °, Granada, 1848.

⁶⁰⁸ FRANCISCO PACHECO, J. *El Código Penal concordado y comentado*, (Estudio preliminar y anotaciones de Abel TÉLLEZ AGUILERA), Madrid 2000, pág. 867.

En lo que se refiere al *elemento subjetivo*, se exige el dolo en cuanto a la *prevaricación del abogado, el perjuicio al cliente y la revelación de secretos*, pero no aparece en el delito de infidelidad en la custodia de documentos.

La importancia del Código Penal de 1848 -además de ser el más longevo de la historia de España⁶⁰⁹-radica en lo que representa como resultado de una nueva forma de legislar. De alguna forma simboliza la culminación de un trabajo ingente que comenzó tras los distintos periodos revolucionarios europeos que pretendían cambiar las viejas estructuras sociales y que en materia jurídica se plasmó, desde la perspectiva de la sistemática y su estructura documental, a través del fenómeno de la Codificación.

Merece dedicar unas líneas en favor de este Código de 1848, pues de alguna forma viene a devolver el favor prestado por el Derecho europeo al legislador español cuando elaboraba su primer Código Penal en 1822. El de 1848 tuvo un impacto más allá del contexto nacional, siendo también un producto de esa actividad codificadora generalizada en Europa y en ese sentido se debe considerar en relación con sus homólogos europeos y con el entorno político, social y cultural que caracterizó aquel período. En este sentido analiza BRAVO LIRA⁶¹⁰ a propósito del nuevo código: *“El siglo XIX puede ser llamado siglo de la codificación que se inicia con dos textos fundamentales, el Código Penal de Austria de 1803 y el Código Civil de Francia 1804...Sobresale por su fortuna el Código Penal español de 1848. Ningún otro tuvo tan vasta y duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Latinoamérica y Filipinas, países donde fue adoptado casi a la letra y donde, con mayores o menores alteraciones rige hasta hoy”*.

⁶⁰⁹ HIERREZUELO CONDE, G. REHJ, n° 33, 2011, Sección bibliográfica, ob. cit. pág. 702.

⁶¹⁰ BRAVO LIRA, B, “La fortuna del Código Penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes”, en *AEHD*, n° 74, 2004, págs. 23 y 24.

De él podría decirse, como del otrora imperio español, que en su área de vigencia no se ponía el sol. Según el jurista chileno ello evidencia la *unidad del movimiento codificador desde Europa Central hasta el último extremo del mundo hispánico*. Y concluye: *“Por su origen y su alcance, la codificación no puede estudiarse en forma parcial, con criterio nacional, dentro de los límites cada país, según se hizo en la Europa de los países -España, Portugal, Francia-, a diferencia de la Europa de los pueblos -Austria, Alemania, Polonia. Por más que los Códigos se concibieran como cuerpos legales de derecho nacional y cada país aspirara a tener los suyos, la unidad de la cultura jurídica de la Europa central y América hispana fundada en el Ius Commune prevaleció.”*

Si acudimos al derecho comparado de la época⁶¹¹ con influencia en el texto español de 1848 se puede destacar, entre otros, el Código francés, en cuyo artículo 254 se regulaba la infidelidad en la custodia de documentos con el siguiente tenor, *“las sustracciones, destrucciones o robos de procesos o actuaciones criminales, u otro cualesquiera papeles, registros, actas y efectos custodiados en los archivos, oficinas de depósitos públicos, o entregados a un empleado público como tal, serán castigados en los empleados, notarios archivistas y demás depositarios negligentes a las penas de prisión de tres meses a un año y multa de ciento a trescientos francos”*.

Obsérvese que se castiga un tipo imprudente de comisión y, a su vez, pone el acento en la condición del autor en cuanto que recibe en entrega los efectos del delito como empleado público, dotando al precepto de un carácter especial. El artículo 255 regula un tipo genérico o básico de infidelidad en la custodia de documentos estableciendo en su segundo párrafo una agravante de trabajos forzados si se trata de un depositario de estos, así: *“Todo reo de las sustracciones, robo o destrucciones*

⁶¹¹ FRANCISCO PACHECO J, ob. cit. pág. 865.

mencionados en el artículo anterior, será castigado con la pena de reclusión. Si fueren cometidos por el mismo depositario, lo será éste con la de trabajos forzados”. El art. 250 del Código Napoleónico castiga con pena de relegación a los *reos de sustracción, destrucción o robo de documentos, procesos criminales...a depositarios u otros empleados por razón de su cargo.*

En otros ordenamientos también se asimila la infidelidad en la custodia de documentos a la prevaricación, así el art. 129 del Código Penal de Brasil de la época dice: *“Se declaran prevaricadores los empleados públicos que...alteren un acta o título legítimo...no den cuenta de los procesos, actos o títulos que les hayan sido entregados por razón de su empleo...y que hayan sido puestos en su poder con motivo o en cumplimiento de su cargo”.*

III. SOBRE LA REFORMA DE 1850 Y EL CÓDIGO PENAL DE 1870 (CONSTITUCIÓN DE 1869)

1. Reforma de 1850.

La reforma del Código Penal de 1850, según ANTÓN ONECA⁶¹², fue más sustancial de lo que se cree, ya que fueron modificados nada menos que 90 artículos, si bien, en cuanto al delito de infidelidad en la custodia de documentos, no hubo cambios dignos de destacar. Al artículo 271 del texto de 1848 le sucede el 278 del Código reformado manteniendo la misma redacción.

⁶¹² ANTÓN ONECA, J. “El Código Penal de 1870”, Madrid, 1970, ob. cit. pág.231.

2. El Código de 1870.

En 1869 bajo el mandato de un gobierno provisional que duró tres años desde 1868 a 1871, entró en vigor una nueva Constitución, y lo hizo en plena vorágine de la revolución conocida como "La Gloriosa". Un momento sin duda excepcional también de nuestra historia, pues supone un intento más de la España constitucionalista -después del fracaso del modelo doceañista-, de romper con un sistema político sometido desde hacía siglos por la realeza, la iglesia y el poder feudal. La Constitución de 1869 fue un texto caracterizado por su vanguardismo, y, teniendo en cuenta la época, puede considerarse incluso más liberal que el resto de las constituciones europeas del momento. Está considerada por muchos la primera constitución verdaderamente democrática de la historia de España y bajo su vigencia se promulgó el Código Penal de 1870.

Tres años después de su aprobación se proclamaba la Primera República española en febrero de 1873. Este cambio social también tendrá una especial trascendencia, no en vano, la Constitución de 1869 consagraba en su articulado el principio de la *división de poderes* por primera vez en nuestro Derecho, con su característica estructura tripartita: un Poder Legislativo representado en Cortes bicamerales (Congreso y Senado); un estamento judicial en los tribunales o Poder Judicial; y, otro, como representante del poder político o Poder Ejecutivo en la figura del Rey. Fruto también de esta corriente innovadora será la *Ley Provisional del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870*, en la que por primera vez se utilizará el término Poder Judicial⁶¹³.

La cuestión no es baladí, será la independencia judicial la que fundamentará la necesidad de crear en el Código Penal con un título dedicado a los delitos cometidos

⁶¹³ Fiscalía General del Estado: Memorias, "Anexo Memoria de la Fiscalía General del Estado 1980", 2. Primera Parte: Análisis de la situación organizativa funcional del Ministerio Fiscal, Capítulo I, Desarrollo histórico, pág. 20.

contra la Administración de Justicia y diferenciar ésta de la Administración Pública, así como de distinguir los delitos cometidos contra una u otra. Sobre este particular coincide la doctrina mayoritaria⁶¹⁴, aunque esa diferenciación -desde el punto de vista del Derecho positivo-, no se verá plasmada en el Código Penal español hasta 1928 y de manera efectiva hasta 1995 aún con matices.

3. Sobre la deslealtad profesional de abogados y procuradores en el Código Penal de 1870⁶¹⁵ y la infidelidad documental.

Como se ha manifestado en el párrafo anterior, en el marco de este nuevo periodo constitucional de 1869 nacerá el Código Penal de 1870 siendo ministro de Gracia y Justicia MONTERO RÍOS. Siguiendo la tradición histórica -desde el nacimiento de los Códigos Penales en España-, la influencia del nuevo texto constitucional en la redacción del nuevo Código es evidente, y así lo expresa el maestro ANTÓN ONECA, al decir que *la Constitución de 1869 obligó a reformar el Código Penal con gran rapidez, lo que también sucedería con la Constitución de 1931 y el Código Penal de 1932*⁶¹⁶.

Si bien entre los principales objetivos de este Código Penal de 1870 era proteger⁶¹⁷ los derechos constitucionales y civiles derivados del texto, humanizar las penas y

⁶¹⁴ PÉREZ CEPEDA, AI., *Delitos de deslealtad profesional...*, Madrid, 2000, ob. cit. pág. 33; BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. págs. 21 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 788; JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. pág. 144; *Estudios penales*, AA. VV, ob. cit. 1982, pág. 777.

⁶¹⁵ RODRIGUEZ RAMOS, L. “Códigos Penales españoles”, AAVV, ob. cit. págs. 485 y ss.

⁶¹⁶ ANTÓN ONECA, J. *El Código Penal de 1870*, Madrid, 1970, ob. cit. pág. 235; QUINTERO OLIVARES, A. *Pequeña historia penal de España*, ob. cit. pág.69.

⁶¹⁷ANTÓN ONECA, J. *El Código Penal de 1870*, ob. cit. págs. 237 y ss.

acometer reformas técnicas⁶¹⁸, en cuanto al delito de infidelidad en la custodia de documentos no existen diferencias relevantes respecto de sus antecesores.

El tipo penal en cuestión estaba contenido en el art. 375 dentro del Capítulo III, del Título VII del Libro II del texto punitivo de 1870 con el siguiente tenor literal⁶¹⁹:

*“El funcionario público que **sustrajere, destruyere u ocultare** documentos o papeles que le estuvieran confiados por razón de su cargo será castigado:*

1 ° Con las penas de prisión mayor y multa de 250 a 2500 pesetas siempre que del hecho resultare grave daño de tercero o de la causa pública.

2 ° Con las de prisión correccional en sus grados mínimo y medio y multa de 125 a 1250 pesetas cuando no fuere grave el daño de tercero o de la causa pública.

En uno y otro caso, se impondrá además la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial”.

Art. 376. – “El funcionario público que teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere en su quebrantamiento será castigado con las penas de prisión correccional en su grado mínimo y medio, inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial y multa de 250 a 2500 pesetas”.

Art. 377. – “El funcionario público que no estando comprendido en el artículo anterior abriere o consintiere abrir, sin la autorización competente, papeles o

⁶¹⁸ Según ANTÓN ONECA, el primer objetivo se cumplió, pero no la cuestión técnica: “la reforma de 1870 fue útil en su aspecto político por la protección de los derechos individuales, y significó, además, un paso adelante en la mitigación de las penas, pero su valoración en el aspecto técnico es menos favorable”, ANTÓN ONECA, J. *El Código Penal de 1870*, ob. cit. pág. 250.

⁶¹⁹ QUINTERO OLIVARES, A. *Pequeña historia...*, ob. cit. págs. 97-98.

documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada incurrirá en las penas de arresto mayor, inhabilitación temporal especial y multa de 125 a 1250 pesetas”.

“Las penas designadas en los tres artículos anteriores son aplicables también a los eclesiásticos y a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión de gobierno, o de funcionarios a quienes hubieren sido confiados por razón de su cargo”⁶²⁰.

La influencia de la legislación penal española en los territorios de ultramar se extiende con un efecto dominó, y en casi todos los textos penales de Latinoamérica el tratamiento de los comportamientos desleales sobre documentos es muy similar. Prácticamente con la misma redacción el art. 245 del Código Penal chileno: *“Las penas designadas en los tres artículos anteriores, son aplicables a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión de gobierno o de los funcionarios a quienes hubieran sido confiados aquellos en razón de su oficio y que dieren el encargo ejerciendo sus funciones”*. En lugar de la expresión “cargo” utiliza “oficio”. En el mismo sentido, el art. 261 Código Penal de Argentina; art. 248 del Código Penal de Guatemala (idéntico al español de 1870 variando la penalidad) y art. 356 Código Penal de Honduras⁶²¹.

A propósito del último párrafo del artículo 377 del CP de 1870 se pronunció GROIZARD⁶²²destacando su importancia y por esta razón consideró que dicho precepto, *“debería por sí solo formar un artículo”* aparte. El jurista español entiende que los

⁶²⁰ *El Código Penal de 1870 comentado y concordado*, en *School of Law, University of Minnesota*, acceso: <https://hdl.handle.net/2027/umn.31951d01842328y> (HATHI TRUST, Digital Library), pág. 153.

⁶²¹ GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo 4 °, 2^a ed. Madrid, 1912. pág. 180.

⁶²² *Ibidem*, págs. 179-182.

particulares reciban un tratamiento similar a los eclesiásticos y funcionarios en el caso de que aquellos obtuvieran los papeles o documentos en virtud de comisión de gobierno o de funcionarios a quienes hubiesen sido confiados en razón de su cargo, quedando fuera los que reciban el objeto de forma confidencial; sin embargo, se muestra muy crítico respecto a la equiparación de penas por el mismo delito a particulares y a funcionarios, cuando la recepción del objeto del delito se adquiere accidentalmente. El argumento que esgrime GROIZARD es el siguiente: *“que faltar a la confianza pública que accidentalmente es depositada por el gobierno o por funcionario, o a la lealtad oficial que la lealtad o la ley imponen y exige constantemente en las personas que ejercen ciertos cargos, la diferencia en el orden moral y jurídico es grande. La ley no ha debido igualar esos hechos imponiendo idéntica pena a sus autores. La injusticia toma mayores proporciones si se tiene en cuenta que siempre van unidas a las penas, que en primer término los artículos de este capítulo señalan a los funcionarios, alguna pena de inhabilitación impropia por su naturaleza para corregir excesos por los particulares cometidos, y solo ejemplar y adecuada para castigar e impedir el abuso en el ejercicio de las funciones públicas”*.

Con esta dura crítica GROIZARD pone en evidencia la sinrazón que supone equiparar a los funcionarios con quienes no ostentan dicha condición, un error que, por otra parte, sería “corregido” en el Código Penal de 1928⁶²³, en cuanto a la aplicación de las penas en la infidelidad en la custodia de documentos, al decir el 2º párrafo del art. 436, *“los particulares encargados accidentalmente...serán castigados con las penas inmediatamente inferiores a las señaladas en artículos anteriores”*; sin embargo, desde el punto de vista de la sistemática del Código Penal, hay que señalar -en relación con los

⁶²³ *Códigos Penales...*, AA. VV, ob. cit. pág. 139.

sujetos activos-, que continuaría la consideración errática de equiparar a abogados y procuradores con los funcionarios. Dicho de otra manera, la inclusión en estos delitos de infidelidad documental cometidos en el ámbito de la función pública a quienes no son funcionarios persistiría 125 años más hasta 1995.

En cuanto a los elementos del tipo hay que destacar: una conducta típica, la *sustracción, destrucción u ocultación*; un objeto material del delito, *documentos o papeles*, que es entregado a un *sujeto activo* cuya condición le dará definitivamente un carácter especial al tipo delictivo -al anterior “empleado público” lo sustituye la figura del “funcionario público”-, quién, a su vez, *por razón del cargo* tenga confiada la custodia del objeto material, y, finalmente, la necesidad o exigencia de causar un daño grave o no a terceros o a la causa pública⁶²⁴.

Aunque el Código Penal de 1870 no lo menciona de forma explícita, el *dolo* es otro elemento exigible para que se produzca el delito de infidelidad documental; no obstante, la jurisprudencia se encargará de no dejar lugar a las dudas y es opinión generalizada en la doctrina la necesidad de actuar con intencionalidad⁶²⁵. Esto lo diferencia del Código Penal de 1822, en cuyo artículo 437 si se hacía referencia expresa a la intencionalidad del acto; que, sin embargo, y a su vez, no se pronunciaba sobre la necesidad de generarse un daño a terceros o a la causa pública, lo que si se produce en 1870.

Estas características, como son la ostentación de un cargo público, del que se deriva un deber específico de cuidado exigible quienes lo desempeñan, así como la

⁶²⁴ÁLVAREZ CID J. y ÁLVAREZ CID T. *El Código Penal de 1870*. Tomo 2º, Córdoba, 1908, pág. 107.

⁶²⁵VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal Reformado de 1870 concordado y comentado*, (suplemento 5º de las ediciones 1ª, 2ª y 3ª de dicho Código), 3ª ed. Madrid, 1904, pág. 270; ÁLVAREZ CID, J. y ÁLVAREZ CID T. *El Código Penal de 1870*, Córdoba, ob. cit. pág. 107.

necesidad de causar un daño a terceros o a la causa pública, serán los nuevos requisitos principales exigidos por la jurisprudencia para apreciar o no la comisión del delito de *infidelidad en la custodia de documentos* a partir del Código Penal de 1870.

Son numerosas las resoluciones de infidelidad en la custodia de documentos a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1870 en las que abundan como autores los funcionarios de correos -lo cual no es de extrañar teniendo en cuenta que se trata de empleados públicos cuyo cometido es manipular y distribuir cientos de documentos diariamente-, y, aunque solo sea por una cuestión de probabilidad matemática, es lógico que un número muy considerable de imputaciones por delito de infidelidad en la custodia de documentos hayan tenido como protagonistas a estos funcionarios; sin embargo, ello contrasta con la escasez de resoluciones relativas a la infidelidad en la custodia de documentos cuando hablamos de abogados o procuradores, tratándose de profesionales que han estado y están también en contacto permanente con los documentos relativos a los casos que llevan en juzgados u otro tipo de oficinas públicas en el desempeño de su trabajo; sin embargo, a pesar de esa escasez antes apuntada, existe algún antecedente que se mencionará más adelante.

Para ir delimitando los elementos principales que irán definiendo la doctrina del Alto Tribunal a los efectos del delito de infidelidad en la custodia de documentos, veamos algunas resoluciones al respecto:

En cuanto al criterio atribuido al *sujeto activo*, por razón del cargo, a modo de ejemplo, he aquí como se pronunciaba en una de las primeras resoluciones el Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación interpuesto por D. Pantaleón MORENO GIL, quien había sido condenado por la Sala Segunda de la Audiencia de Madrid por causa seguida contra el mismo, por *sustracción* de un Código de la Biblioteca Nacional.

El encausado interpuso recurso argumentando que los documentos sustraídos no le habían sido entregados en función de su cargo y, admitiendo a trámite dicho recurso, el Tribunal Supremo le dio la razón en Sentencia de 30 de enero de 1871⁶²⁶; en cuyo “Resultando Octavo” dice:

“que contra la Sentencia interpuso el condenado en tiempo y forma recurso de Casación por Infracción de Ley, fundándolo en los números 3º y 4º del artículo 4 de la Ley Provisional de 18 de junio último, citando como infringidos:

“1º El párrafo segundo del artículo 375 vigente, toda vez que había sido un error en la calificación del delito, puesto que para que el hecho procesal constituyese el delito de infidelidad en la custodia de documentos “era necesario la circunstancia de que los documentos sustraídos estuvieran confiados al procesado en razón de su cargo”.

“2º El párrafo noveno del artículo 546 del código que era el que debía ser aplicado, supuesto que el procesado no tenía en su poder por razón de su cargo el documento sustraído...”

“Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso por infracción de ley y casamos y anulamos la sentencia pronunciada y anunciada por la Sala segunda de la Audiencia de esta corte en 5 de octubre del año próximo pasado”.

Otra Resolución interesante dictada por el TS al ser procesado un secretario de Ayuntamiento por la desaparición de documentos bajo su custodia es la **Sentencia de 2 de diciembre de 1872**⁶²⁷, en su *Considerando 2º* dejaba claro que:

⁶²⁶ RJ: STS 206/1871 - ECLI:ES:TS: 1871:206.

<https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

⁶²⁷RJ: STS 821/1872 - ECLI:ES:TS: 1872:821.

<https://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

*“para que pueda exigirse responsabilidad criminal al secretario de un Ayuntamiento, es necesario que le fueran entregados **para su custodia**, y, por consiguiente, que se encuentre justificada la preexistencia de los expresados documentos en poder de aquel”.*

En referencia a la incorporación de una nueva acción típica que había estado ausente en los dos Códigos Penales anteriores como era la *ocultación*, pronto se pone de manifiesto nuevamente en el Código de 1870. Así se ratificó en Casación el Tribunal Supremo al desestimar recurso interpuesto por escribano en Sentencia de 8 de marzo de 1875: *“Condenado fue un escribano en virtud del artículo 375 del Código Penal “por no unir, por orden judicial, las pruebas practicadas en un pleito por los demandados, **ocultando** parte de ellas en su poder y distraendo o destruyendo otras”.*

En cuanto al requisito exigido de *perjuicio a un tercero* y a la *causa pública*, la **Sentencia de 14 de mayo de 1876**⁶²⁸ se pronunció sobre un recurso de casación interpuesto contra una resolución que absolvía a un secretario de Ayuntamiento acusado de hacer desaparecer unos documentos que pasan por sus manos:

“Se declara por la Sala segunda del Tribunal Supremo no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por Antonio Armenteros Calvo y otros contra la sentencia dictada por la de Audiencia de Valladolid, en causa seguida a los mismos por infidelidad en la custodia de documentos, y se resuelve:

“1º Que como lo indica claramente el tenor literal del art. 375 del Código Penal vigente, la diferente y respectiva sanción penal que se establece en los números 1º y 2º del mismo, no solo supone la existencia de un daño de tercero o de la causa pública, resultante del hecho de la sustracción o destrucción u ocultación de documentos o

⁶²⁸ ÁLVAREZ CID, J. y T. *El Código Penal de 1870*, ob. cit. 1908, pág. 107.

papeles confiados a un funcionario público por razón de su cargo, sino que se hace depender la penalidad aplicable en caso de la mayor o menor gravedad de ese mismo daño el cual, por consiguiente, constituye uno de los elementos esenciales del delito previsto y penado en dicho artículo; Y,

2º Que si de los hechos que como probados se admiten y consignan en la sentencia recurrida aparece no haber resultado del hecho de la sustracción de un libro del Archivo de un Ayuntamiento, daño alguno grave, ni menos grave a la causa pública ni a tercero, faltando esta condición esencial e indispensable para que exista el delito a que se refiere el precitado art. 375 de dicho Código, es legalmente improcedente, y no podía ni debía aplicarse al procesado ninguna de las penas que en los números 1º y 2º de aquel se hallan establecidos según se ha estimado en la referida sentencia”.

Con respecto al elemento subjetivo, el dolo, aunque dijimos que no aparece expresamente en el Código Penal, la jurisprudencia lo exige de manera explícita destacando la comisión imprudente, y entre otras, la **Sentencia de 25 de mayo de 1877**⁶²⁹ que para absolver a un funcionario imputado por infidelidad documental argumentaba:

“por el solo hecho del extravío de unos presupuestos que figuraban incluidos en inventario firmado por el procesado, éste fue condenado como autor del delito previsto en el artículo 375”.

Pero el Alto Tribunal añadía *“que si bien la Sala sentenciadora consigna que el procesado firmó el inventario en que se incluían los presupuestos extraviados, no se ha hecho constar que los recibiera realmente, ni que una vez recibidos los sustrajera o inutilizara, ni que aparezca motivo alguno para ocultarlos...”; ...“ya que para constituir delito, era preciso que hubiera o pudiera presumirse voluntad o malicia en el hecho, y*

⁶²⁹ ÁLVAREZ CID, J. y T. *El Código Penal de 1870*, ob. cit. 1908, pág. 109.

no se fija ningún dato que lo demuestre, ni tampoco el daño que se haya causado a tercero o a la causa pública para incluirlo en el artículo 375” .

Por concurrencia de elementos del tipo: sujeto activo (condición de funcionario), acción típica y objeto material bajo custodia, se pronuncia la **Sentencia de 2 de abril de 1878**⁶³⁰: el portero de una Administración económica fue condenado por hurto, delito regulado en el artículo 416 del texto de 1870. El condenado recurrió por infracción de Ley ante el Supremo que admitió el recurso concluyendo que *“verificada la condición de funcionario público en el procesado resultaba indudable que la sustracción de papeles que realizó, por estar éstos confiados a su custodia, constituía un delito del artículo 375, que castiga al funcionario público que sustrae, destruye u oculta documentos o papeles que le estén confiados por razón de su cargo, y no el de hurto, aplicable al mero particular que tal hecho ejecutare”*, y no por hurto en los términos del artículo 416.

Por concurrencia entre la condición de sujeto activo y la acción típica, destacar la **Sentencia de 26 de marzo de 1881**⁶³¹ del Alto Tribunal al concluir: *“que comete delito de infidelidad en la custodia de documentos según el artículo 375 del Código Penal, el funcionario que sustrae, destruye u oculta los que le están confiados por razón de su cargo, y que habiéndose declarado probado en la sentencia recurrida que...sustrajo varias cartas, siendo indudable que cometió dicho delito porque era funcionario público y porque bajo ese carácter...le estaba confiada la custodia de las cartas que sustrajo”*.

Siendo fieles a la cronología y, en otro orden de cosas, tras la aprobación del Código Penal de 1870, hay que destacar otra aportación legislativa de enorme trascendencia en nuestro Derecho como fue la aprobación en 1882 mediante Real Decreto

⁶³⁰ Ibidem, pág. 108.

⁶³¹ Ibidem, pág. 110.

de 14 de septiembre, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* siendo ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTÍNEZ.

Su importancia se pone de manifiesto desde todas las instituciones en el ámbito de la Justicia y una de las primeras en pronunciarse al respecto fue la Fiscalía del Tribunal Supremo en su resumen anual estadístico⁶³², que constató en los seis primeros meses de 1883 -recién entrada en vigor la nueva ley procesal-, un total de 42 delitos de infidelidad en la custodia de documentos, todos o la mayoría de ellos cometidos por funcionario o empleados públicos con alguna importante excepción como señalamos en el párrafo siguiente.

Así las cosas, recién aprobada la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dictó la que sería, posiblemente, la primera resolución conocida en España condenando a un letrado por delito de infidelidad en la custodia de documentos. Con fecha de 31 de octubre de 1882 la Sala de lo Criminal de la Audiencia de Burgos dictó sentencia contra un abogado por “*desaparición de una causa*” que le había sido entregada para la defensa de un justiciable. Recurrida la resolución por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, el Letrado argumentó que no se cumplían los requisitos para ser condenado por el delito de infidelidad en la custodia de documentos por dos razones básicamente: en primer lugar, por no haberse producido, según su entender, *ningún daño* -fuese leve o grave-, a *la causa pública*, tal y como exigía el tenor literal del artículo 375.1 del Código Penal de 1870; y, por otra parte, al *estimar que había recibido los autos en calidad de abogado particular y no actuando como funcionario público al carecer tal condición*.

⁶³² Memoria del Ministerio Fiscal 1883, “Causas despachadas con arreglo al nuevo procedimiento por todas las Fiscalías de Audiencias de la Península e Islas adyacentes”. (*Asuntos despachados por esta Fiscalía desde el 1 de julio de 1882 hasta el 1 ° de junio de 1883*).

El Tribunal Supremo en la **Sentencia 958/1883, de 5 de febrero**⁶³³ desestimó la apelación y condenó al abogado recurrente, considerando que -si bien no se trataba de un funcionario-, no se le condenaba por el artículo 375 cuyos sujetos activos son funcionarios públicos, sino por lo dispuesto en el art. 377 párrafo segundo de dicho cuerpo legal⁶³⁴ (que ya hemos comentado anteriormente), es decir, considerando al abogado como “*particular*” al que le fueron confiados los autos del procedimiento por un funcionario del juzgado, en razón de su cargo, y que “*accidentalmente*” los recibió en el devenir del proceso. Obviamente, no fue esta última resolución muy respetuosa con el principio de principio de legalidad, a pesar del razonamiento de la Sala que se apoya en la aplicación del 377 par. 2º, la decisión no era jurídicamente sostenible ya que, el abogado además de no tener la condición de funcionario (recordemos el argumento de GROIZARD al respecto) tampoco es un particular, ni recibe accidentalmente los documentos, sino un profesional ejerciente estrechamente vinculado al proceso. En la misma línea CUELLO CALÓN⁶³⁵ al analizar el art. 436 del Código Penal de 1928 que es el correlativo al 377 par. 2º del texto de 1870⁶³⁶. No obstante, también en la doctrina del Tribunal Supremo hubo disparidad de criterios en cuanto al requisito exigido de *causar un daño a terceros*

⁶³³ Repertorio TOL 5.082.269; ÁLVAREZ CID, J. y T. *El Código Penal de 1870*, ob. cit. 1908, pág. 108.

⁶³⁴ 377. Pár.2º. “*Las penas designadas en los tres artículos anteriores son aplicables también a los eclesiásticos y a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión de gobierno, o de funcionarios a quienes hubieren sido confiados por razón de su cargo*”.

⁶³⁵CUELLO CALÓN, E. *El Nuevo Código Penal Español* (Libro 2º, Parte 1ª, arts. 215-544), Barcelona, 1930, pág. 319 y 330.

⁶³⁶ AA. VV, *Códigos Penales españoles*, ob. cit. pág. 139. Redacción del art. 436 pár. 2º (Código Penal de 1928): “*Los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles, por comisión del gobierno o de los funcionarios a quienes estén confiados por razón del cargo, aunque solo momentáneamente los tengan en su poder para la práctica de cualquier diligencia, serán castigados con las penas inmediatamente inferiores a las señaladas en los artículos anteriores, cuando cometan alguno de los delitos previstos en los mismos*”.

o a la causa pública. Así en la Sentencia de 18 de marzo de 1884, se exigen que tales requisitos revistan gravedad y manifiesta: *“que no existe el delito que define y pena el art. 375 si con la ocultación...no resulta daño grave o menos grave a tercero o a la causa pública”*. Con distinto criterio, la sentencia de 25 de noviembre de 1884 al concluir que, *“el elemento constitutivo del delito del artículo 375 del Código Penal consiste en que se cause daño grave o no grave a un tercero a la causa pública”*.

Teniendo en cuenta lo visto hasta ahora sobre la infidelidad en la custodia de documentos -y, a modo de síntesis doctrinal en relación a este delito- elegimos la Sentencia de 20 de octubre de 1887 que contiene toda su doctrina al respecto y, prácticamente con la misma literalidad del art. 375 decía: *“Para la existencia del delito que define el artículo 375 del Código Penal se requiere el concurso de tres elementos esenciales: **sustracción, destrucción y ocultación** de documentos o papeles; que este hecho lo realice **funcionario público a quien se le hayan confiado por razón de su cargo** (con la excepción del 377 párrafo 2º que lo extiende a otros sujetos particulares); y que, como consecuencia del mismo **sobrevenga algún daño, grave o no grave, para tercero o para la causa pública”**.*

Durante la vigencia del Código Penal de 1870 hubo numerosos pronunciamientos más a propósito de la infidelidad en la custodia de documentos y siguiendo un orden cronológico se pueden citar: las Sentencias de **25 de noviembre de 1884**; de **17 de marzo de 1886**; de **20 de enero, 9 y 14 de marzo de 1887**; de **5 de julio y 20 de octubre de 1887**; de **28 de enero y 19 de diciembre de 1889**; de **20 de octubre y 11 de noviembre 1891**; de **24 de marzo de 1893**; de **28 de septiembre de 1894 y 4 de octubre de 1894**; de **9 de enero y 2 de diciembre de 1895**; de **28 de febrero y 11 de diciembre de 1896**; de **6 de diciembre de 1899**; de **20 de noviembre de 1903** y de **7 de enero de 1904**.

En conclusión, se iban perfilando -desde su aparición por primera vez como delito la infidelidad en la custodia de documentos-, los elementos típicos que van a caracterizarlo en la posteridad como son: la conducta típica, *destruir, sustraer, ocultar*; el objeto, *documentos*; así como los *sujetos por razón del cargo*, generalmente funcionarios -desde 1995, abogados y procuradores-, y, finalmente, el resultado que debe producir, esto es, *afectación a terceros o a la causa pública* (hoy, a la Administración de Justicia).

En otros ordenamientos penales o, si se prefiere, en cuanto al Derecho comparado de la época⁶³⁷, hay que destacar que la expresión Administración de Justicia como fundamento para estructurar la disposición de comportamientos contrarios a ella aparecen ya en un Título específico del Código Penal de las dos Sicilias, así como en los Códigos Penales italianos de 1889 y de 1930.

En cuanto a la infidelidad en la custodia de documentos propiamente dicha se pueden destacar los siguientes textos ⁶³⁸:

Código Penal de *Francia*. – Art. 254. “*Por lo que hace a las sustracciones, destrucciones o robos de procesos criminales, u otros cualesquiera papeles, registros, actas y efectos custodiados en los archivos, oficinas o depósitos públicos, o entregados a un empleado público como tal, serán castigados en los empleados, notarios archivistas y demás depositarios negligentes, con las penas de prisión de tres meses a un año, y multa de 100 a 330 francos*”.

⁶³⁷ BENÍTEZ ORTUZAR, ob. cit., pág. 21

⁶³⁸En relación con los Códigos Penales extranjeros citados, véase GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. en, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Madrid, 1912, ob. cit. págs. 165 y ss.

Resulta llamativo el Código francés en el que primero se contempla un tipo imprudente cometido por los empleados públicos -a los que se les supone un especial deber de vigilancia y custodia-y son castigados (con prisión) por negligencia en su función, a pesar de no haber sido los autores materiales del delito. En el artículo siguiente, el 255, establece un agravamiento de la pena para los autores (pena de reclusión), añadiendo la pena de trabajos forzados temporales si el autor es el propio depositario. Finalmente, el art. 256 del Código galo regulaba un tipo agravado si el hecho se cometía *con violencia* sobre las personas sea cual fuere el autor, funcionario o no.

Del tenor literal del Código Penal francés, a propósito de la infidelidad documental, se desprende también que, la *condición* de funcionario o la vinculación al cargo público es un elemento esencial en el trato penal que se da a la infidelidad documental. Pero no sería el único, la generalidad de textos penales en el contexto occidental europeo otorga una importancia muy similar a la infidelidad en la custodia de documentos en función del cargo ocupado por el sujeto activo.

Código Penal de Alemania. – Art. 348. “...*La misma pena se impondrá a todo funcionario que voluntariamente haya destruido, suprimido, raspado o falsificado un acta que le estaba confiada o que tenía a su disposición por razón de sus funciones.*”

Código Penal de Austria. – Se hace especialmente reo de este delito...3º “*El que...sustrajere algún documento que se le hubiere confiado por razón de su empleo...*”.

Código Penal de Bélgica. – Art. 241. “*Se castigará con reclusión, a los funcionarios públicos y a cualquiera persona encargada de un servicio público, que maliciosa o fraudulentamente, hayan destruido o sustraído documentos o títulos de que fueren depositarios bajo dicho concepto o que hubieran recibido por razón de su cargo*”.

Cabe destacar que la redacción del texto belga parece la más correcta técnicamente en comparación con los textos alemán y francés que adolecían de cierta inconcreción.

Código Penal de los Países Bajos. – Art. 361. – *“Se castigará con cuatro años y seis meses de prisión a lo sumo, al funcionario o a cualquiera otra persona encargada de un servicio público permanente o temporal, que con intención destruya, deteriore o inutilice objetos destinados a servir de piezas de convicción o de pruebas a la autoridad competente, actas, documentos o registros que lleven por razón de su empleo; o que tolere que sean sustraídos, destruidos, deteriorados o inutilizados por otros o ayude a ellos como cómplice.”*

Código Penal de Portugal. – *“Será condenado a prisión mayor...todo empleado público encargado de la custodia y conservación de documentos...que sustraiga, destruya o pierda alguno de estos documentos ...”*

Código Penal de Italia. – Art. – 191. *“El que sustrae, suprime, destruye o altera el cuerpo del delito, actas o documentos custodiados en una oficina pública o por funcionario público, por razón de tener esta cualidad, es castigado...”*

Otros ordenamientos, como los de Suiza, siguieron la misma línea que los anteriores, y así el artículo 334 del Código Penal del Cantón de Vaud; art. 209 y ss. del Código Penal del Cantón de Zúrich; art. 273 del Código Penal del Cantón de Friburgo; arts. 157 y 199 del Código Penal del Cantón de Ginebra.

Más allá del entorno europeo, si ahondamos en el Derecho Penal del otro lado del atlántico obtenemos resultados muy parecidos. En Latinoamérica -siguiendo la influencia de la doctrina española por razones obvias de colonialismo-, podemos ver, a modo de ejemplo, como se regulaba la infidelidad documental en algunos Códigos de la época:

Código Penal de Perú, en su artículo 185. “*El empleado público que sustraiga, oculte, destruya o inutilice los documentos confiados a su custodia...*”

En la misma línea, el artículo 242 del Código Penal de Chile; el artículo 242 del texto *penal argentino*; el art. 246 del Código Penal de Guatemala; artículo 188 del Código Penal uruguayo; artículo 206 del Código Penal de Venezuela, y casi con la misma literalidad que el Código Penal español de 1870, excepto la cuantificación de la pena, el artículo 355 del Código Penal de Honduras.

Por tanto, después de observar la tendencia de la doctrina penal allende nuestras fronteras sobre la infidelidad en la custodia de documentos, la conclusión a la que se llega no difiere en lo sustancial a lo manifestado anteriormente en el contexto legal y jurisprudencial español, y así, la doctrina más autorizada de la época se hizo eco de la línea delimitada por el Tribunal Supremo antes señalada en una de sus resoluciones al destacar los cuatro elementos principales exigibles para la concurrencia del delito de infidelidad en la custodia de documentos regulado en el artículo 375:

1) que el agente fuese *funcionario público*; 2) que *sustrajera, destruyera u ocultase* documentos; 3) que dichos documentos sustraídos, destruidos u ocultos *le hubiesen sido confiados por razón de su cargo*, y finalmente, 4) que con la realización de una de esas conductas *se produjera un daño a tercero o a la causa pública*⁶³⁹.

No obstante, la jurisprudencia no fue pacífica⁶⁴⁰ y, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, su doctrina se caracterizó por ser contradictoria en la interpretación de los requisitos exigidos por el tipo penal y de ello hay numerosos

⁶³⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, ob. cit. pág. 170.

⁶⁴⁰ LÓPEZ-REY, M. ÁLVAREZ VALDÉS, F. *El nuevo Código Penal*, Madrid, 1933, págs. 334 y 335.

testimonios más que lo certifican. Por ejemplo, el delito imprudente no se contemplaba en un principio; la mera desaparición de un documento no era suficiente para estimar la comisión del delito, exigiendo que se produjese necesariamente por sustracción, destrucción y ocultación, y en este sentido la sentencia de 12 de diciembre de 1894; sin embargo, en otros casos, el Alto Tribunal aceptó la infidelidad en la custodia de documentos cometida por imprudencia en sentencias de 24 de marzo de 1893 y 24 de diciembre de 1897, para más tarde volver a su criterio inicial en Sentencia de 31 de mayo de 1926 al no sancionar a un notario por el extravío de un protocolo por descuido o negligencia en la custodia de este, estimando los hechos sancionables únicamente por vía administrativa.

En cuanto al requisito del *daño a tercero o la causa pública*, en general -respecto a la infidelidad en la custodia de documentos-, tampoco la doctrina del Supremo se mantuvo uniforme; así, en Sentencia de 24 de diciembre de 1897⁶⁴¹, daba a entender que siempre se producía un daño con la mera desaparición del documento debido a la alarma que producía este hecho; pero, en resoluciones de 14 de mayo de 1876⁶⁴²; 18 de marzo de 1884⁶⁴³ y 8 de mayo de 1909⁶⁴⁴, *consideraba necesaria* la producción del daño para que se produjera el delito.

Esto originaba otro debate doctrinal, para VIADA⁶⁴⁵, en caso de no producirse el daño, se descarta la infidelidad en la custodia de documentos y, en su caso, se produciría un delito de estafa del artículo 523, con la agravante 9^a del artículo 10, por prevalerse el

⁶⁴¹ STS 523/1897 - ECLI:ES:TS: 1897:523

⁶⁴² ÁLVAREZ CID, J. y T. *El Código Penal de 1870*, ob. cit. 1908, pág. 107.

⁶⁴³ RJ: STS 1029/1884 - ECLI:ES:TS:1884: 1029.

⁶⁴⁴ RJ: STS 725/1909 - ECLI:ES:TS: 1909:725.

⁶⁴⁵ VIADA y VILASECA, S. *Código Penal reformado de 1870, concordado y comentado*, ob. cit. págs. 270-271.

culpable de su condición pública⁶⁴⁶. Para los particulares o eclesiásticos que hubieren recibido accidentalmente del despacho o custodia de documentos no se exige el perjuicio de terceros o a la causa pública, endureciéndose el desvalor del resultado por no tener la condición de funcionario, en este sentido Sentencias de 3 de diciembre de 1877, 9 de febrero de 1886, 5 de noviembre de 1894, 27 de enero de 1899 y 29 de abril de 1924⁶⁴⁷.

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1928.

1. Introducción.

Si el siglo XIX se había caracterizado por su inestabilidad política y la lucha entre corrientes tradicionales y conservadoras contra los defensores del constitucionalismo liberal, el siglo XX será una continuación de esa disputa por imponer en el Estado, o bien un régimen autoritario con la vigilancia permanente del ejército o, por el contrario, intentar consolidar los principios liberales que emergieron del constitucionalismo y la codificación de la anterior centuria.

En este contexto de inestabilidad política interminable se producirá, a comienzos del siglo XX, una primera involución que afectaría al Derecho Penal y la consolidación de los derechos logrados con mucho esfuerzo durante el periodo anterior. La sociedad española, tras la debacle en los territorios de ultramar y la nefasta gestión de los políticos, quedó sumida en una crisis económica y social profunda. Una vez más, los sectores más

⁶⁴⁶ LÓPEZ-REY Y ÁLVAREZ VALDÉS, ob. cit. págs. 61, 334, 498-499. “*Es preciso que el reo ponga la función pública al servicio de su propósito criminal (Ss. de 21 de octubre de 1901, 11 de marzo de 1903 y 8 de mayo de 1908); no siendo de apreciar este elemento subjetivo si no se utiliza por el reo las ventajas que le otorga el cargo público (Sentencia de 1 de abril de 1922), si solo ha sido un olvido o se ha despojado de él (Sentencia de 18 de diciembre de 1923)*”.

⁶⁴⁷Ibidem, pág. 336.

reaccionarios, especialmente el ejército, consideraron que la solución pasaba por endurecer la gobernabilidad del país y promover de nuevo el afán expansionista de España, esta vez en el norte de África, para recuperar “la gloria perdida” de tiempos pasados. El resultado fue la apertura de un frente en Marruecos de consecuencias devastadoras para la sociedad española que siguió fragmentándose paulatinamente hasta quedar dividida -soslayando los matices-, en dos grandes bloques durante las décadas posteriores y con resultados dramáticos en los años treinta del pasado siglo.

La Monarquía empezó a ser considerada como la responsable de tanto desastre y la necesidad de prescindir de ella se consideró un objetivo prioritario, especialmente en el sector más progresista del pensamiento español y del pueblo en general, aunque no eran pocos los conservadores que también rechazaban la institución monárquica. En síntesis, únicamente la Iglesia, el ejército y las clases más pudientes seguían defendiendo a capa y espada las políticas reaccionarias y la dictadura como forma de gobierno.

1.2. El Código Penal de la dictadura de Primo de Rivera.

El 13 de septiembre de 1928, el Ministerio de Gracia y Justicia publicaba a través de la Gaceta de Madrid en su página 1450 el Código Penal de 1928. Es el primer texto punitivo en establecer un título VI relativo a los *delitos contra la Administración de Justicia*⁶⁴⁸, pero no incluye la infidelidad documental entre ellos. Solo se tipifican como tales, *la evasión de presos y condenados* (Capítulo I, arts. 494-497), *los desórdenes en*

⁶⁴⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit., pág. 788; QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, 2011, pág. 1867; ANTÓN ONECA, J. (AAVV), ob. cit. pág. 777; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 22; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 21

prisiones y establecimientos penales (Capítulo II, art. 498), *el quebrantamiento de condena* (Capítulo III, art.499-512) y *el encubrimiento* (Capítulo IV, arts. 513-514)⁶⁴⁹.

También es el primer Código que no se redacta en sede parlamentaria sino en una Asamblea Nacional. El motivo, como se señaló líneas más arriba, fueron las tensiones sociales provocadas por la crisis de África y que generaron un ambiente hostil hacia la figura del Rey Alfonso XII responsable de la nefasta política española en el protectorado de Marruecos, y que sirvieron de justificación al ejército para quebrantar, por enésima vez en España el orden constitucional⁶⁵⁰. Asimismo, es el primer Código Penal español, desde que se promulgó el primero en 1822, al que no antecede una nueva Constitución, al contrario, será en 1931 con el advenimiento de la República cuando se dicte un nuevo texto constitucional.

Así las cosas, y para evitar las posibles responsabilidades de la corona, se disolvieron las Cortes rompiendo de golpe con la tradición de elaborar un texto penal acorde al periodo constitucional del momento. Es el Código Penal de la dictadura de PRIMO DE RIVERA. Su contenido regresivo fue objeto de fuertes críticas por la doctrina. Con estas durísimas palabras comenzaba el prólogo de una de sus obras el maestro JIMÉNEZ DE ASÚA, a propósito del Código Penal de 1928: “*No son estas páginas un estudio técnicamente prolijo del desafortunado engendro que se denomina Código de 1928*”; y la dedicatoria que hace del mismo a Felipe SÁNCHEZ ROMÁN es aún más reveladora al que agradecía “*haber puesto su talento en la ofensiva contra el Código Penal faccioso*”⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Gaceta de Madrid, n ° 257, de 13 de septiembre de 1928, págs. 1496-1497.

⁶⁵⁰ JIMENEZ DE ASÚA, L. *Al servicio del Derecho Penal*, Madrid, 1930, pág.77

⁶⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 9 y 13.

No obstante, las circunstancias políticas no tendrán un efecto relevante en el Código Penal de 1928 en cuanto a los delitos de deslealtad cometidos por abogados y procuradores en general, ni en la infidelidad en la custodia de documentos en particular; es decir, no ofrece variaciones relevantes respecto de sus predecesores de 1822, 1848, 1850 y 1870 en cuanto al objeto y sujetos del delito, elementos del tipo y naturaleza. Su regulación estaba incluida en el Capítulo III del Título V del texto denominado “*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos*”, arts. 430 y siguientes a los que anteriormente se ha hecho alusión.

La única referencia directa a los abogados y procuradores en este título aparece en su Capítulo I sobre la *prevaricación*; en el artículo 422 se castiga *el perjuicio al cliente y la doble defensa* en el art. 423; también *la revelación de secretos* en el art. 439 del Capítulo IV.

Artículo 430: “El funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuviesen confiados por razón de su cargo, será castigado:

1 ° Con las penas de cuatro a diez años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 pesetas, siempre que del hecho resultare grave daño de tercero o de la causa pública.

2 ° Con las de prisión de seis meses y cuatro años y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, cuando no fuere grave el daño de tercero o de la causa pública.

3 ° Con las de prisión de dos meses y un día a seis meses y multa de 1.000 a 3.000 pesetas cuando no se acredite daño de tercero o de la causa pública.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial de tres a veinte años.

...

Artículo 436: Las penas determinadas en los artículos anteriores son aplicables a los eclesiásticos y funcionarios que presten servicios en los tribunales y archivos de la jurisdicción eclesiástica.

Los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles, por comisión del gobierno o de los funcionarios a quienes estén confiados aquellos por razón de su cargo, aunque solo momentáneamente los tengas en su poder para la práctica de cualquier diligencia, serán castigados con las penas inmediatamente inferiores a las señaladas en los artículos anteriores, cuando cometan algunos de los delitos previstos en los mismos.

El texto de la dictadura mantiene la misma filosofía en cuanto a la estructuración del articulado relativo a la *infidelidad en la custodia de documentos*. Un tipo básico que está dedicado a los funcionarios en general, se amplía la autoría a los eclesiásticos y funcionarios ejercientes en su jurisdicción para, finalmente, mantener a particulares como posibles autores en el segundo párrafo del último artículo dedicado a este delito.

Una vez más, al comprobar la influencia histórica en las leyes, debe recordarse que el Código Penal de 1928 es producto del contexto social que se vive en España y Europa. El advenimiento del fascismo italiano en 1927, la crisis en la Alemania de WEIMAR con la semilla del nazismo germinando desde 1923 y, en general, la crisis de los sistemas liberales cuya máxima expresión será el derrumbe de la bolsa neoyorquina en 1929, todo ello unido al desastre colonial español en Marruecos, marcará la agenda legislativa en el periodo de la dictadura de PRIMO DE RIVERA⁶⁵².

⁶⁵² COBO DEL ROSAL, G. *El proceso de elaboración del Código Penal de 1928*, AHDE, Tomo 82, pág. 563.

V. SEGUNDA REPÚBLICA: CONSTITUCIÓN DE 1931 Y CÓDIGO PENAL DE 1932

1. Introducción. Contexto histórico.

La dictadura de PRIMO DE RIVERA fue un fracaso político absoluto y, al haberse derogado en 1923 el principio de legitimidad de la Corona, como efecto dominó, se produjo también la caída de la Monarquía. Una vez más el Derecho Penal se ve en la necesidad de eliminar las secuelas de un régimen autoritario, y para ello no escatima en esfuerzos para dar un nuevo impulso a la modernización del Código Penal.

En la propia Exposición de Motivos del Código republicano se refleja claramente esa intención al comenzar su relato con el siguiente Título: *“Necesidad de reformar el Código Penal de 1870”*, y, proclama entre sus primeros párrafos: *“devolver a la auténtica disciplina de 1870 su legítimo vigor no suponía que el gobierno provisional de la República estimase perfecta y adecuada a esta época una Ley que, por muy progresiva que fuese en los días de su nacimiento, es hoy francamente insostenible como obra permanente. El texto nacido de la gloriosa revolución ya no era suficiente para los nuevos tiempos”*.

Sin duda que las nefastas políticas de los gobiernos españoles en las primeras décadas del siglo XX y que desembocaron en la tragedia de Marruecos, así como la ineficacia de la dictadura de PRIMO DE RIVERA por restaurar la Monarquía hizo reflexionar a la sociedad española. Proclamada la II República, y como parte importante de ella, el mundo del derecho se puso manos a la obra.

2. Código Penal de 1932.

Como puso de manifiesto QUINTERO OLIVARES, las consecuencias de la Constitución de 1931 se reflejaron rápidamente en la elaboración del nuevo Código Penal caracterizándose, entre otras cosas, por la consagración de una serie de principios humanitarios como la ampliación del estado de necesidad o suprimiendo la pena de muerte -con alguna excepción-, y considerar, por ejemplo, la sordomudez como una eximente. Pero uno de los hitos más importantes de este Código republicano será la introducción por primera vez en el Derecho positivo del concepto de *bien jurídico protegido*⁶⁵³. Se creó la Comisión Jurídica Asesora en sustitución de la ya obsoleta Comisión General de Codificación y, de la mano de FERNANDO DE LOS RÍOS, se promovió la aprobación de un nuevo Código Penal, cuyos primeros objetivos fueron adaptar el texto punitivo al nuevo orden constitucional y humanizar sus preceptos en consonancia con el mismo⁶⁵⁴.

Pero, al igual que se ha dicho respecto de otros Códigos Penales anteriores en relación con el tiempo de su vigencia, los cambios políticos no afectaron a la estructura de los delitos de deslealtad cometidos por abogados y procuradores de forma relevante. Excepto a su ubicación en el Código, la redacción de estos es una copia casi exacta del Código Penal de 1870.

*Art. 369. – El funcionario público que **sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que le estuvieren confiados por razón de su cargo, será castigado:***

1º. Con las penas de prisión mayor y multa de 500 a 5.000 pesetas, siempre que del hecho resultare grave daño a tercero y a la causa pública.

⁶⁵³ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. pág. 97.

⁶⁵⁴ *Código Penal español*, 1ª ed. Vol. 3º, Madrid, 1933, págs. 7 y 8.

2º. Con la de prisión mayor en sus grados mínimo y medio y multa de 250 a 2.500 pesetas, cuando no fuere grave el daño o de la causa pública.

En uno y otro caso se impondrá además la pena de inhabilitación especial.

Art. 370. – “El funcionario público que teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento, será castigado con las penas de prisión menor en sus grados mínimos y medio, inhabilitación especial en su grado máximo y multa de 500 a 5.000 pesetas”.

Art. – 371. “El funcionario que, no estando comprendido en el artículo anterior abriere o consintiere abrir sin la autorización competente papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, incurrirá en las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa de 250 a 2.500 pesetas.

*Las penas designadas en los tres artículos anteriores son aplicables también a los eclesiásticos y a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión de gobierno o de funcionarios a quienes hubieren sido confiados **por razón de su cargo**”.*

Destaca el magistrado Hilario NÚÑEZ DE CEPEDA en su trabajo, a propósito del Código Penal de 1932 ⁶⁵⁵, entre otras, la siguiente jurisprudencia: “condenaba la Sentencia 13 de abril de 1925 por infidelidad al agente ejecutivo que teniendo en su poder expediente de apremio hace desaparecer del mismo la diligencia de embargo; asimismo, condenaba por infidelidad la Sentencia de 16 de junio de 1928 al juez municipal que *maliciosamente* hizo desaparecer el escrito de un litigante solicitando la tramitación de una demanda de desahucio paralizada desde hacía tiempo. En sentido similar a las

⁶⁵⁵NÚÑEZ DE CEPEDA, H, *1870-Código Penal-1932*, (Comentarios, Jurisprudencia, Tablas de Penas), La Coruña, 1932.

anteriores resoluciones la Sentencia de 12 de marzo de 1935, en la que se condena a un Juez municipal, relata así en su tercer *Considerando*: “...en primer lugar, porque la **ocultación** de las diligencias en cuestión resulta de manera manifiesta, por desaparición **voluntaria** de las mismas; en segundo, porque el **daño a la causa pública** aparece evidente...al no dar a la demanda la tramitación legal procedente para la averiguación de los hechos denunciados...y, en tercero, porque el juzgador tiene siempre **confiadas a su cargo** las actuaciones judiciales...”

Estas últimas resoluciones, dos de ellas anteriores al periodo de vigencia del Código Penal de la República, forman parte de los escasos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de infidelidad en la custodia de documentos, y la razón está en la corta vida del texto punitivo de 1932.

A nuestro parecer, las consideramos suficientes a los efectos de mostrar la doctrina del Alto Tribunal en esta materia durante este periodo histórico, debido a su brevedad y por el deseo de no ser demasiado reiterativo y cansino. En este mismo sentido se expresaban los hermanos letrados PÉREZ FERNÁNDEZ, Enrique y José, a propósito de su obra *Nuevo Código Penal 1870-1932*, en cuyo prólogo titulado *Plan de Esta Obra*⁶⁵⁶, uno de sus párrafos dice con sensatez: “*Hemos prescindido de la publicación de jurisprudencia con la presente edición, porque al tratarse de una ley que ninguna jurisprudencia tiene sentada, solo puede hacerse aplicación por analogía de la existente en el Código de 1870 y ésta es preferible buscarla en los textos que tratan exclusivamente sobre la dicha jurisprudencia...Cualquier jurisprudencia anotada en un texto como el nuestro, solo de práctica para los tribunales, significa el machaqueo siempre de las mismas sentencias, que a veces molesta a los mismos juzgadores*”.

⁶⁵⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ, E y J. (s.f.) *Nuevo Código Penal 1870-1932*, Ciudad Real, págs. 5 y 6.

En este caso, y siguiendo el ejemplo de los citados autores, también hemos considerado innecesario rebuscar más jurisprudencia de este exiguo periodo constitucional republicano, y, en todo caso, destacar algunas resoluciones sobre el tipo regulado en el segundo párrafo del art. 371. del Código Penal de 1932 (antes art. 377 del Código Penal de 1871)⁶⁵⁷. El objetivo primordialmente era desentrañar cuales eran las características más importantes de este tipo penal, desde que apareció por primera vez regulado en nuestros Códigos históricos en 1812, a través de un análisis más o menos pormenorizado del contenido de las sentencias en esta materia.

VI. EL DERECHO PENAL DE LA DICTADURA FRANQUISTA. DE 1944 A 1973⁶⁵⁸.

1. Introducción.

Durante la Guerra Civil, y tras ella, el Derecho Penal en España tiene como objetivo principal la represión política que, como escribe algún autor: *“lejos de adoptar un sistema indulgente con los vencidos, el Régimen militar asumió la necesidad de abordar un procedimiento de exterminio físico y moral de su rival político”*⁶⁵⁹. Para ello,

⁶⁵⁷ LÓPEZ-REY y ÁLVAREZ VALDES, “El Nuevo Código Penal”, pág.336. Sobre el artículo 371 párrafo segundo del Código de 1932 y su correlativo del de 1870, destaca las Ss. de 3 de diciembre de 1877; 9 de febrero de 1886; 5 de noviembre de 1894; 27 de enero de 1899 y 29 de abril 1924.

⁶⁵⁸ AA. VV, “Códigos Penales españoles”, ob. cit. págs. 1279-80

⁶⁵⁹ “Tras la guerra civil, el Derecho Penal se multiplicó a través de la jurisdicción militar, la jurisdicción penal común y las leyes especiales: Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, Ley sobre Represión de la Masonería y el Comunismo de 1 de marzo de 1940 y Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941 (...) Sorprendentemente, para llevar a cabo la aniquilación de la disidencia política, no fue necesario derogar el Código Penal de 1932...no necesitaban acudir al Código Penal republicano por que la mayor parte de los comportamientos contra el Movimiento Nacional encontraban acomodo en el Código de Justicia Militar (...) Hasta la promulgación del Código Penal de 1944, el Código de Justicia Militar fue el instrumento más empleado contra la disidencia política”. PORTILLA, G. *La consagración*

el nuevo Estado surgido tras el conflicto creó leyes y tribunales específicos para consolidar el poder de los vencedores. Esto lo consigue especializando el Derecho punitivo. Los objetivos del nuevo régimen son, en este periodo negro de nuestra historia, *los enemigos de la Patria*, siendo represaliados todos aquellos que diferían del ideario surgido tras la guerra en un sentido no solo político, sino también religioso y moral. Políticos de izquierdas -sobre todo comunistas-, masones, liberales, homosexuales, simpatizantes de la República y, en general, todos aquellos considerados por el Estado como una amenaza y, por tanto, incompatibles con él, estaban al margen de la Ley y carecían de toda garantía penal o procesal.

Pero el carácter reaccionario del Derecho español de la post guerra no surge espontáneamente tras el final de la contienda, por el contrario, es el fruto de un germen cultivado ya en el siglo XIX por los sectores ultraconservadores de nuestra sociedad que defendían una idea de España, en palabras de CALLEJO HERNÁNZ, “*esencialmente católica e integrista*”, intolerante con todas aquellas ideas que difieran con el ideario histórico de España. Desde esos sectores ya se venía boicoteando el proceso renovador y modernizante de la Ilustración en nuestro país, y a la par, fueron construyendo una ideología sectaria y opuesta a cualquier atisbo de evolución o cambio. Dicho ideario cristalizó ya en el siglo XIX en el llamado Partido Católico Nacional fundado por Ramón NOCEDAL, influyente en sectores poderosos del país a pesar de su reducido número de miembros.

En consonancia con esa ideología, fueron fraguando un Derecho Penal basado en la religión, en el que predominaban conceptos como la relación pecado-delito, la

del Derecho Penal de autor durante el franquismo, (El Tribunal Especial para la represión de la Masonería y el Comunismo), Granada, 2010, págs. 5 y ss.

redención o expiación y, por supuesto, la defensa de la pena de muerte para los delitos considerados graves desde la perspectiva de aquella ideología moralista⁶⁶⁰.

En este sentido, solo puedo estar de acuerdo con la opinión del autor CALLEJO HERNANZ al considerar que una de las causas -o el origen-, de la justicia franquista se debe, en buena parte, al fracaso, o como define el propio autor, a las “*deficiencias del proceso de Ilustración en España*”, y, coetáneamente, al fortalecimiento paulatino de un pensamiento integrista y reaccionario que desde principios del siglo XIX se fue acentuando y consolidando en los sectores más poderosos del país y terminaron por imponerlo a sangre y fuego.

2. Código Penal franquista.

Mediante Decreto de 23 de diciembre de 1944 se aprueba el nuevo Código Penal de la dictadura, un texto refundido de acuerdo con la ley de 19 de julio de ese mismo año⁶⁶¹. Era básicamente una nueva versión del texto de 1870 eliminando todo lo que era “*contrario al nuevo Estado*”⁶⁶².

En este contexto, tanto los delitos actualmente conocidos como contrarios a la Administración de Justicia -entre los que no se encontraba *la infidelidad en la custodia*

⁶⁶⁰ Para este tema véase, FERRÉ OLIVÉ, JC. *El Derecho Penal de la posguerra*, Valencia, 2016, págs. 38 y ss. y 59 y ss.

⁶⁶¹ “Tras un paréntesis de propuestas legislativas como el Anteproyecto de Código Penal falangista y el Proyecto de Código Penal de 1939, la Ley de 19 de julio de 1944 autorizó a publicar un nuevo texto refundido del Código penal de 1932.

⁶⁶² QUINTERO OLIVARES, G, *Pequeña historia...*, ob. cit. pág. 169. Para este autor, “*El Código Penal de 1944 era solo una reforma del anterior*”; PORTILLA, G. ob. cit. pág. 8.

de documentos-, como estos últimos, apenas fueron objeto de revisión o modificación siguiendo la tendencia inmovilista en esta materia respecto a Códigos Penales anteriores.

En relación con los primeros ubicados en el Título IV del Libro II -como expone RODRÍGUEZ DEVESA-,⁶⁶³ “*nació en 1932 y agrupaban en él, la acusación y denuncia falsa y el falso testimonio, procedentes de las falsedades, donde se encontraban desde 1870, y el quebrantamiento de condena y favorecimiento de la evasión, trasladados desde el Libro I donde estaban desde 1848. El texto refundido de 1944 añadía la realización arbitraria del propio derecho, anteriormente entre las amenazas y coacciones, así como la simulación de delito*”.

La ubicación del delito de infidelidad en la custodia de documentos está en el artículo 364, dentro del Capítulo III y Título VII de dicho cuerpo legal cuya rúbrica es, “*De los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”, y, el tenor literal del artículo en cuestión disponía⁶⁶⁴:

*art. 364. – “el funcionario público que **sustrajere, destruyere u ocultare** documentos o papeles que le estuvieran confiados por razón de su cargo, será castigado:*

1 ° con las penas de prisión mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas siempre que del hecho resultare grave daño de tercero o de la causa pública.

2 ° con las de prisión menor en sus grados mínimo y medio y multa de 1.000 a 1.500 pesetas, cuando no fuere grave el daño de tercero o de la causa pública.

art. 365.- “el funcionario público que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad quebrantare los sellos o consintiere su

⁶⁶³ RODRIGUEZ MUÑOZ, JA. *Derecho Penal, Tomo 2º, Parte Especial*, Madrid, 1949, pág. 164.

⁶⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRIGUEZ RAMOS, L. y RUÍZ DE GORDEJUELA, L. en *Códigos Penales españoles...*, 1988, ob. cit. págs. 1279-1280.

quebrantamiento, será castigado con las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.

art. 366. – “el funcionario público que, no estando comprendido en el artículo anterior, abriere o consintiere abrir sin la autorización competente papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviese confiada, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 5.000 pesetas”.

Las penas señaladas en los tres artículos anteriores son aplicables a los eclesiásticos y a los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles por comisión del gobierno o de funcionarios a quienes hubieren sido confiados por razón de su cargo”.

Al respecto, algunas observaciones sobre los elementos del tipo:

a) Sujeto activo⁶⁶⁵. - Al igual que sus precedentes de 1848-50, 1870, 1928 y 1932; el sujeto activo no es directamente el abogado ni el procurador, por lo que estas dos figuras solo podrían ser autores materiales del delito de infidelidad en la custodia de documentos aplicando el último párrafo del capítulo III, al ser considerados *“como particulares que se encargasen accidentalmente del despacho o custodia de documentos...”*.

⁶⁶⁵RODRIGUEZ DEVESA, JM. *“Derecho Penal. Parte Especial”*, 2ª ed. Valladolid, 1966, pág. 901. Como señala este autor, en el art.366, párrafo segundo, *“la Ley equipara expresamente a los funcionarios con eclesiásticos y particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos o papeles recibidos por comisión de gobierno o de funcionarios que ostentasen la confianza por razón del cargo”*. RODRIGUEZ DEVESA, además, en alusión a GROIZARD, destaca el error en la redacción de dicho precepto que dice: *“las penas señaladas en los tres artículos anteriores”*, cuando debía decir: *“en el párrafo precedente y en los dos artículos anteriores”*; Véase JASO ROLDAN, T. en *Derecho Penal. Tomo 2º, Parte Especial*, Madrid, 1949, ob. cit. pág. 200.

b) Objeto. -Al igual que su antecesor, eran los documentos o papeles. Sobre este aspecto la doctrina⁶⁶⁶ del momento destacó la confusión en la redacción al incluir junto a la expresión documentos, la de *papeles y efectos*. En cuanto al concepto de documento hay que distinguir entre públicos y privados, y son objeto del tipo delictivo en cuanto a su valor probatorio en un proceso determinado; por su parte, los efectos y papeles como las notas, borradores y demás, habría que considerar si tienen relevancia o no, pues una vez utilizados para realizar el documento en cuestión podrían tener como destino la papelería, y, por tanto, carecer de interés jurídico.

Para RODRIGUEZ DEVESA, estos últimos solo podrían ser objeto de malversación y no de infidelidad en la custodia de documentos. Opino que, si carecen de eficacia jurídica alguna, ni siquiera podrían ser objeto de malversación, simplemente serían irrelevantes a los efectos penales.

c) Las modalidades delictivas⁶⁶⁷ .- Eran tres: *sustracción, destrucción y ocultamiento* de documentos o papeles, y como requisitos o elementos esenciales del tipo, que el objeto hubiese sido confiado por razón del cargo y que se produjera un daño a terceros o a la causa pública⁶⁶⁸, si bien en cuanto a este último, debe matizarse que, no

⁶⁶⁶ RODRIGUEZ DEVESA, JM. ob. cit. pág. 901. Según este autor documento es, “*todo objeto al cual se atribuye en el comercio o en los procesos eficacia probatoria en relación con hechos de importancia jurídica*”. ob. cit., pág. 901; RODRIGUEZ MUÑOZ, JA. ob. cit. pág. 200

⁶⁶⁷GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. El Código Penal de 1870, concordado y comentado, Tomo 4º, 2ª ed. Madrid, 1912. IV, 1891, pág. 146 “*La sustracción y la destrucción de documentos son en el orden ideológico más graves que el ocultamiento*”. RODRIGUEZ DEVESA, JM. ob. cit. pág. 902; RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A. 1949, ob. cit. pág.200-201.

⁶⁶⁸RODRIGUEZ RAMOS, L. *Códigos Penales españoles*, (AAVV), ob. cit. págs. 1279-80; SÁNCHEZ-TEJERINA, I. *Derecho Penal español*, Parte Especial, Tomo 2, Madrid, 1942, págs. 140-141. “*El autor, miembro de las FET y de las JONS, fue, junto a Del Rosal, sin duda el más fanático defensor de las ideas más extremas (...) entre sus delirantes propuestas, se encontraba la restauración de la Inquisición y formó parte del comité de depuración de profesores universitarios contrarios al régimen franquista*”, lo que

exigía la *gravedad* del daño para la comisión del tipo, bastaba con causar tal *efecto* y, de ser grave, daría lugar al tipo cualificado, esto se desprende de la propia redacción del precepto, el artículo 364.1 se refería al caso de daño grave, mientras que el 364.2 minimizaba la pena si el daño no lo era.

En cuanto a la infidelidad en la custodia de documentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pronunció en sendas sentencias, una por comisión del delito por abogado y otra teniendo como sujeto activo a un procurador.

Así, la **Sentencia de 6 de junio de 1961**⁶⁶⁹, que condenaba como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos a un abogado en virtud del art. 364.2 en relación con el último párrafo del art. 366, ambos del Código Penal entonces vigente, a la pena de un año de prisión menor y multa de 1.000 pesetas. Recurrída en casación por el letrado, el Tribunal Supremo desestimó el recurso en base a los siguientes argumentos que, por su interés se exponen:

“Que en la detallada y minuciosa relación de hechos que se declaran probados en el primer resultando de la sentencia de instancia, se contienen todos los elementos que son precisos para tipificar y sancionar la conducta del recurrente como constitutiva de un delito de infidelidad en la custodia de documentos, definido y castigado en el n ° 2 del art. 364 en relación con el último párrafo del art. 366 del Código penal, toda vez que el condenado recibió del Secretario de la Audiencia (que es el funcionario que por razón de su cargo tiene la custodia de los expedientes y documentos judiciales), las actuaciones correspondientes a los dos recursos de Audiencia en justicia promovidos por el propio

evidencia el grado de intoxicación ideológica en el que llegó a estar el Derecho Penal de la época, en este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. págs. 182 y ss.

⁶⁶⁹ RJ: STS 1400/1961 - ECLI:ES:TS:1961: 1400.

RAJ: Sentencia 2164/1961, pág.1387.

procesado, para que como letrado tomara conocimiento de ellos antes de la celebración de las vistas, y al ser requerido por un oficial y por el propio Secretario para que devolviera dichas actuaciones, afirmó mendazmente que ya les había entregado en la Audiencia, cuando la realidad era que las tenía guardadas en su domicilio, por lo que es visto que con este proceder ocultó maliciosamente los documentos en cuestión, y no puede estimarse que hubiera una simple demora en la devolución de los mismos, como alega el recurrente, asegurando que es práctica corriente en los profesionales(...), pero en el caso que ahora se enjuicia hubo manifiesta ocultación con la dolosa intención de que no se celebraran las vistas el día que estaban señaladas, propósito que efectivamente consiguió el culpable, y con esta injustificada dilación de procedimiento judicial se produjo evidentemente un perjuicio a la causa pública...”

Por su parte, la **Sentencia de 23 de mayo de 1958**⁶⁷⁰, sobre infidelidad en la custodia de documento cometida por Procurador, y cuyo tenor literal merece resaltar: *...fue nombrado Procurador el procesado Francisco A.G., quien recibió en virtud de la representación que ostentaba...la indicada causa para que hiciera entrega de la misma al Letrado don Miguel R. P., ...con el fin de que éste evacuase el trámite de calificación dentro del plazo de cinco días, y no obstante ser conocedor de la misión que como tal Procurador le incumbía, dilató la entrega hasta el día 11 de abril del mismo año...CONSIDERANDO: Que el dolo específico que caracteriza y da vida jurídica a la norma penal contenida en el número segundo del artículo 364 del Código punitivo vigente, solo puede estimarse en el caso de autos, cuando un funcionario público, circunstancia que concurre en el Procurador actuante en un proceso, sustrae, destruye u oculta documentos o papeles que tenga confiados por razón de su cargo...”*

⁶⁷⁰ RJ: STS 399/1958 - ECLI:ES:TS: 1958:399

RAJ: Sentencia 1658/1958, págs. 1060 y 1061.

En esta resolución – al igual que sucedía respecto al abogado en la STS de 6 de junio de 1961-, queda patente también la consideración de funcionario público que el propio Tribunal otorga al Procurador en este caso.

Esta equiparación histórica -a la condición de funcionario de abogados y procuradores-, ha sido mantenida en los Códigos Penales españoles, nada menos que hasta 1995, y ha calado tan hondo en nuestra doctrina penal, que incluso actualmente muchos penalistas cuando abordan este tema de los delitos cometidos por abogados y procuradores -actualmente considerados como de obstrucción a la Justicia en el marco de los delitos cometidos contra esta última-, han acuñado la expresión *cuasifuncionarial* para definir la naturaleza de las funciones de estos profesionales a la hora de valorar este tipo de conductas típicas. Entre esos autores, BENEYTEZ MERINO, al afirmar que “*las infracciones cometidas por abogados y procuradores en función de su profesión al recibir los documentos o actuaciones adquieren un carácter cuasifuncionarial*”⁶⁷¹; por su parte, CUENCA GARCÍA entiende que, “*el contenido del artículo 413 relativo a la infidelidad en la custodia de documentos cometido por funcionarios se extiende a través del artículo 465.1 a abogados y procuradores, y ello se debe a la consideración de que sus funciones adquieren tal carácter*”; en el mismo sentido, PÉREZ CEPEDA, que de forma más explícita señala, en el momento en que ambos profesionales reciben las actuaciones surge una situación nueva, transmitiéndose el deber de custodia en principio ostentado por el secretario Judicial a los abogados o procuradores derivándose esa posición cuasi-funcionarial similar a la del funcionario⁶⁷². Sobre esta cuestión volveremos más adelante al tratar específicamente el 465.1 del actual Código Penal.

⁶⁷¹BENEYTEZ MERINO. L. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo 3 º, Madrid, 1997, pág.4352; CUENCA GARCÍA, M º J. *Los comportamientos desleales de abogado y procurador*, 2002, pág. 299.

⁶⁷² PÉREZ CEPEDA, Al. ob. cit., pág. 134.

Al respecto, hay que decir que, no se termina de entender esta relación que la doctrina -y en su día la propia jurisprudencia-, ha atribuido a las funciones de los abogados y procuradores con la función pública. Resulta del todo contradictorio que, por una parte, se abogue por una separación definitiva de abogados y procuradores respecto de los delitos cometidos por los funcionarios, y después se equipare el carácter de la actividad de abogados y procuradores con el de los funcionarios.

A mi modo de ver la inclusión de abogados y procuradores en el anterior Código Penal entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos era una aberración legislativa sin justificación alguna, como afirma RODRIGUEZ DEVESA ⁶⁷³ , *“únicamente se debía a no encontrar mejor acomodo dentro del texto”*. Abogados y procuradores trabajan para su cliente o clientes en el marco de una relación privada, los funcionarios lo hacen para la Administración (en este caso de Justicia) y nada tienen que ver unas y otras. Haciendo una comparación, quizás cuestionable, ¿se puede catalogar la actividad de los vigilantes de seguridad o empleados de la limpieza de un centro comercial como cuasi comercial por el hecho de realizar sus tareas en el mismo lugar de trabajo que decenas de comerciantes? A veces para justificar lo injustificable se cae en la tentación de tergiversar las ideas, conceptos o definiciones.

Lo llamativo es que la propia jurisprudencia fuese cómplice de estas incoherencias, como en la Sentencia referida de 6 de junio de 1961. Si por el principio de separación de poderes hemos entendido que la Administración de Justicia es independiente de la Administración Pública, esa idea debe prevalecer hasta sus últimas consecuencias y debe extenderse, incluso, a la hora de catalogar las funciones de todos los que operan en aquellas.

⁶⁷³ RODRÍGUEZ DEVESA, JM. Derecho Penal español, PE, 18^a ed. 1995, pág.1124.

3. Sobre la sistemática del Código Penal de 1944

En el texto de 1944 permanece el carácter “inestable” de esta regulación en cuanto a la sistemática de este en relación con las conductas desleales contenidas o no, en un Título específico dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. En este sentido, la doctrina del momento también se pronunció -al igual que en los textos anteriores-, al recordar que ha estado continuamente sujeto a entradas y salidas de diferentes tipos penales con una particularidad, “*nunca estuvieron todos los que eran, ni estuvieron todos los que son*”, así RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁷⁴, en su análisis del Título IV del entonces vigente Código Penal de 1944 decía, a propósito de los delitos contra la Administración de Justicia, “*el nuevo aglomerado da visos de modernidad a la vieja estructura de nuestra Ley penal fundamental y manifiesta en el legislador una saludable tendencia a mantenerse apartado de disquisiciones en las que no debe entrar si quiere hacer una obra duradera*”. No conviene ocultar, sin embargo, que ni se encuentran aquí todas las conductas que perjudicaban la buena administración de la Justicia, ni que las que recogía el título tuviesen toda la homogeneidad que a primera vista pudiera presumirse, circunstancia que -aun hoy, lejos de corregirse-, se mantiene en el Título XX de nuestro Código Penal vigente de 1995. En la actual regulación también faltan o sobran delitos en el contexto de la Administración de Justicia.

El mismo autor⁶⁷⁵, años más tarde, calificará el Título VII del anterior Código Penal de 1973 -rubricado “*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de*

⁶⁷⁴ RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA. *Derecho Penal...*, Madrid, 1949, ob. cit. pág.164; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 775.

⁶⁷⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, JM. *Derecho Penal español, PE*, 18^a ed. 1995, pág.1124; *Códigos Penales...*AA. VV, 1988, ob. cit. pág. 667; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, 2002, ob. cit. pág. 9.

sus cargos”-, como un “*residuo histórico*” de figuras que no han hallado mejor acomodo en otros lugares del Código Penal, como acabamos de señalar en líneas anteriores.

En cuanto a la presencia del delito de infidelidad en la custodia de documentos y a modo de resumen, hay que decir que siguió la siguiente trayectoria. Aparece por primera en el Código Penal de 1822 (art. 421), y posteriormente, en el Código Penal de 1848 (arts. 271 a 273), Reforma de 1850 (arts. 278 a 281), Código Penal de 1870 (arts. 375 a 377), Código Penal de 1928 (arts. 430 a 436), Código Penal de 1932 (arts. 369 a 371) y Código Penal de 1944 (arts. 364 a 366)⁶⁷⁶.

4. Reformas del Código Penal de 1944

Respecto a las posteriores reformas del Código Penal franquista de 1944 -que fueron en concreto, las de 1963, 1967, la Gran Reforma de 1971, el Anteproyecto de Bases de 1972 y, finalmente el Texto refundido de 1973-, hay que decir que nada se alteró en cuanto a los delitos contra la Administración de Justicia en general ni en materia de infidelidad en la custodia de documentos en particular. En el Código Penal de 1973 se mantiene el artículo 364 en materia de infidelidad en la custodia de documentos con el mismo tenor literal que en su antecesor de 1944, variando únicamente la cuantía de la multa que pasa de 1.000 a 5.00 pesetas a 5.000 hasta 25.000. No hay modificación en cuanto a los sujetos, objeto y conductas típicas.

En este periodo, por tanto, se puede concluir que en materia de Derecho Penal la mayoría de los pasos que se daban para alterar el texto punitivo tenían un carácter político e ideológico, y, por tanto, irrelevante a los efectos que nos ocupan en este trabajo. Por

⁶⁷⁶*Códigos Penales españoles*, AA. VV, 1988, ob. cit. pág. 1385.

destacar algunas reformas del anterior Código Penal ⁶⁷⁷y antes de llegar al texto de 1973: la introducción de delitos autónomos de “receptación y encubrimiento” por Ley de 9 de mayo de 1950, así como la de uso y circulación de vehículos a motor; “Ley de vagos y maleantes de 1954” e introducción de delitos la “homosexualidad y sospechosos de serlo”, más tarde, “Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970” y como las de 1963 en “materia de penas”, nueva regulación del “uxoricidio”, “irrelevancia del consentimiento en las lesiones”, tratamiento de “delitos relativos a la prostitución”, introducción de los “delitos contra los derechos de autor”, así como la nueva regulación del “delito de cheque en descubierto o sin fondo”. En 1967 otra nueva reforma que vuelve a tratar el sistema de penas “sobre los límites cuantitativos entre delito y salto de pena”, pero, en definitiva, se trata de modificaciones intrascendentes desde el punto de vista evolutivo y de modernización del Código Penal, prevaleciendo una y otra vez la revisión en materia de la penalidad y ampliación de tipos delictivos propios un sistema político autoritario que adolecía de garantías.

Cabe destacar también que en 1971 se acometió una nueva reforma para ir adecuando el Código Penal a los acuerdos internacionales suscritos por España y que, de algún modo obligaban a un cambio, aunque fue más bien un gesto simbólico que no modificó la tendencia a la represión y el control social. Las materias afectadas: “*alteración del precio de las cosas*”, nuevamente “*el cheque en descubierto*” como supuesto de responsabilidad objetiva y la incorporación del delito “*contra la seguridad y salud en el trabajo*”. También se introdujo por primera vez el delito de “*genocidio*” cuyo convenio internacional de 1948 España no había suscrito hasta veinte años después en 1968.

⁶⁷⁷ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. págs. 173 y ss.

Finalmente, un tímido intento de reforma que pasó sin pena ni gloria -anterior al Código Penal de 1973, último texto punitivo de la dictadura-, fue el Anteproyecto de Bases del Libro I de 1972. En ninguna de estas reformas se abordaría la temática de comportamientos desleales cometidos por profesionales, ni de forma general como delitos contra la Administración Pública o de Justicia, ni en particular sobre la infidelidad en la custodia de documentos.

TERCERA PARTE

LA DESLEALTAD PROFESIONAL Y LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS EN EL DERECHO PENAL DE LA DEMOCRACIA

CAPÍTULO PRIMERO. EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DURANTE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA.

I. ALGUNAS POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ANTERIORES AL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995.

A diferencia de lo que sucederá tras la aprobación de la Constitución y, especialmente a partir del Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983 -tras los cuales se generan varias corrientes doctrinales-, lo que caracteriza a la doctrina en cuanto a las conductas desleales en general, y también de abogados y procuradores, son una serie de posiciones particulares sobre el Título VII del anterior Código Penal de 1973, rubricado “*De los Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”.

Entre estos penalistas, JASO ROLDÁN⁶⁷⁸ se desmarcaba del resto de la doctrina -cuya tendencia fue siempre abordar la sistemática de los delitos contrarios a la Administración de Justicia centrándose en el bien jurídico tutelado y su lesión o puesta en peligro-, y estima que el criterio determinante sería la infracción del deber, dejando aquel criterio del bien jurídico protegido en un segundo plano.

