

CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ

Catedrático de Derecho Penal
Universidade de A Coruña

Responsabilidad penal de los peritos*

(*) El presente trabajo tiene su origen en una ponencia que -con este mismo título- preparé en el marco del Curso interdisciplinar titulado "Actuaciones del arquitecto técnico como perito ante los Tribunales de justicia", celebrado en diciembre de 1999 en A Coruña y organizado por el Colegio oficial de aparejadores y arquitectos técnicos de A Coruña y la Fundación Universidad Carlos III de Madrid, bajo la dirección académica de mi querido amigo el Prof. Dr. Victor Moreno Catena, catedrático de Derecho procesal de esa Universidad, y la coordinación del Decano del mencionado Colegio D. Roberto Medín Guyatt.

Con posterioridad, a principios del año 2000, añadí unas referencias bibliográficas básicas y remití mi trabajo para que fuese publicado en un libro colectivo que pretende recoger todas las ponencias presentadas al Curso. Sin embargo, comoquiera que desde el momento en que envié mi trabajo hasta el instante de redactar esta nota ha transcurrido ya un año y no hay indicios significativos de que el aludido libro colectivo pueda ver la luz en un futuro cercano, me he decidido a publicar el texto tal y como entonces fue redactado, a saber, con pretensiones eminentemente descriptivas y didácticas.

En esta decisión ha influido decisivamente el interés que en su día suscitó mi exposición oral (que constituía la única ponencia que abordaba la vertiente jurídico-penal), así como el posterior estímulo recibido por parte de algunos de los asistentes al Curso. De ahí que haya solicitado a sus organizadores el correspondiente permiso para anticipar la publicación de mi trabajo, a quienes agradezco no sólo su autorización sino también la invitación para participar en el susodicho Curso del que guardo un grato recuerdo.

Sumario

I. INTRODUCCION. II. DELITOS RELACIONADOS CON EL DICTAMEN EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL. 2.1. Falso testimonio de peritos (arts. 459 ss.). **2.2.** Obstrucción a la justicia (art. 463). **2.3.** Desobediencia grave (art. 556). **2.4.** El perito como sujeto pasivo. *2.4.1. Coacciones específicas (art. 464-1).* *2.4.2. Represalia por la actuación en un procedimiento judicial (art. 464-2).* **III. OTROS DELITOS EJECUTABLES POR UN PERITO. 3.1.** Con carácter general: negociaciones prohibidas al perito (art. 440 en relación con el art. 439). **3.2.** En el ámbito de un proceso: deslealtad (ocultación de documentos, art. 465-2, y revelación de secretos, art. 466-3). **IV. CONSIDERACIONES FINALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA PREVARICACION URBANISTICA (ART. 320).** **V. BIBLIOGRAFIA CITADA.**

I. INTRODUCCION

El presente trabajo se corresponde sustancialmente con la ponencia dictada por mí en el Curso titulado "Actuaciones del arquitecto técnico como perito ante los Tribunales de justicia". Por ello, el elenco de figuras delictivas que a continuación se analiza se centra ante todo en aquellas infracciones previstas en nuestro Código penal (en adelante C.p.) vigente que se hallan relacionadas directamente con el dictamen pericial del arquitecto técnico en un procedimiento judicial.

En su sentido más estricto, por tanto, el objeto primordial de la ponencia se identificó con el examen de los delitos de falso testimonio (arts. 459 ss.), obstrucción a la justicia (art. 463) y desobediencia grave (art. 556), delitos todos ellos caracterizados por el hecho de que el perito es el sujeto activo de la infracción penal; pero también, desde la perspectiva inversa, el estudio abarcaba los supuestos delictivos en que el perito aparece como sujeto pasivo de la infracción, tal y como sucede en las figuras específicas de coacciones (art. 464-1) y de represalia por la actuación en un procedimiento judicial (art. 464-2).

Al lado de lo que antecede, y desde una óptica algo más amplia, el análisis de los delitos relacionados con la existencia de un procedimiento judicial incluía asimismo una mención de dos figuras que, si bien pueden ser ejecutadas por cualquier persona que intervenga en el mismo (son, por tanto, delitos "comunes"), revisten especial interés para el perito, en la medida en

que éste se halla en la práctica en condiciones de realizar las infracciones que al respecto describe el Código penal: se trata de los delitos de destrucción, inutilización u ocultación de documentos o actuaciones (art. 465-2) y de revelación de actuaciones procesales declaradas secretas por la Autoridad judicial (art. 466-3).

Por otra parte, y aunque no se vincule necesariamente a la existencia de un procedimiento judicial en sentido estricto, mi exposición comprendía también la alusión a otra figura delictiva, cuyo sujeto activo ha de ser un perito: me refiero al delito de negociaciones prohibidas al perito, definido en el art. 440 del C.p. (en relación con el art. 439), las cuales desde luego pueden ir vinculadas a una actuación del arquitecto técnico ante los Tribunales de justicia.

Por último, la ponencia finalizaba con un apartado destinado simplemente a enunciar otras cuestiones penales que en un sentido mucho más lato pudieran poseer relevancia desde la perspectiva de la responsabilidad del arquitecto técnico por su actuación profesional en el marco de la función pública. En el seno de este apartado se incluía una especial referencia al denominado delito de prevaricación urbanística del art. 320 C.p., que, a la vista del interés mostrado por los asistentes al curso y dada su novedad en nuestra legislación penal, he optado por mantener en la presente versión escrita, añadiendo incluso algunos aspectos no abordados en mi intervención oral.

II. DELITOS RELACIONADOS CON EL DICTAMEN EN UN PROCEDIMIENTO JUDICIAL

2.1. Falso testimonio de peritos (arts. 459 ss.)

El C.p. español vigente contiene tres conductas delictivas relacionadas con el falso testimonio (en adelante F.T.) de peri-

tos: 1) el F.T. propiamente dicho del art. 459; 2) el F.T. de alteración no sustancial de la verdad del art. 460; 3) La presentación de peritos mendaces del art. 461-1. A estas conductas hay que añadir una cuarta que también puede ser realizada por el perito, así como por cualquier persona, la presentación en juicio de elementos documentales falsos del art. 461-2. Finalmente, en lo que atañe específicamente al F.T. en causa criminal, hay que hacer mención a la novedosa figura de la retractación, contemplada en el art. 462.

2.1.1. El F.T. propiamente dicho del art. 459

Este precepto impone las penas previstas para los delitos definidos en el art. 458 (cometidos por los testigos) pero en su mitad superior (o sea penas agravadas) cuando las conductas de F.T. fuesen cometidas por un perito que “faltare maliciosamente a la verdad en su dictamen”. Por lo demás el T.F. ha de ser presentado en una “causa judicial”. Veamos los elementos de este delito (ampliamente vid. BERNAL VALLS, 1992, si bien con referencia a la regulación del C.p. anterior).

El **presupuesto** imprescindible para la comisión del delito es la existencia de un proceso. La expresión “causa judicial” ha de ser entendida, pues, como equivalente a proceso. Y, en concreto, puede tratarse de cualquier clase de proceso: criminal, civil, laboral o contencioso-administrativo.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el art. 459 no es de aplicación a la jurisdicción militar, toda vez que en el C.p. militar existe ya un delito de F.T. en procedimiento judicial militar, el art. 183, que posee una redacción semejante al art. 459 C.p. y que incluye un tipo cualificado en su párrafo 2º para los peritos que “declararen falsamente en un procedimiento judicial militar”.

Por otra parte, no cabe F.T. en un acto de jurisdicción voluntaria ni tampoco en un procedimiento administrativo. El

proyecto de C.p. de 1994 mencionaba el F.T. en procedimiento administrativo, pero éste nada tiene que ver con la Administración de justicia, que es el bien jurídico protegido en el delito de F.T.

Por supuesto, no cabe tampoco F.T. en los casos en que el dictamen recaiga en momentos preprocesales, como ocurre con las diligencias policiales (cfr. LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, 191).