En contra de esta posición, el Profesor COBO DEL ROSAL⁶⁷⁹ afirmaba que el verdadero interés del legislador radicaba en regular los delitos que se cometían con

⁶⁷⁸RODRÍGUEZ MUÑOZ, JA. *Derecho Penal*. Tomo 2.º. Parte Especial, Madrid, 1949, pág.192.

⁶⁷⁹ COBO DEL ROSAL, M. “Examen crítico del pár. 3º del artículo 119 del Código Penal español”, (Sobre el concepto de “funcionario público” a efectos penales), Madrid, 1962, págs. 401 y 250; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 11.

ocasión de la función pública, más que los cometidos por los funcionarios públicos, cuyos actos pueden o no afectar a la misma. Solo de este modo se podría entender la inclusión, por ejemplo, de abogados y procuradores como sujetos activos del delito de prevaricación cometido en el marco de la Administración Pública “en calidad de funcionarios” sin serlo.

Por su parte, BACIGALUPO⁶⁸⁰ con un argumento algo enrevesado, daba una vuelta más a la tuerca, consideraba las conductas del Título VII del anterior Código Penal de 1973, “*como un ejercicio contrario al deber de la función pública que supone además un quebranto de la confianza en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo con los principios del Estado de Derecho*”.

En opinión de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO⁶⁸¹, la función pública sería el bien jurídico protegido de la totalidad de tipos ubicados en el Título VII.

Por su parte, FERRER SAMA⁶⁸² es contundente al analizar el Título VII y no duda en criticar su errática elaboración, considerando que agrupa delitos (infracciones) que atentan contra la Administración de Pública y no contra el deber adyacente al cargo. La crítica se produce al hilo de la consideración de algunos posibles sujetos activos que no ostentan la condición de funcionarios, como son abogados y procuradores. Este autor, inicia su análisis del Título VII, rubricado “*De los delitos contra la Administración pública*”, diciendo que se aparta de los criterios clasificatorios establecidos en el propio Código Penal cual es la naturaleza del bien jurídico -ejemplo de ello es el Título III

⁶⁸⁰ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 12; BACIGALUPO ZAPATER, E. “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, *Revista Doc. jurídica*, Vol. 2^o, (enero/diciembre 1983), págs. 1089 y ss.

⁶⁸¹ DE TOLEDO Y UBIETO, EO. *La prevaricación del funcionario público*, 1^a ed. Madrid, 1980, págs. 135 y ss.

⁶⁸² FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*, 1^a ed. Madrid, 1956, pág. 57 y ss.

rubricado “*De las Falsedades*”-, y opta por clasificar aquel por la cualidad del sujeto activo en tanto que es funcionario.

BUSTOS RAMÍREZ⁶⁸³, por su parte, considera que se protege la función pública administrativa en un sentido amplio. La idea de correcto funcionamiento de la función pública como criterio para definir el bien jurídico tutelado desplazará y se impondrá con el tiempo al de infracción del deber del cargo.

Sobre los abogados y procuradores -en tanto protagonistas en la actividad de la Administración de Justicia, pero sin tener cualidad de funcionarios-, CUENCA GARCÍA defiende un criterio híbrido, es decir, en el caso de estos profesionales debe exigirse la concurrencia, tanto de una infracción del deber profesional, como una lesión a la función pública pues, de no ser así, difícilmente se podría distinguir cuando esos comportamientos desleales de abogados y procuradores constituyen delitos o meras infracciones e carácter administrativo⁶⁸⁴.

Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO⁶⁸⁵, también se pronuncia sobre la sistemática y critica la ubicación de los abogados y procuradores en el Título VII relativo a comportamientos desleales de funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y recomendaba su traslado al Título IV como infractores de la Administración de Justicia, al no reunir los requisitos exigidos en el primero. Para este autor, abogados y procuradores no pueden considerarse penalmente como sujetos activos al no ostentar la condición de funcionarios.

⁶⁸³ BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, Barcelona, 1991, pág.366.

⁶⁸⁴ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. 14.

⁶⁸⁵ DE TOLEDO Y UBIETO, EO. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, págs. 143-144.

Sobre esta controversia había teorizado ROXIN, considerándolo una cuestión de política criminal en relación con el principio de legalidad. En opinión del penalista alemán, existen dos métodos principales que utiliza el legislador para tipificar conductas; el primero, se fundamenta en la conducta del autor y en las acciones que realiza, son los llamados delitos de acción; el segundo método prescinde de dichas conductas para tomar como referencia “el deber y las exigencias de comportamientos de determinados sujetos por el papel social que desempeñan”, a éste grupo los denomina ROXIN delitos consistentes en la infracción de un deber, en alemán *Pflichtdelikte*⁶⁸⁶ y como ejemplo de comportamientos desleales en este sentido cita la infidelidad en la custodia de presos, la prevaricación de abogado y procurador, y el alzamiento de bienes. A esto probablemente se refería el profesor COBO DEL ROSAL cuando consideraba que “*el legislador se apoyaba en la participación de abogados y procuradores en el ejercicio de la función pública para justificar su inclusión en un Título VII como sujetos activos de delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones*”.

Y es, en este sentido, donde se produce un problema desde la perspectiva del principio de legalidad (*nullum crimen*) en dos aspectos principalmente: el primero, al equiparar el comportamiento desleal cometido por abogados y procuradores al realizado por los funcionarios públicos, en relación con los delitos de omisión cuando se trata de tipos basados en la infracción de un deber en el cargo -o delitos impropios de acción-, como los denomina ROXIN; en estos casos es indiferente que haya acción u omisión para que se considere cometido el delito; el segundo aspecto, es en relación a la participación, en torno a la cual se produce también una paradoja, y es que el sujeto activo (el que realiza la acción) puede recibir la pena del cómplice, y éste, a su vez, recibir la sanción del

⁶⁸⁶ROXIN, C. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Barcelona, 1972, págs. 6-7 y 43 y ss.

verdadero autor, lo que supone -además de una contradicción llamativa-, una vulneración del principio de legalidad⁶⁸⁷.

II. DE LA TRANSICIÓN POLÍTICA A LA TRANSICIÓN PENAL. EL PROYECTO DE 1980 Y LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE 1983 COMO PUNTOS DE INFLEXIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GENERAL Y DE LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS COMO DESLEALTAD PROFESIONAL EN PARTICULAR. EL MALGRADO PROYECTO DE 1992.

1. Consideraciones generales en torno a una espera de veinte años.

Tras la aprobación de la Constitución de 1978⁶⁸⁸ se impone en España la necesidad de reconstruir todo el marco jurídico para adecuarlo al nuevo periodo democrático; sin embargo, este proceso en materia penal sería largo y tortuoso. Incluso hoy en día, en pleno siglo XXI, materias como la reforma procesal penal, sigue siendo

⁶⁸⁷Ibidem, págs. 45 y ss.

⁶⁸⁸En este sentido LANDROVE DÍAZ, G. *en Estudios penales*. Homenaje al profesor J. ANTÓN ONECA, AA. VV, 1982, págs. 285 y 286. “Si, como ha afirmado uno de los más ilustres penalistas españoles de todos los tiempos, cada Constitución exige un nuevo Código Penal (...) conviene tener muy presente que en no escasa medida las leyes vigentes son hijas de las anteriores. En nuestro Derecho Penal positivo ello se evidencia aún más, ya que nuestra legalidad mantiene las líneas maestras sentadas en el ya lejano Código de 1848, afectado por sucesivas y no siempre afortunadas modificaciones. De ahí la necesidad agudamente sentida y reiteradamente denunciada de que se acometa una nueva redacción de nuestro Código Penal, que no se limite a meros retoques y puesta al día de disposiciones concebidas y dictadas a la vista de estructuras sociales ya periclitadas. La Constitución de 1978 ha de ser el punto de partida del inaplazable proceso legislativo”.

una asignatura pendiente del legislador y exige a gritos una verdadera transformación y actualización para estar plenamente en sintonía con los principios constitucionales⁶⁸⁹.

Cuando aparece el primer texto constitucional de nuestra democracia, el Código Penal vigente en España es el de 1973 que -como se ha expuesto anteriormente-, era heredero del Código Penal franquista de 1944. Con la muerte del dictador en 1975 y en el horizonte la inminente llegada de la democracia, se dio paso a una actividad legislativa frenética para adecuar las leyes al nuevo momento histórico. Por mencionar algunas iniciativas destacan los indultos y amnistías en el primer gobierno de Adolfo Suárez; las reformas del Código Penal de 1974 previas a el Proyecto de Código Penal de 1980⁶⁹⁰ y a

⁶⁸⁹ Véase, QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. págs. 200-201. “Tras la aprobación de la Constitución de 1978: El Código Penal nuevo había de tardar mucho en llegar, y a esa lentitud pueden buscarse muchas explicaciones, y entre ellas se han de incluir todas las rémoras que abierta o pasivamente se oponían a la idea(...) También hay que imputar una cuota de responsabilidad a amplios sectores de la judicatura y la abogacía, movidos simplemente por la pereza ante la perspectiva de tener que acomodar sus decisiones a una legislación totalmente nueva (en referencia al Código Penal, pues un nuevo Código procesal todavía no ha visto la luz, y eso, en parte, puede explicarse por la presión de los sectores conservadores de la judicatura).

⁶⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, JA. “La reforma penal española de 1983” (Informe), Nuevo Foro Penal, n ° 27, Bogotá, 1985, págs. 62 y ss. “Desde la reinstauración de la democracia en España en 1977, se ha considerado necesario en todos los sectores sociales la promulgación de un nuevo Código Penal que sustituya al actualmente vigente, cuyo contenido básico, pese a las sucesivas reformas, data de 1848. Fruto de ese estado de ánimo es el proyecto de Código Penal de 1980, que se sometió a la consideración del Congreso de los Diputados a principios del citado año, pero que, debido a otras prioridades políticas, no pasó de la primera fase (presentación de enmiendas en Comisión) de su tramitación parlamentaria. La victoria en las elecciones de 1982 del Partido Socialista Obrero Español tuvo como consecuencia la retirada del Parlamento del citado proyecto de Código, y la iniciación de los trabajos que han de culminar en un nuevo proyecto que se va a presentar en las Cortes; en noviembre de 1983 el Ministerio de Justicia publicó una propuesta de anteproyecto de Código Penal, elaborada por una comisión de expertos, y que ha sometido a la consideración pública tal propuesta se inspira, aunque modificándolo en puntos sustanciales, en el proyecto de 1980”.

“Al margen de estos trabajos más generales, desde 1978 se producen una serie de reformas parciales del Código Penal vigente, que intentan satisfacer las exigencias más perentorias de política criminal. De entre todas ellas destaca por su gran importancia la realizada por la ley de 25 de junio de 1983: ante todo, las

la Reforma Parcial y Urgente de 1983; los Pactos de la Moncloa y la Ley para la Reforma Política de 6 de diciembre de 1976, entre otras⁶⁹¹.

Tras pasar un periodo en el olvido la reforma penal, en 1989 se retomaron las actividades para impulsar el nuevo texto y la Comisión Especial elaboró el Borrador de Código Penal de 1990, antecedente directo del Proyecto de Código penal de 1992, de cuya Comisión redactora formó parte QUINTERO OLIVARES, pero al disolverse Las Cortes por las elecciones de 1993 se paralizaron los trabajos nuevamente. Finalmente, en 1994, dos años más tarde, se retomó el Proyecto de 1992 que sufrió numerosas modificaciones por parte del Congreso y del Senado siendo aprobado en noviembre de 1995 pero no vería la luz hasta seis meses después al decretarse una *Vacatio Legis*.

Se dice que el Código Penal finalmente aprobado en 1995 empeoró a su antecesor de 1992. Esto puede tener su explicación dada la trascendencia política que históricamente ha tenido la regulación penal. No hay que olvidar que -a partir de 1993-, al iniciarse el último mandato de los gobiernos del PSOE, éste ya no contaría con mayoría absoluta como en las anteriores legislaturas de 1982 y 1986, lo que sin duda tuvo repercusión a la hora de acometer la reforma del texto punitivo ya que nunca fue fácil consensuar la política criminal con los sectores políticos más conservadores; en este sentido, la pérdida de peso político de la socialdemocracia española -representada por el PSOE-, se produjo en la misma proporción en que los conservadores -encabezados por el PP-, aumentaron el suyo, y estas circunstancias tuvieron su repercusión a la hora de establecer la estructuración final del Código Penal. No cabe la menor duda que, tras dos legislaturas con mayoría absoluta -que sumaban un periodo de siete años entre 1982 y

modificaciones cuantitativas y cualitativas que realiza son de tal entidad que puede decirse que es la reforma más importante de nuestro Código vigente, desde 1870”.

⁶⁹¹QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. págs. 201 y ss. y pág. 217.

1989-, los primeros gobiernos socialistas perdieron la oportunidad de haber elaborado un texto mucho más ajustado a los tiempos y a los postulados constitucionales, en definitiva, de modernizarlo. Si a esto se añaden las incontables reformas sufridas por el texto punitivo, de aquel sueño inicial de tener un Código Penal moderno y democrático, al final queda un sucedáneo del mismo cada vez más irreconocible. Finalmente, tras una odisea que había comenzado en 1975, se aprobó en 1995 el actual Código Penal español. Habían pasado dos décadas.

2. El Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

2.1. Introducción.

Las bases para la configuración de un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia se empiezan a fijar en el Proyecto de 1980, se retomarán con la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983, y cobrarán impulso definitivo en el Proyecto de Código penal de 1992.

Ya con motivo de la Propuesta de 1983, MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, elaboran un análisis de los delitos contra la Administración de Justicia a partir de una reflexión histórica sobre la necesidad de reforma de esta materia ante la inminente elaboración de un nuevo Código penal que se veía en el horizonte desde el inicio de la democracia.

Aunque ya no debería haber dudas sobre el origen histórico de los comportamientos desleales desde una perspectiva criminal -cuya incriminación, mucho antes de formar parte de un Código Penal moderno se contemplaban desde tiempos

inmemoriales⁶⁹², es cierto que la incorporación de este tipo de conductas a los textos punitivos actuales es relativamente reciente⁶⁹³ y más aún, lo es la regulación de comportamientos desleales de abogados y procuradores en un Título específico bajo la rúbrica *Delitos contra la Administración de Justicia*.

Todavía a pesar de la aprobación de la Constitución de 1978 y de la reforma del Código Penal anterior a 1995, algunas formas de deslealtad se consideraban acciones reprochables en el contexto de las falsedades⁶⁹⁴ como “la acusación y denuncia falsas”; otros, como “el quebrantamiento de condena”, estaba ubicado en delitos contra la libertad y la seguridad junto a las coacciones. No es una casualidad que en el Código Penal de 1973 apareciese el Título IV, bajo la rúbrica, “*Delitos contra la Administración de Justicia*” a continuación del Título III “*De las Falsedades*”, y, en cuanto a la deslealtad de abogados y procuradores hemos visto como la doctrina se pronunciaba a propósito de estos a tenor de lo dispuesto en el Título VII “*Delitos contra la Administración Pública*”.

Sin embargo, a pesar de esa presencia ancestral de los comportamientos desleales en el Derecho Penal, el interés de la doctrina penalista en España sobre esta materia con

⁶⁹² CANTARERO BANDRÉS, R. *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, Madrid, 1995, pág. 15. “Con anterioridad a la promulgación del Código Penal de 1928 no existía un Título legal que definiera los delitos contra la Administración de Justicia en forma sistemática. en el periodo anterior al Código Penal de 1928 la configuración delictiva de análisis se hallaba diseminada en Títulos diversos, aunque la incriminación concreta sea derivada de una tradición antigua que se remonta a tiempos remotos y de la que no solo participaba nuestro país, sino también nuestros países vecinos, en concreto, los de Europa meridional. Los orígenes de las figuras de estudio, así como, en ciertos aspectos, la metodología de la aglutinación de aquellas, se retrotraen (como ya vimos en la parte histórica), al Derecho romano”; MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. 1983, pág. 1119.

⁶⁹³ “Los delitos contra la Administración de Justicia recogidos en el Título IV del Libro II, del Código Penal anterior son, sistemáticamente, de tardía aparición en nuestra codificación penal y viene a coincidir con el origen de nuestra historia constitucional y a partir de la Codificación”, en MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal* (Parte Especial), 1993, 9^a ed. Valencia, págs.725-726

⁶⁹⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 21.

anterioridad a la promulgación del último Código Penal era relativo y más bien escaso⁶⁹⁵. Sobre ello, se habían pronunciado de manera esporádica algunos autores, pero no se había acometido en profundidad con el rigor debido un estudio sobre su ordenación sistemática dentro de un Título específico en el texto punitivo⁶⁹⁶ hasta el Proyecto de Código Penal de 1980.

En opinión de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, esa falta de desarrollo obedece, además de a las dificultades técnicas de agrupar lo más correctamente posible estas conductas, también a razones políticas, ya que ciertos conceptos esenciales como el de *Administración de Justicia, Poder Judicial o proceso debido*, acordes a un Estado de Derecho, eran *desconocidos e ignorados* por nuestra doctrina. No hay que olvidar que España durante buena parte del siglo XIX y del XX, estuvo bajo el yugo de las dictaduras y la dogmática penal maniatada para cualquier iniciativa en clave de progreso o modernización en materia criminal.

El Derecho Penal había sido utilizado mayoritariamente -con la excepción del Código Penal de 1870 que, en este sentido, se puede considerar un brote verde en el siglo XIX-, como instrumento de represión para garantizar la seguridad del poder establecido por la dictadura de turno y dejaba poco margen para el desarrollo de la ciencia penal; aunque, obviamente, también hubo razones técnicas, por la dificultad en sí de elaborar una sistemática capaz de aglutinar este tipo de injustos en un mismo Título. Como se ha venido reiterando, la estructuración y la sistemática de este tipo de delitos en el marco de la Administración de Justicia es una asignatura pendiente del Legislador español más allá de cuestiones políticas.

⁶⁹⁵CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 13.

⁶⁹⁶ MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos contra la Administración de Justicia... ob. cit. pág. 1120.

2.2. El Proyecto de Código Penal de 1980

QUINTERO OLIVARES⁶⁹⁷, siendo aún profesor agregado y a propósito del Proyecto de Código Penal de 1980, comenzaba un artículo afirmando que, “*la expresión Delitos contra la Administración de Justicia es de aparición temprana en el marco del movimiento codificador europeo*”⁶⁹⁸, y como ejemplo recordaba “*su presencia en el Proyecto de Código Penal para el reino Itálico de 1807 y en los Códigos de las Dos Sicilias*”. En España, como ya se apuntó al repasar los Códigos históricos, no lo hará hasta 1928⁶⁹⁹, quizás a esto se refería MUÑOZ CONDE sobre la aparición tardía de los delitos contra la Administración de Justicia desde el punto de vista de la sistemática, de ahí la paradoja en torno al tratamiento de estos delitos, pues para unos resultan de aparición temprana y para otros tardía.

En el Proyecto de 1980, se pone encima de la mesa una considerable modificación y ampliación de tipos penales⁷⁰⁰ -en el Título XI de dicho Proyecto-, con una reordenación

⁶⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G. “Los delitos contra la Administración de Justicia”, (*RJC*), 1980, Vol. 79, (1), pág. 191.

⁶⁹⁸ Véase, a propósito del Código Penal italiano de 1889, JANNITI-PIRAMALLO, A. *Trattato di Diritto Penale (Delitti contro L'Amministrazione di Giustizia)*, Milano, 1939.

⁶⁹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 788. ... “no es hasta el Código penal de 1928 cuando se introduce el cambio sistemático, que todavía hoy perdura, entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos y delitos contra la Administración de Justicia”. Sobre el Proyecto de 1980 véase también, QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 2011, pág. 1867; LUZÓN PEÑA, DM. en AA. VV, Libro-Homenaje al Prof. ANTÓN ONECA, ob. cit. 1982, pág. 777; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 22; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. ob. cit. pág. 21

⁷⁰⁰ El Título XI del entonces Código Penal quedaba configurado así: Capítulo 1 °: “*la omisión de los deberes de impedir determinados delitos o promover su persecución*”; Capítulo 2 °: “*la provocación indebida de actuaciones*”; Capítulo 3 °: “*Prevaricación de abogado y procurador*” (artículo 504), “*deslealtad profesional de abogado o procurador, doble representación*” (artículo 505), Capítulo 4 °: “*falso testimonio*”; el Capítulo 5 °: “*Obstrucción a la Justicia*” y “*realización arbitraria del propio derecho*”; Capítulo 6 °: “*favorecimiento real y personal*”; Capítulo 7 °: “*del quebrantamiento de condena y de la*

sistemática y otras que afectan de manera sustancial a su contenido. Una de las primeras observaciones al respecto del referido Título XI, era -en palabras de QUINTERO OLIVARES-,⁷⁰¹ “la abundancia de nuevas denominaciones incluidos en la órbita de los delitos contra la Administración de Justicia”, y que tendrá como consecuencia que se acuñe una expresión histórica -utilizada por gran parte de la doctrina-, al calificar aquel como “permanentemente abierto”⁷⁰².

Sobre esta ampliación se pronuncia la mayoría de la doctrina⁷⁰³. Un sector penalista siguiendo a QUINTERO OLIVARES⁷⁰⁴-quien a propósito del Proyecto de 1980, reconoce que no existe una posición doctrinal unívoca en esta materia-, expone una clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia para escindir el bien jurídico protegido basado en cuatro puntos: a) *Protección de la Administración de Justicia como parte integrante de la Administración Pública, no como parte del Poder judicial*; b) *Protección de la Administración de Justicia como actividad del Poder*

evasión de presos” y finalmente Capítulo 8º: “*entrada indebida en territorio español*”. Véase, CUENCA GARCÍA M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs16 y s.s.

⁷⁰¹ QUINTERO OLIVARES, en “Comentarios al Código Penal...”, (*Revista Jurídica de Cataluña, RJC*), ob. cit. 1980, pág. 191.

⁷⁰² Así lo pone de manifiesto buena parte de la doctrina, en este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. (*RJC*), Barcelona, 1980, ob. cit. pág.191; CUENCA GARCÍA, M.^a. *Comportamientos desleales...* ob. cit. pág. 16 y ss.; PÉREZ CEPEDA, AI. *Delitos de Deslealtad Profesional...* ob. cit. pág. 21; GARCÍA ARÁN, M. “Delitos contra la Administración de Justicia”, en (*Cuadernos de Derecho Judicial*), 1997, pág. 282; MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos contra la Administración...”, ob. cit. 1983, pág. 1120.

⁷⁰³ CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 19; LUZÓN PEÑA, DM. Libro Homenaje al Prof. ANTÓN ONECA, ob. cit. 1982, págs. 777 y ss. BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. *De la obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional*, ob. cit. 1999, pág. 15;

⁷⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, G. (*RJC*), Barcelona, ob. cit. 1980, pág. 192 y ss. CUENCA GARCÍA, M^a J. *La Función de abogados y Procuradores y los intereses de los clientes*, Navarra, Monografías, n^o 17, 2006, pág. 32-33; LUZÓN PEÑA, DM. 1982, ob. cit. pág. 32-33; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. 1999, págs. 28-29; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 28.

judicial; c) *Protección de la idea de Justicia*, y, finalmente, d) *Reforzamiento del deber de acatamiento y respeto al Poder judicial*. Sobre esta posición volveremos más adelante.

Los comportamientos desleales de abogados y procuradores, en general, aparecen regulados en los artículos 504 y 505 del Proyecto; y, en cuanto a la *infidelidad en la custodia de documentos*, ya se contemplaba -como *figura de nueva creación* en su artículo 513-, la tipificación de este delito como una forma de obstrucción a la Justicia-, *la destrucción, inutilización, ocultación o pérdida de documentos y actuaciones procesales por parte de abogados o procuradores*⁷⁰⁵.

Lamentablemente esta primera gran iniciativa de renovar la legislación penal en 1980 no llegó a buen puerto. La oposición a cualquier cambio por parte de los sectores más reaccionarios de la esfera política dio al traste con la reforma⁷⁰⁶. El Anteproyecto había sido elaborado por una Comisión Especial integrada por los juristas Fernando DÍAZ PALOS (entonces presidente de la Sala II del Tribunal Supremo), Enrique GIMBERNAT, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO y Cándido CONDE-PUMPIDO, pero una vez alcanzó el estatus de Proyecto no pudo ver la luz. Habría que esperar quince años más.

2.3. La Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Sobre la Propuesta de 1983 hay que decir que, como su nombre indica, la iniciativa de 1983 quedó solo en Propuesta y ni siquiera alcanzó el grado de Anteproyecto pese a

⁷⁰⁵ LUZÓN PEÑA, DM. ob. cit. pág.782

⁷⁰⁶ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. pág.210-211. “A pesar de que el entonces gobierno de UCD aceptó la entrada del texto de 1980 como Proyecto de Ley, finalmente no fue debatido en el Parlamento”.

su avanzado e interesante contenido⁷⁰⁷. Una vez más, las interferencias políticas de sectores inmovilistas en materias como el aborto, dieron al traste con un trabajo notable desde el punto de vista técnico y de la modernización del Código Penal.

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio lo era de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, cuyo objetivo no era otro que adecuar el mismo a la realidad constitucional del Estado, lo que se puede apreciar en su Exposición de Motivos⁷⁰⁸.

Fue otra oportunidad perdida de renovar la legislación en materia penal. No obstante, a pesar del carácter parcial de la reforma y que no cristalizó de forma inmediata en un nuevo Código Penal, se sentaron las bases de la futura regulación de los delitos contra la Administración de Justicia⁷⁰⁹. Fue en esta Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 donde se plantearon de manera más acertada argumentos de modificación del texto punitivo español y en él se observa un incremento en el grado de implicación de la doctrina penalista en lo concerniente a los delitos cometidos contra la Administración de Justicia⁷¹⁰.

En cuanto al tratamiento de la deslealtad en general y las conductas desleales de abogados y procuradores en particular -a propósito de aquella iniciativa de 1983-, debe destacarse la aportación de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN en su

⁷⁰⁷ *Ibidem*, págs. 215-216.

⁷⁰⁸ Exposición de Motivos de La Propuesta de Anteproyecto de 1983.

⁷⁰⁹ SÁEZ RODRIGUEZ, C. “El Proyecto de Reforma del Código Penal: el Orden Público como instrumento de contención en el ejercicio de las libertades”, Barcelona, 2013, pág. 1. En este artículo de Concepción SÁEZ RODRÍGUEZ (entonces miembro de la plataforma “*Otro Derecho penal es posible*”), nos recordaba la autora en la introducción de su artículo, un reflexión hecha en 1983 por el profesor GIMBERNAT en el prólogo a la edición del Código Penal de aquel año (entonces todavía texto refundido de 1973) con las siguientes palabras, “*La elaboración de un nuevo Código Penal dentro de un marco democrático es una ocasión que suele presentarse solo de siglo en siglo; dichoso el penalista que puede asistir a ella*”.

⁷¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña historia...*, ob. cit. pág. 216.

análisis sobre los delitos contra la Administración de Justicia; un trabajo que ha servido a parte de la doctrina como referencia para tratar los delitos contra la Administración de Justicia y ha contribuido a recordar que era necesario retomar su estudio, sobre todo tras la llegada del nuevo periodo democrático⁷¹¹.

Estas autoras fijarán su posición en el estudio del bien jurídico protegido en estos delitos a partir de varias premisas; por una parte, la definición y aclaramiento de ciertos conceptos tales como, *Administración de Justicia y Poder judicial*, fundamentales a juicio de estas autoras para esclarecer qué es lo que se protege bajo la rúbrica “*Delitos contra la Administración de Justicia*”; y, por otro lado, la necesaria perspectiva constitucional desde la que hay que abordar el tema en concreto en el contenido del artículo 117.1 en relación con el artículo 1, ambos de la CE⁷¹², en la que a través del primero se otorga la función de administrar justicia, esto es, de ejercer la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde con carácter exclusivo a Juzgados y Tribunales (integrados por los miembros del Poder Judicial quienes ostentan la potestad jurisdiccional y tienen confiado el ejercicio de la función jurisdiccional) determinados por las leyes, según las normas de procedimiento y competencia que las mismas establezcan”. Sobre esta posición volveremos al profundizar sobre las diferentes posiciones doctrinales a propósito del definitivo Título XX del actual Código Penal rubricado “*De los delitos contra la Administración de Justicia*”.

En el Proyecto de CP de 1983, si bien sigue una dinámica similar a su antecesor de 1980, en cuanto a la sistemática hay alguna modificación. Si este último presentaba como novedad la infidelidad en la custodia de documentos por abogado y procurador⁷¹³,

⁷¹¹ MAGALDI PATERNOSTRO, M y GARCÍA ARÁN, M. 1983, ob. cit. págs. 1119 y ss.

⁷¹² CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. págs. 20-22.

⁷¹³ LUZÓN PEÑA, DM. 1982, ob. cit. pág. 782.

en el Capítulo VII de la Propuesta de 1983, en su artículo 446.1 se regula la prevaricación de abogado y procurador⁷¹⁴, y el 446.2 regula un supuesto de deslealtad profesional para con los clientes.

3. El malogrado Proyecto de 1992

Sobre el Proyecto de Código Penal de 1992 la profesora GARCÍA ARÁN⁷¹⁵, manteniendo su posición de 1983 defendida junto a MAGALDI-PATERNOSTRO, de situar el bien jurídico protegido de los delitos contra la Administración de Justicia en la función jurisdiccional, realiza una crítica respecto de algunos tipos delictivos incluidos en el Título de referencia por no ser lesivos de aquella función, y, por tanto, considera cuestionable su pertenencia al mismo, como son, “*la omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución y la realización arbitraria del propio derecho*”. Destaca esta autora la inclusión de la prevaricación judicial como delito contra la Administración de Justicia, lo que califica como un logro histórico reclamado desde antaño por la doctrina⁷¹⁶.

Como novedad más destacable está la regulación de la prevaricación de abogados y procuradores en Capítulo distinto a la prevaricación judicial. Dentro del Título XVII del Proyecto de 1992, bajo la rúbrica, “*Delitos contra la Administración de Justicia*”, el Capítulo VIII, a su vez, estaba rubricado como, “*De la obstrucción a la Justicia y la*

⁷¹⁴ Véase, ABELLANET GUILLOT, F. “La prevaricación de abogado. Otros delitos cometidos por abogado en el ejercicio profesional en el Nuevo Código Penal”, Barcelona, 1996; DE DIEGO DíEZ, LA. “Prevaricación (“deslealtad profesional””, Madrid, 1996. Véase toda la obra del autor DE TOLEDO Y UBIETO, EO. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980.

⁷¹⁵ GARCÍA ARÁN, M. “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, Política criminal y reforma penal, (Homenaje al profesor Juan del Rosal), Madrid, 1992, pág. 519 y ss.

⁷¹⁶ GARCÍA ARÁN, M, “Consideraciones...”, ob. cit. págs. 529-530; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 23.

deslealtad profesional”, y entre ellos “*la infidelidad en la custodia de documentos de abogado y procurador*”, en el art. 444 con el siguiente tenor literal:

1. El que, interviniendo en una causa como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que hubiere recibido traslado en aquella calidad, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

2. Si por imprudencia grave diere lugar a la pérdida o destrucción de los documentos o actuaciones recibidos, se le impondrán las penas de multa de tres a seis meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

3. Si el hecho descrito en el apartado primero de este artículo fuere realizado por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

En este precepto, como se puede apreciar, se contemplaba la comisión por imprudencia grave, y es de extrañar que finalmente el legislador optase por prescindir de ella, pues, a mi modo de ver, este tipo de comisión hubiera sido mucho más factible de producirse por parte de abogados o procuradores poco cuidadosos en la vigilancia de los documentos que tramitan, que no la intención de alterarlos a través de las acciones descritas en el tipo penal.

III. EL TRATAMIENTO DOCTRINAL DEL TÍTULO XX DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

1. Introducción.

Una vez aprobado el texto penal en 1995 caracterizado, entre otras cosas, por un novedoso tratamiento de los delitos contra la Administración de Justicia en su Título XX, la doctrina mayoritaria -cuyas posiciones se habían ido fijando sobre todo desde los proyectos de 1980 y 1983 en mayor o menor medida-, emprendió la tarea de analizar su estructura con la finalidad de precisar el bien jurídico protegido en estos tipos delictivos, tarea que, por otra parte ha sido inútil dada la imposibilidad de encontrar una unificación de criterio al respecto.

De igual forma, como venía siendo ya tradicional, también proliferaron las críticas a su composición sobre todo en cuanto a qué tipos son bienvenidos al nuevo Título y cuales no; así como aquellos que deberían estar y no están; en definitiva, continuaron la línea tradicional de críticas en relación con los delitos contra la Administración de Justicia, con una salvedad, y es que, a partir de la aprobación del texto de 1995, resultaba obligado ceñir el análisis de estos tipos penales y su ordenación, en función de su encaje o idoneidad con nuestra Constitución democrática de 1978.

Sin embargo, si existe unanimidad en la dogmática penalista al considerar la sistemática y ordenación de esta clase de delitos como una asignatura pendiente dentro de otra que era todavía más acuciante -tras un largo período no democrático en nuestro país-, como la creación de un nuevo Código Penal, y por ello, se hacía necesario delimitar su contenido de la manera más adecuada a la nueva realidad político-jurídica española en el marco de un Estado de Derecho, sin las especulaciones e imprecisiones del pasado.

Esto se refleja en las continuas alusiones de la doctrina al pasado histórico de los comportamientos desleales y su ubicación en los textos penales.⁷¹⁷

Los esfuerzos de los penalistas se han centrado, a partir de 1995, en explicar y justificar la necesidad de esta regulación; del cómo y porqué crear un Título específico, independiente y autónomo de los comportamientos contrarios a la Administración de Justicia fuera del contexto general de la Administración Pública cuyo ámbito había sido la morada de algunas formas de deslealtad profesional hasta 1995 y que no se correspondían con su contenido.

La cuestión de crear un Título independiente y autónomo a los delitos contra la Administración de Justicia en el Ordenamiento penal es un viejo debate que trasciende más allá de nuestras fronteras y se remonta nada menos que al siglo XVIII, en este sentido JANNITTI PIROMALLO⁷¹⁸ nos recuerda que el propio BECCARIA intentó una clasificación al respecto; asimismo, FILANGIERI en su obra “*La Scienza della legislazione*” expresa la complejidad de acometer esta empresa y su convencimiento de que puede llegar a ser cansino para el lector en la misma medida que carente de verdadera utilidad.

⁷¹⁷ En este sentido véase, BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. págs. 35 y ss.; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 21 y ss.; CUENCA GARCÍA, M^a. J. *La función de Abogados y Procuradores y los intereses de los clientes*, 2002, págs. 20 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.M. 1982, ob. cit. págs. 777 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. ob. cit. págs. 790 y ss.; MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. págs. 1119 y ss.; CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 3 y ss.; SERRANO-PIEDRECASAS, JR. “*La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*”, ADPE, n^o 40, II, 1996, págs. 405 y ss.

⁷¹⁸ JANNITTI-PIROMALLO, A. *Trattato dei Diritto Penale, (Delitti contro L'Amministrazione di Giustizia)*, Milano, 1939, pág.30; FILANGIERI, G. *La Scienza della legislazione*, vol. 4^o, libro 3^o, parte 2, Cap. 43, Milano, 1832.

La doctrina alemana también se pronunció al respecto, y VON LISZT en las primeras páginas de su Tratado de Derecho penal destacaba la importancia de la sistemática⁷¹⁹, como una necesidad frente al desorden. Sin embargo, a pesar de esa dificultad o necesidad de crear un Título específico para los delitos contra la Administración de Justicia, lo cierto es que en el ordenamiento penal español se trataba de una necesidad ineludible la modificación y renovación de estos delitos y su adecuación al nuevo sistema de principios y valores constitucionales.

Sobre la importancia de una nueva legislación sobre la materia se manifiesta SERRANO-PIEDECASAS⁷²⁰, *“Si se considera que la rúbrica de cada título y capítulo enuncian y delimitan el contenido de los bienes jurídicos allí protegidos, además de expresar una determinada técnica de tipificación, ambos extremos justifican ampliamente que fijemos nuestra atención en este punto”*. Por su parte CUENCA GARCÍA⁷²¹, siguiendo a MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, sostiene que la tradicional inestabilidad que caracteriza el Título de los delitos contra la Administración de Justicia por su constante modificación introduciendo o extrayendo tipos de su ámbito, *se debe a la dificultad técnica de elaborar un concepto de Administración pública como objeto de protección penal*.

Por otra parte, no faltarán referencias al pasado recordando las carencias existentes. Así, MUÑOZ CONDE, haciendo una brevísima síntesis sobre la trayectoria

⁷¹⁹ VON LISZT, F. *Tratado...*, 1914, ob. cit. pág. 2. *“Como ciencia eminentemente práctica, que trabaja para satisfacer las necesidades de la Administración de Justicia, creando siempre nuevos frutos, la ciencia del Derecho es y debe ser una ciencia propiamente sistemática; pues solamente la ordenación de los conocimientos, en forma de sistema, garantiza aquel dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades, sin el que la aplicación del Derecho entregada al arbitrio o al azar, no pasaría de ser un eterno diletantismo”*.

⁷²⁰ SERRANO-PIEDECASAS, JR. *“La obstrucción a la Justicia...”*, ob. cit. 1996. pág. 405.

⁷²¹ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. 2002, pág. 32

histórica del Título rubricado Delitos contra la Administración de Justicia destaca, por una parte, su tardía aparición en nuestros Códigos desde la perspectiva de su sistemática, reconociendo a su vez que -si bien desde 1870 se ha trabajado sobre ello-, la ampliación progresiva de este grupo de delitos, sin embargo, no puede considerarse terminada, razón por la que considera que el Título sobre los delitos contra la Administración de Justicia se ha caracterizado por su *vaguedad e imprecisión*, y lo hace al referirse tanto al Título IV del anterior Código penal de 1973 (1944), como al Título VII del actual texto de 1995⁷²², es decir, antes y después del último texto punitivo.

Para MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN⁷²³, la movilidad de estos delitos obedece a una *tradicón histórica*⁷²⁴ en nuestros códigos cuyo objeto es la protección de la Administración de Justicia -en alusión a la entrada y salida de tipos delictivos en esta materia-, que ha llevado a la doctrina -en sintonía con QUINTERO OLIVARES⁷²⁵-, a calificar este Título como “*permanentemente abierto*”.

Según estas autoras, conceptos como Poder judicial o proceso debido, que caracterizan al Estado de Derecho eran desconocidas o ignoradas por nuestro Legislador, y, más que buscar inútilmente el bien jurídico protegido se centran en la necesidad de esclarecer qué se entiende por Administración de Justicia, o qué aspectos de esta justifican una protección penal separada o autónoma. BENÍTEZ ORTUZAR alude a la resignación

⁷²² MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal* (PE), 9ª ed. pág. 726 y 11ª ed. pág. 791, Valencia, 1993 y 1995 respectivamente.

⁷²³ MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. pág.1120; GARCÍA ARÁN, M. CGPJ, 1997, ob. cit. pág.282; CANTARERO BANDRÉS, R. ob. cit. pág. 22; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 21.

⁷²⁴ “*Vaya de antemano la consideración de que los delitos que se incriminan bajo este Título, Administración de Justicia, van agrupados en sentido extremadamente lato y obedecen a criterios de incorporación histórica sucesiva*”. En este sentido CANTARERO BANDRÉS, R. ob. cit. págs. 23-24.

⁷²⁵ QUINTERO OLIVARES, G. (*RJC*), ob. cit. Barcelona, 1980, págs. 191 y ss.

a la que se ha visto abocada la doctrina por su incapacidad de reagrupar y sistematizar los delitos que de uno u otro modo atentan contra la función jurisdiccional⁷²⁶.

2. El eterno debate sobre el objeto de protección.

A tenor de lo expuesto líneas más arriba consideramos que es a partir de los anteriores Proyectos de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983, cuando se empiezan a tratar con especial interés importancia los delitos de deslealtad profesional como tipos contrarios a la Administración de Justicia. La doctrina continúa centrándose básicamente sobre la sistemática y el bien jurídico de este tipo de injustos, así como sobre la viabilidad de un Título específico capaz de integrar a todos ellos.

Destacan principalmente dos posturas a las que ya hemos hecho referencia, la primera, se sitúa en el Proyecto de 1980 y tiene como uno de sus principales protagonistas al profesor QUINTERO OLIVARES⁷²⁷; y otro, al profesor QUINTANO RIPOLLÉS, a propósito de la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Su relevancia es indiscutible en tanto que fueron expuestas con años de antelación a la aprobación del último Código Penal y por tanto son pioneras en la materia, y, además influyeron de manera decisiva en el desarrollo doctrinal sobre los delitos contra la Administración de Justicia y especialmente la de QUINTANO RIPOLLÉS en la redacción final del Título XX del Código de 1995. Ambas posiciones son recordadas y analizadas por las autoras MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN en su trabajo de 1983 quienes, a su vez, realizan una propuesta que se centra en responder a la cuestión sobre que se debe entender como

⁷²⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 35.

⁷²⁷ QUINTERO OLIVARES, G. (RJC), Barcelona, ob. cit., págs. 191-206.

Administración de Justicia o que aspectos de esta son objeto de protección penal y sobre la viabilidad de un Título autónomo para clasificar estos tipos delictivos⁷²⁸.

Ambas penalistas realizan una interpretación constitucionalista para resolver el eterno problema sobre la sistemática del Título XX, y, toman como referencia el artículo 117.1 de la CE, que otorga a Jueces y Magistrados, como integrantes del Poder judicial, la *función de administrar Justicia*, o lo que es lo mismo, la función jurisdiccional, por lo que el bien jurídico susceptible de protección, para estas autoras, “sería la función estatal de administrar justicia por los miembros del Poder Judicial de forma exclusiva, a través de los cauces de un proceso”. Pero antes de llegar a esa conclusión, MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, parten de la base de que no es posible delimitar un bien jurídico protegido unitario y válido para todo un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia⁷²⁹, sin antes depurar ciertos conceptos como la propia idea de Justicia o de Poder Judicial, los cuales deben interpretarse en clave de Derecho positivo, alejados, por lo tanto, de cualquier tentación iusnaturalista.

⁷²⁸ MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, ob. cit. pág. 1121; CANTARERO BANDRÉS acepta la iniciativa de una regulación autónoma de estos delitos, pero estima que, ante la dificultad de un criterio unitario, cualquier estructuración de estos tipos en el Código Penal pasa por diferenciar a unos delitos de otros; y, nos recuerda las dificultades en torno a la regulación penal de la Administración de Justicia no es exclusiva de nuestro ordenamiento y alude a las vicisitudes que la doctrina italiana, pionera en esta materia, viene padeciendo desde el siglo XIX y principios del XX. Con cierta similitud a la exposición del profesor QUINTERO, el jurista italiano CARRARA, elabora su programa clasificatorio y considera que estamos ante delitos que, además de ser contrarios a la Administración de Justicia también afectan al ideal de Justicia argumentando que la razón de ser de la sociedad civil y su sostén es la Justicia pública y esto requiere una correcta tutela que no es posible conseguir sin un orden extrínseco de Justicia superior a todo, otorga a la Justicia nada menos que tres sentidos: uno abstracto, otro concreto y un tercero que -podríamos denominar híbrido-, que contiene ambos caracteres.

⁷²⁹ MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, ob. cit. pág. 1121; GARCÍA ARÁN, M. “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, Madrid, 1993, pág.520.

Por su parte BENÍTEZ ORTUZAR⁷³⁰ también es partidario de esclarecer conceptos para poder establecer una clasificación y elaborar una sistemática en el Título XX del Código Penal, y lo hace depender de la configuración que se dé al bien jurídico protegido por el conjunto de los tipos delictivos allí regulados. Opina este autor que las posibilidades de clasificar este grupo de delitos o de ofrecer una respuesta a la sistemática para su ordenación en el Código Penal (que pueden ser diversas) se basan principalmente en dos corrientes o alternativas; una, entender la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública en su conjunto; y otra, considerar a la primera de forma independiente y autónoma, y entender que cualquier delito cometido contra ella lo es contra la independencia del Poder Judicial; por esa razón interpreta que es éste último, el único bien jurídico tutelado posible, si bien no como poder del Estado en sentido *político* -por otra parte ya tutelado en el Título XXI del Código Penal y rubricado como *Delitos contra la Constitución*-, sino desde el punto de vista de la *función* que se le otorga de administrar justicia; por lo que considera que la idea de determinar un único bien jurídico como criterio denominador de todos los delitos incluidos en el Título XX, forzosamente debe partir del propio concepto de Administración de Justicia.

El profesor QUINTERO OLIVARES, ya abrió la caja de Pandora en este sentido⁷³¹ estableciendo una clasificación e identificando cuatro subgrupos para extraer un posible bien jurídico protegido respecto los delitos contra la Administración de Justicia⁷³², y es la siguiente:

⁷³⁰ BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. 1999, págs. 28 y 29; GARCÍA ARÁN, M. “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, ob. cit. 1993, págs. 520-521.

⁷³¹ MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, ob. cit. 1983, págs. 119 y ss.

⁷³² CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...* ob. cit. págs. 17 y ss.; CANTARERO BANDRÉS, R, ob. cit. pág.22; BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. pág. 28.

-Protección de la Administración de Justicia como parte de la Administración Pública y no como soporte del Poder Judicial.

-Protección de la Administración de Justicia como soporte del Poder Judicial.

-Protección de la idea de justicia como bien que se administra y que estos delitos impiden o dificulten su realización.

-Reforzamiento del deber de acatamiento y respeto al Poder Judicial, a sus decisiones e independencia.

Para QUINTERO OLIVARES el motivo de la clasificación de estos delitos en un mismo título obedecería a *“una vaga relación con el fin último de Justicia, entendida a veces como función, a veces como realización de un ideal...y, a veces como deber de sumisión con ella”*.

Respecto a esta última definición, este autor⁷³³ se muestra cauteloso al utilizar la expresión *reforzar* en lugar de proteger, en sintonía con ANTOLISEI -a quien hace referencia el jurista español en su estudio-, cuando el maestro italiano a propósito de la protección penal de los delitos afirmaba que los Códigos Penales solo pueden proteger *algunas funciones* de la Administración de Justicia, y no todas.

La mayoría de la doctrina penalista es contraria a aceptar una concepción idealista de la Justicia debido a su alto contenido ético, básicamente porque ello se opone a la concepción actual de nuestro Ordenamiento Jurídico interpretado desde la perspectiva del

⁷³³ QUINTERO OLIVARES, G. (RJC), 1980, ob. cit. pág. 194 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios...*, ob. cit. pág. 1924; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 32 y ss.

Derecho positivo y alejado de criterios iusnaturalistas más propios del pasado, y por tanto, es susceptible de diferentes interpretaciones y matices⁷³⁴.

En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA⁷³⁵ establece un matiz y señala que, de concebirse la Justicia de forma abstracta como un ideal, aquella corre el riesgo de ser manipulada⁷³⁶ pues, según este autor, “no es un ideal moral ni una concepción de la

⁷³⁴KELSEN, admite la existencia de diversas fórmulas de Justicia y para responder a la incógnita ¿Qué es Justicia? sobre ella afirma: “El punto de vista según el cual los principios morales constituyen solo valores relativos no significa que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino que hay varios, y que hay que escoger entre ellos”. Previamente KELSEN ya advierte sobre el carácter irracional y emotivo de la Justicia, y, por tanto, su subjetividad. Véase, KELSEN, H. *¿Qué es Justicia?*, Madrid, 1992, págs. 7 y ss.

⁷³⁵ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 791. Este autor, en este punto, hace referencia al debate filosófico entre RADBRUCH y HART sobre Derecho-Moral, en el que para el primero, el Derecho sería una mínima expresión de los principios morales, o *minimun* ético; por su parte, HART, aun reconociendo la inescindible relación entre ambos, descarta que sea una obligación tener en cuenta el criterio ético; BENÍTEZ ORTÚZAR, ob. cit. pág. 28.

⁷³⁶Sobre la aplicación de la Justicia como ideal tenemos testimonios históricos verdaderamente sobrecogedores. Véase, por ejemplo, la idea de Justicia en la ideología franquista que llevó a tergiversar incluso el quinto de los diez mandamientos, (*no matarás*), añadiéndole una coletilla, salvo que se hiciera con justicia, esto es, matar a rojos o comunistas. Véase, VIDARTE y FRANCO ROMERO, JS. en *Todos fuimos culpables*, México, 1973, pág. 575.

Otro ejemplo de Justicia “suprema” viene a ser expuesto por Carl SCHMITT al escribir sobre un asesinato dirigido personalmente por Hitler en 1934, al decir, *El Führer no es ningún órgano de Estado, sino el juez supremo de la nación y el legislador supremo*, véase RÜTHERS, B. *Carl Schmitt im Dritten Reich*, Berlin, 1989, pág. 53. “En julio de 1934 tras el asesinato de *Ernst ROHM* y en el que Hitler manifestó que había tenido que actuar fuera de la ley al ordenar dicho asesinato, *Schmitt* escribió un artículo en una revista jurídica con el título “El *Führer* protege el Derecho”, donde legitimaba dicho asesinato, como un acto de “*justicia suprema*” administrado por el juez supremo de la nación. La nueva legalidad debía codificarse, y, en 1935 una comisión de Derecho Penal bajo la dirección de Franz GÜRTNER trabajaba en un nuevo CP, el secretario de Estado Roland FREISLER desempeñó un papel fundamental en la redacción de dicho texto. En 1934, FREISLER instó a los jueces a abandonar la imparcialidad y juzgar “sólo con espíritu nacionalsocialista”, finalmente la labor codificadora se detuvo a causa de la guerra. Como parte de la legislación formal se basaba en códigos heredados de antes de 1933, FREISLER recordó a los jueces que incluso sin un CP todos los conceptos jurídicos debían tratarse de acuerdo con “*el más alto valor vital posible para la comunidad germánica*”.

abstracta Justicia el criterio a utilizar, sino una directamente anclada en el concreto Ordenamiento positivo; de cualquier forma, se trata de un mero criterio clasificatorio y no del bien jurídico protegido”.

En realidad, la doctrina mayoritaria rechaza de facto una concepción idealista de la Justicia

En la misma línea MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN⁷³⁷, autoras que rechazan una concepción idealista de la Justicia porque, *“en un Estado Social y Democrático de Derecho, la justicia no es un concepto sobrenatural, sino que equivale a la aplicación del Derecho vigente, o lo que es lo mismo a la actuación de las específicas reglas jurídicas que constituyen el ordenamiento con la finalidad de resolver, conforme a las mismas, conflictos sociales”.*

En el mismo sentido BENÍTEZ ORTÚZAR⁷³⁸, que condena la abstracción de la Justicia al decir sobre ella que, *“como ideal abstracto no puede ser la que abarque el Título XX del Código Penal, pues en un Estado democrático de Derecho debe prevalecer un concepto formal de Justicia como aplicación de la ley material a través de los requisitos establecidos en las leyes procedimentales, teniendo en cuenta que tanto las leyes sustantivas como las procesales son elaboradas por un parlamento democrático”.*

Entiendo estas últimas posiciones más en consonancia con los principios democráticos consagrados en la Constitución al proclamar que el nuestro es un Estado Social y Democrático de Derecho; y, en este sentido, el Derecho justo sería -en sintonía

⁷³⁷MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, ob. cit. pág. 1122; CUENCA GARCÍA, M.^a. *“Los comportamientos...”*, ob. cit. pág. 33; CANTARERO BANDRÉS, R. *“Administración de Justicia y Obstrucción a la Justicia”*, ob. cit. pág. 25.

⁷³⁸BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág.16.

con el planteamiento Kelseniano-, el Derecho positivo vigente en un Estado⁷³⁹. En realidad, se trata de los mismos argumentos con distintas palabras, algo similar a todo lo que concierne el debate sobre esta materia en torno al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia.

Por su parte, CUENCA GARCÍA⁷⁴⁰ también se pronuncia sobre esta controversia conceptual al recordar que bajo la acepción “Administración de Justicia” encontramos referencias a la *idea de Justicia*, a la *Administración de Justicia* como parte de la Administración Pública o, al *Poder judicial*, este último en doble sentido: uno de carácter político dentro del esquema de la división de poderes y otro funcional, como detentador de la potestad jurisdiccional. Siguiendo a MAGALDI-PATERNOSTRO, en su perspectiva constitucional del análisis de los delitos contra la Administración de Justicia y, en sintonía con QUINTERO OLIVARES, para CUENCA GARCÍA, la Justicia en un Estado Social y Democrático de Derecho significa la aplicación del Derecho vigente a través de órganos concretos del estado encargados de esa función. Esta concepción positivista, no es distinta a la planteada por ÁLVAREZ GARCÍA -más acorde con la mencionada doctrina Kelseniana-, que acepta la idea de Justicia “*siempre que se identifique la misma como realización del Derecho positivo, ya que, como ideal de Justicia puede ser vulnerable y susceptible de manipulación moral e ideológica*”⁷⁴¹.

⁷³⁹ KELSEN, H. ob. cit. pág. 25. *Para Rawls, en consonancia con su teoría de la Justicia, “se trataría de responder más bien a la cuestión de cuáles son las condiciones que una sociedad debe reunir para ser considerada como justa”*, para este autor, la Justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento; RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, México, 2ª ed. 1ª reimpresión, 1995, pág. 19. “Sobre la idea de Justicia como equidad a través de la reconciliación de los principios de libertad e igualdad como solución para alcanzar la Justicia distributiva”.

⁷⁴⁰ CUENCA GARCÍA, Mª J. “*Los comportamientos desleales...*” ob. cit. págs. 32-33.

⁷⁴¹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 791.

Esta postura también es compartida por PÉREZ CEPEDA⁷⁴², al afirmar que, la más acertada de todas las posibles concepciones otorgadas al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia es aquella que apela o se fundamenta en el contenido constitucional aparente atribuido a la misma, esto es, la que emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados, independientes, inamovibles y sometidos únicamente al imperio de la Ley.

En un sentido similar se expresa BENÍTEZ ORTÚZAR⁷⁴³ quién al interpretar el art. 117.1 de la CE, manifiesta que *“si la Justicia la administran exclusivamente jueces y magistrados, y esa potestad viene encomendada al Poder Judicial, éste viene compuesto exclusivamente por jueces y magistrados con una función jurisdiccional propia y totalmente independiente del resto de funciones públicas de la Administración”*. Por tanto, este autor, entiende también la función jurisdiccional destacando su autonomía del resto de funciones de la Administración Pública en cuyo contexto y, a diferencia de la anterior, lo que se protege es el ejercicio de funciones públicas en general⁷⁴⁴ contra conductas realizadas por quienes las ejercen (básicamente funcionarios), mientras que en los delitos contra la Administración de Justicia se protege la función jurisdiccional incluso frente a aquellos que no la ejercen.

Otro concepto controvertido -como apuntan MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN ya mencionado con anterioridad-, es el de Poder Judicial, debiendo distinguir dos aspectos en él: uno, como órgano político e independiente; y otro, como encargado de la función jurisdiccional en los términos del art. 117 y 2 de la CE, por ello

⁷⁴²PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 29.

⁷⁴³ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. págs. 27-28.

⁷⁴⁴ GARCÍA ARÁN, M. “Consideraciones sobre los delitos...” ob. cit. pág. 521; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 17; CUENCA GARCÍA, *Los comportamientos...* ob. cit. pág. 36.

estas autoras identifican, básicamente, como bien jurídico protegido la función jurisdiccional ejercida con exclusividad por los miembros del Poder Judicial a través del cauce procesal establecido.

Por su parte, CANTARERO BANDRÉS, sobre el significado de Poder Judicial, recuerda que estamos ante un concepto cuyo contenido aún no ha sido definido en la Teoría del Estado⁷⁴⁵”. Esta autora, tomando como referencia la dogmática italiana, considera que -si se identifica *función judicial* y *Administración de Justicia*-, se deben diferenciar dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo, a los efectos de distinguir a su vez, entre Administración Pública y Administración de Justicia. En el sentido subjetivo, la Administración de Justicia sería una parte de la Administración Pública, es decir, el conjunto de órganos que ejercen tal actividad o función; desde el aspecto objetivo, entiende la autora que procede la distinción entre Justicia y Administración. Y en este punto deviene la controversia, por el riesgo de identificar Poder Judicial con Administración de Justicia.

La actividad jurisdiccional, identificada con el Poder Judicial, se desarrolla en el ejercicio de un fin autónomo a diferencia de la actividad de la Administración Pública como conjunto de las tareas del Estado⁷⁴⁶. Recuerda CANTARERO BANDRÉS, que la Administración como tal, “*puede verse sujeta a la Administración de Justicia como cualquier sujeto individual*”, pues la actividad de aquella está sometida a la Ley y al

⁷⁴⁵ CANTARERO BANDRÉS, R. ob. cit. pág. 25.

⁷⁴⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I. ob. cit. pág. 33. “*Los delitos contra la Administración de Justicia se regulan de forma autónoma y diferenciada en el Título XX del Libro II del Código Penal (arts. 446 a 471) de los delitos contra la Administración Pública contenidos en el Título XIX. Esta diferenciación ha sido posible por el cambio de rumbo producido en el Código Penal de 1995, en el que se ha pretendido adecuar la tutela penal de la Administración Pública a parámetros constitucionales, una vez superada ya la antigua e insuficiente concepción que pretendía ver el denominador común de este grupo de infracciones penales en el hecho de estar cometidos por funcionarios públicos*”.

Derecho en los términos de los arts. 103.1 y 106.1 de la CE y es desde la perspectiva objetiva, donde debe diferenciarse entre Justicia y Administración, *“pues la vulneración de los principios que informan los criterios de actuación en el enjuiciamiento de los casos puede constituir uno de los delitos contra la Administración de Justicia”*⁷⁴⁷. Para esta autora, no existe duda de que una de las finalidades de la actividad jurisdiccional debe ser la conservación y protección de la vida civil y ciudadana, si el bien jurídico protegido se considera la función jurisdiccional ejercida por los miembros del Poder Judicial -entendido como función-, a través del debido proceso, esta debe garantizarse favoreciendo e impulsando la tutela judicial efectiva en el sentido del art. 24.1 de la CE, es decir, libertad de acceso a los órganos jurisdiccionales; posibilidad de alegación y defensa; el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho; el derecho al recurso y a la ejecución de las resoluciones judiciales, y, a lo dispuesto en el 24.2. *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*.

⁷⁴⁷ PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993, pág. 42. *“Ante la radical renovación jurídica que en España supuso la Constitución de 1978, nadie pudo disentir de la necesidad de un total replanteamiento de los términos del control judicial del poder administrativo, en cuanto a la discrecionalidad. La Constitución había establecido un Estado de Derecho (en la doble condición de Estado como ordenamiento y como poder, es decir, con capacidad para generar normas jurídicas; art. 1 CE), en el que la Administración pública, en su entera actuación quedaba sometida a la Ley y al Derecho (arts. 103.1 y 106.1 CE)”*.

Por su parte, MESTRE DELGADO, en el epígrafe dedicado al bien jurídico de los delitos contra la Administración de Justicia, considera que el concepto de esta es diferente y mucho más amplio que los de Poder Judicial y potestad jurisdiccional. Para este autor -que hace una exposición original tratando de hacer extensible el bien jurídico protegido a todos los supuestos contenidos en el Título XX-, el Código Penal entiende la Administración de Justicia como el sistema institucional de solución de conflictos, superador de la justicia privada, y para cuya efectividad el Estado exige que se respeten sus presupuestos básicos⁷⁴⁸.

CUENCA GARCÍA -en sintonía con MAGALDI-PATERNOSTRO-, completa la posición de estas últimas equiparando los conceptos de Administración de Justicia y de función jurisdiccional en términos de garantía y protección, como partes constituyentes de la función pública⁷⁴⁹; y, a su vez destaca como medio o cauce legal para realizar la función de administrar justicia al proceso, pero no únicamente en sentido formal, es decir, para esta autora es imprescindible entenderlo como proceso debido en los términos del art. 24 CE.

⁷⁴⁸ Es decir, que nadie se tome la justicia por su mano (*realización arbitraria del propio derecho*); que los ciudadanos contribuyan a evitar la comisión de delitos (*encubrimiento y omisión del deber de evitar delitos o de promover su persecución*); que el sistema judicial no se use de manera fraudulenta (*acusación y denuncia falsa y simulación de delito*); que todos los intervinientes o implicados en la actividad judicial para la resolución de conflictos -desde cualquier posición procesal-, cumplan “lealmente” las obligaciones establecidas para ello (que los jueces no prevariquen; que testigos y Peritos no den falso testimonio; que Abogados, Procuradores y Fiscales respeten las reglas procesales y del ejercicio de sus funciones), y que se acaten las condenas penales (*quebrantamiento de condena*); MESTRE DELGADO, E. “*Delitos. La parte especial del Derecho Penal*”, 5ª ed., Madrid, 2020, págs. 927 y ss.

⁷⁴⁹ CUENCA GARCÍA, M.ª. J. *Los comportamientos...*, ob. cit. 34 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, págs. 47 y ss.; LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

En conclusión, para esta corriente doctrinal seguida por CUENCA GARCÍA -que se adhiere a la posición de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN-, la referencia del objeto jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia sería la función pública de la actividad jurisdiccional a través del proceso, y entiende que como resultado se produce un bien jurídico protegido de carácter mediato que no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia⁷⁵⁰ -lo que no deja de ser una consideración excesivamente amplia e indefinida del objeto de protección-, y un bien jurídico protegido de carácter inmediato (o concreto), que solo se averigua atendiendo al caso concreto, es decir, dependerá de cuál de los delitos comprendidos en el Título XX es el que se comete. Quedaría pues definido el bien jurídico protegido para esta autora en los siguientes términos: “*la protección de la Administración de Justicia como función estatal de administrar justicia para la resolución de conflictos sociales*”⁷⁵¹. De esta forma quedaría completado el planteamiento de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN.

Por su parte, SERRANO BUTRAGUEÑO⁷⁵² se desmarca de esta posición, y sostiene en cuanto al bien jurídico protegido, que se trata de la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, en cuanto a que esta, si bien no garantiza las resoluciones judiciales favorables, sin embargo, garantiza la obtención de las mismas conforme a Derecho y su congruencia. Por esta razón esgrime que el Derecho Penal se convierte en garante de proteger dicha viabilidad.

⁷⁵⁰ MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. pág. 1126.

⁷⁵¹ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. págs.36 y 43 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. págs. 18 y 19.

⁷⁵²SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995, pág. 26.

ÁLVAREZ GARCÍA⁷⁵³ al respecto considera que, si bien es aceptable la tesis de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN -y seguida por algunos autores-, lo cierto es que ofrece lagunas desde el punto de vista del Derecho positivo, pues quedarían fuera de protección aquellos delitos cometidos en el ámbito de la Administración de Justicia que no afectan a la potestad jurisdiccional.

En conclusión, parece que tampoco es suficiente con depurar los conceptos señalados por MAGALDI-PATERNOSTRO para sostener un bien jurídico protegido unitario aplicable a todo el Título, pero hay que estar de acuerdo con estas autoras y el resto de la doctrina al destacar la dificultad de una construcción unitaria y eficaz para todos los delitos, sobre todo si tenemos en cuenta que la exigencia de claridad y precisión de las leyes es una máxima que obliga al legislador para con los receptores de estas. En este sentido MUÑOZ MACHADO, nos recuerda “*que la preocupación por la redacción correcta de las Leyes y la utilización precisa del lenguaje alcanza, en el plano de las ideas, la máxima expresión en el Libro XXIX del Espíritu de las Leyes de MONTESQUIEU (de la manière de composer les lois)*”, donde se recomienda un estilo de redacción conciso, que utilice las palabras que los hombres emplean habitualmente en su lenguaje ordinario, evitando las expresiones vagas y el lenguaje metafórico, figurado o las cláusulas abiertas; máxima que, por otra parte, se consagra en nuestro Ordenamiento Jurídico a través del artículo 3.1 del Código Civil ⁷⁵⁴, cuya redacción establece, “*Las*

⁷⁵³ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 792.

⁷⁵⁴ En la teoría jurídica de todos los tiempos destaca un principio del Derecho Romano: “*Las leyes deben ser comprensibles por todos*” (...). Ya el rey Alfonso X defendió esta cualidad en sus obras jurídicas más relevantes: “*Todo lo que saliere de la ley que lo entiendan luego los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda é sen ninguna gravedumbre*” (Fuero Juzgo, Lib. I, Tít. I, Ley VI) (...) “*Y no solo deben ser escritas con claridad suficiente para que los destinatarios las entiendan, sino que deben ser interpretadas según el sentido propio de sus palabras, forjado por el uso común (Las palabras no deben interpretarse de acuerdo*

normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

La otra postura dominante - y que parece haber sido el referente del legislador en 1995-, es la sostenida por QUINTANO RIPOLLÉS, seguida por buena parte de la doctrina y defendida, entre otros, por LUZÓN PEÑA⁷⁵⁵. Esta corriente se apoya en la clasificación realizada por el primero a propósito de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, y que, según el segundo, ha sido utilizada como punto de partida mayoritariamente por la doctrina, llegando a decir sobre la propuesta de QUINTANO RIPOLLÉS *“que es el único intento serio en nuestra doctrina de establecer una clasificación de los delitos contra la Administración de Justicia”*, cuyo criterios para hacer plausible una sistemática coherente, es acudir a la propia dinámica procesal y clasificar los tipos penales atendiendo a las diferentes fases procesales y propone dividirlos según que:

- a) afecten a la fase pre-procesal (que producen el nacimiento indebido del proceso)
- b) que incidan en el proceso (aquí habría que situar la prevaricación y la obstrucción a la Justicia) y, finalmente:
- d) los que afecten a la fase ejecutiva.

Según PÉREZ CEPEDA⁷⁵⁶, este es el criterio que sigue el Código Penal de 1995, consistente en clasificar las distintas conductas típicas contra la Administración de

con las opiniones de cada uno, sino de acuerdo con el uso común”). MUÑOZ MACHADO, S. *“Libro de estilo de la Justicia”*, Madrid, 2017, págs. 13 y ss.

⁷⁵⁵ LUZÓN PEÑA. DM. Libro-Homenaje..., 1982, ob. cit. pág.779.

⁷⁵⁶PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág.23.

Justicia atendiendo al contenido funcional de la Administración de Justicia como bien jurídico en las distintas fases del proceso.

Para MAGALDI-PATERNOSTRO, la clasificación de QUINTANO RIPOLLÉS adolece de dos inconvenientes: por una parte, es excesivamente formalista⁷⁵⁷; y, por otro lado, parece estar pensado para el proceso civil sin tener en cuenta los principios constitucionales rectores del proceso penal en el Estado de Derecho actual.

Tomando la consideración que merece esta última opinión, se podrían entender, tanto la crítica de MAGALDI-PATERNOSTRO, como el planteamiento de QUINTANO, ya que el análisis de este último es coherente con la redacción del anterior Código Penal -que no estaba vinculado precisamente a un sistema constitucional-, y, si se interpreta estrictamente en clave de Derecho positivo, no es desde luego descabellado, aunque pueda ser rechazable. Al respecto exponía QUINTANO: “*siendo el Poder Judicial y la Administración de Justicia funciones internas del Estado, los ataques contra ellos pudieran haberse considerado como delitos contra la seguridad interior*” (Título II del texto de 1944) (...) Las del Título IV (*Delitos contra la Administración de Justicia*), “*se refieren a funciones específicas de la Administración en que se arriesgan no solamente bienes institucionales, sino intereses privados íntimamente vinculados a aquellas*” y cita a CARRARA y CARMIGNANI que proponían un tratamiento aparte para esos tipos penales⁷⁵⁸.

De igual modo, como advierte CUENCA GARCÍA, el planteamiento del profesor QUINTANO apunta a que la actividad de la Administración de Justicia va encaminada a que la verdad del Derecho prevalezca por encima de todo y el medio para tal fin, sería el

⁷⁵⁷MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. ob. cit. pág.1121; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 793.

⁷⁵⁸QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal II*, Madrid, 1963, págs. 569 y ss.

proceso, de ahí el argumento de este autor de proteger al proceso de ataques que impidan su buen desarrollo⁷⁵⁹. Frente a esta exposición CUENCA GARCÍA, en consonancia con la posición de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, entienden que -si bien el proceso es el medio ineludible para tal protección-, el verdadero cometido de la función jurisdiccional no tiene como única finalidad hallar la verdad material o formal, sino la resolución de conflictos sociales.

Más severo se muestra VIVES ANTÓN⁷⁶⁰ con el criterio del profesor QUINTANO RIPOLLÉS. Al referirse al Título IV del anterior Código Penal de 1973 afirmaba que, *“se trata de un bien jurídico categorial, común a todos los delitos, como el interés de Estado en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia”* y, sobre el actual Código Penal de 1995, opina que la clasificación en atención a las fases del proceso *“carece de interés por cuanto refieren a un dato temporal y deja al margen criterios materiales unitarios; y aún va más lejos, al considerar que con la referencia a la Administración de Justicia no hay una identificación con el bien jurídico protegido”* común a las conductas delictivas del Título XX, y concluye, que *no se puede afirmar siquiera que todas esas conductas afecten a los intereses del Poder judicial* y al proceso y, por tanto, de producirse esa incidencia, en todo caso, sería de forma indirecta. La verdad es que el planteamiento de VIVES ANTÓN, a nuestro entender, es preciso, acertado y coherente. Otros autores, como GONZÁLEZ RUS, lo identifican con el servicio público de la Administración de Justicia, entendida en su dimensión funcional y

⁷⁵⁹CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 37-38.

⁷⁶⁰VIVES ANTÓN, T. *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, pág. 1880; *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1990, pág.280; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. págs. 30-31; GONZÁLEZ RUS, JJ. *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial II*, Madrid, 1997, pág. 455; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. págs. 30-31.

sustancial dirigida a servir de garantía de los derechos e intereses personales y sociales, resolviendo conflictos y preservando los derechos y los legítimos intereses de los ciudadanos si bien, también pone de manifiesto la dificultad de reconducir todas las conductas desleales al marco del proceso, por ello señala la necesidad de examinar cada tipo delictivo para escindir, en su caso, el bien jurídico protegido susceptible de ser lesionado; por su parte, SERRANO GÓMEZ⁷⁶¹ -y en contraste con la exhaustividad de Por su parte, GONZÁLEZ RUS, lo sitúa en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia. BUSTOS RAMÍREZ⁷⁶², en sintonía con MAGALDI PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, CUENCA GARCÍA y otros “constitucionalistas”, en la función jurisdiccional, al ser esta fundamental para la resolución de conflictos; o QUERALT JIMÉNEZ⁷⁶³ como el servicio público de la Administración de Justicia. Desde luego hay bienes jurídicos para todos los gustos en el variopinto panorama doctrinal a propósito de los delitos contra la Administración de Justicia.

Para ÁLVAREZ GARCÍA, en su línea crítica en cuanto a buscar uniformidad en un bien jurídico que afecte al Título XX y que sirva de referencia para una clasificación, considera que la propuesta de QUINTANO RIPOLLÉS muestra el inconveniente de integrar algunas figuras delictivas que tienen difícil encaje en el proceso como sería “la omisión del deber de impedir determinados delitos o la realización arbitraria del propio derecho”.

⁷⁶¹ SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal, Parte Especial, II*, 3ª ed. Madrid, 1998, pág. 761; SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAHÍLLO, A. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 2012, págs. 671.

⁷⁶²BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 1ª ed. Barcelona, 1986, pág.423 y ss.

⁷⁶³ QUERALT JIMÉNEZ, JJ. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Barcelona, 1992, pág. 653.

Llegados a este punto, el autor hace un repaso de los Capítulos que integran el Título XX para escindir aquellos delitos que pueden o no afectar a las distintas fases procesales, proponiendo a su vez, la creación de un Capítulo aparte para aquellos tipos delictivos que difícilmente son integrables como contrarios a la Administración de Justicia, en tanto no afectan a ninguna fase procesal⁷⁶⁴. En coherencia con lo anterior, señala oportunamente OTERO GONZÁLEZ⁷⁶⁵ que, *aun asumiendo que hubiese un objeto jurídico unitario, lo que no es el caso, la sistemática del Título sería compleja, por la gran diversidad de formas que pueden lesionar aquel*; y, tomando como referencia el esquema de QUINTANO RIPOLLÉS, ÁLVAREZ GARCÍA analiza minuciosamente los delitos contra la Administración de Justicia al objeto de comprobar y especificar la incidencia que pueden tener o no, todos y cada uno de los tipos contenidos en el Título XX en alguna de las fases del proceso.

Tenemos pues el Título XX estructurado de la siguiente manera:

-El Capítulo I, que contiene *la prevaricación, la negativa a resolver y el retardo malicioso* (arts. 446-449) se trata de conductas que podrían afectar a cualquier fase del proceso.

-El Capítulo II, relativo a la *omisión del deber de impedir o promover la persecución de delitos* (Art. 450). Este tipo delictivo no afecta de por sí a las fases procesales, aunque sí vulnera el deber legal de contribuir a la protección de otros bienes jurídicos concretos y que serían susceptibles de protección en Capítulo aparte.

⁷⁶⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. ob. cit. págs. 793-794.

⁷⁶⁵ Ibidem, pág. 793.

Otros autores, y alguna jurisprudencia⁷⁶⁶, entienden que estos delitos afectan a valor *solidaridad humana* que sería el bien jurídico protegido, así RODRÍGUEZ MOURULLO, CÓRDOBA RODA y SAINZ CANTERO. Por su parte MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, sobre los delitos del Capítulo II, en estos casos estiman que se vulnera la *seguridad de las personas*, y en este sentido se pronuncia el Alto Tribunal en Sentencia 1151/2005 de 11 de octubre, lo que sería otorgar un sentido excesivamente amplio al objeto de protección. RODRÍGUEZ DEVESA matiza la opinión de aquellas autoras y considera que con la comisión de estos delitos se afecta a la acción policial más que a la acción de la Justicia pues perdería su sentido dogmático y solo sería admisible desde un punto de vista formal como criterio clasificador.

Para ÁLVAREZ GARCÍA estamos ante supuestos muy similares a la omisión del deber de socorro por lo que propone el traslado de estos tipos al Título IX del Libro II donde se regulan dichas conductas⁷⁶⁷.

Sobre el Capítulo II, GRINDA GONZÁLEZ⁷⁶⁸, nos recuerda el origen de estos tipos penales -que con algunos antecedentes en los Códigos históricos desde 1822 (arts. 122 y 123) y hasta 1944-, data de 1951 al introducirse un artículo, el 338 bis, estableciendo la necesidad de impedir la comisión de uno o varios delitos; no exigía impedir el resultado, pero sí la obligación de “al menos intentarlo”, considerándose como un deber especialmente relevante para la sociedad. Distingue dos partes en la redacción del artículo; una, la “obligación de impedir la comisión de un delito” y, otra, “la de promover su persecución”.

⁷⁶⁶ STS 1151/2005, de 11 de octubre.

⁷⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 794.

⁷⁶⁸ GRINDA GONZÁLEZ, J. en AA. VV, *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, págs. 77 y ss.

Por otra parte, critica la falta de sintonía entre el contenido de los artículos y la rúbrica del Capítulo por la falta de claridad de este último, ya que no especifica qué clase de delitos son obligatoriamente perseguibles, a diferencia de lo que hacen los propios artículos en él contenidos, lo que induce a pensar en la obligación de denunciar y perseguir toda clase de delitos, en cuyo caso estaríamos, como indicaba ÁLVAREZ GARCÍA, en el ámbito de la omisión del deber de socorro⁷⁶⁹.

-El Capítulo III, rubricado “*Del encubrimiento*”, en cuyo n.º 1 castiga el supuesto de quién auxiliando a los autores, pero sin ánimo de lucro propio, beneficia a los primeros. Desde luego, a nuestro entender, es relativo que en este supuesto se vulnere la idea de solidaridad, pues -aunque de forma incorrecta-, lo que muestra el autor es, precisamente, una actitud solidaria para con los autores y su afectación a la Administración de Justicia sería discutible. Los supuestos de los apartados 2º y 3º del artículo 451 del CP, relativo al encubrimiento, operando sobre el cuerpo del delito u obstaculizando labores de investigación parecen no ofrecer dudas sobre su incidencia en la actividad de la Administración de Justicia.

-El Capítulo IV que contiene la realización arbitraria del propio derecho parece claro que no afectan de modo alguno al proceso y, por tanto, no tendrían cabida en el Título XX.

-Finalmente, la acusación y denuncia falsas del Capítulo V, el falso testimonio del Capítulo VI, la obstrucción a la Justicia del Capítulo VII, el quebrantamiento de condena del Capítulo VIII, así como el falso testimonio en la Corte penal internacional del artículo 371 bis del Capítulo IX no ofrecen dudas sobre su transgresión al bien jurídico Administración de Justicia.

⁷⁶⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 794.

Para finalizar con esta corriente doctrinal auspiciada por el profesor QUINTANO RIPOLLÉS, otro autor sugiere que -de aceptarse esta-, debería efectuarse cuando menos una reordenación del Título XX proponiendo en última instancia la creación de un Capítulo adyacente para esos tipos que, aunque comportamientos desleales, desde luego no afectan al proceso, en este sentido ÁLVAREZ GARCÍA⁷⁷⁰.

Otro autor que considera la función jurisdiccional como bien jurídico protegido es BUSTOS RAMÍREZ⁷⁷¹, pero excluyendo de la misma la protección de otros órganos de la Justicia para garantizar su independencia por tratarse de una materia de carácter político, de ahí su afirmación de que la verdadera pretensión radica en proteger la función administrativa pública entendida en *sentido amplio*. Por ello, la doctrina ha insistido en la importancia de deslindar el *status* político de los órganos judiciales -Poder Judicial-, en virtud del principio de separación de poderes, de aquella obligación que tienen esos mismos órganos como encargados de administrar justicia, en lo estrictamente jurisdiccional, como función obligada de aquellos. En este sentido SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, se han pronunciado en los siguientes términos: *“es de capital importancia que Jueces y Tribunales -incluido el Ministerio Fiscal-, cumplan su función, sin presiones de ningún tipo. No obstante, siempre existe el riesgo de un pulso con la Administración de Justicia. Si triunfa esta, habremos avanzado en los principios de la democracia; si triunfan los que tienen el poder la involución es clara”*⁷⁷².

Por su parte, CANTARERO BANDRÉS⁷⁷³, considera que la problemática de configurar un Título autónomo obedece más a una cuestión de técnica legislativa -o

⁷⁷⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 794.

⁷⁷¹ BUSTOS RAMÍREZ, J. ob. cit. pág. 366.

⁷⁷² SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A. *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 2012, pág. 665.

⁷⁷³ CANTARERO BANDRÉS, R. ob. cit. págs. 17-22. Esta autora parte en su análisis recordando a la doctrina italiana -algunos de cuyos representantes ya venían teorizando en esta materia desde principios del

formal- que, a cuestiones de fondo, y nos recuerda que estamos ante un viejo debate histórico, no solo en España, sino también presente en la dogmática italiana del siglo XIX y principios del siglo XX⁷⁷⁴. Sobre la cuestión que se plantea la doctrina -entre otros MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN-, de si es posible una clase autónoma de delitos contra la Administración de Justicia, la autora da una respuesta afirmativa, pero matiza, aunque haya un Título autónomo para delitos contra la Administración de Justicia *deben considerarse los tipos penales con independencia unos de otros*, y añade, “*lo que parece, sin embargo, es que no sea posible realizar un estudio correcto del tema que nos ocupa y sacar conclusiones apresuradas sin diferenciar en este Título, (el XX se entiende del Código Penal), unos delitos de otros, pues, aunque todos ellos tienen rasgos comunes con relación al bien jurídico protegido, ni participan de la misma finalidad ni practican la misma teleología en relación con el resto de Títulos del Código*”.

siglo XX-, entre los que destaca a dos representantes de ésta con puntos de vista dispares; uno de tendencia iusnaturalista como Carrara, quien considera como delitos contra la Administración de Justicia aquellos que ofenden el ideal de Justicia y otorgaba tres sentidos a esa idea de Justicia:

“En sentido abstracto, como mera idea que expresa un orden superior definidor de lo justo y lo injusto.

“En sentido concreto, como ideal aplicable a un hecho humano determinado”.

“En sentido mixto, sería la aplicación de ese ideal de Justicia en un ordenamiento jurídico con el cual el Estado a través de sus leyes e instituciones impone el mismo; es decir, hacer realidad ese concepto ideal”.

“A diferencia del anterior, para Carmignani, la institución de la Justicia pública es el centro de toda autoridad social porque responde al fin de mantener la soberanía del Derecho en el marco del Estado procurando que esa ley natural sea efectiva, real y aplicable a cualquier hecho humano y propone cuatro puntos como puntos de partida:

-que haya buenos magistrados

- que ejerciten su poder sin abusar de él con fines distintos”.

En alusión a este planteamiento de la doctrina italiana se pronuncia también PÉREZ CEPEDA, y recuerda que, para Francesco CARRARA la tutela o protección jurídica no es posible sin la existencia previa de un orden o concepto de Justicia superior a todos los ciudadanos, para quien la Justicia, sería el Derecho a castigar como fundamento de un orden ideal, divino, superior. Véase, PÉREZ CEPEDA, *Al. ob. cit. pág.27*; CARRARA, F. *Programa Del Corso di Diritto Criminale*, Vol. 5 °, Firenze, 1905, pág. 2476.

⁷⁷⁴Véase, “*La possibile autonomia di una classe di delitti contro l’amministrazione della giustizia*” en JANNITI-PIROMALLO, A. en *Trattato di Diritto penale, Quarta Edizione, Milano, 1939*, págs. 30 y ss.

Otros conceptos controvertidos, y que han sido protagonistas en la discusión doctrinal para escindir el bien jurídico susceptible de protección de los delitos contra la Administración de Justicia, son los de Poder Judicial y División de Poderes, cuestión compleja sin duda. En este sentido MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN⁷⁷⁵, sobre el concepto de “Poder Judicial”, estiman que se trata de los más difícilmente delimitables en la teoría del Estado de Derecho al no estar configurado de manera representativa a diferencia de otras instituciones como el Parlamento o el Poder Ejecutivo; según estas autoras, la protección del Poder Judicial como tal poder, es muy cuestionable, ya que el ordenamiento penal persigue conductas de particulares que no se pueden considerar como atentatorias contra el poder del Estado como estructura política; sin embargo, diferente es entender que las conductas de los particulares si puedan afectar a garantías derivadas del principio de división de poderes.

En la misma línea MUÑOZ CONDE⁷⁷⁶, quien no comprende- entre los delitos contra la Administración de Justicia-, aquellos que afectan al aspecto político e ideológico de la Administración como es la independencia del Poder Judicial, y considera que lo que otorga sentido y autonomía a los delitos de deslealtad profesional es su relación con la Administración y con ella al mismo tiempo con el Poder judicial como encargado, dentro de la división de poderes, de esa función del Estado de Derecho⁷⁷⁷.

No obstante, a pesar de todo lo expuesto sobre la idea de buscar o establecer un criterio único sobre la sistemática del Título XX, así como a los intentos de la doctrina por aglutinar los tipos delictivos en torno a un bien jurídico unitario ÁLVAREZ

⁷⁷⁵ MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN, ob. cit. pág. 1122-1123.

⁷⁷⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, Parte Especial, 9ª ed. Valencia, 1993, pág. 726; *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed. Valencia, 1995, pág. 791.

⁷⁷⁷ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*... 11ª ed., ob. cit. pág. 791.

GARCÍA⁷⁷⁸, se muestra mucho más explícito y expeditivo al decir que, “no sirve de nada”. Para este autor se trata de un esfuerzo estéril, *“pues o sería demasiado genérico, y, por tanto, inservible para una función dogmática, o excesivamente concreto, en cuyo caso no podría aglutinar a todos los supuestos reunidos en el Título. Por esta, razón, considera que el bien jurídico protegido, más allá del contenido del Título que obedece a razones clasificatorias, hay que buscarlo en cada caso concreto”*.

El propio QUINTERO OLIVARES⁷⁷⁹, después de exponer su criterio clasificatorio años antes de la aparición del Título XX reconocía -no sin cierta resignación-, no tener una respuesta definitiva al formularse la pregunta sobre un criterio único y válido para los delitos del Título XX y con el tiempo terminó considerando que dicha carencia resultaba a la postre intrascendente.

Por esta razón, ante la imposibilidad de encontrar una sistemática satisfactoria para englobar a todos los delitos contra la Administración de Justicia y, por consiguiente, establecer un patrón único respecto al bien jurídico protegido en esta tipología delictiva, parece coherente estar siempre supeditados al caso concreto en que se produzca una conducta lesiva que afecte al Título XX del Código Penal⁷⁸⁰. En sintonía con el argumento anterior y, en pro de la coherencia, PÉREZ CEPEDA⁷⁸¹ sostiene -tras un análisis de los delitos contenidos en el Título XX revela-, *“que no todos ellos se relacionan con el*

⁷⁷⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. págs. 790 y ss.

⁷⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal...* ob. cit. pág. 1867. *¿cuál es entonces el criterio que aglutina los delitos que expresamente reciben como “nomen iuris” el ser contra la Administración de Justicia? lo cierto es que cuesta encontrar una sola explicación, que, por otra parte, tampoco es imprescindible.*

⁷⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 1084.

⁷⁸¹ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 32

proceso, entendido como instrumento establecido para el ejercicio de la función jurisdiccional”, por lo que los tipos recogidos en dicho Título XX deben ser interpretados “desde una dimensión sustancial, acogiendo tanto aspectos que aparecen directamente relacionados con el estricto ejercicio de la función jurisdiccional (prevaricación judicial, falso testimonio y algunos casos de obstrucción a la Justicia), como otros que requieren la colaboración por parte de ciudadanos con la Justicia (encubrimiento y omisión de promover la persecución de delitos), o supuestos relacionados con los operadores jurídicos (deslealtad profesional) o que sancionen el incumplimiento de decisiones judiciales (quebrantamiento de condena). Y concluye esta autora, por consiguiente, nos vemos abocados a remitir el estudio a cada tipo delictivo del Título XX para determinar en cada caso cual es el interés específicamente protegido, entre otras cosas, porque la mayoría de los tipos contenidos en el Título XX no afectan solo a la Administración de Justicia, sino que inciden en bienes jurídicos e intereses particulares”.

Resulta paradójico que, la mayoría de la doctrina después de dar su punto de vista sobre cuál es el bien jurídico protegido en los delitos del Título XX, llega a la conclusión de que es imposible establecer un criterio único y terminan convergiendo en un punto de encuentro, que no es otro que el de atenerse al caso concreto en cada delito.

Por el contrario, si parece haber un común denominador en cuanto al objetivo de todas esas posiciones doctrinales, y no es otro que el de encontrar el encaje constitucional de los delitos que justifique la redacción del Título XX de nuestro Código Penal, pues, en definitiva, como titula el profesor PAREJO ALFONSO ⁷⁸² en una de sus obras, “*administrar y juzgar son dos funciones constitucionales, distintas y complementarias*”.

⁷⁸² PAREJO ALFONSO, L. “*Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*”, Madrid, 1993.

En el régimen constitucional actual, configurado sobre las bases de un Estado Social y Democrático de Derecho⁷⁸³-superada la concepción liberal de Estado⁷⁸⁴-, las leyes deben responder a los principios que rigen este. Si el Estado -desde tiempos de la Monarquía Absoluta-, ostentaba entre otros poderes, el monopolio jurisdiccional, hoy en día dicho poder se convierte en una obligación por parte de aquel de gestionarlo y garantizarlo; o, lo que es lo mismo, el deber de garantizar la Administración de Justicia. Para ÁLVAREZ GARCÍA esa facultad del Estado constituye uno de los fines del Estado⁷⁸⁵, y, posteriormente, define la Administración de Justicia como “*un constructo compuesto por el ejercicio de su monopolio, el deber de garantizar su realización, la*

⁷⁸³ DÍAZ GARCÍA, E. *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Madrid, 1988.

⁷⁸⁴ *Esta tendencia de poner una barrera a la omnipotencia del Estado, reafirmando contra el mismo el valor del individuo, tuvo expresiones características en la revolución inglesa de 1688, en la americana de 1774 y en la francesa de 1789, inspiradas por un puro individualismo. Al mismo tiempo Kant formulaba su doctrina, según la cual el Estado, para Kant, tiene solo el fin de tutelar el Derecho, de garantizar la libertad (...) Hablamos hoy del “Estado de Derecho” y afirmamos que el Estado debe ser de Derecho; pero entendemos esta fórmula en un sentido diverso del Kantiano: en el sentido de que el Estado debe obrar fundándose en el Derecho y en la forma del Derecho, y no en el sentido de que deba proponerse como único fin el Derecho. Véase, DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*, 7ª ed., Barcelona, 1960, págs. 426 y ss. “Teniendo en cuenta el desarrollo de Del Vecchio, podría matizarse su planteamiento, de que obrar fundándose en el Derecho y en la forma del Derecho solo cabe entenderlo en sintonía con nuestra forma actual del Estado, que es la de Estado Social y Democrático de Derecho”. (Este último párrafo entrecomillado es del doctorando).*

⁷⁸⁵ SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Santiago de Chile 2018, pág. 15. “*La Administración de la justicia pertenece a los fines y, por consiguiente, a las funciones del Estado. Funciones que, ante todo, suponen deberes. “El monopolio de la Administración de Justicia” por el Estado justifica el deber público material del “Estado de garantizar la Justicia”. Sobre este deber se funda el del Estado de poner a disposición de todos, los órganos de la Administración de Justicia, y de reglar el curso del procedimiento con el doble objetivo de la verdad y la justicia. El deber jurídico público de garantizar la Justicia aparece frente a los particulares como el deber de los órganos de la Administración de Justicia, instituidos por el Estado, de desarrollar una actividad que cumpla el deber de garantizar la Justicia en la forma jurídicamente regulada. En este sentido se puede hablar de un “derecho a la garantía de la Justicia”.*

puesta a disposición de los órganos para llevarlo a cabo y del procedimiento para hacerla posible”.

También, y en atención a la coherencia, parece aconsejable abandonar la línea conceptual surgida en la doctrina -de ir analizando todas y cada una de las expresiones relacionadas con los comportamientos desleales-, y, en su lugar, buscar una explicación sobre su significado global para nuestro Derecho Penal pudiendo encontrar así una razón para trasladarlos y acoplarlos a nuestro actual ordenamiento. Es posible que la solución no pase por la necesidad de rebuscar un bien jurídico protegido como cuestión de fondo para solucionar, a su vez, una cuestión formal, el problema de la sistemática; y, en su lugar, sea preciso o recomendable entrar en la cuestión jurídico-política que subyace en esta controversia doctrinal. Es decir, quizás sea necesario dar un nuevo enfoque o sentido a esos principios que nacieron en la Ilustración y han marcado el camino de la actividad legislativa. No se trata de soslayar estos principios, pero es evidente que los mismos deben adecuarse a los nuevos tiempos.

En este sentido, ÁLVAREZ GARCÍA⁷⁸⁶ expone tres particularidades sobre la Administración de Justicia para tener en cuenta y que son: por una parte, la ineludible *relación entre el Juez y la Ley* -o vinculación de aquel a esta última-, en el marco de un sistema democrático; ello supone a su vez, *una ruptura con el modelo tradicional de Estado*, y finalmente, en estrecha relación con las dos anteriores, *la idea de Justicia constitucional y la separación de poderes*.

Respecto de la primera, nos atenemos a nuestro modelo, heredero del francés, cuyas garantías se ponen en manos del legislativo, y a él estamos sometidos, por lo que cualquier intromisión de los jueces en este provoca un quebranto de la democracia.

⁷⁸⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. págs. 794 y ss.

En cuanto al segundo aspecto que destaca, advierte que los principios establecidos a priori en las constituciones liberales del siglo XIX no pueden regir hoy en día sin perjudicar la esencia de la democracia. Y es que, lo que en teoría es nuestro sistema- un Estado Social y Democrático de Derecho-, se ha visto violentado por la realidad económica que una y otra vez condicionan las decisiones del legislativo, cuyas leyes, en lugar de dirigirse al beneficio de la mayoría social, lo que nuestra Constitución refiere al utilizar la expresión “interés general”, muchas veces se redactan en beneficio de los intereses financieros, por no decir que, realmente son los poderes económicos los que marcan la agenda legislativa . No hay más que recordar que nuestra inquebrantable Constitución fue objeto de modificación en 2011 en su artículo 135 al introducirse en él el concepto de *estabilidad presupuestaria*.

Finalmente, la tercera cuestión que este autor expone hace referencia a que la Justicia constitucional de alguna manera pone en tela de juicio la tradicional idea de la división de poderes, en tanto que dicho principio se consolidó en la Revolución Francesa cuya piedra angular era la Ley. A partir de un momento, aparece un órgano *ad hoc* que supervisa la adecuación de la Ley a los principios constitucionales.

Ese órgano es el Tribunal Constitucional, un órgano no judicial, de carácter mixto, jurídico-político y cuyas competencias deben limitarse a la interpretación de las leyes constitucionales y a la constitucionalidad de las leyes, pero con diferente método al que interpreta el Derecho Penal; sin embargo, para el profesor ÁLVAREZ GARCÍA, ello no impide considerar al Tribunal Constitucional como un auténtico tribunal y a sus magistrados como auténticos jueces a los efectos del Título XX del Código Penal, es decir, deberían ser considerados como posibles *sujetos activos* en cuanto al Título XX⁷⁸⁷.

⁷⁸⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 803.

Ciertamente, no deberíamos olvidar que la Administración de Justicia es una parte de la Administración que, aunque independiente de esta en virtud precisamente del principio de división de poderes, realiza su actividad supeditada al orden constitucional, y que, como proclama PAREJO ALFONSO, “*de la observancia del marco constitucional depende su legitimidad y la de sus actos*”, y destaca, “*la ineludible adecuación del Estado administrativo a las demandas del sistema económico y social*”⁷⁸⁸, porque no todo Estado es Estado de Derecho;⁷⁸⁹ “*se trata del Estado sometido al Derecho*”.

Esto debe ser así una vez superada la idea inicial del Estado liberal y consagrada la del Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo objetivo, en palabras del profesor ARANGUREN⁷⁹⁰, “*no puede ser el interés capitalista donde prevalecen los bienes de consumo como acceso al bienestar material general, sino la organización inspirada en una auténtica voluntad de justicia, de dar a cada uno lo suyo, de la democratización económico y social*”.

⁷⁸⁸PAREJO ALFONSO, L. *Organización y Poder de organización*, Madrid, 2008, págs. 145-146. Sobre el interrogante acerca de la conexión de la Administración con ese orden superior plasmado en los artículos 1.1 y 10. 1 de la Carta Magna, la cual condiciona los fines, la construcción, el funcionamiento y la actividad de la Administración.

⁷⁸⁹ DÍAZ E. *Estado de Derecho...*, ob. cit. pág. 17. “*Las características generales que corresponden, como exigencias más básicas e indispensables, a todo auténtico Estado de Derecho son: a) Imperio de la Ley como expresión de la voluntad general: b) División de Poderes. Legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración, actuación de esta conforme a la Ley y control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material*, (Ibidem, pág.31); “*El liberalismo clásico, que característico del Estado de Derecho originario, con su fondo de individualismo burgués, no es suficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los miembros de la comunidad*” (Ibidem, pág. 39).

⁷⁹⁰ DÍAZ E. ob. cit. pág. 113.

3. Algunas reformas posteriores a 1995 sin incidencias en torno al Título XX en general ni sobre la infidelidad en la custodia de documentos en particular.

Visto lo anterior, las controversias en materia de política criminal no cesarían con la aprobación definitiva del Código Penal de 1995. Nuestro actual texto punitivo ha sido y es objeto de múltiples reformas posteriores, si bien ninguna de ellas ha tenido como objetivo el Título XX sobre los delitos contra la Administración de Justicia y más específicamente sobre la infidelidad en la custodia de documentos. Entre esas reformas se pueden citar algunas como la LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 1/2004, de 28 de diciembre (Violencia de Género); LO 2/2005, de 22 de junio; LO 4/2005, de 10 de noviembre; LO 7/2006, de 22 de noviembre; LO 13/2007, de 19 de noviembre; LO 15/2007, de 30 de noviembre; las de junio de 2010, así como la mencionada y desafortunada reforma de 2015. Solo en el año 2021 se han llevado a cabo varias reformas del Código Penal en diferentes materias, algunas de las cuales, a mi juicio, debieron acometerse mucho antes, debido a su incidencia directa sobre las garantías constitucionales al tratarse de cuestiones que afectaban a los derechos fundamentales. En este sentido, la LO 3/2021, de 24 de marzo reguladora del *delito de inducción y auxilio al suicidio* (Eutanasia); LO 5/2021, de 22 de abril sobre *despenalización de los piquetes*; LO 6/2021, de 28 de abril en materia *de blanqueo de capitales*; la LO 8/2021, de 2 de junio reformadora de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; LO 8/2021, de 4 de junio, de *protección integral de la infancia y la adolescencia*; LO 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento UE 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establecía una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (SP/LEG/34454).

En síntesis, la cuestión de la reforma penal -en el inicio de la llamada transición democrática-, era un tema acuciante y demandaba la acometida de tres aspectos principalmente: la redacción de un nuevo Código Penal, la reforma procesal penal y una nueva regulación en materia penitenciaria.

La primera tardaría 17 años en llegar, pues hasta 1995 la democracia no tendría su primer texto punitivo; en cuanto a la reforma procesal -aún hoy en día, y más de cuarenta años después de la aprobación de la constitución-, sigue sin resolverse; y, finalmente, sobre la cuestión penitenciaria, decir que, si bien se había conseguido avanzar positivamente en ese campo a lo largo de la década de los noventa, se vio nuevamente mermada tras la última reforma de 2015 llevada a cabo durante los últimos gobiernos conservadores y con la anuencia de la oposición en clave represora. Esto supuso un retroceso considerable en política criminal retrotrayendo algunas medidas a la manera del Código Penal de 1870. España es uno de los países de la Unión Europea con un índice de criminalidad relativamente escaso en comparación a otros del entorno, y, sin embargo, con mayor población de reclusos.

En lo concerniente a los delitos de deslealtad profesional en general y en la modalidad de infidelidad en la custodia de documentos en particular del Título XX del Código Penal, hay que decir que, en ninguna de estas últimas reformas han sido revisados o modificados y su regulación ha permanecido inalterable desde su plasmación inicial en el texto de 1995. Ello, a pesar de la aparición de numerosa legislación dedicada a las nuevas tecnologías por su impacto en el mundo jurídico, especialmente en el ámbito administrativo y procesal.

4. Conclusión.

Si se tiene en cuenta que la doctrina más autorizada ya apuntaba -décadas antes de la llegada de un Código Penal democrático-, a señalar la función jurisdiccional como el objeto jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia, es fácil entender lo alejados que estuvieron nuestros Códigos históricos de presentar una estructura lógica y coherente sobre este tipo de delitos.

En este sentido, a modo de resumen o guía para entender la evolución de los delitos de deslealtad profesional, desde el nacimiento del primer Código Penal español en 1822 y, especialmente desde que en 1928 apareciese un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, se expone la siguiente cronología presentada por diferentes penalistas⁷⁹¹ a propósito de la estructuración y sistemática de un Título que llevara por rúbrica “*Delitos contra la Administración de Justicia*”.

Con anterioridad a la aparición de un Título específico rubricado “*De los delitos contra la de Administración de Justicia*” como se ha ido constatando a lo largo del desarrollo histórico de estos delitos, algunos de ellos se encontraban ubicados en el ámbito de las falsedades, como la acusación y denuncia falsas y el falso testimonio; otros, como el quebrantamiento de condena considerados como delito contra la libertad y la seguridad junto a las coacciones. En definitiva, una circunstancia que, si bien se ha mejorado con el paso de las décadas, no ha terminado de solventarse aún en nuestra actual legislación penal.

⁷⁹¹BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 21 y ss.; LUZÓN PEÑA, DM. ob. cit. págs. 777 y ss.; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 40 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. págs. 788 y ss.; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. págs. 4 y ss.

En 1928 el Código Penal, siendo el primer texto punitivo en crear un Título específico de los delitos contra la Administración de Justicia contenía en él únicamente el *quebrantamiento de condena*, los *desórdenes en las prisiones* y el *encubrimiento*.

En 1932 se incluyen como tales, la *acusación y denuncia falsas*, y abandona el Título el *encubrimiento*, que pasó a considerarse una forma de participación en el delito.

En 1944 el Código Penal añadía la *simulación de delito* y traslada a este ámbito el delito de *realización arbitraria del propio derecho*. Por Ley de 17 de julio de 1951 se incorporan al Título la omisión del deber de impedir determinados delitos; y, por Ley de 28 de diciembre de 1978 se amplía aquel a la omisión del deber de poner en conocimiento de la autoridad determinados delitos.

El Código Penal de 1973 en el Título IV del Libro II distribuía en cinco capítulos las siguientes modalidades delictivas: *la acusación y denuncia falsas y atentados a la libertad de las partes* en el Capítulo I; *el falso testimonio* en el Capítulo II; *el quebrantamiento de condena y la evasión de presos* en el Capítulo III; *la realización arbitraria del propio derecho y simulación de delitos* en el Capítulo IV y, *la omisión del deber de impedir determinados delitos o ponerlos en conocimiento de la autoridad* en el Capítulo V. Fuera ya de los delitos contra la Administración de Justicia, hay que decir que, los delitos de prevaricación judicial se incorporaron al Título VII, como “*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*”. En concreto, *la prevaricación judicial* en el Capítulo I; *la infidelidad en la custodia de presos* en el Capítulo II; *la infidelidad en la custodia de documentos* en el Capítulo III y, *la violación de secretos* en el Capítulo IV.

El Proyecto de Código Penal de 1980, durante el gobierno de la UCD, se plantea por primera vez una reforma penal en periodo democrático sin éxito. Destaca el

planteamiento del profesor QUINTERO OLIVARES en relación con los delitos contra la Administración de Justicia y cuya exposición veremos al tratar la sistemática de los distintos proyectos de Código Penal.

En la Reforma Parcial y Urgente de 1983, siguiendo la línea de su antecesor de 1980, se tipifica una nueva modalidad delictiva, las coacciones y amenazas específicas sobre las partes del proceso, como forma de obstruccionismo judicial y se proponen las teorías del bien jurídico protegido a partir del planteamiento de QUINTERO OLIVARES. El más ilustrativo se pone de manifiesto en el trabajo anteriormente mencionado de MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN.

En el Proyecto de 1992 se retoma la idea del Proyecto de 1983 de centrarse en la función jurisdiccional de la Administración de Justicia como punto de referencia y en este sentido GARCÍA ARÁN lo expone en su análisis “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia”, siendo en este último Proyecto donde la prevaricación de abogado y procurador se separa definitivamente de la prevaricación judicial para pasar a formar parte del Capítulo VII del Título XVII como un delito de *Obstrucción a la Justicia y Deslealtad profesional* (arts. 442 a 446 del Proyecto); especialmente, y como novedad más significativa, se consolida la infidelidad en la custodia de documentos por abogado y procurador como modalidad delictiva.

Finalmente, como apunta buena parte de la doctrina⁷⁹², el Título XX del Código penal de 1995 quedó configurado conforme a los criterios que se fueron forjando en los Proyectos de 1980 y 1983, y cuyos resultados más destacables, en cuanto a la deslealtad profesional se refiere, son sin duda, la consolidación definitiva de la prevaricación judicial como delito contra la Administración de Justicia en el Capítulo I del Título XX, y la

⁷⁹² CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 24 y ss.

deslealtad profesional, especialmente de abogados y procuradores en la forma de infidelidad en la custodia de documentos, (art. 465), dentro del Capítulo VII bajo la rúbrica de la *Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional* (arts. 463-467). Si tenemos en cuenta que el proceso se erige como cauce indispensable para el desarrollo de la función judicial -como sostienen MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN y los seguidores de esta corriente-, la clasificación que se obtiene en cuanto a supuestos del Capítulo VII es la siguiente⁷⁹³:

- a) Que afectan a la fase pre procesal, los delitos de omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución; el encubrimiento y la realización arbitraria del propio derecho. (Caps. II, III, IV de Título XX).
- b) Que afectan al nacimiento indebido del proceso, acusación y denuncia falsa y simulación de delito (Cap. V)
- c) Que afectan al proceso en general en distintas fases de este; en fase probatoria, el falso testimonio (Cap. VII); que afectan al desarrollo general del proceso o en su conclusión, la obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional.
- d) Que afecten a la fase ejecutiva.

Sobre esta última clasificación volveremos -al analizar la deslealtad de abogados y procuradores exclusivamente y-, al margen de los demás delitos del Título XX que no están comprendidos en el Capítulo VII.

Algún miembro de la judicatura, como JIMÉNEZ SEGADO, en fechas muy recientes ha tomado parte en el debate del bien jurídico protegido estableciendo su particular punto de vista al tomar como referencia la condición de delitos especiales cometidos por abogados. En su análisis, realiza una distinción sobre posibles

⁷⁹³ Ibidem, págs. 54 y ss.

interpretaciones en torno al bien jurídico protegido: una en sentido amplio, al considerar que el bien jurídico protegido sería *“la necesidad de proteger el sistema judicial estatal de solución de conflictos”*; y, otra, en sentido estricto, considerando como bien jurídico *“la lealtad que el abogado debe a dicho sistema y al interés que defiende”*⁷⁹⁴.

El autor, estima especialmente necesaria la protección del sistema judicial estatal de resolución de conflictos, y realiza una interpretación, sobre la idea de proteger la Administración de Justicia, a mi entender un tanto corporativista, no en vano es Magistrado Juez. En un apartado de su libro ya citado, manifiesta su sorpresa ante los datos que arroja el Departamento de deontología del ICAM al decir, *“según datos proporcionados por este, en Madrid operan aproximadamente 40.000 abogados que representan un 25 % del colectivo nacional total, de los cuales, entre 2009 y 2016 solo han sido sancionados un 0,87 % de ellos”*.

Siendo ciertos estos datos y no carente de razón su exposición, la verdad es que el colectivo judicial al que pertenece no es, precisamente, el más indicado para rasgarse las vestiduras por la excesiva indulgencia que proclama respecto de los abogados. Solo hay que ahondar en el deterioro democrático que supone hoy en día la judicatura y podría ser contestado en sus mismos términos respecto a la prevaricación judicial prevista en el Capítulo I del Título XX con las observaciones de ÁLVAREZ GARCÍA⁷⁹⁵, y así: *“llama poderosamente la atención como en un país como el nuestro, cuajado de corrupción en todos los niveles funcionariales y profesionales cercanos a la clase política, haya tan pocas, tan escasas condenas por delito de prevaricación judicial y casi ninguna por retardo malicioso”*

⁷⁹⁴ JIMÉNEZ SEGADO, C. *La responsabilidad penal de los abogados*, ob. cit., 2017, pág. 154.

⁷⁹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 805.

En mi modesta opinión, la obligación de preservar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia lleva implícito un deber de “todos” los que operan en ella de no transgredirlo. La consideración del bien jurídico desde ese punto de vista, por ser los jueces quienes desarrollan y ejercen la función jurisdiccional a través del proceso para solucionar conflictos en el ámbito funcional de la Administración de Justicia, no requiere de obligaciones especiales por parte de sujetos específicos y sí de toda la comunidad que opera en el marco de aquella.

En cuanto al sentido estricto, que proclama este Magistrado-Juez, entiendo que tampoco necesita matices. Abogados o procuradores, no deben al sistema judicial y al interés que defienden “una lealtad especial” diferente a la de los demás actuantes en la actividad jurisdiccional para preservar el correcto ejercicio de la misma; es decir, el carácter especial de los delitos cometidos por estos profesionales no significa que su responsabilidad o deber de lealtad para con la Administración de Justicia deba tener dicho carácter también, pues todos ellos están sometidos a la Ley, al Derecho y a los principios constitucionales que delimitan su actuación y funciones; por lo tanto, exigir un plus de responsabilidad es irrelevante desde un punto de vista objetivo. Tal exigencia no se va a reflejar en una mejor observación del bien jurídico protegido.

En definitiva, hay que concluir este punto resaltando un dato objetivo, y es que, tras varias décadas de esfuerzos, una vez aprobado el Código Penal de 1995, no se consiguió pacificar a toda la doctrina y, como no podía ser de otra forma, la estructura final del Título XX no quedó exenta de críticas. No solo por la cuestionable ubicación de algunos tipos penales como hemos visto, sino por la ausencia de otros que debieron estar; y, en este sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE⁷⁹⁶ reclama la presencia de la falsedad

⁷⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, PE*, 1993, ob. cit. pág. 726. y 1996, ob. cit. pág. 790; CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. pág. 25.

documental en su modalidad de presentación de documentos falsos en juicio y la estafa procesal, en tanto delitos que claramente afectan a la Administración de Justicia en pleno proceso. Otras ausencias destacadas por la doctrina en dicho Título son delitos -que vulneran también derechos fundamentales del art.24 de la CE desde el punto de vista del bien jurídico protegido-, y, por tanto, contrarios a la función jurisdiccional ya que su violación puede tener claramente incidencias en el desarrollo del proceso-, en ese sentido como ejemplo, no respetar la inviolabilidad de la intimidad y del domicilio en las pesquisas policíacas arts. 534 y ss.; o, el impedir la asistencia letrada al detenido tipificada en el art.537 y así lo pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES⁷⁹⁷.

De alguna forma, parece que la posición más coherente pasa por abandonar la idea de que es imprescindible tratar de establecer un bien jurídico protegido común a todos los tipos penales del Título XX del Código Penal, y, seguir la opinión de un sector doctrinal a la que se suma MANJÓN-CABEZA OLMEDA⁷⁹⁸ al decir, *“que la referencia a la Administración de Justicia, como bien jurídico protegido común a todo el Título XX, pero incapaz de dar respuesta concreta a cuál sea el objeto de protección en cada tipo penal, obliga a la necesaria concreción en cada delito”*.

⁷⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Nuevo Código penal*, Navarra, 1996, pág. 1923.

⁷⁹⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Tratado de Derecho penal...* ob. cit. pág. 848.

CAPÍTULO SEGUNDO. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA INFIDELIDAD DOCUMENTAL EN EL DERECHO COMPARADO.

Mucho se ha escrito sobre la imperfección en la regulación penal de los comportamientos desleales como delitos contra la Administración de Justicia en el Derecho español; sin embargo, si hacemos una incursión por algunos ordenamientos penales de nuestro entorno comunitario más cercano, podemos observar que son manifiestamente mejorables también.

I. CÓDIGO PENAL FRANCÉS⁷⁹⁹.

Con carácter general podemos decir que, en el texto francés, hay varias referencias a lo que nosotros entendemos como delitos cometidos contra la Administración de Justicia y se caracterizan por la imposición de un férreo sistema de colaboración con esta, En su Libro IV , cuya rúbrica “*Delitos y crímenes contra la Nación, el Estado y la Paz Pública*”, (*Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique*), se contiene el Título III bajo la rúbrica de “*Los atentados contra la autoridad del Estado*”, (*Des atteintes à l'autorité de l'Etat*) dentro del cual, a su vez, el Capítulo IV, rubricado “*De los atentados contra la acción de la Justicia*”, (*Chapitre IV : Des atteintes à l'action de justice*), están divididos en secciones donde se contemplan algunos tipos delictivos y entre

⁷⁹⁹ARANGUEZ SANCHEZ, C y ALARCÓN NAVÍO, E. *El Código Penal francés*, 2ª ed. Granada, 2003, págs. 199 y ss.; JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. págs. 150-151.

<<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/>>

los que se pueden destacar la omisión del deber de impedir delitos o poner en conocimiento de la autoridad de la Justicia los mismos.

A continuación, expondremos algunos supuestos de obstrucción a la Justicia regulados en el Código Penal galo, pero únicamente aquellos que, por su similitud con los delitos cometidos contra la Administración de Justicia según nuestro Código, merecen destacarse. Como veremos, la distinción entre Administración de Justicia y Pública no está tan remarcada como en nuestro Código Penal por lo que señalaremos en negrita aquellas expresiones que constituyen, a mi modo de ver, la esencia de cada precepto.

Sección 1^a: rubricada “*Obstáculos a la **actividad de la Justicia**” (Des entraves à la saisine de la justice).*

Algunas formas de encubrimiento y omisión del deber de perseguir delitos o instar su persecución como los regulados en los artículos:

434-1: “*La **falta de información a las autoridades judiciales o administrativas de un delito cuyos efectos aún puedan prevenirse o limitarse, o cuyos autores puedan cometer nuevos delitos que puedan prevenirse, se castigará con tres años de prisión y una multa de 45.000 euros**”.*

En la literalidad de este artículo se percibe lo que ya hemos advertido sobre la indiferencia o falta de delimitación en el *Code* francés entre delitos contra la Administración Pública o de Justicia al decir, autoridades judiciales o administrativas. Se castigan ciertos comportamientos con independencia de la existencia o no de un proceso judicial siempre que aquellos pongan en peligro la posibilidad de descubrir o desentrañar los hechos que pudieran dar lugar al acceso a la Justicia y recabar de ella la correspondiente resolución conforme a la ley.

En el art. 434-4 se contempla una forma de *Obstrucción a la Justicia* que incide directamente en la actividad instructora y cuyo párrafo segundo se asemeja enormemente a la de infidelidad documental contenida del art. 465 de nuestro texto punitivo y cuyo tenor es el siguiente:

434-4: “*Se castiga con tres años de prisión y una multa de 45.000 euros, con el fin de evitar la manifestación de la verdad*”:

1. “*Cambiar el estado de la escena de un crimen o delito menor, ya sea manipulando o borrando rastros o pistas, o por la contribución, movimiento o eliminación de cualquier objeto*”;

2. “*Destruir, restar, ocultar o alterar un documento público o privado o un objeto que pueda facilitar el descubrimiento de un delito o delito menor, la búsqueda de pruebas o la condena de los culpables*”.

No obstante, a pesar de esas similitudes comentadas, cabe destacar que no se hace referencia explícita a un deber de custodia, ni tampoco se vincula el delito a un sujeto activo determinado por su condición profesional; sin embargo, esta omisión a cualquier sujeto no debe entenderse como una falta de concreción del legislador, ya que, como hemos apuntado en párrafos anteriores, el deber de colaboración ciudadana en el país galo es muy exigente, y no hay razón para entender que quedarían excluidos a abogados, procuradores u otros protagonistas en el marco de la acción de la Justicia, toda vez que como profesionales están especialmente obligados por su función social a colaborar con ella. En realidad, la obligación de colaboración en el Derecho penal francés está dirigida de una forma muy amplia a la totalidad de la ciudadanía sin hacer distinción por las cualidades del sujeto.

La Sección 2ª, aparece bajo la rúbrica, “*obstáculos al ejercicio de la Justicia*” (*Des entraves à l'exercice de la justice*), destacando de entre ellos los artículos 434-7-1 y 434-7-2 que regulan, respectivamente, *la negativa a juzgar y el retardo malicioso* por parte del Juez, y *la revelación de secretos* en delitos donde esté involucrado como víctima un menor de edad.

Las coacciones o amenazas sobre los intervinientes en el proceso se regulan en el art. 434-8: “*Cualquier amenaza o acto de intimidación contra un magistrado, jurado u otra persona sentada en un panel judicial, un árbitro, un intérprete, un experto o el abogado de una parte para influir en su comportamiento en el desempeño de sus funciones se castiga con tres años de prisión y una multa de 45.000 euros*”.

Este último artículo es muy similar al 464 de nuestro Código Penal, con la diferencia de que en el texto español se excluye al Magistrado o Juez como víctima de tales comportamientos. Asimismo, la “omisión del deber de socorro” en el *Code* está considerada un delito contra la Administración de Justicia, mientras que en el Código Penal español de 1995 se regula en un único Título (IX) rubricado “*De la omisión del deber de socorro*”, dentro del Libro II “*Delitos y sus penas*”.

En el art. 434-15-2 se contempla un tipo peculiar de delito cuando este se comete a través de un medio criptográfico y se dificulta su esclarecimiento o puesta a disposición de las autoridades por parte del experto responsable de llevar a cabo su descifrado. “*Para cualquier persona con conocimiento de la convención secreta para descifrar un medio de criptología que puede haber sido utilizado para prepararse, facilitar o cometer un delito o delito menor, se niega a entregar el convenio a las autoridades judiciales o a aplicarlo, para que cualquier persona con conocimiento del convenio secreto descifra un medio de criptografía que pueda haber sido utilizado para preparar, facilitar o cometer*

un delito o delito menor, negarse a entregar el convenio a las autoridades judiciales o a aplicarlo, en las solicitudes de las autoridades emitidas en virtud de los Títulos II y III de la I”.

Otros preceptos del Código francés, si bien regulan un tipo de falso testimonio podría entenderse como una forma de infidelidad documental y tienen como sujetos activos al interprete y a peritos, artículos 434-18 y 434-20 respectivamente, lo que nos recuerda las críticas de la doctrina penal española tras la aprobación del Código Penal de 1995 a propósito de la ausencia de estos actores procesales en no pocos procedimientos judiciales. En este sentido la tergiversación del contenido de los documentos en su traducción y la falsificación de los informes periciales se llega a castigar hasta con cinco y siete años de prisión y multas de 75.000 a 100.000.

434-18: *“El hecho de que un intérprete, en cualquier caso, **tergiverse** el fondo de las palabras o documentos traducidos será castigado, de acuerdo con las distinciones de los artículos 434-13 y 434-14, con cinco años de prisión y una multa de 75.000 euros o siete años de prisión y una multa de 100.000 euros”.*

434-20: *“La **falsificación** de los datos o los resultados del experto en cualquier materia, en sus **informes escritos o presentaciones orales**, se castiga, según las distinciones de los artículos 434-13 y 434-14, por cinco años de prisión y 75.000 euros en multas o siete años de prisión y una multa de 100.000 euros”.*

De la redacción de estos dos últimos artículos se advierte que falsificación e infidelidad documental están estrechamente vinculados también en el Derecho Penal francés, o, incluso que carecen de una verdadera distinción.

En conclusión, de la legislación penal francesa en materia de delitos contrala Administración de Justicia en general y de infidelidad documental se pueden hacer varias

observaciones: por un lado, hay que decir que no existe – a diferencia de nuestro Código Penal-, una distinción específica entre delitos de falsedad y de infidelidad documental, pues lo que nosotros entendemos como infidelidad documental tanto cometida por funcionarios en el ámbito de la Administración Pública como los específicos del Capítulo VII del Título XX cometidos por abogados y procuradores contra la Administración de Justicia se tratan como supuestos de falsedades; asimismo, a diferencia del Código Penal español de 1995, donde las formas de *Obstrucción a la Justicia* están tasadas en un Capítulo (VII del Título XX). Si se contemplan en el Code francés como tales, *el falso testimonio, la prevaricación del Juez, la omisión del deber de perseguir delitos o promover su persecución o el encubrimiento*, pues, aunque se trata de conductas que claramente constituyen formas de obstrucción a la acción de la Justicia, sin embargo, aparecen en el Código galo sin diferenciar si se trata de delitos contra la Administración Pública o contra la Administración de Justicia; y, finalmente, en lo referente a lo que nosotros entendemos como la infidelidad en la custodia de documentos, *stricto sensu*, no se contemplan ese tipo de delitos bajo una rúbrica específica como en los términos del 465.1, y, ni mucho menos, teniendo como sujetos activos determinados profesionalmente como abogados y procuradores. También cabría destacar la ausencia de referencias explícitas en la rúbrica de los Títulos y Capítulos de este tipo de delitos al término o expresión *proceso*, a diferencia del art. 465.1 del CP español donde se menciona de forma explícita; sin embargo, ello no significa que no se tenga en cuenta, en realidad, se presupone su presencia en muchos artículos que parece quedar implícito en algunos supuestos de delitos contra la actividad de la Justicia o contra su ejercicio. Ello se deduce de la propia literalidad de los preceptos en los que se describen actos que se cometen para impedir que se inicie un proceso y otros en los que el proceso ya ha dado comienzo, sobre todo al referirse a alteración de pruebas.

II. CÓDIGO PENAL DE ITALIA.

De los textos penales extranjeros que estamos supervisando y en cuanto a las posibles manifestaciones de actos delictivos similares a la infidelidad documental del Código Penal español, probablemente sea en el Código Penal italiano donde este tipo de delitos aparezca con más intensidad regulados como falsedades. Los delitos relativos a la falsedad y su distinción entre material e ideológica han arraigado en la doctrina italiana hasta nuestros días⁸⁰⁰. A modo de resumen y con carácter general la estructura del texto punitivo transalpino en esta materia es la siguiente: dentro del Libro II se contiene el Título III -que, al igual que el Título XX de nuestro Código Penal español-, aparece bajo la rúbrica “*De los Delitos contra la Administración de Justicia*”, (*Dei delitti contro L’Amministrazione della giustizia*), (Arts. 361 al 401); Dicho título está dividido a su vez en tres grandes capítulos, y, de manera similar al texto francés, distingue entre *actividad* y *autoridad* de la Justicia para penalizar ciertas conductas. Así, distinguimos, el Capítulo I rubricado “*De los delitos contra la actividad de la Justicia*”, el Capítulo II “*Delitos contra la Autoridad judicial y sus decisiones*” y el Capítulo III, regulador del “*ejercicio arbitrario del propio derecho*”.

En cuanto a aquellos delitos contenidos en el Código italiano que pudieran tener similitud con los supuestos de infidelidad en la custodia de documentas de nuestro CP, deben destacarse los siguientes preceptos: artículo 374 en menor medida el art.374 bis y,

⁸⁰⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A. Madrid, 1952, ob. cit. págs. 189-190. “*La distinción entre la falsedad material e ideológica o, mejor dicho, la introducción de la pretendida sustantividad de esta última, es debida principalmente a la técnica penal francesa del pasado siglo (XIX), en la que tuvo pretensiones más bien prácticas que científicas (...) En Italia, donde la distinción penetró en los Códigos penales a través del de las Dos Sicilias, ha persistido positivamente pese a la constante enemiga que le mostró CARRARA (...) En nuestra doctrina los únicos que la mantienen son ESCOBEDO y LOMBARDI, pero en todo caso la doble terminología de falsedad material e ideológica es usada corrientemente en la doctrina científica como en la jurisprudencia*”.

especialmente, el art. 375 del texto transalpino que regulan: el llamado “*fraude procesal*”, “*el falso testimonio en declaraciones o certificados en actos destinados a la autoridad judicial o a la Corte Penal Internacional*” y “*el fraude en procedimientos penales respectivamente*”⁸⁰¹. Si se observa su contenido se puede llegar a la conclusión de que albergan, sobre todo el art. 374 y el art. 375 alguna forma de infidelidad documental.

Según el art. 374 del CP italiano⁸⁰²: “*Quien, en el curso de un procedimiento civil o administrativo, con el fin de engañar al tribunal (...) **mutile** artificialmente el estado de los lugares o cosas o personas, será castigado, si el hecho no está previsto como delito por una disposición legal particular, con prisión de uno a cinco años*”.

Al decir “quien”, evidentemente no pueden quedar excluido ningún justiciable, y, por tanto, los profesionales sean abogados o representantes de las partes, que operan en el curso de algún procedimiento civil y administrativo, aunque no hace mención específica a estos sujetos.

Por su parte, el art. 375 del CP italiano -quizás el más idóneo para compararlo con la infidelidad en la custodia de documentos de nuestro 465 CP-, bajo la rúbrica *Frode in processo penale e depistaggio* experimentó, como indicamos líneas más arriba, una reforma importante a través de *Legge*, 11/07/2016 n ° 133, G.U. 18/07/2016, aprobada por la Cámara y que introducía en el texto punitivo un nuevo delito autónomo. La nueva regla modificaba este precepto (hasta la fecha relativo a las circunstancias agravantes de los delitos de falsedad procesal) para castigar con prisión de 3 a 8 años al funcionario público o al representante del servicio público que, con el fin de *prevenir, obstaculizar o*

⁸⁰¹ Este último reformado por La Ley n ° 133 de 11 de julio de 2016 publicada en el Diario Oficial de 18 de julio de 2016, n. 166 (*Legge*, 11/07/2016 n ° 133, G.U. 18/07/2016).

⁸⁰² Véase, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>

desviar una investigación o juicio penal llevase a cabo una de las siguientes acciones,: **cambiar artificialmente** el cuerpo del delito, el estado de los lugares o cosas o personas relacionadas con el delito; **declarar** la falsedad o **negar** la verdad o **guardar** silencio total o parcialmente lo que sabe sobre los hechos investigados, cuando así lo solicite la autoridad judicial o la policía judicial, que facilite información en los procedimientos penales. La norma tiene carácter subsidiario: sólo es aplicable cuando el hecho no presenta los detalles de un delito más grave.

El nuevo delito de control se agrava cuando el hecho se comete por **destrucción, supresión, ocultación, daño** total o parcial, o la **formación o alteración** artificial, total o parcial, de un **documento u objeto** que se utilizará como prueba o de otro modo útil para el descubrimiento del delito o su detección (la pena a aplicar ha aumentado de un tercio a la mitad); el hecho se comete en relación con los procedimientos penales relacionados con cualquier delito grave específico (se aplica la pena de prisión de 6 a 12 años). La pena se ha reducido de la mitad a dos tercios si el perpetrador trabaja para restaurar el estado original de los lugares, las cosas, las personas o las pruebas; para evitar que la actividad delictiva se aporte a nuevas consecuencias y para prestar ayuda práctica a la autoridad policial o a la autoridad judicial en la reconstrucción del hecho sujeto a contaminación procesal y cribado y en la identificación de los autores. La pena por el delito de fraude en los procedimientos penales da lugar, en el caso de prisión de más de 3 años, a la pena accesoria de prohibición perpetua de los cargos públicos.

En cuanto al plazo de prescripción del delito de fraude en los procedimientos penales y las fechorías agravadas se ha duplicado⁸⁰³.

⁸⁰³ *“Frode in processo penale e depistaggio”*

Reza el artículo 375 del Codice: “*A menos que el hecho constituya un delito más grave, el funcionario público o el representante del servicio público que, con el fin de **prevenir, obstaculizar o desviar una investigación o juicio penal***”:

a) “*mutile artificialmente el cuerpo del delito o el estado de las plazas, las cosas o personas relacionadas con el delito serán castigados con prisión*”;

b) “*solicitado por la autoridad judicial o la policía judicial para proporcionar información en los procedimientos penales, indica la falsificación o niega la verdad, o guarda silencio, total o parcialmente, lo que sabe sobre los hechos sobre los que se escucha*”.

“*Si el hecho se comete por **destrucción, supresión, ocultación, daño, total o parcial**, o por la formación o alteración artificial, total o parcial, de un **documento u objeto** que deba utilizarse como prueba o sea útil para el descubrimiento del delito o su detección, la pena se incrementará de un tercio a la mitad*”.

¿Se podría imputar este tipo de delitos a abogados o representantes de las partes? Entiendo que la respuesta debe ser negativa. El precepto utiliza la expresión *el representante del servicio público*, y abogados o representantes de las partes no son

“*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a otto anni il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale*”:

a) “*immuta artificiosamente il corpo del reato ovvero lo stato dei luoghi, delle cose o delle persone connessi al reato*”;

b) “*richiesto dall'autorità giudiziaria o dalla polizia giudiziaria di fornire informazioni in un procedimento penale, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali viene sentito*”.

“*Se il fatto è commesso mediante distruzione, soppressione, occultamento, danneggiamento, in tutto o in parte, ovvero formazione o artificiosa alterazione, in tutto o in parte, di un documento o di un oggetto da impiegare come elemento di prova o comunque utile alla scoperta del reato o al suo accertamento, la pena è aumentata da un terzo alla metà*”.

representantes públicos, sino que lo son a título privado, aunque desarrollen su función como colaboradores de la función pública y, específicamente de la Administración de Justicia. Otra interpretación podría ser contraria al principio de legalidad. Entiendo que estos artículos van destinados a funcionarios o empleados públicos.

Tampoco parece desprenderse de la jurisprudencia italiana más reciente que abogados o representantes de las partes sean los sujetos activos de este delito, en este sentido la Sentencia de 17 de mayo de 2017, (n. 24557) de la 6^a Sección Penal del Tribunal de Casación establecía:

*“El caso de fraude procesal, ex artículo 375 del Código Civil, introducido como delito por la Ley No 133 de 11 de julio de 2016, castiga al funcionario público o al responsable de un servicio público que, motivado por el acto malintencionado de **impedir, obstruir o desviar** investigaciones o un juicio penal, **mutile** el estado de los lugares o hace declaraciones falsas o recurrentes”.*

“La norma se aplica a la posible contaminación de todas las investigaciones penales y no sólo a las relacionadas con los delitos más graves, que requiere formular una delimitación estricta del ámbito de aplicación, buscando una cierta diferencia entre esta nueva figura de la delincuencia y las preexistentes (y todavía en vigor) de fraude procesal, información falsa al Ministerio Fiscal y perjurio”.

*“La primera característica de la nueva causa penal se encuentra en la **calificación** de funcionario público o representante del servicio público, con una **correlación causal simultánea entre dicha cualificación y la actividad** que la caracteriza (...) como es la obligación de decir la verdad a un **deber inherente** específicamente **a la función**, cuyo desempeño implica una convergencia fisiológica de*

intereses entre la administración representada y el empleado llamado a desempeñar sus funciones".

Finalmente, merece también destacar del Código italiano el artículo 490 dedicado a la **“supresión, destrucción y ocultación”** de actos reales y remite a los artículos 476, 477 y 482 para tales conductas. En este sentido debe destacarse la reforma de 15 de enero de 2016 por Decreto Legislativo, que añadió un interesante artículo nuevo, el 491 dedicado a los documentos informáticos y acorde a los nuevos tiempos cuyo contenido es, *si alguna de las falsificaciones previstas en el presente capítulo se refiere a un documento informático público con efecto probatorio, se aplicarán las disposiciones de dicho Capítulo relativas a los actos públicos.* La expresión, “efecto probatorio” tampoco debería dejar lugar para las dudas, y, aunque la palabra proceso no aparece en ningún precepto, es evidente que cualquier actuación sobre medios informáticos que afecte al valor probatorio del documento se entendería en relación a ese contexto y sería susceptible de sanción penal.

III. CÓDIGO PENAL ALEMÁN (*STRAFGESETZBUCH*)

El Código Penal alemán no contiene un Título específico dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. La parte especial del texto da comienzo en su Sección 1^a, bajo la rúbrica *“Traición a la paz, alta traición y puesta en peligro del Estado democrático de derecho”*.

Los delitos que nosotros entendemos contra la Administración de Justicia se hallan diseminados a lo largo del texto sin un orden concreto. En cuanto a los delitos cuyo objeto material es de carácter documental hay varios preceptos en el Código alemán que pueden considerarse como delitos de infidelidad y se encuentran diversas modalidades,

pero en diferentes secciones. Y así, dentro de la Sección 7^a aparecen regulados como “*Hechos punibles contra el Orden Público*”, destacando el párrafo 133 rubricado “*Infidelidad en la custodia*”, sin especificar el sujeto activo, establece:

(1) “*Quien destruya, dañe, inutilice, o sustraiga de la disposición de servicio, documentos u otras cosas muebles, que se encuentren en custodia oficial, o le hayan sido encomendadas a él o a otra persona oficialmente en custodia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa*”.

(2) ...

(3) “*Quien cometa el hecho contra una cosa que le haya sido encomendada a él o le haya sido accesible como titular del cargo o a personas especialmente obligadas al servicio público, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa*”.

El art. 134. “*Lesión de notificaciones oficiales*”

“*Quien conscientemente destruya, elimine, desfigure, haga irreconocible o anule en su sentido un documento oficial que haya sido fijado o expuesto públicamente para su notificación o su conocimiento, será castigado con pena privativa de la libertad hasta por un año o con multa*”.

A pesar de no especificar un sujeto activo concreto, las expresiones, *le haya sido encomendada a él o, personas especialmente obligadas al servicio público*, no impedirían incluir a abogados o representantes como posibles autores sin incurrir en la analogía, recuérdese el requisito exigido en el Código Penal español “*recibir en traslado*”.

Por su parte, en la Sección 23^o, dedicada a la “*falsificación de documentos*”, el art. 267 dice:

(1) *“Quien para engañar en el tráfico jurídico produzca un documento falso, falsifique un documento auténtico, o utilice un documento falsificado o adulterado, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.*

(2) *“La tentativa es punible”.*

(3) *“En casos especialmente graves el castigo será de pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. Por regla general se presenta un caso especialmente grave cuando el autor”:*

1. *“actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se ha asociado para la comisión continuada de estafa o falsificación de documentos”,*

2. *“ocasiona una pérdida patrimonial de grandes dimensiones”,*

3. *“ponga en grave peligro la seguridad del tráfico jurídico por un gran número de documentos ilegítimos o falsificados, o”*

4. *“abuse de sus competencias o de su posición como titular de cargo”.*

En estos preceptos, lo relevante es la utilización de la expresión el *tráfico jurídico*, más amplia que la de proceso y, por tanto, cualquier actuación descrita en estos artículos en ese trasiego jurídico por quién actúe profesionalmente o abusando de sus competencias incluiría a sujetos profesionales como abogados o representantes y, por supuesto, a otros protagonistas como fiscales o jueces, peritos, intérpretes, etc.

Asimismo, y en previsión de la inminente incidencia de los avances técnicos o tecnológicos actuales en la actividad jurídica, parece que el legislador alemán no quiso dejar ningún vacío legal y se contemplan modos delictivos utilizando elementos técnicos o tecnológicos, y en este sentido el art. 268 relativo a la “falsificación de registros técnicos”; el art. 269 sobre “falsificación de datos de prueba relevantes”, cuyo tenor es:

“*Quien, con el fin de engañar en el tráfico jurídico, **almacene o modifique** datos de prueba relevantes de manera que al percibirlos se presentaría un documento **inauténtico o falsificado**, o quien utilice tales datos almacenados o modificados, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa*”; el art. 270 “la falsa manipulación de un procesamiento de datos” o, el art. 271 que regula la falsedad instrumental indirecta mediata especificando ciertas acciones como la protocolización y almacenamiento de datos falsos con el objetivo de utilizarlos en el tráfico jurídico.

En un sentido similar el art. 273 relativo a “*la alteración de documentos oficiales*” y cuya redacción nos parece de interés:

“*El que con el fin de engañar en el tráfico jurídico*

1. “*elimine, haga irreconocible, cubra o suprima un registro en un documento oficial o retire una página individual del documento oficial, o*

2. “*utilice un documento oficial alterado de esta índole, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa cuando el hecho no esté amenazado con pena en el § 267 o en el § 274*”.

También en el ámbito de las falsedades se hace referencia a la manipulación de documentos con fines ilícitos por quien este al cargo o este autorizado para su gestión o tratamiento.

El art. 348 contempla la “*Falsedad ideológica*” por posible abuso en el ejercicio de funciones que podría albergar, en este caso, la actuación de ciertos profesionales como los abogados entre otros, y así reza:

“*un titular de cargo que esté autorizado para la recepción de documentos públicos que, dentro de su competencia, **certifique falsamente un hecho jurídico***

relevante o la inscriba o introduzca falsamente en registros públicos, libros o archivos de datos, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa”.

Todos estos supuestos que alberga el Código Penal de Alemania demuestran, por una parte, el carácter previsor del legislador, y, consecuentemente, la importancia que este ha otorgado a la posible incidencia negativa en el tráfico jurídico por la manipulación de documentos a través de cualquier medio.

A modo de comparación, se puede decir que la diferencia es notable con nuestro ordenamiento penal y más concretamente sobre la infidelidad en la custodia de documentos cuando examinamos el art. 465.1 que, como veremos, dificulta o restringe excesivamente la aplicación de este, y, por tanto, el refuerzo que pretendía el legislador de 1995 al regular las posibles actividades delictivas de abogados y/o representantes ha quedado muy relativizado, por no decir ineficaz.

En el Código Penal alemán, y en general los demás que hemos analizado, como el francés e italiano, no se hace tanto hincapié en conceptos como *Administración de Justicia* o *Proceso*, ni en la búsqueda de un bien jurídico protegido determinado, pero han puesto énfasis en regular muy diversas formas posibles de comisión sobre los distintos tipos de documentos u objetos análogos, y, sobre todo, teniendo en cuenta de forma permanente la presencia inmutable de la tecnología, aspecto que el legislador español no tuvo demasiado en cuenta al crear el Título XX sobre los delitos contra la Administración de Justicia en general y la infidelidad en la custodia de documentos en particular, sin que ello altere o parezca vulnerar los principios de división de poderes o legalidad tan manidos por la doctrina a la hora de analizar los cambios legislativos.

Aun así, no ha habido reparos a la hora de calificar el 465 de nuestro Código Penal, como novedoso e inédito.

IV. SOBRE LA LEGISLACIÓN PENAL ESTADOUNIDENSE EN MATERIA DE ILÍCITOS DOCUMENTALES Y EL PAPEL DE LOS ABOGADOS. *THE AMERICAN MODEL PENAL CODE* (AMPC) Y LOS CÓDIGOS PENALES ESTATALES.

1. Consideraciones generales. El Código Penal Modelo.

En cuanto a la legislación penal norteamericana, según algún *autor si se puede decir que hay un "Código Penal estadounidense"*, en alusión al Código Penal Modelo. En realidad, se trata de texto modelo que se elaboró por el Instituto Americano de Legislación (ALI), para servir de guía a los legisladores de los diferentes estados, no es un texto vinculante. El Derecho Penal estadounidense no está codificado y cada estado tiene sus propias leyes penales bajo diferente denominación; o, dicho de otra forma, son “cincuenta y dos Códigos Penales”, incluidos algunos que nunca han adoptado un formato o estructura de código moderno⁸⁰⁴.

Si se analiza la estructura del AMPC, se puede comprobar que no se sigue un orden sistemático al igual que sucede en las leyes de los Estados, cuyos contenidos son

⁸⁰⁴ ROBINSON, Paul H. y DUBBER, Markus D., “*The American Model Penal Code: A Brief Overview*”, *New Criminal Law Review*, Vol. 10, pág. 319 y ss., 2007. En: <https://ssrn.com/abstract=661165> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn>; también, en *Revista de Derecho Penal* n°:37, OCT.-DIC./2011, Colombia, págs. 65-96. “*El Código Penal Modelo (MPC) es una ley modelo diseñada para estimular y ayudar a las legislaturas estatales de los Estados Unidos a actualizar y estandarizar la ley penal de los Estados Unidos de América. El MPC fue un proyecto del American Law Institute (ALI), y fue publicado en 1962 después de un período de redacción de diez años. El reportero jefe del proyecto fue Herbert WECHSLER, y los contribuyentes incluyeron a Sanford KADISH y muchos otros destacados académicos de Derecho Penal, fiscales y abogados defensores. El MPC en sí no es una ley legalmente vinculante, pero desde su publicación en 1962, más de la mitad de todos los estados de los Estados Unidos han promulgado códigos penales que toman prestado en gran medida de él. Ha influido enormemente en los tribunales penales, incluso en estados que no se han extraído directamente de él, y los jueces utilizan cada vez más el MPC como fuente de las doctrinas y principios subyacentes a la responsabilidad penal*”.

interminables por la enorme cantidad de tipos existentes que les confieren un carácter laberíntico especialmente a quienes no están acostumbrados a esa forma de estudiar el Derecho. Por lo que a nuestra materia se refiere, actos delictivos sobre documentos o actuaciones judiciales, hay que escarbar -literalmente hablando-, para encontrar comportamientos que, desde nuestro punto de vista podrían considerarse muy similares a los delitos de deslealtad profesional en general o de infidelidad documental.

Aunque el *U.S Code* o *American Model Penal Code* en adelante AMPC, no es directamente aplicable al tratarse de una “guía”, no obstante, a los efectos de observar cómo se tratan penalmente en la legislación americana las conductas similares a las del artículo 465.1 de nuestro Código Penal nos puede servir perfectamente de ejemplo; por lo que, inicialmente veremos qué aspectos de este pueden resultar de interés a nuestra investigación y posteriormente haremos una incursión en algunas leyes penales -estas si en vigor-, de algunos Estados concretos con la misma finalidad de comparación.

El AMPC consta de 54 *títulos* divididos en *partes*, las cuales se subdividen en *Capítulos* y estos, a su vez, en distintos *parágrafos o secciones* los cuales, están también subdivididos en *artículos* con incontables *apartados* numerados o clasificados por letras. Por esta razón, dada lo complejo y fárrago de las leyes penales norteamericanas, estimo conveniente hacer alusión únicamente y a modo de referencia, a algunos preceptos muy directamente relacionados con nuestro estudio.

En cuanto a los abogados se refiere, en el Derecho norteamericano, al igual que en el resto de los países, existe un código ético impuesto a los ejercientes y el norteamericano está basado en unos principios muy estrictos que no solo operan durante el proceso sino aún después de finalizado este como veremos más adelante. En relación con los clientes, por ejemplo, prevalece el denominado *first rule of ethics, the competence*.

Al abogado se le exige “competencia” (profesional)⁸⁰⁵ ante todo, y esto abarca no pocas exigencias, entre las cuales destacan: tener conocimientos jurídicos suficientes, es decir, tener una buena formación jurídica; habilidad profesional; minuciosidad; actualizar de forma permanente sus conocimientos a través del estudio de las modificaciones y novedades legales que se vayan produciendo; diligencia; comunicación, así como un sistema de tarifas razonable. También se prohíbe la doble representación (lo que denominan *conflict of interest*); el falso testimonio, o la acusación falsa, entre otros; y se exige velar escrupulosamente por respetar el secreto profesional.

Por una parte, analizar algunos artículos de carácter disciplinario y de control al que están sometidos los abogados en su actividad procesal, lo que encontraremos en el Título 28 rubricado “*Del Poder Judicial y los procedimientos judiciales*”, dentro del cual se encuentra la Parte II dedicada al *Departamento de Justicia*, donde se regula el personal al servicio de la misma, y, a su vez, dentro de esta, el Capítulo 40, que regula a los llamados “*asesores independientes*” en referencia a los abogados que ordinariamente operan en los tribunales. Por otra parte, examinar algunos preceptos del *American Penal Code* (AMPC), y como ya hemos dicho, para observar el tratamiento otorgado en el Derecho estadounidense a este tipo de delitos que describen las acciones típicas o directamente relacionadas con conductas desleales sobre el objeto material, lo documentos, y que, básicamente, están contenidas en el Título 18 bajo la rúbrica *De los delitos y los procedimientos penales*, dentro del cual destacaremos en la Parte I, que bajo la rúbrica “*Delitos*”, su Capítulo 25 está dedicado a las “*falsedades y la falsificación*”, y, finalmente, dentro también de esa Parte I, dedicada a los *Delitos en general*, una

⁸⁰⁵ROTUNDA, RD. & DZIENKOWSKI, JS. *Legal Ethics, “The Lawyer’s Desbook on Professional Responsibility”*, American Bar Association, Center for Professional Responsibility, Austin (Texas)-Arlington (Virginia), 2007-2008, págs. 81 y ss., 119 y ss., 127 y ss., 138 y ss., 206-261, 813 y ss., y 1166 y ss.

referencia al Capítulo 47 dedicado al *fraude y las declaraciones falsas*, entre los cuales destacan el párrafo 1030 relativo al *fraude y actividades relacionadas con computadores*.

Si la doctrina continental, por expresarlo de alguna forma, o en el Derecho de nuestro entorno -especialmente España e Italia-, la estructuración y la sistemática de los delitos contra la Administración de Justicia ha sido objeto de permanente controversia, difícilmente hallarían una explicación racional al sistema *no codificado* norteamericano. Por otro lado, en general, se trata de un sistema penal muy influenciado política, económica y éticamente; en cuanto al primer aspecto, porque permanece de forma casi obsesiva la idea de “seguridad nacional”, así como todo aquello que pudiera afectar o amenazar el modelo de vida estadounidense; desde el punto de vista económico, porque las leyes penales hacen especial hincapié, o están mayoritariamente destinadas, a proteger el orden económico donde se otorga gran protección a los sujetos pasivos que suelen ser las corporaciones bancarias, las compañías de seguros y, en general, todas las instituciones financieras del sistema económico norteamericano; y, finalmente, en cuanto a la cuestión ética, hay que decir que la agenda legislativa viene marcada por un componente de moralidad muy arraigado en el tiempo que se puede calificar -y de hecho lo es-, de decimonónico en muchos preceptos de su articulado. Aún hoy, no pocos artículos datan de mediados del siglo XIX y no es extraño encontrarse en las leyes penales de los Estados expresiones como, “*delitos contra la decencia o el decoro*”. Incluso, no es extraño en los Estados Unidos, que un Juez ante una posible laguna legal tome como referencia el Derecho justinianeo⁸⁰⁶

⁸⁰⁶ En este sentido véase la obra de PASTOR Y ALVIRA, J. *Manual de Derecho Romano, según el orden de las Instituciones de Justiniano*, Ed. *Independently Published, United States*, 2001.

Siguiendo pues, el orden de exposición establecido en los párrafos anteriores, analizaremos en primer lugar la situación de los abogados en su actividad judicial.

Para mostrar el riguroso control del que es objeto la actividad de los abogados, señalaremos algunos preceptos que, a nuestro juicio, son de interés:

Apartado f) (“*Cumplimiento de las Políticas del Departamento de Justicia*”), del art. 594 del Capítulo 40 de la Parte II, del Título 28, establece:

(1) “*En general*”

“*Un abogado independiente deberá, excepto en la medida en que hacerlo sea incompatible con los propósitos de este capítulo, cumplir con las políticas escritas u otras políticas establecidas del Departamento de Justicia con respecto a la aplicación de las leyes penales. Para determinar estas políticas y políticas bajo la subsección (l) (1) (B), el abogado independiente, excepto en la medida en que hacerlo sea inconsistente con los propósitos de este capítulo, consultará con el Departamento de Justicia*”.

(2) “*Seguridad nacional*”

“*Un abogado independiente deberá cumplir con las directrices y procedimientos utilizados por el Departamento en el **manejo y uso de material clasificado***”.

En cuanto al tratamiento de los documentos destaca sin duda el **Apartado k)** del artículo 594 Capítulo 40, Parte II, del Título 28, donde se establecen “deberes de custodia”, y cuya redacción es la siguiente:

(1) “***Transferencia de registros***”

“*Al término del cargo, ese abogado independiente **transferirá** al Archivero de los Estados Unidos **todos los registros que hayan sido creados o recibidos por esa oficina. Antes de esta transferencia, el abogado independiente **identificará** claramente cuáles de***

*estos registros están sujetos a la regla 6 (e) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal como materiales del gran jurado y cuáles de estos registros han sido clasificados como información de seguridad nacional. Cualquier registro que haya sido compilado por un abogado independiente y, al término de la oficina del abogado independiente, se haya almacenado en la división del tribunal o en otro lugar antes de la promulgación de la Ley de Reautorización de Abogados Independientes de 1987, **también será transferido** al Archivista de los Estados Unidos por la división del tribunal o la persona en posesión de dichos registros”.*

Por su parte, el apartado (4) k, regula el traslado de una clase de registros muy específicos por parte de la Cámara a los abogados actuantes para facilitarles su labor. Se trata en concreto, de Registros que son realizados con motivo de una investigación llevada a cabo por un comité de la Cámara de Representantes o el Senado y **que se proporcionan a un abogado independiente** para ayudar en una investigación o enjuiciamiento en el que el abogado es parte interesada, y sobre dichos Registro se pronuncia este artículo al decir:

“(A) se mantendrá como un cuerpo separado de registros dentro de los registros del abogado independiente”, y

(B) después de que los registros hayan sido transferidos al Archivista en virtud de este capítulo, estarán disponibles, excepto según lo dispuesto en el párrafo (3) (B) y (C), de conformidad con las reglas que rigen la divulgación de los registros de la Cámara del Congreso que proporcionó los registros al abogado independiente”.

Aunque se trata el AMPC de una guía legislativa no vinculante, se puede apreciar cual es la idea o el punto de vista del legislador americano sobre la responsabilidad que deben ostentar los abogados, respecto a cuál debe ser su comportamiento, así como de las

pautas que deberían seguir en su actividad como defensores. Hay que decir que, el AMPC no se limita a ser una guía teórica, sino que ha servido de inspiración para la redacción de bastantes leyes penales de los Estados Unidos. El abogado estadounidense es un colaborador estrictamente obligado en la actividad judicial al que se le impone un código de conducta especialmente riguroso.

En cuanto a la legislación relativa a conductas similares

Dentro del Título 18 “*Delitos y Procedimiento Penal*”, Parte I- “*Delitos*”, Capítulo 25- “*Falsedades y Falsificación*” (artículos 470-514). Destaquemos alguno:

El artículo 505 (Capítulo 25, Parte I, del Título 18), que castiga la *falsificación de los sellos de los tribunales; firmas de jueces u funcionarios judiciales*:

“Quienquiera que falsifique la firma de cualquier juez, registro u otro funcionario de cualquier tribunal de los Estados Unidos, o de cualquier territorio del mismo, o falsifique o falsifique el sello de dicho tribunal, o a sabiendas coincida en el uso de dicha firma o sello falsificado o falsificado, con el propósito de autenticar cualquier procedimiento o documento, o presente como prueba cualquier procedimiento o documento con una firma falsa o falsificada de dicho juez, el registro, u otro funcionario, o un sello falso o falsificado del tribunal, suscrito o adjunto al mismo, a sabiendas de que dicha firma o sello es falso o falsificado, será multado bajo este título o encarcelado no más de cinco años, o ambos”.

Otro ejemplo interesante de delitos relacionados con la infidelidad de carácter documental en el Código Modelo y dentro del Título 18, Parte I *Delitos y Procedimiento penal*, el Capítulo 47 rubricado “*Del fraude y las declaraciones falsas*”, merece

destacarse lo dispuesto en el párrafo 1030 dedicado al “*fraude y actividades relacionadas en relación con las computadoras*”⁸⁰⁷.

a) “*Quienquiera que: (5) (B)acceda intencionalmente a una computadora protegida sin autorización y, como resultado de dicha conducta, cause daños imprudentemente; y dichos V) daños afecten a una computadora utilizada por o para una entidad del Gobierno de los Estados Unidos para promover la administración de justicia, la defensa nacional o la seguridad nacional...*”.

En cuanto a la redacción de este último precepto, hay que decir que, aunque el precepto se inicia aludiendo al acceso doloso y termina con la expresión “daños imprudentes”, a nuestro juicio, entendemos que puede tratarse más bien de un giro lingüístico, y no de una contradicción. La acción -según el tenor literal del artículo-, parece que se penaliza, aunque se realizara de forma imprudente.

Después de analizar la redacción de estos y otros muchos preceptos de la legislación penal estadounidense, a veces surge la duda de que sistema de responsabilidad es el imperante en aquel país. En España, esta cuestión fue de las más importantes que se trataron al acometer la reforma de nuestro Derecho Penal tras el largo periodo de la dictadura y su consagración viene avalada por el Tribunal Constitucional calificándolo de “principio estructural básico” del Derecho Penal⁸⁰⁸ (STC 246/1996, de 19 de diciembre), en contra del criterio de responsabilidad objetiva -*versare in re ilícita*-, (quien realiza el hecho asume las consecuencias), pero esta cuestión también fue objeto de controversia doctrinal, de ahí el pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto. En el Derecho Penal estadounidense, y en general en el sistema anglosajón, el principio de

⁸⁰⁷Véase, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1030>

⁸⁰⁸ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, págs. 46-47; BERNAL DEL CASTILLO, J. *Derecho Penal comparado*, Barcelona, 2011, pág.91

responsabilidad subjetiva o de culpabilidad también ha sido tomado en consideración, al menos desde el punto de vista teórico o doctrinal.

En palabras de BERNAL DEL CASTILLO⁸⁰⁹: *“En el derecho anglosajón, destaca sobre todo la referencia de este principio, llamado mens rea, a una tradición valorativa cultural centrada en la libertad y dignidad de la persona y la proporcionalidad de la responsabilidad penal a la actitud subjetiva del autor, en línea con la evolución histórica occidental que ha defendido una concepción de la responsabilidad humana alejada de parámetros objetivistas”*.

El principio de responsabilidad subjetiva en Estados Unidos ha sido defendido por varios miembros de la doctrina; en este sentido, HART, y su *rule of law argument*, que, partiendo del principio de autonomía en relación con la dignidad del sujeto como ser autónomo llega a la conclusión de que, *“un individuo no debería ser declarado criminalmente responsable a no ser que tenga la capacidad y la oportunidad justa de comportarse de otra forma”*; y por DUFF y el denominado *censured based argument*, y este argumento de la censura moral establece que, *“esa dignidad de la persona exige que si debe asumir una responsabilidad penal que implica una censura moral-social, debe exigirse al menos la legitimidad de la responsabilidad basada en la culpabilidad”*.

Pero como hemos advertido en líneas anteriores, esto no siempre ha sido así en la práctica y sobre este aspecto se ha pronunciado inclusive la propia Asamblea General de Naciones Unidas al manifestar: *“En los Estados Unidos de América, la doctrina sentada en el fallo del caso Rylands c. Fletcher fue aceptada por un gran número de tribunales de Nueva York, New Hampshire y Nueva Jersey. Se ha sostenido que en estas últimas instancias el principio establecido en el fallo Rylands c. Fletcher fue «invocado*

⁸⁰⁹ BERNAL DEL CASTILLO, J. ob. cit. págs. 97 y ss.

erróneamente y por ello rechazado en casos en los que, en primer término, no era en absoluto aplicable». El American Restatement of the Law of Torts, establecido por el American Law Institute, ha adoptado el principio consagrado en el juicio Rylands c. Fletcher, pero limitándolo a las actividades extremadamente peligrosas del demandado (...) En el derecho interno existen cuando menos dos razones subyacentes para adoptar la responsabilidad objetiva. En primer lugar, el escaso conocimiento acerca de la ciencia y tecnología cada vez más desarrollados y sus efectos. En segundo lugar, la dificultad de determinar qué conducta es negligente y de presentar las pruebas necesarias para establecer la negligencia”⁸¹⁰.

Como legislación de interés para nuestro análisis sobre conductas similares a la infidelidad documental en el modelo norteamericano, expondremos algunos ejemplos, todos ellos en el marco del Título 18, Capítulo 73 bajo la rúbrica “*De la obstrucción a la Justicia*”, en las secciones (artículos) 1501 a 1521, destacan especialmente el 1505 que prevé la “*obstrucción de procedimientos ante departamentos, agencias y comités*” y cuya redacción es la siguiente:

*“Quienquiera que, con la intención de **evitar, evadir, impedir u obstruir** el cumplimiento, en su totalidad o en parte, de cualquier demanda de investigación civil debida y adecuadamente realizada en virtud de la Ley de Proceso Civil Antimonopolio, retenga, tergiverse, retire deliberadamente de cualquier lugar, **oculte, encubre, destruya, mutile, altere** o por otros medios **falsifique cualquier material documental,***

⁸¹⁰ Véase, Documento A/CN.4/471 de la Asamblea General de Naciones Unidas en el 47 ° periodo de sesiones (1992-93), “Regímenes de responsabilidad relacionados con el tema de «las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el derecho internacional»: estudio preparado por la Secretaría. 1995, págs. 74-75.

respuestas a interrogatorios escritos o testimonio oral, que sea objeto de dicha demanda; o intenta hacerlo o solicita a otro que lo haga”(...) ⁸¹¹.

Observando la evolución de este último artículo o sección 1505 a través de diferentes enmiendas a lo largo de las últimas cuatro o cinco décadas, se puede advertir la intención del legislador americano de no dejar ningún hueco posible al vacío legal, y a medida que avanzaba el tiempo iba incorporando nuevas frases o expresiones al precepto

⁸¹¹ Véase la interesante evolución histórica de este precepto a través de las diversas enmiendas experimentadas desde 1962, en el 18 USC 1505, “*Obstrucción de procedimientos ante departamentos, agencias y comités*”, Notas editoriales, Referencias en el texto, en:

(<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title18/part1/chapter73&edition=prelim>)

“En 1962-Pub. L. 87–664 **sustituyó** la línea de captura de la sección “*Obstrucción de procedimientos ante departamentos, agencias y comités*” por “*Influir o lesionar a testigos ante agencias y comités*” y **castigó** la **remoción intencional, ocultación, destrucción, mutilación, alteración o falsificación** de documentos que fueron objeto de una demanda bajo la Ley de Proceso Civil Antimonopolio si se hace con la intención de evitar el cumplimiento de una demanda de investigación civil”.

“1970-Pub. L. 91–452 insertó referencia a la sección 1968 de este título”.

“1976-Pub. L. 94–435 tachó la sección 1968 de este título después de *Ley de Proceso Civil Antimonopolio*, insertó acciones típicas como, “**retiene, tergiversa**” después de la expresión “*deliberadamente*”; “**encubre**” después de la expresión “*oculta*”; “**respuestas a interrogatorios escritos o testimonio oral**”, después de *cualquier material documental*, y **o intenta hacerlo o solicita a otro que lo haga**; después de la expresión “*tal demanda*”.

“1982-Pub. L. 97–291. Esta ley modificó el 1º, 2º y 4º párrafos sustituyendo algunas expresiones como *cualquier pendiente* por **tal** y sustituyó también la expresión *cualquiera* por **tal** antes de las de *departamento e investigación*”.

“1994-Pub. L. 103–322 **sustituyó** la expresión *multado bajo este título* por **multado no más de \$ 5,000** en el último párrafo”.

“2004-Pub. L. 108–458, que ordenó la enmienda del tercer párrafo no designado de esta sección **sustituyendo** *ser multado bajo este título, encarcelado no más de 5 años o, si el delito involucra terrorismo internacional o doméstico* (como se define en la sección 2331), *encarcelado no más de 8 años, o ambos, por ser multado bajo este título o encarcelado no más de 5 años, o ambos*, se ejecutó haciendo la sustitución de “*ser multado bajo este título o encarcelado no más de cinco años, o ambos*”, para reflejar la probable intención del Congreso”.

para prevenir posibles daños en materia documental, añadiendo o quitando posibles conductas típicas, sujetos pasivos u objetos materiales, todo ello en función de las nuevas realidades sociales, en definitiva, siguiendo una estrategia penal preventiva y anticipatoria. Esa es la sensación cuando se profundiza de alguna manera en la lectura del articulado en materia penal de la legislación norteamericana, parece que el legislador realiza su tarea en un estado permanente de control, *in vigilando*, poniéndose en la mente del delincuente, tratando de anticiparse para evitar cualquier resquicio a la tentación de cometer delitos. Una prueba de ello es el uso masivo y continuo de expresiones como cualquier, cualquiera, en referencia a los elementos del tipo, **cualquier** sujeto activo que intente perjudicar a **cualquier** sujeto pasivo a través de **cualquier** medio u objeto.

Por su parte el artículo o sección 1506 prevé “*el robo o alteración del registro o proceso y fianza falsa*”, y su redacción es la siguiente:

“Quienquiera que por delito gravemente robe, quite, altere, falsifique o evite cualquier registro, orden, proceso u otro procedimiento, en cualquier tribunal de los Estados Unidos, por el cual cualquier sentencia se revierte, se anula o no surte efecto...Será multado bajo este título o encarcelado no más de cinco años, o ambos”.

Asimismo, el artículo o sección 1519 prevé la “*destrucción, alteración o falsificación de registros en investigaciones federales y bancarrota*”, y cuya redacción es la siguiente:

“Quien a sabiendas altere, destruya, mutile, oculte, encubra, falsifique o haga una entrada falsa en cualquier registro, documento u objeto tangible con la intención de impedir, obstruir o influir en la investigación o administración adecuada de cualquier asunto dentro de la jurisdicción de cualquier departamento o agencia de los Estados Unidos o cualquier caso presentado bajo el título 11, o en relación o contemplación de

cualquier asunto o caso de este tipo, será multado bajo este título, encarcelado no más de 20 años, o ambos”.

Hay que destacar que la mayoría de las conductas similares a las de nuestro artículo 465.1 del CP de 1995 (destruir, inutilizar u ocultar), suelen compartir artículo con otras relativas a la falsedad o falsificación en muchos preceptos del AMPC y en las leyes penales de los diversos Estados. Como sucedía en los Códigos Penales europeos, la falsedad de documentos y los comportamientos que aquí calificamos como de infidelidad documental son prácticamente sinónimos y van de la mano⁸¹².

2. Derecho Penal vinculante.

Hemos visto cómo el Derecho penal norteamericano trata en su texto modelo (AMPC) lo que nosotros entendemos por infidelidad documental. Ahora veremos cómo se refleja en los textos penales de algunos estados, es decir, desde el punto de vista del Derecho directamente aplicable. Para ello, teniendo en cuenta que hay tantas leyes penales como estados, hemos optado por elegir cinco de ellos sin atender a criterios jurídicos propiamente dichos y sí por cuestiones político-geográficas. Dos Estados tradicionalmente conservadores: Dakota del Norte, y el de Alabama en el sur; y otros dos tradicionalmente demócratas: en la zona este, la legislación penal de Nueva York y, en el oeste el Código Penal de California; asimismo, hemos elegido un quinto Estado, una vez que hemos visionado su contenido y nos ha parecido de interés para nuestro estudio, el de Washington.

⁸¹² VILLA -FLORES, J. “Falseadores”, en *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n ° 18*, University of Emory, Atlanta, Georgia, 2019.

Véase en: <http://ssrn.com/abstract=3430232> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3430232>

2.1. Leyes de California⁸¹³,

Código de California, Parte I: “*Delitos y penas*”; Título 7 “*Delitos contra la Justicia pública*”,

Capítulo 4, “*Falsificar, robar, mutilar registros y documentos oficiales y públicos*”.

Art.115.3. “*Cualquier persona que **altere** una copia certificada de un registro oficial, o proporcione a sabiendas una copia certificada alterada de un registro oficial, de este estado, incluidas las ramas ejecutiva, legislativa y judicial del mismo, o de cualquier ciudad, condado, ciudad y condado, distrito o subdivisión política del mismo, es culpable de un delito menor*”.

Dentro del Capítulo 6. “*Falsificación de pruebas y soborno, influencia, intimidación o amenaza de testigos.*

132. “*Toda persona que, en cualquier juicio, procedimiento, investigación o investigación, indistintamente y esté autorizado o permitido por la ley, ofrezca **como evidencia, como genuino o verdadero**, cualquier libro, papel, documento, registro u otro instrumento por escrito, **sabiendo** que el mismo ha sido **falsificado o alterado fraudulentamente o anticuado**, es culpable de delito grave*”.

134. “*Toda persona culpable de **preparar** cualquier libro, papel, registro, instrumento por escrito u otro asunto o cosa falso o anticuado, con la intención de producirlo, o permitir que se produzca para cualquier propósito **fraudulento o engañoso**, como genuino o verdadero, **en cualquier juicio, procedimiento o investigación**, lo que sea, autorizado por la ley, es culpable de delito grave*”.

⁸¹³California Legislative Information, en: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes.xhtml>

135. “Una persona que, a sabiendas de que cualquier libro, papel, registro, instrumento por escrito, imagen digital, grabación de video propiedad de otro, u otro asunto o cosa, está a punto de ser producido como evidencia en un juicio, investigación o investigación, autorizado por la ley, intencionalmente **destruye, borra u oculta el mismo, con la intención de evitar que se produzca o su contenido, es culpable de un delito menor**”.

En estos dos artículos del Código californiano también se aprecia que, lo que nosotros distinguimos entre falsedad e infidelidad en la custodia documental van de la mano.