En cambio, según algunos autores (así, QUINTERO, 1325) no hay obstáculo para que en procesos criminales pueda existir F.T. en la fase de instrucción. Se argumenta al respecto que si bien es cierto que en la prueba de peritos es preciso ratificar el dictamen en el juicio oral, así como someter al perito a cuantas preguntas se consideren oportunas, no lo es menos que un dictamen malicioso puede producir efectos trascendentes en la propia fase de instrucción, por lo que no existe razón para limitar la tipicidad únicamente a los dictámenes falsos que ya hayan sido ratificados en el juicio (en este sentido, la STS 28-5-92 condenó al perito que había ratificado en juicio un informe falso sólo por falsedad en documento oficial, pero no por F.T., al ratificar el peritaje falaz en la vista, dado que entendió que no podía condenarse dos veces por los mismos hechos). Por el contrario, otros autores (como VIVES, 794) estiman que el F.T. debe limitarse a la fase de juicio oral, destacando que si se prestan testimonios contradictorios en el sumario y en el juicio oral sólo habrá delito cuando de las dos declaraciones la falsa sea la prestada en el juicio oral. En mi opinión, parece más acertada la primera posición, como se desprende de la regulación de la retractación del art. 462, la cual debe tener lugar antes de la sentencia y se prevé para casos en que el reo se halle en prisión provisional; si en la fase instructora se puede producir una prisión provisional, propiciada por un dictamen pericial, parece indudable que debe castigarse el F.T.

Las **penas** son más graves en el caso de que el F.T. se preste en causa criminal por delito (art. 458-2, con una ulterior

agravación si hubiere recaído sentencia condenatoria). En todos los supuestos restantes la pena (idéntica para todos ellos) es inferior (art. 458-1), incluyendo aquí, en mi opinión, el F.T. en juicio de faltas, dado que, al no contemplarse explícitamente como tal en el nuevo C.p. de 1995 (a diferencia del C.p. anterior, en el que se diferenciaba de un genérico F.T. en causa criminal), entiendo que ha pasado a englobarse en el art. 458-1 (o sea, en el F.T. en causa judicial).

El vigente C.p. de 1995 emplea el término “**dictamen**”, a diferencia del C.p. anterior, que simplemente aludía a los peritos que “declaren falsamente en juicio”. En mi opinión, la novedad no supone una diferencia sustancial. Está claro que el vocablo dictamen abarca el documento técnico que firma un experto en interés del proceso (cfr. QUINTERO, 1325), pero también es indudable que queda incluido en este vocablo toda “opinión o juicio que se emite sobre una cosa” (según el significado del Diccionario de la RAE).

La **acción** consiste en presentar un dictamen en el que se “**falta a la verdad**”. Hay que sobreentender que ello quiere decir que el dictamen ha de faltar **sustancialmente** a la verdad (porque si no se faltase sustancialmente a la verdad, existiría el delito del art. 460), o, lo que es lo mismo, ha de ser un dictamen falso en el sentido ya tradicionalmente descrito en la doctrina y jurisprudencia españolas.

La opinión tradicionalmente mayoritaria (vid. ya TORIO, 54) ha venido considerando que la falsedad es un dato objetivo consistente en una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad (teoría objetiva de la falsedad), en virtud de lo cual el juicio sobre la veracidad del dictamen es un juicio objetivo que deberá realizarse con un criterio objetivo también: la comparación entre lo declarado y la realidad. Todo ello, evidentemente, con independencia del error o de la ignorancia, de los conocimientos y saberes del declarante en cuestión cuya problemática afecta al tipo subjetivo (cfr. MUÑOZ CONDE, 887). De esta opinión mayoritaria se apartan BERNAL (105 ss.), invo-

cando diferentes argumentos, y VIVES (794), aduciendo que la concepción subjetiva conduce al insatisfactorio resultado de estimar que comete F.T. quien ha manifestado lo que creía ajustado a la verdad; sin embargo, lo que sucede -en mi opinión- es que en este último caso nos hallaríamos ante un error sobre el tipo que habrá de regirse por las reglas correspondientes (el error vencible conducirá a la absolución al no preverse un tipo imprudente).

Lo que sí resulta evidente —tal y como se reconoce en la doctrina— es que la dificultad de aplicación del F.T. de peritos es superior a la que reviste el F.T. común, de testigos, habida cuenta de que la detección de la falsedad entrañará mayores problemas, porque requiere a su vez conocimientos técnicos para poder apreciarla (vid. ampliamente sobre el perito como sujeto activo, BERNAL, 69 ss.). En vía de principio, se señala que aquello que resulta científica o pericialmente opinable o controvertido no puede ser en modo alguno catalogado como falsedad; por tanto, parece que el delito existirá cuando el dictamen sea insostenible bajo cualquier óptica (vid. QUINTERO, 1326), de modo similar a lo que sucede con el elemento de la “injusticia” de la resolución a los efectos del delito de prevaricación.

En suma, el hecho de que haya resultados periciales totalmente contradictorios no tiene por qué comportar necesariamente la consecuencia de que uno es falso, puesto que ello puede obedecer a la propia incapacidad que a veces tienen las ciencias empíricas para establecer lo realmente sucedido. Al igual que ocurre en el ámbito de la Medicina, en la medida en que se llegue a los resultados aplicando una metodología científica generalmente admitida parece difícil derivar una imputación por F.T. (cfr. MUÑOZ CONDE, 888).

Por otra parte, si el perito es ya un acusado en un proceso penal por el delito que sea, no hay que olvidar que el acusado en un proceso penal no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni de declararse culpable (art. 24-2 C.E.); por tanto, no puede cometer un delito de F.T. si declara falsamente. Tampoco

el coimputado está obligado a declarar, por lo que su declaración contra otros imputados carece del valor de prueba, entre otras cosas porque precisamente aunque sea falsa no le supone responsabilidad alguna por F.T. (cfr. MUÑOZ CONDE, 886; vid, sin embargo la STS 29-7-1998 “caso Marey”).

Por lo demás, conviene tener presente que, aunque se haya podido fijar con absoluta certeza la falsedad del dictamen, todavía habrá que acreditar el elemento subjetivo del delito, al que me refiero a continuación. Y es que, en efecto, con respecto al **tipo subjetivo**, hay que indicar que estamos ante un delito que sólo admite la comisión dolosa, y además —según opinión dominante— se trata de un delito que sólo puede ser cometido con dolo directo (vid. por todos BERNAL, 125; MUÑOZ CONDE, 888, para el F.T. común, recordando además que el del art. 459 exige adicionalmente que la acción se realice “maliciosamente”). Ello quiere decir que el perito tiene que ser plenamente consciente de que está emitiendo un dictamen en el que falta a la verdad sin el menor asomo de duda. Por tanto, si el perito emite un dictamen objetivamente falso (con arreglo a la teoría objetiva de la falsedad) por imprudencia, por falta de la necesaria capacidad, formación o por no haber prestado la diligencia debida, no existirá el delito por ausencia de tipo subjetivo, sin perjuicio —claro es— de la responsabilidad que se le pudiese exigir en vía civil.

En lo que concierne al **sujeto activo**, cabe señalar que se trata de un delito especial, y además de propia mano (cfr. BERNAL, 202; MUÑOZ CONDE, 885), por lo que no cabe la autoría mediata.

En el ámbito del **iter criminis**, hay que tener en cuenta que el delito se consuma con la emisión del dictamen ante el órgano judicial competente. A la vista de este momento consumativo no parece posible en la práctica castigar la tentativa (vid. BERNAL, 189 s.). MUÑOZ CONDE afirma que ésta es posible cuando la declaración es objetivamente verdadera pero el sujeto que la emite cree que es falsa (p. 889); sin embargo, en tal caso

estamos ante un supuesto de tentativa inidónea, cuyo castigo (aparte de las evidentes dificultades probatorias que entrañaría) es muy discutido en el nuevo C.p. de 1995.

La **penalidad** varía en función del proceso de que se trate, puesto que —según dije— se fijará con arreglo a las mismas figuras que se prevén para el testigo. En todo caso, sí interesa subrayar que el art. 459 añade en el caso del perito la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.