2.2. Leyes de New York, (Las Leyes Consolidadas de New York)⁸¹⁴

En el Capítulo 40 bajo la rúbrica, “Penal”, Parte 3, rubricado “*Delitos específicos*”, y Título L, a su vez, bajo la rúbrica “*Delitos contra la Administración Pública*”, el artículo 215 aparece bajo la denominación⁸¹⁵ “*Otros delitos relacionados con procedimientos judiciales*” y concretamente el 215.40 referente a la manipulación de pruebas físicas, y cuyo tenor literal es:

“Una persona es culpable de manipular pruebas físicas cuando”:

1. “Con la intención de que se **utilicen o introduzcan** en un procedimiento oficial o en un posible procedimiento oficial, a) a sabiendas **haga, elabore o prepare** pruebas

⁸¹⁴ https://www.law.cornell.edu/states/new_york#codes

⁸¹⁵ Puede llamar la atención la rúbrica del artículo que hace referencia a conductas infractoras en el marco de un proceso, pero dentro de un Título donde el sujeto pasivo es la Administración Pública y no de Justicia; sin embargo, como hemos expresado anteriormente, no se pueden sacar conclusiones al respecto, ya que los giros idiomáticos pueden provocar confusión (N. del doctorando)

físicas falsas, o b) produzca u ofrezca tales pruebas en dicho procedimiento a sabiendas de que son falsas”; o

2. “*Creendo que cierta evidencia física está a punto de ser producida o utilizada en un procedimiento oficial o un posible procedimiento oficial, y con la intención de impedir dicha producción o uso, la suprime mediante cualquier acto de **ocultación, alteración o destrucción**, o mediante el empleo de la fuerza, la intimidación o el engaño contra cualquier persona. La manipulación de evidencia física es un delito grave de clase*”.

Utilizando el criterio penal del Código Penal español, estaríamos ante un supuesto de infidelidad en la custodia de documentos agravado por el uso de la fuerza en este último supuesto.

2.3. Dakota del Norte. Código del Siglo

El Código del Siglo de Dakota del Norte en su Título 12.1, contiene el Código Penal del Estado, y, concretamente la sección 12.1-08, aparece bajo la rúbrica “*Obstaculización en la aplicación de la Ley*”, cuyo artículo 12.1-08-03, en su apartado 1) C) contempla, a su vez, “*la obstrucción a la aplicación de la Justicia*” cuando una persona **obstaculiza, dificulta o interfiere** en la detención del autor de un delito si lo realiza **ocultando, alterando, mutilando o destruyendo** cualquier documento o cosa con ese fin, independientemente de que tales conductas sean eficaces a efectos probatorios. Se castiga la intención, aunque la destrucción del objeto sea irrelevante⁸¹⁶, en la redacción original aparece de la siguiente forma:

⁸¹⁶ Facultad de Derecho de Cornell, *Legal Information Institute*, (LII), véase en, <https://www.legis.nd.gov/cencode/t12-1.html>.

“Hindering law enforcement. 1. A person is guilty of hindering law enforcement if he intentionally interferes with, hinders, delays, or prevents the discovery, apprehension, prosecution, conviction, or punishment of another for an offense by: (...) c. Concealing, altering, mutilating, or destroying a document or thing, regardless of its admissibility in evidence”.

2.4. Leyes penales de Alabama⁸¹⁷

En el Título 13 A del Código de Alabama de 1975 se contiene su Código Penal. y, dentro de ese Título el Capítulo 10 (*Chapter 10*), bajo la rúbrica “*Delitos contra la Administración Pública*”, el artículo 1 regula la “*Obstrucción de la administración pública*”, y, a su vez, dentro del artículo 1, en su Sección 13A-10-2 se prevé la denominada “*Obstrucción de las operaciones gubernamentales*” cuya redacción es la siguiente:

a) “*Una persona comete el delito de obstrucción a las operaciones gubernamentales si, mediante intimidación, fuerza física o injerencia o por cualquier otro acto ilícito independiente*”⁸¹⁸:

(1) “*Obstruye, perjudica u obstaculiza intencionalmente la administración de la ley u otra función gubernamental*”; o

⁸¹⁷ Facultad de Derecho de Cornell, (LII) (<https://www.law.cornell.edu/states/alabama#codes>), *The Alabama Legislature*, (<http://alisondb.legislature.state.al.us/alison/CodeOfAlabama/1975/Coatoc.htm>)

⁸¹⁸ Según el tenor literal de la ley, la Administración de la Justicia es una “tarea gubernamental”, y no del poder judicial; ello no debe entenderse como inexistencia de una división de poderes en el sistema norteamericano; al contrario, las competencias están bien delimitadas entre los diversos poderes. Debe tenerse en cuenta, tal como hemos advertido anteriormente, que la traducción literal y los giros idiomáticos siempre pueden dar lugar a cierta confusión en el sentido de las frases (N. del doctorndo).

(2) “Intencionalmente impide que un servidor público desempeñe una función gubernamental”.

(b) “Obstruir las operaciones gubernamentales es un delito menor de Clase A”.

La Sección 13A-10-12 contempla, a su vez, la denominada “Manipulación de registros gubernamentales”.

a) “Una persona comete el delito de manipulación de registros gubernamentales si”: (1) “A sabiendas **hace una entrada falsa o altera falsamente** cualquier registro gubernamental”; o (2) “Sabiendo que carece de la autoridad para hacerlo, intencionalmente **destruye, mutila, oculta, elimina** o de otra manera perjudica sustancialmente la veracidad o disponibilidad de cualquier registro gubernamental”; o (3) “Sabiendo que carece de la autoridad para conservar un registro gubernamental, **se niega a entregar el registro** en su poder a petición adecuada de una persona legalmente facultada para recibir dicho registro para su examen u otros fines”.

(b) “La manipulación de registros gubernamentales es delito menor de Clase A”.

2.5. Washington⁸¹⁹. *Washington State Legislature*

Para finalizar con la legislación penal norteamericana una última referencia al estado de Washington. En el Título 9^a de las leyes penales de este estado, bajo la rúbrica “Perjurio e injerencia en los procedimientos oficiales”, el Capítulo 9A.72 contempla la regulación de la *manipulación de pruebas físicas*, y así el artículo 9A.72.150 establece:

⁸¹⁹ <https://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=9A.72.150>

1) *“Una persona es culpable de manipular pruebas físicas si, teniendo motivos para creer que un procedimiento oficial está pendiente o a punto de iniciarse y actuando sin derecho legal o autoridad, él o ella”:*

(a) *“**Destruya, mutile, oculte, elimine o altere** la evidencia física con la intención de perjudicar su apariencia, carácter o disponibilidad en dicho procedimiento oficial pendiente o prospectivo”;* ...

Hemos intentado analizar de la forma más sucinta y escueta posible -teniendo en cuenta la descomunal cantidad de tipos delictivos existentes en la legislación norteamericana-, a través de algunos ejemplos, el tratamiento penal de los comportamientos delictivos cometidos cuyo objeto son los documentos; sin embargo, la consideramos significativa y suficiente para hacernos una idea sobre estas dos materias que nos interesaba resaltar; una, el control disciplinario y legal de la actividad de los abogados, y otra, el tratamiento de los delitos cuyo objeto son los documentos, y que aquí calificamos como lesivos para la Administración de Justicia, y, en este sentido se pueden sacar algunas conclusiones.

En consecuencia y como ya hemos apuntado anteriormente, no parece existir una distinción clara entre Administración de Justicia y Administración Pública en los mismos términos que en nuestra doctrina, lo que se ha podido constatar claramente, por ejemplo, en las leyes penales de Alabama. Los delitos cometidos en procesos judiciales y que afectan al desarrollo de la aplicación de la ley en este contexto, se entienden como lesivos a la Administración Pública y no específicamente a la de Justicia, y algunos actos que afectan a la impartición de Justicia se considera de “obstrucción al gobierno”, expresión esta última que también se utiliza en algunos casos, recordemos los delitos cometidos a

través de computadores regulados en el AMPC en cuyo Título 18 Parte I Delitos y Procedimiento penal, el Capítulo 47 rubricado “*Del fraude y las declaraciones falsas*”, cuyo artículo o sección 1030 dedicado al “*fraude y actividades relacionadas en relación con las computadoras*”, identificaba un daño al Gobierno de los EE.UU. al promover la Administración de Justicia, cuando desde nuestro punto de vista, no es el Gobierno, sino el Poder Judicial quien debe realizar tales funciones.

No obstante, y como también se ha reiterado, la redacción de las leyes penales norteamericanas no debe llevarnos a equivoco ni se puede pensar que no existe la división de poderes bien definida en su sistema jurídico. Estados Unidos es una república federal constitucional y los tres poderes del Estado están bien delimitados bajo la idea de “controles y equilibrios”. Cada poder tiene su ámbito de competencias, pero a su vez ejerce control sobre los otros dos. Por ejemplo, el poder legislativo representado por el Congreso crea las leyes, el Poder ejecutivo con el presidente a la cabeza puede vetar cualquier legislación, y, a su vez, el Congreso puede anular dicho veto. Igualmente se puede decir en cuanto al Poder Judicial, porque si bien es el ejecutivo -el presidente-, quién efectúa el nombramiento de los jueces, dichos candidatos deben ser ratificados por el Congreso; mientras que el Tribunal Supremo, a su vez, como máximo representante del Poder Judicial, puede invalidar los actos del ejecutivo y del legislativo que considere inconstitucionales.

En conclusión, el control es recíproco entre los distintos poderes y así lo expone Gordon WOOD, en su obra *The Creation of the American Republic*, (La creación de la República americana), en su capítulo *Restructuring of power* (Reestructuración del poder):

“Del propio espíritu de la revolución americana de 1776 surgió la conclusión de que la autoridad no puede estar en manos de una sola persona para establecer e imponer las leyes del Estado y que aquella sola tampoco puede representar por sí misma al pueblo, de ser así, el abuso es inevitable”⁸²⁰.

Por otro lado, y en otro orden de cosas, hay otro aspecto para tener en cuenta en la legislación de aquel país, y es la gran relevancia que tiene el sistema financiero, la propia legislación rezuma “liberalismo económico” por doquier. En muchísimos artículos del AMPC, cuando se enumeran los posibles sujetos pasivos de los delitos de fraude, engaños, estafas o similares, aparecen en primer lugar las corporaciones financieras y entidades bancarias o de crédito, el sistema capitalista norteamericano está especialmente protegido por el Derecho Penal. El AMPC, protege, ante todo, el sistema de vida norteamericano.

Para finalizar, debe recordarse que este AMPC es un texto general pero cada Estado tiene el suyo propio, por lo que dependiendo del carácter del delito si es estatal o federal las penas podrían variar cuantitativamente⁸²¹.

⁸²⁰WOOD, G. *“With the Americans' revolutionary conception of what the nature of the ruling authority should be, it was almost a foregone conclusion that the new governors would be prohibited from sharing in the lawmaking authority. Even among those who desired a stronger magistrate than most, it seemed abominable that a single person should have a negative over the voice of the whole society: "From the abuses which power in the hand of an Individual is liable to, and the unreasonableness that an individual should abrogate at pleasure the acts of the Representatives of the people," a third branch in the legislature seemed patently unnecessary”*. Véase el Capítulo “Restructuring of power”, en *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Virginia, 1969, págs. 127 y ss. Véase también en:

<https://heinonline-org.biblioteca5.uc3m.es/HOL/Index?collection=beal>.

⁸²¹SEVERO, R. “Delitos federales vs. delitos estatales”, véase en:

<https://www.severolegal.com/en-espanol/codigo-penal-federal-de-los-estados-unidos-de-norte-america/>
“La principal conclusión de la diferencia entre los delitos federales y los delitos estatales es que la violación se comete contra entidades específicas: el gobierno estatal o el gobierno federal. Cada estado desarrolla su propio conjunto de leyes penales basadas en la constitución, lo que explica por qué un delito

V. DERECHO PENAL EN LATINOAMÉRICA

1. Legislación penal de México en materia de ilícitos documentales y régimen disciplinario de los abogados⁸²²

(Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 1 de junio de 2021.)⁸²³

Básicamente nos parece de interés destacar los artículos de las principales leyes del sistema penal de México; una de Derecho Penal material, el Código Federal y otra norma de carácter procesal, el denominado Código Federal de Procedimientos Penales.

2. Código Penal federal.

En cuanto a este primer texto, destacan dentro del Libro 2º, el Título 9º rubricado, “Revelación de secretos y acceso ilícito a sistemas y equipos de informática”, el Capítulo

en un estado puede no serlo en otro. Los legisladores estatales básicamente tienen la libertad de crear cualquier ley siempre que sea constitucional. Sin embargo, estas leyes sólo se aplican a sus respectivas jurisdicciones. Por otro lado, las leyes penales federales deben aplicarse a todos los estados; los delitos federales son delitos contra la totalidad de Estados Unidos, no solo en un estado. Por lo tanto, los legisladores federales no necesariamente tienen el mismo grado de libertad que sus contrapartes a nivel estatal”.

“Ahora, esto plantea la pregunta: ¿los delitos federales tienen penas más severas que los delitos estatales? La respuesta es simplemente “sí”. Esto es especialmente cierto cuando se trata del mismo delito a nivel federal y estatal. Por ejemplo, la ley penal federal impone una sentencia de 25 años a cadena perpetua por cometer incendio premeditado, mientras que la mayoría de los estados solo llevan unos pocos años en una prisión estatal”.

⁸²² Véase para esta materia, biblioteca uc3m, Guías Temáticas, Legislación *on line* Tirant lo Blanch

https://uc3m.libguides.com/guias_tematicas;

https://uc3m.libguides.com/guias_tematicas/derecho; <https://uc3m.libguides.com/derecho/legislacion>;

<https://www-tirantonline-com.biblioteca5.uc3m.es/tol/legislacionInternacional>

⁸²³ En adelante DOF.

2 ° bajo la rúbrica “*Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática*” que regulan una serie de artículos que afectan directa o indirectamente a la actividad judicial, entre los cuales:

Artículo 211 bis 1.- “*Al que sin autorización **modifique, destruya o provoque** pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa*”.

“*Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de tres meses a un año de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa*”.

Artículo 211 Bis 2.- “*Al que sin autorización **modifique, destruya o provoque** pérdida de información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa*”.

“*Al que sin autorización conozca o copie información contenida en sistemas o equipos de informática del Estado, protegidos por algún mecanismo de seguridad, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de cien a trescientos días multa*”.

(...)

“*Las sanciones anteriores se duplicarán cuando la conducta **obstruya, entorpezca, obstaculice, limite o imposibilite** la procuración o impartición de justicia, o recaiga sobre los **registros relacionados con un procedimiento penal** resguardados por las autoridades competentes*”.

Dentro del Libro 2, Título 9 ° Título 11 °, bajo la rúbrica “*Delitos cometidos contra la administración de justicia*” podemos destacar:

Artículo 225.- “*Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes... (párrafo 32), **Desviar u obstaculizar** la investigación del hecho delictuoso de que se trate o favorecer que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia*”;

Por su parte, en el Título 12 °, bajo la rúbrica “*Responsabilidad profesional*”, se fiscaliza la actividad de los abogados. En concreto merece destacarse el Capítulo 2 °, rubricado “*Delitos de abogados, patronos y litigantes*”, dentro del cual:

Artículo 231:

“*Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente **para ejercer la profesión, a los abogados, a los patronos, o a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes***”:

231. III.- “*A sabiendas y fundándose en **documentos falsos** o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro, ante las autoridades judiciales o administrativas*”.

231. IV.- “*Simule un acto jurídico o un acto o escrito judicial, o altere elementos de prueba y los presente en juicio, con el fin de obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley*”.

Finalmente, en lo que se refiere al Código Penal Federal, el Capítulo 4 ° rubricado, “*Falsificación de documentos en general*”, hay varios artículos de interés:

Artículo 243:

“El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días multa. En el caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa”.

*“Si quien realiza la falsificación es un **servidor público**, la pena de que se trate, se aumentará hasta en una mitad más”.*

Artículo 244.- *“El delito de falsificación de documentos se comete por alguno de los medios siguientes”:*

244 III.- *“**Alterando** el contexto de un documento verdadero, después de concluido y firmado, si esto cambiare su sentido sobre alguna circunstancia o punto substancial, ya se haga **añadiendo, enmendando o borrando**, en todo o en parte, una o más palabras o cláusulas, o ya variando la puntuación”.*

244 VII.- *“**Añadiendo o alterando** cláusulas o declaraciones, o asentando como ciertos hechos falsos, o como confesados los que no lo están, si el documento en que se asientan se extendiere para hacerlos constar y como prueba de ellos”;*

244 VIII.- *“Expidiendo un testimonio supuesto de documentos que no existen; dándolo de otro existente que carece de los requisitos legales, suponiendo falsamente que los tiene; o de otro que no carece de ellos, pero **agregando o suprimiendo** en la copia algo que importe una variación substancial, y”*

244 IX.- *“**Alterando** un perito traductor o paleógrafo el contenido de un documento, al traducirlo o descifrarlo”;*

Artículo 247 bis. – *Se impondrán de cinco a doce años de prisión y de trescientos a quinientos días multa:*

*“Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras circunstancias que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea **afirmando, negando u ocultando** maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal, o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan”.*

Por su parte, en el Capítulo 8 ° se prevé la posibilidad del concurso de delitos al establecer en las *Disposiciones Comunes* a los capítulos precedentes, el artículo 251 lo siguiente:

“Si el falsario hiciere uso de los documentos u objetos falsos que se detallan en este título, se acumularán la falsificación y el delito que por medio de ella hubiere cometido el delincuente”.

Esta última disposición nos parece relevante, y es que, trayendo a colación el artículo 465.1 del Código Penal español, llegaremos a la conclusión de que, de producirse las acciones típicas en el contempladas -lo que se nos antoja difícil a partir de ahora-, difícilmente concurrirá como único delito la infidelidad en la custodia de documentos si no es acompañado de otros tipos como el delito de falsedad en documento público o privado, el fraude procesal o el delito de daños por medios informáticos. Lo veremos más adelante.

3. Código Federal de procedimientos penales

Diario Oficial de la Federación (DOF), 30 de agosto de 1934. Última reforma del DOF en 12 enero de 2016.

En el Título 4 ° bajo la rúbrica “*Instrucción*”, y, en el Capítulo II rubricado, “*Declaración preparatoria del inculpado y nombramiento de defensor*”, se contemplan reglas, obligaciones y régimen disciplinario para los abogados actuantes.

Artículo 160.- “*No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el Capítulo II, Título Décimo segundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor*”.

“*Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa*”.

También el Título 5 °, rubricado, “*Disposiciones Comunes a la Averiguación Previa y a la Instrucción*”, en el Capítulo 2 ° bajo la rúbrica “*Huellas del delito. Aseguramiento de los Instrumentos y objetos del mismo*”, se imponen deberes de custodia. En este sentido:

Artículo 181.- *“Los instrumentos, objetos o productos del delito, así como los bienes en que existan huellas o pudieran tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se **alteren, destruyan o desaparezcan**. El Ministerio Público, las policías y los peritos, durante la investigación y en cualquier etapa del proceso penal, deberán seguir las reglas referidas en los artículos 123 Bis a 123 Quintus. La administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la ley de la materia”.*

En el Capítulo 4 ° bajo la rúbrica *“Aseguramiento del inculpado”* se hace una valoración sobre la gravedad de los delitos por su grado de afectación, y así:

Artículo 194.- *“Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes”*: ...y, a continuación, hace una remisión al ya mencionado artículo 225 apartado 32 del Código Federal, *“El desvío u obstaculización de las investigaciones”*, (Reformada, D.O.F. 18 de julio de 2016).

En lo que respecta al Derecho Penal de los demás países de Latinoamérica, de los tipos que estamos estudiando, hay que decir que, no existen tampoco delitos específicos de infidelidad en la custodia de documentos cometidos por abogados, por lo que consideramos como válido a efectos de Derecho comparado lo expuesto en aquellos ordenamientos estudiados en los epígrafes relativos a los Códigos históricos españoles del siglo XIX, especialmente por influjo del CP de 1848 y 1870, pues, aunque los textos latinoamericanos han experimentado reformas, ninguno de ellos ha creado un artículo ni siquiera parecido al 465 del CP de 1995. Podemos por tanto afirmar, como lo han hecho algunos miembros de nuestra doctrina penalista, que no hay en todo el Derecho comparado un precepto similar.

CAPÍTULO TERCERO. EL CONTROL CONSTITUCIONAL, LEGAL Y REGLAMENTARIO DE LA ACTUACIÓN PROFESIONAL DE ABOGADOS Y PROCURADORES.

1. Introducción

Tal como hemos venido manifestando a lo largo de este trabajo, sobre la actividad de los abogados y procuradores en particular, desde hace tiempo se puso de manifiesto la inquietud sobre los posibles comportamientos desleales de estos profesionales, -en tanto en cuanto su actividad mal llevada a cabo pudiera afectar a derechos fundamentales-, y, ante los cuales, parte de la doctrina ha considerado que la deontología y las normas procesales tradicionalmente encargadas de vigilar el comportamiento de aquellos han sido insuficientes⁸²⁴.

Se ha destacado el papel social de estos sujetos, en tanto que ejercen una labor de utilidad a la comunidad y, si bien su actividad se desarrolla de manera privada respecto de uno o varios clientes, las consecuencias positivas o negativas que se desprenden de sus actuaciones tienen trascendencia pública. Gran parte la doctrina y el legislador han enfatizado la especial y delicada situación de abogados y procuradores en este sentido⁸²⁵. Para la generalidad de la doctrina, se trata de sujetos colaboradores de la función jurisdiccional del Estado, lo que, a su vez, llevó al legislador a considerar que la vulneración de dicha función por parte de abogados y procuradores ejerciendo su actividad constituía -además de un comportamiento desleal-, una forma de *obstrucción a*

⁸²⁴ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 17; JIMÉNEZ SEGADO. ob. cit. págs. 27 y ss.

⁸²⁵ CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. (Introducción), pág. XIV.

*la Justicia*⁸²⁶ y que merecía, por tanto, integrarse en un Capítulo específico del Código penal dentro del conjunto de delitos contra la Administración de Justicia.

La profesora GARCÍA CUENCA⁸²⁷, en consonancia con la corriente iniciada por MAGALDI-PATERNOSTRO y seguida por parte de la doctrina, ya destacaba la relevancia de estos profesionales o de los particulares, en el proceso como cauce para la resolución de conflictos sociales y, apuntaba la especial incidencia de los primeros en el correcto desarrollo de aquel.

En el mismo sentido se pronunciaban PÉREZ CEPEDA⁸²⁸ -para quien la influencia de estos profesionales en el desarrollo de la función jurisdiccional ha obligado a introducir sus comportamientos en el Título XX-, o BENÍTEZ ORTÚZAR -que se refiere a ellos como particulares cualificados-, que engloban en este grupo a graduados sociales, peritos o intérpretes, tema sobre el que volveremos.

Por otra parte, también se ha destacado en líneas anteriores que entre los muchos defectos que han caracterizado la regulación de los comportamientos desleales como delitos contra la Administración de Justicia, uno de ellos había sido la inconcreción de los abogados y procuradores como sujetos activos⁸²⁹ hasta la entrada en vigor del Código

⁸²⁶CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. (Introducción), pág. XVII; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág.17; GARCÍA ARÁN, M. en CGPJ, 1997, ob. cit. pág. 282-283; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 18; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, en *Delitos contra la Administración de Justicia*, ed. Bosch, 2008, pág. 250.

⁸²⁷ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 38-39; CUENCA GARCÍA, M^a J. *La función de Abogados y Procuradores y los intereses de los clientes*, 1^a ed. Madrid, 2007, pág. 43 y ss.

⁸²⁸ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 43-44 y 53; CUENCA GARCÍA, M^a J. *La función de abogados y procuradores...*, ob. cit. pág. 39.

⁸²⁹LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pág. 193; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...*, 1993, ob. cit. pág. 725 y ss.

Penal de 1995 al considerar a estos como funcionarios cuando operaban en la actividad procesal.

Por ello se hace preciso delimitar, desde la perspectiva del vigente Código Penal de 1995, la condición de los sujetos activos y su papel en la actividad jurisdiccional; es decir, quienes son, porqué lo son y cuáles son las consecuencias de su actividad que, como profesionales realizan en el marco de la Administración de Justicia como parte independiente de la Administración Pública. Tal delimitación no es posible hacerla sin establecer la obligada vinculación del último Código Penal -así como del resto del ordenamiento jurídico-, a los principios y valores constitucionales antes mencionados.

2. El artículo 24 de la CE como referente del Código Penal en general y del Título XX en particular.

2.1. Consideraciones generales

Art. 24 CE

1. *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos⁸³⁰ sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”⁸³¹.*

2. *“Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a*

⁸³⁰ STC 61/1982, de 13 de octubre, cuyo FJ 3º expone: “El art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos”. (TOL79.034).

⁸³¹ Sobre las exigencias del art. 24.1 C.E., que, entre otras, proscribire toda situación de indefensión véase el FJ 6º, STC 31/1999, de 8 de marzo.

utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

3. *“La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

El artículo 24 de la CE es, - como se ha manifestado por doctrina y jurisprudencia hasta la saciedad-, simplemente, el precepto más importante de la misma. En él se halla un elenco de derechos que conforman la piedra angular del Estado de Derecho que surgió tras la aprobación de la Carta Magna en 1978; por esta razón ha sido, sin lugar a duda, el artículo que más ríos de tinta ha provocado en la doctrina española de todos los órdenes, civil, penal, administrativo, laboral y, por supuesto procesal.

Se trata de unos derechos que revisten una gran complejidad, y por ello, reiteramos, el objeto de este epígrafe será – por las continuas alusiones de la doctrina a este tema-, únicamente el de valorar en que dimensión pueden verse afectados alguno o algunos de los contenidos en este precepto al producirse acciones desleales por determinados profesionales o sea, desde la perspectiva penal del Capítulo VII del Título XX -pues sería un despropósito pretender abarcar toda la dimensión de los derechos contenidos en aquel precepto-, si tenemos además en cuenta que prácticamente todos los delitos vulneran de alguna forma alguno de los (innumerables) derechos de los contenidos en el artículo 24.

Esta especial trascendencia se puso de manifiesto, antes de cumplir tres años la nuestra Constitución, en sendas resoluciones del Tribunal Constitucional: STC 2/81, de 30 de enero, al consagrar el principio *non bis in idem* y la prohibición de la doble sanción, administrativa y penal por los mismos hechos y, STC de 18/81, de 8 de junio condenando el *modus operandi* de la Administración Pública que tradicionalmente venía actuando y

decidiendo sin procedimiento previo alguno⁸³². En definitiva, estas dos resoluciones venían a poner fin a la arbitrariedad y discrecionalidad con la que los poderes públicos habían procedido en el largo periodo predemocrático. Desgraciadamente, y haciendo uso del refranero, una cosa es predicar y otra dar trigo, y, desde luego, la Administración ha sabido “regatear” estos principios a lo largo de las últimas cuatro décadas y en absoluto puede afirmarse que haya abandonado la discrecionalidad y la arbitrariedad, la sombra del principio decimonónico *solve et repete*, es alargada. Solo hay que ver el variopinto sistema de multas existentes hoy en día, a través de radares en carretera, incluso helicópteros, la más que discutible Ordenanza Reguladora del Aparcamiento en algunas ciudades, en todos los casos hay que abonar la sanción y después recurrirla.

El liderazgo del artículo 24 de la CE-no en vano es considerado en palabras de DÍEZ PICAZO, el precepto estrella de la CE-, no es gratuito y alberga un contenido ciertamente complejo⁸³³ especialmente el 24.1. que consagra dos derechos básicamente, la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión. A partir de ahí, en su apartado segundo, el artículo 24 proclama un conjunto de derechos que se derivan del primero para reforzar el sistema de garantías constitucionales más importante. En realidad, analizar el art. 24 de la CE es introducirse en el laberinto del Minotauro, una labor titánica y por otra parte innecesaria, debido al intensísimo estudio del que ha sido ya objeto por parte de la doctrina más autorizada y la propia jurisprudencia; sin duda, hablamos sobre el precepto del que más se han pronunciado los tribunales españoles desde la aprobación de la Carta Magna en 1978; por tanto, intentaremos simplificar en este aspecto y centrarnos únicamente en repasar aquellos aspectos de este esencial precepto que en relación a las

⁸³² GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 2006, págs. 259 y ss.

⁸³³ ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo 3 °, Madrid, 2006, pág. 26 y ss.

conductas desleales de abogados y procuradores pueden verse afectados como lo es el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del proceso.

2.2. El compromiso constitucional de abogados y procuradores en su actuación profesional ⁸³⁴.

Según se desprende del propio artículo 24 de la CE, el derecho de defensa y a la asistencia jurídica, forman parte de su contenido, por lo que las profesiones relacionadas con esos derechos de los justiciables están estrechamente vinculados a los principios consagrados en aquél. Esa sujeción aparece también en diversas leyes y reglamentos, lo que se encarga de recordarnos la *Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales* que -más allá de las críticas que merece y sobre las que más adelante nos pronunciaremos-, ha venido a sumarse a la legislación reguladora de estas profesiones.

Con esta contundencia inicia su Exposición de Motivos la referida ley:

“La regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado en España es una exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución: estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía. Esta ley constituye, por tanto, complemento de lo dispuesto al efecto en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en la Ley 1/1996,

⁸³⁴ Sobre el papel de los abogados y procuradores en el marco del proceso y sobre la sujeción de estos profesionales a los principios constitucionales establecidos principalmente en el artículo 24 de la CE, véase el extenso y profundo estudio de la profesora CUENCA GARCÍA en su Monografía, *La función de Abogados y Procuradores y los intereses de los clientes*, ob. cit. Navarra, 2007.

de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que consagran la función de los abogados, a los que reserva la dirección y defensa de las partes, de modo que a los mismos corresponde garantizar la asistencia letrada al ciudadano en el proceso, de forma obligatoria cuando así lo exija la norma procesal y, en todo caso, como derecho al defensa expresamente reconocido por la Constitución. La asistencia del abogado, conforme al concepto amplio de tutela al que debe aspirarse, comprende también las actuaciones profesionales tendentes a evitar el proceso mediante fórmulas preventivas y compositivas, así como, en general, el asesoramiento en Derecho”.

Pero antes de profundizar sobre la sujeción de estos profesionales al marco constitucional nos parece importante recordar – aunque sea brevemente-, el porqué de la trascendencia de estos principios consagrados en nuestra Carta Magna; y no está de más hacerlo, porque, a pesar de su continuo examen y tratamiento por parte de la doctrina y la jurisprudencia, esos derechos y principios esenciales contenidos en el artículo 24 son permanentemente vulnerados y lo son, muchas veces, por la propia actividad de la Administración Pública, cuando ejerce sus competencias sancionadoras por ejemplo, y, más concretamente a través del actual régimen de notificaciones que son, en muchos casos, de dudosa legalidad, o mejor dicho, constitucionalidad; en la mayoría de dichos procedimientos se estableció hace tiempo un régimen de notificaciones para favorecer la tramitación administrativa de los expedientes sancionadores muchos de los cuales fenecían por prescripción o caducidad.

Con el sistema de publicación en tabloneros del BOE, (Tablón Edictal Único del BOE), la mayoría de los administrados nunca llegan a saber lo que se les reclama hasta que el procedimiento está en fase ejecutiva y, para entonces, la cuantía de la sanción está aumentada considerablemente por efecto de los recargos correspondientes; o, sirva también de ejemplo, el caso de los parquímetros, donde se vulnera de manera sistemática

el derecho a la libre circulación (art. 19 de la CE), cuando un Ayuntamiento -a través de una empresa privada-, se permite la libertad de establecer la obligación de pagar por aparcar en tu propia ciudad, dotando a dicha empresa de facultades sancionadoras que, en teoría, solo puede ejercer el Ayuntamiento del municipio a través de sus agentes de policía municipal en calidad de funcionarios; y, lo que es peor, se trata de una actividad única y exclusivamente de carácter confiscatorio⁸³⁵ por mucho que se pretenda justificar con las llamadas políticas medioambientales o de fomento del transporte público. Los ejemplos son múltiples, pero ahí lo dejaremos.

En este sentido, como explicó GARCÍA DE ENTERRÍA a propósito de las mencionadas sentencias pioneras de 1981, *“las reglas del artículo 24 al vincular a todos los poderes públicos y tener que desarrollarse obligatoriamente respecto a su contenido esencial, según el citado artículo 53.1 CE, alcanzan o vinculan necesariamente a la Administración cuando ejercita su poder represivo”* (...) *“en cuanto impone para que un ciudadano pueda ser sancionado un procedimiento mínimo que incluye garantías básicas de defensa antes de que la sanción pueda imponerse”* (...). En la comentada resolución, se imponía sanción por el ejercicio de un derecho fundamental (de reunión) regulado en el artículo 21 de la CE, y en ese sentido el TC destacaba el carácter central que en el

⁸³⁵ BOE, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, Artículo 3. *“Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario”*.

1. *“La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”*.

“A estos efectos, se prohíbe el establecimiento de cualquier instrumento extraordinario de regularización fiscal que pueda suponer una minoración de la deuda tributaria devengada de acuerdo con la normativa vigente”.

2. *“La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios”*.

sistema constitucional tienen los derechos fundamentales a tenor de lo dispuesto en los artículos 53.1 y 10 de nuestra Constitución⁸³⁶.

En otro orden de cosas, además de las dificultades técnicas o razones de carácter histórico ya aludidas con anterioridad -y siguiendo la interpretación constitucionalista de alguna parte de la doctrina, entre otros, MAGALDI-PATERNOSTRO, GARCÍA ARÁN, CUENCA GARCÍA, BENÍTEZ ORTÚZAR o PÉREZ CEPEDA-, también resulta ineludible recordar que es la Constitución aprobada en 1978 la que da sentido a todo el ordenamiento surgido tras ella y, sobre todo en lo que se refiere al poder punitivo y sancionador del Estado, especialmente en el orden penal. Hasta entonces se trataba de profesionales obligados legal y disciplinariamente a la observancia de un comportamiento correcto en el ejercicio de sus funciones, pero ahora lo son, podría decirse, por imperativo constitucional, lo que es una muestra más del control al que están sometidas sus actuaciones.

La actividad de abogados y procuradores como intervinientes y protagonistas o colaboradores de la Administración de Justicia, se lleva a cabo a través de los procesos regulados en los diferentes ordenes jurídicos: civil, penal, administrativo, laboral. Dicha actividad tiene generalmente un marcado carácter procesal y sobre la misma se proyecta el sistema de garantías principal que establece la CE en su artículo 24. Esta vinculación a la normativa constitucional, así como el deber de colaboración con la Administración de Justicia de abogados y procuradores, se deja sentir también en los respectivos estatutos profesionales. La normativa reglamentaria es prolífica, en mi opinión excesiva, pero la relacionada con el compromiso constitucional de los defensores y representantes legales se puede reflejar en un par de ejemplos, sobre los primeros, en el artículo 1º del Estatuto

⁸³⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, 4ª ed. Madrid, 2006, págs. 259 y ss.

General de la Abogacía Española⁸³⁷ (EGAE), rubricado “*La Abogacía y sus principios rectores*”, al establecer:

1. “*La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los profesionales de la Abogacía deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado Social y Democrático de Derecho constitucionalmente establecido*”.

Por su parte, el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España ⁸³⁸ (EGPE), al definir la Procura -en clara consonancia con el ideario constitucional, aunque de forma indirecta-, establece en el 2º párrafo del artículo 1º, como función de esta, entre otras:

“...*desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor Administración de Justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten juzgados y tribunales...*”.

El precepto anterior parece anticipar lo que el artículo 10 de la misma norma señala de forma directa, al establecer las condiciones para el ejercicio de la Procura dónde señala expresamente:

⁸³⁷ Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

⁸³⁸ Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España.

c) *“Prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico, ante la autoridad judicial de mayor rango del Partido Judicial en el que se vaya a ejercer, o ante la Junta de Gobierno de su Colegio”.*

A su vez, el art. 542. 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece:

2. *“En su actuación ante juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”⁸³⁹.*

3. *“Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.*

Estas normas constituyen una evidencia clara de la trascendencia constitucional de estas profesiones. Aunque sobre la legislación reguladora de abogados y procuradores volveremos más adelante, en este punto solo queremos resaltar el influjo constitucional en cuanto a las acciones que pueden afectar de forma general a la actividad jurisdiccional como función de Administración de Justicia.

⁸³⁹ Así, la SAP de Teruel cuyo FJ 3º establece: *“Al encausado Juan Carrasco Zapata se le atribuye también por la acusación particular un delito de infidelidad en la custodia de documentos previsto y penado en el artículo 465.1º del Código Penal, que castiga al que “interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad” (...)* *“Así, con arreglo a la buena fe que debe presidir la actuación de los Abogados ante los Jueces y Tribunales descrita claramente en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Estatuto de la Abogacía, el Letrado acusado, si efectivamente tenía conocimiento de que la relación profesional de los Letrados Lou y Marqués había terminado mucho tiempo antes de que hubiera concluido el plazo para poder ejecutar la sentencia dictada a favor de los que comenzaban a ser sus clientes, no debió ocultar este dato”.* Esta resolución absolutoria fue ratificada por STS de 22 de septiembre de 2003 (N. del A.)

En este sentido, la actividad de abogados y procuradores como intervinientes de aquella, puede afectar, ya de forma específica, a principios constitucionales inquebrantables contenidos en el art. 24 CE, como la tutela judicial efectiva. La mayoría de la doctrina coincide en señalar la trascendencia constitucional de los delitos de deslealtad u obstrucción a la Justicia ubicados en el Capítulo VII del Título XX del Código Penal. Volveremos sobre esto en el siguiente epígrafe.

2.3. La tutela judicial efectiva como derecho afectado por los delitos contra la Administración de Justicia en general y la infidelidad en la custodia de documentos en particular.

Al hablar de la posible vulneración de algunos derechos fundamentales -como son el derecho a la tutela judicial efectiva o proceso debido, entre otros-, como consecuencia de acciones desleales de ciertos profesionales, hemos de hacer hincapié, una vez más, en la ubicación (estratégica) del artículo 24 en el texto constitucional; es decir, su integración en la sección 1^a “*De los derechos fundamentales y las libertades públicas*”, dentro del Capítulo II “*De la derechos y Libertades*”, formando parte de un elenco de derechos que gozan de una especial protección en virtud de lo establecido en el art. 53 de la CE que, como ya hemos referido al inicio de este epígrafe recordando el análisis del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en torno a las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional-, obliga a todos los poderes públicos a respetar el contenido esencial de esos derechos⁸⁴⁰.

⁸⁴⁰PÉREZ LUÑO, AE. *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, págs. 25, 26 y 66. “*La Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función (...). Y para afianzar esa eficacia, la CE el artículo 9.1. establece como principio básico según el cual: los ciudadanos y los poderes*

Sobre el derecho a la tutela judicial el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto su doble carácter o dimensión; *“una, considerándoles como derechos subjetivos que garantizan la libertad y el status de los ciudadanos, y, al propio tiempo, como elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad como marco de la convivencia humana”*.

Considero especialmente importante la explicación de PÉREZ LUÑO al pronunciarse sobre los derechos fundamentales al decir: *“en su significación axiológica objetiva, los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las fuerzas sociales (...) en la medida en que el Estado liberal de Derecho evolucionó hasta el Estado social y democrático de Derecho los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político o garantías negativas de los intereses individuales, para constituirse en un conjunto de valores y principios que vinculan la actividad de los poderes públicos; y, en su dimensión subjetiva, determinan el estatuto*

públicos están sujetos a la CE y al resto del ordenamiento jurídico, principio que queda reforzado en el art.53.1”.

“Entre esos mecanismos previstos en la CE para reforzar el artículo 24 destacan como garantías jurisdiccionales, la acción procesal, que se erige como uno de los principales medios de tutela de los derechos y libertades”. En este precepto se reconocen, según la exposición de PÉREZ LUÑO:

a) *“La protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”*.

b) *“La garantía judicial referida al órgano jurisdiccional y concretada en el derecho al Juez predeterminado por la ley”*.

c) *“La garantía del proceso debido (due process law) que, a su vez, se desglosa en los derechos de defensa y asistencia letrada; a ser informado de la acusación formulada; a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías; a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa; a no declarar contra sí mismo; a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia”*.

“Estas garantías, así como la del principio de legalidad penal establecida en el art. 25, tienden a explicitar el alcance de los principios de legalidad y seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9.º 3 de nuestra Ley de leyes, y consustanciales al ordenamiento jurídico de cualquier Estado de Derecho”. Ibidem, págs. 80 y 81.

*jurídico de los ciudadanos, tanto en sus relaciones con el Estado como en las relaciones entre sí”*⁸⁴¹.

Por esta razón, no pocos autores -al abordar el debate sobre el objeto protegido en los delitos contra la Administración de Justicia-, han insistido en la trascendencia que la actividad jurisdiccional tiene sobre la tutela judicial, lo que les ha llevado a señalar directamente el correcto funcionamiento de dicha actividad como el bien jurídico protegido en estos delitos⁸⁴²; este argumento, a su vez, también ha servido a la mayoría de la doctrina para considerar a ciertos intervinientes en los procesos judiciales como garantes obligados de los derechos fundamentales y de la función pública jurisdiccional. En definitiva, a considerar que abogados y procuradores -como colaboradores indispensables de la Administración de justicia-, están especialmente obligados a contribuir en el buen funcionamiento de aquella, de ahí la fiscalización de su actividad y estimar que pueden ser potenciales sujetos activos de los delitos contra la Administración de Justicia.

Por otra parte, hay que decir que, también la indebida aplicación del art. 465 del CP también puede ser causa de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, en este sentido el FJ 2º de la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha de 18 de octubre de 2002.

⁸⁴¹MAGALDI-PATERNOSTRO, Mª J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. págs. 1119 y ss.; CUENCA GARCÍA, Mª J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 70 y ss. PÉREZ LUÑO, AF. ob. cit. págs. 20 y ss.; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 62 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989, 28 y ss.; MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1996, págs. 258 y ss., CARRASCO DURÁN, M. “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, UNED, Madrid, 2020, págs. 13-40.

⁸⁴² CANTARERO BANDRÉS, R. ob. cit. pág. 17; CUENCA GARCÍA, Mª J. *La función ...*, ob. cit., pág. 46.

*“En primer lugar, debe señalarse que como cuestión previa el Tribunal no puede admitir la modificación en las conclusiones definitivas pues la alternativa propuesta es heterogénea (el delito de obstrucción a la justicia se encuentra regulado en el art. 465.2, dentro del Título XX delitos contra la Administración de justicia y el delito que se pretende imputar se encuentra en el art. 556 dentro del Título XXII delitos contra el orden público, sin que entre ambos delitos haya homogeneidad en la conducta del presunto autor, ni en el elemento subjetivo del delito ni en relación al bien jurídico dañado) pero, además, hay que tener en cuenta que la pena que se solicita con esta modificación de conclusiones es mayor que la señalada en el escrito de calificación provisional (pasando de 6 meses a un año de prisión), por lo que se quebranta de forma manifiesta el principio acusatorio y de aceptarse **se vulneraría el derecho del acusado a la tutela judicial efectiva**”.*

En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR⁸⁴³ entendía que la correcta aplicación de la justicia formal, es decir, la función jurisdiccional propia del Poder Judicial encomendada a Jueces y Magistrados para administrar Justicia *“es la única que podía tener un sentido autónomo de protección independiente de los demás poderes del Estado”*; y, al mismo tiempo afirmaba, que proteger la correcta aplicación de la Justicia formal -que se basa en leyes aprobadas por un Parlamento como representante legítimo del pueblo-, *“es lo que permite incluir las conductas de abogados y procuradores considerados como particulares cualificados que operan en la actividad jurisdiccional”*.

⁸⁴³ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 29.

Parece evidente que un sector de la doctrina⁸⁴⁴ y, por supuesto la jurisprudencia⁸⁴⁵, consideran que el bien jurídico protegido en los delitos contenidos en el Título XX del Código Penal debe ser la Administración de Justicia como función estatal de administrar justicia destinada a resolver conflictos sociales a través del proceso (debido); pero también se ha verificado que no todos los comportamientos desleales realizados en el marco del Título XX se producen en el ámbito del proceso, de ahí que CUENCA GARCÍA, ÁLVAREZ GARCÍA y otros autores consecuentemente, sostienen que debemos atenernos a cada tipo delictivo y caso en concreto para escindir cual es el bien jurídico protegido afectado en ese supuesto singular. Y esta, a nuestro entender, debería ser la pauta para seguir siempre que hablamos de delitos contra la Administración de Justicia.

Por su parte, CUENCA GARCÍA realiza un exhaustivo análisis de la tutela judicial efectiva, partiendo de la base de considerar el proceso como una dualidad inescindible⁸⁴⁶-aspecto al que dedica prácticamente una obra completa⁸⁴⁷-, e incluso como único cauce para garantizar la tutela judicial efectiva y estima que la incorrecta intervención de un abogado o procurador puede suponer una limitación para el justiciable de su derecho al acceso a la jurisdicción o, dicho de otro modo, a su derecho a obtener

⁸⁴⁴ CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. págs. 3 y ss. y 47 y ss.; GARCÍA ARÁN, M. en CGPJ, 1997, ob. cit., págs. 280-281.; MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. págs. 1119 y ss.

⁸⁴⁵ SAP de Tenerife de fecha de 23 de septiembre de 2011, establece como hechos probados lo siguiente: *“Una vez que la acusada recibió las actuaciones con la finalidad de presentar escrito de defensa, deliberadamente y con absoluto desprecio hacia la Administración de Justicia, las ocultó, ignorándose su paradero actual, entregando con posterioridad una fotocopia del proceso, en la que no se encontraban ni los originales ni tampoco las fotocopias del documento número 1 aportado junto con la denuncia que dio origen al procedimiento abreviado no 50/2009” ...*, (TOL2.396.576).

⁸⁴⁶ CUENCA GARCÍA, M^a, J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág.44 y 88 y s.s.

⁸⁴⁷ CUENCA GARCÍA, M^a J. *La función de Abogados y Procuradores...*, ob. cit. págs. 25 y ss.

una correcta tutela judicial efectiva ya que, la necesidad de un particular de acudir a profesionales para defender sus intereses legítimos⁸⁴⁸ sitúa a estos últimos como obligados y necesarios para el acceso a la jurisdicción a través del proceso judicial.

Respetando este punto de vista, entiendo que debe matizarse, pues, en todo caso estaríamos de acuerdo en que podría vulnerarse ese aspecto del derecho a obtener la tutela judicial efectiva al justiciable contrario, salvo en los supuestos -a nuestro juicio excepcionales e inverosímiles-, en que el letrado actuase contra su propio cliente, en cuyo caso se produciría un contrasentido, “favorecería -de forma contraria a Derecho-, la tutela judicial efectiva del contrario”. Por esta razón, entendemos que resulta algo arriesgado afirmar con tal contundencia que la actuación desleal de un abogado o procurador constituya siempre una lesión al artículo 24 de la CE en cuanto al derecho a obtener la tutela judicial efectiva por parte de jueces y tribunales. El correcto entendimiento del proceso no puede hacernos perder la objetividad, y una cosa es el respeto a su correcto funcionamiento -y por tanto, de la Administración de Justicia-, y otra la realidad en la arena de los juzgados y tribunales donde se dirimen las contiendas judiciales.

Por esta razón consideramos que si se interpreta la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva desde un punto de vista demasiado purista, se cae en el riesgo de perder el contacto con la realidad y terminar perjudicando el verdadero derecho de defensa que atañe a los contendientes en un proceso, que no es otro que utilizar todos los medios posibles, lo más adecuadamente posible a las normas procesales, para conseguir una sentencia favorable; y, en este sentido, es evidente que una de las formas del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, en cuanto a obtener una resolución conforme a

⁸⁴⁸ La titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce, sin duda alguna, a todas las personas físicas, (SSTC 99/1985 y 115/1987), y jurídicas (STC 53/1983).

Derecho, no siempre va a ser satisfactoria para una de las partes aunque esto resulte una obviedad.

Entendemos que la especial obligación de estos profesionales para con el correcto funcionamiento del proceso y de la Administración de Justicia, va a condicionar desde el principio a una de las dos partes, y ello es así, porque en definitiva se trata de exigir a una de las partes que se “resigne a perder el procedimiento” en beneficio del bien jurídico protegido; o, dicho de otra forma, obligar a una de las partes a sufrir un perjuicio real, como la pérdida de libertad o de bienes patrimoniales, para satisfacer algo intangible que no se puede medir como es el correcto desarrollo del proceso y el buen funcionamiento de la Justicia. Y es que, debemos insistir en este punto, se proceda correcta o incorrectamente a través del proceso, solo una de las partes quedará perjudicada, salvo el supuesto excepcional en que ambas partes queden satisfechas, pero hay una realidad incontestable, si se vulnera el bien jurídico protegido, ni el juzgador, ni sus colaboradores directos en el proceso concreto, ni ningún miembro de los miles que forman parte del entramado que entendemos como Administración de Justicia van a ver perjudicados sus intereses personales o patrimoniales, solo los contendientes en el proceso pueden ganar o perder, esa es la realidad; sin embargo, estaríamos ante lo que ROXIN denominó el concepto material de delito, *“cuya existencia se remonta más allá de la propia codificación y suministra al Legislador un criterio político criminal sobre lo que puede penalizar o dejar impune”*. Dentro de la dogmática del bien jurídico se ha considerado a este como presupuesto de la punibilidad (la exigencia de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos ha condicionado el desarrollo del Derecho Penal moderno). Aunque el jurista alemán reconoce que el concepto material de delito no está rigurosamente precisado -entre otras cosas por la dificultad de definir el propio concepto de bien jurídico-, lo que parece indudable *“es que no se puede limitar a la protección de*

bienes individuales y debe hacerse extensible a bienes jurídicos de la comunidad, como el Estado, las divisas o la Administración de Justicia”⁸⁴⁹.

Es cierto que, a diferencia de otros delitos del Título XX - que no afectaban al proceso, como “la realización arbitraria del propio derecho” (Cap. IV), o los de “omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución” (Cap. II)-, la mayoría de los que forman parte del Capítulo VII sí afectan a la trayectoria procesal; pero incluso respecto de estos, tampoco puede fijarse una clasificación definitiva en torno al momento procesal afectado por cada tipo.

La doctrina a propósito de la sistemática del Título XX, ha sopesado entre otros criterios, -como hemos visto en líneas anteriores-, una clasificación de los delitos del Título XX en función de la fase procesal afectada, y, en este sentido CUENCA GARCÍA sitúa los del Capítulo VII -la obstrucción a la Justicia cometida por abogados y procuradores-, dentro de los que afectan al proceso de forma general; pero lo cierto, es que la actuación desleal, y por tanto delictiva, cometida por estos profesionales se puede producir en la fase pre procesal también, y un ejemplo sería la acusación falsa (escrito de denuncia falso con aportación de pruebas falsas) realizada por abogado o procurador en nombre de un cliente lo que iniciaría un proceso (indebido en este caso) y que afectaría de paso también a la fase probatoria⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 1ª ed., (versión española), Navarra, 1997, reimpresión 2008.

⁸⁵⁰ La Jurisprudencia es clara en este sentido, así el F. J. 2º de la SAP de Toledo de fecha de 18 de octubre de 2002 en alusión a la doctrina del TS sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos establece: *“A través de la prueba practicada en el juicio oral y sometida a los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez procesal, hemos de entender que, no han sido acreditados los elementos constitutivos de tal delito: la persona acusada B.G.C. no ha destruido, ocultado ni inutilizado ningún documento o actuación procesal...”*. En el mismo sentido y en referencia a la trascendencia de la fase probatoria la STS 5606/2003 de 22 de septiembre, en el F.J. 4º, el Alto Tribunal desestima la pretensión

Por lo que, una vez más, nos parece poco recomendable obsesionarse con criterios clasificatorios y sistemáticos poco esclarecedores y optar, en su lugar, por atenerse al supuesto real y concreto de cada caso. Sin embargo, es cierto que la generalidad de la doctrina, salvo excepciones, ha considerado como bien jurídico protegido del Título XX del Código Penal el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, o la función jurisdiccional de la Administración de Justicia y, por tanto, aunque se aborde la temática sin abandonar esa línea consensuada por la dogmática penalista y la jurisprudencia, es preciso hacer hincapié en la idea de analizar cada caso concreto en lugar de fijar un criterio único de bien jurídico protegido válido para todos los casos.

Sobre el contenido esencial de la tutela judicial efectiva debemos entender -en el contexto que estamos-, como tal, un *derecho a que se haga justicia*⁸⁵¹, como una obligación constitucional atribuida a la Administración Pública; el derecho a que las pretensiones formuladas de las partes sean satisfechas por el órgano jurisdiccional con las debidas garantías, pero no a obtener una resolución en cuanto al fondo ni que dicha resolución sea favorable a las pretensiones de aquellas⁸⁵².

de la acusación particular contra un abogado como presunto autor de infidelidad en la custodia de documentos con el siguiente razonamiento: “*El motivo cuarto -respecto sólo del Letrado-también por el mismo cauce que el anterior denuncia como indebidamente inaplicado el delito de ocultación de documentos, volviendo al tema de que el Letrado Sr. Cornelio tuvo conocimiento de la carta de 19 de septiembre enviada por los querellantes recurrentes a los señores Juan Enrique y Pedro. Se incide, de nuevo en el vicio de no respetar los hechos probados, lo que lleva a la desestimación del recurso*”.

⁸⁵¹ CUENCA GARCÍA, M^a. J, *La función de abogados y procuradores*, ob. cit. Navarra, 2007, pág. 70.

⁸⁵² En este sentido el F. J. 1º de la STC 22/1982, de 12 de mayo: “*El art. 24 de la Constitución, según pone de manifiesto su propio tenor literal, consagra el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela de los órganos jurisdiccionales del Estado, que el precepto referido llama tutela efectiva de Jueces y Magistrados, pero que, en definitiva, se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los legítimos intereses se abra y sustancie un proceso y un proceso en el que se cumpla y observen las garantías que el propio precepto enumeró. Este derecho al debido proceso legal no atribuye, como este Tribunal ha tenido ocasión de decir ya en un gran número de ocasiones, el derecho a obtener la satisfacción de la pretensión sustantiva*”.

Es decir, desde una interpretación restrictiva, el derecho a la tutela judicial efectiva comprendería: a) el libre acceso a los órganos jurisdiccionales; b) el derecho a obtener una resolución fundada en derecho; y, c) el derecho a la efectividad de sus pronunciamientos o lo que es lo mismo, la garantía de ejecución de dichas resoluciones.

El derecho de acceso a los tribunales y el derecho de todos a la jurisdicción queda reconocido en las primeras resoluciones -ya históricas-, del Tribunal Constitucional, así: STC 13/81, de 22 de abril; STC 22/81, de 2 de julio; STC 32/82 de 7 de junio entre otras, y, después, intensamente reiteradas de varias décadas⁸⁵³, el derecho a la tutela judicial efectiva cobraría especial importancia en este punto, ya que al ser un derecho exigible por los particulares sitúa a estos en el marco de un proceso cuyo objetivo principal y de manera exclusiva, radica en satisfacer aquel; y parte de un análisis extrayendo el contenido esencial de la tutela judicial efectiva que comprende: el *libre acceso a los órganos jurisdiccionales*, el *derecho a obtener una resolución fundada en Derecho* y, finalmente *la efectividad de un pronunciamiento*, en este sentido las SSTC de 22 de abril y 8 de julio ambas de 1981; STC de 7 de junio de 1982 y 11 de junio de 1983 de las que se extrae la doctrina siguiente:

Por su parte, CARRASCO DURÁN⁸⁵⁴ lo analiza desde otro punto de vista similar y dice:

o de fondo que en el proceso se deduce y tampoco comprende un derecho a que en el proceso se observen todos los trámites (incidentes, recursos, etc.), que el litigante desea, ya que, lo que la Constitución garantiza a todos los ciudadanos es el proceso y las garantías procesales constitucionalizadas”.

⁸⁵³STC 176/1997, de 27 de octubre (TOL80.799); STC 277/1994, de 17 de octubre (TOL82.682); STC 167/2014, de 22 de octubre (DoctrinaTOL4.552.851); STC 92/1997, de 8 de mayo (TOL83.235); STC 60/2017, de 22 de mayo (TOL6.197.336); STC 17/2020, de 10 de febrero (TOL7.795.428); STC 14/1983, de 28 de febrero (TOL79.182); STC 19/1983, de 14/03/1983 (TOL79.186) entre muchas otras.

⁸⁵⁴ CARRASCO DURÁN, M. ob. cit. págs. 19-20.

“Puede decirse, así pues, que existen dos conceptos de tutela judicial, que cohabitan en una relación no siempre armoniosa; Uno, el propio del Derecho procesal, en el que la tutela judicial es la actividad de los órganos judiciales encaminada a la salvaguardia de los derechos e intereses subjetivos amparados por el ordenamiento jurídico, en situaciones en las que aquéllos se ven afectados por conflictos surgidos, ya en el ámbito de las relaciones sociales, ya en el de las relaciones entre las personas y la Administración. En este marco, el órgano judicial cumple con su función de brindar tutela a los derechos e intereses de las personas proporcionando a la controversia la solución adecuada, a través de la aplicación de las normas jurídicas, y previa apreciación de la posición de cada una de las partes afectadas por el caso; El otro es el concepto del Tribunal Constitucional, en el que el derecho a la tutela judicial efectiva se cumple cuando los órganos judiciales dan una solución razonable a los asuntos, entendiendo que dicha solución debe abarcar los momentos del acceso a la jurisdicción, de la tramitación del proceso, de la resolución del caso y de la ejecución de la sentencia firme”.

En este sentido, y en consonancia con la afectación de la tutela judicial efectiva a las partes procesales en los delitos de deslealtad profesional del Capítulo VII, entre la copiosa jurisprudencia se puede destacar lo dispuesto en el fundamento jurídico 3º de la STC 24/1981, de 14 de julio de 1981, que dice: *“A este respecto conviene recordar que este mismo Tribunal en su Sentencia de 22 de abril de 1981, dictada en el recurso de amparo 202/1980, señalaba cómo el art. 24 de la Constitución supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a «obtener una tutela efectiva» de dichos Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”.*

La transgresión de este derecho produciría, a su vez, un efecto en cadena lesionando otros derechos en ella contenidos, ya que la tutela judicial efectiva supone también, que los recurrentes *sean oídos*, así como a *obtener una resolución fundada en derecho* ya sea favorable o adversa⁸⁵⁵ y que el fallo judicial *se cumpla* STC de 7 de junio de 1982. Y reitera en STC 60/1982, de 11 de octubre de 1982⁸⁵⁶, FJ 1º:

“Ello no significa, sin embargo, que el derecho a la tutela de los Jueces y Tribunales pueda cuestionarse en amparo ante este Tribunal cada vez que uno de aquéllos resuelva la inadmisión de una demanda por apreciar una determinada causa de inadmisibilidad, pues este Tribunal ya ha dicho que el derecho a la tutela judicial se satisface "al obtener una resolución fundada en derecho... que podrá ser de inadmisión, o de desestimación por algún motivo formal, cuando concurra alguna causa de inadmisibilidad y así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de la misma" (Sentencia en R.A. 219/1981 de la Sala Primera de 29 de marzo de 1982, "Boletín Oficial del Estado" de 21 de abril de 1982), de donde se infiere que la simple existencia de una Sentencia de inadmisión fundada o razonada en Derecho satisface normalmente el derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales.”

El derecho de acceso a la jurisdicción es -al igual que resto de derechos del artículo 24.1 y 2 de la CE-, *doctrina consolidada* en nuestra jurisprudencia constitucional, y así la STC 60/2017, de 22 de mayo⁸⁵⁷, en su FJ 3º recuerda el deber de acatamiento de dicha doctrina a tenor de lo expuesto en varias resoluciones al manifestar: *“la demanda de amparo fue admitida a trámite por apreciarse que el órgano judicial pudiera haber*

⁸⁵⁵ STC 231/2000, de 2 de octubre de 2000, fundamento jurídico 7º. Otras, SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 156/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2, y la muy reciente STC 204/2000, de 24 de julio, FJ 3º.

⁸⁵⁶ (TOL79.033).

⁸⁵⁷ (TOL6. 197.336).

incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 f)] relativa al derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE)”. Y concluye:

a) “Debe recordarse que, de forma genérica, este Tribunal ha destacado reiteradamente que el acceso a la justicia, consistente en la promoción de una actividad jurisdiccional que desemboque en la decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, forma parte del contenido primario del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. Y dada la trascendencia que para tal tutela judicial tienen las decisiones de denegación de acceso a la jurisdicción, «su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa, de modo que más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente, tal control procede a través de los criterios que proporciona el principio pro actione, entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican» (entre otras muchas, SSTC 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 5, y 91/2016, de 9 de mayo, FJ 3)”.

“En suma, el principio pro actione (de obligada observancia por los órganos judiciales) juega con especial intensidad en los supuestos de acceso a la jurisdicción, impidiendo, por un lado, que interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida; y obligando a los órganos judiciales, por otro, a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin

perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos del acceso a la jurisdicción que garantiza el artículo 24 CE (por todas, SSTC 83/2016, de 28 de abril, FJ 5, y 12/2017, de 30 de enero, FJ 3)”.

Pero frente ámbito restrictivo se puede presentar también una concepción amplia del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que significa que ese derecho de acceso a la jurisdicción (a los jueces y Tribunales), supone también el derecho a ser parte en un proceso con todas las garantías⁸⁵⁸, el llamado proceso debido o *due process law* en el sistema anglosajón.

Sobre la doctrina asentada del TC relativa al derecho al proceso con todas las garantías el FJ 6º de la STC 146/2017, de 14 de diciembre: *“El derecho a un proceso con todas las garantías, que junto con el derecho de defensa se invoca por los recurrentes como vulnerado al haber sido condenados en segunda instancia, tras revisar una previa absolución, ha sido objeto en nuestra doctrina de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” -entre otras-, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto, Ekbatani c. Suecia o de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu c. Rumania”, (ECLI:ES:TC:2017:146).*

En la STC 167/2002 de 18 de diciembre⁸⁵⁹, FFJJ 9 a 11, el Pleno del Tribunal Constitucional, señaló que, *“el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las*

⁸⁵⁸ En este sentido el Fundamento Jurídico 2ª de la STC 18/1981, de 8 de junio, sobre los principios establecidos en el art. 24 de la Constitución dice: *“A tal efecto debe partirse de que el mencionado precepto contempla de forma directa e inmediata, como indica su propio tenor literal, el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y a determinadas garantías de tipo procesal” ... (TOL 110.823).*

⁸⁵⁹ ECLI:ES:TC:2002: 167.

garantías (art.24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción”.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, o 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5)⁸⁶⁰, según la cual, “*resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora, como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3), sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria”.*

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado “*que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una **alteración fáctica** que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración, como es el caso de pruebas documentales” (STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), pruebas periciales documentadas (SSTC 143/2005, de 6 de junio,*

⁸⁶⁰ Véase respectivamente, ECLI:ES:TC:2012:126; ECLI:ES:TC:2013:22; ECLI:ES:TC:2013:43

FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)⁸⁶¹; “o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales” (SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías “cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas” (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

De las resoluciones del Tribunal Constitucional se entiende que los derechos mencionados, entre ellos, el de obtener una resolución fundada en Derecho no significa el de obtener una resolución favorable, sino únicamente ser titular de un derecho a la aplicación de la Ley, en aras de la relación entre el contenido del artículo 24 y el del artículo 9 de la CE, dato que es incuestionable. En este sentido CUENCA GARCÍA considera que quien solicita la tutela judicial efectiva, lo que demanda es la resolución - por parte de los tribunales competentes y a través de un proceso con todas las garantías, o sea, conforme a la legalidad vigente-, de un conflicto que le afecta⁸⁶².

⁸⁶¹ ECLI:ES:TC: 2002:197; ECLI:ES:TC: 2010:1; ECLI:ES:TC: 2005:272; ECLI:ES:TC: 2011:153; ECLI:ES:TC: 2005:143; ECLI:ES:TC: 2011:142.

⁸⁶² Nosotros debemos insistir en no perder de vista el punto de vista subjetivo, es decir, si bien lo que se solicita es obtener una resolución a través de un proceso con todas las garantías, en realidad, lo que espera todo justiciable es que dicha resolución sea favorable a sus intereses más allá de los correcciones legales y formales. (N. del doctorando).

En este sentido se ha pronunciado también la jurisprudencia ordinaria, y así, el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha de 1 de octubre de 2020, en su FJ 2º, párrafo 2º, recuerda: *“Es doctrina constitucional consolidada, por todas Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 155/2007, de 2 de julio, que “el derecho reconocido en el art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva) incluye (...) obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso”.*

Esa motivación encuentra únicamente excepción en los procesos que terminan con la intervención del Jurado, y así, la STS 523/2019, del 30 de octubre de 2019, “cuyo ponente fue el Excmo. Sr. don Antonio DEL MORAL, que explica la cuestión con la brillantez expositiva que caracteriza a su prosa”, dice así:

“[...] es preciso diferenciar entre el deber de motivación que la LOTJ impone al jurado y el que exige de los Tribunales profesionales. Para el Tribunal del Jurado no es que sea suficiente una sucinta explicación (art. 61.1 d) LOTJ); es que es justamente eso lo que le exige la Ley. Sería incluso “alegal” una exhaustiva motivación⁸⁶³.

Por ello algunos autores consideran que delimitando el contenido de la tutela judicial efectiva se elimina cualquier distorsión subjetiva de ese derecho, según sus palabras, *“se objetiviza el mismo, al apoyarse en la aplicación del ordenamiento jurídico, el límite de aquello que se puede exigir constitucionalmente”⁸⁶⁴*, y es que, el desarrollo

⁸⁶³ La cita de esta resolución se hace en el FJ. 2º punto 3º de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño, de fecha de 27 de noviembre de 2019, que resuelve un supuesto de infidelidad en la custodia de documentos por funcionario, pero a los efectos de la incidencia de este delito sobre la tutela judicial efectiva es aplicable -no solo al tipo básico del art. 413 del CP-, sino también para los tipos especiales impropios del art. 465.1 cometidos por abogados o procuradores (N. del A.), Véase, ROJ: STS 3500/2019 - ECLI:ES:TS:2019: 3500.

⁸⁶⁴ CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 98.

del proceso está supeditado a otro concepto o idea, la prevalencia de la *verdad procesal*, como premisa para la aplicación de la ley en la resolución del conflicto y este argumento serviría para entender que el proceso se basa en el principio de contradicción que al mismo tiempo sirve de sostén al derecho de defensa⁸⁶⁵.

Este planteamiento desvelaría el bien jurídico protegido en la deslealtad profesional de las **infidelidades documentales** y la revelación de secretos de los arts. 465 y 466, pues se trata de comportamientos que pueden distorsionar la verdad procesal -que desde esta perspectiva sería el objetivo principal del proceso-, para alcanzar una resolución fundada en derecho evitando la superposición de los intereses privados sobre el interés público en el correcto desarrollo del proceso; por tanto, según la exposición de esta autora se escinde otro bien jurídico protegido cual es el *correcto desarrollo del proceso y la protección de los intereses del cliente*. Aunque una vez más habría que matizar que esto solo sería aplicable a los supuestos en que las actuaciones de abogados

⁸⁶⁵ Sobre el Derecho de defensa resulta revelador el **FJ 1 ° de la SAP de Valencia 585/2012, de 4 de septiembre** que establece: “(...) pues si el delito del que se defendió el acusado se le imputaba una conducta de **destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones...** como reza el art. 465 C.P, aquél por el que fue condenado consiste en perjudicar por acción u omisión los intereses de los clientes... según el art. 467.2 CP”. “Consecuentemente con lo expuesto, procede anular la sentencia impugnada, declarando que al condenar el Tribunal a quo por un delito distinto del que era objeto de la acusación sin relación de homogeneidad entre ambos (...) se ha vulnerado el principio acusatorio, que constituye una de las garantías esenciales del proceso penal con rango de derecho fundamental, ocasionando la total indefensión del acusado, proscrita por el art. 24.1 de la Constitución (...)”. La Sentencia del Tribunal Supremo 1315/05, de 10 de noviembre, reitera estas ideas, “el criterio ampliamente mayoritario de esta Sala (...) se fundamenta (...) **en el derecho de defensa del acusado como garantía constitucional**, lo que exige necesariamente, nos dice la STS. 528/99 de 12 de abril, que el acusado y su defensa hayan podido conocer todos los elementos del delito en los que se apoya la pretensión de la acusación con suficiente base como para poder preparar la prueba y la defensa jurídica contra la pretensión ejercida por la acusación”.

y procuradores afecten al proceso, no siendo válido para supuestos de deslealtad profesional cuya incidencia en el proceso sea nula.

Siguiendo la tesis de CUENCA GARCÍA, el derecho a la tutela judicial efectiva queda satisfecho con el acceso al proceso en el sentido del 24.1; mientras que el art. 24.2 reforzaría aquel derecho con una serie de *derechos instrumentales* entre los que destaca el *derecho de defensa*, y por ello, *la pretensión de una resolución favorable no formaría parte del contenido esencial del mismo*.

En conclusión, considera esta autora que las conductas desleales no solo afectarían a la buena marcha del proceso en particular, sino también a la tutela judicial efectiva como derecho esencial. Este argumento se ve reforzado por cierta jurisprudencia y así la STC 197/1987, de 29 de octubre, en la que se concreta *que los intereses y derechos que reclaman las partes cuando acuden a los órganos jurisdiccionales solo se satisface a través del proceso*. En el mismo sentido; y, aunque los responsables de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva son especialmente los jueces y Tribunales, esa responsabilidad se extendería a otros protagonistas del proceso, abogados y procuradores si con su actuación desleal impiden o dificultan a las partes recibir en plenitud su tutela judicial efectiva⁸⁶⁶.

Las intervenciones de profesionales, por tanto, serían contraproducentes a la tutela judicial efectiva poniendo dificultades a la apertura del proceso promoviendo una dilación para conseguir la caducidad o prescripción de una acción; o actitudes omisivas como la

⁸⁶⁶ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales ...*, ob. cit. págs. 103-104. Quien también refiere STC 90/1985, de 22 de junio, al afirmar que los órganos no jurisdiccionales pueden afectar a la tutela judicial efectiva en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales”.

falta de presentación de un recurso en tiempo y forma o, impedir la ejecución de una resolución judicial⁸⁶⁷.

Otras autoras, como MAGALDI-PATERNOSTRO, GARCÍA ARÁN y PÉREZ CEPEDA, en la misma línea que la anterior, entienden que si el proceso, instrumento que garantiza la función jurisdiccional, se ve afectado -de forma genérica-, por las conductas de deslealtad de abogados y procuradores, ello puede, sin embargo, lesionar de forma específica el derecho a la tutela judicial efectiva⁸⁶⁸.

En todo caso, tal como expone esta autora, el planteamiento podría ser aplicable a los tipos de infidelidad en la custodia de documentos del 465, a la revelación de secretos del 466 y en la doble representación como perjuicio al cliente del 467; sin embargo, una vez más debe insistirse que la búsqueda de un bien jurídico protegido -en este caso la función jurisdiccional-, como criterio único debe relativizarse y lo más prudente es atender al caso concreto. La diversidad de situaciones que pueden producirse tanto en el transcurso de un proceso como antes de este en la comisión de un acto desleal, pueden ser variadísimas. Es más, si se consulta la jurisprudencia, muchísimas sentencias relativas a la infidelidad en la custodia de documentos resuelven asuntos en los que la imputación no se limita a los tipos del art. 413 que regula el tipo básico o el delito especial del art. 465 del CP, sino que suelen ir acompañados de otros tipos concurrentes como la estafa procesal, la falsedad, delito de daños; es decir, sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos o supuestos de obstrucción a la justicia, difícilmente se advierte que

⁸⁶⁷FELIP I SABORIT, D. “Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, 1993, pág. 769 y ss.; ABELLANET GUILLOT, F. “La prevaricación de abogado. Otros delitos cometidos por Abogado en el ejercicio profesional en el Nuevo Código Penal”, Barcelona, 1996.

⁸⁶⁸ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 106; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 62 y ss.; MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. *La prevaricación de abogado y procurador (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)*, Madrid, 1994, págs. 108.

aparezca solo una imputación en base al artículo 465 del Código Penal, pues en el índice o resumen de la sentencia suele aparecer junto a esos tipos delictivos mencionados, no en vano se trata de antepasados históricos de los comportamientos desleales. En estos casos, no solo se produciría una vulneración de la tutela judicial efectiva como derecho protegido en el contexto de un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que las situaciones de concurso con otros delitos de deslealtad profesional suelen ser los supuestos más habituales.

Efectivamente, las acciones de abogados y procuradores tal y como establecen CUENCA GARCÍA y FELIP I SABORIT, pueden afectar a tres aspectos de la tutela judicial efectiva como impedir el acceso efectivo y menos costoso a la Administración de Justicia (retraso en la formulación del escrito buscando la caducidad de la acción); Dificultar la defensa o la obtención de una resolución en un plazo razonable evitando las dilaciones indebidas; o, alterar la efectividad parcial o total de la ejecución del fallo al no promover la ejecución⁸⁶⁹.

Según FELIP I SABORIT⁸⁷⁰, el abogado, en estos casos, se convierte en una barrera entre la Administración de Justicia y el ciudadano en lugar de una vía de comunicación. El argumento de este autor es que el perjuicio causado por esta actuación de los profesionales tiene un doble efecto lesivo; por una parte, se lesiona de forma genérica el proceso debido al no poder garantizar la función jurisdiccional, en conclusión, los derechos contemplados en el art. 24.1 de la CE; y, como consecuencia de ello, se produce una lesión específica el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva o cualquier otro derecho (o de las garantías) contemplados en el art.24.2.

⁸⁶⁹ CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 104 y s.s.

⁸⁷⁰ FELIP I SABORIT, D. ob. cit. págs. 769-785.

Siendo correcto este argumento, debemos insistir en el caso que hemos puesto de ejemplo, en donde se produce una situación verdaderamente paradójica y que debe tenerse en cuenta. Al recibir una revelación por parte de un cliente que puede afectar a todo el proceso tal como hemos explicado, no es precisamente el ciudadano ni la Administración de Justicia quienes tropiezan con el actuar del profesional con una barrera, sino más bien al contrario, el abogado se encontraría, por la revelación del cliente en una difícil tesitura entre los intereses de este y sus obligaciones de lealtad para con la Administración de Justicia, que, como hemos visto, irremediablemente quedaría afectada fuese cual fuese la decisión del profesional al respecto.

3. La posible vulneración del proceso como instrumento de la Administración de Justicia por las actuaciones desleales de abogados y procuradores⁸⁷¹.

A lo largo de este trabajo ya se ha puesto de manifiesto la relevancia de la cuestión procesal en relación con la deslealtad en el ejercicio del Derecho. Baste recordar como ya en el Derecho Romano se creó una particular forma de resolución de conflictos mediante una nueva figura, la *cognitio extra ordinem*, que era aplicable a algunos supuestos del *crimen falsis*, antecedentes primitivos de conductas desleales que desde su origen fueron tratadas como supuestos de falsedad en atención a la clase de delitos. Entonces se pensaba que por la trascendencia de ciertos comportamientos era necesario recurrir a formulas específicas de naturaleza procesal para dirimir ciertas clases de controversias para las que el sistema ordinario parecía insuficiente.

Esa importancia del proceso, -aunque con largos periodos históricos de inexistencia real, teniendo en cuenta que durante siglos prevaleció un sistema inquisitivo

⁸⁷¹ GIMENO SENDRA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2012, págs. 225 y ss. y 263 y ss.

de resolución de conflictos que nada tenían que ver con el proceso actual-, ha ido adquiriendo mayor importancia desde finales del siglo XIX, y, alcanzado su máximo exponente a partir del constitucionalismo, que, en nuestro Derecho se produjo finalmente con la aprobación de la Constitución de 1978, tal y como se acaba de exponer en epígrafes anteriores.

Aunque se ha intentado aclarar que no todas las conductas delictivas del Título XX del CP se dan en el marco del proceso, lo cierto es que para la mayoría de la doctrina se trata del medio más importante en el que la actuación de abogados y procuradores desarrollan su función como colaboradores de la Administración de Justicia, y, por tanto, el ámbito más destacado para analizar posibles conductas penales de estos protagonistas del tráfico jurídico.

Asimismo, si se toma como punto de partida el art. 24 de la CE y se destaca especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva como uno de los más importantes regulados en él, parece ineludible hacer lo propio con el proceso, entendiendo por tal, el escenario principal donde se ejercen o hacen valer los derechos -del art. 24 en general y el de tutela judicial efectiva en particular-, pero también el momento propicio para transgredirlos o vulnerarlos.

3.1 Concepto de Proceso⁸⁷².

Quizás por deformación se suelen utilizar indistintamente los vocablos *proceso* y *procedimiento* como sinónimos para referirse a la misma idea, es decir, al proceso en los términos que emplea el art.24.2 de la CE. Este trabajo hasta el momento no ha sido una

⁸⁷² CARNELUTTI, F. *Derecho Procesal Civil y Penal, II*, Buenos Aires, 1971, págs. 54 y ss. y México, 1994, págs. 309 y ss.

excepción y hemos usado de forma indiscriminada ambos conceptos, aunque en realidad es incorrecto hacerlo. Existe una diferencia entre ambos y no son exactamente lo mismo.

En este sentido, CARNELUTTI distinguió ambos conceptos haciendo una comparación, definiendo proceso como “*conjunto de actos necesarios para conseguir un resultado (en el penal, sería obtener un castigo o absolución), considerados simultáneamente, fuera del tiempo (una fotografía que contiene a todos sus elementos juntos)*”; por su parte, procedimiento, “*sería el conjunto de tales actos considerados en su sucesión, y por eso en el tiempo*” (*se iría en un fluir y, así, en un film, o película, que representa su desarrollo*).

La matización es importante, porque los comportamientos desleales realizados por estos profesionales, y, especialmente la infidelidad en la custodia de documentos puede producirse con independencia del tipo de proceso que sea, civil, penal, laboral o administrativo; pero a su vez, hay que tener en cuenta que cualquier actuación desleal que sea considerada delictiva -en los términos del Capítulo VII, del Título XX del Código Penal-, tendrá como consecuencia la apertura del correspondiente proceso penal⁸⁷³, por lo que entendemos que procede hacer referencia específica a este último en cuanto a características y peculiaridades.

El proceso en sí, dentro del complejo sistema constitucional representado en el art.24 de la CE, tiene sus propios fines y principios en esta materia, al ser considerado como instrumento imprescindible – hasta la saciedad ya reiterado-, en el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido también es variada la posición de la doctrina.

⁸⁷³BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 7^a ed. Navarra, 2012, pág.217. “*El Derecho procesal penal estudia los derechos de los intervinientes en un proceso penal (...) El proceso penal constituye el sistema utilizado para realizar el ius puniendi*”.

3.2 Principios del proceso.

Para ANDRÉS DE LA OLIVA⁸⁷⁴, son principios del proceso o principios procesales las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos (de ahí el término de principio), determinando que sean sustancialmente como son.

Con los principios del proceso sucede algo similar a los principios del artículo 24 CE y la tutela judicial efectiva. Las clasificaciones pueden ser variadas y, en cualquier caso, numerosas y complejas. Por establecer un ejemplo de ello, BARJA DE QUIROGA⁸⁷⁵ en relación con los principios del proceso penal diferencia, nada menos, que cuatro criterios de clasificación:

a) Principios relacionados con la organización del sistema de enjuiciamiento penal, entre los que se encontrarían: el principio del juez independiente e imparcial; el principio de juez predeterminado por la ley, y, el principio de única o doble instancia.

b) Principios relacionados con la iniciación del procedimiento: el principio de oficialidad; principio acusatorio y principio de legalidad/oportunidad.

c) Principios relacionados con la prueba: el principio de investigación formalizada de la verdad; el principio de impulso oficial; el principio de defensa; principio de igualdad de armas; el principio de audiencia, el principio de presunción de inocencia; el principio *in dubio pro reo*; el principio de concentración; el principio de concentración; el principio de inmediación y, el principio de libre valoración de la prueba.

⁸⁷⁴DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción.*, Madrid, 1999, pág. 50; MONTERO AROCA, J. *Principios del Proceso Penal*, Valencia, 1997, págs. 31-36; 71-73 y 137 y ss.

⁸⁷⁵LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Navarra, 7ª ed. 2019, págs. 237 y ss.

d) Principios relacionados con la forma: El principio de publicidad y el de oralidad

Pero alejándonos de tanta complejidad y más acorde con la materia objeto de estudio en este trabajo -la deslealtad profesional de abogados y procuradores-, algunos autores como la profesora CUENCA GARCÍA⁸⁷⁶, han destacado los criterios de clasificación siguiendo la línea de procesalistas como MONTERO AROCA y GIMENO SENDRA⁸⁷⁷.

MONTERO AROCA distingue entre principios comunes a todos los procesos y específicos al proceso civil y penal⁸⁷⁸, estos últimos en base a criterios de necesidad y oportunidad. Para este autor existe proceso cuando entre las partes convergen: *dualidad de posiciones* -que no de partes, ya que pueden ser más de dos partes las que concurren al proceso-, *contradicción o audiencia e igualdad entre las partes*.

En cuanto al principio de contradicción o audiencia que se concreta en el derecho a un proceso con todas las garantías y evitar la indefensión. El principio de contradicción a su vez se sostiene en el derecho de defensa, en la necesidad de ser oído y el derecho de la parte a conocer las cuestiones materiales de hecho y de derecho que pueden afectar a la resolución que ponga fin al proceso. La contradicción, además, sería un eficaz instrumento técnico para garantizar la aplicación exacta de la ley la imparcialidad del

⁸⁷⁶ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 107 y ss.

⁸⁷⁷ GIMENO SENDRA, V. *Introducción al derecho procesal*, 7^a ed. 2012, págs. 273 y ss.

⁸⁷⁸ MONTERO AROCA, J. *Principios del Proceso Penal*, Valencia, 1997, págs. 140 y ss.; Véase también, *Derecho Jurisdiccional, I, Parte General*, Valencia, 2012, págs. 323 a 326. En este sentido, el proceso civil viene presidido por el principio dispositivo de *justicia rogada*; para el proceso penal rige el *principio acusatorio*.

juez. Lo que no solo mejora la calidad de la defensa de las partes, sino que como tal supone un beneficio para el interés público de la Justicia.

En relación con el principio de igualdad proclamado en los art. 14 (*igualdad formal*) de la CE; en relación con los arts. 9.2 (*igualdad material*), 23.2, 40.1 y el 53.2 de la CE, este último -y mencionado anteriormente-, en cuanto establece los mecanismos de protección especiales de los que gozan algunos derechos fundamentales entre ellos el de igualdad⁸⁷⁹. GIMENO SENDRA⁸⁸⁰ sintetiza los principios del proceso y de manera similar distingue entre principios generales comunes o aplicables a cualquier proceso y, que son inherentes a la propia estructura de este; y, un segundo grupo que él denomina principios referentes al objeto procesal: el principio dispositivo referente al orden civil, y el principio acusatorio, referente al proceso penal.

En cuanto al primer grupo, los de contradicción e igualdad, son subsumibles a su vez, en el derecho a un proceso con todas las garantías del art.24.2 CE. Respecto al principio de contradicción señala este autor como notas esenciales del mismo⁸⁸¹:

- a) El derecho de acceso a los tribunales para poder ejercitar los derechos de defensa y acción como paso previo al derecho de acceso al proceso.
- b) La adquisición del *status* de parte, ejerciendo el derecho a la asistencia letrada, y, una vez adquirida tal condición, obtener el derecho a conocer la pretensión, a ser infirmados de la acusación formulada contra ellos (art.24.2 CE), y, finalmente,

⁸⁷⁹ MONTERO AROCA, J. *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, Valencia, 1998, pág.299; *Derecho Jurisdiccional, I*, Parte General, Valencia, 2012.

⁸⁸⁰ GIMENO SENDRA, *Introducción...*, ob. cit. pág. 273; *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, págs. 187 y ss.

⁸⁸¹ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. págs.108 y ss.

c) El derecho a la última palabra en los términos del art. 739 de la LECrim como última manifestación del principio de contradicción.

De igual forma, el profesor GIMENO SENDRA refuerza el principio de contradicción con el de igualdad, en el sentido del denominado principio de igualdad de armas, en donde ambas partes o -como diría MONTERO AROCA⁸⁸², posiciones procesales-, “tengan idénticas posibilidades en cuanto a las cargas de alegación de prueba e impugnación”, en definitiva, hacer efectivo lo dispuesto en los arts. 14 y 24 CE en el sentido de igualdad en la aplicación de la ley procesal y derecho a un proceso con todas las garantías.

En cuanto a los principios referentes del proceso, analiza el principio dispositivo que rige en el proceso civil, un derecho de acción de las partes sobre el derecho material, sobre la pretensión y que entraña, a su vez, la vinculación del Juez a esa pretensión.⁸⁸³.

3.3. Fines del proceso.

Se ha dicho que la función principal del proceso, como instrumento⁸⁸⁴ de la acción jurisdiccional, es la solución de conflictos sociales. Como tal instrumento se distingue su aspecto social, en palabras del profesor LEONE, G.⁸⁸⁵, “*en una armónica visión de la*

⁸⁸² MONTERO AROCA, J. *Principios del Proceso Penal*, Valencia, 1997, pág. 137 y ss.

⁸⁸³ GIMENO SENDRA, V. *Introducción...* ob. cit. págs. 273 y ss. y 278-279.

⁸⁸⁴ LEONE, G. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Vol. 1 º, Buenos Aires, 1989, pág. 3 y 5. “*Es opinión muy extendida que el derecho procesal tiene carácter instrumental, en el sentido de que constituye el medio para hacer observar el derecho sustancial, el instrumento para la aplicación de las normas de derecho sustancial*”.

⁸⁸⁵ En el mismo sentido CALAMANDREI, P. (...) “*para que el órgano judicial pueda llegar a aplicar el derecho sustancial, esto es, a proveer sobre el mérito, es necesario que antes las actividades procesales se hayan desplegado de conformidad con el derecho procesal*”, en *Instituzioni di Diritto Processuale I*,

organización de la vida colectiva, a nadie se le ha ocurrido pensar que el ordenamiento procesal sea un fin y no un medio...". Sobre este aspecto del proceso se pronuncian otros autores, así GIMENO SENDRA, para quien el proceso *"es instrumento de política social o un medio para atenuar las tensiones o los conflictos sociales"*⁸⁸⁶. Aunque esta opinión es cuestionable, ya que entendemos que el proceso es, en sí mismo, es fuente de tensiones, y estas, si bien pueden finalmente atenuarse en cierta medida con la satisfacción de una de las partes, ello no significa que aquellas no se prolonguen en el tiempo, sobre todo para la parte peor parada o, incluso para el beneficiado al final del proceso, que puede ser objeto de alguna venganza por parte del perdedor. En este sentido, abogamos por el viejo dicho: "más vale un mal acuerdo que un buen pleito". Digamos que se trata del medio más civilizado -que no el mejor-, para dirimir controversias.

En la doctrina procesal española se plasmó la idea o concepto de función del proceso como satisfacción jurídica, y, en este sentido, GUASP⁸⁸⁷ matizaba al calificarlo como instrumento de satisfacción de pretensiones, para este autor: *"el proceso aparece, así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra"*. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante un mecanismo de satisfacción, pero de satisfacción evidentemente jurídica y no de satisfacción inter sociológica o social. *"Para el derecho una pretensión está satisfecha cuando se la ha recogido, se la ha examinado y se la ha actuado o se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquel cuya demanda es acogida"*.

Padova, Italia, 1943, pág. 176. Véase también, CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil: (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, Vol. 1º, 1ª, ed. (1936-1940), págs., 38 y ss. y 53 y ss.

⁸⁸⁶ GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos...*, ob. cit. pág. 240. CUENCA GARCÍA, Mª J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág.113.

⁸⁸⁷ GUASP, J. La pretensión procesal, ADC, Tomo I, 1951. págs. 354 y ss.

El razonamiento de este autor nos recuerda a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre una de las coberturas de la tutela judicial efectiva, en la vertiente, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o no. FAIREN⁸⁸⁸ por su parte, añadía la idea de satisfacción de resistencias, al considerar que en el proceso se producía un enfrentamiento entre las pretensiones del actor y la resistencia a estas por parte del demandado (denunciado). Para este autor, la satisfacción procesal debe ser a) jurídica b) objetiva, c) razonada, d) completa o incompleta e) práctica o real, y f) estable: permanente e irrevocable.

En definitiva, la finalidad del proceso es la de dar solución a un conflicto conforme al derecho vigente y a través de los procedimientos legales establecidos en el ordenamiento, con el mayor grado posible de justicia, con independencia de quién sea el beneficiado o perjudicado por la resolución, y de la mayor o menor satisfacción que pueda dar a una u otra de las posiciones o partes del proceso.

Insistimos en que la idea o concepto de satisfacción, debe relativizarse, ya que difícilmente puede darse una satisfacción plena a la finalización de un proceso. Incluso si la parte actora obtiene una resolución favorable, puede que dicha satisfacción no sea completa, al entender que aquella fue insuficiente para colmar sus pretensiones; y que decir del sujeto pasivo, el condenado, quien nunca se verá satisfecho por una resolución contraria a sus intereses por mucho que esta se ajuste a Derecho y sea, en términos objetivos, justa.

Pero la pregunta que queda en el aire a propósito de la comisión de un delito de infidelidad en la custodia de documentos es: ¿qué sucedería si una de las partes, mediante

⁸⁸⁸ FAIREN GUILLEN, V. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Barcelona, 1990, pág. 24; GIMENO SENDRA, V. *Introducción...*, ob. cit. págs..250 y ss. y en *Fundamentos...*, ob. cit. pág. 241.

la comisión de un delito de infidelidad en la custodia de documentos del art.465. 1 del CP, a través de su abogado o procurador, consigue satisfacer sus pretensiones vulnerando el proceso debido? Los supuestos podrían ser varios

Que el autor beneficiado hubiese sufrido un gran perjuicio y la única forma de conseguir justicia fuese transgrediendo el proceso en los términos del 465.1 del CP, debido a las dificultades de obtener pruebas de otra forma. Si la sustracción, inutilización u ocultamiento de los documentos pasase desapercibida para los demás actores del proceso; es decir, si se tomase la justicia por su cuenta sin que fuese descubierto ¿se podría hablar de proceso justo? Objetivamente la respuesta debería ser afirmativa, pues, a los ojos de la Administración de Justicia el procedimiento se desarrolló conforme a Derecho.

Subjetivamente, tampoco podría entenderse que el proceso fue injusto, ya que una de las partes, los autores de la infidelidad documental no descubiertos, aun sabiendo que han actuado contrariamente al Derecho, están convencidos de haber recibido justicia.

4. Concepto general y concepto jurídico de abogado y procurador. El control legal y reglamentario de la actuación profesional de abogado y procurador.

4.1 Conceptos generales

Antes de entrar en la definición legal de abogados y procuradores- y, en coherencia con la dinámica de este trabajo que se aborda desde su inicio desde una perspectiva evolutiva-, es necesario matizar cuales son los conceptos básicos de abogado y procurador, saber que se entiende por tales para, posteriormente, analizar la relevancia de estas figuras en el desarrollo de su profesión y cuáles son sus funciones,”

especialmente en el marco del proceso judicial en general y en materia de infidelidad en la custodia de documentos en particular.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua la palabra abogado tiene varias acepciones:

1) Abogado es el licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos.

2) Intercesor o mediador

3) Persona habladora, enredadora parlanchina.

En la práctica o en la vida real, se podría decir que el abogado son las tres cosas en mayor o menor medida.

En cuanto al procurador, nuestro diccionario otorga hasta seis significados a esta figura, y curiosamente la que nos atañe ostenta el quinto lugar. Así lo define:

1) Que procura.

2) Persona que en virtud de un poder o facultad de otra ejecuta en su nombre algo.

3) En las comunidades, persona por cuya mano corren las dependencias económicas de la casa, o los negocios y diligencias de su provincia. (Recordemos, cuando se analizaba la figura del procurador históricamente que el origen de estos podría estar en los esclavos manumitidos de la sociedad romana, a los que se habilitaba para que se ocupasen de los asuntos de terceros, principalmente de sus amos). No deja de ser curioso que se mantenga esta idea ancestral en nuestra Real Academia de la Lengua sobre la definición de Procurador.

- 4) En las comunidades religiosas, persona que tiene a su cargo el gobierno económico del convento. Y...
- 5) Profesional del derecho que, en virtud de apoderamiento, ejerce ante juzgados y tribunales la representación procesal de cada parte.
- 6) Del Ministerio fiscal.

4.2. Régimen jurídico y definición legal de Abogado y Procurador.

El régimen jurídico de abogados y procuradores se contiene básicamente en sus respectivos estatutos por Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española y se deroga el anterior Disposición derogatoria única:

“Queda derogado el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía (EGAE)”, y consta de 141 artículos, una Disposición Adicional única, cuatro Disposiciones Transitorias, cuatro Disposiciones Finales y la Disposición Derogatoria ya mencionada.

Por su parte, el Estatuto de los Procuradores de los Tribunales de España (EGPTE), aprobado, a su vez, por el R.D. 1281/2002, de 5 de diciembre, el último entró en vigor el 15 de diciembre de 2007. Ambas normas reglamentarias son complementadas por la LOPJ, la LEC y la LECrim.

Varios son los preceptos que definen los conceptos de abogado y procurador en nuestro ordenamiento jurídico. En relación con el primero señala CORTÉS BEQUIARELLI⁸⁸⁹,

⁸⁸⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *“Tratado de Derecho penal español”*, ob. cit. pág. 1087; BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit., págs. 153 y ss.

que el artículo 542 de la LOPJ lo define de *forma estática* al disponer que “*corresponde en exclusiva la denominación y función de Abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos. O el asesoramiento consejo jurídico*”, si bien lo hacía en referencia al anterior Estatuto de 2001.

El actual EGAE, en su 1º artículo explica lo que es la profesión de la abogacía, la forma en que debe ejercitarse y el sometimiento de la misma a una serie de principios y valores en sintonía con lo establecido en la Constitución española en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho; y, en el 4º establece una definición de lo que es abogado.

Artículo 1. “La Abogacía y sus principios rectores”

1. *“La Abogacía es una profesión libre e independiente, que asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas. Los profesionales de la Abogacía deben velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden con respeto a los principios del Estado social y democrático de Derecho constitucionalmente establecido”.*

2. *“La profesión de la Abogacía se ejerce en régimen de libre y leal competencia. Su contenido consiste en la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales”.*

3. *“Son principios rectores y valores superiores del ejercicio de la Abogacía los de independencia, libertad, dignidad e integridad, así como el respeto del secreto profesional”.*

4. *“Los profesionales de la Abogacía deben ser personas de reconocida honorabilidad y, en consecuencia, han de observar una trayectoria de respeto a las leyes, a los principios rectores y valores superiores de la Abogacía, a las normas deontológicas y a las buenas prácticas profesionales”.*

5. *“En el Estado social y democrático de Derecho, los profesionales de la Abogacía desempeñan una función esencial y sirven los intereses de la Justicia, mediante el asesoramiento jurídico y la defensa de los derechos y libertades públicas.6. La Abogacía española proclama su especial compromiso con el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos”.*

En cuanto a la definición de abogado,

Artículo 4. Los profesionales de la Abogacía.

1. *“Son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral”.*

2. *“Corresponde en exclusiva la denominación de abogada y abogado a quienes se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía como ejercientes”.*

Llama la atención la reiteración del párrafo 2 ° poniendo énfasis en la necesidad de estar vinculado a un Colegio profesional, cuestión que ya se menciona en el 1 °.

En este sentido, parece que se despejan las dudas o, al menos, se contribuye a esclarecer la cuestión del sujeto pasivo en el delito de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465.1 del Código Penal, aunque más adelante entraremos más a fondo

sobre la cuestión del sujeto activo del delito. Además, no es la única norma que define a estos profesionales, así la **LOPJ** establece:

Artículo 542.

1. *“Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”.*

2. *“En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa”.*

3. *“Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.*

En cuanto a los procuradores, el R.D. 1281/2002, de 5 de diciembre (cuyo antecesor era el R.D. 2046/1982, de 30 de julio), por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (EGPT), establece el régimen jurídico de estos profesionales, y, de manera similar al EGAE, primero define la procura y posteriormente la figura del procurador/a, y así, el artículo 1º establece.

1. *“La Procura, como ejercicio territorial de la profesión de Procurador de los Tribunales, es una profesión libre, independiente y colegiada que tiene como principal misión la representación técnica de quienes sean parte en cualquier clase de procedimiento”.*

2. *“Es también misión de la Procura desempeñar cuantas funciones y competencias le atribuyan las leyes procesales en orden a la mejor administración de Justicia, a la correcta sustanciación de los procesos y a la eficaz ejecución de las sentencias y demás resoluciones que dicten juzgados y tribunales. Estas competencias podrán ser asumidas de forma directa o por delegación del órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación aplicable.”*

Artículo 3 *“Son los Procuradores de los Tribunales quienes, válidamente incorporados a un Colegio”:* ⁸⁹⁰:

1. *“Se encargan de la representación de sus poderdantes ante los Juzgados y Tribunales en cualquier orden jurisdiccional”.*

2. *“Se encargan del fiel cumplimiento de aquellas funciones o de la prestación de aquellos servicios que, como cooperadores de la Administración de Justicia, les encomienden las leyes”.* De igual manera, **el artículo 543.1 de la LOPJ** dice: *corresponde exclusivamente a los procuradores la representación de las partes en todo tipo de procesos, salvo cuando la ley autorice otra cosa.*

4.3. Requisitos legales

En cuanto a los requisitos, hay que distinguir varios tipos: primero, desde una perspectiva interna, es decir, aquellos fijados en sus respectivos estatutos y la normativa reglamentaria de la abogacía y la procura; en segundo lugar, los establecidos en la normativa de carácter legal como la LOPJ, LEC y LECrim, y que son exigibles a todo

⁸⁹⁰En materia de colegiación, destaca el artículo 6 del Nuevo Estatuto del Colegio de Procuradores de Madrid, aprobado en Junta General Extraordinaria por Orden de 25 de octubre de 2010 (Resolución de 16 de noviembre de 2010, de la Dirección General de Seguridad e Interior de la Comunidad de Madrid).

abogado y procurador para ser considerado como tal y poder ejercer sus funciones, y, por otra parte, el Código Penal y como norma de mayor rango la Constitución, sin olvidar claro está la normativa comunitaria que también contiene leyes al respecto.

En cuanto a los abogados el art. 465.1 -como, ya hemos indicado anteriormente-, exige ostentar esa condición para ser sujeto activo del delito. Lo que llama la atención, es que la LOPJ en su Título II del Libro VII, incluye, junto a abogados y procuradores, la figura del Graduado Social, profesional que no aparece en la redacción del 465.1 del Código Penal y, cuya ausencia en dicho precepto fue objeto de críticas por parte de la doctrina.

Artículo 544. LOPJ.

1. *“Los Abogados, Procuradores y Graduados Sociales, antes de iniciar su ejercicio profesional, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.*

2. *“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”.*

El régimen y requisitos de colegiación vienen regulados en los artículos desarrollados en el artículo 7 y siguientes, dentro del Capítulo II del EGAE.

En cuanto a los procuradores y, en parecidos términos, el EGPE, cuyo Título II, bajo la rúbrica *“De los Procuradores”*, dedica su Capítulo I a establecer los *requisitos* para ejercer la profesión.

Si se analiza toda la normativa relativa a estas profesiones, tanto reglamentaria como legal, se puede advertir que se trata de profesiones, especialmente la abogacía, sometida a un estricto control. Abogados y procuradores, en caso de actuación contraria a cualquiera de todos los preceptos que la regulan, deberán responder, no solamente frente a su respectivo Colegio profesional o ante el juzgado -según se trate de una conducta sancionable a nivel disciplinario o por el Código Penal, sino también ante su cliente, en caso de resultar perjudicado por la actuación de aquellos por razones obvias.

Para la generalidad de la doctrina este requisito de la colegiación supone una restricción al ámbito de aplicación de los delitos comprendidos en el Título XX en general, y en el supuesto del 465.1 en particular⁸⁹¹. En el mismo sentido PÉREZ CEPEDA opina que solo pueden ser sujetos activos del mismo los profesionales que reúnan dichas condiciones y en esos términos, lo que confiere a este tipo delictivo su carácter especial⁸⁹² “*estamos ante delitos especiales, que restringen la posibilidad de la comisión de deslealtad profesional a aquellos sujetos que además de realizar las acciones típicas tengan las cualidades exigidas en el tipo, en este caso, las de Abogado o Procurador*”.

Por su parte, CORTÉS BEQUIARELLI⁸⁹³ va más allá, y considera que la colegiación refuerza la seguridad jurídica en sintonía con el principio de legalidad al afirmar que, “*en la medida que los Colegios Profesionales fiscalizan antes de la*

⁸⁹¹ CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos...* ob. cit. pág.254; MUÑOZ CONDE, F. Valencia, 1995, ob. cit. pág. 808; ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia,1993, págs. 446-447; FELIP I SABORIT, D. *Sobre el tipo objetivo de la prevaricación de abogado*, ob. cit. pág.775. SÁNCHEZ OCAÑA, R. *Código Penal comentado*, Madrid, 1990, pág. 684.

⁸⁹² PÉREZ CEPEDA, A.I. ob. cit. pág. 97; SERRANO-PIEDCASAS, JR. “La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional en el Nuevo Código Penal”, ADPCP, N^o 2, 1996, págs. 415-416; PRIETO RODRÍGUEZ, JI. *Aproximación al Código Penal de 1995*, Tarragona, 1999, pág. 244; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit., págs. 252 y ss.

⁸⁹³ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Tratado...*, ob. cit. pág.1087.

colegiación los requisitos exigidos en cada caso para alcanzar la condición de abogado y procurador, y a los efectos de los tipos aquí comentados, únicamente serán sujetos activos quienes hayan adquirido esa específica condición de colegiados ejercientes y actúen por ello en el ámbito de la Administración de Justicia. De esta manera, no cabe duda de que se refuerza la seguridad jurídica, evitándose recreaciones jurisprudenciales poco respetuosas con el Principio de Legalidad”. En la misma línea SERRANO-PIEDECASAS⁸⁹⁴, para quién desde una perspectiva legal *sólo a través de la colegiación se adquiere tal calidad* de abogado o procurador. Para ORTS BERENGUER,⁸⁹⁵ el requisito de la colegiación supone también, restringir el ámbito de aplicación de estos delitos, y, a pesar de haber obtenido el título de licenciados en Derecho, si no están debidamente incorporados a un Colegio profesional de abogados o procuradores no podrán ejercer las funciones propias reservadas a estas profesionales previstas en sus respectivos estatutos y en la LOPJ.

Pero para hacerse una idea más clara de la sujeción control al que están sometidos estos profesionales, veamos una lista de toda la normativa relacionada con el ejercicio de su actividad profesional. Para ello bastará como ejemplo hacer una exposición respecto a la normativa que afecta concretamente a la abogacía madrileña, así tendríamos:

A) NORMAS BÁSICAS:

1. *Constitución Española*

2. *Ley Orgánica del Poder Judicial* (LO 6/1985, de 1 de julio).

⁸⁹⁴ SERRANO-PIEDECASAS, J.R. ob. cit. pág. 416; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs.255-256; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs.98-99; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, 1995, ob. cit. pág. 808.

⁸⁹⁵ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 255-256; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs.98-99.

3. *Código Penal* (LO 10/1995, de 23 de noviembre).

4. *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, modificada por Ley 50/1998 y sucesivas, Ley 41/1999, de 12 de diciembre Ley 1/2000, Ley Orgánica 4/2003, Ley Orgánica 19/2003, Ley 62/2003, de 30 de diciembre).

5. *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/92 de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre y 28 de diciembre de 1992 y 27 de enero de 1993), modificada por la RD Ley 14/1993 y sucesivas, Ley 6/1997, Ley 29/1998, Ley 4/1999 Ley 24/2001, Ley Orgánica 14/2003, Ley 57/2003 Ley 62/2003 y la actual en vigencia Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

B) NORMAS ORGÁNICAS

1. *Ley de Colegios Profesionales* (Estatal), Ley 2/1974 de 13 de febrero, de Colegios profesionales (BOE de 15 de febrero de 1974). Modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, de Normas Regulatoras de los Colegios Profesionales (BOE de 11 de enero de 1979). Otras normas relativas a los colegios profesionales de carácter estatal, Real Decreto-Ley 5/1996; Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales; Real Decreto-Ley 6/1999, de 6 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia; Real Decreto-Ley 6/2000 de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia de Bienes y Servicios.

2. *Ley de Colegios Profesionales* (Autonómica de Madrid), Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid modificada por Ley 26/1998, de 28 de diciembre.

3. *Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*, Ley 1/1996, de 10 enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE de 12 de enero de 1996) Modificada por Ley 1/2000 de 7 de enero de 2000, y posteriores; Ley 14/2000, de 29 de diciembre; Ley 53/2002, de 30 de diciembre; Ley 7/2003, de 1 de abril; Ley 22/2003, de 9 de julio; Ley 40/2003, de 18 de noviembre; Ley 1/2004, de 28 de diciembre; Ley 16/2005 de 18 de julio.

4. *Estatutos del Consejo de Colegios de Abogados de Madrid*, Resolución de 7 de octubre de 1999, por la que se dispone la publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de los estatutos del Consejo de Colegios de abogados de la Comunidad de Madrid (BOCM 14 de octubre 1999).

5. *Estatuto General de la Abogacía* (EGAE), Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el estatuto general de la abogacía (BOE de 10 de julio de 2001), derogado por el actual Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española

6. *Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid* Decreto 245/2000 del consejo de gobierno de la Comunidad de Madrid por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid. (BOCM de 23 de noviembre de 2000 y BOE de 20 de diciembre de 2000).

7. Normas Regulatoras del Turno de Oficio del Colegio de Abogados de Madrid.

Normas Regulatoras del Turno de Oficio del ICAM, aprobadas por acuerdo de la junta de gobierno de 5 de diciembre de 2005⁸⁹⁶.

C) CÓDIGOS ÉTICOS

1. *Código Deontológico de la Abogacía Española* Código Deontológico de la Abogacía española, aprobado por el pleno de 27 de septiembre de 2002. Modificado por el Pleno de 10 de diciembre de 2002.

2. *Código Deontológico de la Abogacía de la Unión Europea*, adoptado en la Sesión Plenaria del Consejo de Colegios de abogados de la Comunidad Europea (CCBE), de 28 de octubre de 1988 y modificado en las Sesiones Plenarias de 28 de noviembre de 1998, 6 de diciembre de 2002 y 19 de mayo de 2006. Este Código incluye un Memorando explicativo actualizado en la Sesión Plenaria del CCBE de 19 de mayo de 2006. (Carta de Principios Esenciales de la Abogacía europea y Código Deontológico de los abogados europeos)

3. *Normas sobre publicidad del Colegio de Abogados de Madrid.* Normas sobre publicidad del Colegio de Abogados de Madrid (Aprobadas por Acuerdo de Junta de Gobierno de 10 de febrero de 2000. En vigor desde el 1 de abril de 2000). Finalmente, a este grupo habría que incluir, las normas regulatoras del Turno de Oficio del ICAM que contienen su propio código ético y cuya observación o respeto queda reservado a la valoración de los miembros de la Comisión del departamento de Turno de Oficio y de deontología del propio Colegio de Abogados.

⁸⁹⁶Publicadas en la revista OTROSÍ del ICAM, n.º 72, 3ª época, enero 2006.

Una vez que se observa el número de normas que regulan y limitan el ejercicio de la abogacía parece un sarcasmo asumir la redacción del artículo 1 ° del EGAE, al definir la abogacía como una profesión libre e independiente. La amalgama de obligaciones, deberes y formalidades a observar es tal, que se convierte en una de las profesiones más encorsetadas que hay.

CAPÍTULO CUARTO. LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995. EL TIPO BÁSICO DEL 413 CP. ABOGADOS Y PROCURADORES COMO SUJETOS DEL TIPO ESPECIAL DEL 465.1 CP.

I. REPASO PREVIO AL TIPO BÁSICO DEL 413 DEL CP. LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS COMETIDA POR FUNCIONARIOS EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Dentro del Capítulo IV del Título XIX rubricado “Delitos contra la Administración Pública”, el artículo 413 del CP recoge lo que se denomina el tipo básico de la infidelidad en la custodia de documentos realizado por funcionarios públicos. Por las razones ya expuestas, la doctrina se empleó a fondo para trasladar este tipo delictivo a otro Título del Código Penal debido a la incongruencia histórica de mantener en él a sujetos activos que, sin tener la cualidad de funcionarios, realizaban algunos delitos que no tenían acogida en otras disposiciones del texto punitivo, y que desde el punto de vista del principio de legalidad eran discutibles.

Dice el artículo 413:

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

Según la doctrina, estamos ante un delito que debe interpretarse estrictamente desde la perspectiva de la antijuridicidad material, de forma que no se considera realizado

el mismo si el sujeto activo realiza la acción típica pero no causa ningún perjuicio a la Administración Pública, como sería el caso de *sustraer, destruir, inutilizar u ocultar* algún documento o actuación de las que existieran copias. Ello se escinde al considerar - como señala REBOLLO VARGAS⁸⁹⁷-, que el bien jurídico protegido de la infidelidad en la custodia de documentos y la revelación de secretos cometida por funcionarios y regulada en los artículos 413 a 418 del CP, *está constituido por la correcta preservación y utilización de los elementos o instrumentos esenciales para que la Administración pueda cumplir sus propios fines, evitando todo impedimento*; en ese mismo sentido, la STS 72/2001, de 18 de enero⁸⁹⁸.

Se entiende por un sector relevante de la doctrina -por todos ellos CÓRDOBA RODA-, que es necesario que el desvalor de la conducta sea relevante y que afecte documentos que tengan trascendencia para el desempeño de la actividad pública. Por lo que la acción que no suponga un quebranto del interés público deviene atípica, así STS 497/2012, de 4 de julio. De esa forma y siguiendo la doctrina del Alto Tribunal la SAP Madrid de 8 de marzo de 2001 FJ. 2 °:

“Respecto a la acción, hubo un ocultamiento de documentos confiados al acusado por razón del cargo que desempeñaba; ocultamiento que concurre no sólo cuando se esconde un documento en algún lugar donde no puede ser hallado, sino también, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1992 con cita en otras de 26 de junio de 1990 y 9 de octubre de 1991, cuando se guarda o no entrega o se dificulta indefinida y sensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponda su contenido y destino...”

⁸⁹⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. págs. 301 y ss.

⁸⁹⁸ (TOL. 27643).

Esta tendencia a exigir una afectación a la Administración Pública, antaño un *perjuicio a la causa pública* se modificará en forma de *afectación al buen funcionamiento de la Administración de Justicia* cuando hablemos en el siguiente epígrafe sobre la infidelidad en la custodia de documentos realizada por abogados y procuradores del artículo 465.1 del CP.

II. EL TIPO ESPECIAL DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL ART. 465 CÓDIGO PENAL COMETIDO POR ABOGADOS O PROCURADORES EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

1. Introducción.

Actualmente se regula en el artículo 465.1 del Código Penal, dentro del Capítulo VII rubricado con el siguiente tenor literal, “*De la Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad Profesional*” y comparte dicho Capítulo con otros supuestos de deslealtad profesional, como la *incomparecencia en causa criminal* del artículo 463 CP; *delitos contra la libertad, vida, integridad, libertad sexual o bienes de los intervinientes en el proceso* del artículo 464; la *revelación de secretos* del artículo 466 y la *doble representación* del artículo 467, todos ellos dentro del Título XX bajo la rúbrica “*Delitos contra Administración de Justicia*”. En palabras de PÉREZ CEPEDA⁸⁹⁹, el común denominador de los artículos del Capítulo VII, “*está en la posible comisión de una infracción profesional de abogados o procuradores cuando actúan frente a Jueces y Tribunales y en el bien jurídico protegido que es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia a través del proceso*” (...); es decir, el presupuesto básico para que se justifique la intervención penal, es que esas actuaciones de abogados o

⁸⁹⁹ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág.131 y ss.

procuradores distorsionen u obstruyan gravemente el correcto funcionamiento del proceso debido, pues, de no ser así, estaríamos ante infracciones disciplinarias.

No obstante, y a propósito de esa última distinción entre delitos e infracciones disciplinarias quisiéramos apuntar que, aunque el presente estudio esta realizado exclusivamente en clave penalista, salvo las mencionadas remisiones al sistema sancionador, no debemos olvidar otros órdenes jurisdiccionales que también pueden verse afectados por la comisión de actos delictivos cuyo objeto material son los documentos; y, en este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su art. 328 dentro de la sección 4^a rubricada “*De las disposiciones comunes a las dos secciones anteriores*”, relativas a los documentos públicos y privados, todo ello dentro del Capítulo VI bajo la rúbrica “*De los medios de prueba y las presunciones*”, establece el deber de exhibir los documentos a las partes, y, si se destruyen, inutilizan u ocultan estos también se vulnera ese deber. La afectación al proceso por parte de los sujetos activos lo es -como señalaban miembros de la doctrina, entre otros, QUINTERO OLIVARES y CUENCA GARCÍA-,⁹⁰⁰ a procedimientos de cualquier orden jurisdiccional.

2. La especial posición de abogados y procuradores en el proceso

En cuanto a los sujetos activos profesionales del 465.1, ha habido prácticamente unanimidad de la doctrina⁹⁰¹ en calificarlos como colaboradores imprescindibles de la

⁹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Nuevo Código Penal...*, ob. cit. pág. 1986; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág. 33.

⁹⁰¹ BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. pág. 145; MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. ob. cit. págs. 1187-1188; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 302; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades documentales” ..., ob. cit. pág. 34; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 133; BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. págs. 141, 145 y 150.

Administración de Justicia en el desarrollo del proceso, y así lo ponían de relieve MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN en 1983 al referirse al art. 437 de la Propuesta de Anteproyecto de CP -precepto que sería el antecesor directo del actual 465 del CP.

En el contexto de las conductas delictivas que entorpecen u obstaculizan el ejercicio reglado de la potestad jurisdiccional, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 incriminaba, en una doble vertiente dolosa y culposa, determinadas actuaciones llevadas a cabo por abogados y procuradores que inciden directamente en la eficacia, y, en último término, en los fines del proceso.

La razón de tal incriminación hay que buscarla en la relevancia que ostentan dichos profesionales -y especialmente el abogado en el proceso penal-, en el marco de la actual configuración del proceso en el que ostentan la condición de colaboradores imprescindibles del mismo. Este aspecto indudablemente ha sido una de las razones del legislador para dar vida a este nuevo artículo del Código Penal. La relevancia y protagonismo de ambos es lo que ha justificado la necesidad de una regulación específica en torno a ellos en el marco de los delitos contra la Administración de Justicia.

En una línea similar se pronuncia PÉREZ CEPEDA⁹⁰², al considerar que la razón de ser del 465 del CP radica en que abogados y procuradores, infringiendo sus deberes de custodia, guarda y sigilo profesional establecidas en las normas procesales para ellos al ejercer su función ante juzgados y tribunales, distorsionan u obstaculizan gravemente el correcto desarrollo de la actividad jurisdiccional mediante las conductas descritas en el tipo. Para esta autora, el proceso en sus distintas modalidades implica un dialogo permanente entre el Juez y las partes que, generalmente ejercen sus derechos asistidos por

⁹⁰² PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 132.

abogados como directores técnicos del pleito y procuradores como representantes, los cuales “sustituyen” de alguna forma al secretario judicial encargado de la custodia de los documentos y actuaciones al recibir en traslado los mismos asumiendo ese deber de guarda y custodia creándose una nueva situación jurídica.

Este punto de vista ha sido recogido por la jurisprudencia en algunas resoluciones que marcan la doctrina del Alto Tribunal respecto al contenido del 465.1 del Código Penal, y así lo deja claro en el FJ 3 ° de la STS 50/1998, de 12 de enero:

Teniendo en cuenta la indiscutible objetividad de estos hechos, es decir, que el acusado recibió las actuaciones con un determinado encargo, que el mismo no fue cumplido, ni inmediatamente después de asumirlo ni en momento alguno, que era consciente, por su cualificación profesional, de que con su comportamiento violaba un elemental deber de lealtad y colaboración con la Administración de Justicia.

La relevancia de los abogados y procuradores en su actuación profesional en el marco del proceso es puesta de relieve por buena parte de la doctrina penalista. Entre otros autores, CUENCA GARCÍA señala la doctrina del TS⁹⁰³ al recordar el fundamento jurídico tercero de la STS 30 de marzo que establece:

“En el sistema procesal español, el órgano personal encargado del ius postulandi o de la defensa en sentido amplio se compone de dos profesionales debidamente diferenciados en sus funciones y cometidos: el Abogado y el Procurador. El primero actúa mediante la postulación en un amplio sentido, a través de toda clase de alegaciones y peticiones, de palabra y por escrito e intervención en las diligencias de prueba ante los órganos jurisdiccionales y, dentro del orden procesal penal, el que afecte más a los intereses más personales e importantes del justiciable, con la asistencia al detenido y la

⁹⁰³ECLI:ES:TS: 1996:1980.

defensa técnica al imputado. Situado entre el cliente y el Tribunal, debe mantener una constante comunicación con ambos. En la relación jurídica que el juicio o proceso comportan se da un constante diálogo intersubjetivo entre los sujetos intervinientes, donde las partes privadas, activas o pasivas están asistidas de Abogado que dirige su defensa y vela por sus intereses. El Procurador o Procurador causídico, como auxiliar institucional del complejo derecho de postulación, presenta un limitado campo en orden a la tramitación, con entrega de escritos en el Juzgado o Tribunal y recepción de copia de resoluciones, que operan como si se hicieran con la parte misma, siendo un elemento transmisor entre la parte material, el Abogado y el órgano jurisdiccional”.

La autora destaca el papel de estos profesionales en el sistema procesal español⁹⁰⁴, en cuanto al abogado, “*constituyéndose en el órgano encargado del Ius postulandi o defensa; los abogados actuando mediante la postulación en sentido amplio, a través de toda clase de alegaciones y peticiones, oralmente o por escrito e interviniendo ante los órganos jurisdiccionales en las diligencias probatorias, asistencia al detenido, y la defensa técnica al imputado (...) el procurador por su parte, como un auxiliar del complejo derecho de postulación, limitándose a recibir o entregar documentos a las partes, dando fe de su actuación a través de su firma en nombre y representación de la parte”.*

En esa línea la SAP de Tenerife de 23 de septiembre de 2011⁹⁰⁵, en la que se condenaba a una Letrada por infidelidad en la custodia de documentos en su relación con la Administración de Justicia, el FJ 2º razonaba la sentencia condenatoria recurrida por la abogada de la siguiente forma:

⁹⁰⁴ CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág. 34.

⁹⁰⁵ TOL2.396.576

“Y en orden a la infracción de precepto penal, por falta de los elementos del tipo penal, tal motivo tampoco puede tener favorable acogida, ya que habiéndose examinado la concurrencia del objetivo (recepción de los documentos originales como consecuencia del desempeño de la posición procesal que ocupa), en orden a la concurrencia del elemento subjetivo, está claro que la conducta llevada a cabo por la acusada la cometió desde su privilegiada posición de Letrada directora del procedimiento, y negando finalmente haber recibido las actuaciones, cuando consta acreditado lo contrario...”

Otra resolución de la AP de Tenerife no hace sino corroborar la doctrina consolidada en la STS de 12 de enero de 1998, pionera en cierto sentido de la doctrina relativa al art. 465.1 del CP, y cita también las de 9 de octubre de 1991. y 9 de diciembre de 1992⁹⁰⁶.

2.1. El art. 465.1 del Código Penal: ¿delito especial propio o impropio?

En cuanto a la naturaleza del artículo 465 del Código Penal, tanto la doctrina como la Jurisprudencia -STS 2/1998, de 12 de enero, a propósito de la aplicación del art. 465.1 del CP, en su FJ 2º-, nos recuerdan que, ya en la anterior legislación el art. 366 del anterior CP de 1973, la infidelidad en la custodia de documentos ejercida por funcionario tenía carácter especial precisamente porque “solo podía ser cometido por funcionario público”. El art. 465.1. hereda esa condición de delito especial ya que, únicamente abogados y procuradores -como entonces los funcionarios-, pueden ser autores del tipo lo que le otorga su consideración de delito especial. Si bien no se ha dudado en clasificarlo como perteneciente a la clase de los denominados delitos especiales, sin embargo, en cuanto dicha condición especial tampoco la doctrina ha sido pacífica y cada autor lo ha

⁹⁰⁶ EDJ1991/9504 y EDJ1992/12126 respectivamente.

interpretado desde su particular punto de vista. Una vez más, la presencia del segundo párrafo ha venido a complicar la identidad real del artículo 465.1 CP.

Así las cosas, CUENCA GARCÍA, siguiendo la argumentación del Tribunal Supremo afirma que, uno de los elementos comunes de los delitos de deslealtad profesional es la cualidad de los sujetos activos, razón por la cual se consideran delitos especiales; sin embargo, la configuración del artículo 465.2, CP, que habilita a los particulares a la comisión del tipo lleva a un sector de la doctrina a matizar el grado de especialidad y considerar el 465.1 como delito especial impropio a los efectos de distinguirlo del párrafo segundo del citado precepto. Incluso la reiterada Sentencia 2/1998, de 12 de enero, se limita a manifestar ese carácter especial del delito de infidelidad en la custodia de documentos, pero sin matizar si se trata de especiales propios o impropios, polémica que queda en manos de la doctrina-, al decir:

“Los delitos contemplados en los artículos 465 a 466 del CP son delitos especiales que solo pueden ser cometidos por aquellas personas que tengan formalmente y no solo de hecho la categoría de abogado o procurador”.

El Alto Tribunal, en consonancia con el CP, destaca el carácter especial tanto de la infidelidad en la custodia de documentos del 465 así como de la revelación de secretos del 466 cometida por abogados. Pero ambos artículos contemplan la comisión de sendos delitos por particulares lo que, a juicio de la doctrina merece una diferenciación en cuanto al grado de especialidad. En el caso de cometerse por profesionales, estaríamos ante delitos especiales impropios, y, cuando se comete por particulares, simplemente delitos especiales. En este sentido SERRANO-PIEDCASAS⁹⁰⁷, “sujetos activos son el abogado

⁹⁰⁷ SERRANO-PIEDCASAS, JR. La obstrucción a la Justicia...”, ob. cit. pág. 415; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades documentales...”, ob. cit. pág. 41; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. págs. 286 y ss.; PÉREZ CEPEDA, AI., ob. cit. pág.100.

o procurador, que abusan de sus funciones o el particular con ocasión de su intervención en un proceso. Se trata de un delito especial impropio respecto de los profesionales y común para el particular”.

Por su parte, BENÍTEZ ORTUZAR, considera que el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 465 del CP puede considerarse propio e impropio. Según este autor, la estructura del delito en cuanto al sujeto activo da lugar a dos interpretaciones: la primera, que la infidelidad documental cometida por abogados o procuradores (art. 465.1 CP) sería un tipo especial impropio respecto del cometido por particulares para el que no se exige la concurrencia de ninguna cualidad del sujeto activo; pero, por otro lado, se puede interpretar que la infidelidad en la custodia de documentos es un delito especial propio en sí mismo, precisamente porque solo y exclusivamente pueden cometerlo aquellos profesionales que, con abuso de su función reciben los documentos o actuaciones en traslado, y nunca los particulares⁹⁰⁸, en este sentido ORTS BERENGUER⁹⁰⁹ para quien en el art. 465.1 ° y 2 °, en ambos casos, se contempla un delito especial propio. El razonamiento es que quien no interviene como defensor o representante se considera un tercero cuya actuación a los efectos de este artículo sería atípica. Este autor, como recuerda BENÍTEZ ORTÚZAR, hace alusión a la paradójica penalización que reciben los *extraneus* cuando actúan como partícipes del delito del 465.1 cometido por abogados o procuradores, siendo castigados de la misma forma que estos; y, sin embargo, cuando realizan el tipo en calidad de autores le es aplicado el segundo párrafo del 465 y, por tanto, reciben una condena menor, lo que parece incongruente.

QUINTERO OLIVARES, G. considera que, si bien el particular puede lesionar el bien jurídico protegido, es decir, el correcto desarrollo del proceso y sus fines, sin

⁹⁰⁸ BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. págs. 154-155.

⁹⁰⁹ ORTS BERENGUER, E. *Comentarios al Código Penal*, Valencia, 1996, pág. 1943.

embargo, el recibir las actuaciones en traslado con abuso de su función que es un presupuesto típico del delito de infidelidad en la custodia de documentos realizado por abogado o procurador debe descartarse al particular como autor⁹¹⁰.

Para GONZÁLEZ RUS, entre otros, en el art. 465.1 del CP, estaríamos claramente ante un tipo especial impropio respecto del delito común del segundo párrafo perpetrado por quien no sea ni abogado ni procurador⁹¹¹

CUENCA GARCÍA, con razón, atribuye la posibilidad de llenar un vacío legal respecto de la comisión del tipo por particulares a la previsión del legislador al crear el apartado 2º del artículo 465 del CP⁹¹². Pero entendemos que el problema radica -como hemos expuesto anteriormente- en la existencia de un exceso de requisitos que solo son exigibles a los profesionales abogados y procuradores, de no existir tales, no habría impedimento en atribuir el tipo a los particulares no profesionales. En este sentido, nos parece más acertado el razonamiento de esta autora cuando propone haber previsto este tipo de delitos cometidos por particulares de forma individualizada, en lugar de entrometerlo entre los delitos cometidos por profesionales del Capítulo VII del Título XX y entre los cometidos por funcionarios en los términos de los artículos 414.2 y 416 del CP. Es cuestión de puro sentido común. Parece que el legislador, en su afán de no dejar resquicio alguno al vacío legal se ha complicado enormemente la vida, recordemos la redacción del artículo 437 del CP de 1922 al decir, “*Cualquiera que maliciosamente sustraiga o destruya el todo o parte de algún proceso civil o criminal...*”.

⁹¹⁰QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 1ª ed. Navarra, 1996, pág.1986.

⁹¹¹GONZÁLEZ RUS, JJ. *Curso de Derecho Penal español*, Parte especial, 2º, Madrid, 1997, pág. 541 y ss.

⁹¹²CUENCA GARCÍA, Mª J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 294.

El pragmatismo de nuestro primer Código Penal 1822 en este sentido contrasta con la complejidad del actual texto punitivo.

En puridad, cualquier ciudadano puede transgredir el proceso y, por tanto, cometer un delito contra la Administración de Justicia; en el caso de tratarse de un profesional o funcionario, bastaría con contemplar un tipo agravado para tales casos al ser razonable exigirles un plus de responsabilidad por su condición. Entendemos que hubiera resultado más coherente crear un tipo básico respecto de los particulares y, tras ellos, los tipos especiales con el correspondiente agravamiento de las penas, y no al contrario como hizo el Legislador de 1995, creando unos tipos especiales y, después, “meter con calzador” a los particulares.

En el mundo del Derecho, hay una tendencia innata a especializarlo todo, a distinguirse según la titulación o el cargo ostentado en la sociedad, y, a menudo se olvida de lo más importante: el ciudadano, el justiciable, la persona física o, en definitiva, el ser humano como merecedor de derechos. A modo de ejemplo, me parece oportuno traer a colación el Artículo 5.º del EGAE, que bajo la rúbrica “De los tratamientos y patronatos”, establece:

1. *“El Colegio tendrá el tratamiento tradicional de Ilustre, su Decano el de Excelentísimo Señor y los miembros de la Junta de Gobierno el de Ilustrísimo Señor. Dichos tratamientos se ostentarán con carácter vitalicio.*

El Decano tendrá la consideración honorífica de presidente de sala del Tribunal Supremo. La denominación honorífica de Decano se ostentará con carácter vitalicio”.

Esa costumbre se traslada a la propia legislación a la hora de redactar las leyes, y, algunos términos o expresiones como lealtad-deslealtad, fidelidad o infidelidad, que aparecieron en el Derecho Romano hace siglos, se consolidaron durante la Edad Media y

permanecieron reflejadas en los Códigos históricos del siglo XIX, son precisamente eso, conceptos más propios del pasado que de una sociedad moderna donde el objetivo debe ser, pura y simplemente, actuar conforme al Derecho vigente y ahorrarse acepciones que, lejos de facilitar la comprensión de las leyes solo son fuente de controversias y continuas interpretaciones carentes de verdadero interés desde el punto de vista práctico.

El abogado o el procurador y, en general cualquier profesional del Derecho, sea funcionario o no, más que leal o desleal, fiel o infiel, debe actuar profesionalidad y conforme a la ley y los procedimientos establecidos en ella. Del pasado deben quedar, en mi opinión, únicamente aquellas expresiones que son instituciones más que palabras y que son inalterables para el universo jurídico (*iuris tantum*, *iuris et de iure*, *ius cogens*, *motu proprio*, etc.), pero tratar de perpetuar ciertos conceptos con escaso sentido jurídico y exceso de carga ética, es más bien una frivolidad innecesaria, poco práctica e inútil, que además dificulta la efectividad en la aplicación del Derecho en general y se mantienen como rescoldos moralizantes de nuestro pasado decimonónico e incluso medieval; e, incluso, porque no decirlo, también ostentan cierto carácter peyorativo.

La expresión deslealtad profesional solo se contempla en el Código Penal respecto de abogados y procuradores, pero si un Juez o Fiscal incumple sus funciones e incurre en delitos no se merece desleal, simplemente se alude a la prevaricación, el retardo malicioso, el cohecho, etc., es decir, se hace referencia exclusivamente al delito en concreto, pero la deslealtad parece una condición susceptible de ser exclusiva de abogados y procuradores. ¿Tiene esto algún sentido? También se puede plantear a sensu contrario: ¿acaso la deslealtad o la infidelidad por parte de abogados o procuradores no es una forma de corrupción? Una vez más, se hace necesaria, a nuestro juicio, una unificación de conceptos.

2.2. Los presupuestos esenciales del tipo penal del artículo 465.1 CP

Los presupuestos exigidos por el tipo penal vienen descritos en la misma redacción del texto:

“El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años”.

Se escinden tres elementos principales en el tipo penal descrito en el 465.1 en referencia a los profesionales sujetos activos: ser abogado o procurador, abuso de dicha función y haber recibido el objeto material del delito por traslado en aquella condición, de abogado o procurador.

La doctrina es concluyente con la interpretación de la literalidad del primero, es decir, únicamente pueden ser sujetos activos abogados y procuradores⁹¹³.

En cuanto a la cualidad de estos profesionales, para algunos autores, se trata de un requisito de carácter procesal⁹¹⁴ y ello porque precisamente la particularidad de este delito radica en que no solo exige tener la condición de profesional a través de la colegiación en los términos establecidos en los respectivos estatutos de abogados o

⁹¹³ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág.309; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades documentales” ..., ob. cit. pág. 32; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág.145; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. 131 y ss.; Para CORTÉS BEQUIARELLI, el art. 465 presenta tres posibles sujetos activos siendo únicamente abogados y procuradores los sujetos idóneos del tipo, véase, ÁLVAREZ GARCÍA. FJ. ob. cit. pág. 1086.

⁹¹⁴PÉREZ CEPEDA, AI. ..., ob. cit. pág. 135; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P y SOBRINO MARTÍNEZ, AI. *Delitos contra la Administración de Justicia*, ob. cit. pág. 274, GOYENA HUERTA, J. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 280.

procuradores, sino que, “*hayan recibido el objeto del delito en aquella calidad*” y haber actuado “*con abuso de su función*” -abuso de posición procesal, según CORTÉS BEQUIARELLI, y dentro del marco del proceso judicial-, de no ser así, no es aplicable el artículo 465.1⁹¹⁵, para este último autor, la voluntad del legislador al crear este precepto, fue delimitar o precisar una vinculación específica y objetiva entre el autor del delito y el proceso judicial.

Por su parte, PÉREZ CEPEDA considera que la razón de ser de este precepto está en que infringiendo los deberes de custodia, diligencia o sigilo que las leyes procesales atribuyen a abogados y procuradores en el ejercicio de su función ante jueces y tribunales, distorsiona y obstaculizan gravemente el correcto desarrollo de la actividad jurisdiccional mediante la realización de la conducta típica.

En contra de lo que opinan algunos autores, QUINTERO OLIVARES destaca que el objeto del art. 465.1 del CP no se centra en el interés de la parte defendida, sino que el bien jurídico que se protege, “*es la lealtad con la Administración de Justicia a la que funcionalmente también están vinculados el defensor y el procurador cuando actúan como profesionales, y que se deposita en estos profesionales, cuando actúan en el ámbito de aquella, confianza que es conscientemente traicionada aprovechando un trámite procesal*”⁹¹⁶.

⁹¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. *Tratado...*, ob. cit. pág. 1088. CUENCA GARCÍA, M^a J “Las infidelidades...,” ob. cit. pág. 33; PRIETO RODRÍGUEZ, JI. *Aproximación al Código Penal de 1995*, ob. cit. pág. 244; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 135; SERRANO-PIEDCASAS, JR. ob. cit. pág. 416; GOYENA HUERTA, ob. cit. pág. 280; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, ANA. I. ob. cit. pág.274; GARCÍA ARÁN, M. “Obstrucción a la Justicia...”, en CDJ, 1997, ob. cit. págs. 293-294.

⁹¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al Nuevo Código Penal...*, ob. cit.1342; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 151.

En este sentido⁹¹⁷, el FJ. 4 º, párrafo 11 º, del AAP SA 364/2020, de 1 de septiembre: *“Para incurrir en esta infracción es necesario que el abogado o procurador ponga en práctica una actividad procesal”*.

La necesidad de que la realización del tipo se realice en el marco de un proceso judicial también es resaltada por la doctrina, y así, por ejemplo, respecto “al abuso de su función”, se califica este requisito como el *presupuesto* del tipo penal del 465.1 CP; es decir, para la comisión de este delito *“no solo es preceptiva la ostentación de dicha condición como profesionales habilitados para el ejercicio profesional, sino que el tipo penal exige que los sujetos activos -abogados o procuradores-, estén vinculados al proceso y que hayan recibido traslado de las actuaciones porque estén personalmente designados para actuar y que, aprovechándose de esa función profesional en el marco del proceso, realizan la acción típica de destruir, inutilizar u ocultar el objeto”*⁹¹⁸.

Lo cierto, es que la mayoría de la doctrina se inclina por una interpretación extensiva del concepto de proceso, no debiendo limitarse a los de carácter penal, sino a los de cualquier jurisdicción⁹¹⁹. En este sentido se manifiestan los propios estatutos de la abogacía y la procura que habilitan a estos profesionales para ejercer sus funciones en toda clase de procesos y ante cualquier jurisdicción, y la propia LOPJ (véase, art. 3 del EGPT, art. 5.3 del EGAE y 543.1 de la LOPJ), por lo que no tendría sentido limitarlo a un único orden jurisdiccional.

De la ley y sus correspondientes estatutos se desprende que, en el caso de los abogados, estos deben ser los directores técnicos de las actuaciones y estar encargados de la defensa en cualquiera de sus formas posibles; esto es, por designación de oficio o por

⁹¹⁷ECLI: ES: APSA: 2020:364A

⁹¹⁸ CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág.33.

⁹¹⁹ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo II, Madrid, 2004, pág. 2295.

elección particular y, en el caso de los procuradores, que sean los representantes del justiciable en cualquiera de sus modalidades; es decir, designados de oficio, por comparecencia apud acta o, estar habilitados mediante escritura notarial por el particular interesado designador que les habilite para ello en el proceso en cuestión⁹²⁰.

III. ALGUNAS FIGURAS CONTROVERTIDAS QUE ORIGINAN OTRAS MODALIDADES TÍPICAS DIFERENTES A LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS COMETIDAS POR ABOGADOS Y PROCURADORES DEL 465.1 CP. EL APARTADO 2 ° DEL ART. 465.

1. La figura del particular⁹²¹.

Aunque el artículo 465 del CP, se elaboró especialmente para abogados y procuradores, no se puede perder de vista el número 2 del precepto, que contempla la posibilidad de que sean autores los particulares, lo que, sin duda, desdice el fundamento del propio legislador.

“Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la multa será de tres a seis meses”.

Por otra parte, hay que decir que, la inclusión del número 2 en el artículo 465 del Código Penal para supuestos de comisión del delito de infidelidad documental cometido por particulares o, sujetos que no son abogados ni procuradores, ha sido para muchos

⁹²⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 1090.

⁹²¹ CUENCA GARCÍA, M^a. J., “Las infidelidades...”, ob. cit. pág.32; CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 252; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit. pág. 1086; PRIETO RODRÍGUEZ, JI. *Aproximación al Código Penal...*, ob. cit. pág. 244; GOYENA HUERTA, J. *Los delitos contra la...*, ob. cit., pág. 283.

autores otro desacierto del legislador, ya que lejos de aclarar la finalidad del tipo ha complicado su aplicación⁹²². Desde luego no podemos estar más de acuerdo, porque si lo que se pretendía era crear un precepto exclusivo para regular ciertos comportamientos realizados por estos profesionales en el ejercicio de sus funciones ante los tribunales de Justicia y oficinas judiciales, la inclusión de otros intervinientes que no están cualificados profesionalmente en el proceso de alguna forma contradice y desnaturaliza el espíritu inicial con que el legislador pretendió dar vida a este novedoso delito contenido en el art. 465 CP.

Para CORTÉS BEQUIARELLI, en cuanto a la figura del particular, “*es preciso delimitar su alcance en relación a una interpretación integrada y sistemática de los delitos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional*”, y la clave para este autor, está en la falta de mención por parte del Legislador sobre su vinculación al proceso⁹²³.

Sobre la polémica aplicación del artículo 465.2 del CP, los supuestos que son objeto de análisis por la doctrina son básicamente los siguientes: uno, cuando el autor de la infidelidad es un *simple particular* sin condición profesional; otro, cuando se trata de sujetos con la titulación correspondiente de licenciados en Derecho pero, sin embargo, no reúnen todos los requisitos administrativos para el ejercicio, es decir, siendo titulados no están colegiados en sus respectivas corporaciones profesionales; y, finalmente, cuando reuniendo todos esos requisitos -incluso la colegiación-, sin embargo lo son en calidad de *no ejercientes*.

⁹²²CUENCA GARCÍA, M^aJ. “Las infidelidades documentales...”, ob. cit. pág. 41. “Respecto al apartado segundo del art. 465 del CP, debido tanto a su inexacta configuración, como a los olvidos de que ha hecho gala el legislador penal a la hora de determinar los sujetos activos del apartado primero posiblemente nos encontremos bien ante la inaplicabilidad de este precepto, bien ante un tipo cuya única función será de mero cajón de sastre”.

⁹²³Véase, sobre este autor, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. Tratado..., ob. cit. pág. 1091.

Todas estas circunstancias se antojan trascendentes, no solo a la hora de considerar la aplicación de uno u otro artículo -si el 413 o el 465 primero o segundo párrafo ambos del CP-, sino en cuanto a fijar los supuestos de autoría o participación del tipo penal. Surgen así diferentes corrientes doctrinales que derivan, o bien en una interpretación extensiva o material del art. 465, o, excesivamente formalista y restrictiva del mismo que analizaremos más adelante.

Para CUENCA GARCÍA, el tipo previsto en el segundo párrafo sería el delito común correspondiente al delito especial impropio del apartado primero, ya que falta la cualidad de profesional, abogado o procurador; por lo tanto, el sujeto activo del segundo párrafo no puede actuar con abuso de su función y tampoco reciben las actuaciones en traslado, por lo que entiende esta autora en consonancia con GARCÍA ARÁN, que el 465.2 exclusivamente se limita a la acción típica de destruir, inutilizar u ocultar⁹²⁴.

Para GARCÍA ARÁN⁹²⁵ los requisitos procesales del 465.1, haber recibido el objeto, esto es, los documentos, en calidad de profesionales habilitados “*plantea un problema de comprensión*” respecto del segundo párrafo del 465, que establece la posibilidad de cometer el tipo por un particular que, al no ser profesional obviamente no puede abusar de tal condición como tampoco recibir el objeto en traslado por estar designado para ello⁹²⁶.

Un sector de la doctrina defiende la aplicación del art. 465.2, si la conducta delictiva es perpetrada por quienes actúan como si fuesen abogados o procuradores sin

⁹²⁴ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 369 y ss.; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág. 41; GARCÍA ARÁN, M. 1997, ob. cit. pág. 293;

⁹²⁵ GARCÍA ARÁN, M. 1997, ob. cit. págs. 279-300.

⁹²⁶ CUERDA ARNAU, *Comentarios al Código Penal*, Vol. 2^o, Valencia, 1995, pág. 1943. “*El particular del art. 465.2 es un extraneus respecto del 465.1*”.

reunir los requisitos administrativos de colegiación o, si aun reuniendo esos requisitos, se trata de profesionales que, *aparentemente*, son ajenos al proceso judicial -porque no han sido designados para ostentar la defensa o representación del justiciable-, e interceden realizando la acción típica de destruir, inutilizar u ocultar el objeto, se les consideraría particulares y procedería aplicar el apartado segundo del artículo 465⁹²⁷, surge entonces la figura del intruso.

2. La figura del intruso

Si el artículo 465.2 del CP contempla la posibilidad de que el sujeto activo del delito de infidelidad en la custodia de documentos sea un particular que, de alguna forma vinculado o interesado en el proceso, para algún autor se puede incluir en este precepto la figura del intruso que, en estos casos serían los licenciados en derecho no colegiados y licenciados en derecho colegiados, pero no ejercientes⁹²⁸.

Sobre esta figura del intruso, hay que decir que en el anterior Código Penal se contemplaba en su artículo 572 la falta de intrusismo para aquellos sujetos que, sin estar oficialmente colegiados ejercieren las funciones de ciertas profesiones. Por esa razón, las conductas de prevaricación contempladas para abogados y procuradores en los artículos 360 y 361 del ACP eran inaplicables a los que no reunían los requisitos de colegiación, y

⁹²⁷ QUINTERO OLIVARES, G. “Comentarios al nuevo Código Penal...”, 1ª ed. 1996, ob. cit. pág. 1935. “El párrafo 2º abre la posibilidad de que esos mismos hechos sean cometidos por particulares. Evidentemente no parece verosímil que un particular reciba en traslado, y ese es un presupuesto de la acción típica que parece difícilmente obvia. Acaso el legislador ha contemplado la posibilidad de que ese particular realice los actos de destrucción u ocultación de documentos o actuaciones aprovechando el momento en que se encuentren en poder del abogado o procurador”.

⁹²⁸ CORTÉS BEQUIARELLI afirma que, “integrarían este grupo los profesionales intrusos y los colegiados no ejercientes, e incluye en el mismo a los justiciables que, a través de procurador están personados en la causa”, en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 1090.

cuyas actuaciones eran consideradas como una falta a tenor del art. 572 del ACP. Actualmente, tras la desaparición de las faltas del Código Penal, el intrusismo se regula en el art. 403 del CP cuyo tenor literal reza:

“El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviese en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.”

Para CORTÉS BEQUIARELLI⁹²⁹, dijimos que la clave para considerar como sujetos activos a los particulares está en la vinculación de estos con el procedimiento judicial, lo que restringe el ámbito de aplicación de los delitos atribuibles a particulares, ya que el art. 465.1 del CP es claro delimitando el posible autor del tipo al utilizar la expresión *con abuso de su función*. Este autor realiza una interpretación formalista al entender que la ley exige que el abogado esté capacitado y legitimado para actuar, y esto debería entenderse, no solo por lo dispuesto en el art. 465 del CP, sino por lo establecido en los correspondientes estatutos profesionales de abogados y procuradores (arts. 7 y ss. del EGAE y arts. 3 y 8 y ss. del EGPT), que únicamente consideran como tales a aquellos profesionales que hayan cumplido, además de la obtención del correspondiente título de licenciado en Derecho, los requisitos de colegiación. ¿Debería considerarse intrusos a tales sujetos? La respuesta para este autor debería ser negativa, ya que el art. 403 del CP habla de título oficial correspondiente y la colegiación no es un título, sino un requisito administrativo; por tanto, para este autor devendría en aplicación el art. 465.2 debiéndose

⁹²⁹ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. págs. 1087-1088 y 1091.

dar a los licenciados no colegiados o colegiados no ejercientes el tratamiento de particulares. Hacer una interpretación extensiva de las figuras de abogado y procurador sin reunir todos los requisitos legales y administrativos, es para CORTÉS BEQUIARELLI, *incompatible con el principio de legalidad además de incurrir en la analogía*.

Pero esta posición nos parece, cuando menos, controvertida. Si se sigue a rajatabla, se podría dar la paradoja de tener a un abogado ejerciente, pero que está, por ejemplo, suspendido temporalmente por el impago de cuotas al Colegio de Abogados, pero que, a pesar de ello y saltándose las normas internas del Colegio, decide actuar en un proceso. En este caso, siguiendo la tesis de CORTÉS BEQUIARELLI, no estaría actuando, cumpliendo escrupulosamente con los requisitos exigidos, y, por tanto, no se le podría considerar abogado legitimado a los efectos del 465.1 CP. En tal caso, ¿qué sucedería si estando en semejante situación administrativa pudiera cometer alguna de las acciones típicas de dicho precepto, destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones? ¿habría que considerarlo un *extraneus* o particular a los efectos del delito de infidelidad en la custodia de documentos y aplicarle el apartado 2º del art. 465 del CP? En mi opinión una interpretación tan formalista, apoyándose en el respeto al principio de legalidad y para evitar la analogía, no puede sostenerse y sería un arma de doble filo, pues al final la norma pierde en buena medida su eficacia

Un sector de la doctrina, entre otros QUINTERO OLIVARES, critican el excesivo abandono de la legislación penal en favor de criterios corporativistas. Para este autor el desvalor del intrusismo se encuentra en “la invasión del ámbito competencial” por parte de personas que no tienen unos conocimientos específicos; y, por tanto, quienes no poseen esa condición (en este caso abogados o procuradores) no están legitimados para realizar sus funciones. Con la redacción del nuevo precepto 465 CP, se ha puesto en manos de

criterios corporativos o colegiales aquello que debía tratarse desde un punto de vista estrictamente penal⁹³⁰. En definitiva, para este sector de la doctrina la situación del intruso, licenciado en Derecho, pero no colegiado, se encuentra en la misma posición respecto al objeto jurídico⁹³¹.

Para CUENCA GARCÍA la propia redacción del precepto no ofrece dudas. El art. 465.1 que literalmente dice “*el que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare...*” revela la especial situación de quien actúa como tal profesional. El hecho de que se utilice el verbo “interviniendo” antes que el sustantivo “abogado” y a la expresión “abuso de su función” no puede pasarse por alto. En este sentido, para poder abusar de una función ha de desempeñarse la misma y, además, reunir los requisitos legales y administrativos para desempeñarla. Según la tesis formalista, aquellos que no reúnen todos los requisitos legales y administrativos no estarían, en principio, en condiciones de poder desempeñar tales funciones, y, por tanto, abusar de las mismas; sin embargo, entiende la autora que la interpretación debe abandonar criterios exclusivamente formalistas y considera que, quien no estando colegiado interviene en un proceso como si fuese profesional y recibe el objeto material en traslado por aquella condición, en realidad está desempeñando el papel de abogado o procurador a los efectos del art. 465.1, aunque no esté habilitado para ello por falta de requisitos administrativos y, por tanto, debería recibir el mismo tratamiento penal que el abogado habilitado⁹³².

⁹³⁰ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al nuevo Código Penal...*, ob. cit. 1996, pág. 1754.

⁹³¹ SERRANO TÁRRAGA, M^a D. *El Delito de intrusismo profesional*, Madrid, 1997, pág. 37; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 216.

⁹³² CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. págs. 271 y ss.

CORTÉS BEQUIARELLI⁹³³, por el contrario, hace una interpretación extensiva del injusto típico, y considera que, tratándose de delitos especiales, “*si bien cabe su comisión por particulares, a estos se les va a exigir su conexión con la causa en cuyo seno se produce el delito contra la Administración de Justicia porque la voluntad del legislador es que se precise una vinculación objetiva entre autor y proceso judicial (...) por lo que no se encuentra inconveniente en sancionar penalmente a los intrusos o colegiados no ejercientes como particulares*”, que, en definitiva, son los casos que justificaron el segundo párrafo del artículo 465.

Parece que alguna jurisprudencia también ha seguido esta última consideración eludiendo una interpretación exclusivamente formal sobre la condición del sujeto activo y así la STS 5606/2003⁹³⁴ de 22 de septiembre, se pronunciaba sobre un supuesto delito de falsedad documental e infidelidad en la custodia de documentos realizado por abogado en un proceso iniciado por un sujeto que, *no siendo letrado en ejercicio*, dio origen a las actuaciones que llevaron al Alto Tribunal a pronunciarse al plantearse un recurso de Casación y así, en los antecedentes de hecho consta con toda claridad:

“El Sr. José Luis, sin ser Letrado en ejercicio, desempeñaba profesionalmente la representación y defensa de trabajadores ante la Jurisdicción Laboral (...) Tras recibir aquel encargo profesional, Don José Luis redactó y presentó ante el Juzgado de lo social las demandas de despido improcedente a nombre de los dos acusados Sres (...) Fijada la

⁹³³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ., *Tratado...*, ob. cit. pág. 1088; CORTÉS BEQUIARELLI, “*Quedaría por determinar si los profesionales intrusos o colegiados no ejercientes pueden ser considerados subsidiariamente una especie de esos particulares (...), la voluntad legislativa es que se precise una vinculación específica y objetiva entre el autor del delito y el proceso judicial, de suerte que la acción la cometa alguien al que se le atribuye la posibilidad de intervenir como defensor o representante en el proceso*”.

⁹³⁴ECLI: ES:TS: 2003:5606,

fecha de la vista oral de juicio acudió a la misma Don José Manuel ante el fallecimiento de Don José Luis que tuvo lugar el mismo día en que se había fijado la vista correspondiente al despido de Juan Enrique, dictándose sentencias con fecha 17 de junio de 1994 respecto al Sr. Pedro y con fecha 23 de junio de 1994 respecto al Sr. Juan Enrique en las que se declaraban improcedentes los despidos (...)”.

Otros autores también están convencidos de la responsabilidad penal de quien, no estando colegiado, pero siendo abogado actúa cometiendo el injusto típico, así Arribas López, apelando a la expresión “*hay que estar a las duras y a las maduras*”, se entiende que quien así procede no invade profesión ajena como intruso en los términos del 403 del CP, por ello, si no se tiene como intruso a quien ejerce la profesión, pudiendo utilizar la denominación de abogado del art. 1.2 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, se entiende que reúne los requisitos necesarios para ser considerado como tal, y, por tanto, a efectos penales, el requisito de la colegiación no sería definitorio; la colegiación sería un requisito administrativo para poder ejercer, pero no para ser abogado⁹³⁵.

Sobre estas dos posiciones doctrinales, que hemos distinguido como formal y material, debemos decir que, aunque nos parece más coherente la posición flexible y no estrictamente formal a la hora de optar por la aplicación del n.º 1 o, el n.º 2 del artículo 465 del Código Penal, en realidad existe un problema de redacción que dificulta la aplicación correcta del 465 en general. Ese problema no es otro que la propia exigencia de tantos requisitos a la hora de delimitar el tipo. Lo que la doctrina considera como presupuesto o presupuestos básicos del delito de infidelidad en la custodia de documentos, *recibir en traslado, con abuso de su función o, la vinculación al proceso,*

⁹³⁵ JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. pág.157.

son más bien una restricción innecesaria y no una solución a la penalización del delito de infidelidad en la custodia de documentos.

En cuanto al primero, es decir, recibir en traslado, impide la apreciación del delito en supuestos en los que se realicen las acciones típicas sin recibirlos en esa forma, por ejemplo, el abogado que, aprovechando un despiste de la funcionaria estando en el juzgado, se hace con parte o la totalidad del expediente para destruirlo, inutilizarlo u ocultarlo. Es evidente que no los ha recibido en traslado y habrá que considerar que estaríamos ante otro tipo delictivo porque el 465.1 del CP no contempla la *sustracción*, precisamente porque abogados y procuradores solo pueden recibir en traslado para realizar el tipo.

Respecto al abuso de la función, hay que decir que estamos ante una expresión que provoca cierta confusión. A nuestro entender, todo profesional que actúa, en este caso, sobre los documentos o actuaciones de forma ilícita lo hace abusando, al menos, de su condición de abogado. Exigir que lo haga con abuso de su función puede ser, insistimos, un requisito reiterativo, pues si actúa a falta de uno de los exigidos administrativamente como señalaban los defensores de la tesis formalista, además de dificultar la aplicación del art. 465.1 CP, lo único que se consigue exigiendo dicho abuso es poder demostrar que no se hizo con tal carácter, es decir, la posibilidad de salir indemne de la comisión del delito.

Y, finalmente, la vinculación al proceso nos parece otra innecesaria matización pues, si de lo que se trata es de proteger tanto el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia como del proceso, ¿realmente es necesario estar vinculado al mismo? Posiblemente hubiese sido más correcto decir “con incidencia en un proceso”

antes o durante el mismo, en el primer caso evitándolo para beneficio propio y, en el segundo, afectando el buen funcionamiento de este.

Por ejemplo, el supuesto en que un justiciable, inmerso en causa judicial y con abogado, le pide a otro abogado (conocido o amigo) que realice algunas de las acciones previstas en el art. 465.1 (destruyendo, inutilizando u ocultando el expediente), para su beneficio. El abogado amigo no está vinculado al proceso y, sin embargo, ha cometido los actos que constituyen delito de infidelidad en la custodia de documentos, de deslealtad profesional y de obstrucción a la Justicia característicos del 465.1 del CP. ¿Cómo se trataría penalmente ese supuesto? Tampoco recibió en traslado y, a priori, no tiene vinculación directa al proceso. ¿Debería ser tratado como particular en el sentido del n° 2 del 465 considerando que tiene cierta conexión con la causa? Podríamos estar ante supuestos de hurto, robo o daños de documentos públicos, pero no desde luego en la infidelidad en la custodia de documentos del artículo 465 del CP.

Entendemos que el artículo 465 del Código Penal establece una serie de presupuestos básicos que, lejos de garantizar el buen uso de la Administración de Justicia y del proceso, paradójicamente lo que hacen es dificultar dicha protección o, dicho de otra forma, facilitar su transgresión. Ello sin entrar a valorar todavía la total ineficacia que actualmente significa el requisito de *recibir en traslado*, aspecto que abordaremos al final de este trabajo, toda vez, que con la irrupción de los medios telemáticos y la obligación de usarlos en la tramitación judicial hacen que esa recepción ya no sea física y, por tanto, casi imposible de cometer el tipo.

Los profesionales, trabajan con el sistema LEXNET⁹³⁶, envían y reciben todo trámite procesal a través de este sistema y dicho sistema envía únicamente *copias*, los

⁹³⁶ ¿Qué es LexNET? La misma aplicación del Ministerio de Justicia se autodefine de la siguiente forma:

originales ya constan de forma permanente en el juzgado y, por tanto, las posibilidades de afectar al proceso destruyendo, inutilizando u ocultando documentos o actuaciones, simplemente, es casi imposible actualmente. Y decimos casi, porque únicamente podría llevarse a cabo en un supuesto excepcional, si se tratara de un juzgado que, por las razones que sean, tuviese dañado su sistema informático y todavía no hubiese almacenado debidamente los expedientes y estos cayeran en manos de algún abogado o procurador. Pero, aun así, se antoja inverosímil. Volveremos sobre ello al final del trabajo a modo de reflexión final.

3. La relación art. 465.1 y el 413 del CP.

A pesar de las formalidades exigidas a los sujetos activos del artículo 465 del CP, la autoría no está exenta de controversias. Una de ellas se produce respecto a la duda que se suscita a la hora de aplicar el tipo especial del 465 o el tipo básico del 413 dependiendo del autor y del supuesto concreto. Precisamente en este sentido hay que decir que un amplio sector doctrinal ha criticado la no inclusión en el tipo especial del art. 465.1 a protagonistas decisivos en el proceso como el Ministerio Fiscal o los Abogados del Estado, cuyos posibles actos de infidelidad documental quedarían subsumidos en el 413 dedicado a los funcionarios en el marco de la función pública y no de la Administración de Justicia, lo que ha suscitado la desaprobación de la doctrina. También se han echado en falta otros potenciales intervinientes en el proceso como son el graduado social, peritos, intérpretes, traductores e, incluso, el médico forense, quien documentalmente debe corroborar con total objetividad los detalles de cualquier estudio que realice sobre

“El sistema LexNET es un medio de transmisión seguro de información que mediante el uso de técnicas criptográficas garantiza la presentación de escritos y documentos y la recepción de actos de comunicación, sus fechas de emisión, puesta a disposición y recepción o acceso al contenido de los mismos”.

personas u objetos y de cuya veracidad puede depender un fallo judicial posterior. Surgen así, posibles figuras como la del intruso. Examinaremos los diferentes supuestos que han provocado debates y controversias en la doctrina penalista.

Decíamos en la introducción a este epígrafe, que el art. 465 fue objeto de críticas doctrinales, además de por su contenido también por sus carencias o ausencias, en cuanto a no incluir en su redacción a otros protagonistas imprescindibles en el proceso judicial, por ejemplo, otros funcionarios de la Administración de Justicia y más concretamente el mismo Ministerio Fiscal o el abogado del Estado.

Ya en 1983 en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal, MAGALDI-PATERNOSTRO y GARCÍA ARÁN señalaron esta omisión del legislador sobre la no inclusión del Ministerio Fiscal al considerar que, además de ostentar la misma situación procesal que abogados y procuradores, el Ministerio Fiscal debido a su función estatal de administrar justicia como garante de la legalidad (art. 124 CE), está obligado por específicos y especialísimos deberes⁹³⁷. Esta circunstancia, es decir, la no inclusión del Ministerio público en el art. 465.1 y su permanencia en el art. 413 del CP como autor de un delito contra la Administración pública -y no de Justicia-, supone una ausencia injustificada de imputación y, por tanto, una desprotección parcial de la eficacia del proceso. Desde luego resulta chocante que el Ministerio Fiscal, siendo uno de los pilares de todo proceso y especialmente vinculado a este cuando intervienen colectivos vulnerables como menores o víctimas de violencia de género no tenga una presencia clara en el Capítulo VII del Título XX. Al margen de la diferencia que pueda haber en la pena entre ambos artículos 413 y 465.1 lo cierto es que el Ministerio Fiscal debería

⁹³⁷ MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M. 1983, ob. cit. pág. 1189; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 311-312; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades ...”, ob. cit. págs. 32-33.

considerarse a todos los efectos un integrante de la Administración de Justicia en el sentido del Capítulo mencionado, y no se explica su ausencia del art. 465 cuando en el art. 466 si aparece mencionado como posible autor de un delito de revelación de secretos, es incongruente. El Ministerio Fiscal es el único funcionario público que no puede prevaricar, lo cual parece cuando menos insólito, pues tratándose del defensor de la legalidad por mandato constitucional (art. 124 CE), consideramos que es otorgarle un privilegio injustificado y una carta blanca a la impunidad

Igualmente, otros autores se han pronunciado en cuanto a la parquedad del art. 465 del CP en materia de autoría, en este sentido BENÍTEZ ORTÚZAR⁹³⁸, al considerar que su redacción no fue fiel al objetivo inicial perseguido por el mismo cuando se redactó, y entienden que debieron incluirse a otros protagonistas como los Auxiliares de la Administración de Justicia o el propio Ministerio Fiscal que, siendo este último uno de los principales intervinientes en un proceso judicial, de realizar actos de infidelidad en la custodia de documentos se consideraría un delito del tipo básico regulado en el 413 del actual Código Penal -cuyo antecesor era el artículo 364 del Texto Refundido de 1973⁹³⁹ dentro del Capítulo V del Título XIX contra la Administración Pública-, pero no contra la Administración de Justicia, y expone este autor:

“lo primero que sorprende...es que en este caso se haya limitado a incluir las conductas de los particulares cualificados colaboradores de la Administración de Justicia (465.2), y se haya dejado en el ámbito del Capítulo XIX del Libro II del Código penal, las mismas conductas llevadas a cabo por funcionarios públicos que desempeñan

⁹³⁸BENÍTEZ ORTUZAR, IF. ob. cit. págs. 146-147.

⁹³⁹ Ibidem. A modo de ejemplo el autor nos recuerda la STS de 2 de abril de 1971 respecto del Secretario Judicial, la STS de 6 de marzo de 1995 referente a los Auxiliares de la Administración de Justicia y las SSTS de 28 de enero y de 7 de mayo de 1997 en relación con el Oficial de la Administración de Justicia de Justicia.

su función en el desarrollo del proceso judicial, incluso cuando son realizadas por sujetos que tienen la obligación de velar por el buen funcionamiento del mismo, como es el caso del Ministerio Fiscal”⁹⁴⁰.

Para CORTÉS BEQUIARELLI, el legislador excluyó a los funcionarios del art. 465. 1 del CP porque, obviamente, ya estaba contemplado este delito cometido por funcionarios en el art. 413 del CP, considerado el tipo básico de la infidelidad en la custodia de documentos. Opina que, actuando con distinto criterio, al valorar las posibles conductas de infidelidad documental, el legislador no ha estimado oportuno considerar las cometidas por funcionarios en el marco de los procesos como si fuesen delitos contra la Administración de Justicia y señala también la diferencia con respecto al 466 del CP sobre revelación de secretos sumariales. Este autor, echa de menos también, la falta de un supuesto agravado de estos comportamientos cuando afectan a la causa pública -criterio que fue esencial en los códigos históricos estudiados con anterioridad-, y que, sin embargo, si aparece contemplada en el art. 417.2 para el supuesto genérico de revelación de secretos de autoridad o funcionario.⁹⁴¹

Por su parte QUINTERO OLIVARES⁹⁴², sobre las conductas descritas en el art. 413, opina que plantean innumerables problemas de delimitación, no solo con los propios delitos del Capítulo IV del CP, sino también con otras figuras delictivas como para considerarlas además en el marco de la Administración de Justicia, y el legislador ha optado por incardinarlas en el Capítulo IV como delito contra la Administración Pública. Paradójicamente, sin embargo, en el delito de revelación de secretos del 466 -delito contra

⁹⁴⁰CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág. 32; ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 1089-1090.

⁹⁴¹ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 1090.

⁹⁴²QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 9^a ed., 2011, pág. 1732.

la Administración de Justicia-, el legislador difiere de criterio al incluir en su segundo párrafo la posible comisión del tipo por el Juez, el Ministerio Fiscal, el Secretario Judicial o cualquier otro funcionario de la Administración de Justicia, imponiendo para estos las penas previstas en el art. 417 del CP en su mitad superior.

Los tribunales por su parte no han dudado en aplicar el art. 413 cuando la infidelidad en la custodia de documentos se lleva a cabo por el Ministerio Fiscal u otro funcionario, y así, en el caso de una acusación contra la Fiscalía de la Audiencia Nacional por la destrucción de una denuncia como delito de infidelidad del 413 del CP cometido por el Fiscal Juan Miguel. Procesado este funcionario por un delito de infidelidad en la custodia de documentos y otro de omisión del deber de perseguir determinados delitos, la Sala segunda del Alto Tribunal en Auto de fecha de 31 de octubre de 2019 se pronunció aplicando el 413 del CP y no del 465.1.