En materia de **concurros** con otros delitos se ha planteado tradicionalmente la cuestión de saber qué sucede si el perito emite el dictamen falso mediante cohecho, en el caso de que aquél participe en el ejercicio de funciones públicas. Bajo la vigencia del C.p. anterior existía una figura agravada (art. 331), que suscitaba problemas interpretativos; sin embargo, dicha figura ha desaparecido en la actualidad. Así las cosas, a la vista del actual C.p. existirá un concurso de delitos entre el F.T. del art. 459 y el art. 422 (que extiende las figuras de cohecho a los peritos que participen en el ejercicio de la función pública) en relación con el art. 419 (dado que el soborno aceptado por el perito o la recompensa solicitada por él tendrían por objeto precisamente la comisión del delito de F.T. que nos ocupa) (cfr. QUINTERO, 1327).

Por otra parte, si el F.T. en causa criminal desemboca en una sentencia condenatoria injusta para el reo y se produce su privación de libertad, el autor de F.T. deberá ser castigado también como autor (auténtico autor mediato) de una **detención ilegal**, que entraría en concurso con el F.T.; asimismo, será factible el concurso con cualquier otro delito en el que se tutele el derecho del que se ve privado el sujeto como consecuencia de la sentencia injusta (vid. MUÑOZ CONDE, 891).

Y es que, en efecto, en contra de lo que ha sostenido tradicionalmente un sector doctrinal (R. DEVESA, CORDOBA, QUINTERO, MILLAN), entiendo que, de un lado, nada se

opone a la admisión de autoría mediata en casos en que un juez o tribunal sea utilizado como instrumento, que actúa sin antijudicialidad; de otro lado, es de todo punto inconsistente —a mi juicio— el argumento manejado por algunos de los citados autores, cuando invocan el dato de que la intervención judicial provoca la “interrupción del nexo causal”, puesto que, aunque rijan el principio de libre valoración de la prueba, la admisión de la autoría mediata se supeditarán obviamente a los casos en que la sentencia consigne expresamente en su motivación la presentación del peritaje falso como una de las razones que contribuyen a fundamentar el fallo.

Por último, en punto a las **circunstancias modificativas** de la responsabilidad criminal, baste con señalar que si el perito fuese un **funcionario público** que hubiese actuado en el ejercicio de sus funciones, podría entrar en juego la agravante 7ª del art. 22 siempre y cuando se demuestre —claro es— que hubo un prevalimiento de la condición pública del sujeto activo (cfr. QUINTERO, 1326).

2.1.2. El F.T. parcial o impropio del art. 460

Este precepto castiga al perito cuando “sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterase con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos”.

Se tipifica aquí una figura conocida ya en el anterior C.p., en el que se describía en parecidos términos a los actuales. La única modificación estriba en haber añadido el “silenciar hechos o datos relevantes que le fueran conocidos”.

El legislador de 1995 ha mantenido, pues, esta figura pese a los reparos que había manifestado la doctrina, que había criticado el delito por la inseguridad jurídica que provoca su redacción (vid. MUÑOZ CONDE, QUINTERO). De hecho se trata de un delito que ha sido objeto de una aplicación práctica casi nula (vid. con todo STS 30-1-98).

Por ello, la doctrina actual sigue solicitando su supresión, opinando que debería ser suficiente con una corrección disciplinaria en las Leyes de Enjuiciamiento con el fin de que el Juez pueda imponerla al testigo o al perito que realicen esta conducta (cfr. QUINTERO, 1328).

El mayor problema interpretativo de este delito sigue siendo determinar cuándo hay una **“alteración no sustancial de la verdad”**, que, por tanto, no posee entidad suficiente para constituir un F.T. propio, pero que, por otro lado, entraña alguna relevancia penal. Como bien indica MUÑOZ CONDE (887), se trataría entonces más bien de una maniobra de distracción o de obstaculización de la labor investigadora de los hechos que corresponde al Juez.

En opinión de VIVES (795), el mejor criterio para delimitar el sentido de la citada expresión es recurrir al bien jurídico, con el fin de restringir teleológicamente el ámbito delictivo: serán alteraciones no sustanciales de la verdad aquellas que, sin llegar a ofrecer de modo terminante una imagen falsa del objeto del proceso, representen no obstante un obstáculo para que éste pueda alcanzar sus fines; las alteraciones que no afecten al correcto desenvolvimiento del proceso habrán de ser impunes.

Las alteraciones no sustanciales de la verdad han de tener lugar mediante **reticencias** o **inexactitudes**.

Las inexactitudes se han venido interpretando como una imprecisión o confusión de lo manifestado. Dicho de forma más concreta, una inexactitud se ha venido considerando como una afirmación positiva que altera un contenido sustancialmente verdadero, imprimiendo al conjunto una dirección que concuerda y se aparta simultáneamente de la realidad (cfr. TORIO, 53).

Las reticencias se han venido interpretando como un incumplimiento del deber de hacer una declaración total o completa (cfr. TORIO, *ibid.*). Y, en efecto, según el Diccionario de la RAE, reticencia significa “efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o se calla algo que debiera o pudiera decirse”

En suma, la doctrina entiende que no ha de tratarse de la afirmación contundente de algo falso, sino de su simple insinuación o de la vaguedad intencionada de las declaraciones (VIVES, 795).

Por su parte, la nueva alternativa comisiva del **silencio** se apoya en un criterio escasamente practicable, cual es el de la “relevancia”, que necesariamente exige que el autor del delito haya compartido la misma idea acerca de lo que es relevante (cfr. QUINTERO, 1328); de ahí la necesidad de proceder a una restricción teleológica, guiada por el bien jurídico, en el sentido apuntado, o sea, de estimar que dicho silencio sea capaz de afectar al ulterior curso del proceso o a la valoración de la prueba que se puede hacer.

2.1.3. La presentación de peritos mendaces del art. 461-1

En realidad, se trata de un supuesto concreto de participación elevado a la categoría de delito independiente (como ya señaló la STS 25-9-1974). Ahora bien, como acertadamente dice MUÑOZ CONDE (890) este precepto permite resolver también los problemas de autoría mediata (que recordemos no cabe en delitos de propia mano como el del art. 459 o el del art. 460) cuando el perito no sabe que su dictamen es objetivamente falso, extremo que sí conoce, en cambio, o incluso provoca el que los presenta en calidad de tal.

El sujeto activo será todo aquel que tenga la posibilidad procesal de proponer prueba y que conscientemente designe a personas cuya falsa declaración o pericia le consta que se va a producir (cfr. QUINTERO, 1330).

La consumación requiere no sólo la proposición del declarante, sino que el presentado declare falsamente en el juicio (vid. STS 25-9-74, VIVES, 795, QUINTERO, 1330). Cabe, a mi juicio, entonces la tentativa.

Entiende QUINTERO (1330) que es un tipo de mera actividad, pero que su punición depende de que el presentado declare efectivamente, cosa que no está absolutamente bajo el control del proponente (por tanto, la actuación del perito sería a su juicio una condición objetiva de punibilidad, que, de no producirse, dejaría la conducta impune). Sin embargo, me parece claro que, concebida como una conducta que integra la efectiva declaración del testigo o perito, la “presentación” típica constituye el resultado del delito, que ha de ser abarcado por el dolo del autor. Y, si la declaración no llega efectivamente a producirse o si la declaración no llega a ser realmente falsa, habrá tentativa.

2.1.4. La presentación en juicio de elementos documentales falsos del art. 461-2

Esta figura es una novedad del C.p. de 1995 y va a plantear especiales problemas interpretativos a la vista de la coexistencia de este delito con los tipos de presentación de documentos falsos en juicio, recogidos entre las falsedades en los arts. 393 y 396. Como bien dicen L.GARRIDO/G.ALAN (191 s.), esta doble previsión de conductas semejantes encuentra su explicación en el dato de que el título relativo a la Administración de Justicia se copió directamente del Proyecto de 1992, en el cual la presentación de documentos falsos en juicio no se incluía entre las falsedades; sin embargo, con respecto al Proyecto de 1992 el texto definitivo de 1995 sí cambió el título de las falsedades, volviendo a incluir la presentación de documentos falsos en juicio, sin que la doble previsión fuese advertida durante el debate parlamentario. Se trata, pues, de un nuevo descuido.