4. El Abogado del Estado

Una situación algo más compleja es cuando quien realiza la acción típica es un Abogado del Estado -y, por tanto, también funcionario-, pero en este caso las dudas surgen además por su *condición de Letrado que recibe los documentos o actuaciones por traslado en el curso de un proceso.*

Esta circunstancia puede provocar que si la realización de los actos de destruir, inutilizar u ocultar se realiza por un Abogado del Estado, que es funcionario, se produciría una situación concursal de normas o delitos, según que supuestos.

La mayoría de la doctrina estima que puede darse un concurso de delitos, pero no de normas. Para CORTÉS BEQUIARELLI está claro que queda excluido el concurso de leyes al no estar contemplado en el artículo 465.1 (infidelidad en la custodia de

documentos) la comisión por parte de funcionarios -a diferencia del artículo 466 (revelación de secreto)-por ello desestima la posibilidad del concurso normativo, y considera que lo que se produce, en todo caso, es un concurso de delitos entre la infidelidad en la custodia de documentos con el de daños por ejemplo, y cita la STS 60/1998, de 27 de enero.

Otros autores consideran la posibilidad de un concurso de delitos de infidelidad en la custodia de documentos del art. 465.1 CP y el de encubrimiento del art. 451.2 del CP. Sería el supuesto de un abogado o procurador que, teniendo conocimiento en la comisión de un delito, pero sin haber participado en el mismo, proceda a realizar alguna de las acciones descritas en el tipo, esto es, destruir, inutilizar u ocultar para que no se descubra la comisión de aquel⁹⁴³

Por contra, CUENCA GARCÍA si contempla la posibilidad de que se produzca un concurso de leyes entre el 413 y el 465.1 del CP, y el argumento de esta autora es que el Abogado del Estado actuando como director técnico de la Administración recibe en esa calidad el objeto material y, al mismo tiempo, desempeña una función pública cuando interviene como tal de la misma forma en que se considera pública la actuación del abogado del artículo 465.1 CP en relación con el proceso, por tanto, este último precepto se impondría por el criterio de especialidad del artículo 8.1 del CP.

También BENÍTEZ ORTÚZAR⁹⁴⁴, defiende la posibilidad de un concurso de normas cuando se trata de un Abogado del Estado, pero en el sentido del art. 8.4 del CP,

⁹⁴³ En este sentido, SERRANO-PIEDRECASAS, JR. en “La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional en el Nuevo Código Penal”, en ADPCP, n.º 2, 1996, pág. 416 y PÓVEDA PERDOMO, A. “Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995”, Salamanca, 1997, pág. 196.

⁹⁴⁴ “Respecto al abogado del Estado que como tal actúa en juicio, cuando ejecute la destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones procesales de las que recibe traslado en calidad

invocando el *criterio de alternatividad* y, dada la mayor gravedad deviene en aplicación el art. 413 del CP. Según este autor, es cierto que el tipo del 465.1 es ley especial respecto del 413, desde el punto de vista del bien jurídico tutelado en ambos delitos. En el primero sería el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en el desarrollo de un proceso judicial concreto, que tiene un carácter más específico que el correcto funcionamiento de la Administración pública que sería el tutelado en el art. 413 del CP; sin embargo, señala este autor que podría hacerse una interpretación inversa, es decir, considerar delito especial al art. 413 respecto del 465.1, ya que el sujeto activo del primero reúne la cualidad de funcionario, por esta razón, BENÍTEZ ORTÚZAR estima la necesidad de acudir a ese criterio de alternatividad, y dada la mayor gravedad de la pena del 413 aplicar este último.

Por su parte MAGALDI-PATERNOSTRO ⁹⁴⁵, considera que, a pesar de que los Abogados del Estado no están colegiados, deben considerarse también posibles sujetos activos del 465.1 ya que, como defensores y representantes de una de las partes, el Estado, en cualquier tipo de proceso, afectan al bien jurídico protegido, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Para estas autoras, abogado del Estado y abogado particular, no protegen bienes jurídicos diferentes, pues el primero cuando actúa en un proceso desempeña la misma función de carácter público que cualquier otro letrado y no lo hace expresamente como funcionario, sino como interventor en un proceso en defensa de una de las partes, y en este sentido, el art. 465.1 contiene de manera sobrada el desvalor de la infidelidad documental en relación con el proceso cometida por el Abogado del Estado, por tanto, descarta la solución del concurso de leyes del art. 8.4 del

de abogado de la Administración en un proceso concreto, entiendo que debería aplicarse el tipo del art. 413 del CP, que -casualmente-, se convierte en Ley preferente respecto del art. 465.1 del CP". Así BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 149.

⁹⁴⁵ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 264 y ss.

CP por el criterio de alternatividad y sostiene más bien la consideración de un concurso de leyes en virtud del art. 8.1 por criterio de especialidad debiéndose aplicar el art. 465.1 del CP en lugar del 413.

IV. OTROS POSIBLES SUJETOS Y MODALIDADES TÍPICAS DE INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS AUSENTES EN EL ART. 465 DEL CP

También se ha manifestado la doctrina respecto de otros posibles intervinientes en el proceso que bien hubiesen podido integrar el elenco de autores del art. 465 del CP. De hecho, antes de ver la luz el novedoso artículo 465, durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, se planteó la posibilidad de incluir otros sujetos activos en el artículo 465 lo que fue objeto de debate parlamentario presentándose varias enmiendas que fueron rechazadas.

BENÍTEZ ORTÚZAR, hace un resumen recordatorio de aquellas sesiones del Congreso de 1995 sobre este particular. Así, por el Grupo parlamentario de Coalición Canaria se propuso la inclusión del Graduado Social y del Médico forense junto a procuradores y abogados, y, en otro apartado la del Juez, Magistrado, Representante del Ministerio Fiscal y cualquier otro funcionario al servicio de la Administración de Justicia. En sentido opuesto, es decir, de reducir posibles sujetos activos, el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió, que optó por dejar al abogado como único sujeto activo del art. 465.1. Ninguna propuesta fructificó⁹⁴⁶.

Lo mismo podría decirse también de otros intervinientes en el proceso, como los peritos e intérpretes. En cuanto a los intérpretes, en el transcurso de las últimas décadas,

⁹⁴⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 143.

han adquirido gran protagonismo en los procesos debido a la ingente llegada de numerosos ciudadanos extranjeros de muy diversas partes del mundo, lo que ha provocado que de pronto hayan concurrido una importante diversidad de lenguas e idiomas cuya traducción en los diferentes trámites procesales como las declaraciones ante el Juez recogidas documentalmente por el secretario judicial, exigen la presencia de intérpretes para llevar a cabo su función de traducción de las declaraciones y garantizar la precisión y fidelidad del proceso. Ya vimos en el texto penal francés como se exigía a los intérpretes la veracidad en sus traducciones pudiéndose constituir en sujetos activos de falsedad documental si tales traducciones no se ajustaban a la verdad. En este sentido, los grandes olvidados del artículo 465 de nuestro Código Penal, entre otros, el graduado social, peritos e intérpretes o traductores.

1. El graduado social ⁹⁴⁷.

Otra figura cuya ausencia se reclama en el artículo 465 ha sido la del graduado social o especialista en relaciones laborales, quienes tienen facultades de representación en el ámbito laboral⁹⁴⁸. Igualmente deben estar colegiados y están sujetos a derechos y deberes, por lo que, de haber sido considerados posibles sujetos activos del artículo 465 del CP, también hubiesen suscitado el debate sobre la aplicación del 1º ó 2º apartado en función de haber cumplido o no con todos los requisitos exigidos en su normativa. Ciertamente, no tiene sentido que quienes pueden asistir en la jurisdicción laboral a lo largo de un proceso estén fuera de la aplicación del art. 465. 1, toda vez que en dichos

⁹⁴⁷ Real Decreto 1415/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales.

⁹⁴⁸ Artículo 18 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

procedimientos reciben los documentos y actuaciones como si de un abogado o procurador se tratase y su conducta quedaría subsumida en el art. 465.2 CP⁹⁴⁹.

Esta figura fue reivindicada por el Grupo Parlamentario Coalición Canaria durante la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del CP de 1995⁹⁵⁰.

Estos profesionales forman un colectivo regulado de manera similar a los abogados y procuradores. Mediante el Real decreto 1415/2006, de 1 de diciembre se aprobaron los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Graduados Sociales. Les son de aplicación, por tanto, el artículo 36 de la CE, la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales; la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio que modifica la LO 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. La capacidad de representación y defensa en el ámbito laboral de los graduados sociales viene determinada dentro del Capítulo II, Título II, del Libro I de la Ley de Jurisdicción Social; en este sentido el artículo 18.1 establece, “*Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles*”. Igualmente, el artículo 19. 2 referido a las demandas de más de diez actores exige que sean representados por abogado, procurador o graduado social colegiado, uno de los demandantes o un sindicato. Curiosamente, siempre que la ley se refiere a estos profesionales como representantes añade la expresión “colegiados”, lo que no sucede con abogados y procuradores.

⁹⁴⁹ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 281.

⁹⁵⁰ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 149; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 98; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 280 y ss.; GARCÍA PLANAS, G. “Prevaricación de abogados y procuradores”, ADPCP, 1994, pág. 39; PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 98. ABELLANET GUILLOT, F. “La prevaricación de abogado” ..., ob. cit. pág. 192. Véase, Enmienda n^o 1067, del GPCC, Congreso Diputados, Serie A, n^o 77-6, de 6 de marzo de 1995, pág. 380.

2. Peritos/Médicos forenses

La Real Academia Española define al perito, como *“un entendido, experimentado, en una ciencia o arte, así como el poseedor de conocimientos científicos, técnicos o prácticos, que, bajo juramento ante los tribunales de justicia, expone y desarrolla los conocimientos de su especialidad”*.

En la propia web de la Agencia Española de Peritos Judiciales⁹⁵¹ se afirma que *“la profesión del Perito Judicial en España es una exigencia derivada del artículo 9.3, 24 y 103 de la Constitución Española: estos profesionales son Auxiliares (operadores técnico-jurídicos) fundamentales de la justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía en el art.24 CE”*. Y, partiendo de la definición de que el diccionario de la RAE hace, expone, *“son profesiones aquellas que se caracterizan por la aplicación de conocimientos y técnicas propias de una ciencia o rama del saber para el ejercicio de las cuales es necesario estar en posesión de conocimientos técnicos específicos y, en su caso, cumplir otras condiciones habilitadoras establecidas por la ley”*.

Hay que decir, que la profesión de perito judicial viene regulada por la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C. 1/2000), y más concretamente entre los artículos 335 y 352, ya que se trata de la ley que regula los procedimientos judiciales civiles y los medios de prueba. En el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedan perfectamente reflejados aquellos requisitos concretos que todo perito judicial deberá cumplir para poder desempeñar dicha labor:

1. *“Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén*

⁹⁵¹ <http://www.peritacion-judicial.es/legislacion.html>

comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias”.

2. *“Podrá asimismo solicitarse dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia. También podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello”.*

3. *“En los casos del apartado anterior, la institución a la que se encargue el dictamen expresará a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo, a las que se exigirá el juramento o promesa previsto en el apartado segundo del artículo 335”.*

El artículo 299 LEC, recoge cuáles son los medios de prueba que pueden llevarse a cabo en un juicio. Dichos medios de prueba son: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos (299. 4 º), reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. También la LECrim hace alusión a esta figura en relación con el informe pericial en sus arts. 456 a 458 y en cuanto la prueba pericial queda regulada en sus arts. 724 y 725⁹⁵².

Precisamente por el carácter probatorio de sus actividades, el perito puede convertirse en sujeto activo del art. 458 del Código Penal que regula el “*falso testimonio*”, pero la naturaleza de su infracción, si se produce en el marco del proceso sobre algún soporte documental con trascendencia negativa para el desarrollo de este, sin duda podría haber ocupado un lugar en el art. 465, pues si a abogados y procuradores se les exige deber de custodia respecto a documentos y actuaciones, no hay razón para no hacer lo

⁹⁵²MARTÍN NIETO, P. (Coord.) en *Procesal Penal*, Memento Práctico, AA. VV., 2016, págs. 357 y 493.

propio con los peritos, cuyos informes de carácter probatorio pueden ser trascendentales para el devenir del proceso.

Así, el art. 459 del Código Penal establece⁹⁵³: *“Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos e intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años”*.

Dentro de este grupo en tanto profesionales especialistas cuyos informes pueden ser trascendentales en el marco de un proceso o investigación con efectos judiciales debemos incluirlos médicos forenses o facultativos de cuyos dictámenes puede depender la calificación del tipo penal y por supuesto el nivel de responsabilidad o culpa del procesado o de las víctimas de un delito.

3. Intérprete/traductor.

En cuanto a la figura del intérprete o traductor, ya vimos su trascendencia en otros ordenamientos extranjeros y en la legislación española su presencia también avala el derecho a un proceso con todas las garantías. *“Nadie puede defenderse ni ser informado de lo que no comprende, ni actuar en un proceso en el que se utiliza un idioma que le es desconocido”*. Su inclusión en el contenido mínimo del proceso justo está presente en la normativa internacional, “art. 6.3 e) del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950” y “el art. 14.3 f) del Pacto de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos”, ambos textos aludidos en nuestra jurisprudencia constitucional en STC 188/1991 y 181/1994 del

⁹⁵³JUANES PECES, A. (Coord.) en *Código Penal, Comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Memento Práctico, 4ª ed. AA. VV., 2017, pág. 1229.

Tribunal Supremo en STS 23 de octubre de 2007⁹⁵⁴. Por su parte, la Directiva 2010/64, UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, regula el derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea que debían integrarse en los ordenamientos nacionales de los diferentes Estados de la Unión antes del 27 de octubre de 2010. En nuestro país, el contenido de esa directiva se incorporó a través de la LO 5/2015, en los artículos 123 a 127 de la LECrim. En ellos se desarrolla el contenido de este derecho al exponer que:

“Los imputados -investigados-, o acusados -encausados-, que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolla la actuación gozan de los siguientes derechos”:

a) *“A ser asistidos por interprete que hable una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales”;* b) *“servirse de interprete en las conversaciones que mantenga con su abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales”;* c) *“A la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral”;* d) *“A la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho de defensa. En todo caso, en las resoluciones que acuerden la prisión del investigado, el escrito de acusación y la sentencia”;* e) *“A presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento”.*

⁹⁵⁴MARTÍN NIETO, P. *Procesal Penal...*, 2017, ob. cit. págs. 97 y 226.

En conclusión, observando la regulación del interprete, su trascendencia y estrecha relación con los documentos en las fases del proceso en las que actúa, también resulta difícil entender cómo el legislador no incluyó esta figura en la redacción del art. 465 de nuestro Código Penal, sobre todo cuando doctrina y Jurisprudencia han hecho tanto hincapié en la vulneración del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías contenido en el derecho a la tutela judicial efectiva al cometerse un delito de infidelidad en la custodia de documentos. Por el momento, la figura del interprete comparte artículo con el perito como posibles sujetos activos del *falso testimonio* del art. 459 del CP. La jurisprudencia ha destacado el contenido esencial de esta figura al manifestar que lo verdaderamente relevante no es el idioma del justiciable que debe comparecer ante la justicia española, pues podría comprender nuestro idioma; el nombramiento en sí del interprete, no es lo que puede fundamentar la protección de la indefensión, sino el conocimiento real por el interesado de la lengua en que el proceso se siga, de forma que pudiera no comprender de lo que es acusado, en este sentido STS 20 de octubre de 1993. Según el Tribunal Constitucional, en sentencia 71/1988 estableció que el derecho a interprete debe entenderse desde la perspectiva global y totalizadora y en atención al fin previsto, es decir, la defensa adecuada en el marco de un proceso justo con todas las garantías; por tanto, no se ciñe exclusivamente a la comunicación entre el justiciable y el tribunal ante el que comparece, sino que abarca a la del procesado y su abogado.

CAPÍTULO QUINTO: OTROS ELEMENTOS Y MODALIDADES TÍPICAS EN LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS DEL ART. 465 DEL CÓDIGO PENAL

1. Introducción.

Debido a la peculiar posición de los sujetos activos y del complejo debate en torno al bien jurídico protegido, he considerado necesario examinarlos previamente sin seguir el orden tradicional de la teoría jurídica del delito al estudiar cualquier tipo penal. Examinados con profundidad los anteriores, procedemos a analizar los demás elementos típicos especialmente del 465.1. CP.

2. La acción típica: destrucción, inutilización u ocultación.

Las modalidades de la conducta típica son -como nos recuerda CORTÉS BEQUIARELLI, en consonancia con el resto de la doctrina, -las de *destruir, inutilizar y ocultar*, al igual que el tipo básico del art. 413 del CP con la excepción de la sustracción, ya que los sujetos activos del 465.1 no podrían realizar dicha conducta al recibir en traslado el objeto material del delito por su condición de profesionales⁹⁵⁵; sin embargo, podría darse un supuesto de abogado que, en sede judicial recibe los autos para consultar sobre el asunto y, aprovechando el momento decide “sustraer” parte del objeto. Al no contemplarse la sustracción como modalidad típica del 465.1 CP, en mi opinión podría considerarse una forma de ocultación y por tanto subsumible en dicho precepto.

⁹⁵⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...* ob. cit. pág. 1093; CUENCA GARCÍA, M^a. J. “*Los comportamientos ...*”, ob. cit. pág. 316; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. ob. cit. pág. 157;

Para GOYENA HUERTA⁹⁵⁶ por destrucción se entiende el aniquilamiento del documento, que deje de existir, es lo que PÉREZ CEPEDA⁹⁵⁷ califica de significado estructural del término, “*acción material que consiste en deshacer, aniquilar, romper o destrozar, que conlleva la privación física y definitiva de los documentos o actuaciones para el proceso*”.

En una línea similar, MUÑOZ CONDE⁹⁵⁸ por destrucción entiende “*el deterioro o aniquilamiento del documento o papel, aunque sea parcial siempre que afecte a un extremo esencial del mismo, así como la alteración de algún extremo importante del objeto, ya que lo relevante es la integridad jurídica de dicho objeto*” (STS de 11 de junio de 1966), en el mismo sentido SERRANO -PIEDECASAS⁹⁵⁹ y otros autores.

CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, entienden por destruir, “*la acción de deshacer la materialidad del documento*”. En cuanto a si la destrucción debe ser total o parcial -en alusión a la interpretación histórica de GROIZARD, quien entendía que la destrucción debe ser absoluta-, con buen criterio se considera por estos autores que, si la destrucción parcial supone la *inutilización* del documento, siendo esta otra de las modalidades típicas, es obvio que entra en el marco del art. 465.1 CP⁹⁶⁰.

Por su parte, ARROYO ZAPATERO, entiende que el documento destruido o inutilizado debe tener cierta relevancia, de tal modo que impida la continuación del

⁹⁵⁶ GOYENA HUERTA, J. *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 281.

⁹⁵⁷ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 136.

⁹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal...*”, 9^a ed. ob. cit. pág. 770.

⁹⁵⁹ SERRANO-PIEDECASAS, JR. “*La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código penal*”, ADPCP, Vol. 49, n^o 2, 1996, pág. 416; MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal...*”, 9^a ed. ob. cit., pág.770 y 11^a ed. ob. cit., págs. 805-806.

⁹⁶⁰ CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, Tomo 2^o, Madrid, 2004, págs. 2296-2297.

proceso o distorsione gravemente su marcha normal⁹⁶¹. En definitiva, se trata de que la acción típica tenga una efectiva incidencia negativa en el curso del proceso, lo que por otra parte no deja de parecer una obviedad para que se produzca el tipo penal del 465 CP.

Para BENEYTEZ MERINO⁹⁶² la expresión *destruir* tiene un significado estructural y lo asimila a otros verbos como deshacer, aniquilar, romper o destrozarse cualquier cosa material; pues, consistiría en la operación material cuya consecuencia supone la aniquilación de la cosa. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de fecha de 18 de octubre de 2002⁹⁶³, en su fundamento jurídico 2º, cuarto párrafo “*La segunda modalidad de acción es destruir referido a menoscabar el sustrato material del documento y finalmente inutilizar esto es, hacerlo ineficaz en la esfera jurídica o impedir que surta sus efectos*”. En el mismo sentido, STSS 26 de junio de 1990; de 9 de octubre de 1991; 9 de diciembre de 1992; de 21 de enero de 1995 y STSS 60/1998, de 27 de enero; STS. 18.1.2001, STS. 311/2003 de 5.3 o 663/2005, de 23 de mayo y, más recientemente por todas, la STS 302/2018, de 20 junio.

BENÍTEZ ORTÚZAR⁹⁶⁴ da una definición más amplia y en su trabajo de 1999 - ante la imparable pujanza de las técnicas informáticas que se iban incorporando al tráfico

⁹⁶¹ARROYO ZAPATERO, L. *Comentarios al Código Penal*, AA. VV, Madrid, 2007, págs. 953-954.

⁹⁶²BENEYTEZ MERINO, L. *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo 3º, Madrid, 1997, pág. 4353; RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I. *Delitos contra la Administración de Justicia...*, ob. cit. pág. 275; GOYENA HUERTA, J. *Los delitos contra...*, 2002, ob. cit., págs. 280-281; CUENCA GARCÍA, Mª J. “*Las infidelidades documentales...*” ob. cit. pág. 33; CUENCA GARCÍA, Mª J. *Los comportamientos...*, ob. cit. pág. 319; PÉREZ CEPEDA, A.I. ob. cit. pág. 319; Véase también CORTÉS BEQUIARELLI, E. en ÁLVAREZ GARCÍA, ob. cit. pág. 1094; GARCÍA ARÁN, M. *Cuadernos de Derecho judicial*, (CGPJ), ob. cit. pág. 293. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. ob. cit. pág. 841; GARCÍA ARÁN, M. *Libro-Homenaje a D. Juan del Rosal*, 1992, ob. cit. págs. 529-530;

⁹⁶³SAP de Toledo, de 18 de octubre de 2002 en TOL.240.101.

⁹⁶⁴BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. ob. cit. pág. 159-160; CUENCA GARCÍA, Mª J. “*Las infidelidades...*” ob. cit. págs. 33-34.

jurídico-, define así el concepto de destruir del art. 465.1, *“por destrucción debe entenderse el deterioro o el aniquilamiento del soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria, ya sea un papel, una cinta de video, de cassette, un diskete de ordenador, un disco compacto o cualquier otro soporte que pueda ser incluido en el concepto de documento del art. 26 del CP. Se debe considerar la destrucción, aunque esta sea parcial, siempre y cuando afecte a un extremo esencial del mismo”*. Este autor se cuestionaba si la modalidad típica de *inutilización* del documento se puede equiparar a la modalidad típica de *destrucción* del mismo; es decir, si la inutilización hace inservible el documento para el fin al que estaba destinado, también podría entenderse que se ha producido su destrucción y se planteó esta reflexión al comparar la redacción del tipo básico del 413 CP, que tras la palabra *inutilización* añade las expresiones *total o parcialmente*, mientras que en el tipo especial del 465 CP solo se habla de *inutilización* sin especificar si la misma es *total o parcial*. La razón, según BENÍTEZ ORTUZAR, está en el diferente bien jurídico protegido que, en el caso del 413 relativo a los funcionarios *“exige de estos un especial deber de sigilo que el funcionario debe tener con los documentos que, por razón de su cargo, están bajo su custodia, con independencia del contenido de los mismos y del resultado que se derive de su actuación infiel”*; por su parte, el 465.1 está dedicado a profesionales liberales y colaboradores con la Administración de Justicia *“en el ámbito de las reglas de su profesión en el proceso judicial, y la relevancia de la inutilización dependerá de su afectación al valor probatorio del documento o actuación en el curso de ese proceso va encaminado a interpretar la inutilización que sea relevante a efectos probatorios”*.

La *inutilización*, a diferencia de la *destrucción* tiene un significado funcional, no exige la desaparición total del objeto material, aunque se entiende producida cuando afecte al objeto de forma tal que ya no pueda este cumplir los fines a los que estaba

destinado. Se trata, en palabras de PÉREZ CEPEDA⁹⁶⁵, de cualquier operación realizada sobre el documento o actuación, que lo convierta en inútil e ineficaz para el fin que tiene destinado en el proceso; es decir, el documento o actuación sigue existiendo, pero no puede cumplir la función que le es propia. En el caso de funcionarios, sean Abogados del Estado o el Ministerio Fiscal los que realizasen la acción de inutilizar, bastaría que esta fuese total o parcial con independencia de que tuviese incidencia en el proceso.

La realización del tipo por abogados o procuradores tiene, por el contrario, un sentido cualitativo, la conclusión del tipo es independiente del carácter total o parcial de la inutilización. En la misma línea, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN⁹⁶⁶, que interpretan la inutilización como toda conducta que materialmente incida sobre el documento, y produzca como efecto el que el mismo no pueda ya cumplir la función que le corresponde, constituye la presente modalidad típica.

En cuanto a la *ocultación*, la doctrina jurisprudencial ha entendido el acto de esconder un documento en el sentido de que “difícilmente pueda ser hallado”, y matiza en sus resoluciones⁹⁶⁷ STSS 60/1998, de 27 de enero y 2/1998, de 12 de enero, en relación con esta modalidad que dicha acción no solo debe abarcar la actuación de abogado⁹⁶⁸ y procurador escondiendo el documento donde difícilmente pueda ser hallado⁹⁶⁹, sino “*el mero hecho de guardar, no entregar e incluso dilatar indefinida e*

⁹⁶⁵ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág.136; PALOMO DEL ARCO, A. *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2010, pág. 1711; MORALES PRATS, F y RODRIGUEZ PUERTA, M^a J. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, págs. 1167 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 159.

⁹⁶⁶ CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios...*, ob. cit. pág. 2297; BENEYTEZ MERINO, L. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia...*, ob. pág. 4353.

⁹⁶⁷ Véase también, SSTs de 22 de marzo de 1975; STS de 29 de junio de 1990 (R, 1990,5744); STS de 9 de octubre de 1991 (R, 1991, 7587); STS 9 de diciembre de 1992 (R, 1992, 10085);

⁹⁶⁸ STS de 30 de marzo de 1996, condena a abogado que ocultó causa judicial durante cinco años.

⁹⁶⁹ STS de 12 de enero de 1998 entre otras.

insensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido destino”.

En idéntico sentido la STS de 23 de mayo de 2005, (RJ 2005, 7339)⁹⁷⁰, que aunque alude concretamente al tipo básico de infidelidad en la custodia de documentos del art. 413 del CP es aplicable al tipo especial del 465.1 del CP, *“ocultar, a efectos de este delito es equivalente a guardar , no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino”* y es, en el siguiente párrafo de la resolución, donde aparece el contenido esencial de la misma al decir: *“será de apreciar cuando desaparezcan los documentos, y la situación de los mismos sea desconocida por quienes tengan legítimo acceso a los mismos y su descubrimiento requiere operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan, implicaren por sí mismo una perturbación del servicio público”.*

La forma comisiva de la ocultación se hace extensiva a supuestos de “separación de los documentos de su destino”, así la STS de 2 de marzo de 1995, en la que el auxiliar encargado de la custodia, tras anotaciones falsas en los registros sobre los documentos en cuestión, los traslado a su domicilio haciendo remota su localización. También alcanza la ocultación a los casos de desaparición de documentos o cuando estos se sitúan fuera del lugar habitual de custodia en los términos de la STS de 6 de marzo de 1995, en la que también se condena a un auxiliar de Juzgado por guardar en su domicilio documentos de un proceso alterando la cronología del proceso⁹⁷¹. Es, en esta doctrina donde se define la

⁹⁷⁰ PALOMO DEL ARCO, A. *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 2010, págs. 1710-1711; véase, BENEYTEZ MERINO, L. ob. cit. 1997, pág. 4353.

⁹⁷¹ CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades documentales...” ob. cit. pág. 35; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 326.

comisión del delito por ocultación; es decir, lo que exige la jurisprudencia a los efectos de considerar punible la ocultación, y que coincide con la tesis del sector doctrinal constitucionalista en torno al bien jurídico extensible a la generalidad de los delitos contra la Administración de Justicia; y es que, con la ocultación, se obstaculice o impida el correcto desarrollo del proceso, pues, de no ser así, quedaría únicamente la vía disciplinaria para con la conducta del sujeto pasivo, abogado o procurador. Así, las STSS de 10 de octubre de 1992, y de 7 de mayo de 1997.

Esta distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo⁹⁷² en materia de deslealtad profesional no es nueva en nuestro ordenamiento penal y desde su regulación en nuestros Códigos históricos la jurisprudencia ha decidido en función de la gravedad de los hechos considerar entre uno u otro. En este sentido, las STSS de 14 de mayo de 1874 y 28 de enero de 1889 en las que se exigía para las conductas (ocultación entre ellas) el alcanzar un propósito causando daño a terceros o a la causa pública y se pueden cotejar con la Sentencia de 11 de noviembre de 1891⁹⁷³. Actualmente, en el mismo sentido, el fundamento jurídico primero y único de la STS 5603/2001, de 26 de junio que establece:

*“Una vez que hubo entrado en vigor el nuevo Código Penal, el retraso en la devolución se reduce a unos tres meses y medio y esa conducta difícilmente puede encajar, en el presente caso, en un supuesto de **ocultación** del expediente que le fue entregado, (...). Así las cosas, procede dictar sentencia absolutoria, sin perjuicio de la*

⁹⁷² VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal de 1870, comentado y reformado*, 3ª ed., Madrid, 1904, págs. 270 y ss.; “Solo merece una corrección disciplinaria por su conducta negligente, el Escribano que recibe las diligencias relativas a un juicio verbal apelado, y deja transcurrir dos años, sin dar cuenta a pesar de las gestiones realizadas por el interesado”. (STS de 11 de noviembre de 1891 publicada en la Gaceta de 21 de marzo de 1892, pág. 73); ÁLVAREZ CID, J. y ÁLVAREZ CID, T. *El Código Penal de 1870*, Tomo 2º, Córdoba, 1908, págs. 107 y ss.

⁹⁷³ ÁLVAREZ CID, J. y ÁLVAREZ CID, T. ob. cit. pág. 107.

responsabilidad disciplinaria en la que haya podido incurrir el Letrado recurrente, procediendo deducir testimonio al Colegio de Abogados que sea competente”.

En otro orden de cosas, en torno a la modalidad de ocultación se generan dudas sobre si la conducta es omisiva o activa ya que la jurisprudencia en alguna resolución ha considerado la ocultación como conducta omisiva, así, la STS de 10 de octubre de 1992. Igualmente la STS de 24 de octubre de 1990 admitía esta posibilidad de comisión por omisión tanto en la modalidad de destrucción como la de ocultación y es que, en dicha resolución se procedió a condenar a un oficial de la Administración por faltar a sus deberes de custodia argumentando el Alto Tribunal en dicho supuesto que no solo adquieren carácter típico los comportamientos activos de destruir, ocultar y sustraer, sino igualmente los omisivos de no impedir la destrucción, ocultación y sustracción de documentos, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera. En la misma línea de admisión la STS de 12 de enero de 1998, que se apoya en lo dispuesto en el art. 11 del CP al entender este que la omisión se produce cuando esta obedece a la infracción de un especial deber jurídico del autor⁹⁷⁴.

Para CUENCA GARCÍA el abogado o procurador en este caso, asumen la posición de garantes donde el bien jurídico protegido dependa de esos deberes específicos de actuar, y entiende que lo fundamental es que el documento o actuación deben cumplir la función que tienen destinada en el proceso. Si los sujetos activos *no evitan* dolosamente la pérdida de eficacia del objeto material sea por destrucción, inutilización u ocultación la situación es equiparable a la acción de destruir, inutilizar u ocultar.

⁹⁷⁴ JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. 216; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág. 36; BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 161.

Para PÉREZ CEPEDA, que defiende una interpretación restrictiva de los delitos de comisión por omisión, no es suficiente con la posición de garante genérica de estos profesionales sobre los documentos o actuaciones, sino que es necesario que abogados o procuradores ante la existencia de riesgo o peligro del objeto material acepten el control y teniendo capacidad para impedir la acción típica de destruir, inutilizar u ocultar opte finalmente por desentenderse⁹⁷⁵.

En mi opinión, entiendo que la obligación de custodia y salvaguarda del objeto material ya viene impuesta por la ley en el sentido del art. 11 CP. *“Los delitos que consisten en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual del autor”*. Desde el momento en que estos profesionales reciben en traslado el objeto material ya se constituyen obligatoriamente en garantes y custodios de este y parece fútil una aceptación especial o más concreta.

Por su parte la STS de 28 de enero de 1997 se mostró contraria a aceptar la comisión por omisión haciendo una interpretación literal y semántica del tipo básico del CP, el art. 413. Entendió el Alto Tribunal en esta resolución que no cabía hablar de omisión ya que el tipo exige una actuación directa y positiva que es lo que caracteriza, en definitiva, el delito de infidelidad en la custodia de documentos al exigir una acción del sujeto. Sin embargo, entendemos que no tiene sentido hacer una interpretación tan restrictiva en cuanto a la comisión del tipo toda vez que, como apunta la mayoría de la doctrina y la posterior jurisprudencia, si la omisión conlleva los mismos efectos de

⁹⁷⁵ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 138.

lesionar el bien jurídico protegido y el resultado es el mismo que si se realiza la acción directa, no tiene mucho sentido descartar la forma omisiva del delito de infidelidad en la custodia de documentos. Otra interpretación sería incoherente con la dinámica del legislador que, tras 1995 puso fin a décadas de incertidumbre para con los comportamientos de abogados y procuradores en cuanto a la regulación penal de sus conductas. Si de lo que se trata es de proteger el buen funcionamiento de la Administración de Justicia y velar por el correcto devenir del proceso, no tiene sentido restringir tanto la posibilidad de cometer el tipo penal sea por acción u omisión. Recordemos que ya de por sí el art. 465.1 establece unos requisitos tasados que no se limitan a exigir la condición de profesional, abogado o procurador, con todo lo que ello conlleva -trámites administrativos, colegiación, pago de tasas, etc.-, sino que debe abusar de tal condición y recibir el objeto en traslado y, por supuesto tener una incidencia real y efectiva en el transcurso del proceso evitando que este llegue a buen término con la ilícita voluntad de satisfacer una pretensión personal o del cliente.

Estas exigencias ciertamente limitan excesivamente la comisión del tipo, lo que ya pone de manifiesto algún autor⁹⁷⁶ al decir que la exigencia de intervenir en un proceso como abogado o procurador con abuso de su función, “*restringe enormemente el alcance potencial de la figura delictiva*”, si se llevan a tal extremo, deberían aceptarse con todas las consecuencias; es decir, si los presupuestos del delito del 465.1 del CP, son, el “recibir en traslado”, y “actuar con abuso de su función”, surge un interrogante en cuanto a descartar la modalidad imprudente. Es más que factible que, al recibir en traslado los documentos o actuaciones el abogado o procurador, por negligencia se destruyere, inutilizare o “perdiese” (ocultando), el objeto material del delito; por tanto, si esto no se

⁹⁷⁶ En este sentido, CORTÉS BEQUIARELLI en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 1091.

produce intencionadamente pero no obstante se causare un trastorno importante al proceso, o, se perjudicare gravemente el buen funcionamiento de la Administración de Justicia como consecuencia de tal negligencia, bastaría a nuestro entender, y en consonancia con el principio de intervención mínima del Derecho Penal, que esta situación fuese solventada desde el ámbito administrativo, a modo de sanción disciplinaria, conforme a los reglamentos internos de los respectivos Colegios profesionales.

3. El objeto material

El objeto del delito del artículo 465 del CP son los documentos y actuaciones. ¿Pero qué se entiende por documentos y actuaciones? El concepto de documento viene actualmente regulado en el artículo 26 del Código Penal:

“A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”.

Según MALINVERNI, el concepto de documento ha ido evolucionando históricamente en relación directa con los medios a través de los cuales se expresa o manifiesta el pensamiento humano⁹⁷⁷; y, según este autor, ya existía tal noción en el pensamiento jurídico romano si se vincula el concepto de documento a la idea de instrumento⁹⁷⁸, reflejo de ello fue *Lex Corneliae*. Como objeto material fue tomando cuerpo en relación con los delitos de falsedades. MALINVERNI analiza la relación y

⁹⁷⁷ MALINVERNI, A. *Sulla Teoría del Falso Documentale*, Milano, 1955, págs. 3 y ss.

⁹⁷⁸ Véase, VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Barcelona, 1999, págs. 62 y ss.

diferencia entre el objeto material, los documentos y el objeto jurídico (o bien jurídico protegido), destacando a modo de conclusión que la única cuestión sobre la que hubo unanimidad en la doctrina sobre los delitos relacionados con los documentos fue en reconocer la extrema dificultad en elaborar una doctrina al respecto.

Esta dificultad hemos podido comprobar que se ha extendido en el tiempo hasta nuestros días cuando hemos analizada toda la polémica en torno a la delimitación de un objeto jurídico protegido en estos delitos, cuestión que ni siquiera hoy en día es pacífica.

Por documento entendía únicamente el objeto sobre el cual recae la conducta del falsario (del autor). Lo definía como un “*contenido de pensamiento proveniente de un autor realizado sobre una base reconocible para su destinatario y distinguía dos clases, el documento escrito y en contraseñas*”; el primero de ellos caracterizado por la escritura alfabética y el segundo por la representación o escritura ideográfica.⁹⁷⁹

El profesor QUINTANO RIPOLLÉS calificó la naturaleza del término *documento* como ambigua y múltiple⁹⁸⁰. El autor español analizó el concepto a partir de dos concepciones de este muy diferentes; el concepto clásico o tradicional de documento

⁹⁷⁹ CARNELUTTI, F. “*Oggetto del falso*”, *Rivista italiana di Diritto penale*, 1934, XII, págs. 729 y ss.; En versión más moderna, véase de este autor, *Teoría del falso y el daño y el delito*, Buenos Aires, 2004; ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*. Vol. 2 °, Milán, 10^a ed. 1992, pág. 594; MALINVERNI, A. ob. cit. págs. 315 y ss.; CARRARA, *Programa Del Corso di Diritto Criminale*, Vol. 5 °, Firenze, 1905, pág. 683.

⁹⁸⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, A. 1952, ob. cit. pág. 82. “*En torno a la idea de documento aparentemente sencilla, fue sin embargo motivo de controversias entre diversas concepciones jurídicas: penal, civil, administrativo comercial y procesal (...) En el aspecto material de objeto del delito de falsedad y aun en el procesal criminal de corpus delicti, el documento es apenas nada, un insignificante trozo de sustancia, generalmente deleznable, radicando toda su importancia en la trascendencia que se le quiera otorgar como receptáculo de valores e ideales. Es entonces el documento portador de un pensamiento o voluntad capaz de consecuencias en el mundo exterior, jurídicas o no, según el régimen a que se halle sometido y la categoría que las leyes le confieran. A los efectos criminales es la ley penal la llamada a prestar al objeto material, documento, el rango de objeto jurídico, o bien jurídico protegido*”.

seguido por la doctrina italiana, que se caracterizaba por una interpretación restrictiva y que reduce tal condición al formato escrito; y en contraposición, el concepto defendido por la doctrina alemana más extenso y que no se limita a considerar documentos a los escritos sino todos los objetos susceptibles de entrañar un valor de prueba y legitimación en el tráfico jurídico⁹⁸¹.

La propia doctrina del Tribunal Supremo en esta materia nunca fue en una sola dirección, y ha mantenido criterios que se podrían denominar híbridos, a la hora de determinar el bien jurídico protegido, aceptando varias posiciones doctrinales, por una parte ataque a la fe pública o a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos; es decir, sentencias en las que concurren indistintamente bienes jurídicos protegidos diversos como la fe pública, la seguridad en el tráfico jurídico o la confianza social en los medios de prueba⁹⁸². En este sentido, la STS⁹⁸³ de 27 de junio de 1991 que sitúa el objeto de protección en la fe pública o la alteración de los medios probatorios que alteren el tráfico jurídico; la de 16 de septiembre del mismo año 1991 que se refiere a la fe pública y la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos o, para concluir con estos ejemplos, la de 27 abril de 1992 en que se alude a la protección de la *fides pública* o la protección para la inmutabilidad o no alterabilidad de los medios probatorios, evitando así los atentados al tráfico jurídico cuya seguridad y autenticidad resultan fundamentales para la vida de relación en el campo del Derecho.

⁹⁸¹ QUINTANO RIPOLLÉS, A. *Curso de Derecho Penal* 2 ed., 1963, págs. 425-426. “La tradicional, que se atiene a la interpretación restringida del vocablo, en el sentido de aplicarlo únicamente a lo escrito (...) la segunda predomina en la doctrina y jurisprudencia alemanas, como consecuencia de la primordial valoración que se hace de lo probatorio en esta especie de falsedades”.

⁹⁸² VILLACAMPA ESTIARTE, C. ob. cit. págs. 45 y ss.

⁹⁸³ Véase RJ 4832; RJ 6390 y RJ 3201

La cuestión no era baladí, pues como señalaba el penalista español, la ausencia de una definición penal de documento y el alcance de sus diversas calificaciones provocaba una fuente de errores motivados por la diferente valoración jurídica en lo penal y lo extrapenal⁹⁸⁴; y es que, en nuestro Derecho Penal, hasta la redacción del artículo 26 del último Código de 1995, no existía un concepto penal claro de documento.

Por su parte QUINTERO OLIVARES⁹⁸⁵ agradecía la incorporación de un concepto legal de documento en el nuevo Código Penal de 1995, *“superando así la anterior dependencia, sembrada de dudas, de los conceptos de documentos que podían extraerse de las leyes procesales”*.

En nuestro Derecho predominaba la corriente tradicional seguida en Italia que limitaba el concepto de documento a lo escrito; sin embargo, QUINTANO RIPOLLÉS lejos de excluir la posibilidad de hacer una interpretación más laxa en consonancia con la doctrina alemana, la consideraba necesaria en contra del criterio de nuestra propia jurisprudencia, que, por ejemplo, en materia de falsedades solo limitaba la comisión de estas a los escritos. Un ejemplo de esa limitación al soporte escrito se manifestaba en la Sentencia de 30 de junio de 1961⁹⁸⁶, en la que el Alto Tribunal negaba la condición de documento a la matrícula de una motocicleta. Actualmente, la matrícula de un vehículo de motor desde luego se considera documento a efectos penales ya que, tras la aprobación del nuevo Código Penal de 1995, el artículo 26 de dicho cuerpo legal elaboró un concepto

⁹⁸⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, A. 1952. ob. cit. pág. 86.

⁹⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G. 1996, ob. cit. pág. 1626.

⁹⁸⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, A. 1961, ob. cit. pág. 426. *“La ley de Enjuiciamiento Civil española distinguía entre documentos privados, públicos y oficiales, concepto este último que no existía en la legislación civil ni penal y que se interpretaba a través de la Jurisprudencia de forma genérica entendiéndose por tales, aquellos que acreditasen una situación jurídica, función o garantía mediante la intervención de algún organismo público del Estado, Provincia, Municipio, etc.”*

jurídico penal de documento del que la Jurisprudencia no tardó en hacerse eco⁹⁸⁷, en este sentido la STS de 27 de marzo de 1998. En todo caso, lo que nos interesa destacar, es que la acción típica recae sobre el objeto del proceso que son los documentos y actuaciones.

Según PÉREZ CEPEDA, el artículo 26 del CP define el documento desde una perspectiva material y considera que la expresión “actuaciones judiciales” tiene un carácter genérico, en el que se da cabida a otros términos más específicos tales como causa, pleito, sumario, autos o diligencias, pero, en cualquier caso, afirma esta autora, se refiere al soporte material documental de un proceso determinado. Este argumento viene consolidado por lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo artículo 317 establece el concepto de documento público entre los que se integran las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie⁹⁸⁸.

Por su parte BENÍTEZ ORTÚZAR, considera que, a los efectos de este delito solo cabe entender como documento lo dispuesto en el artículo 26 del CP, y excluye las actuaciones judiciales, concepto que debe entenderse en los términos del artículo 229 y ss. de la LOPJ, que para este autor se refiere a la documentación de las actuaciones procesales ya que, de las actuaciones en sí mismas no cabe darse traslado⁹⁸⁹.

GOYENA HUERTA, y en la misma línea de PÉREZ CEPEDA, opta por una interpretación extensiva del concepto de documento con el argumento de dotar mayor

⁹⁸⁷ A sensu contrario, y como testimonio de la evolución del concepto de documento el FJ 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de marzo de 1998, recoge el acuerdo adoptado en la citada Junta General y así dice que: “*la matrícula de un vehículo queda comprendida en el artículo 26 del Código Penal, pues este precepto amplía considerablemente el concepto de documento, al reputar como tal todo material que exprese o incorpore datos, hechos, datos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica*”.

⁹⁸⁸ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 139-140; JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. págs. 216-217.

⁹⁸⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 157.

protección al procedimiento judicial y entiende que también debe entenderse como tal -y por ello objeto material de estos delito-, a las actuaciones, que estarían constituidas por el legajo, expediente o escritos; esto es, lo que se entiende habitualmente por causa, diligencias, autos, pleito, sumario, etc., y que dan cuerpo al procedimiento; para este autor, por documento debería entenderse el conjunto de objetos que, en conexión con el procedimiento, acompañan a este, incluyendo fotografías, grabaciones, cintas de video o audio, piezas de convicción⁹⁹⁰.

Por lo tanto, sobre los documentos susceptibles de darse en traslado, y, siguiendo la interpretación de PÉREZ CEPEDA, debe acudir a la normativa procesal, que en materia civil nos lleva a los artículos 269, 270 y 508 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en el ámbito penal el artículo 649 de la LECrim donde se prevé la posibilidad de que el Juez facilite la inspección de la causa a las partes.

Por su parte, CUENCA GARCÍA⁹⁹¹, considera que el concepto de documento del artículo 26 del CP tiene como referencia la doctrina del Alto Tribunal sobre la idea materia o probatoria de aquel en su ST de 19 de abril de 1991 en la que deja claro que no es admisible limitar la idea de documento al papel que refleja una declaración humana con la variedad de soportes documentales existentes que ha traído la tecnología. A sensu contrario, la STS 302/2018, de 20 junio matiza en el motivo 2º del recurso casación:

“Quedan, por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales, aunque aparezcan documentadas. La

⁹⁹⁰ GOYENA HUERTA, *Los delitos contra la Administración...*, 2002, ob. cit. págs. 280-281; RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, A.I. 2008, ob. cit. pág. 275; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 333 y ss.

⁹⁹¹ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. págs. 333 y ss.; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. pág. 37.

razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5 de junio. Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8 de mayo), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS de 28 de enero de 2000, 1006/2000 de 5 de junio y 1701/2001 de 29 de septiembre).

4. El tipo subjetivo.

Ya se hizo referencia a la cuestión del dolo en el tipo descrito en el art. 465, y, efectivamente, el Código Penal de 1995, sostenido posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en STS de 12 de enero de 1998, impiden la posibilidad culposa de este delito, toda vez que el tenor literal del artículo 12 del CP es bastante explícito al respecto: *“Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga una ley”*. Y, la pregunta que nos surge al respecto es ¿Por qué el legislador no previó esta modalidad? ¿No es, o, mejor dicho, “no era factible” que, con la cantidad de asuntos que pasaban por las manos de un abogado o procurador en algún momento por descuido o torpeza realizaran alguna de las modalidades típicas de forma imprudente? El supuesto de abogado o procurador que creyendo se trata de papeles inservibles y se tiran a la basura por descuido, todos o parcialmente; ¿no sería un caso de destrucción, inutilización o, incluso (así podría sospecharse) de ocultamiento?

De hecho, como nos recuerda CUENCA GARCÍA, la comisión imprudente estuvo presente en el Proyecto de CP de 1980 (art. 513); en la Propuesta de Anteproyecto de CP de 1983 (art. 437); en el posterior Proyecto de 1992 (art. 444) e, incluso en el último Proyecto de 1994 cuyo art. 442 contemplaba un tipo de imprudencia grave en el caso que se *“diere lugar a la pérdida o destrucción de los documentos o actuaciones recibidos”*. Pero finalmente, en el texto definitivo se descartó por unanimidad en el Congreso de los Diputados a propósito de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco con el desafortunado argumento que tal modalidad no se contemplaba respecto de los funcionarios público o autoridades. Parece que en algunas formaciones prevalecía la idea del carácter “cuasi funcional” de abogados y procuradores, de seguir identificando a estos profesionales con las mismas características que a los funcionarios y se olvidaban de que la comisión imprudente de este tipo de delitos es más factible probablemente que la comisión dolosa.

Defendemos la postura de un legislador que, si existe una posibilidad de evitar un delito o, al menos, la de atenuar su gravedad, lo tenga en cuenta y, en materia de infidelidad en la custodia de documentos debió de contemplar la modalidad imprudente, sin embargo, optó por no hacerlo.

Más incomprensible fue el argumento del Grupo Popular, que sostuvo el agravio comparativo que ello suponía especialmente para Jueces, Magistrados y Fiscales, y “demás funcionarios”, (como si los primeros no lo fueran), pero poniendo énfasis en los primeros, dejando claro el inferior nivel de estos últimos. Una vez más, el sesgo clasista y conservador predominó en la redacción final del art. 465.1, lo que no deja de ser una paradoja si se tiene en cuenta que el partido gobernante en aquel momento era el PSOE, grupo político representante de la socialdemocracia española.

Algún sector doctrinal, como PÉREZ CEPEDA⁹⁹² y GONZÁLEZ RUS⁹⁹³, sostiene la posibilidad de un dolo eventual si el profesional abogado o procurador ocultan un documento con la única intención de favorecer al cliente sin la intención directa de distorsionar el desarrollo del proceso, pero finalmente lo hacen. En este caso, sin embargo, compartimos la postura de CUENCA GARCÍA -aunque con algún matiz-, por entender que, si alguien sea o no profesional del derecho como abogados o procuradores, realiza la modalidad típica, aunque sea con la intención “principal” de ayudar a otra persona (en este caso cliente), es imposible pensar que no sean conscientes de que perjudicarán gravemente el proceso, y, por tanto, actúan en consecuencia. Una cosa es proteger la presunción de inocencia, como entendemos necesaria en la modalidad imprudente, y otra muy diferente dar pábulo a la ingenuidad. Abogados y procuradores, en este caso, saben que para beneficiar en ese caso al cliente es imprescindible “llevarse por delante el proceso” previamente, pero no por su condición de tales. Incluso, ese matiz de “por ser abogados o procuradores” que utiliza CUENCA GARCÍA, se contradice en su posición respecto a la consideración de admitir el error de tipo vencible, al entender esta autora que el profesional infractor, abogado o procurador “desconocen” la relevancia del documento que están destruyendo, inutilizando u ocultando. Si se considera apto al abogado o procurador para cometer el delito y se descarta el dolo eventual por que dada su condición de profesionales saben muy bien lo que hacen, no se puede admitir posteriormente que, aunque sean abogados o procuradores su ineptitud los puede llevar a no saber la relevancia de los documentos que están afectando. Si son profesionales cualificados para una cosa, lo son para la otra.

⁹⁹² PÉREZ CEPEDA, Al. ob. cit. págs. 141 y ss.

⁹⁹³ GONZÁLEZ RUS, JJ. *Curso de Derecho Penal Español*, 2º (Parte Especial), Madrid, 1997, pág. 542.

No obstante, parece que la jurisprudencia más reciente también se ratifica en excluir la comisión culposa, en este sentido el Auto de la Audiencia Provincial de Logroño 182/2020, de 14 de abril al establecer: *“Como señala el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 2019⁹⁹⁴: El Código Penal sanciona como delito de obstrucción a la justicia en su artículo 465.1 Legislación citada que se interpreta con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 7 a 12 meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de 3 a 6 años al que "interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad". Se trata de un delito doloso, que excluye la posibilidad de comisión culposa”*.

5. Situaciones concursales a propósito del art. 465.1 del CP.

En el ámbito de los delitos de deslealtad profesional la posibilidad de darse situaciones concursales no solo es posible, sino que su apreciación puede generar cierta complejidad. Recordemos previamente algunos aspectos teóricos sobre los concursos y la parte general del Derecho Penal y sobre el concepto de unidad de acción imprescindible para el tema de la concurrencia o no de diversos tipos delictivos. Señala MUÑOZ CONDE⁹⁹⁵ -en relación con la unidad de acción-, que debe partirse de una premisa general, *“determinar cuándo hay una o varias acciones (...)”* y, que *“hay que excluir la identificación entre acción y movimiento corporal y entre acción y resultado. Una sola acción, en sentido jurídico, puede contener varios movimientos corporales”*. A su vez, y en relación con lo anterior, distingue dos factores: uno es el factor final, es decir, *“la*

⁹⁹⁴ Auto AP de La Rioja 182/2020, de 14 de abril (TOL8.038.435) y Auto AP 383/ 2019, de Madrid de 21 de enero (ECLI:ES: APM:2019:383A).

⁹⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal. Parte General, Valencia, 10^a, ed. 2019, págs. 439 y ss.

voluntad que rige y da sentido a una pluralidad de actos físicos aislados; y otro, segundo factor es el normativo, es decir, la estructura del tipo delictivo en cada caso particular”.

Esos aspectos generales que caracterizan a los supuestos concursales en el supuesto del delito de infidelidad en la custodia de documentos pueden provocar verdaderos quebraderos de cabeza. El tipo penal del art. 465 CP tiene como presupuesto básico el recibir (abogados y procuradores) en traslado los documentos (el objeto material), por lo que, en principio queda bastante restringido la posibilidad de concurso con otros delitos.

Además del caso del Abogado del Estado que vimos en un epígrafe anterior, podría producirse concurso de delitos entre el 465 CP y la deslealtad profesional tipificada en el art.467.2 del CP, si como consecuencia de las acciones típicas del 465.1 se perjudican los intereses del cliente, en este sentido la STS 50/1998, de 12 de enero, que se pronuncia sobre la posibilidad de apreciar la aparición de un concurso de delitos, ideal o medial del artículo 77 del CP, por concurrencia de los tipos penales del 465.1 y del 467.2 del CP. Sobre estos supuestos, PÉREZ CEPEDA utiliza la expresión delitos-consecuencia, tanto en el caso de concurrir la infidelidad en la custodia de documentos del 465.1 y el perjuicio al cliente del 467.2 del CP, como en los casos de producirse un delito del primero en concurrencia con la revelación de secretos del 466 del CP⁹⁹⁶. En estos casos, también considera que procede la estimación del concurso de delitos conforme al art. 77 del CP. En el mismo sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR⁹⁹⁷, quién basa su argumento en función del bien jurídico protegido que pueda ser lesionado, si es el

⁹⁹⁶ ECLI:ES:TS: 1998:50. Véase, CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades...”, ob. cit. págs. 40 y ss.; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. págs. 360 y ss. CORTÉS BEQUIARELLI, E. en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado...*, ob. cit. pág. 1095-1096.

⁹⁹⁷BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 153

correcto desarrollo del proceso para, a su vez, garantizar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, solo serán relevantes las conductas del 465.1 que puedan afectar estas; de otra forma, la actuación de abogados o procuradores pasaría a ser competencia del régimen interno o sancionador.

Las hipótesis sobre este tipo de concurso de delitos entre el 465.1 y el 467.2 del CP, son diversas y la doctrina incluso ha planteado como ejemplo, la posibilidad de que la libertad del justiciable dependiese de la aportación o no de los documentos probatorios pertinentes por parte de su abogado o representante legal y se produjeran por estos últimos las acciones típicas, destruyendo, inutilizando u ocultando los documentos o actuaciones cuya consecuencia fuese un fallo condenatorio de tribunal para el cliente en lugar de aportarlos al plenario para conseguir la absolución. Como dice BENÍTEZ ORTÚZAR⁹⁹⁸, es posible pero inverosímil. La razón a nuestro juicio es que la redacción del propio art. 465 del CP es tan desafortunada, que ello obliga a la doctrina a plantearse supuestos cuando menos improbables.

Por otra parte, -y aunque también hemos hablado sobre ello en el epígrafe relativo a los delitos especiales-, cabe el concurso de delitos (artículo 77 CP), entre el 465.1 CP con el tipo básico de la infidelidad en la custodia de documentos cometida por funcionarios del art. 413 CP. La tendencia en la doctrina es descartar el concurso de leyes, y, por tanto, la aplicación del artículo 8 CP, y considerar la existencia del concurso ideal de delitos conforme a las reglas del art. 77 CP.

⁹⁹⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 153; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. págs. 362 y 363.; CUENCA GARCÍA, M^a J. “Las infidelidades documentales...”, ob. cit. pág. 43.

Como pone de manifiesto MUÑOZ CONDE⁹⁹⁹, “, *la calificación concursal depende de una determinada regulación legal, la del Código penal vigente, que, por imperativo del principio de legalidad, es vinculante tanto para el intérprete, como para el juzgador, y que muchas veces pone en cuestión las teorías existentes sobre el concurso de delitos*”.

Al final nos encontramos, una vez más, que una cuestión de política criminal adquiere una complejidad innecesaria cuando pasa a interpretarse por la doctrina. Entiendo, desde una perspectiva más garantista, que debería imponerse el criterio menos duro a efecto de sanciones, y todo parece indicar que las reglas del art. 77 CP son más acordes al principio de legalidad.

Sin embargo, algunos autores, entre ellos BENÍTEZ ORTÚZAR, cuando el actuante era un Abogado del Estado que recibe documentos o actuaciones como defensor de la Administración. Para este autor, habría que considerar un “concurso de leyes” (art. 8 CP), entre el 465.1 y el art. 413 dando preferencia a este último en base al art. 8.4 del Código Penal, a tenor del mayor desvalor de la acción en este último delito, aunque mantiene la prudencia en torno al criterio de especialidad, pues, si bien entiende que el artículo 413 CP goza de carácter especial respecto del 465 CP, por razón del sujeto activo, a su vez considera que el 465 CP lo es respecto del 413 CP, con relación al bien jurídico protegido. En mi opinión, esta postura de BENÍTEZ ORTÚZAR, si bien no está exenta de cierta razón, cuestiona aún más la existencia del delito de infidelidad cometido por abogados y procuradores del 465 CP. ¿Qué sentido tiene entonces considerar al 413CP como el tipo básico y crear un supuesto especial que comparte “especialidad” con la infidelidad cometida por funcionarios?

⁹⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, (Parte General), 10^a ed. Valencia, 2019, pág. 441.

Por su parte CORTÉS BEQUIARELLI, como ya vimos en el supuesto de ser autor el Abogado del Estado, precisamente por la literalidad de ambos preceptos descartaba la posibilidad de un concurso de leyes y consideraba, en todo caso, la posibilidad de un concurso de delitos y se ponía de ejemplo, el delito de infidelidad en la custodia de documentos regulado en el artículo 465.1 en concurso de delitos con el de daños del art. 263 y ss. del CP, si con las acciones típicas se produce una vulneración patrimonial atendiendo al valor venal de los bienes afectados, así STS 60/1998, de 27 de enero¹⁰⁰⁰. También, para este autor, habría situación concursal de delitos con la falsedad documental, en este sentido SSAP, de Orense 97/2000, de 16 de mayo y Zaragoza, 122/2012, de 24 de abril¹⁰⁰¹; y la estafa procesal, apreciada por la AP de Madrid en Sentencia de 138/2006, de 21 de marzo¹⁰⁰²; y, se aplicarían las reglas del delito continuado si la conducta típica recayera sobre diferentes expedientes judiciales; por el contrario, si recaen sobre un objeto, documentos de una misma causa, solo se apreciaría un delito contra la Administración de Justicia¹⁰⁰³. Para CORTÉS BEQUIARELLI, el concurso de leyes solo sería aceptable en caso de concurrencia con el apartado 2º, en el supuesto de que la acción típica afectase al cliente por vulnerarse su derecho constitucional a la defensa prevaleciendo este último.

En conclusión, las posibles situaciones concursales respecto de la infidelidad en la custodia de documentos invitan a atenerse al caso concreto más que nunca y tampoco esclarece la posición del nuevo artículo 465 CP¹⁰⁰⁴. Por una parte, uno de los presupuestos

¹⁰⁰⁰ TOL. 78385

¹⁰⁰¹ TOL. 25498049

¹⁰⁰² TOL. 1609144

¹⁰⁰³ ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado de Derecho Penal...*, ob. cit. págs. 1095-1096.

¹⁰⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...*, 2019, ob. cit. pág. 443. “la dificultad de fijar cuándo hay un solo hecho o una sola acción y cuándo varias hace que, en la práctica, exista una gran inseguridad a la hora de apreciar una u otra modalidad concursal”.

básicos del delito es el recibir en traslado y dicho traslado ya no se produce físicamente, sino que se realiza a través de medios telemáticos por medio del sistema LEXNET, por lo que, en principio ya quedaría totalmente descartado la aplicación del 465 CP, si se intentasen realizar las acciones de destruir, inutilizar u ocultar sobre copias recibidas del Juzgado u oficina correspondiente no es aplicable el 465 CP, salvo que el abogado o procurador a través de esos medios telemáticos fuese capaz de realizar las acciones típicas, lo que resulta realmente inverosímil. De aceptarse tal posibilidad, forzosamente obligarían a una situación concursal compleja, quizás entre la infidelidad en la custodia de documentos del 465 CP con el delito de daños del 263 y ss., en tanto que para cometer la infidelidad documental será necesario cometer este último atentando contra el sistema informático y dañándolo para, posteriormente destruir, inutilizar u ocultar el objeto material. Estaríamos entonces en presencia de un posible concurso ideal impropio o ideal-medial, con los consiguientes efectos jurídicos tras la reforma del artículo 77 CP en 2015¹⁰⁰⁵, en cuyo apartado 3 ° establece que para estos casos “*se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66*”.

Las situaciones pueden llegar a ser delirantes, por ejemplo, el supuesto de irrumpir telemáticamente en la base de datos Lexnet causando daños en los términos del art. 263 CP, para realizar algunas de las conductas típicas del art. 465 CP, y a su vez, con la finalidad de perjudicar al cliente, delito contemplado en el art. 467. 2 CP.

¹⁰⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F. Derecho Penal..., 2019, ob. cit. pág. 444.

La prudencia aconseja abandonar la especulación, pues en definitiva el Derecho Penal no puede basarse en presunciones sino en hechos.

6. Formas imperfectas de ejecución

En cuanto a las formas imperfectas de ejecución, en concreto la tentativa, BENÍTEZ ORTÚZAR¹⁰⁰⁶, considera dos vertientes respecto a la consumación del tipo de infidelidad en la custodia de documentos; una de carácter formal, en tanto que aquella se produce cuando abogado o procurador realizan todos los elementos del tipo; y, otra de carácter material¹⁰⁰⁷, cuando la realización de esos elementos se realiza con independencia del resultado, es decir, que los autores alcancen o no el objetivo perseguido con su infracción.

Un sector doctrinal mayoritario¹⁰⁰⁸ considera que la destrucción, inutilización u ocultación son operaciones de carácter material sobre un objeto material, que causan un daño al buen funcionamiento de la Administración de Justicia, por lo tanto, la tentativa podría apreciarse cuando se realiza la conducta típica, pero por causas ajenas a los autores no se produce. La tentativa es aceptada por la mayoría doctrinal tanto en los delitos de omisión como de comisión por omisión, en este sentido MUÑOZ CONDE¹⁰⁰⁹ y PÉREZ CEPEDA, quienes admiten la posibilidad de que concurra la tentativa en los tres supuestos contemplados en el 465.1 CP como acciones típicas, esto es, destrucción, inutilización y ocultación.

¹⁰⁰⁶ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. págs. 151.

¹⁰⁰⁷ ORTS BERENGUER, E. *Comentarios al Código Penal de 1995*, AA. VV, Vol. 2 °, Valencia, 1996, pág. 1943.

¹⁰⁰⁸ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. págs. 142-143;

¹⁰⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal...*, 1998, ob. cit. pág. 474.

En contra de esta opinión, BENEYTEZ MERINO¹⁰¹⁰ considera que la tentativa no podría apreciarse en los supuestos de ocultación, al tratarse de una omisión que se consuma con la mera inactividad y que solo cabe apreciarse aquella en la destrucción e inutilización de documentos, y no en su ocultación. En contra de este autor y, a favor de la tesis mayoritaria, CUENCA GARCÍA¹⁰¹¹ estima inaceptable ese argumento porque la ocultación es una modalidad activa e, incluso si se tratase de un delito de omisión o comisión por omisión, es opinión comúnmente aceptada por la mayoría de la doctrina que se produce la tentativa en estos casos, aunque con matices por parte de los autores. Según PÉREZ CEPEDA, hay que distinguir varios supuestos de tentativa; por ejemplo, si el sujeto activo realiza alguna de las acciones descritas en el tipo convencido de su trascendencia en el proceso pero luego las consecuencias son irrelevantes por que los documentos o actuaciones no tenían importancia ninguna a los efectos de lesionar el bien jurídico protegido para algunos autores “no estaríamos ante un supuesto de tentativa, sino de delito imposible por falta de idoneidad del objeto seleccionado”; por el contrario, otro sector considera que si el objeto si es el adecuado para causar la lesión del bien jurídico con carácter *ex ante* -lo que desconoce el actor en ese momento-, el intento en sí mismo es idóneo para esta corriente doctrinal, por lo que si cabría apreciar la tentativa. Para PÉREZ CEPEDA esto no es aceptable, pues no sería suficiente con la existencia de un peligro *ex ante*. Para esta autora es necesario que se produzca un riesgo real y efectivo de lesionar el bien jurídico, por lo que la inexistencia de aquel solo puede dar lugar a un supuesto de tentativa inidónea¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ BENEYTEZ MERINO, L. *Código Penal...*, ob. cit. Madrid, 1997, pág. 4355.

¹⁰¹¹ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos desleales...*, ob. cit. pág. 348 y ss.

¹⁰¹² PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 142; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, AA. VV, 1996, págs. 237 y ss.

Por su parte, CUENCA GARCÍA, está de acuerdo con esta última postura, si bien establece su propio matiz. En un principio esta autora considera que, en atención al bien jurídico protegido, si se trata de un objeto -documentos o actuaciones-, carentes de toda relevancia penal la acción no sería susceptible de reconducirse por la vía penal y la respuesta debería buscarse en el ámbito disciplinario o sancionador. Sin embargo, esta autora considera que hay dos formas de valorar la tentativa; una desde una perspectiva subjetiva, es decir, atendiendo a la intencionalidad del sujeto, si este realmente buscaba causar lesión del bien jurídico protegido -el correcto desarrollo del proceso-, la conducta sería punible en grado de tentativa, en este sentido alude a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN y QUINTERO OLIVARES¹⁰¹³.

Esta discusión doctrinal que acabamos de repasar y que se produjo hace ya varias décadas en relación con la tentativa puede ser a partir de ahora el único debate que se genere alrededor de la infidelidad en la custodia de documentos. A lo largo de este trabajo ya hemos alusión a esta situación sobre la que nos volveremos a pronunciar y que, en definitiva, es una de las partes esenciales del mismo; y por ello, tras el análisis sobre la irrupción de los medios telemáticos de obligado uso en el tráfico jurídico nos veremos obligados a retomar el discurso sobre las formas imperfectas de ejecución. Considerando de muy difícil, sino imposible, la realización del 465.1 CP debido a que ya no se recibe el objeto material físicamente, cabe pensar que como mucho podrían darse supuestos de tentativa infructuosa en cuanto a la infidelidad en la custodia de documentos de abogados y procuradores.

¹⁰¹³ MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. en *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1998, págs. 461; QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Navarra, 1999, págs. 585 y ss.

7. Causas de justificación

La doctrina en general descarta posibles causas de justificación en los delitos de deslealtad cometidos por abogados y procuradores debido a las características del bien jurídico protegido, correcto funcionamiento del proceso de forma mediata y, correcto funcionamiento de la función jurisdiccional de la Administración de justicia de manera inmediata¹⁰¹⁴. Sin embargo, en mi opinión, y acudiendo de nuevo a la prudencia, entiendo que como en todos los aspectos de este delito debe atenderse al caso concreto. El hecho de que abogados y procuradores, debido a su consideración de profesionales especialmente vinculados al proceso y sujetos a una fuerte normativa deontológica no debe hacer olvidar que, al fin y al cabo, son personas y, por encima de todo esta condición debe ser objeto de protección también por el derecho. Nada impide a nuestro juicio contemplar en algún momento alguna causa de justificación prevista en el artículo 20.6 del Código Penal, como el miedo insuperable, en los casos en que un abogado o procurador comprometido en su defensa o representación iniciadas de buena fe, pueda verse sometido de repente en situaciones extremas, como la amenaza de un cliente mafioso, que hace depender la integridad física del profesional o la de los miembros de su familia en el resultado final del proceso. En contra de esta opinión CUENCA GARCÍA y BENÍTEZ ORTÚZAR¹⁰¹⁵, quienes entienden que ni siquiera en estos casos cabría recurrir a esta causa de justificación argumentando la interpretación restrictiva que jurisprudencia y doctrina hacen del criterio de la inexigibilidad de otra conducta como fundamento del miedo insuperable. Insistimos que, a nuestro juicio en un Derecho Penal garantista y de intervención mínima no es comprensible una interpretación restrictiva de

¹⁰¹⁴ CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos ...*, ob. cit. pág. 357.

¹⁰¹⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF, ob. cit. pág. 162.; CUENCA GARCÍA, M^a J. *Los comportamientos...*, ob. cit. págs. 357 y ss.

esta índole cuando se ponen en riesgo bienes jurídicos protegidos como la vida o la integridad física y moral de las personas, que, entendemos de mayor valor que el correcto desarrollo del proceso y el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

Cuestión distinta es cuando se trata de un supuesto de posible perjuicio al cliente del artículo 467 del CP, en los que se produce una doble deslealtad, hacia la Administración de Justicia y hacia el cliente. En estos casos, según QUINTERO OLIVARES¹⁰¹⁶, se trataría de un planteamiento más bien teórico pero imposible en la práctica.

En cuanto a la alegación de otras causas, como el ejercicio legítimo del cargo del artículo 20.7 del Código Penal, para justificar la destrucción de documentos no se contempla debido a que la custodia de documentos viene configurada por un abuso del ejercicio de su profesión, luego resultaría contradictoria su proclamación.

También distingue la doctrina como posible la concurrencia del llamado estado de necesidad como causa de justificación en el artículo 20.5 del Código Penal, en los casos en que la acción típica de destruir, inutilizar u ocultar vayan encaminadas a evitar el ingreso en prisión del cliente, lo que provocaría una colisión de deberes. Esto podría ser aceptable si lo que estaba previsto tras el proceso fuese la libertad del justiciable que, por algún error en la ejecución de la sentencia se viese amenazada esa libertad; sin embargo, sería inaceptable si la acción típica va encaminada a eludir una querrela, por ejemplo.

¹⁰¹⁶ QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal...*, ob. cit. pág. 1991.

CAPÍTULO SEXTO: LA INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS **ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.**

1. Introducción

El art. 465.1 describe una conducta que fue catalogada en su día por la doctrina como una auténtica novedad en nuestro Derecho Penal¹⁰¹⁷, o de nuevo precepto¹⁰¹⁸, aunque otros autores, entre los que modestamente me incluyo, consideramos que este tipo de delitos venía contemplándose desde tiempos inmemoriales, no solo desde el CP de 1870¹⁰¹⁹, texto en el que aparecía la figura del funcionario público estrechamente vinculada a la infidelidad en la custodia de documentos, sino, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, desde el Derecho Romano; si bien es cierto que la novedad se produce desde el punto de vista de la sistemática y de su nueva catalogación entre los delitos contra la Administración de Justicia, siendo por primera vez que se regula un tipo específico de infidelidad en la custodia de documentos realizada con exclusividad por abogados y procuradores. Asimismo, debe recordarse que las conductas descritas en el art. 465.1 se contemplaban de alguna forma en las normas procesales civiles y penales que establecían ya obligaciones para abogados y procuradores en cuanto a documentos y actuaciones, faltaba únicamente su regulación explícita en el Código Penal.

No obstante, y más allá de meras opiniones, la realidad podría hacer que ese carácter pionero o novedoso del 465.1 del CP haya quedado en pocos años paradójicamente obsoleto, si se tiene en cuenta que, como ya hemos mencionado con

¹⁰¹⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, IF. ob. cit. pág. 144.

¹⁰¹⁸ PÉREZ CEPEDA, A.I. ob. cit. pág. 133. Véase también, RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ, AI. ob. cit. pág. 273-274; JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. pág. 213.

¹⁰¹⁹ JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. pág. 212.

anterioridad, la irrupción de nuevas tecnologías puede tener como consecuencia que la comisión del delito de infidelidad en la custodia de documentos tal y como está regulada actualmente en nuestro Código Penal sea casi de imposible comisión, o, al menos, de muy difícil concurrencia. Ello debido a la propia literalidad del art. 465 CP, responsabilidad del Legislador, que ignoró en este punto, el impacto de las nuevas tecnologías en la gestión de los Juzgados y Tribunales como herramienta imprescindible en la Administración de Justicia¹⁰²⁰. Y fue precisamente, como señalaba en el año 2000 PÉREZ CEPEDA¹⁰²¹, *esa resistencia de la Administración de Justicia a asumir las nuevas técnicas informáticas* -resistencia que ha compartido el legislador penal a la hora de tenerlo en cuenta al configurar el Título XX del Código Penal pero especialmente el 465 que regula el delito de infidelidad en la custodia de documentos-, la que ahora puede convertir el 465 CP. en un tipo penal desechable.

Dicho de otra forma, parece que el artículo 465 del CP quedará limitado a supuestos cada vez más escasos si tenemos en cuenta -como dijimos en el tema de los concursos de delitos-, que la recepción en traslado por parte de abogados y procuradores del objeto material en formato papel ya prácticamente no se produce. No sería exagerado, parafraseando a GARCÍA GOYENA a propósito del Código Penal de 1822, afirmar que el novedoso e inédito artículo 465, regulador del delito de infidelidad en la custodia de documentos en el Código Penal de 1995, nació muerto y aun no se ha reestablecido. Veamos por qué.

¹⁰²⁰ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JM ^a. “Los sistemas de Gestión jurídica automatizada: Aplicaciones Informáticas en el ámbito de la Administración de Justicia”, Madrid, 1996, págs. 553 y ss.

¹⁰²¹ PÉREZ CEPEDA, AI. ob. cit. pág. 134.

2. Sobre la legislación de las Nuevas Tecnologías en relación con la Administración de Justicia.

Hace ya más de tres décadas se advertía sobre la aparición de un nuevo fenómeno cuya repercusión sería decisiva para el conjunto de la sociedad internacional y que se ha constituido como vehículo imprescindible para llegar a la globalización¹⁰²². Nos referimos a la meteórica informatización de la vida social en todos sus órdenes y, desde luego, en lo que atañe al mundo jurídico. El Legislador penal español, ante el reto de modernizar el texto punitivo, perdió la oportunidad de hacerlo conforme a los nuevos tiempos que estaban por llegar, al menos en lo referente a los delitos contra la Administración de Justicia.

Pero lo más incomprensible de todo es que, después de casi una treintena de modificaciones y reformas de este -casi todas realizadas en clave política represora bajo deformadas ideas o conceptos como el de *alarma social* o el de *seguridad*¹⁰²³, este último especialmente reforzado tras el 11 de septiembre de 2001-, nuestro Derecho Penal, o para ser más precisos, nuestro Código Penal, no se haya adecuado a la realidad social como en realidad demandaba el devenir de los tiempos. Siguiendo la tradición de nuestros legisladores penales de restaurar, o más bien de parchear la ley penal, se han ido acometiendo diferentes tipos delictivos en relación con la informática, como el terrorismo, la pornografía infantil, delitos económicos diversos, e inmigración, y, en lo

¹⁰²² ROMEO CASABONA, J M^a. *Poder informático y Seguridad jurídica*, 1988. “En esta obra de hace ya 33 años, el autor exponía, entre otras cuestiones acuciantes en materia de derecho e informática, las corrientes innovadoras de la entonces doctrina del derecho comparado de nuestro entorno y del mundo anglosajón, y la tendencia general de esos sistemas extranjero, que no era otra sino la de acometer a la mayor celeridad el impacto de las nuevas tecnologías en el mundo jurídico”. Véase, págs. 90 y ss. (Nota del doctorando).

¹⁰²³ MORENO CATENA, V. *Sistemas penales europeos*, Madrid, 2002, pág. 17.

que atañe al ámbito de la Administración de Justicia, únicamente el delito de descubrimiento y revelación de secretos¹⁰²⁴. No deja de ser paradójico que, en relación a los delitos contra la Administración de Justicia, se haya disertado tantísimo, por ejemplo, en torno a la búsqueda de un bien jurídico protegido adecuado a todos ellos o se haya apelado hasta la saciedad en la necesidad de modernizar el Código Penal, y, sin embargo, no se haya tenido en cuenta precisamente la mutabilidad que lo caracteriza¹⁰²⁵, en este sentido ROXIN, al pronunciarse sobre la naturaleza cambiante del bien jurídico dijo: “*La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico*”.

Pero al margen de esta carencia respecto a tipos penales determinados contrarios al buen funcionamiento de la Administración de Justicia regulados en el Título XX del CP, la realidad se imponía¹⁰²⁶ y es imprescindible en este sentido, hacer referencia a la legislación que se ha venido aprobando a propósito del impacto de las nuevas tecnologías y su evidente repercusión en el ámbito y desarrollo de los procesos judiciales, y, por tanto, afectando directamente a aquella.

Entre otras destacan, Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial aprobó la implantación de la Nueva Oficina Judicial y cuyo Libro V, bajo la rúbrica “*De los letrados de la*

¹⁰²⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a. *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Madrid, 2001, pág. 101 y ss.; ROMEO CASABONA, CM. *Poder informático y seguridad jurídica*, Madrid, 1988, págs. 35 y ss.; ROMEO CASABONA, CM. *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, 2010, págs. 381 y ss.

¹⁰²⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General...*, 1997, (reimpresión 2008), ob. cit. págs. 57 y 58.

¹⁰²⁶ PERRITT, HH. (Jr) *How to Practice Law with Computers, 1990, Supplement, New York City*, 1990. Se trata de un sencillo manual de los numerosos que se publicaron en Estados Unidos o Inglaterra acerca del nuevo manejo del Derecho a través de la informática. (Nota del doctorando).

administración de justicia y de la Oficina judicial”, se otorgaba a los Letrados de la Administración de Justicia (antes secretarios judiciales) la responsabilidad en materia de organización y control de la documentación del Juzgado. Esta reforma ha sido de gran relevancia y destacaremos algunos artículos que reflejan el gran cambio operado en la gestión y tramitación judicial, por ejemplo, el artículo 458.4 LOPJ: *“El letrado de la Administración de Justicia será responsable de la llevanza de los libros de registro a través de las aplicaciones informáticas correspondientes y, en su defecto, manualmente, impartiendo las oportunas instrucciones al personal de él dependiente”*.

Igualmente, la ley otorga el derecho de los justiciables a disponer de los documentos y actuaciones y, en este sentido, el artículo 235 de la LOPJ establece: *“los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado a los interesados mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley”*. Por lo tanto, el Letrado de la Administración de Justicia deberá cuidar de que, cuando se produzca tal acceso, no se alteren los documentos y actuaciones, por ejemplo, como consecuencia de alguna de las conductas descritas en el artículo 465. 1 del CP, lo que, por otra parte, no parece fácil si la documentación está debidamente almacenada en los correspondientes archivos o soportes informáticos, en cuyo caso la destrucción, inutilización u ocultamiento se ejercería sobre una copia, y, por lo tanto, no tendría trascendencia penal.

La LECrim también garantiza el traslado del objeto material durante el proceso, pero otorgando la posibilidad a la oficina judicial de elegir la forma de hacerlo para evitar posibles usos indebidos, y así se pronuncia al respecto el art. 654 al establecer que, *“el Secretario judicial, al dar traslado de la causa a las partes en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos anteriores, dispondrá lo que considere conveniente para que*

éstas puedan examinar la correspondencia, libros, papeles y demás piezas de convicción, sin peligro de alteración en su estado”.

Uno de los objetivos de la reforma, entre otros -tal como manifiesta su EM en su apartado VI-, era adaptar la vieja Secretaría a las nuevas tecnologías y a un programa eficiente y racional de ordenación de recursos humanos, con un sistema más ágil y eficaz. Ejemplo de ello, es el art. 107.10 de la LOPJ, reformado por LO 19/2003 en cuyo segundo párrafo establece, *“A tal efecto, el CGPJ, previo informe de las Administraciones competentes, establecerá reglamentariamente el modo en que habrán de elaborarse los libros electrónicos de sentencias, la recopilación de las mismas, su tratamiento, difusión y certificación, para velar por su integridad, autenticidad y acceso, así como para asegurar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales”.*

La responsabilidad de los Letrados de la Administración de Justicia queda patente en los siguientes preceptos: artículo 453 LOPJ al establecer: *“Corresponde a los Secretarios Judiciales, con exclusividad y plenitud, el ejercicio de la fe pública judicial”*; en el artículo 458. 1. al disponer: *“Los letrados de la Administración de Justicia serán responsables del Archivo Judicial de Gestión, en el que, de conformidad con la normativa establecida al efecto, se conservarán y custodiarán aquellos autos y expedientes cuya tramitación no esté finalizada, salvo el tiempo en que estuvieren en poder del juez o del magistrado ponente u otros magistrados integrantes del tribunal”*; y, en el artículo 458. 4 cuyo tenor literal es: *“El letrado de la Administración de Justicia será responsable de la llevanza de los libros de registro a través de las aplicaciones informáticas correspondientes y, en su defecto, manualmente, impartiendo las oportunas instrucciones al personal de él dependiente”.*

En cuanto al Código Penal se refiere, la principal regulación de los delitos cometidos a través de soportes informáticos se lleva a cabo en los artículos 263 y siguientes, dentro del Capítulo IX, rubricado “*De los daños*”, inmerso, a su vez, en el Título XIII bajo la rúbrica “*Delitos contra el patrimonio y el orden socio económico*”.