Así las cosas, y mientras ello no se modifique, habrá que intentar una diferenciación de los respectivos ámbitos típicos. L. GARRIDO/G. ALAN y QUINTERO (1331) intentan esa distinción a partir de un entendimiento propio del concepto de “ele-

mentos documentales” del art. 461-2 como aquellos que por sí solos no tienen eficacia probatoria (no son documentos en el sentido del art. 26), pero la adquieren al incorporarse al proceso (p. ej. una traducción); sin embargo, como estos autores reconocen, tampoco resulta imposible considerar que en tales casos concurren las características de un documento a efectos penales.

Por consiguiente, habrá que acudir aquí al criterio de la alternatividad, aplicando el precepto que tenga asignada mayor sanción, lo cual resulta complicado de definir a priori.

Repárese, en efecto, en que la sanción prevista para el art. 461-2 es “la misma pena” que la señalada para el art. 461-1; pero, a su vez, la pena del art. 461-1 consiste en “las mismas penas que ... se establecen en los (tres) artículos anteriores”. La solución puede conducir al absurdo, porque la presentación del documento falso podrá ciertamente ser sancionada con diferente pena en función de que se trate de una causa criminal o de otra causa, pero no podrá serlo con la pena prevista para las inexactitudes o reticencias. Por su parte, los arts. 393 y 396 remiten, a su vez, a la pena señalada para el falsificador, imponiendo la pena inferior en grado.

Por lo demás, conviene advertir que es nota común a los delitos citados que el autor es, en principio, un sujeto distinto al falsificador. Ahora bien, en el art. 461-2 se otorga el tratamiento previsto para las hipótesis de concurso ideal o “medial” de delitos al caso de que la presentación de documentos falsos sea efectuada por el propio sujeto falsificador (a saber, la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior) (cfr. L. GARRIDO/G. ARAN, 192).

Por último, obsérvese que, como bien dice VIVES (795), en la interpretación de esta figura del art. 461-2 habrá que tener en cuenta la modificación que se ha operado en el ámbito de las falsedades, esto es, la desaparición de la falsedad ideológica de particulares (faltar a la verdad en la narración de los hechos, cfr. art. 392). Conclusión que habrá de ser proyectada aquí: por tanto, el documento que incorpora una falsa declaración de las

partes resultará impune; y lo mismo sucederá con los documentos que incorporen falsas declaraciones de otros particulares, sin perjuicio de que, a consecuencia de su ratificación, los sujetos realicen el tipo descrito en el n° 1 del 461.

2.1.5. La retractación (ART. 462)

En virtud de este precepto, “quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si, a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado”.

Aunque el legislador reconozca esta figura literalmente sólo para el “falso testimonio”, parece claro que, a la vista de la rúbrica del título y de situación de este precepto al final del mismo, lo dispuesto en él es trasladable también a peritos e intérpretes.

Se trata de una norma relativa al arrepentimiento activo (causa de anulación o levantamiento de la pena): aunque el delito ya se consumó, se concede a su autor la posibilidad de rectificar, eximiéndole de pena. Y en caso de que ya se hubiese producido una privación de libertad, la pena se atenúa (causa parcial de anulación de la pena).

Conviene aclarar, no obstante, que la retractación en el F.T. se preveía ya, con anterioridad a la aparición del nuevo C.p. de 1995, en el art. 715-1 LECrim., aunque en este precepto sólo se admitía la retractación (en el juicio oral) con respecto a las declaraciones falsas hechas en la fase sumarial (de instrucción). En efecto, el art. 715-1 de la LECrim señalaba y sigue señalando (porque sigue vigente) que cuando los testigos que hayan declarado en el sumario comparezcan a declarar también sobre los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar a mandar a

proceder contra ellos como autores del F.T. cuando éste sea dado en dicho juicio.

Por tanto, la introducción de la figura de la retractación en el art. 462 del nuevo C.p. de 1995 en los términos antecitados comporta dos consecuencias. Por un lado, el art. 462 ha extendido el ámbito de la retractación con respecto al precepto de la LECrim, porque según él se va a admitir la retractación de declaraciones falsas realizadas en fases posteriores, siempre que se haga en tiempo y forma como para que surta efecto antes de que se dicte sentencia.

Ahora bien, por otro lado, el art. 462 supone al propio tiempo una limitación al art. 715 LECrim. porque cuando la falsa declaración hecha en la fase sumarial haya acarreado la privación de libertad (prisión provisional para una persona), el art. 462 dispone que cabrá rebajar la pena en un grado, pero nunca la exención de pena. Ciertamente, el precepto de la LECrim admite la retractación sin distinguir si la declaración falsa determinó, o no, la privación de libertad, pero es claro que el art. 462 del C.p. de 1995 deroga tácitamente el precepto procesal en la medida en que ambos se oponen en este punto (Disposición derogatoria 2ª del C.p. 95). (vid. GARCIA PEREZ, 182 s.)

Por otra parte, critica QUINTERO (1334) que la retractación no opere también en causa civil, por lo que propone recurrir en tal caso (“forzando algo los términos legales”) a la norma general del arrepentimiento activo del art. 16-2 C.p. (que excluye la responsabilidad criminal). Sin embargo, es obvio que este precepto sólo es aplicable en el caso de que el desistimiento tenga lugar antes de la consumación del delito. De ahí que si el delito de F.T. ya se ha consumado (se ha emitido ya el dictamen en un proceso no criminal), no cabrá eximir de pena por la vía del desistimiento del art. 16-2, quedando únicamente la posibilidad de recurrir a las atenuantes genéricas (previstas para toda clase de delitos) 4ª y 5ª del art. 21 C.p., basadas también en la idea del arrepentimiento activo.

Finalmente, entiendo que la expresión “causa criminal” utilizada en el art. 462 comprende tanto la causa criminal ‘*por delito*’ como la causa criminal en juicio de faltas (puesto que, a diferencia del art. 458-2, el art. 462 no especifica que tenga que tratarse de una “causa criminal por delito”). Esta conclusión aparece abonada por razones gramaticales y sistemáticas, por razones teleológicas (idéntico fundamento preventivo-general y especial) y por ser la interpretación más favorable para el reo.

2.2. Obstrucción a la justicia (art. 463)

En el art. 463 del C.p. se castiga al que, “citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal”. Aunque no se diga expresamente, este delito tiene obviamente como posibles sujetos activos al testigo y al perito (tal y como se indicaba explícitamente en el derogado C.p., en su art. 372, pfo. 2°).

La pena varía en función de que exista, o no, un reo en prisión provisional y de que se haya provocado, o no, la suspensión del juicio oral.

En el **inciso 1°** se define un tipo básico, que existe cuando el sujeto deja de comparecer “en un proceso criminal con reo en prisión provisional” y provoca la suspensión del juicio oral. De ahí se deduce que este tipo va referido necesariamente a un proceso por delito (art. 503-1ª L.E.Crim.) y (si se lee también el inciso 2°) que el tipo surge con la incomparecencia ya a la primera citación.

La figura del **inciso 2°** se introdujo a última hora, merced a una enmienda, lo que explica la falta de armonía con el inciso 1°. Aquí la incomparecencia puede producirse tanto en un juicio por delito como por falta. El reo no ha de estar en prisión. Por incomprensible que parezca no se requiere aquí para el castigo que se haya provocado la suspensión del juicio oral (vid. CUERDA ARNAU, 1926). Por último se exige que el sujeto haya deja-

do de comparecer tras una primera citación y luego haya sido advertido de la responsabilidad criminal que su incomparecencia pudiera depararle.

Según CANCIO (1213), resulta problemática la relación entre ambos incisos, porque en los casos en que se produzca la incomparecencia en procesos con reo en prisión provisional, pero no se provoque la suspensión, la conducta quedará impune (ya que no se trata de una causa “sin reo en prisión provisional”, con lo que no se puede aplicar el inciso 2º). A mi juicio, sin embargo, habría tentativa del inciso 1º, si se estima que la provocación de la suspensión es el resultado del delito.

2.3. Desobediencia grave (art. 556)

En el art. 556 del C.p. se recoge el delito de desobediencia grave, castigándose a “los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones”.

Por consiguiente, con arreglo al art. 556 C.p. se puede sancionar a quienes se resistieren a declarar ante el Juez acerca de los hechos sobre los que fueren preguntados, tal y como se desprende expresamente del art. 420 L.E.Crim., que califica esta conducta como desobediencia grave a la autoridad a los efectos del referido delito del C.p. siempre que el sujeto “persista en su resistencia a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado”.

En suma, merced al art. 556 se puede castigar el silencio total del perito, la negativa a contestar.

Bajo la vigencia del C.p. anterior se discutía el tratamiento penal de la conducta del testigo o perito que se limitaba a afirmar falsamente que nada sabe sobre un hecho delictivo, cuando es interrogado en el marco de un proceso. Pese a que la jurisprudencia había castigado en alguna ocasión este comportamiento como delito de F.T., lo cierto es que tal interpretación

no se hallaba exenta de objeciones a la vista de la regulación penal anteriormente vigente. De ahí que algunos autores (como señaladamente CORDOBA, 1111) criticaran la tesis jurisprudencial, argumentando que la conducta de quien se limita a afirmar que nada sabe no cumplía el tipo del delito de F.T., dado que no llega a pronunciarse sobre los elementos integrantes del testimonio. Por su parte, haciéndose eco de tal argumentación, MILLAN apuntaba la posibilidad de castigar dicho comportamiento con arreglo al antiguo art. 237 (desobediencia grave), si el Juez llegaba a la convicción de la falsedad del desconocimiento.

A mi juicio, la conducta enjuiciada no puede ser incluida en el delito de desobediencia, habida cuenta de que en modo alguno puede entenderse que tiene lugar aquí la negativa a contestar que caracterizaría a la desobediencia grave. Se vulneraría el principio de legalidad, puesto que el antecitado art. 420 LECrim. alude explícitamente a una persistencia en la resistencia del testigo o perito a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, lo cual no sucede cuando el testigo declara efectivamente, aunque sea para afirmar que nada sabe. Por otra parte, parece claro que, de conformidad con la regulación contenida en el nuevo C.p. de 1995, la conducta de referencia quedaría incardinada en el art. 460, que, según se vio más arriba, tipifica expresamente ahora el “silencio de hechos o datos relevantes que le fueran conocidos”.

2.4. El perito como sujeto pasivo

En el art. 464 del C.p. se definen dos delitos de obstrucción a la justicia, en los que concurre la nota común de que el perito es (al lado de otras personas que aquí no menciono) **sujeto pasivo** de la acción delictiva. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en los delitos anteriormente examinados, ahora se trata de dos conductas en las que el perito no es ya el sujeto que puede

cometer las infracciones, sino el sujeto que puede ser víctima de los delitos ejecutados por otros.

Repárese en que el legislador penal pretende proteger aquí esencial y directamente el correcto funcionamiento de la Administración de justicia, porque en definitiva lo que justifica la existencia de estos delitos es tratar de sancionar conductas que obstruyen la justicia afectando al normal desarrollo del proceso en general. Téngase en cuenta que las figuras delictivas del art. 464 constituirían per se ya delitos, aunque no existiese este precepto.

2.4.1. Coacciones específicas (art. 464-1)

En el apdo. 1 del art. 464 se recogen verdaderamente unas coacciones específicas, que reciben una penalidad significativamente mayor que la que merece el delito genérico de coacciones del art. 172, en atención a la finalidad de la coacción. En efecto, obsérvese que en el art. 464-1 la violencia o la intimidación ejercida sobre el perito va dirigida a que éste “modifique su actuación procesal”. A mayor abundamiento, hay que tener presente que en el pfo. 1º del 464-1 se castiga ya el mero intento, o sea, una coacción que no llega a materializarse efectivamente (no llega a consumarse), sino una simple tentativa de coacción, dado que se castiga ya al que “intentare influir directa o indirectamente” sobre el perito. En el caso de que el autor del delito “hubiere alcanzado su objetivo” (hubiese influido efectivamente en el sujeto pasivo), el párrafo 2º del art. 464-1 dispone que la pena se agrava (se prevé la pena del párrafo 1º en su mitad superior).

2.4.2. Represalia por la actuación en un procedimiento judicial (art. 464-2)

En el apdo. 2 del art. 464 se castiga a “quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad,

libertad sexual o bienes, como represalia contra... el perito por su actuación en un procedimiento judicial". En tal caso, se impondrán las mismas penas previstas para el delito del apdo. 1 del art. 464 "sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos".

Según se puede comprobar, se trata simplemente de agravar la pena que ya correspondería por los delitos contra los bienes jurídicos personales del perito, en atención a la mayor gravedad que supone el que se lleven a cabo precisamente con motivo ("como represalia") de la actuación de la víctima en un procedimiento judicial, que constituye un elemento subjetivo específico que es el que proporciona la autonomía dogmática al delito (vid. CANTARERO, 120 s., CUERDA ARNAU, 1939 s. y SsTS 15-3-90, 12-11-91 y 20-11-96).

En definitiva, lo que nos indica el art. 464-2 es que si concurre el móvil de la represalia, entonces hay dos delitos: el delito contra las personas (o contra los bienes) de que se trate y además este delito de obstrucción a la justicia (en un concurso de delitos), con lo que la penalidad resultante podrá ser elevada notablemente en los supuestos de gravedad.

En concreto, el aludido inciso final del art. 464-2 viene a reconocer explícitamente que en tal hipótesis estamos ante un concurso ideal de delitos, dado que concurren los presupuestos incluidos en el art. 77 C.p., a saber, un solo de hecho que produce la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes (así, cfr. L. GARRIDO/G. ARAN, 193). Por tanto, se impondrá la pena prevista para la infracción más grave (sea la del correspondiente delito contra las personas o los bienes, sea, en su caso, la del delito del art. 464-2) en su mitad superior.

III. OTROS DELITOS EJECUTABLES POR UN PERITO

3.1. Con carácter general: negociaciones prohibidas al perito (art. 440 en relación con el art. 439)

Ubicado en el capítulo IX del título XIX (“Delitos contra la Administración pública”) del libro II del C.p., el art. 440 castiga unas conductas de “negociación” ilícita realizadas por un perito “respecto de bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubiera intervenido”. A tal efecto, el art. 440 se remite al delito del art. 439, que es un delito cometido por aquel funcionario que “debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones”. Por tanto los elementos básicos del delito de negociaciones prohibidas en lo que aquí nos interesa son: 1) la presencia de un perito que debe intervenir en la tasación, partición o adjudicación de un bien; 2) el aprovechamiento de tal circunstancia para participar, directamente o por persona interpuesta, en dichas actuaciones

El segundo de los elementos citados ha sido interpretado por la jurisprudencia y la doctrina como cualquier forma de intervención en el negocio u operación, dirigida a obtener un “interés personal”, pero sin que sea necesario que se llegue a alcanzar efectivamente un beneficio personal o económico ni tampoco que se perjudique con ello a la Administración (vid. por todos MORALES/R. PUERTA, 1267, ORTS, 776).

Vid. en concreto SsTS 8-2-94 y 28-9-95. En esta última se condenó a un alcalde por haber intervenido en la adjudicación de un contrato de suministros (compra de un ordenador), que se resolvió en favor de la oferta presentada por una empresa de la que era titular su esposa, habiéndose probado que la adquisición

del citado material informático era necesaria y que el precio de adquisición fue incluso favorable al propio Ayuntamiento.