Del tenor literal de algunos preceptos se deduce el “espíritu del legislador” al momento de redactar los artículos. El primer artículo del referido capítulo IX, reformado por L.O. 1/2015, de 30 de marzo es el artículo 263 CP:

1. “*El que causare daños en **propiedad ajena** no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño*”.

“*Si la cuantía del daño causado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses*”.

2. “*Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el apartado anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes*”:

1.º “*Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o como consecuencia de acciones ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales*”.

2.º “*Que se cause por cualquier medio, infección o contagio de ganado*”.

3.º “*Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas*”.

4.º “*Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal*”.

5.º *“Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica”.*

6.º *“Se hayan ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses Generales”.*

El sesgo político se dejó sentir una vez más en la dinámica legislativa, y, ni que decir tiene que, tratándose de un artículo reformado bajo la legislatura de un partido político conservador, el orden de prioridades sobre los afectados debía quedar claro, y es, en primer lugar, “la propiedad ajena”; después se hace referencia al posible perjuicio del libre ejercicio de la autoridad en sus funciones por parte de los funcionarios, y, finalmente, a particulares cuando intentan colaborar para llevar a buen término la aplicación o ejecución de la Ley, entendemos que se refiere obviamente a la Justicia, aunque el precepto no hace alusión a ella directamente.

Pero tampoco gobiernos de diferente color político fueron más originales y efectivos en cuanto a la reforma del Código Penal se refiere. El artículo 264 del texto punitivo reformado por L.O 5/2010, de 22 de junio, ya refleja la obsesión que, en los últimos años, los responsables de velar por una política criminal coherente y eficaz, sin embargo, la han soslayado en favor de un endurecimiento de las penas en materias muy concretas como son, la idea de seguridad y el terrorismo, aspecto que ya se mencionó al principio de este epígrafe, y su redacción es la siguiente:

Artículo 264 CP.

1. *“El que, por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”.*

2. *“Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concurra alguna de las siguientes circunstancias”:*

1.º *“Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal”.*

2.º *“Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos”.*

3.º *“El hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad”.*

4.º *“Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones”.*

5.ª *“El delito se haya cometido utilizando alguno de los medios a que se refiere el artículo 264 ter”.*

“Si los hechos hubieran resultado de extrema gravedad, podrá imponerse la pena superior en grado”.

3. *“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero”.*

También en el artículo 264 bis CP, reformado en el año 2015 se resistió a introducir como perjudicada a la Administración de Justicia, y, sin embargo, si se hace mención expresa a la Administración Pública, lo que nos recuerda a la redacción de algunos artículos del AMPC (*American Model Penal Code*), en el que se tiende a no distinguir entre los ambos tipos de administración.

Artículo 264 bis CP.

1. *“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, sin estar autorizado y de manera grave, obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno”:*

a) *“realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior”;*

b) *“introduciendo o transmitiendo datos; o”*

c) *“destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica”.*

*“Si los hechos hubieran perjudicado de forma relevante la actividad normal de una **empresa, negocio** o de una **Administración pública**, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose alcanzar la pena superior en grado”.*

2. *“Se impondrá una pena de prisión de tres a ocho años y multa del triplo al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en los hechos a que se refiere el apartado anterior hubiera concurrido alguna de las circunstancias del apartado 2 del artículo anterior”.*

3. *“Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido*

mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero”.

Artículo 264 ter CP.

“Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores”:

*a) “un **programa informático**, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o”*

*b) “una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un **sistema de información**”.*

Obviamente, se puede argumentar que la Administración de Justicia ya tiene su propio Título en el Código Penal, pero es que allí, tampoco se ha acometido con suficiencia el enorme riesgo que puede correr la actividad de la Administración de Justicia hoy en día con la presencia de los medios informáticos¹⁰²⁷, en cuanto a la posibilidad de utilizar estos para acceder a los archivos y/o bases de datos de la Administración de Justicia donde se contienen los expedientes judiciales, procedimientos y demás información de relevancia procesal y administrativa.

¹⁰²⁷ “En el Código Penal no se ha optado por crear un título autónomo relativo a los delitos informáticos, que de manera transversal -en cuanto a los bienes jurídicos afectados-, pasase a contemplar las diversas conductas típicas en atención a la insidiosidad de los medios técnicos utilizados” (Esta era, sin embargo, la opción sistemática del Primer Borrador de la Convención Internacional de Delitos en el marco de Internet). En este sentido, ZÚÑIGA RODRIGUEZ, L. MÉNDEZ RODRIGUEZ, C. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a R. ob. cit. pág. 112.

Ya hemos cuestionado con cierta reiteración la exigencia de los requisitos como recibir en traslado y el abuso de su función, que son a nuestro entender, una limitación decisiva para dotar de verdadera protección a la Administración de Justicia por actos cometidos por estos profesionales Y estas dificultades se pueden ver aumentadas con la utilización de los nuevos medios tecnológicos, pues quedan sin resolver los actos que hemos comentado, las posibles injerencias de abogados y procuradores en un expediente judicial sin abusar de su función o sin recibir en traslado, lo que afectaría desde luego al normal funcionamiento de la Administración de Justicia y por supuesto la autenticidad del proceso.

Por otra parte, y es precisamente en este punto donde resulta sorprendente -si se ha llegado a la conclusión por parte de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia es precisamente el correcto funcionamiento de esta y la preservación del proceso-, que el Código Penal no haya tenido en cuenta a los efectos del delito de infidelidad en la custodia de documentos, con posterioridad a 1995, la incipiente legislación relacionada con las nuevas tecnologías y los delitos informáticos en ninguna de sus múltiples reformas desde entonces. Por tanto, estamos en condiciones de afirmar que la insuficiencia del Capítulo VII del Título XX del CP, bajo la rúbrica de la *Obstrucción a la Justicia y la Deslealtad profesional*, es más que evidente y urge una actualización de este.

Este problema queda al descubierto cuando observamos el ingente trabajo de ciertos sectores de la doctrina en los últimos años a través de numerosos informes, estudios o comentarios en diferentes obras¹⁰²⁸ y que se ha visto reflejado en el contenido

¹⁰²⁸ROMEO CASABONA, CM^a. *La adaptación del Derecho Penal...*, ob. cit. Granada, 2010, págs. 27 y ss. “Las reflexiones en torno al Derecho penal...están caracterizadas por sus bases consolidadas en un sistema clásico basado en principios tradicionales que sufren ya el peso de la obsolescencia”(…) es sabido

de la legislación más reciente, sobre todo en materia administrativa, además de la contenida en las distintas leyes procesales y la LOPJ que ya hemos visto. Si lo que se pretendía era de dotar al artículo 465 del CP de identidad propia para no dejar impunes ciertos actos cometidos por abogados y procuradores en el tratamiento y manejo de los documentos por una parte y, sobre todo, en aras de proteger el buen funcionamiento de la Administración de Justicia como principal objeto de protección, paradójicamente se ha conseguido el efecto contrario, el actual artículo 465 del CP no ofrece las suficientes garantías de protección en este sentido.

Asimismo, debe hacerse referencia a dos textos básicos como la *“Ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de la Justicia, sobre el expediente digital, así como del Registro de escritos y comunicaciones electrónicas”*; y, más reciente aun, la *“Ley 42/2015 de Servicio Electrónico de Acceso restringido a los procedimientos judiciales”*.

Dispone la Exposición de Motivos de la Ley 18/2011 de 5 de julio:

“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de sus derechos ante los tribunales. Así se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 24.1 de la Constitución y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

“Para salvaguardar dichos derechos de los ciudadanos es necesaria la modernización de la Administración de Justicia, campo esencial para consolidar el Estado de Derecho y mejorar la calidad de nuestra democracia. En este contexto de

que nuestro legislador- independientemente de su color político-, ni brilla por su técnica ni persigue la racionalidad del sistema (...) La mayor parte de la doctrina contemporánea aún está basada en esquemas tradicionales, es decir, en un sistema clásico enérgicamente estridente para la nueva realidad en la que nos desenvolvemos y con una fuerte resistencia para aceptar líneas reconstructivas alternativas”.

modernización, uno de los elementos de mayor relevancia es, precisamente, la incorporación en las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías...”.

“La presente Ley regula el uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia”.

“Los principales objetivos de esta norma, son: primero, actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones; segundo, generalizar el uso de las nuevas tecnologías para los profesionales de la justicia; tercero, definir en una norma con rango de ley el conjunto de requisitos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales”.

En consonancia con la anterior, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil a través de la Ley 42/2015 pone de manifiesto en su preámbulo lo siguiente:

“Los avances en el uso de las nuevas tecnologías de comunicación constituyen un valioso instrumento para el desarrollo de las actuaciones de la Administración de Justicia, así como en su relación con los profesionales y los ciudadanos”.

“La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su redacción original ya recogió parte de estas inquietudes al regular el uso de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos por parte de la Administración de Justicia y de aquellos que acrediten tener disposición de dichos medios. Esa previsión, junto con la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que establece el deber de utilizar los medios

electrónicos para los profesionales de la justicia y de las oficinas judiciales, así como la obligación de las Administraciones competentes de dotar de estos medios y el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia, supusieron un paso muy importante en el desarrollo de las nuevas tecnologías”.

“Sin embargo, no se ha logrado una aplicación generalizada de los medios electrónicos como forma normal de tramitación de los procedimientos judiciales y de relacionarse la Administración de Justicia con los profesionales y con los ciudadanos”.

“Por ello, constituye una necesidad imperiosa acometer una reforma en profundidad de las diferentes actuaciones procesales para generalizar y dar mayor relevancia al uso de los medios telemáticos o electrónicos, otorgando carácter subsidiario al soporte papel. Así, no solo se conseguirá una mayor eficacia y eficiencia en la tramitación de los procedimientos, sino también ahorro de costes al Estado y a los ciudadanos y se reforzarán las garantías procesales. Es decir, estaremos ante un nuevo concepto de Administración de Justicia y será un paso más para mejorar el servicio público que constituye la misma”.

Efectivamente, tal como dice la Ley 42/2015 de 5 de octubre, dicho uso *aún no se ha generalizado*, y lo que es peor, algunas leyes tan trascendentales como el Código Penal, no se han hecho eco del contenido de esta reciente normativa en pro de la modernización de la Administración de Justicia y, más en concreto, en la modalidad del delito especial de infidelidad documental como uno de los supuestos contemplados en el texto punitivo a propósito de los delitos de obstrucción a la Justicia. Esta carencia o insuficiencia de tipo formal tiene evidentes consecuencias en la parte material o del fondo. Y es precisamente en este punto donde entendemos que, si se ha llegado a la conclusión por parte de la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que el bien jurídico protegido en

los delitos contra la Administración de Justicia es precisamente el correcto funcionamiento de esta, o para ser más explícito, “*el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia que cumple su fin constitucional con base en los documentos que integran cada expediente judicial, la mayoría de ellos con esencia intrínsecamente probatoria*”, como manifiesta CORTÉS BEQUIARELLI¹⁰²⁹.

En definitiva, no se entiende que el Código Penal no haya obrado en consecuencia.

3. El incierto futuro del artículo 465 del Código Penal: desaparición o modificación.

Dicho todo lo anterior, a nuestro entender el futuro del artículo 465 del CP queda en entredicho y como ya hemos reiterado en varias ocasiones a lo largo de trabajo, debemos ratificar nuestra postura a modo de conclusión. Retomando el argumento anterior acerca de ciertos presupuestos exigidos como era la *recepción en traslado* en calidad de abogados y procuradores, solo surgen interrogantes al respecto. ¿Cómo es y qué es lo que reciben abogados y procuradores hoy en día en traslado? La respuesta debe ser clara y concisa: “copias”.

El protagonismo del papel ha perdido prácticamente su relevancia, por no decir que ha desaparecido prácticamente en buena medida del tráfico procesal. Desde hace más de un lustro se impone la gestión telemática en los trámites del proceso; es decir, abogados y procuradores, sobre todo los primeros, ya no reciben físicamente los documentos por parte del Juzgado, sino que este, previa informatización del correspondiente expediente y su inclusión en una base de datos, son trasladados vía telemática a los representantes procesales y a la defensa mediante el sistema *Lexnet* que, como ya expusimos en líneas

¹⁰²⁹ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. ob. cit. pág. 1084.

anteriores, opera mediante técnicas criptográficas para preservar la privacidad y seguridad del tráfico jurídico en el que intervienen abogados y procuradores.

Ello significa, -y, como ya hemos hecho con cierta insistencia quizás cansina, pero necesaria a nuestro entender-, que los originales muy difícilmente son entregados a estos profesionales que los reciben ya por medios informáticos. Desde el inicio de la instrucción, el Juzgado tiene en su poder “la totalidad del procedimiento” contenido en una base de datos. Si estamos de acuerdo en que uno de los presupuestos del tipo es “recibir en traslado el objeto material del delito”, si dicho objeto material son copias, el delito simplemente no se produce o muy difícilmente se producirá, esa es la realidad.

Por tanto, ante la imposibilidad o gran dificultad de que se produzca esa recepción en traslado de los documentos originales estamos fuera del contexto del artículo 465. Se echa de menos la contemplación de posibles acciones que vulnerarían los procesos judiciales como la intromisión ilegítima de abogados o procuradores en las bases de datos de los Juzgado y Tribunales con la intención de destruir, inutilizar u ocultar el todo o parte de un procedimiento con el fin de obstaculizar el desarrollo del proceso en beneficio propio o de un cliente y afectar desde luego al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

Estos supuestos, aunque inverosímiles en principio no son descartables y hasta ahora parece que inexistentes, pero en caso de producirse no podrían catalogarse de supuestos de infidelidad en la custodia de documentos del Código Penal y estaríamos ante una aprehensión no autorizada por parte de estos profesionales y de difícil catalogación, pero ya no sería un tipo concreto de acto subsumible en el 465 del CP.

Probablemente, habría que aceptar que cada vez que se produjera un intento de hackeo del sistema informático de juzgados y tribunales con el fin de destruir, inutilizar

u ocultar documentos o actuaciones, se produciría un concurso de delitos de hurto o robo con el de daños, o incluso tener que resucitar la falsedad documental en los supuestos en que abogados o procuradores realizasen estas actividades delictivas. En cualquier caso, de nuevo la doctrina se pondría manos a la obra para comenzar la historia interminable de dilucidar que bien jurídico protegido se está vulnerando ahora. Probablemente persistirían algunos en su empeño de seguir protegiendo el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, pero ¿podría aceptarse que tales actuaciones se hacen en el marco del proceso? La respuesta podría ser afirmativa ya que, se entiende que es otra forma de transgredir las reglas inviolables del proceso debido que ya se ha puesto en marcha; pero una cosa es incuestionable, ya no podríamos integrarlo en el 465 del CP, porque el Legislador, la Doctrina y la Jurisprudencia, se empeñaron en su día en exigir la recepción -debemos entender “física”, al no prever otras formas-, en traslado para que se cometiese el tipo penal. Entraríamos de lleno en un terreno pantanoso en el marco de los delitos de daños a través de medios informáticos tal como dispone el artículo 264 del CP, pero ya no estaríamos únicamente en el ámbito de protección de la Administración de Justicia, cuyo correcto funcionamiento se ha proclamado con vehemencia por doctrina y jurisprudencia como el *leit motiv* que dio lugar a la aparición del nuevo Título XX en el Código Penal dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia. La verdad es que solo pensar en tener que retomar todo ese discurso de nuevo produce jaqueca o simplemente dolor de cabeza.

Desde luego, conscientes somos de “no estar descubriendo América”, y las actividades de “*hackeo*” no son una novedad¹⁰³⁰. Impactantes han sido algunos casos mundialmente conocidos que se han producido en diferentes contextos tan relevantes

¹⁰³⁰ Véase, “Los ataques contra los sistemas informáticos: conductas de *Hacking*. Cuestiones político-criminales”, en ROMEO CASABONA, CM. ob. cit. págs. 347.

como la política, o en temas económicos; ahí están los ejemplos de intromisiones informáticas en el año 2016 durante el proceso electoral en Estados Unidos que llevó a Donald TRUMP a la presidencia de aquel país y que fue objeto de debate en el Congreso estadounidense, de ahí las manifestaciones que en su día realizó el profesor Ciaran MARTIN¹⁰³¹. No sería descabellado pensar que tales actividades se llevasen a cabo algún día contra las bases de datos de la Administración de Justicia para manipular o simplemente hacer desaparecer un expediente judicial cuyo resultado final pudiera ser gravoso para una de las partes. De hecho, no hay que irse al extranjero para encontrar experiencias similares. Así, en nuestro país, en el mediático caso *Gürtel* desaparecieron cintas comprometedoras para la formación política del PP. Es un hecho que el riesgo de incidir en el proceso puede adquirir diversas formas no contempladas en el Capítulo VII.

No es este el lugar para reincidir en cuestiones de técnica legislativa, pero es ineludible plantear que el legislador debió haber previsto estas circunstancias y proceder de alguna manera para paliar esta deficiencia, no en vano, ha tenido 25 años para hacerlo. Pero puestos a dar ideas, una posible solución hubiese sido que el legislador añadiese un tercer párrafo al artículo 465 del CP contemplando la posibilidad de cometer las acciones típicas del 465.1 a través de medios informáticos o telemáticos, o directamente, haber dedicado el apartado 2º del 465 del CP a estos supuestos; es decir, en lugar de inventar la controvertida figura del particular -que en definitiva ha sido fuente de problemas para delimitar la autoría y solo ha contribuido a desnaturalizar el propio artículo 465 en su conjunto, cuando la verdadera razón de ser de este era dedicar un precepto exclusivo para ciertos comportamientos de abogados y procuradores-, podría haber ocupado ese espacio

¹⁰³¹ "Robar información con propósitos políticos o económicos es tan viejo como la humanidad", manifestó Ciaran MARTIN, el jefe del Centro Nacional de Ciberseguridad de Reino Unido, en BBC News/ Mundo, a propósito de las elecciones USA el 17 de diciembre de 2016:
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38350244>

en prevenir conductas delictivas ejercidas por esos mismos actores sobre documentos y actuaciones contenidas en soportes digitales o a través de medios informáticos.

La cuestión no es baladí, porque incluso las acciones típicas del artículo 465 del Código Penal podrían tener que reinterpretarse en el sentido de que no solo fuesen susceptibles de considerarse causantes de un delito de infidelidad en la custodia de documentos; sino valorar si la destrucción e inutilización de datos o programas, lo que conocemos como “sabotaje informático”, podría integrar o subsumir esas conductas en su totalidad en un tipo delictivo completamente nuevo que acogiese todas las formas de vulnerar el bien jurídico protegido a través de acciones sobre documentos, para, a su vez, y parafraseando a CORDOBA RODA, que protegiese de la manera más eficaz posible el interés *conforme a derecho* de la función de custodia de documentos, a nuestro juicio la más sencilla y acertada definición del bien jurídico protegido en el artículo 465 del Código Penal¹⁰³².

Otra solución quizás más coherente, teniendo en cuenta todos estos aspectos, hubiese sido crear un delito autónomo dentro del Capítulo VII del Título XX en referencia a posibles actos de obstrucción a la Justicia utilizando los medios telemáticos. En definitiva, haber trasladado -en consonancia con el bien jurídico que se protege-, el espíritu y el contenido que motivaron las reformas y las nuevas leyes que hemos expuesto sobre las nuevas tecnologías en el ámbito de la Administración Pública, al contexto de la Administración de Justicia. Es una cuestión de coherencia y sentido común. Se ha querido rizar tanto el rizo y delimitar tanto la responsabilidad de abogados y procuradores en sus actuaciones dentro del marco del proceso y, sobre todo, en cuanto a la modalidad de infidelidad en la custodia de documentos, que al final el resultado ha sido un artículo

¹⁰³² CORDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal...*, ob. cit. pág. 2294.

totalmente inútil e ineficaz para proteger el tan manoseado bien jurídico protegido “correcto funcionamiento de la Administración de Justicia”.

Por otro lado, también es cuestionable la existencia del 465 del CP por otras razones no desdeñables y una de ellas la exigua -casi ridícula-, cantidad de resoluciones a las que ha dado lugar y a lo que también hemos referido en ocasiones varias. El delito de infidelidad en la custodia de documentos ha sido objeto de algunas resoluciones de los tribunales y especialmente del Tribunal Supremo, pero la inmensa mayoría de estas han sido dictadas en relación con el artículo 413 del CP por actos cometidos por funcionarios públicos. Los pronunciamientos del Alto tribunal sobre el 465 del CP por el delito de infidelidad en la custodia de documentos realizado por abogados o procuradores son llamativamente mínimos, por no decir irrisorios, lo que hace replantearnos la utilidad del precepto.

Si a lo largo de 25 años con el formato papel como protagonista -y, por tanto, mayores posibilidades de realizarse las conductas típicas de destruir, inutilizar y ocultar documentos y actuaciones-, los casos han sido tan escasos, cabe pensar que actualmente en que la recepción del objeto material es una “copia” enviada telemáticamente, su destrucción, inutilización u ocultamiento es intrascendente para el tipo, los casos serán prácticamente inexistentes. ¿Qué sentido tiene pues el artículo 465 del CP en este momento? Resulta curioso que en los más actuales manuales de Derecho Penal y en toda la jurisprudencia sobre el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 465 del CP, se hace alusión a la misma sentencia que sentó la única doctrina al respecto y que data de 12 de enero de 1998, acompañada de unas poquísimas sentencias más que hacen todas referencia, a su vez, a la citada resolución, lo que parece consolidar la idea de que -e insistimos en este aspecto-, el bien jurídico protegido “correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en el marco del proceso”, muy pocas veces se ha visto

vulnerado por la comisión de un delito de infidelidad en la custodia de documentos realizado por abogados y procuradores; por tanto, todo parece indicar que, con la nueva dinámica de tramitación en los juzgados a través del sistema *Lexnet* resultará casi imposible que se de algún supuesto¹⁰³³.

Debe recordarse que, actualmente en España, las oficinas judiciales y los juzgados están informatizados¹⁰³⁴, las Comunidades Autónomas tienen cada una su programa informático de almacenamiento de datos. Si analizamos este dato, podemos extraer cuales son esos programas utilizados en las distintas Comunidades españolas:

En Madrid, el sistema *Libra*; en Andalucía, el sistema *Adriano*; en Cataluña, el sistema *Themis II*, *e.justicia.cat*; en Canarias, el sistema *Atlante*; en Navarra, el sistema *Avantius*; en Valencia, el sistema *Cicerone*; en Galicia, el sistema *Minerva*, en el País Vasco, el sistema *Justizia.eus*, y, en el resto de las comunidades autónomas el sistema *Minerva*, también utilizado por el propio Ministerio de Justicia. Por su parte, el Ministerio Fiscal utiliza el sistema *Fortuny*.

De ahí que la doctrina y el Legislador quizás deban replantearse a estas alturas la utilidad del propio 465 del Código Penal en su totalidad. En todo caso, parece que es

¹⁰³³ Solo hace falta acudir a la “Crónica de la Jurisprudencia del TS”, para ver que, entre los años 2010 y 2020, destaca el propio Tribunal Supremo a través del servicio estadístico en materia de delitos de infidelidad en la custodia de documentos únicamente la **STS de 28 de febrero de 2011** (RC 2253/2010) en la que trata la posibilidad de la tentativa en dicha figura típica. El resto de los delitos contra la Administración de Justicia son de diversa índole: delito de realización arbitraria del propio derecho, previsto en el art. 455 CP, tratado por la STS 1-2-2001 (RC 1739/10); delito de amenazas a testigos del art.464.1 CP, en STS 2-11-2011 (RC 192/2011), y en el otro, de la omisión del deber de promover la persecución de delitos del art. 408 CP, en STS 15-3-2012 (RC 1315/2011); delito de realización arbitraria del propio derecho del 455 en STS 06-07-2017 (RC 113/2017) y poco más.

<https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Memoria-del-TS/>

¹⁰³⁴ Véase, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Servicios-informaticos/Ministerio-de-Justicia-y-CCAA/>

inevitable una revisión y actualización de la infidelidad en la custodia de documentos como delito. ¿Tiene sentido exigir custodia a los actores del proceso cuando la Administración de Justicia tiene el objeto material del delito en su poder y ostenta ella misma esa custodia desde el inicio del proceso? Alguien podría objetar que, cuando se reformó el Código Penal en 1995 aún no existían estos programas, pero se podrían esgrimir dos razones de peso para contestar a esa afirmación: una, que como ya se ha relatado en párrafos anteriores, desde hacía décadas, tanto la doctrina extranjera como la española, venían advirtiendo del cambio -más bien metamorfosis-, que se avecinaba con el desembarco de las nuevas tecnologías y era más que recomendable aportar una solución de forma preventiva; o, cediendo a este primer argumento, recordar que, como también se ha reiterado y no pocas veces, han pasado veintiséis años desde 1995 y se han realizado casi una treintena de reformas del Código Penal ¿porque no se actualizó el Título XX en este sentido? Simplemente, no hay excusa posible. Entre la negligencia de los gobiernos autoproclamados socialdemócratas, por una parte; y, la sin razón histórica de los sectores conservadores españoles que, prefieren ver fantasmas donde no los hay y llevar a cabo reformas absurdas contrarias al Derecho Penal moderno para satisfacer descaradamente a sus acólitos, manoseando hasta el hastío temas como el terrorismo, el aborto, la inseguridad ciudadana y endureciendo el texto punitivo irracionalmente, el resultado es, un Código Penal que deja mucho que desear, poco pragmático y cada vez menos sintonizado con los valores y principios de la Constitución de 1978.

Dejando al margen los aspectos sociales y políticos, retomando el relato estrictamente jurídico, parece obligado volver sobre las formas imperfectas de ejecución. Y es que, puede que, a partir de ahora, se incrementen los supuestos de tentativa, en sus diversas modalidades, o, del delito imposible, que es lo más probable sobre lo cual ya se pronunció la doctrina como hemos visto. Ahora más que nunca habría que atenerse al

caso concreto, pues buena parte del discurso doctrinal en materia de delitos contra la Administración de Justicia, especialmente en materia de infidelidad en la custodia de documentos quede totalmente inservible, a menos que sea objeto de una profunda revisión. Actualmente, salvo excepciones -en que realmente se realicen las conductas típicas en un juzgado o tribunal que, por razones técnicas de disfunción de su sistema, el sujeto activo consiga poner en riesgo real el objeto material al recibir en traslado físicamente el objeto material-, el tipo descrito en el 465. 1 del Código Penal está condenado a ser un delito imposible o, siguiendo la tendencia doctrinal de utilizar términos rebuscados, de *cuasi imposible* comisión. Tengamos en cuenta que, además, no solo sería necesario destruir, inutilizar u ocultar el objeto a través de medios telemáticos, es que también habría que destruir al mismo tiempo los documentos o actuaciones en su versión de papel -formato físico-, que estuviesen en el juzgado, y tantas copias como hubiere del objeto material, lo cual se antoja, como poco, improbable. Pensar que un Juzgado u oficina judicial pudiera ser tan negligente de permitir tal intromisión es casi impensable, podría servir de argumento hollywoodiense para el director cinematográfico John GRISHAM, autor de películas como “*El informe pelicano*”, o “*La tapadera*” (*The Firm*), pero el alejamiento del actual 465 CP de la realidad es evidente.

Así las cosas, considerando por un lado, la desafortunada creación del segundo párrafo dedicado a los particulares, y la situación actual en que queda el primero, respecto de abogados y procuradores, creo que no es exagerado decir que debería redactarse el acta de defunción en su totalidad del tipo de infidelidad en la custodia de documentos regulados en el artículo 465 del Código Penal y, en todo caso, proceder a una regulación de este delito más actualizada y acorde a los nuevos tiempos; pero no solo pensando en abogados y procuradores, sino extenderlo a otros actores intervinientes en el proceso como peritos, graduados sociales, traductores o intérpretes, y porque no, también Jueces

y Fiscales cuando actúan en el marco de la Administración de Justicia como principales figuras del proceso.

4. Posible solución más allá del Derecho Penal. La opción garantista.

Tampoco es una novedad acudir al discurso garantista, pues otros autores ya se han pronunciado al respecto y, en este sentido, por ejemplo, basta echar un vistazo a uno de los trabajos de REBOLLO VARGAS¹⁰³⁵, en cuyo resumen se deja testimonio de estas reflexiones al decir: *“un análisis detallado de algunos aspectos de los delitos de infidelidad en la custodia de documentos nos lleva a plantear el debate sobre la necesidad de incriminar la mayoría de los ilícitos que se ubican bajo la rúbrica del Capítulo IV del Título XIX del Código Penal; ya no solo porque se trata de unas previsiones que tienen sus correspondiente tratamiento en la legislación administrativa, sino porque las resoluciones jurisprudenciales en este ámbito son, en la mayoría de los casos, absolutamente testimoniales o, incluso, inexistentes”*.

Lo que llama la atención del análisis de este autor, es que hace referencia a los supuestos de infidelidad documental cometidos por funcionarios, es decir, artículos 413 y siguientes, en el ámbito de la Administración Pública y que constituyen la inmensa mayoría de los supuestos de infidelidad en la custodia de documentos que se resuelvan en los tribunales; no sería exagerado hablar de una proporción de entre el 85 o 90 % de supuestos de infidelidad en la custodia de documentos que se resuelven en base al artículo 413, y el resto sobre el tipo especial del art. 465 ambos del CP y, cuando se hace respecto

¹⁰³⁵ REBOLLO VARGAS, R. “Consideraciones dogmáticas sobre los delitos de infidelidad en la custodia de documentos: una tipificación parcialmente innecesaria”, en *Cuadernos de Política Criminal* (Sección Estudios penales), n.º 111, 3.º, Época 2.ª, diciembre 2013, págs. 5-35.

a este último, no son pocas las veces que aparece la estela del 465.2; es decir, si se consideran escasos los supuestos a resolver sobre el tipo básico del 413 del CP, y estos constituyen, con exagerada proporción, la mayor parte de los casos de infidelidad en la custodia de documentos sobre los que se pronuncian los tribunales y especialmente el TS, los supuestos a resolver en cuanto a la infidelidad en la custodia de documentos cometidos por abogados o procuradores es significativamente ínfima, se podría decir que irrisoria incluso; por lo que, ¿Tiene esto algún sentido la existencia del artículo 465 del CP desde una perspectiva de política criminal? ¿Ha contribuido el novedoso precepto que apareció por primera vez en 1995 a un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia y a proteger eficazmente el devenir del proceso? La respuesta nos lleva a la duda como mínimo.

Por otra parte, hemos comprobado que la línea que delimita la infidelidad documental de otras formas delictivas como las falsedades es muy difusa, y esa sea, probablemente, la razón por la que el delito de infidelidad en la custodia de documentos del artículo 465.1 no suele aparecer aislado cuando se produce una imputación, sino que suele ir acompañado de otros tipos como la falsedad documental, la estafa procesal o mismamente con el segundo párrafo del 465 cuya delimitación, cuando se trata de un particular con las variantes que hemos visto, es siempre controvertida. Sobre este aspecto se pronuncia el profesor REBOLLO VARGAS, al decir que, no obstante, existe una diferencia importante entre las falsedades documentales y la infidelidad en la custodia de documentos, aunque en ambos delitos el objeto material es el mismo, pero no así el bien jurídico protegido ni el elemento subjetivo. Y es aquí, en este punto, donde a mi juicio está también uno de los problemas. El autor recuerda que una cosa es el dolo falsario, presidido por la conciencia y la voluntad de transmutar la realidad lo que recuerda a través de la STS 159/2004, de 13 de febrero, y el dolo inherente a la infidelidad documental que

se caracteriza por la conciencia y voluntad de impedir que la administración pública (en nuestro caso la de Justicia), pueda cumplir con los fines constitucionales, proclamado en la STS 353/2009, de 2 de abril¹⁰³⁶.

Pero aquí surge un interrogante: ¿es realmente trascendente esta diferenciación? A nuestro entender el sujeto activo del delito de infidelidad en la custodia de documentos al realizar la acción típica opera con ambas intenciones, pues ambas concurren ineludiblemente para alcanzar un objetivo. Primero, actúa con la intención de falsear la realidad, y, también para impedir que la Administración de Justicia pueda cumplir correctamente con sus funciones constitucionales, y, a su vez, con la subyacente intención de conseguir un beneficio o evitar un perjuicio para sí o su cliente derivado del proceso. Solo puede entenderse esta diferenciación a los efectos de sistemática u ordenación de los tipos delictivos, aunque a nuestro entender, no deja de ser una forma de complicar las cosas. Hemos visto que en muchos ordenamientos extranjeros los tipos que nosotros consideramos de infidelidad documental se tratan como falsedades o falsificaciones.

Añade el profesor REBOLLO VARGAS¹⁰³⁷, *“además de lo anterior, la tipificación de estos delitos es extraordinariamente confusa e incierta presentando lagunas de punibilidad difícilmente comprensibles, más aún cuando el legislador opta por mantener su redacción inalterada a pesar de las sucesivas reformas del Código Penal.”* Así las cosas, podría calificarse el análisis de este autor, inclusive, de demasiado generoso.

No faltan desde luego razones también para, al menos, plantearse el tratamiento del delito de infidelidad en la custodia de documentos desde una perspectiva alejada del

¹⁰³⁶ REBOLLO VARGAS, R. ob. cit. págs. 20-21.

¹⁰³⁷ Ibidem, pág. 5.

Derecho Penal o, si se prefiere, más garantista, teniendo en cuenta que la actividad de abogados y procuradores, no solo aparece regulada en algunas leyes procesales, como la LECrim, LEC y la propia LOPJ, en este sentido el art. 542.2 de la LOPJ: *“En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes y se sujetarán al principio de buena fe”*; sino, a través de estatutos propios de carácter autonómico y estatal, donde cada Colegio de Abogados y Procuradores tiene su departamento de deontología, actividad que controla a nivel estatal el Consejo General de la Abogacía en España, y así, a modo de ejemplo -entre los ya mencionados en el capítulo referente de sujeción de los profesionales a las leyes y normas reglamentarias-, mencionar dos más; en el EGAE, dentro del Título V, rubricado *“Profesionales de la Abogacía y Administración de Justicia”*, el artículo 55 establece un *“deber general de cooperación”*, al decir:

1. *“En su condición de garante de la efectividad del derecho constitucional de defensa y de colaborador con la Administración de Justicia, el profesional de la Abogacía está obligado a participar y cooperar con ella asesorando, conciliando y defendiendo en Derecho los intereses que le sean confiados”*.

2. *“En su intervención ante los órganos jurisdiccionales, el profesional de la Abogacía deberá atenerse en su conducta a la buena fe, prudencia y lealtad. La forma de su intervención deberá guardar el debido respeto a dichos órganos y a los profesionales de la Abogacía defensores de las demás partes”*.

En el mismo sentido el art. 10 del Código Deontológico de la Abogacía Española (CDAE)¹⁰³⁸, al regular la relación de los abogados con los tribunales al exigir a los primeros en su apartado 2º a), *“Actuar con buena fe, lealtad y respeto”*.

¹⁰³⁸ Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española el 6 de marzo de 2019.

Un sector de la doctrina-a nuestro juicio demasiado purista-, consideró que, si bien este deber profesional era susceptible de corrección disciplinaria colegial o mediante normativa de policía de estrados, sin embargo, cuando el comportamiento del abogado o procurador era grave merecía la intervención penal, ya que aquellas venían siendo ineficaces e insuficientes, lo que justificó la necesaria y adecuada respuesta penal -que se venía reclamando-, en el Código de 1995¹⁰³⁹. No podemos estar totalmente de acuerdo con esta afirmación, salvo en los casos en que la gravedad del delito cometido por abogado o procurador traiga consigo unas consecuencias asimismo muy graves para el perjudicado, el cliente o la Administración de Justicia. Pero con el reglamento en la mano, si un abogado o procurador es suspendido de su ejercicio temporal o definitivamente, está perdiendo su trabajo, es decir, objetivamente, se le está privando de su forma habitual de ganarse la vida, lo que ya supone desde luego un castigo extraordinario cuyas consecuencias personales pueden ser desastrosas teniendo en cuenta como está hoy en día el mercado laboral. Si el profesional suspendido no ha realizado otra actividad a lo largo de su vida y, además está en una edad determinada, su situación social puede devenir dramática. ¿es necesario además acudir al orden penal y privarle de libertad? Tenemos que oponernos a esta dinámica de penalizarlo todo. No podemos estar de acuerdo. Hacemos nuestra la máxima ya mencionada en algún lugar de este trabajo de FOUCAULT, “*no se trata de castigar más, sino de castigar mejor*”.

Desde luego a tenor de las estadísticas y con la numerología que ofrece la aplicación del artículo 465.1 del CP en el devenir de los últimos 25 años, difícilmente se puede asumir que fuese tan necesaria y adecuada dicha respuesta penal. No es que la actividad de los Colegios profesionales que regulan de manera interna el comportamiento

¹⁰³⁹JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. págs. 166-167.

de sus profesionales sea perfecto y suficiente en su caso, ya que también es cierto que la actual idiosincrasia o funcionamiento de estas instituciones merecerían un capítulo aparte de análisis, pues operan en muchos aspectos como una especie de micro ministerios que dan empleo a un personal no siempre debidamente cualificado y, en muchos casos apostados a dedo y donde la endogamia y el enchufismo es más que significativa, lo que desde luego no contribuye a la mejora del funcionamiento de estas instituciones – por otra parte, fuertemente politizadas hacia el conservadurismo-, y por ende a garantizar una mayor calidad de la abogacía y su consiguiente repercusión positiva en la actividad de la Administración de Justicia.

En conclusión, por estas razones entendemos coherente al menos plantear una propuesta alejada de soluciones punitivas y más humanitaria. Desde el planteamiento que ha establecido una corriente penalista de que “*otro Derecho Penal es posible*”, sería una opción a tener en cuenta y plantearse si con la normativa ya existente en el ámbito administrativo y estatutario, así como las leyes procesales en materia de policía de estrados no sería suficiente, sin necesidad de crear un artículo específico como el 465 CP que, paradójicamente frente a su proclamación de hito histórico en nuestro Derecho Penal por parte de algún autor, a la postre ha quedado rezagado en el tiempo, probablemente porque un precepto similar debió aparecer mucho antes y no casi dos décadas después de consagrado el Estado Social y Democrático de Derecho, circunstancia que, sin duda alguna, debió reflejarse en la legislación penal sin tanta demora.

Desafortunadamente, no parece que nuestro Legislador -al menos hasta la fecha-, este en predisposición de acometer las reformas del Código Penal en clave de intervención mínima del Derecho Penal o el garantismo -consagrado tras incontables esfuerzos de notables juristas-, y, en definitiva, aplicando el sentido común, ni en este, ni en otros posibles delitos cuestionables desde el punto de vista de su eficacia y necesidad real.

No obstante, sería injusto por nuestra parte, no asumir un mínimo de responsabilidad y ejercer autocrítica en cuanto a la abogacía se refiere. Creo que estamos ante una profesión en seria crisis. Esto ya lo puso de manifiesto en Italia Piero CALAMANDREI¹⁰⁴⁰, en su obra “*Demasiados abogados*” a principios del siglo XX. Casi una centuria después en España estamos ante el mismo problema: un exagerado número de abogados ejercientes; con una formación en muchos casos cuestionable; la facilidad para adquirir una titulación en Derecho, sobre todo en universidades privadas donde el título va implícito en el cheque mensual o anual; la falta de filtros eficaces para elegir a dichos ejercientes, así como un sinnúmero de trámites burocráticos exigidos para el ejercicio profesional que no contribuyen en una mejor calidad de la abogacía.

Es un hecho, por ejemplo, que tras la crisis económica de 2008 el número de colegiados ejercientes en el turno de oficio del Colegio de Abogados de Madrid creció exponencialmente. Muchos licenciados en Derecho que se dedicaban a actividades que nada tenían que ver con la defensa se dieron de alta en la institución sin apenas experiencia en el trato con los clientes y la actividad de los juzgados. Hay muchos abogados, pero peor calidad asistencial, ello es una realidad; y, en este sentido, se debe entonar el *mea culpa*.

¹⁰⁴⁰ CALAMANDREI, P. *Demasiados abogados*, Madrid, 2007.

UNA REFLEXIÓN FINAL ACERCA DEL LENGUAJE JURÍDICO

En lo que se refiere al lenguaje jurídico podemos hacernos una pregunta: ¿es correcto el uso del lenguaje jurídico especialmente por parte del legislador?, o ¿es el lenguaje jurídico actual el más idóneo? Este es, sin duda, otro aspecto que, a nuestro juicio merece una reflexión en general en el uso del Derecho y en particular a propósito del artículo 465 del Código Penal, ambos en relación con la aparición de las nuevas tecnologías. Decía ÁLVAREZ CIENFUEGOS¹⁰⁴¹, a propósito de la irrupción imparable de este fenómeno tecnológico lo siguiente, *“La aparición y difusión de las nuevas tecnologías en la convivencia diaria de los ciudadanos hace que, en muchas ocasiones, los conceptos jurídicos tradicionales resulten poco idóneos para interpretar las nuevas realidades”*. Desde luego no le faltaba razón al exmagistrado presidente de la Sala 3^a del Tribunal Supremo.

No solamente la ley -en este caso, el Código Penal en lo que se refiere al Título XX regulador de los delitos contra la Administración de Justicia-, sino también la doctrina, que ha mantenido un intenso debate acerca del mismo desde los ya lejanos proyectos de 1980, 1983 y 1992, dedicando no pocos esfuerzos a analizar todos los conceptos meticulosamente para buscar una configuración coherente de ese tipo de delitos en nuestro texto punitivo. Y lo ha venido realizando en clave tradicional, retrotrayendo a nuestros días los viejos postulados ilustrados al definir conceptos clásicos como Poder Judicial y su carácter independiente, jurisdicción, división de poderes, etc.,

No se trata de descatalogar dichos principios por el solo paso del tiempo, pero sí de interpretarlos conforme a los nuevos tiempos, y esto, desde luego, no se ha hecho.

¹⁰⁴¹ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JM^a “Los sistemas de Gestión jurídica automatizada: Aplicaciones Informáticas en el ámbito de la Administración de Justicia” (2º Congreso Internacional de Informática y Derecho), en Informática y Derecho (Actas Volumen 1 º), 1996, pág. 554.

Cuando irrumpieron aquellos postulados que dieron fin al Antiguo Régimen, en forma de principios y valores reformistas, traían consigo también un mensaje subliminal, basado en una idea de modernidad, de ruptura con el pasado. No era solo la aparición de nuevas corrientes ideológicas y formas de interpretar el Derecho y la Justicia; se trataba de un llamamiento a la necesidad de evolucionar y adecuar el derecho y las leyes a la realidad que se estaba viviendo, pero no para detenerse en aquella realidad de finales del siglo XVIII y principios del XIX, sino de continua evolución, de mirada hacia el futuro.

Esto debería obligar a los legisladores y juristas en general, a interpretar aquellos valores y principios de acuerdo con la más inmediata actualidad. Nos hartamos de repetir que los principios de la Ilustración acabaron con el Antiguo Régimen, pero nos olvidamos de que, dicho periodo -en España, por ejemplo, apenas acabó hace cuatro décadas tras el fin de la dictadura-, queda muy lejos en el tiempo y el mensaje que traía consigo era de ruptura ya no solo con el pasado, sino con todo lo inservible. A nuestro juicio, en una sociedad moderna como la nuestra que evoluciona a velocidad tan vertiginosa, el Derecho más que nunca -pues ya lo era en la Antigua Roma-, debe ser ante todo pragmático, flexible e innovador, adaptable a los tiempos presentes en cada momento. Quizás en este aspecto alcancen trascendencia las palabras de VON IHERING¹⁰⁴², en una de sus grandes obras, al decir, *“que una de las cualidades para establecer las reglas de derecho es “la facultad de formularlas”. Podemos tener incluso nociones claras y precisas y no saber traducirlas exactamente, y así ocurre, que encontramos en todo derecho errores que no residen en las disposiciones mismas, sino en su expresión, tanto más numerosos y grandes cuanto menos habituado este un pueblo al trabajo mental”*.

¹⁰⁴² VON IHERING, R. *El espíritu del Derecho Romano*, (Título II, “Método de exposición histórica del derecho”, Madrid, 2005, pág. 38.

No se trata de decidir arbitrariamente que palabras o expresiones son las más adecuadas, pero si un sector considerable de la doctrina más avezada entiende que el derecho en algunos aspectos de su desarrollo está desfasado en el tiempo, es evidente que debe darse una solución.

A propósito de este planteamiento que hacemos, creo que es de gran interés trasladar aquí algunas reflexiones de Mario G. LOSANO, cuando fue entrevistado por José Antonio GARCÍA SÁEZ y el jurista italiano se pronunció a propósito de la sistematicidad del Derecho y su relación con la tecnología, en las que hace un interesante matiz conceptual con motivo de un uso -o más bien interpretación-, inadecuado del lenguaje¹⁰⁴³:

(...) en las facultades de derecho hay todavía una grave confusión, que yo he tratado de aclarar una y otra vez, entre informática jurídica y derecho de la informática. Los juristas, en el 90% de los casos, se ocupan del derecho de la informática (privacidad, contratos a través de internet, delitos cibernéticos, etc.). Eso no es informática jurídica. La informática jurídica consiste en el uso de la informática en el derecho: por ejemplo, cómo se puede automatizar el pago de los impuestos o cualquier otro procedimiento jurídico. Para automatizar un procedimiento, se debe trabajar en rigurosos términos de sistema, evitando lagunas y contradicciones (...) Eso, en aquellos tiempos, se trabajaba en las empresas a través de los llamados “diagramas de flujo”. Pero la solución de los problemas es muy diferente en una empresa privada que en una institución pública (...). En lo público, las cosas son más complicadas. Si estamos ante un procedimiento que ha sido aprobado con rango de ley, entonces para modificarlo hay que volver a realizar el correspondiente proceso legislativo. Es aquí donde entra mi interés por las técnicas

¹⁰⁴³ GARCÍA SÁEZ, JA. “De Kelsen a la informática jurídica. Una entrevista con Mario G. LOSANO”, Valencia, 2019, págs. 212-213.

legislativas, que me llevó a dar clases en los consejos legislativos de las regiones de Piamonte y Lombardía durante algunos años, hasta que renuncié, hastiado por la incomprensión de los políticos en estos asuntos. Por su desinterés, no hubo forma de producir un derecho compatible con la informática, perdiendo así, en mi opinión, la oportunidad de realizar grandes avances técnicos”.

Serían muchos los conceptos a examinar, pero con citar alguno para dejar claro el anquilosamiento verbal del Derecho podría ser suficiente. Por ejemplo, expresiones como *infidelidad* o *deslealtad*, pueden interpretarse de dos maneras si cabe, pues se trata de conceptos surgidos en el Derecho antiguo, aparecidos en la Antigua Roma, perpetuados durante la Edad Media hasta el periodo decimonónico, y aún vigentes.

Si de lo que se trata es de proteger a la Administración de Justicia y velar por el correcto devenir del proceso, desde un punto de vista estricto del derecho positivo o exclusivamente pragmático, la idea de infidelidad o deslealtad debería entenderse en clave de actuar conforme a Derecho, ni más ni menos; es decir, el abogado o el procurador no tiene por qué ser fiel o infiel, ni leal o desleal, sino proceder y obrar conforme a la Ley, pues de lo contrario, se encontrarán frente a un delito o un ilícito administrativo.

La idea de actuar dentro de la legalidad y en respeto de los principios y valores de los actuales Estados de Derecho está institucionalizada a nivel internacional hace décadas, principalmente tras el final de la Segunda Guerra Mundial, no solo en el Derecho español, así, por ejemplo, la Constitución de la República portuguesa expone en su artículo 32. 8º, **“Son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integridad física y moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”**. El principio de lealtad se consagra como una manera de proceder de conformidad con el respeto a los derechos

de la persona y a la dignidad de la propia justicia, y dicho principio se puede ver reflejado en otros textos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDU), arts. 5º y 12º; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, (PIDCP) art. 7º y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), arts. 3º y 8º¹⁰⁴⁴.

Esta idea se percibe en el llamado *fair trial* del Derecho anglosajón y queda reflejado en el art. 6 del CEDH, como consecuencia de la consagración del Estado Social y Democrático de Derecho, que en Alemania se asimila al principio de igualdad de armas; concepto que, a su vez, el Tribunal Constitucional en la República Federal de Alemania -*Bundesverfassungsgericht*, (BVerfG)-, considera como un principio procesal penal de naturaleza constitucional vigente en las relaciones jurídicas entre el Estado y los procesados o imputados; por su parte, el denominado *due process law*, o proceso debido, está plenamente reconocido en el país germano como principio que marca los límites de la actividad judicial¹⁰⁴⁵.

Es, en este sentido, a nuestro juicio, como deben entenderse los conceptos de fidelidad o lealtad. Otra interpretación de estos va unida al deber del profesional para con su cliente, idea que se construyó durante la vigencia del Estado liberal de Derecho que ponía más énfasis en la relación de carácter privado entre estos sujetos y no en atención a los principios constitucionales posteriormente consolidados en las democracias modernas. Para un sector doctrinal, se trata de conceptos jurídicos indeterminados relacionados con la buena fe procesal, especialmente exigida a abogados y procuradores,

¹⁰⁴⁴ DE MORAES ROCHA, JL. y CONDE CORREIA, J. “Sistemas penales europeos” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002, pág. 204.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, págs. 254-255.

en el sentido de los artículos 11.1 de la LOPJ; 2 de la LECrim; 247.1 y 2 y 287 de la LEC y 75 de la LRJS (*Ley Reguladora del Régimen Social*).

Para MAGALDI-PATERNOSTRO, se define la lealtad procesal de abogado como “*la corrección formal y material que todo abogado (entendemos extensible a los procuradores) debe observar en su actuar profesional dirigida a un fin público prevalente como es la solución pacífica de conflictos sociales por vía jurisdiccional a través del cauce legal idóneo que es el proceso*”¹⁰⁴⁶.

Por su parte, MONTERO AROCA, considera que la lealtad procesal es un deber negativo que se conforma nada más y nada menos que con el deber de no actuar con mala fe¹⁰⁴⁷.

Otro concepto puesto en tela de juicio ha sido el de *Jurisdicción*, y todo lo que este conlleva, expresión que se relaciona directamente con el de Administración de Justicia, división de poderes o Poder Judicial independiente. En este contexto, debería hacerse, por tanto, una reflexión que ya algunos autores se han planteado desde una perspectiva que ellos mismos califican como *Ius-histórica*¹⁰⁴⁸. En su estudio, AGÜERO, GARRIGA y VALLEJO hacen un análisis que por su interés reproducimos:

¹⁰⁴⁶ MAGALDI-PATERNOSTRO, M^a J. “La prevaricación de abogado y procurador”, en *Cuadernos de Derecho judicial*, n^o 4, 1994, CGPJ, págs. 101-128.

¹⁰⁴⁷ MONTERO AROCA, “Ideología y proceso civil”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, GGPI, XVIII/2005, págs. 253-319; JIMÉNEZ SEGADO, C. ob. cit. págs. 165-166; CIPRIANI, F. “El abogado y la verdad”, *Revista del Poder Judicial*, n^o 72, 2003, págs. 175-181; BARNECH CUERVO, M^a C. “Deber de veracidad de las partes en el proceso civil: ¿una exigencia más allá de su consagración legal? análisis a propósito del sistema procesal civil uruguayo”, *Prudentia Iuris*, n^o 91, Universidad Católica, Montevideo, 2020, pp. 45-72. Véase, DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.91.2021.pp.45-72>

¹⁰⁴⁸ AGÜERO, A., GARRIGA, C., & VALLEJO, J. (2021). “El giro jurídico y el paradigma jurisdiccional”, *Dossier Justicia y Administración entre el Antiguo Régimen y el orden liberal: lecturas iushistóricas*. Programa Interuniversitario De Historia Política. Véase también, BERMEJO CASTRILLO, MA.

“La revitalización de la historia política desde finales del siglo pasado ha estado asociada con una serie de cambios epistémicos que aprendimos a identificar con la noción de giro. Así, en los diversos contextos académicos, se han utilizado expresiones como giro lingüístico, giro cultural, giro imperial, etc. Recientemente, Annick LEMPÉRIÈRE ha utilizado la de “giro jurídico” para referirse a la importancia historiográfica que tuvo el surgimiento de una “nueva Historia del Derecho” cuya producción, a partir de un enfoque antropológico y crítico, ofreció herramientas para una mejor comprensión del orden jurídico y de las instituciones, tanto de la antigua monarquía como de las primeras experiencias constitucionales.

No está de más recordar, en este sentido, que hace algo más de una década, Marcela TERNAVASIO invitó a un grupo de historiadores y juristas a reflexionar sobre las relaciones entre la historia política e historia del derecho, dos disciplinas entre las que, todavía por entonces, podía señalarse un “divorcio” difícil de justificar desde el punto de vista de los enfoques y objetivos compartidos (...)

“Entre los aportes más significativos de esta nueva historiografía jurídica, o historia crítica del derecho, se encuentran, sin dudas, aquellos que profundizaron en la demostración de los anacronismos vinculados con la utilización de toda una gramática estatal para describir las formas de organización y gestión del poder en la sociedad de antiguo régimen(...)Asumir la alteridad del pasado y tomar en serio la producción doctrinaria del ius commune como fuente de exploración antropológica, fueron algunas de las premisas que guiaron una minuciosa labor hermenéutica orientada a reconstruir las claves de un lenguaje institucional que se tornó irreconocible tras el ciclo de las revoluciones de finales del siglo XVIII. Se fue configurando así, a los fines de la

Temporalidades interdisciplinares, AA. VV, “Calificaciones para la historia del tiempo jurídico”, Madrid, 2021.

comprensión histórica del orden político pre-contemporáneo, un modelo de interpretación alternativo al de la gubernamentalidad estatal, basado en una lectura más sensible a la semántica propia de las fuentes. El “paradigma jurisdiccional”, un marco teórico que hoy resulta familiar para quienes frecuentan la historia de las instituciones pasadas, vino a mostrar, definitivamente, cómo las categorías jurídico-políticas a las que recurría generalmente la historiografía para caracterizar las autoridades públicas y sus actos, en cualquier tiempo y lugar, respondían, por el contrario, a un léxico, a un orden de valores y a un sentido del poder contextualmente determinados” (...) “Los estudios que adoptaron el modelo jurisdiccional como marco de interpretación mostraron que su cronología podía extenderse incluso más allá de lo que las primeras aproximaciones auguraban. Si, al comienzo, la centralidad de la Iurisdictio como función estructurante del poder político parecía explicar solo las configuraciones institucionales de una experiencia bajomedieval signada por la recuperación cristiana de los textos romanos para ponerlos al servicio de la sociedad feudal, pronto se vería cómo la trama doctrinal gestada en los centros de saber del ius commune seguiría ofreciendo el principal soporte para las estructuras institucionales, especialmente en la Europa católica, hasta finales del siglo XVIII. Esto implicó, necesariamente, una profunda revisión del proceso de transición entre el antiguo régimen y el desarrollo del constitucionalismo liberal. Entre otras cosas, permitió desactivar la secuencia que, con una buena dosis de legitimación implícita, explicaba el tránsito del Estado absoluto al Estado liberal a partir de la incorporación de una serie de garantías que venían a limitar un tipo de poder que era, esencialmente, el mismo. La condición estatal fungía, así, como denominador común para dos escenarios que se diferenciaban porque, en el primero, “los poderes” estaban concentrados o confundidos, mientras que, en el segundo, habían sido adecuadamente separados para garantizar los derechos de los individuos. Nos acercamos de esta manera

al eje central del presente dossier. El principio de la división de poderes, con toda la carga de su retórica garantista, fue uno de los fundamentos esenciales del proceso de construcción de una nueva legitimación política tras el colapso de las antiguas monarquías. Todavía hoy es un tópico muy frecuentado por la historiografía política, particularmente en el estudio de los primeros desarrollos constitucionales hispanoamericanos. Más allá de la mejor comprensión que aportó el modelo jurisdiccional, muchos enfoques siguen privilegiando un punto de partida que toma como premisa los desarrollos teóricos de la división de poderes, obliterando, en buena medida, su función retórica, e imponiendo sus esquemas categoriales sobre unas experiencias de transición complejas, que suelen mostrar una preponderante actitud reactiva frente a cambios abruptos”.

Es decir, plantear el estudio del Derecho y su regulación con una diferente interpretación conceptual y abogar por el abandono de la estrategia tradicional de abordar los problemas jurídicos que ha quedado obsoleta e ineficaz en el tiempo. Y, es en este punto, donde entendemos que adquieren perfecto anclaje las reflexiones de ÁLVAREZ CORA¹⁰⁴⁹. “Así, por mucho que podamos columbrar que nuestra vida española en el siglo XXI conecta con ideas políticas y procesos socioeconómicos que mantienen nuestra época jurídica en el período contemporáneo del constitucionalismo y la codificación, nadie está en condiciones de adivinar si los cambios que están por venir absorberán este tiempo presente, como más nítidamente conectado entonces a un período nuevo que a aquel período que convencionalmente fue abierto por las revoluciones francesa y norteamericana. Como decíamos, el historiador ordena periodificando y de esta manera presume y resume ciertos parámetros que deben tenerse

¹⁰⁴⁹ BERMEJO CASTRILLO, MA. *Temporalidades interdisciplinares*, AA. VV, “Calificaciones para la historia del tiempo jurídico”, Madrid, 2021, págs.17-18.

en cuenta tácitamente a la hora de interpretar los acontecimientos de una determinada época histórica, más debe tener la prudencia de considerar que los hechos y los actos no se manifiestan con una genética siempre perfectamente conforme a esa periodificación. El anacronismo es un problema temporal concreto distinto de la pertinencia: el historiador es pertinente cuando expresa con un lenguaje que no es exactamente el del tiempo histórico estudiado el mismo tipo de problema jurídico que históricamente se expresó de acuerdo con otra calidad semántica (la calidad de lo presente, frente a la mirada del saber histórico), mientras que incurre en impertinencia cuando el cambio lingüístico arrastra una inadecuación conceptual y problemática; el anacronismo es una impertinencia temporal, porque presume y analiza determinados conceptos con una semántica impropia de su época, y esto mismo sucede cuando (volvamos a repetirlo) se presume la semántica propia de la época en un acontecimiento sin embargo distanciado, por unas razones o por otras, de ese generalizado leit motiv”.

En este sentido, hay que decir que en este trabajo quizás inconscientemente, también hemos sido cómplices de ese error; el de plantear como hace la inmensa mayoría de la doctrina cuando se analiza un determinado delito haciendo alusión a los ya muy manoseados conceptos de Derechos Fundamentales, Poder Judicial, Estado de Derecho, División de Poderes, etc., para retrotraer aquellas premisas que aparecieron en el derecho a finales del siglo XVII y cristalizaron en el XIX en la codificación y el constitucionalismo pero quizás, “sin contextualizarlos debidamente”. ¿Estaremos pecando de anacronismo? Insistimos sobre este punto, que no se trata de descartarlos por su edad, sino al contrario, acomodarlos a los nuevos tiempos. Que la aparición de la informática y su inminente incidencia en el mundo del Derecho era cuestión de tiempo está admitido por toda la doctrina. Algunos de los textos que hemos mencionado a modo de bibliografía en este aspecto están escritos en la ya lejana década de los ochenta del

siglo pasado, y, la mayoría de ellos dejan constancia, a modo de advertencia, la necesidad de tener en cuenta el nuevo fenómeno que aparecía en el horizonte jurídico. Inclusive, el profesor LOSANO, en su entrevista mencionada con anterioridad señala nada menos que los años sesenta como inicio de su interés por la arribada de la tecnología y su futuro impacto en el Derecho.

Si repasamos detenidamente la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 podemos encontrar los siguientes argumentos: *“que los criterios en los que se basan para su aprobación están “en la adaptación del nuevo Código Penal a los valores constitucionales”.*

Sobre esta primera explicación, simplemente decir que es habitual encontrarla en todas las leyes españolas desde que en 1978 se aprobó la Constitución, aunque luego la nueva ley en cuestión no cumpla debidamente con esa premisa, *“que se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia...”*. El texto hace alusión de forma a delitos contra el orden socioeconómico y los relativos a la ordenación del territorio, pero no destaca dentro de esa complejidad los delitos informáticos ni en el contenido de la EM, ni se ve reflejado después en la práctica a la hora de plasmar en su articulado esa conciencia sobre la aparición de los nuevos delitos consecuencia de las transformaciones sociales. Acabamos de ver el ejemplo con los delitos de infidelidad en la custodia de documentos.

Tampoco podía faltar en la EM, la referencia a la tutela de los derechos fundamentales: *“en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los*

derecho y libertades de los ciudadanos”. Decir que se ha eliminado el régimen de privilegio de los funcionarios públicos y sus arbitrariedades respecto a las libertades y derechos de los ciudadanos resulta cuando menos curioso, especialmente porque de nada sirve despojar a la Administración de esos privilegios y, permitir por otro lado -como ya referimos en un lugar de esta trabajo-, que una empresa privada ejerza de agente de la autoridad y se arrogue las funciones de un estamento policial en materia de aparcamientos en ciertas ciudades (O.R.A), imponiendo a los ciudadanos un régimen de pago a la libertad de circulación o de residencia¹⁰⁵⁰. Si a todo esto añadimos las numerosas e ineficaces reformas del Código Penal, especialmente la de 2015, en las que cada vez más se ha ido alejando este de los objetivos que su propia EM se había fijado, no queda mucho espacio para el optimismo.

Pero puestos a legislar sobre la materia, una cosa es segura, de existir una máquina del tiempo, si el legislador romano apareciese en este momento no dudaría en ampliar el ámbito de aplicación de la *lex Cornelia* para prever, dadas la existencia de nuevas tecnologías, la comisión de delitos a través de estas sobre los documentos o actuaciones procesales. Con el gran sentido del pragmatismo que caracterizó aquella cultura romana, nunca hubiesen dejado pasar un cuarto de siglo sin llenar ese vacío legal contando con los medios que hay hoy en día.

¹⁰⁵⁰ FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*. Teoría del garantismo penal, Madrid, 1995. pág. 21: “sobre la crisis de legitimidad que embarga a los actuales sistemas penales (...), respecto de sus fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos (...) Tales fundamentos fueron puestos en gran parte -con el nacimiento del estado moderno como «estado de derecho»- por el pensamiento jurídico ilustrado, que los identificó con una compleja serie de vínculos y garantías establecidas para tutela del ciudadano frente al arbitrio punitivo. A pesar de haber sido incorporados a todas las constituciones avanzadas, estos vínculos son ampliamente violados por las leyes ordinarias y todavía más por las prácticas antiliberales que las mismas alimentan”.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Desde la generalidad, sobre la deslealtad en el mundo del Derecho y la Justicia, puede decirse que es tan antigua como ellos, esto es una realidad incontestable. Teniendo en cuenta que el conocimiento del primero -y la administración de la segunda-, confiere a quienes lo tienen e imparten una importante cuota de poder, no es de extrañar que hayan sido históricamente objeto de manipulación interesada. Sin embargo, si pasamos a analizar ciertas formas de deslealtad concretas, por ejemplo, la infidelidad en la custodia de documentos, hay que decir que, la evolución histórica de los elementos que la configuran hoy en día en el artículo 465 del CP no nos determina su naturaleza actual ni justifica su existencia, pero si nos permite poder entender cómo se desarrolló el espíritu del legislador a lo largo del tiempo y se fue adaptando a la realidad jurídica conforme la sociedad iba avanzando. Algunos de esos elementos que lo caracterizan, como son los sujetos protagonistas (abogados y procuradores); el objeto material (los documentos); el proceso en sí mismo, y, una serie de conductas (destruir, inutilizar, ocultar) que identifican este tipo penal, aparecen con cierta similitud ya en la Antigua Roma e incluso antes, como manifestaciones evidentes de actuaciones desleales en el tráfico jurídico, aunque los testimonios más claros surgen a partir del periodo su etapa republicana. Lo que realmente interesa destacar al respecto es la respuesta social y jurídica que, ante determinados actos considerados lesivos a través de la manipulación documental fueron adoptando las autoridades competentes para proteger el tráfico jurídico y las relaciones surgidas en su ámbito, especialmente en el contexto procesal. En aquel periodo histórico la sociedad romana fue extendiéndose hasta convertirse en un imperio. La magnitud de sus fronteras obligaba a los gobernantes a ir adoptando medidas nuevas para dar respuesta a las necesidades que iban surgiendo por la complejidad de un territorio y una sociedad en constante aumento.

Las acciones que hoy se describen como actos de infidelidad documental, surgieron en el contexto de las falsedades. Según los historiadores, la *Lex Cornelia testamentaria nummaria* fue la más antigua regulación de las llamadas falsedades documentales. Se trataba de una respuesta legal que el Legislador romano hubo de adoptar para combatir las primeras falsificaciones como consecuencia sin duda de la importancia que en la sociedad habían adquirido ciertos documentos como los testamentos, sellos y monedas. Más tarde la *Lex Cornelia testamentaria* pasó a denominarse *Lex Cornelia de falsis* por el significativo aumento de conductas que fue regulando a medida que crecía la sociedad romana. Pero los cambios no se limitaron a la denominación de la ley en cuestión, sino que para dirimir los delitos cometidos en el ámbito de la *Lex Cornelia de falsis* se optó por establecer un procedimiento diferente al que habitualmente se recurría para la resolución de conflictos, en este caso de carácter penal, y se creó un procedimiento específico denominado *extra ordinem* o procedimiento extraordinario.

Igualmente, la propia definición *crimen falsi* denotaba un mayor grado de perjuicio de la acción considerada como tal a diferencia de los llamados *delictum*. Esta es otra evidencia de la relevancia que para el jurista romano tenía esta materia. En aquel tiempo se podía distinguir entre *crimen* y *delictum*; la expresión *crimen* hacía referencia a conductas que merecían una respuesta pública contundente por el perjuicio social que causaban y conllevaba las penas más duras; por su parte, la acepción *delictum* se reservaba para los agravios que se podían solucionar a través del Derecho civil o que merecían una respuesta de índole privada y no pública por su menor impacto social y, porque el problema en cuestión, solo competía a dos partes concretas en litigio. Se trata, en definitiva, de destacar el grado de conciencia y el pragmatismo que caracterizó a la sociedad romana desde una perspectiva jurídica y sobre un tema concreto, las conductas reprochables socialmente cometidas sobre un soporte físico entonces, los documentos en forma de testamentos, sellos o monedas.

Algo similar puede decirse en cuanto a los sujetos protagonistas, abogados y procuradores. Aunque con diferentes denominaciones y funciones (*Advocatus*, *Patronus*, *Cognitor*, *Procurator*...) lo cierto es que desde la Antigua Roma ya se pueden atisbar las

primeras manifestaciones de actividades de defensa y representación de intereses ajenos o de terceros por parte de sujetos más o menos formados en cuestiones de Derecho. Una formación que, en el caso de los abogados, será una constante sin retorno, especialmente cuando se produce la división del Imperio entre oriente y occidente. Mientras que en esta última se impartía la enseñanza de la jurisprudencia y sus protagonistas, en oriente se fomentan las escuelas y universidades destacando las de Constantinopla y Berito. Estas instituciones estaban bajo el control político y los que impartían dichas enseñanzas eran profesores funcionarios.

Ese control político ya se puede percibir desde los inicios de la abogacía en sus primeros tiempos en los que se fueron fijando unos límites y requisitos para su ejercicio a través de normas estatutarias y que fueron perfeccionándose y ampliándose con el paso del tiempo. La abogacía desde su nacimiento nunca fue una actividad permitida a cualquiera.

Las peculiaridades de esta profesión- que en un principio tuvo como protagonistas a los *Oratores* que ejercían la defensa mediante el uso de la palabra y con su elocuencia debían conseguir satisfacer los intereses que defendían-, pronto suscitó las suspicacias y la desconfianza social contra ellos. Esto daría lugar a una ingente literatura durante los siglos siguientes hasta nuestros días, la mayoría de las veces en tono crítico y sarcástico sobre la figura de los abogados especialmente. Un ejemplo de ello es la expresión *bocero* (vocero), utilizada durante parte de la Edad Media en tono despectivo hacia aquellos que alzaban la voz para conseguir sus propósitos, aunque más tarde se fue imponiendo el respeto e incluso admiración por la profesión. Con el establecimiento del sistema formulario (*per formulam*), la oralidad dejó paso al procedimiento escrito y con ello comenzó a adquirir gran importancia el texto escrito como fiel testimonio en el que quedaban reflejadas las intenciones de las partes.

Tanto la abogacía como la procura -aunque esta última en menor grado-, con el paso de las décadas se han convertido en instituciones imprescindibles en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Su protagonismo e intervención adquiere su máxima importancia en los procesos judiciales donde están en juego, además de los intereses particulares de las partes, un elenco de derechos fundamentales que deben ser preservados por y para todos los que intervienen en aquella. Por ello, de una parte el Constituyente, integrando el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa

entre otros derechos posiblemente afectados en el marco del artículo 24 CE con todo su contenido y la especial protección que ostenta a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.2 CE; y, por otra el Legislador, han estimado suficiente la relevancia y protagonismo de estos profesionales en el tráfico jurídico -especialmente en el marco del proceso-, para considerarles potenciales sujetos activos de posibles ilícitos penales que pueden afectar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia.

SEGUNDA. -Cuando se indaga en la evolución de la Justicia durante el largo interregno de los siglos XIII al XVIII, nos encontramos con un sistema corrompido desde la cúspide. Aquellos que se encargan de administrarla, los jueces, son los primeros que se prestan a un envilecimiento de aquella participando lucrativamente de su actividad al ejercer su función, los jueces cobran por juzgar con independencia de que el reo sea o no culpable. Si el autor de un crimen o delito es localizado se le juzga, pero si no es hallado se escoge a cualquier desdichado para cargarlo con la culpa y también es juzgado y condenado, aunque nada hubiese tenido que ver con el delito en cuestión. Ante esta depravación y obscenidad en la impartición de Justicia se crea un caldo de cultivo propicio para que, no solo los jueces, sino todos los que participan en su entorno se provean de las más variopintas estrategias y argucias para sacar provecho. La abogacía desde luego no estará al margen.

También a lo largo de este extenso periodo se va modificando el tratamiento de las conductas que actualmente consideramos de infidelidad en la custodia de documentos pero que en aquel entonces se trataban, por influencia de la herencia romana, como supuestos de falsedad. Las principales modificaciones se operan en cuanto a la autoría y el sistema de penas.

Hay que recordar que el primer texto en el que aparecen regulados algunos supuestos de deslealtad cometidos por abogados es el Digesto cuyo influjo se deja sentir posteriormente en textos medievales como *el Espéculo*, *el Fuero Real* y, sobre todo, *Las Partidas* (la gran obra atribuida a la iniciativa de Alfonso X el sabio) que, aunque se aplican en el reino castellano, serán también será referente en mayor o menor grado de los distintos fueros del territorio peninsular.

En este periodo histórico los primeros sujetos controversiales en el manejo de los textos eran escribanos y religiosos, es decir, aquellos que más fácil acceso tenían a los

mismos. Los abogados particulares (voceros entonces), aún estaban muy lejos de ser protagonistas de comportamientos desleales a través de documentos. Los únicos letrados que podían tener acceso a ellos formaban parte del entramado real o religioso de la época.

Será también entre el siglo XIII y XVIII cuando se vaya forjando la regulación de los abogados y personeros (procuradores) a través de los textos anteriormente mencionados, *El Espéculo*, *el Fuero Real* y *Las Partidas*; en definitiva, se irá constituyendo el régimen jurídico de ambas instituciones. Posteriormente, habrá otras muchas manifestaciones institucionales y textuales que se pronuncien sobre la abogacía y la procura, así entre los siglos XIV y XV destacan las Cortes de Zamora de 1274; Cortes de Toro 1371; Cortes de Segovia 1386; Cortes de Briviesca 1387, Ordenamiento de Sevilla de 1411, Ordenanzas de Guadalajara de 1436 Cortes de Valladolid 1442; Cortes de Toledo de 1462 y 1480; Cortes de Madrigal de 1476; Ordenanzas Reales de Castilla 1484; Ordenanzas de la Chancillería de Valladolid en Medina de Campo 1489; Real Provisión de Barcelona de 1493; Ordenanzas de los abogados y procuradores de Madrid de 1495, entre otras muchas.

A lo largo del siglo XVI las Reales Cédulas y Pragmáticas que se pronuncien sobre abogados y procuradores serán una constante a lo largo del territorio español así, por ejemplo: Capítulos de Corregidores de Sevilla de 1500; la Real Cédula de Granada de 1501; Cortes de Toro de 1505; Real Cédula de Madrid de 1516, Real Cédula de Toledo de 1525, 1526 y 1534, e innumerables Reales Cédulas de Madrid a lo largo de dicha centuria, y lo mismo podría decirse de los dos siguientes siglos.

Durante el siglo XVII y XVIII seguirán incesantes los pronunciamientos reguladores de abogados y procuradores, entre otros muchos: las Cortes de Madrid de 1615; Pragmática del Pardo, 4 de noviembre de 1617, Auto acordado en Madrid de 23 de junio de 1722; Carta Orden del Consejo Madrid de 16 de enero de 1773 entre otros.

Ya en el siglo XIX, será la *Novissima Recopilación* de las Leyes de España de 1805 la que recoja dentro del Título XIX de su Libro IV la regulación de la abogacía bajo la rúbrica “De los abogados del Consejo”, el régimen jurídico de estos profesionales con un amplio catálogo de deberes y obligaciones, una verdadera guía de comportamiento para los encargados de la defensa de las causas en los tribunales. En la mayoría de todos estos textos se establecían normas reguladoras de la actividad de abogados y procuradores y, esencialmente, límites y restricciones a su ejercicio. Como dijimos en reiteradas

ocasiones a lo largo de este trabajo, la labor de control de la abogacía especialmente -en menor medida la procura-, ha sido una constante en el tiempo desde su aparición en la Antigua Roma

TERCERA. -El gran cambio se produce con el advenimiento de la Ilustración y la Revolución Francesa cuyas consecuencias desde el punto de vista jurídico son el Constitucionalismo y la Codificación como fenómenos a destacar. La aparición de principios como la división de poderes y el de legalidad hacen tambalear el viejo edificio del Antiguo Régimen. A partir de entonces ya nada volverá a ser igual. A grandes rasgos se puede decir que el primero -el Constitucionalismo-, atañe principalmente al fondo del Derecho al impregnarlo de nuevos principios y valores; mientras que el segundo -la Codificación-, responde a modificar los aspectos formales y supone una reordenación sistemática del Derecho. Aparecen los primeros textos de leyes en el marco de la Ilustración como el Código prusiano de 1794 o el *Code* francés de 1804. En España, tras la aprobación de la Constitución de 1812, y aprovechando el paréntesis liberal en medio del largo y penoso reinado de Fernando VII, se aprueba el primer Código Penal de nuestra historia. Curiosamente, en este periodo de regeneración del Derecho, también aparece la *Novissima Recopilación* en 1805, que se puede considerar un último intento legislativo de perpetuar el Derecho del Antiguo Régimen en España en plena efervescencia revolucionaria europea. Con los llamados Códigos Penales históricos españoles comienza la sistematización y estructuración de los tipos penales en general y de los llamados delitos contra la Administración de Justicia en particular.

El primer Código Penal de 1822, aprobado bajo el influjo ideológico de la Constitución de 1812, sin embargo, presenta todavía ciertas reminiscencias del pasado y no se caracteriza precisamente por su gran sistemática. Lo que hoy entendemos por delitos contra la Administración de Justicia aparecen diseminados a lo largo del texto sin orden alguno; sin embargo, esto es comprensible debido a que en aquella primera experiencia codificadora aún no se habían digerido en su plenitud esos nuevos principios y valores surgidos del fenómeno revolucionario. En lo que a nuestro estudio interesa, por ejemplo, tampoco estaban asentados o definidos algunos conceptos básicos que caracterizan este tipo de delitos en la actualidad como la propia idea o concepto de Administración de Justicia. No será hasta el Código Penal de 1928 cuando aparezca un Título dedicado a los

delitos contra la Administración de Justicia, lo que puede darnos una idea de la lentitud con la que se fueron perfilando estos tipos penales. Quiere ello decir que, tras el primer Código Penal de 1822, se aprobaron los de 1848 (reformado en 1850) y el de 1870, y en ellos no se contemplaba aun un grupo de delitos específicos contra la Administración de Justicia. Así pues, el de 1928 será el primer Código Penal en establecer un título VI relativo a los delitos contra la Administración de Justicia, aunque solo se tipifican como tales, la evasión de presos y condenados (Capítulo I, arts. 494-497), los desórdenes en prisiones y establecimientos penales (Capítulo II, art. 498), el quebrantamiento de condena (Capítulo III, art.499-512) y el encubrimiento (Capítulo IV, arts. 513-514), no incluye la infidelidad documental entre ellos. En cuanto a estos últimos son concebidos en el primer Código de 1822 como formas de falsedad documental y se hallan diseminados por todo el texto. Aún quedaban rescoldos de la legislación del Antiguo Régimen.

Por lo que respecta al bien jurídico protegido en ese momento es la fe pública, y en cuanto a los sujetos, el artículo 437 -que es lo más parecido a la actual infidelidad en la custodia de documentos-, utiliza la expresión siguiente: *“Cualquiera que maliciosamente sustraiga ó destruya el todo ó parte de algun proceso civil ó criminal, protocolo, libro de partidas, actas, acuerdos ó registros, espedientes ó efectos relativos á ellos, ó cualquiera otro documento custodiado en archivo, oficina ú otro depósito público, sufrirá una reclusión de dos á ocho años”*; es decir, no se exige una condición específica en el sujeto, no contiene criterios de especialidad. El artículo en cuestión está incluido en el Capítulo VIII rubricado, *“De la sustracción, alteración o destrucción de documentos o efectos custodiados en archivos, oficinas u otras depositarias públicas: de la apertura ilegal de testamentos cerrados; y del quebrantamiento de secuestros, embargos o sellos puestos por autoridad legítima”*; y ambos, artículo 437 y Capítulo VIII, se integran en el Título V bajo la rúbrica *“De los delitos contra la fe pública”*.

En el Código Penal de 1848 se produce una gran novedad. La infidelidad en la custodia de documentos aparece por primera fuera del ámbito de las falsedades dando rúbrica al Capítulo III del Título VIII rubricado, a su vez, en función de un sujeto específico: *“De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”*. Es a partir de este momento cuando aquellos elementos a los que hacíamos referencia y que conformaban la razón de ser del actual artículo 465 del CP español empiezan a vincularse, sujetos, acción típica y un entorno específico, un proceso, donde se realizan esas acciones.

A partir del artículo 272 y siguientes de este Código aparecen expresiones como el “eclesiástico o empleado público”, “que por razón del cargo”, “destruya o sustraiga”, y, lo más importante, la aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia en el artículo 278 del CP de la consideración de los abogados y procuradores como funcionarios si realizan las acciones típicas. La intención del Legislador de asociar la figura de abogados y procuradores con la infidelidad en la custodia de documentos es evidente. Esta tendencia sería permanente hasta el Código Penal de 1973.

Con el advenimiento de la democracia en España, el punto de mira en torno a los delitos contra la Administración de Justicia se sitúa en la identificación de un concepto que definiera ésta última en base a la nueva configuración del Estado de Derecho como parte independiente de la Administración Pública en consonancia con el principio de división de poderes, así como de la búsqueda de un bien jurídico protegido que caracterice la totalidad de estos delitos, en definitiva, se trataba de dar respuesta a un problema de estructuración latente desde la aparición del primer Código Penal español en 1822. Los delitos que hoy consideramos como lesivos para la Administración de Justicia habían estado diseminados sin orden ni concierto a lo largo de los textos anteriores.

Fue con el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 cuando se emprendió de manera decidida una reforma de los delitos contra la Administración de Justicia. La tarea fue ardua y no del todo convincente. Si bien se ha conseguido integrar en un Título a los delitos contra la Administración de Justicia, lo cierto es que como dice la mayoría de la doctrina ni están todos los que son, ni son todos los que están. Y, en cuanto al bien jurídico protegido, hay que decir que estamos ante una empresa imposible. A pesar de la tenacidad de una parte de la doctrina de identificar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en el desarrollo del proceso como el bien jurídico protegido en estos delitos, lo cierto es que no todos los delitos que forman parte del Título XX se producen en el marco del proceso como los del Capítulo II, “la omisión del deber de impedir la comisión delitos o promover su persecución”, o la “realización arbitraria del propio derecho” del Capítulo IV. En la práctica, en lo que atañe a los delitos contra la Administración de Justicia en general, la doctrina mayoritaria llega a la conclusión de que debemos atenernos al caso concreto.

En cuanto a la infidelidad en la custodia de documentos en particular, no hay duda de su afectación al proceso, pues este es sin duda el marco esencial en el que se produce

el tipo regulado en el artículo 465 del CP., así comienza su redacción, *“El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador...”*

Considerando positivamente el esfuerzo y aportación de la doctrina sobre la regulación definitiva de estos delitos, hay que decir que ha sido efectiva a los efectos de dotar de una sistemática más coherente al Código Penal en el tratamiento de los delitos contra la Administración de Justicia, pero no del todo precisa y convincente. De hecho, el Título XX del CP, “De os delitos contra la Administración de Justicia” no se ha tocado desde su aparición en 1995 a pesar de más de una treintena de reformas del texto.

CUARTA. - En cuanto a la razón de ser del tipo del 465 CP, que regula la infidelidad en la custodia de documentos por abogados y procuradores, hay diversas razones que ha expuesto la doctrina y que ha ratificado la jurisprudencia. Por una parte, se ha reiterado la trascendencia de los posibles sujetos activos del delito, profesionales que están sujetos a un denso catálogo de normas que dejan clara su enorme responsabilidad al ejercer sus funciones. En primer lugar, la sujeción a la Constitución, la ley y las normas estatutarias y reglamentarias que regulan su actividad, son una prueba de la responsabilidad que se exige a estos profesionales en el desarrollo de sus funciones.