Como escriben MORALES/R. PUERTA (1266 s.), esta criticable interpretación formalista del delito (que permite englobar, por tanto, incluso la resolución administrativa adecuada a Derecho) comporta entender que el precepto del art. 439 castiga el mero incumplimiento del deber de abstención del sujeto activo (funcionario o perito), sin exigir más requisitos. En suma, se trata de una confusión entre el reproche moral o ético y el reproche jurídico, como se evidencia en las afirmaciones del T.S. sobre el bien jurídico: “la moralidad en la actuación del funcionario”. Nadie discute que si el funcionario que participa en el ejercicio de funciones públicas adopta una decisión influido por intereses económicos ajenos a los públicos, o incluso motivado por la presencia de otra clase de intereses subjetivos (v. gr., parentesco o amistad), instrumentaliza sus funciones para fines distintos o contrarios a los públicos. Ello no obstante, para perseguir este tipo de actuaciones ya existen en el C.p. otros delitos como el cohecho, el tráfico de influencias o los fraudes del art. 436. En consecuencia, concluyen los autores citados, el delito del art. 439 no viene a cubrir un ámbito diferente del que corresponde a estos delitos, por lo que su tipificación resulta perturbadora.

Con todo, y sin dejar de compartir las afirmaciones precedentes, cabría matizar que, en lo que atañe en concreto a la responsabilidad de los peritos, la figura del art. 439 podría venir a cubrir en alguna medida la laguna provocada por la inexistencia de un genérico delito de administración desleal de patrimonio ajeno en nuestro vigente C.p. y que, por otro lado, no todos los delitos de funcionarios pueden ser aplicables a los peritos o, al menos, no en todo caso (como v. gr., sucede en el delito de cohecho pasivo, que sólo podrá entrar en juego cuando el sujeto participa en el ejercicio de la función pública, según dispone el art. 422 C.p.).

La diferencia con el delito de cohecho pasivo radica en que en los delitos de los arts. 439 y 440 no se exige la realiza-

ción de actos propios por parte del funcionario (o perito) como contrapartida a su enriquecimiento, sino sólo la utilización de su posición para obtener unos beneficios que -insisto- no necesitan haberse conseguido efectivamente para considerar consumado el delito (L.GARRIDO/G. ARAN, 185). En otras palabras, en los delitos de los arts. 439 y 440 no hay bilateralidad, no hay dos partes, una que ofrece y otra que acepta, cosa que sí ocurre en el cohecho (vid. ampliamente OLAIZAOLA, 475 ss.).

Por consiguiente, en algunos de los ej. propuestos por MUÑOZ CONDE (976) habría realmente un delito de cohecho, como él mismo da a entender: ej. funcionario de Urbanismo que debiendo informar sobre la concesión de una licencia de construcción pretende que la empresa constructora le dé un porcentaje de los beneficios o le venda a un precio simbólico acciones de la empresa o le ceda parte de los terrenos, etc. En casos como este se cumplirían ciertamente los requisitos del art. 439, pero también se cumplirían los del delito de cohecho pasivo, que es el que por tener asignada una penalidad de mayor gravedad sería de aplicación preferente en el concurso de leyes, por aplicación del principio de alternatividad (así, vid. OLAIZAOLA, 476).

Eso sí, si se estima que en el delito del art. 440 tiene cabida la conducta de no emitir un informe (conducta que desde luego constituye también la abstención típica en la modalidad de cohecho del art. 421), sería de aplicación el delito del art. 440 que posee una penalidad mayor que la del art. 421 (OLAIZAOLA, 480).

3.2. En el ámbito de un proceso: deslealtad (ocultación de documentos, art. 465-2, y revelación de secretos, art. 466-3) cometida por particulares

Aunque no figure expresamente como posible sujeto activo del delito, es obvio que, al igual que **cualquier particular**, el perito puede llegar a ser castigado por las conductas denominadas de “deslealtad” a la Justicia, definidas en los arts.

465-2 y 466-3 del C.p. y referidas en principio al abogado y al procurador (vid. así explícitamente QUINTERO, 1345, con relación al art. 466).

En efecto, en virtud del apdo. 2 del art. 465 en relación con el apdo. 1, se podrá castigar con la pena de multa de tres a seis meses al perito que, interviniendo en el marco de un proceso, “destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad”.

Por su parte, a tenor del apdo. 3 del art. 466 en relación con el apdo. 1, se podrá castigar con la pena de multa de doce a dieciocho meses al perito que, interviniendo en el marco de un proceso, “revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial”.

Ambas figuras delictivas describen hechos que ya están definidos como delitos contra la Administración pública en los arts. 413 a 418, pero con la peculiaridad de que en el caso que nos ocupa (de la “deslealtad”) únicamente se sancionan comportamientos que afecten a la correcta Administración de justicia.

Por consiguiente, baste con efectuar algunas puntualizaciones sobre aquellos delitos.

En lo que concierne al art. 465-2, cabe señalar que nada obsta a que la conducta delictiva vaya referida a *cualquier clase de proceso* (eso sí, quedaría excluido el ámbito de la jurisdicción voluntaria, cfr. ORTS, 797), a pesar de que el tenor literal del apdo. 1 parece aludir sólo al proceso penal, dado que el “traslado” de documentos o actuaciones no puede ser otro que el previsto en los arts. 649 ss. LECrim. Y, en este sentido, por lo demás, el tenor literal tampoco resulta afortunado cuando se pone en relación dicho apdo. 1 con la cláusula extensiva del apdo. 3, toda vez que un particular no se halla en condiciones de “recibir traslado” de los documentos o actuaciones procesales, en atención a lo cual habrá que sobreentender que en los casos en que el sujeto activo fuese un perito (o cualquier otro particu-

lar) el legislador está pensando, en general, en el supuesto de que los comportamientos de destrucción u ocultación de documentos o actuaciones se ejecuten una vez que hayan pasado a poder del abogado o del procurador (cfr. QUINTERO, 1342 s.)

En punto al delito del art. 466-3, hay que indicar que este precepto sí está pensado para el proceso penal, y, en concreto, en lo que se refiere al carácter secreto del sumario (arts. 301 y 302 LECrim). Es más, en puridad de principios hay que precisar todavía que se trata de revelar datos sumariales en *procesos declarados secretos* por la autoridad judicial (cfr. QUINTERO, 1344). Así las cosas, con arreglo a este precepto se puede castigar, p. ej., al perito que entrega alguna de las actuaciones declaradas secretas a un medio de comunicación (cfr. MUÑOZ CONDE, 895; QUINTERO, 1342).

IV. CONSIDERACIONES FINALES. ESPECIAL REFERENCIA A LA PREVARICACION URBANISTICA (ART. 320)

A) En la medida en que el Arquitecto técnico actúe como **funcionario público**, podrá estar en condiciones de ser sujeto activo idóneo de cualquier delito de funcionarios definido en el título XIX del libro II del C.p. (como, v. gr., señaladamente, prevaricación, cohecho, malversación, tráfico de influencias, etc.).

Asimismo, si el Arquitecto técnico es un funcionario público que actúa en el ejercicio de sus funciones, podrá cometer el delito de falsedad ideológica de “faltar a la verdad en la narración de los hechos” (nº4 del art. 390), delito que empero no puede realizar un particular tras la nueva regulación ofrecida en este punto por el C.p. de 1995. Con la particularidad además de que este delito también se castiga si se realiza por imprudencia grave (art. 391).

B) El perito que, sin ser funcionario público, emite un dictamen contrario a Derecho puede ser castigado como **partícipe** (al igual que cualquier otra persona), a título de cooperador, en el delito cometido por otro sujeto, aunque éste sea un funcionario que cometa un delito reservado exclusivamente para funcionarios.

Obviamente habrá que acreditar que existe un acuerdo entre ambos sujetos y, en concreto, que el perito emite conscientemente un dictamen falso que sabe que servirá posteriormente de base para que el funcionario adopte una resolución: cooperador de una prevaricación.

C) El Arquitecto técnico podrá realizar en el ejercicio de su profesión los **delitos imprudentes** que se castigan en diferentes artículos a lo largo del vigente C.p. y que pueden producirse dentro de un proceso constructivo: homicidio (142), lesiones (152), delitos contra la seguridad en el trabajo (317), daños (267), daños sobre patrimonio histórico (324), recursos naturales y medio ambiente (331), energía nuclear y radiaciones ionizantes (344), estragps, 347, incendios (358), falsedad (391).