Por otro lado, además de sus responsabilidades normativas, está el compromiso que adquieren a nivel particular con sus clientes, defendidos y representados. Los justiciables ponen toda su confianza en unos profesionales de los que depende el resarcimiento de sus derechos incluso fundamentales y sus defensores o representantes deben actuar con total compromiso y fidelidad en la defensa de los intereses que les son encomendados. Para ser más precisos, esa actuación de los abogados y procuradores incide directamente en el correcto desarrollo del proceso y su estrecha relación con la tutela judicial efectiva; el derecho de defensa en sus distintas manifestaciones, la asistencia letrada y la prohibición de la indefensión, derechos consagrados en el artículo 24 de la CE. Estos aspectos son los que justifican la creación del tipo penal descrito en el artículo 465 CP.

QUINTA. - No obstante, y a pesar de las razones de peso que en su día motivaron la creación de este nuevo tipo penal, nos encontramos con un problema insoslayable y no

es otro que la aparición de las nuevas tecnologías. Las acciones típicas descritas en el 465 CP, destruir inutilizar u ocultar deben tener consecuencias negativas para el proceso, es decir, que éste quede desvirtuado por aquellas. Los presupuestos básicos de este delito del 465.1 CP, son la condición de abogado o procurador, recibir en traslado el objeto material y actuar con abuso de la función. Ahora el problema radica en que uno de esos presupuestos, *el recibir en traslado*, adquiere una nueva dimensión y surge una cuestión ¿que se recibe en realidad o cómo se recibe el objeto material? En realidad, la respuesta debe ser “copias” de los autos y expedientes o cualquiera de sus diligencias y trámites, y si esto es así, el tipo penal no se puede cumplir.

En el tráfico jurídico actual el papel ha pasado a un segundo plano, los trámites procesales se realizan de forma telemática entre los actores y los juzgados y tribunales. Desde el inicio de cualquier causa, demanda, denuncia, atestado policial, etc., la oficina correspondiente almacena el expediente en sus programas informáticos y tan solo envía copias a las partes a través del sistema Lexnet. Esto impide de facto que abogados o procuradores puedan destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones que no estén ya en poder de la oficina o juzgado correspondiente y causar con ello un daño al proceso y por tanto a la Administración de Justicia o al menos, ya no de la misma forma que antaño o con la misma facilidad. La manipulación “física” de los documentos o actuaciones es muy improbable por no decir imposible. ¿En qué situación queda ahora el artículo 465 CP?

Es evidente que la redacción de este artículo se hizo pensando en un objeto material de formato en papel, pero no tuvo en cuenta la metamorfosis que se produciría en la Justicia con la irrupción de los medios telemáticos e informáticos a la hora de redactar el artículo. Quizás al Legislador de 1995 los árboles no le dejaron ver el bosque y la doctrina estaba demasiado obsesionada con buscar argumentos constitucionales que justificaran la creación de un nuevo tipo penal acorde a los principios del Estado de Derecho que, por otra parte, a pesar de la consolidación del sistema democrático en España con la aprobación de la Constitución de 1978, sus principios no se habían reflejado todavía en un Código Penal y hubo de esperar diecisiete años para que el texto punitivo pudiera ver la luz en 1995.

El fenómeno de la globalización, donde la informática y las nuevas tecnologías han sido los principales protagonistas, ya era una realidad a mediados de los ochenta del

pasado siglo XX. Que la irrupción de estas en el mundo de la Justicia era cuestión de tiempo también es una realidad incontestable, sobre todo por la lentitud e inmovilismo que la ha caracterizado siempre. Si bien en 1995 el papel era todavía el objeto material por excelencia en los procesos y por ello podría justificarse en parte este “olvido” del Legislador, lo que no se entiende es que tras las innumerables reformas que ha sufrido el Código Penal de 1995 no se haya tenido en cuenta este aspecto, por ejemplo, en lo que a la infidelidad en la custodia de documentos se refiere. El artículo 465 del Código Penal actual es un precepto prácticamente inútil y condenado al ostracismo. Parece recomendable que este delito considerado especial cometido por abogados o procuradores debe ser, cuando menos, objeto de revisión por parte del Legislador penal. Es más que posible que estemos ante lo que se conoce penalmente como delito imposible. La paradoja es que, del precepto en cuestión -la gran novedad del legislador de 1995-, se puede decir que es papel mojado. La cuestión no es baladí, significa un detalle de desidia del legislador, un descuido inaceptable. En este trabajo se ha profundizado en una parte muy pequeña de nuestro Código Penal, debe sospecharse que habrá otros tantos artículos que deberían revisarse. El Legislador no puede permitirse el lujo de crear un precepto que, muy pocos años después de su aparición no sea aplicable.

SEXTA. - De otra parte, ha parecido conveniente hacer una reflexión sobre el lenguaje jurídico utilizado en el mundo del Derecho en general y por parte del Legislador en particular. Es costumbre desde hace décadas, cuando se acomete un tema que puede afectar a los derechos fundamentales y por tanto de trascendencia constitucional, volver una y otra vez a recordar algunos principios básicos como la división de poderes, el principio de legalidad o el proceso debido, entre otros. No es que por el mero paso del tiempo dichos principios hayan perdido vigencia ni mucho menos, pero a veces doctrina y jurisprudencia olvidan que aquellos deben ajustarse a la nueva realidad, no es suficiente con mencionarlos para justificar una determinada norma nueva o precepto en el Código Penal. De nada sirve escarbar en los principios que surgieron tras la catarsis del siglo XIX, si en la práctica el artículo en cuestión carece de efectividad, es el caso de la infidelidad en la custodia de documentos como delito que forma parte del Título XX “*De los delitos contra la Administración de Justicia*”.

Hemos visto como en otros países de nuestro entorno jurídico o sistema continental e incluso del sistema anglosajón -como en el Derecho estadounidense-, cuando se regulan figuras similares a la del artículo 465 CP español, considerados aún por ellos como falsedades en documentos o actos delictivos cometidos a través de ellos, se hace alusión también a la realización de estos a través de los medios telemáticos e informáticos. No parece que en esos otros ordenamientos se hayan olvidado de principios que también operan en esos sistemas legales como la división de poderes o el principio de legalidad, sin embargo, han tenido en cuenta el factor tiempo, la realidad que nos rodea y el pragmatismo se ha impuesto al discurso tradicional y simplista de traer a colación la presencia de aquellos sin más.

El Derecho, ante todo, debe ser efectivo, si no hay eficacia difícilmente se puede proteger y con más razón, si hablamos de derechos fundamentales. Garantizar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, la función jurisdiccional ejercida a través del proceso para evitar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, evitar la indefensión y, en definitiva, todos aquellos aspectos del artículo 24 de la CE que pueden verse afectados por atentar contra la aquella sin tener en cuenta la realidad del momento, simplemente resulta inútil.

Así las cosas, se hace preciso que el Legislador tome conciencia de una vez por todas y opte por una política criminal realista, efectiva, alejada de la politización, y abandone criterios que nada aportan al desarrollo del Derecho Penal como la mal llamada “alarma social”, el legislar desde la moralidad o intereses políticos partidistas y tenga en consideración que el Derecho Penal ante todo es un Derecho público, de todos y para todos, y que debe servir al interés general para proteger correctamente al conjunto de la sociedad y no el coto privado que pretenden algunos para proteger sus intereses.

En definitiva, el Derecho se debe interpretar y crear en base a criterios jurídicos y con el objetivo de satisfacer el interés general para que sea leal para con los principios que lo vinculan y no ser utilizado y manipulado como arma política en función del partido político de turno que ostenta el poder. Quizás, antes de hablar de lealtad o deslealtad de algunos profesionales o de fidelidad o infidelidad con ciertos objetos, haya que exigir lealtad y fidelidad al Legislador a la hora de elaborar las leyes.

BIBLIOGRAFÍA

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

ADINOLFI, G. “Extremismos en tema de *Acussatio e Inquisitio* en el proceso penal romano”, *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, N ° 31, Valparaíso, Chile, 2009.

AGUDO RUÍZ, A. *Abogacía y Abogados*, Ed. Egido, 1997; “Oriente y Occidente: dos modelos de enseñanza del Derecho Romano”, *Revista Electrónica de Derecho Universidad de La Rioja*, (REDUR), n ° 8, La Rioja, 2010; “La gratuidad de la actuación judicial de los representantes en el sistema de las *legis actiones*” (REDUR), La Rioja, 2011, págs. 203 y ss.; “La representación procesal en el sistema de las *legis actionis*”, La Rioja, 2000.

AGUERO, A., GARRIGA, C., & VALLEJO, J. (2021). “El giro jurídico y el paradigma jurisdiccional”, *Dossier Justicia y Administración entre el Antiguo Régimen y el orden liberal: lecturas iushistóricas*. (Programa Interuniversitario De Historia Política), 2021.

ALBERTARIO, E. *Delictum e Crimen nel Diritto romano-clásico en ella Legislazione Giustiniana*, (*Pubblicazioni Della Università Cattolica del Sacro Cuore, Serie Seconda: Scienze Giuridiche-Vol. III-Fascicolo I*), Ed. Società Editrice “Vita e Pensiero”, Milano, 1953.

ALEJANDRE GARCÍA, J.A. “Estudio histórico de la falsedad documental”, *AHDE*, n ° 42, 1972.

ALONSO Y ALONSO, “De la vigencia y aplicación del Código Penal de 1822”, en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Tomo 1, febrero de 1946.

ALONSO ROMERO, M^a P. “El proceso penal en Castilla” (siglos XIII-XVIII), Ed. Universidad de Salamanca, 1982.

ALONSO ROMERO, M^a P. y GARRIGA ACOSTA, C. *El régimen jurídico de la abogacía en Castilla* (siglos XIII-XVIII), Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

ALVARADO PLANAS, J. (MONTES SALGUERO, J. PÉREZ MARCOS, R. SÁNCHEZ GONZALEZ, D.), *Lecciones de Historia del Derecho y las Instituciones*. Vol. 1 °, UNED, 2002.

ALVARADO PLANAS, J. en *Heráldica, simbolismo y usos tradicionales de las corporaciones de oficio. Las marcas de canteros*, Ed. Hidalguía, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ CID J. Y ÁLVAREZ CID T. *El Código Penal de 1870*. Tomo 2º, Ed. Librería Juan Font, Córdoba, 1908.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, JMª “Los sistemas de Gestión jurídica automatizada: Aplicaciones Informáticas en el ámbito de la Administración de Justicia” (2º Congreso Internacional de Informática y Derecho), en *Informática y Derecho* (Actas Volumen 1º), Ed. UNED, Madrid, 1996.

ÁLVAREZ GARCÍA, FJ. *Tratado de Derecho Penal español. Parte especial III*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; *Doctrina penal de los Tribunales españoles. Doctrina jurisprudencial*. 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; *Sobre el principio de legalidad penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P. de 1822”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 5, 1978.

ÁLVAREZ POSADILLA, J. *Comentarios a las leyes de Toro*, Ed. Imprenta de Don Antonio Martínez, Madrid 1826.

ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo 3º, Ed. Edersa, Madrid, 2006.

AMBOS, K. *Estudios de Derecho penal y procesal penal*, Ed. Jurídica de Chile, 2007.

AMES, C. “El título imperial romano y la problemática del principado”, en *Revista Estudios clásicos*, Tomo, 41, nº 116, Ed. Sociedad española de estudios clásicos, 1999.

ANDUJAR, F.; FERRO, A.; PONCE, P. y GÓMEZ, I. (Coord.), en *Tiempos modernos 35* (2017/2). *Monográfico*. “Corrupción y mecanismos de control en la Monarquía Hispánica: una revisión crítica”, Almería, 2017.

ANTÓN ONECA, J. “El Código penal de 1870”, *ADPCP*, Madrid, 1970, pág.231; *Estudios penales*, (Libro- Homenaje al Prof. J. ANTÓN ONECA), Ed. Universidad de Salamanca, 1982; “El Código de 1848 y Don Joaquín Francisco Pacheco”, (*ADPCP*), Tomo 18, Fasc/Mes 3, 1965.

ANTOLISEI, F. *Manuale di Diritto penale. Parte speciale*. Vol. 2º, Milán, 10ª ed. Giuffrè Editore, 1992

ARANGIO-RUIZ, V. *Instituciones de Derecho romano*, 10ª edición italiana traducida, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986; “*Studi epigrafici e papirologici*” (A cura di Lucio Bove), *Giannini Editore, Napoli*, 1974.

ARANGUEZ SANCHEZ, C Y ALARCÓN NAVÍO, E. *El Código Penal francés*, 2ª ed. Granada, Ed. Comares, 2003.

ARAQUE HONTANGAS, N. en *Manuel José Quintana y la instrucción pública*, Ed. Universidad Carlos III, Madrid, 2013.

ARCHI, G.G. *Scritti di Diritto Romano* (Vol. n° 3), *Università de Firenze, Giuffrè editore, Milano*, 1981; “*Problemi in tema di falso*”, in *Studi nelle Scienze giuridiche e social della R. Università di Pavia*, *Giuffrè Editore*, 1941.

ARIAS RAMOS, “La representación procesal en el Derecho romano”, en *Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, n° 28, Año VIII, A Coruña, abril-junio 1936.

ARMAZA EJ- ROMEO CASABONA, CMª. *La adaptación del Derecho Penal al desarrollo tecnológico*, Granada, Ed. Comares, 2010.

ARREGUI LUCEA, F.: «La Curia y las Cortes en Aragón»; Argensola. *Revista del Instituto de Estudios Oscenses*, 13, Huesca, 1953.

ARRIBAS ARRANZ, F. “Los escribanos públicos en Castilla durante el siglo XV”, en *Actas del Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 1ª. *Estudios históricos*, vol. 1, Madrid, 1964.

ARROYO ZAPATERO, L. *Comentarios al Código Penal*, AA. VV, Ed. Iustel, Madrid, 2007.

BACHMAIER WINTER, L. *Proceso penal y sistemas acusatorios*, Ed. Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, E. “Sobre la reforma de los delitos de funcionarios”, *Revista Doc. jurídica*, Vol. 2º, (enero/diciembre 1983).

BARCIA LAGO, M. *Abogacía y ciudadanía*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007. Véase también en: “Surgimiento de la profesión de la abogacía en Roma”, en Id. vLex VLEX-41035221, <https://2019.vlex.com/#vid/surgimiento-profesion-abogacia-roma-41035221>.

BARNECH CUERVO, M^a C. “Deber de veracidad de las partes en el proceso civil: ¿una exigencia más allá de su consagración legal? Análisis a propósito del sistema procesal civil uruguayo”, *Rev. Prudentia Iuris*, n^o 91, Universidad Católica, Montevideo, 2020.

BARÓ PAZOS, J. “El Derecho Penal español en el vacío de dos códigos”, *AHDE*, Tomo LXXXIII, 2013.

BARRERO GARCÍA, AM^a, “El Derecho local, el territorial, el general y el común en Castilla, Aragón y Navarra”, *Diritto comune e diritti locali nella storia dell’Europa*, Giuffrè, Milano, 1980. <http://opac.regesta-imperii.de/id/796869>.

“El Derecho Romano en los *“Furs”* de Valencia de Jaime I”, en *AHDE*, n^o 41, 1971, Primer Congreso de Historia del País valenciano, 1980.

BARRIO Y MIER, M. en *Historia general del Derecho español*, Tomo 3^o, Ed. Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1900.

BARRIOS PINTADO, F. *La Gobernación de la Monarquía de España. Consejos, Juntas y secretarios de la administración de corte. (1556-1700)*, Ed. AEBOE, Madrid, 2015; *Textos de Historia del Derecho español*, (AA.VV.), 2^a ed. Ed. Universitas, Madrid, 2004.

BARTOL, F. “*La Lex XII Tabularum ex Cicerone*”, *Revista de Derecho UNED*, n^o 1, 2006.

BAZAN DÍAZ, I. “La pena de muerte en la Corona de Castilla en la Edad Media”, *Clío & Crimen, Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*. n^o 4 (2007).

BENEYTEZ MERINO, L. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo 3^o, Ed. Trivium, Madrid, 1997.

BENÍTEZ OTÚZAR, I.F. *De la Obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional*, (Monografías jurídicas), Ed. Marcial Pons, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Estudios penales. Libro homenaje al profesor, J. ANTÓN ONECA*, (AAVV), Ed. Universidad de Salamanca, 1982; *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, (AA. VV) Ed. Praxis Universidad, Navarra, 1996.

BERGER, A: *Orator*, in “*Encyclopedic Dictionary of Roman Law*” (*Transactions of the American Philosophical Society*) n^o 43 (1953), Part. 2^o, Philadelphia, 1953.

- BERMEJO CASTRILLO, MA. *Temporalidades interdisciplinarias*, AA. VV, “Calificaciones para la historia del tiempo jurídico”, Ed. Dykinson, Madrid, 2021.
- BERNAL DEL CASTILLO, J. *Derecho Penal comparado*, Ed. Atelier, Barcelona, 2011.
- BERNI, J. *Practica criminal* (Imprenta del Santo Oficio en 1765), versión actualizada en Ed. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1992.
- BERTOLDI, F. *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Ed. G. Giappichelli Editore, Turín, 2003.
- BERTOLINI, C. *Appunti Didatticci di Diritto romano. Il Processo civile, II, 1*, Ed. UTET (Unione Tip-Editrice Torinese), Torino 1913.
- BETANCOURT SERNA, F. *Derecho Romano Clásico*, Ed. Universidad de Sevilla publicaciones, 2001.
- BIENVENIDO, O. *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, “Código de las Costumbres de Tortosa”, Vol. 4, Ed. Imp. de Miguel Ginesta, Madrid 1876.
- BISCARDI, A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968; C. 9.2.7. “*Inquisitio ed accusatio nel processo criminales "extra ordinem"*”, en “Seminarios complutenses de Derecho Romano”, Ed. *Revista Complutense de Derecho Romano y Tradición Romanística*, ISSN 1135-7673, n° 1, Madrid, 1989.
- BLEIBERG, G. *Diccionario de Historia de España*, Tomo 3º, Ed. Alianza, Madrid, 1979.
- BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano*, 5ª ed., 2ª Reimpresión, Ed. Reus, (1852), Madrid, 2002.
- BONINI, R. *Ricerche di diritto giustiniano*, 1ª ed. Giuffrè Editore, Milano, 1968.
- BONINI-AMELOTTI, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Giuffrè Editore, Milano, 1989.
- BOWEN, J. (1976-1979), *Historia de la Educación occidental*, I. El mundo antiguo. Ed. Herder, Barcelona, 1990.
- BRAVO BOSCH, Mª J. *Revista la Toga*, n° 173, Sevilla, 2009.

BRAVO LIRA, B. “La fortuna del código penal español de 1848, historia en cuatro actos y tres continentes”, *AEHD*, n ° 74, 2004.

BREIBACH, M. “*Der Prozes des Sokrates*”, *AHDR*, Vol. 112, n ° 4, 2005.

BRIGUGLIO, F. “*Studi sul procurator*”, *Seminario giuridico della università di bologna*, n ° 231, Giuffrè editore, Milano, 2007.

BRUNDAGE, JA. *The Medieval Origins of the Legal Profession: Canonists, Civilians, and Courts*, University of Chicago Press; “*Law and History Review*”, n ° 28 (1), Chicago, 2008.

BRUNS, KG. *Die römischen popularklagen, Kleinere schriften*, Volúmenes 1-2 Ed. Hermann Böhlau, Berlin, 1882.

BURKHARD V. BONIN. *Eine Glosse zur Lex Visigothorum*, en, *Neues Archiv der Gevellschaft fur altere deutsche Geschichtskunde*, 29, 1903.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 1ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1986; *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, (aumentada, corregida y puesta al día), 2ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, 1991.

CABALLERO AGUADO, J. La institución: Historia. “Sucinta Historia del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid”, en: http://www.icpm.es/institucion_historia.asp.

CABRERA NÚÑEZ DE GUZMAN, M. *Idea de un abogado perfecto...*, Madrid, (Publicación original, Oficina de Eugenio Rodríguez, 1683). Véase también en Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, enlace: <http://hdl.handle.net/10366/48327>.

CALAMANDREI, P. *Instituzioni di Diritto Processuale I*, Ed. Cedam, Padova, Italia, 1943. *Demasiados abogados*, Ed. Reus, Madrid, 2007.

CAMARGO HERNÁNDEZ, C. “Falsificación de documentos públicos”, *ADPCP*, Tomo 11, Fasc/Mes 2, 1958.

CANCERII, I. *Variarum resolutionum iuris caesarei, pontificij municipalis principatus Cathaloniae cum symmariis hactenus maximè desideratis & indice rerum verborumque locupletissimo. Pars secunda Lugduni: sumpt. Lavr. Arnavd et Petri Borde*, 1670; Véase también en: (<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmczg761>) CÁNCER, J. en *Biblioteca virtual Miguel de Cervantes*, Alicante, 2009.

CANDÍL JIMÉNEZ, F. “Observaciones sobre la intervención de Don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”, *ADPCP*, Tomo 28, Facs/Mes 3, 1975, págs. 405-442; “Manuel Seijas Lozano, miembro de la Comisión General de Códigos”, *ADPCP*, Tomo n ° 34, Fasc/Mes 2,3, 1981.

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

CARMIGNANI, G. en *Biblioteca italiana; ossia Giornale di letteratura, scienze ed arti*, compilado por una sociedad de literatos, Tomo n °21, Milano, 1821.

CARNELUTTI, F. “*Oggetto del falso*”, *Rivista italiana di Diritto penale*, 1934, XII; *Derecho Procesal Civil y Penal II*, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1971; *Derecho Procesal Civil y Penal*, Ed. Universidad Autónoma de México, 1994; *Teoría del falso, el daño y el delito*, Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, 2004; *Cómo se hace un proceso*, Ed. Rodamillans, Roma, 1954.

CARONI, P. *Lecciones de historia de la Codificación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

CARRARA, F. *Programa Del Corso di Diritto Criminale*, Vol. 5 °, Ed. Fratelli Cammelli, Firenze, 1905.

CARRASCO DURÁN, M. “La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, UNED, *Revista de Derecho político*, Vol. 1 °, (107), Madrid, 2020.

CARRASCOSA LÓPEZ, V. “Informática y Derecho”, (II Congreso internacional de Informática y Derecho, Actas, Volumen I), UNED, Centro Regional de Extremadura, 1996.

CARVAJAL, PI. “Apuntes sobre la injuria en las XII tablas y su transmisión textual”, en *RCHD*, vol.40 n ° 2, versión On-line ISSN 0718-3437 Santiago, Chile, 2013.

CASINOS MORA, “La abogacía en Roma”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n ° 2, 1999. Publicado en: VLEX-41035221 <https://2019.vlex.com/#vid/surgimiento-profesion-abogacia-roma-41035221>).

<https://roderic.uv.es/bitstream/item/90506/Advocatus.%20RIPJ%2c%202%2c%201999.pdf?sequence=1>

CASTRESANA HERRERO, A. “El *chirographo* y la *syngrapha*: significación jurídica desde la República hasta Justiniano”, en *Estudios de Derecho Romano en honor de Álvaro D’ORS*, I, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1987.

CERDÁ RUIZ-FUNES, JOAQUÍN. “En torno a la pesquisa y procedimiento inquisitivo en el Derecho castellanoleonés de la Edad Media”, *AHDE*, n ° 32, 1962.

CHIOVENDA, G. *Instituciones de Derecho Procesal Civil: (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, Vol. 1 °, 1ª ed. Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, (1936-1940).

CIPRIANI, F. “El abogado y la verdad”, *Revista del Poder Judicial*, n ° 72, 2003.

CIVELLO G. “*Le idee degli altri*”, *Archivio penale*, n ° 2, Padova, 2017.

COBO DEL ROSAL, G. “El proceso de elaboración del Código Penal de 1928”, *AHDE*, Tomo LXXXII, pág. 563.

COBO DEL ROSAL, M. *Examen crítico del pár. 3º del artículo 119 del Código Penal español*, Ed. Reus, Madrid, 1962.

CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1932, *Ley de Bases para la Reforma del de 1870 y Orden sobre cumplimiento de las penas, anotado y seguido de un repertorio alfabético de materias*. 1ª ed., Ed. Reus, Colección Biblioteca Reus del estudiante, Madrid, 1933.

COLLINET, *Histoire de lécole de droit de Beyrut, Paris, Recueil Sirey, , Revue d’art orientale et d’archéologie*, 1925.

COMA FORT, JM. “De Lisboa a Varsovia: una aproximación de Manuel Paulo MERÊA al concepto de Derecho Romano vulgar occidental” en, *e-Legal History Review*, ISSN 1699-5317, n ° extra, 20, 2015.

COPPOLA, G. en “*Studi per Giovanni Nicosia*” en *Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania, Nova serie 214/1*), Ed. Giuffrè editore, 2007.

CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Tomo 2 °, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

CUADERNOS DE DERECHO JUDICIAL, “Sistemas penales europeos”, 2003; “Delitos contra la Administración de Justicia”, Madrid, 1997.

CUELLO CALÓN, E. *Derecho Penal I*, 13^a ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1960; *El Nuevo Código Penal Español* (Libro 2^o, Parte 1^a), Ed. Bosch, Barcelona, 1930.

CUENCA GARCÍA, M^a. J. *Los comportamientos desleales de abogado y procurador*, 2002 (Tesis doctoral); “Las infidelidades documentales de abogado y procurador”, *Actualidad y Práctica del Derecho*, Año 2003, n^o 74, Ed. Iuris; *La función de Abogados y Procuradores y los intereses de los clientes*, Ed. Aranzadi, Monografías, n^o 17, 2007.

CUERDA ARNAU, *Comentarios al Código Penal*, Vol. 2^o, (Coord. Tomás Vives Antón), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CUERDA RIEZU, A. *El legislador y el Derecho Penal*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1991.

DALLA, D. y LAMBERTINI, R. *Instituzioni di Diritto Romano, Terza edizione*, Ed. Giapichelli, G., Torino, 2006.

DE AQUINO, SANTO TOMÁS, *Summa Theológica*, Parte, 1^a, “Sobre la verdad”, Cuestión 16 (artículo 8) y, “Sobre la falsedad”, Cuestión 17 (artículo 4), Biblioteca Digital Hispánica, (Biblioteca Nacional de España).

DE ASSO Y DEL RÍO, IJ. y DE MANUEL y RODRÍGUEZ, M. *El Fuero Viejo de Castilla*, Ed. 1^a Madrid, 1771.

DE AZEVEDO, A. *Commentarium iuris civilis in Hispanae Regias Constitutiones*, Ed. Lugduni 1737. Otras localizaciones en reproducción digital del original en (https://granatensis.ugr.es/discovery/fulldisplay?context=L&vid=34CBUA_UGR:VU&search_scope=MyInstitution&tab=Granada&docid=alma991007707059704990). Otros enlaces (<http://biblioteca.galiciiana.gal/es/consulta/registro.do?id=551514>), Biblioteca Dixital de Galicia.

DEBRAY, L. “Variétés. A propos du cognitor”, *Nouvelle Revue Historique De Droit Français Et étranger*, Vol. 36, Paris, 1912.

DE CASTRO Y OROZCO, J. *Código Penal explicado* (“Para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones”), Tomo 2^o, Ed. Imprenta y Librería de Don Manuel Sanz, Calle de la Monterería n^o 3. Granada, 1848.

DE DIEGO DíEZ, LA. *Prevaricación* (“deslealtad profesional”), Ed, Tecnos, Madrid, 1996.

DE HEVIA BOLAÑOS, J. *La Curia Filípica*, Ed. Carlos Sánchez, Madrid, 1644; Ed. Manuel López Bustamente, Mercader de Libros, Madrid, 1652; y Ed. Nabu Press, Edimburgo, 2011.

DE LA OLIVA SANTOS, A. *Derecho Procesal. Introducción*. Ed. Ramón Areces, Madrid, 1999.

DE LA PRADILLA BARNUEVO, F. *Suma de las leyes penales*, Fondo Antiguo de la Universidad de Salamanca, reproducción digital del original, <http://brumario.usal.es/>, Madrid 1639.

DE LA REGUERA VALDELOMAR, J. *El Fuero Juzgo*, Madrid, 1798, Ed. AEBOE, “Colección Leyes Históricas”, 2015.

DE LAS HERAS SANTOS, JL. *La Justicia penal de los Austria en la Corona de Castilla*, 1ª ed. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991.

DEL ROSAL, R. *Normas deontológicas de la abogacía española*, (Monografías), Ed. Civitas, 2002.

DEL VECCHIO, G. *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, 7ª ed. Barcelona, 1960.

DE MONTAGUT ESTRAGUÉS, T. “El régimen jurídico de los juristas de Barcelona en la Edad Media”, *Rudimentos legales. Revista Historia del Derecho* n° 2, año 2000, págs. 63-92.

DE MORAES ROCHA, JL. y CONDE CORREIA, J. “Sistemas penales europeos” en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002.

DE PUENTE y FRANCO, A. *Historia de las Leyes y Plebiscitos y Senadoconsultos más notables*, Ed. Imprenta de D. Vicente de Lalama, Madrid, 1840.

DE SAAVEDRA FAJARDO, D. “Idea de un Príncipe político cristiano representada en cien empresas” (Empresa 21), en *LEMIR: Revista de Literatura Española Medieval y del Renacimiento*, n°. 20, 2016.

DE TAPIA, E. *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*, vol. 7º, Ed. Imprenta Ildefonso Mompie, Valencia, 1829. Véase también de la Universidad de Nueva York el siguiente enlace: <https://heinonline.org/HOL/License>, *Reproduction by Permission of Buffalo & Erie County Public Library Buffalo, NY*.

DE TOLEDO Y UBIETO, EO. *La prevaricación del funcionario público*, 1ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1980.

DE TOQUEVILLE, A. *La Democracia en América*, Ed. Alianza, Ciencia Política, 2009; *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Ed. Alianza, 2004.

DE UREÑA Y SMENJAUD, R. *La legislación Gótico Hispana*, Ed. Establecimiento tipográfico Idamor Moreno, 1905, Madrid.

DE VILLADIEGO VASCUÑANA y MONTOYA, A. “*Instrucción política y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte, y otros ordinarios del Reyno, utilissima para los Gobernadores, y Corregidores, y otros Jueces Ordinarios, y de Comisión, y para los abogados, Escribanos, Procuradores y Litigantes*”, Capítulo V, n° 28, pár. 2º, Ed. Antonio Pérez, (ahora corregida y enmendada), Madrid, 1747.

DÍAZ BAUTISTA, A. y DÍAZ BAUTISTA CREMADES, A.A. *El Derecho Romano como introducción al Derecho*, Ed. Diego Marín, 2010.

DÍAZ GARCÍA, E. *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Ed. Ariel, Madrid, 1988.

DÍEZ RIPOLLÉS, JA. “La reforma penal española de 1983” (Informe), Nuevo Foro Penal, n° 27, Bogotá, 1985.

DOMÍNGUEZ AGUDO, Mª. I., *Estudio léxico de Iura y Leges en el Derecho romano occidental*, (Memoria para Tesis doctoral), Universidad Complutense, Madrid, 2003.

DORADO MONTERO, P. *Bases para un nuevo Derecho Penal*, Ed. Analecta, Málaga, 2003.

D'ORS, A. *El Código de Eurico*, (AEBOE), Madrid, 2014; “Contribuciones a la historia del crimen falsi”, en *Studi in onore a Edoardo Volterra*, Vol. N° 2, Milano 1969; *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, Ed. Universidad de Salamanca, 1943.

DOU Y BASSOLS, F.L. *Instituciones de Derecho público general*, Vol. 7º, Ed. Oficina de Don Benito García y Cía, 1800-1803, Madrid.

DUALDE SERRANO, M. “Supervivencia de los primitivos privilegios orgánicos de la capital en el texto de los Fueros de Valencia”, en *Estudios Medievales*, 2, 1956; *Fori*

antiqui Valentiae, Madrid-Valencia, CSIC, Ed. *Fori antiqui Valentiae*, Madrid- Valencia, CSIC, 1950-1967.

EISELE, F. *Cognitor und procurator, Untersuchungen zur Geschichte der processualen Stellvertretung*, Freiburg-Tübingen, 1881; (Versión en inglés en editorial RareBooksClub.com, 2013).

ESCUADERO JA. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-administrativas*, ed. 3ª revisada, Ed. Autor/Editor, 2003.

ESPITIA GARZÓN, F. “Derecho Criminal Romano. Aportes a problemas actuales en relación con los delitos contra la Administración Pública”, en *Revista General de Derecho Administrativo* (RGDA), n° 16, 2º semestre, 2016.

FAIREN GUILLEN, V. *Doctrina General del Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

FELIP I SABORIT, “Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *ADPCP*, 1993.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*, 6ª ed. Ed. Iustel, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *Derecho Romano* (Manuales universitarios), 3ª ed. Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, RB-1.2, Navarra, 2019.

FERNÁNDEZ FERRARAS, G *Sistema de Derecho Administrativo I*, 4ª ed. Ed. Cívitas, 2018.

FERNÁNDEZ PRIETO Y SOTELO, A. *Historia del Derecho Real de España*, Imprenta de Antonio Sanz, 1738; también en Fondo Antiguo de la Universidad de Granada (www.cervantesvirtual.com).

FERNÁNDEZ SERRANO, A. *La Abogacía en España y en el mundo*, Vol. 1º, Ed. Librería Internacional de Derecho (L.I.D.), 1955.

FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Madrid, Ed. Trotta, 1995.

FERRÉ OLIVÉ, JC. *El Derecho Penal de la posguerra*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2016.

FERRER SAMA, A. *Comentarios al Código Penal*, 1ª ed. Ed. Artes Gráficas, Madrid, 1956.

FERRINI C. “*Diritto penale romano: esposizione storica e dottrinale*”: estrato dall’*Enciclopedia del Diritto penale italiano diretta por el prof. E. Pessina*, Ed. Roma: L’Erma di Bretschneider, 1976.

FGE (Fiscalía General del Estado): Memorias. Anexo Memoria Fiscalía General del Estado 1980, 2. 1ª Parte. “Análisis de la situación organizativa funcional del Ministerio Fiscal”, Capítulo I. Desarrollo histórico.

FILANGERI, G. “*La Scienza della legislazione*” vol. 4º, libro 3º, parte 2, Cap. 43, Milano, 1832.

FLOREZ DE SETIÉN y HUIDOBRO, E. *España Sagrada*, Vol. 4, 3ª ed. Madrid 1859, Real Academia de la Historia, Ed. Imprenta de José Rodríguez; *España Sagrada*, Vol. 4, 1ª ed. Madrid 1747. Versión digital en:

<https://bibliotecadigital.jcyl.es/es/consulta/registro.do?id=4755>

FONT RIUS, JMª. *Constitucions de Catalunya*, Incunable, de 1495, Ed. Tallers Gràfic Hostench, S.A., Barcelona, 1988.

FORSTER, G. *Das mosaische Strafrecht in seiner geschichtliche Entwicklung* (El Derecho Penal mosaico en su desarrollo histórico), Leipzig, (1990), Ed. Kessinger Publishing, 2010.

FOUCAULT, M. *Sobre La Ilustración*, 2ª ed. (Trad. BELLO REGUERA, E; DE LA HIGUERA ESPÍN, J y CAMPILLO MESEGUER, A.), Ed. Técnos, Madrid, 2006

FRANCISCO PACHECO, J. *El Código Penal concordado y comentado*, (Estudio preliminar y anotaciones de Abel TÉLLEZ AGUILERA), Ed. Edisofer S.L., Madrid 2000.

FUENTESECA, P. “Feliciano Serrao. *Il Procuratore*”, Ed. Giuffrè, Milano, 1947, 195 páginas, en *AHDE*, 1947.

GARCÍA ARÁN, M. “Delitos contra la Administración de Justicia” en Cuadernos de Derecho judicial, Centro de Documentación jurídica, (CGPJ), 1997; “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código penal de

1992”, en Política criminal y Reforma penal, (Libro-Homenaje al Prof. Juan del Rosal), Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4^a ed. Ed. Civitas, (Thomson-Reuters), Navarra, 2006. *La Administración española*, Madrid, Ed. Alianza, 1985; *La lengua de los derechos* (Nota-Epílogo), Ed. Alianza, Madrid, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNANDEZ, T. *Curso de Derecho administrativo* (16^a edición), Ed. Cívitas Thomson-Reuters. 2013.

GARCÍA EDO, V. “La redacción y promulgación de la *Costum* de Valencia”, Universidad Jaume I, Castellón. (CSIC), en <http://estudiosmedievales.revistas.csic.es>.

GARCÍA-GALLO, A. “El origen y la evolución del Derecho”, *Manual de Historia del Derecho I*, 1^a ed. 10^a reimpresión, Ed. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1984; “Nacionalidad y Territorialidad del Derecho en la época visigoda”, *AHDE*, XIII, (1936-1941) y *AHDE*, XLIV, 1974; *Manual de Historia del Derecho Español* 9.^a ed. (ed. del autor), 2 volúmenes, Madrid, 1982.

GARCÍA GARRIDO, M^a J. *Derecho Privado Romano: casos, acciones e instituciones*, Ed. Ediasa, Madrid, 2012; “Álvaro D’ORS y El Derecho de los Visigodos”, en *Persona y Derecho*, Vol. 74, Madrid, 2016.

GARCÍA GOYENA, F. *Código criminal español según las leyes y practica vigentes: comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Ed. Madrid, 1843.

GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. «Fuero Viejo y Fuero Nuevo de Navarra», *Anuario de Derecho Foral*, 1 (1975).

GARCÍA PELAYO, M. *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Ed. Alianza, (1^a reimpresión de la 2^a ed.) 1987.

GARCÍA PLANAS, G. “Prevaricación de abogados y procuradores”, *ADPCP*, 1994.

GARCÍA SÁEZ, JA. “De Kelsen a la informática jurídica. Una entrevista con Mario G. Losano”, *Rev. Isonomía*, n^o 49, Valencia, 2019.

GARCÍA VÁZQUEZ, M^a DEL C. “Algunas consideraciones en torno al *procurator* y a la *negotiorum gestio*”, *Revue Internationale des droits de l’antiquité*, n^o 38, 1991, págs. 153- 174. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1286>.

GARRIGA ACOSTA, C. “La historia del derecho catalán según el abogado Vicente Doménech” (Academia de Jurisprudencia de Barcelona, 1780), en *Initium, Revista catalana d’historia del dret*, n^o 17, 2012.

GAY MONTALVO, E. *La abogacía de Barcelona, 200 años de su historia*, 1^a edición, Navarra, Ed. Aranzadi, 2019.

GENIEYS, W. *Les élites espagnoles face à l’Etat. Changements de régimes politiques et dynamiques centre-périphéries*, Ed. L’Harmattan, Paris, 1997.

GIMENO SENDRA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Colex, 7^a ed. Madrid, 2012; *Manual de Derecho Procesal*, 2^a ed. Ed. Colex, Madrid, 2010.

GIOFFREDI, C. *I Principi del Diritto Penale Romano*, Ed. G. Giappicheli-Editore, Torino, 1970.

GIRARD, PF. -SENN, F. “*Textes de droit romain n^o 25*”, París 1967.

GIRARD, PF. “*Histoire de l’organisation judiciaire des romains. Les six premier siècles de Rome*”, Paris 1901; “*Textes de droit romain*”, Tome 2^o: (*Les lois des Romains, en L’antiquité classique*), Tome 49, Paris, 1980; y, “*Textes de droit romain*”, Tome 2^o: (*Les lois des Romains, 7e édition, par un groupe de romanistes*). Naples, Jovene, Vol. n^o 1, *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Camerino. XII, Ascoli-Piceno*, 1977.

GIRY, A. *Manuel de Diplomatie*, Ed. Hachette, Paris 1894.

GIUFFRÉ, V. *Imputati, avvocati e giudici nella "Pro Cluentio" ciceroniana*, Ed. Giuffrè editore, Napoli, 1993.

GOMEZII ANTONII, *Ad leges Tauri Comentariorum*, Ed. Goy, Michel, 1674, en Fondo Antiguo de la Universidad de Salamanca.

Publicación original: Bruyset-Ponthus, Pierre, 1761, <http://hdl.handle.net/10366/49215>, otros enlaces https://archive.org/details/bub_gb_fWUmGP7r408C/page/n725/mode/2up.

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

GONZÁLEZ RUS, JJ. *Curso de Derecho Penal Español, 2º (Parte Especial)*, director: Cobo del Rosal, Ed. Pons, Madrid, 1997.

GOYENA HUERTA, J. *Los Delitos contra la Administración de Justicia*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002. *Las falsedades documentales: jurisprudencia comentada*, Navarra, Ed. Aranzadi, 2007.

GREEN, SP. Criminal Law. "Deceit and the Classification of Crimes: Federal Rule of Evidence and the Origins of "crimen falsi", Ed. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 90, 2000.

GRINDA GONZÁLEZ, J. *Los delitos contra la Administración de Justicia*, AA. VV., (Coord. Javier MUÑOZ CUESTA), Navarra, Ed. Aranzadi, 2002.

GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A. *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo 4º, 2ª ed. Ed. Madrid, 1912.

GROSSO, G. *Monarchia, provocatio e proceso popolare*, (Studi in onore di P. Di Francisci), Ed. Giuffrè, Milano, 1956.

GUARNERI, A. *L'ordine público e il sistema delle fonti del diritto civile*, Ed. Cedam, Padua, 1974.

GUASP, J. *La pretensión procesal*, ADC, Tomo I, 1951.

GUERRA, VS. "Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad", *Revista de Derecho Privado*, nº 21, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2011.

GUZMÁN DALBORA, J.L. "Código Penal francés de 1791", *Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 3ª Época nº 1 (2009).

GUZMÁN GARCÍA, JJ., "La formación histórica de la representación", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº. 6, 2013.

HAUBLOD, CH. G. *Tablas cronológicas o Ilustración sinóptica de la historia externa del Derecho romano, fragmentos de las leyes de las Doce Tablas, Sentencias del Edicto pretorio y edilicio*, Ed. Establecimiento tipográfico-literareo, D. Nicolas de Castro Palomino, Madrid, 1848.

HEINECIO, J. *Recitaciones de Derecho Civil Romano*, Ed. Analecta, 2003; *Tratado de Antigüedades romanas*, Tomo 2º, Ed. Librería de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1845.

HERMAN, E. *Cuerpo del Derecho Civil romano*, (2ª parte, Tomo 1º), Barcelona, Jaime Molinas, Editor- Valencia, núm. 378, 1892.

HERNÁNDEZ GALINDO, JG. *La voz del Derecho*, (Programa Institucional Sindéresis. Por la vigencia del Derecho) “Derecho Romano: 14.- Segundo periodo”, Bogotá, Colombia, 2014.

<http://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/derechoromano/item/2591>.

HERNANDEZ TEJERO, F. “Algunas consideraciones sobre la enseñanza del Derecho en Roma desde los orígenes hasta Justiniano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 14, Madrid, 1944.

HIERREZUELO CONDE, G. *Revista de Estudios histórico-jurídicos* nº 33, (*REHJ*, XXXIII, 2011), Chile.

HOGAN, JJ. *Judicial Advocates and Procurators, An Historical Synopsis and Commentary*, (*A Law Classic*), Ed. Beard Books, 1941.

HUEVELIN, P. *Études sur le Furtum dans le Très Ancien Droit Romain*, Vol. 1º: *Les Sources*, Lyon-Paris, A. Rey, imprimeur-éditeur, Librairie A. Rousseau en Lyon, Paris, 1915.

IGLESIAS FERREIRO, A. “En torno a una nueva edición del Fuero Real” *AHDE*, nº 59, 1989.

IGLEISAS RIBADE, L. “Estudio comparado del régimen jurídico del delito de falsedad documental en el Derecho hispánico e inglés en el medievo”, *Estudios de Deusto*, Vol. 64/2, julio-diciembre, 2016.

IGLESIAS SANTOS, J. *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, ed. 11ª, Ed. Ariel, Barcelona, 1994; *Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1986.

IÑESTA PASTOR, E. *El Código penal español de 1848*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JANNITI-PIRAMALLO, A. *Trattato di Diritto Penale (Delitti contro L'Amministrazione di Giustizia)*, Quarta edizione, Casa Editrice, Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1939.

JASO ROLDAN, T. (Rodríguez Muñoz, Jaso Roldan y Rodríguez Devesa), en *Derecho Penal*. T. 2º, Parte Especial, Ed. Madrid, 1949.

JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica México, 2000; *Teoría General del Estado*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2005.

JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Manual de Derecho Penal*, Vol. 1, 1ª ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ed. Reus, Madrid 1933; *Al servicio del Derecho penal*, “Diatriba del Código gubernativo”, 1ª ed., Javier Morata, Ed. Madrid, 1930.

JIMÉNEZ SEGADO, C. *La responsabilidad penal de los abogados*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

JIMENO ARANGUREN, R. *Los Fueros de Navarra*, AEBOE, 2008.

JORDAN DE ASSO Y DEL RÍO, I. y DE MANUEL Y RODRIGUEZ, M. *El Ordenamiento de Las Leyes*, Ed. Joachin Ibarra, Madrid, 1774, también en, Librería de los señores viuda e hijos de D. Antonio Calleja, 1847, Madrid; y, más recientemente, Ed. *Lex Nova*, Valladolid, 1983; *Instituciones de derecho civil de Castilla*, 4ª ed. Ed. Imprenta Andrés de Sotos, Madrid, 1786 y 5ª ed. Ed. Imprenta Ramón Ruíz, Madrid, 1792. Otras ubicaciones en la Biblioteca de la Universidad de Alicante, Biblioteca digital Miguel de Cervantes: www.cervantesvirtual.com; <https://biblioteca.ua.es/>.

KAGAN, RL. *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*, Ed. Consejería de Cultura y Turismo, Junta de Castilla y León, 1991.

KANT, I. *¿Qué es la Ilustración?* (1784), (Trad. ROLDÁN PANADERO, C., RODRÍGUEZ ARAMAYO, R. y PÉREZ LÓPEZ, F.), 2ª ed. Ed. Alianza, Madrid, 2013.

KARLOWA, O. *Der Römische civilprozess, zur zeit der Legisactionen*, Ed. Weidmannsche Buchhandlung, Berlin, 1872.

KASER, M. y HACKL, K. *Das römische Zivilprozess-recht*, Ed. C.H. Beck, 1996.

KELSEN, H. *Teoría General del Estado*, Ed. Comares, 2002; *¿Qué es Justicia?*, Ed. Ariel, 1992.

- KOVALIOV, SI. *Historia de Roma*, Vol. 1º, Ed. Sarpe, Madrid, 1985.
- KUNKEL, W. *Historia del Derecho Romano*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*, (4ª ed. reformada), Ed. PPU, Barcelona, 1989.
- LAMARCA PÉREZ, C. “Sobre el principio de legalidad”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, nº 1, septiembre 2011-febrero 2012.
- LARREA PEÑALVA, F. *Filosofía del Derecho*, Ed. Madrid, 1930.
- LASALLE, F. *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, Ed. Cénit, 1931; *¿Qué es una Constitución?* Conferencia pronunciada en Berlín en 1862, 1ª ed. cibernética, Ed. Biblioteca virtual Antorcha, México, 2005.
- LASSO GAITE, JF. *Crónica de la codificación española*, nº 5, “Codificación Penal”, Volumen I, Ed. Centro de Publicaciones-Secretaría General Técnica, Comisión General de Codificación-Ministerio de Justicia, 1970; *Crónica de la Codificación española* nº 3, “Procedimiento Penal”, Ed. Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.
- LAURIA, M. “*Aspetti ed effetti della cognitio extra ordinem*”, en “*Accusatio-Inquisitio. Ordo-cognitio extra ordinem-cognitio: rapporti ed influenze reciproche*”, Ed. *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Reale di Napoli*, Vol. nº 56, 1934.
- LEONE, G. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1989.
- LEVY, E. *Die römische Kapitalstrafe*, “Actas de la Academia de Ciencias y Humanidades de Heidelberg”, Alemania, 1931.
- LÓPEZ, G. *Las siete partidas glosadas*, Salamanca, Ed. Andrea de Portonariis, 1555; Versión digital en AEBOE en www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUBLH-2011-60&tipo=L&modo=2).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Manual de Derecho Penal III*, Parte Especial, Ed. Akal, Madrid, 1992. BARJA DE QUIROGA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Navarra, 7ª ed. 2019.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. y RODRIGUEZ RAMOS, L. *Códigos Penales españoles*, Recopilación y Concordancias, Ed. Akal, Madrid, 1988.

LÓPEZ DE SALCEDO, I. *Práctica Criminalis Canónica*, Capítulo, CXX, nº5, Ed. *apud Balthasarum Lippium*, Maguncia 1566.

LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M. El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, Ed. s.n. Madrid, 1996.

LÓPEZ-RENDO RODRIGUEZ, C. Y RODRIGUEZ DÍAZ, E. “El crimen de falsificación de moneda en Derecho Romano y su recepción en Derecho español”, *Revista General de Derecho Romano*, (RGDR), n ° 5, diciembre 2005.

LÓPEZ-REY, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F. *El nuevo Código Penal*, Ed. Revista Derecho privado, Madrid, 1933.

LÓPEZ-REY ARROJO, M “Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (RCJS)*, Vol. 18, n °. 70, Madrid, 1935.

LORENZANA DE LA PUENTE, F. “Jueces y Pleitos. La Administración de Justicia en la Baja Extremadura en el Antiguo Régimen”, *Revista Hispania*, n ° 213, 2003.

LUZÓN PEÑA, DM. “Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia”, en Libro-Homenaje al Prof. ANTÓN ONECA, Ed. Universidad de Salamanca, 1982.

MACKELDEY, F. *Elementos del Derecho Romano*, 2ª ed. Ed. Imprenta de la Sociedad tipográfica y literaria, Madrid, 1845.

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

MALINVERNI, A. *Sulla Teoría del Falso Documentale*, Giuffrè editore, Milano, 1955.

MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “Constitución de 1812 y Código Penal de 1822” (Algunas reflexiones sobre el tratamiento de la religión y la libertad ideológica y sobre la

vigencia del texto penal), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (RDPC), 3ª Época, n.º 9 (enero de 2013).

MANZINI, V. (Dos versiones de 1939 y 1985-86), *Trattato di Diritto penale*, 5ª ed. Ed. lit. Gian Domenico Pisapia, Milán, 1985-1986; y, *Trattato di Diritto penale*, 3ª ed. Ed. UTET, Torino, 1939.

MARCOS CELESTINO, M. “La Ley de las XII Tablas”, en *Helmántica: Revista de Filología clásica y hebrea (RFCH)*, (Universidad Pontificia de Salamanca), T.51, n.º 155, Salamanca, 2000.

MARLASCA MARTÍNEZ, O. “La regulación de la falsificación de los documentos en el Derecho Romano y en la ley de los visigodos”, *Estudios de Deusto: Revista Universidad de Deusto*, Vol. 41, n.º 1, 1999, págs. 209-233; *AHDE*, n.º 70, 2000.

MARRERO RODRÍGUEZ, M. “Extractos de los protocolos de los realezos”, (1521-1524 y 1529-1561). (IECan), (C.E.C.E.L.) y (CSIC), “*Fontes Rerum Canarium*”, *Colección de Textos y documentos para la historia de canarias*, n.º 34, en la Universidad de La Laguna, Tenerife, 1992.

MARTÍ MINGARRO, L. El abogado en la historia. Un defensor de la razón y la civilización, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

MARTÍN NIETO, P. (Coord.) en *Procesal Penal, Memento Práctico*, AA. VV., 2016.

MARTÍNEZ DHIER, A. “Un tránsito del Antiguo Régimen al estado liberal de derecho en España”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (REHJ)*, XXX, Granada, 2008.

MARTÍNEZ DÍEZ, G. *Cortes y Ordenamientos de Alfonso X*, Localización: *Studies in the history of political thought, political & moral philosophy, business & medical ethics, public health and juridical literatura*, (coord. por Manuel J. PELÁEZ), 1991; *Los comienzos de la recepción del Derecho en España y el Fuero Real*, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1980; *Leyes de Alfonso X, I, Espéculo*, Ed. Fundación SÁNCHEZ ALBORNOZ, Ávila, 1985.

MARTINEZ GIJÓN, J. “Estudios sobre el oficio de escribano en Castilla durante la Edad Moderna”, en AA. VV. *Centenario de la Ley del Notariado, Sección 1ª. Estudios Históricos*. Madrid, 1964.

MARTINEZ MARINA, F. *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el código de D. Alfonso el Sabio, conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Ed. Imprenta de la hija de D. Joaquín Ibarra, 1808; *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*, Ed. Civitas, (CEP), Madrid, 1957.

MARTÍNEZ NEIRA, M. “¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del Derecho en el reinado de Carlos IV”, *AHDE*, n.º 68, 1998.

MASFERRER DOMINGO, A. *Tradición y reformismo en la Codificación penal española*, 1ª ed. Ed. Universidad de Jaén, 2003.

MEDINA, L. y MARAÑÓN, M. *Leyes Civiles de España*, Novísima edición. Ed. Estudio Tipográfico de los Hijos de Tello, 1911.

MELERO MERINO FJ. “Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal” (*Introducción al estudio del derecho sustantivo angloamericano*), Pompeu y Fabra, Barcelona, 1994.

MÉNDEZ RODRIGUEZ, C. *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas tecnologías*, AA. VV. Ed. Colex, 2001.

MEIJERS, EM. “Los Fueros de Huesca y Sobrarbe”, en *AHDE*, N.º 18, 1947.

MERCHAN ÁLVAREZ, A. *Las épocas del Derecho español*, 2ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, 2001.

MERÊA, MP. *e-Legal History Review*, n.º extra, 20, 2015.

MESTRE DELGADO, E. *Delitos. La parte especial del Derecho Penal*, Ed. Dykinson, 5ª ed. (coord. Carmen LAMARCA PÉREZ), Madrid, 2020.

MEY FLANDRO, J. *Fori Regni Valentiae, 1547, Publicación original editorial: arte ac industria experti viri Ioannis de Mey Flandri, 1547*; otro ejemplar en (34URJC_ALMA) que procede de la Biblioteca particular de D. Alfonso GARCÍA-GALLO DE DIEGO, catedrático de Historia del Derecho español, integrada en la colección de fondo antiguo de la Biblioteca de la Universidad Rey Juan Carlos (BURJC).

MICELI, M^a. “*Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*”. Vol. 1º, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

MIERES, T. *Apparatus super Constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*, 1621, Ed. *Barcinonae: typis & aere Sebastiani á Cormellas*. Véase contenido en: e-Archivo, Biblioteca Universidad Carlos III.

MITTEIS, L.-WILCKEN, U. *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde*. Hildesheim, 1963.

MITTERMAYER, CJA. *Traité de la preuve en matière criminelle, "De la vérité, de la certitude et de la conviction"*, Ed. *Imprimerie et Librairie Generale de Jurisprudence*, París, 1848.

MOMMSEN, T. *Disegno del diritto pubblico romano*, Ed. Celuc, Milano, 1973. (Traducción de P. Bonfante y V. Arangio-Ruiz); *Compendio de Derecho Público romano*, Ed. La España moderna, 1893; *Römisches Strafrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1899.

MONCAYO RODRÍGUEZ, S. "El delito de falsedad en el Derecho romano", en *Revista de Letras jurídicas (RLJ)*, n ° 2, julio 2000, Universidad veracruzana, México,2000.

MONTANOS FERRIN, E. Y SANCHEZ-ARCILLA, J. *Historia del Derecho y de las Instituciones*, Tomo 1º, Ed. Dykinson, Madrid, 1991.

MONTERO AROCA, J. *Principios del Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; "Ideología y proceso civil", en Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ), XVIII/2005; *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, AA. VV, ed. 20ª, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MORALES PRATS, F. y RODRIGUEZ PUERTA, Mª J. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1996.

MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un curso de Historia del Derecho español*, Ed. UNED, Madrid, 1999.

MORENO CATENA, V. *Introducción al Derecho Procesal*, 1ª ed. Ed. Constitución y Leyes (COLEX), Madrid, 1996.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal (Parte Especial)*, 9ª ed. Valencia, 1993 y 11ª ed. Valencia, 1996; *Derecho Penal, (Parte General)*, 10ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; *Derecho Penal (Parte Especial)*, 23ª ed. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

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

MUÑOZ MACHADO, S. *Historia de la abogacía española*, Vol. ° 1 y 2, Ed. Aranzadi-Thomson, Navarra, 2015; *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General 2*. Ed. Iustel, Madrid, 2006; *Libro de estilo de la Justicia*, Madrid, Ed. Espasa, 2017.

MUÑOZ y ROMERO, T. *Colección de Fueros Municipales*, 1 °, Ed. Imprenta de Don José María Alonso, Madrid, 1847.

MURGA GENER, JL. *Derecho Romano clásico, 2 °. El proceso*. Ed. Universidad de Zaragoza, 1983.

MURILLO RUBIERA, F. *Fuentes ideológicas y normativas de la Codificación Latinoamericana* (“Codificación y sistema jurídico iberoamericano”), AA. VV, Ed. Universidad del Museo Nacional Argentino, Buenos Aires, 1992.

NACHER HERNÁNDEZ, P. *Historia y Organización de la Abogacía en Valencia desde la Reconquista hasta nuestros días*. Ed. Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación (ICAV), n ° 37, Año 1952.

NAVAS FERNÁNDEZ, JM. *La abogacía en el siglo de oro*, ed. especial IV Centenario del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Ed. ICAM,1996.

NEUHAUSER, W. *Patronus und Orator*, Ed. Universitätsverlag Wagner, Innsbruck, Austria,1958.

NUÑEZ DE CEPEDA, H. *1870-Código Penal-1932*, (Comentarios, Jurisprudencia, Tablas de Penas), Ed. Litografía e Imprenta Roel, La Coruña, 1932.

OBARRIO MORENO, JA. *Pervivencia del Derecho Romano en los reinos hispanos medievales (S. V-VIII)*, 1ª ed. Ed. Club Universitario, Alicante, 1996.

OLMO LÓPEZ, R. “La actividad judicial de los gobernadores provinciales a partir de las actas de los mártires”. *Revista Antestería. Debates de Historia Antigua*, n ° 1, 2012, Universidad Complutense.

ORTEGO GIL, P. “Escarceos sobre los abogados del siglo XVIII”, *Initium: Revista catalana d'història del dret*, n ° 25, 2020.

ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal. Parte Especial*, AA. VV. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; *Derecho Penal. Parte Especial*, AA. VV. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; *Comentarios al Código Penal de 1995*, AA.VV., Ed. Tirant lo Blanch, (Coord. Tomás Vives Antón), Vol. 2º, Valencia, 1996.

OSSORIO Y GALLARDO, *El alma de la Toga*, Ed. ICAM, 1996.

OTERO VARELA, A. AHDE, nº 29, 1959.

PACHECO CABALLERO, FL. “La figura del procurador en los derechos hispánicos siglos XVIII al XVIII”, en *L'assistance dans la résolution des conflits*, Vol. 3, Ed. Editions de Boeck Université, Bruselas, 1996.

PALAZZOLO, N. *Storia giuridica di Roma in età imperiale*, Ed. Magiachi-Galeno, Perugia, 1995.

PALOMO DEL ARCO, A. *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2010.

PAOLI, UE. *Urbs. La vida en la Antigua Roma*, Ed. Iberia, Barcelona, 1990.

PAREJO ALFONSO, L. *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Ed. Técnos, Madrid, 1993; *Organización y Poder de organización*, Ed. Iustel, Madrid, 2008.

PARICIO SERRANO, FJ., “Reflexiones acerca de la legalización del procedimiento formulario”, (Sobre la *lex Aebutia*, la *lex Iulia de iudiciis privatis* y la supuesta *lex Iulia municipales*), en *FORO, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, nº 0, 2004.

PASTOR y ALVIRA, J. *Manual de Derecho Romano*, según el orden de las Instituciones de Justiniano, Ed. *Independently Published, United States*, 2021.

PELORSON, J M. *Los letrados juristas castellanos bajo Felipe III. Investigaciones sobre su puesto en la sociedad, la cultura y el Estado*, Ed. Junta Castilla-León (*Colección Estudios de Historia*), Valladolid, España, 2008.

PÉREZ CEPEDA, AI. *Los Delitos de Deslealtad Profesional de Abogados y Procuradores*. Ed. Aranzadi, 2000.

PÉREZ DE LA CANAL, MA. “La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV”, *Historia. Instituciones. Documentos*. nº 2, Ed. Universidad de Sevilla

(Departamento de Historia Medieval y Ciencias y Técnicas Historiográficas), Sevilla, 1975.

PÉREZ FERNÁNDEZ, E y J. (s.f.) *Nuevo Código Penal 1870-1932*, Ed. Ciudad Real, sin fecha exacta, [19--?].

PÉREZ Y LÓPEZ, AJ. *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, tomo XIV, Ed. Librería de Don Felipe Tieso, Madrid, 1796.

PÉREZ LUÑO, AF. *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Ed. Tecnos, 3^a edición, 1988.

PÉREZ MARTÍN, A. “Jacobo de las Leyes: Ureña tenía razón” en *Anales del Derecho* n^o 26, Universidad de Murcia, 2008; *Los Fueros de Aragón, Compilación de Huesca, El Justicia de Aragón*, Ed. Biblioteca Virtual de Derecho Aragonés, (BVDA), Zaragoza, 2010; “Mandato y representación en el Derecho histórico”, en *Anales de Derecho*, n^o 12, Ed. Universidad de Murcia, 1994; “La obra jurídica de Jacobo de las Leyes: las Flores del Derecho”, en *Cahiers de linguistique hispanique médiévale* n^o 22, 1998, págs.; *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen (1474-1808)*, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 1978; *El Derecho procesal del Ius comune en España*, Universidad de Murcia, 1999; “El *ordo iudiciarius 'Ad summarian notitiam'* y sus derivados”, en *Historia. Instituciones. Documentos*. 1982.

PÉREZ-PRENDES MUÑOZ DE ARRACO, JM. *Fuero de Cuenca* (fragmento conquense), Tarancón (Cuenca), 2011.

Véase en <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=469587>.

PÉREZ PUJOL, E. “Oliver, Bienvenido: Historia del Derecho de Cataluña, Mallorca y Valencia. “Código de las costumbres de Tortosa”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 28, n^o 56, Madrid, 1880.

PERRITT, HH. (Jr) *How to Practice Law with Computers*, 1990, *Supplement, Practising Law Institute*, New York City, 1990.

PETIT, C. “El Código inexistente. Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX”, *Historia Contemporánea*, n^o 12, Ed. Universidad del País Vasco, ISSN 1130-2402, 1995; véase también, *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, Vol. 48, n^o 4, 1995, págs. 1429-1466.

PETIT, E. *Tratado elemental de Derecho Romano*. Tomo 1º, Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1917.

PETROCELLI, B. *Principi di Diritto Penale: corso di lezioni universitarie*, Napoli, 1949.

PESET, M. “Enseñanza del Derecho y la legislación sobre universidades durante el reinado de Fernando VII”, (1808-1833), AHDE, nº 38, 1968; “El Plan Pidal de 1845 y la enseñanza en las facultades de derecho”, AHDE, nº 40, 1970.

PIETRINI, S. *Sull’iniziativa del proceso criminale romano*, Siglos IV-V, Ed. Giuffrè, Milano, 1996.

PISCHLER, K. “Roe contra Wade- antecedentes e impacto “, en *Informe de Planned Parenthood, Federation of America*, Ed. Katharine DEXTER MC CORMICK, Nueva York, 2010.

PORTILLA, G. *La consagración del Derecho Penal de autor durante el franquismo* (“El Tribunal Especial para la represión de la Masonería y el Comunismo”), Ed. Comares, Granada, 2010.

PÓVEDA PERDOMO, A. “Delitos de obstruccionismo judicial y de deslealtad profesional en el CP de 1995”, en *El Nuevo Código Penal: primeros problemas de aplicación*, págs. 183-205. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

PRIETO RODRÍGUEZ, JI. *Aproximación al Código Penal de 1995*, Ed. Il. Lustre Col. *Legi Provincial D’advocats* de Tarragona, 1999.

PUGLIESE, G. *Le Legis actiones*, Ed. Ricerche, 1962.

QUERALT JIMÉNEZ, JJ. *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 2ª edición, Ed. Pons, Barcelona, 1992.

QUINTANA ORIVE, E y BLANCH NOGUÉS, JMª. “Nuevas consideraciones en torno al *cognitor* y al *procurator in rem suam*”, en *Revue Internationale des droits de l’antique*, (RIDA), nº 45, 1998.

QUINTANA ORIVE, E. “Principios básicos de la Administración imperial romana”, Editor: Universidad Externado de Colombia, *Revista digital de Derecho Administrativo* nº 23 (2020): 9-39 en <http://hdl.handle.net/10486/692385>

QUINTANO RIPOLLÉS, A. *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid, 1952; *Curso de Derecho Penal 2*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963; “La reforma penal española de 1983” (Informe), *Nuevo Foro Penal*, n° 27, Ed. Temis, Bogotá, 1985.

QUINTERO OLIVARES, G. *Pequeña Historia penal de España*, Ed. Iustel, 2016; *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed. Ed. Aranzadi, Navarra, 2011; “Los delitos contra la Administración de Justicia, en el Proyecto de Código Penal”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, (RJC), Vol. 79, n° 1 Extra; Comentarios al nuevo Código Penal,

RAMOS LOSCERTALES, R. “Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media”: compilación privada del Derecho aragonés, *AHDE*, n° 1, 1924. “Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media”, *AHDE*, n° 2, 1925; “Textos para el estudio del Derecho aragonés en la Edad Media”, *AHDE*, n° 5, 1928.

RAWLS, J. *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica (FCE), 2ª ed. 1ª reimpresión, México, 1995.

REBOLLO VARGAS, R. “Consideraciones dogmáticas sobre los delitos de infidelidad en la custodia de documentos: una tipificación parcialmente innecesaria”, en *Cuadernos de Política Criminal* (CPC, Sección Estudios penales), n° 111, 3º, Época 2ª, diciembre 2013.

REINOSO BARBERO, F. en “Digesta Iustiniani Augusti. Introducción a su estudio”. *Revista General de Derecho Romano*, RGDR, n° 4, 2005.

RICCOBONO, “*Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*”. S.C. N° 39, Florentiae, 1968.

ROBINSON, Paul H. y DUBBER, Markus D., “The American Model Penal Code: A Brief Overview”, *New Criminal Law Review*, Vol. 10, 2007. En: <https://ssrn.com/abstract=661165> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn>; también, en *Revista de Derecho Penal* n°:37, OCT.-DIC./2011, Colombia.

RODRIGUEZ DEVESA, J.M. *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed. Valladolid, 1966; *Derecho Penal español, Parte especial*, 18ª ed. Madrid, Ed. Dykinson, 1995.

RODRIGUEZ-ENNES, L. “Honorarios de los abogados en Roma”, *Studia et documenta historiae et iuris*, n° 9, Vigo, 2012.

RODRIGUEZ LÓPEZ, P. y SOBRINO MARTÍNEZ A. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Ed. Bosch, 2008.

RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A. *Derecho Penal, Parte Especial*, T. 2º, Madrid, 1949.

RODRIGUEZ RAMOS, L., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RUÍZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. *Códigos Penales españoles*, AAVV, Ed. Akal, 1988

ROJAS AGUIRRE, LE. “Historia dogmática de la falsedad documental”, *Revista de Derecho*. Universidad pontificia de Valparaíso, XXIX, Chile, 2012.

ROLDAN BARBERO, H. “Sobre el delito en la infidelidad en la custodia de documentos” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 1994 y “La infidelidad en la custodia de documentos” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 3, 1996.

ROMANO, L. “*Tracce antiche nel garantismo moderno?*”, *Quaderni camerti di studi romanisci, International Survey of Roman Law*, nº45, Ed. Jovene Editore Napoli, 2017.

ROMEO CASABONA, C. M^a. *Poder informático y seguridad jurídica*, Ed. Fundesco, (Colección Impactos), 1988; *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada, Ed. Comares, 2010.

ROSSI, G. “Observaciones sobre la figura del abogado en Derecho Romano”, *Studi Grosso*, Vol. nº 3, Torino, 1968.

ROTONDI, G. *Leges Publicae Populi Romani*, Ed. Edisud, Milano 1912.

ROTUNDA, RD. & DZIENKOWSKI, JS. *Legal Ethics, “The Lawyer’s Desbook on Professional Responsibility”*, en *American Bar Association, Center for Professional Responsibility*, Austin (Texas)- Arlington (Virginia), Ed. Thomson West, 2007-2008.

ROUSSEAU, JJ. *El Contrato Social, o Principios de Derecho Político*, Cap. 6º, Libro I 1º, Ed. La Página, Buenos Aires, (Argentina), 2003.

https://proletarios.org/books/Rousseau-El_contrato_social.pdf.

ROXIN, C. *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972; *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 1ª ed. (versión española), Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 1997 (reimpresión 2008).

RUGGIERO, R. en *Instituciones de Derecho civil I*, Ed. Reus, Madrid, 1929.

RÜTHERS, B. *Carl Schmitt im Dritten Reich*, 1ª edición, Ed. München C.H. Beck, Berlín, 1989.

SÁEZ RODRIGUEZ, C. “El Proyecto de Reforma del Código Penal: el Orden Público como instrumento de contención en el ejercicio de las libertades”, en *INDRET (Revista para el análisis del Derecho)*, Barcelona, 2013 págs. 1-19; “Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código Penal español”, *INDRET* 2013.

SALAZAR REVUELTA, M. “De la enseñanza superior a la enseñanza del derecho en el marco de la sociedad romana” (S. III a.C. - S. VI d. C) en *REJIE Nueva Época*, (22), págs.11 - 37. <https://doi.org/10.24310/REJIE.2020.v0i22.8232>, Jaén, 2020.

SANCHEZ-ALBORNOZ, C. “Falsificaciones en Cardeña”, en *Cuadernos de Historia de España*, págs. 37-38, 1963; *España un enigma histórico*, Tomo 1º, Ed. Edhasa, Barcelona, 1981.

SÁNCHEZ ARCILLA, J. *Historia del Derecho. Instituciones políticas y administrativas*, Ed. Dykinson, Madrid, 1995. SÁNCHEZ-ARCILLA, B. *Control y Responsabilidad de los Jueces (Siglos XVI-XVII)*, Ed. Dykinson, 2017.

SÁNCHEZ DEL RIO Y PEGUERO, C. “De la enseñanza superior a la enseñanza del Derecho en el marco de la sociedad romana” (s. III a. C - s. VI d. C). *Revista Jurídica De Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, (22), 11 - 37. <https://doi.org/10.24310/REJIE.2020.v0i22.8232>; “Apuntes para un intento de interpretación sociológica de la enseñanza del Derecho en Roma”, *Revista de Educación*, n° 40.

SÁNCHEZ GALO. *Libro de los Fueros de Castilla*, Barcelona 1924. Ed. Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. del M. “Codificación vs. Jurisprudencia: el debate sobre la Codificación en las Cortes de mediados del Siglo XIX”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 22, II, 2010, págs. 1301-1311; “La Codificación en España durante la década moderada y el bienio progresista”, *Revista de Derecho UNED*, n° 11, 2012.

SÁNCHEZ OCAÑA, R. *Código Penal comentado*, AA.VV. Ed. Akal, Madrid, 1990.

SÁNCHEZ Y SÁNCHEZ, G. *Libro de los Fueros de Castilla*, Ed. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1924; *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Ed. Imprenta de los sucesores de Hernando, Madrid, 1919,

SÁNCHEZ-TEJERINA, I. *Derecho Penal español, Parte Especial*, Tomo 2, Ed. Reus., Madrid, 1942.

SANTALUCÍA, B. *Studi di Diritto Romano*, Ed. L'Erma di Bretschneider, 1994; *Fundamina. Revista de Historia del Derecho* n ° 2 especial, (*A journal of legal history-special issue 2*), enero de 2014 (*On-line version ISSN 2411-7870*); *Lineamenti di storia del diritto romano, "La cognitio extra ordinem in materia criminale"*, (*Il Principato*), Giuffrè editore, Milano, 1989; *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Ed. IUSS Press, Pavia, Italia, 2009; *Diritto e proceso penale nell'antica Roma*, 2ª edizione, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1998.

SAVAL Y DRONDA, P y PENEN Y DEBESA, S. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*. Ed. Zaragoza: El Justicia de Aragón; 1866. BVDA en: http://www.derechoaragones.es/es/consulta_aut/registro.do?control=DGA20210000935.

SCAPINI, N. "*Diritto e Procedura penale*" (*nell'esperienza giuridica romana*), Ed. Casanova, editore in Parma, 1992.

SCIALOJA, V. *Procedimiento civil romano*, *Revista EJEA*, Buenos Aires, 1954; *Procedura civile romana: esecizio e difesa dei diritti*, Ed. Anónima romana, 1936.

SCHMIDT, E. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, Ed. Olejnik, Chile, 2018.

SCHMIDT, RJ. *Allgemeine Staatslehre*, Leipzig, Ed. Von C.L. HIRSCHFELD, 1901-1903.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. *Delitos contra la Administración de Justicia*, Ed. Comares, Granada, 1995.

SERRANO GÓMEZ, A. *Derecho Penal, Parte Especial, II*, 3ª ed. Ed. Dykinson, Madrid, 1998.

SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAHÍLLO, A. *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012.

SERRANO-PIEDECASAS, JR. “La obstrucción a la Justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal”, *ADPCP*, Vol. 49. Fasc. 2 °, 1996.

SERRANO TÁRRAGA, M^a D. El Delito de intrusismo profesional, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

SERRAO, F. *Il Procurator*, Giuffré editore, Milano, 1947.

SEVERO, R. “Delitos federales vs. delitos estatales”, véase en <https://www.severolegal.com/en-espanol/codigo-penal-federal-de-los-estados-unidos-de-norte-america/>.

SICULO, D. Biblioteca Histórica Libros 1 ° a 3 °, “Otras leyes y costumbres: desertores, traidores, falsificadores, violadores, adúlteros, contratos y préstamos, ladrones, procreación y educación, medicina”, artículos 78 a 82, (Biblioteca Clásica Gredos-294 versión digital epublibre, r1.0), Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, A. “En torno al *Ordo Iudiciorum Privatorum*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n ° 12-13, 1994-95.

SOLÉ TURA, J. y AJA FERNÁNDEZ, S. *Constituciones y periodos constituyentes*, Ed. Siglo XXI, 2009.

SOLIDORO MARUOTTI, L. *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino, Ed. Giapichelli, 2016.

SUÁREZ, MA. “*Ignem extingui...aquam aufugisse*: la integración en jaque”, (Plaut.Aul. 88-100), *Revista de Estudios Latinos*, Buenos Aires, n ° 7, 2007.

SUÁREZ FERNÁNDEZ, L. *Historia del reinado de Juan I de Castilla*, II. *Registro documental* (1371-1383) Madrid, UAM, 1982.

SUSANA GUERRA, V. “*Imperium* de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad”, *Revista de Derecho privado*, n ° 21, julio-diciembre 2011.

TEJA, R. “*Honestiores y humiliores* en el Bajo Imperio: hacia la configuración en clases sociales de una división jurídica”, *Revista Memorias de Historia Antigua*, n ° 1, 1977.

TILANDER, G. Lund: *Los Fueros de Aragón* (Según el manuscrito 458 de la Biblioteca Nacional de Madrid), Ed. LHMA, Madrid, 1937; Copia digital, Zaragoza, 2002, <http://www.derechoaragones.es/es/consulta/registro.do?control=DGA20070164228>.

TOMÁS y VALIENTE, F. *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, (Siglos XVI, XVII y XVIII), Ed. Técnos, 1969; *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª edición, 19ª reimpresión, Ed. Técnos, 2011; “Castillo de Bobadilla (c. 1547-c. 1605), “Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen”, *AHDE*, n °, 45, 1975.

TORRENT, A. “El Senadoconsulto *Messaliano* y el “*Crimen Falsi*”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, (AHDE), n ° 50, 1980. (Ejemplar dedicado a Alfonso García-Gallo y de Diego); *Derecho público romano y sistemas de fuentes*, Ed. Edisofer, Zaragoza, 1995.

UBIETO ARTETA, A. *Cartulario de San Juan de la Peña, I y II*, Ed. Anubar, Valencia, 1962-63.

UDINA i MARTORELL, F. “Dos privilegios reales de 1295 y 1333, aprobando las ordenanzas de los abogados de la ciudad de Barcelona y la constitución de su colegio”, *AHDE*, n ° 7, 1985.

UNIVERSIDAD DE OXFORD, *El legado de Egipto*, Ed. Pegaso, Madrid, 1944.

UTRILLA UTRILLA, JF., *El Fuero General de Navarra*, (Estudio y edición de las redacciones protosistemáticas (Series A y B), 2 vols. (Traducción del Manuscrito C1, Archivo General de Navarra, Códices y Cartularios, A-1). Gobierno de Navarra. Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1987.

VALLEJO FERNÁNDEZ DE LA REGUERA J. “La regulación del proceso en el Fuero Real: desarrollo, precedentes y problemas”, *AHDE*, LV, 1985.

VALLS Y TABERNE, F. *Los abogados en Cataluña durante la Edad Media*, Ed. Imprenta de Francisco ALTÉS ALABART, Barcelona, 1915.

VEIGA LÓPEZ, M. “*Mores maiorum*: ¿sistema moral o costumbre?”, *Anuario de la Facultad de Derecho (AFD)*, n ° 5, 1987.

VELA DE ACUÑA, J. *Tractatus de poenis delictorum*, Cap. 10º, n ° 5, Ed. *Salmanticae: excudebat Didacus à Cussio: expensis Martini Perez bibliopolae*, 1596. Localización en DIGIBUG, en Biblioteca Digital de la Facultad de Derecho de Granada: <https://digibug.ugr.es/handle/10481/50625>, y, *Tractatus de poenis delictorum*, Cap. 10, n ° 5, Real Biblioteca, Salamanca 1603.

VIADA Y VILASECA, S. *Código Penal Reformado de 1870 concordado y comentado*, (suplemento 5º de las ediciones 1ª, 2ª y 3ª de dicho Código), 3ª ed. Ed. Librerías de Fe y San Martín, Madrid, 1904.

VICENTI, U. “Tra *"iudicium publicum"* e *publica accusatio*”, *Labeo: rassegna di diritto romano*, *Rev. Dialnet*, Vol. 44, nº 3, 1998.

VIDARTE y FRANCO ROMERO, JS. *Todos fuimos culpables*, Ed. Fondo de Cultura México, 1973.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1999.

VILLADIEGO, A. *El Libro de los Jueces o Fuero Juzgo* (Legislación antigua de los Reyes Godos de España), Ed. Maxtor, 2004 (reedición de la versión de 1841).

VILLA-FLORES, J. “Falseadores”, en *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series* nº 18, *University of Emory, Atlanta, Georgia*, 2019. Véanse enlaces: <https://ssrn.com/abstract=3430232> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3430232>

VOIGT, M. *Römische Rechtsgeschichte*, Ed. Von A.G. LIEBESKIND, Leipzig, 1892, localizable en *Library of the University of Michigan*, enlace: <https://www.lib.umich.edu/>; Edición italiana por *Scientia Verlag*, 1963. Edición alemana por *Nabu Press*, 2021;

VOLTERRA, E. “Entorno a algunas constituciones de Constantino”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1970.

VON BETHMANN-HOLLWEG MA. *Der Römische Civilprozess (“Legis Actionis”)*, Vol. 1º, Ed. *Forgotten Books*, 2019.

VON IHERING, R. *La lucha por el derecho*, Ed. Civitas, 1989; *El espíritu del Derecho Romano* (Clásicos del pensamiento jurídico), Ed. Pons, Madrid, 2005.

VON LISZT, F. *Tratado de Derecho Penal*, T. 1º, Ed. Hijos de Reus, (Trad. Quintiliano Saldaña de la 18ª ed. alemana), Madrid, 1914.

VON MAYR, R. *Historia del Derecho Romano*, (trad. por W. ROCES), Ed. Labor, Barcelona, 1926.

WENGER, L. *Instituzioni di procedura civile romana*, Giuffrè editore, (traducción de Ricardo Orestano), Milano, 1938; Una Recensión a la obra de WIRBEL en la Zeits. Der sav. T. 32.

WIRBEL C. *Le cognitor*, (These pour le doctorate), Ed. Librairie Recueil Sirey, París 1911.

WLASSAK, M. *Romische processgesetze*, Leipzig, Ed. Von Dunker & Humbolt, 1891.

WOOD, GS. *Creation of the American Republic, 1776-1787*. Chapel Hill, Pubished for teh Omohundro Institute of Early American History and Culture, Williamsburg, Virginia, by the University of North Carolina Press, 1969.

En <https://heinonline-org.biblioteca5.uc3m.es/HOL/Index?collection=beal>.

ZAFFARONI, E. R. *Tratado de Derecho Penal*, (Parte General, 1º), Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediar, 2ª ed. 2002 y reedición 2014.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, Mª. *Derecho Penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, Ed. Colex, Madrid, 2001.

ZAMORA MANZANO, JL. “Algunas particularidades en torno a la influencia de la misericordia y la humanidad en las fuentes romanas”, *Revista Vergentis* nº 4, Ed. UCAM, Murcia, 2017.

ZEUMER, K: *Historia de la Legislación visigoda* (Trad. de Carlos CLAVERÍA), *Publicaciones de la Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho*. Barcelona, 1944; *Monummenta Germaniae Histórica*, “*Liber Iudiciorum*”, Hannover, 1902; (versión del *Liber Iudiciorum* editada por Recesvinto en 654 y renovada por Ervigio, recopiladas y editadas por Karl ZEUMER, en 1902 en Hannover y a su vez publicadas por la AEBOE en *Colección de textos históricos de España*, 1ª ed. 2015).