Evidentemente, para que dicho castigo sea exigible habrán de concurrir todos los elementos necesarios para el nacimiento de un delito imprudente: 1) ausencia de dolo (ausencia de conciencia y voluntad de realizar el hecho típico); 2) infracción del deber objetivo de cuidado o diligencia (núcleo esencial de la conducta imprudente, que constituye su desvalor de acción y que consiste en la falta de cuidado para evitar el daño de bienes jurídicos y en la inobservancia de las normas de cuidado); 3) infracción del deber de cuidado de carácter grave (constitutiva en casi todos los casos de delito) o leve (constitutiva de simple falta), quedando excluida del ámbito penal la imprudencia levísima o mínima (integrada por un pequeño incumplimiento de un aspecto marginal de la norma de cuidado), sin perjuicio de la posible responsabilidad administrativa o civil; 4) “realización” en sentido estricto de la conducta típica, es decir, castigo únicamente de las conductas de autoría y no de las de mera participa-

ción, puesto que el C.p. no prevé en su Parte general la sanción de las formas de participación imprudente; 5) realización completa del tipo objetivo, esto es, verificación de la consumación con producción de todos los elementos del tipo objetivo (en su caso, si se trata de un tipo resultativo, la causación e imputación objetiva del resultado típico con resultado e imputación objetiva), sin que por tanto se castiguen las etapas anteriores (o sea, las formas de ejecución imperfecta).

D) La prevaricación urbanística

En los apdos. 1 y 2 del art. 320 del C.p. se describen dos conductas de prevaricación de funcionarios públicos en materia urbanística, que deben ser analizadas separadamente. De ellas, interesa especialmente la recogida en el apdo. 1.

a) En el **art. 320-1** se castiga una conducta que consiste en la emisión de un simple informe favorable de proyectos de edificación o de concesión de licencias, contrarios las normas urbanísticas vigentes.

Con la tipificación de este delito por parte del nuevo C.p. de 1995 se viene a cubrir una laguna de punición, porque un “informe” no es una “resolución administrativa” (a los efectos del delito de prevaricación genérica de funcionarios, que ahora se define en el art. 404) y porque normalmente será difícil castigar esta conducta como participación en el delito del funcionario que adopta la resolución injusta y comete el delito del art. 404 (vid. por todos DE LA CUESTA, 1998, 325). Por lo demás, téngase en cuenta que el delito del art. 320-1 se sanciona con una pena de mayor gravedad que la prevista para el delito del art. 404.

La conducta ha de ser realizada por una autoridad o un funcionario público (delito especial propio). Ello no obstante, a pesar de que se cite a la autoridad, en realidad el sujeto activo idóneo capaz de ejecutar la conducta del 320-1 será exclusivamente el funcionario público en sentido estricto (vid. art. 24-2 C.p.), que es el que resulta competente para informar, mientras

que la autoridad (vid. art. 24-1) será, en cambio, el sujeto idóneo de la figura del 320-2, porque será la que dicte la resolución administrativa.

En este sentido, baste con destacar que, a tenor de la legislación de régimen local, corresponde a los funcionarios municipales competentes emitir informes en los expedientes de licencia urbanística instruidos. Y lo mismo ocurre cuando los informes sean realizados por facultativos pertenecientes a otras Administraciones públicas, cuando por razón de la materia sean preceptivos, vinculantes o no. Por lo demás, conviene tener en cuenta que el concepto de funcionario a efectos penales es el que se desprende del art. 24-2 C.p., con arreglo al cual la condición de funcionario debe reunir un doble requisito: 1) tiene que haberse producido una incorporación de la persona a la actividad pública por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente (aunque en realidad tales modalidades son reconducibles a una sola, dado que tanto la elección como el nombramiento por autoridad competente encuentran su fundamento en una disposición legal que las permita); 2) es necesario que dicha persona participe del ejercicio de funciones públicas (vid. por todos DE VICENTE MARTINEZ, 1997, 10 ss. DE LA MATA, 1998, 159 ss.).

Ahora bien, concretando más, no todo funcionario podrá ser sujeto activo idóneo de la conducta definida en el 320-1, sino sólo aquellos que tengan encomendada la misión de informar proyectos de edificación o la concesión de licencias en el ámbito de la actividad urbanística. En principio, serán los funcionarios de la Administración local a quienes compete la realización de informes, pero también en su caso los funcionarios de las Diputaciones o de las CCAA (vid. ACALE, 352 ss.).

En torno a este punto se ha suscitado la cuestión de los especialistas externos de la Administración pública. Ciertamente, dentro del concepto penal de funcionario del art. 24-2 C.p. cabe incluir tanto a quienes lo sean de carrera o estén en situación de interinidad como a quienes participen de la activi-

dad pública sobre la base de una contratación de carácter administrativo o laboral, pudiendo todos ellos realizar la conducta del art. 320-1 cuando les corresponda emitir los informes de referencia. Ahora bien, aunque no sea requisito imprescindible que el sujeto activo se halle integrado formalmente en una plantilla de la Administración pública, sí lo será que ostente una designación oficial y jerárquicamente estructurada; de ahí que la figura del denominado “arrendatario de servicios” (figura frecuente en los Ayuntamientos con pocos habitantes) parece de dudoso encaje en el concepto de funcionario a efectos penales, por mucho que se amplíe la noción (cfr. así DE LA MATA, 1998, 163). Y lo que parece claro es que el particular que, auxiliando al funcionario o encargado del servicio público correspondiente, sea consultado externamente sin que medie la aludida situación de dependencia no puede ser sujeto activo de la conducta del 320-1.

Cuestión diferente es si de *lege ferenda* sería deseable incluir también en la órbita delictiva a estos últimos sujetos. En este sentido, la doctrina ha criticado la imposibilidad de responsabilizar a los peritos y asesores externos que, sin ser funcionarios a efectos penales, pueden tener una intervención esencial en el otorgamiento final de la licencia solicitada, máxime cuando es evidente que la Administración recurre cada vez con más frecuencia a especialistas externos y sobre todo cuando la normativa administrativa que sirve de base al precepto penal no contempla distinción alguna entre los facultativos que informan, a partir de su condición o no de funcionario público.

Ello no obstante, conviene no olvidar, una vez más, que tales asesores externos podrán ser sancionados, en su caso, como partícipes del delito del art. 320-2, cuando los informes sean tenidos en cuenta por la autoridad competente a la hora de adoptar la resolución injusta (cooperadores necesarios, si el informe aportado fue determinante para la resolución; cómplices, si no lo fue, cosa que sucederá en la mayoría de los casos, en los que el informe no es vinculante). Con todo, téngase en cuenta que para castigar la participación habrá que acreditar la

existencia de un hecho injusto (accesoriedad de la participación), es decir, que las autoridades o funcionarios cometan dolosamente el delito del art. 320.2, lo cual equivale en la práctica a demostrar la connivencia entre éstos y el asesor externo (cfr. DE LA MATA, 163 ss.).

Otra cuestión de indudable interés es la planteada con relación a los miembros de Colegios profesionales que intervienen en el proceso de concesión de licencias a través del visado en proyectos técnicos que se presenten para la concesión de las licencias urbanísticas.

La opinión dominante es contraria a la inclusión de tales miembros en la categoría de sujeto activo del art. 320-1.

Algunos penalistas (BOIX/JUANATEY, 1582) señalan que dichos miembros no quedan incluidos en el concepto penal de funcionario público del art. 24-2, so pena de extender excesivamente el ámbito de aplicación del art. 24; sin embargo, esto no parece satisfactorio, dado que los Colegios profesionales son Corporaciones de Derecho público, cuyos fines esenciales son la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

Otros penalistas (DE LA MATA, 165 ss.) razonan que la no caracterización como sujetos activos se deriva de la imposibilidad de entender que tales miembros puedan realizar la conducta delictiva del 320-1. En otras palabras, el visado no puede ser considerado como un “informe” a los efectos de este delito, puesto que en puridad de principios es un mero acto de control de la actividad profesional del técnico colegiado, acto que pone fin al procedimiento de verificación colegial del proyecto; además, por si lo anterior no bastare, los colegios carecen de competencias en materia de urbanismo, por lo que su actuación se encamina más bien a controlar la actuación profesional de los colegiados y no a supervisar y a hacer guardar la legalidad urbanística, aunque indirectamente contribuyan a ello.

Evidentemente, las afirmaciones anteriores se efectúan con independencia de la posibilidad de que tales miembros puedan ser sancionados como partícipes en atención al grado de su contribución a la realización del hecho típico; pero del mismo modo que un asesor jurídico o cualquier particular.

En cuanto al **informe**, el C.p. no establece especificación alguna. En concreto, no aclara si ha de tratarse de un informe preceptivo o no, lo que ha dado lugar a otra controversia: en opinión de DE LA CUESTA (1998, 326, n. 114) habrá que sobreentender que cabrán todos; sin embargo, opinión contraria sustentan DE LA MATA, *ibíd.*, y ACALE, 352, quienes parten de la base —a mi juicio acertadamente— de que los informes han de ser preceptivos, resultando indiferente —eso sí— que sean vinculantes.

Conviene matizar, con todo, que en el caso de informes que no fuesen preceptivos ningún inconveniente existirá para calificar como cómplice al sujeto que emite un informe, siempre que tal informe sirva de base para una posterior resolución administrativa injusta, adoptada por la autoridad competente que dolosamente comete el delito del art. 404 o el del art. 320-2.

Por lo demás, obsérvese que el C.p. castiga el “informar **favorablemente...**”; por tanto, si la conducta del funcionario consistiere en “informar desfavorablemente proyectos o licencias acordes con la legislación urbanística”, entonces no puede existir este delito, con lo que únicamente quedará la posibilidad de recurrir a la prevaricación genérica del art. 404, aunque para ello habrá que esperar obviamente a que, tras el informe, se produzca la efectiva denegación de la licencia por parte de las autoridades o funcionarios que obren a sabiendas de su injusticia, porque sólo en este caso existe la “resolución” administrativa (cfr. ACALE, 351). En suma, en esa resolución administrativa denegatoria sería cooperador el funcionario que emite el dictamen.

Por otra parte, se ha planteado en la doctrina un **problema concursal**, ligado al modo de fijar la penalidad del art. 320-1. La opinión mayoritaria (vid. por todos ACALE, P.J., 1997, 143; DE VICENTE, 24; MUÑOZ CONDE, 541) ha sostenido que si el informe favorable del funcionario ha sido decisivo para la autorización ilegal de una construcción de las enumeradas en el art. 319, la figura del art. 320-1 queda desplazada por la estructura concursal formada por una cooperación necesaria en el art. 319 y un delito de prevaricación del art. 404. Sin embargo, frente a esta opinión ha objetado DE LA MATA (172) que el art. 404 sólo podrá ser aplicado cuando existe una resolución administrativa (o sea, en este caso cuando la conducta consiste en un otorgamiento de licencia, del art. 320-2, o cuando la acción de emitir el informe pueda ser calificada como participación en el art. 320-2, lo cual únicamente surge en supuestos de connivencia entre el funcionario informante y la autoridad que resuelve); de ahí que en su opinión resulte preferible interpretar que el art. 320-1 es siempre ley preferente con respecto al art. 319 (incluso aunque se añada la figura del art. 404, porque sobreentiende que el art. 320-1 únicamente se aplicaría en los casos en que la emisión del informe desfavorable se traduzca en la construcción ilícita; mientras que de no ser así la emisión del informe favorable debería permanecer al margen del tipo penal en aras del principio de proporcionalidad).

A mi juicio, la tesis de DE LA MATA sobre la exigencia implícita de una condición objetiva de punibilidad propia en el art. 320-1 (integrada por la efectiva realización de la construcción ilícita -!-, o, lo que parece más prudente, por la adopción de la resolución administrativa injusta del art. 320-2) carece de base legal y desde luego no puede ser mantenida con arreglo a una interpretación teleológica restrictiva basada en el bien jurídico. Ahora bien, lo que sí es cierto es que el problema concursal aludido sólo podría ser planteado en los casos de connivencia entre el funcionario informante y el autor del delito del art. 319; pero en este caso no veo, por lo demás, inconveniente alguno para estimar que la estructura concursal mencionada preva-

lezca sobre el art. 320-1, dado que no encuentro argumento válido para defender que este precepto es ley principal sobre una estructura concursal que capta de modo más global todo el injusto del hecho (consunción).

Por último, es claro que en el art. 320-1 -a diferencia de lo que sucede en el art. 329 en materia de medio ambiente- no se contempla la responsabilidad del funcionario que con motivo de sus inspecciones silencie la ilegalidad de la construcción, esto es, los casos en que la ilegalidad de la actuación del funcionario recaiga en una fase posterior a la realización de la conducta típica, lo cual ha sido criticado por la doctrina (vid. MUÑOZ CONDE, 540).

b) Con relación al **art. 320-2** baste simplemente con indicar los elementos esenciales del delito.

El sujeto activo ha de ser una autoridad, que, según el concepto del art. 24-1 C.p., se caracteriza por “tener mando o ejercer jurisdicción propia”.

El mando implica una actividad autoritaria y la jurisdicción, la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos. Por tanto, a efectos penales, todos los sujetos que participan de la actividad administrativa local (sea por elección, como los alcaldes y concejales, sea por oposición o por designación) podrán ser sujetos activos del 320-2. Asimismo, también podrán serlo los miembros de las Comisiones de urbanismo u órganos autonómicos equivalentes que actúan (por subrogación en las competencias municipales y ante la inactividad de las entidades locales) en el otorgamiento de la licencia (vid. DE VICENTE MARTINEZ, 1998, 182 ss.; ACALE, 361)

La conducta típica consiste en “resolver” o “votar a favor”. Con la segunda de tales expresiones se prevé el supuesto en que el acuerdo se adopta en el seno de un órgano colegiado; con la primera se contempla la toma de decisión individual, pero también se da cabida a las hipótesis en que, aunque los miembros del organismo otorgante no hubiesen llegado a votar

efectivamente (por abstención, voto nulo o en blanco), hubieran intervenido de alguna forma en la adopción del acuerdo a sabiendas de su ilegalidad (o sea, hubieran influido en el voto de los demás), hipótesis planteadas ya por TERRADILLOS (213) con relación a Proyectos anteriores (vid. también ACALE, 359).

El hecho de que se emplee la expresión “votar a favor” hace que no tengan cabida ni las abstenciones, ni los votos nulos ni los votos en blanco. Con ello el C.p. ha asumido plenamente la normativa consagrada en el ámbito administrativo: “cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad ...” (art. 27-4 LRJAP). Y así lo había venido entendiendo también el TS, remitiéndose a la propia normativa administrativa y estimando que únicamente es responsable del resultado ilícito quien con su voto ha contribuido a él (STS 19-12-94).

Con respecto a ello ha criticado la doctrina (así MUÑOZ CONDE, DE LA CUESTA, DE VICENTE MARTINEZ) que no se contemple la conducta de la autoridad que en la correspondiente votación se limite a abstenerse, consciente de que por el juego de las mayorías el proyecto será resuelto favorablemente, mientras que con su voto contrario podría inclinar la balanza en sentido negativo.

Ahora bien, a mi juicio conviene aclarar que una cosa es que la conducta de abstención sea atípica con arreglo al art. 320-2 y otra muy distinta que quede siempre impune la conducta del sujeto que se abstiene. Y es que, en efecto, éste podrá responder de partícipe del delito cometido por el órgano colegiado si se demuestra que ha actuado como inductor o como cooperador en el voto ajeno, e incluso como partícipe en comisión por omisión, siempre que concurren los requisitos del art. 11 (en este sentido vid. TERRADILLOS, 1997, 331 y, en relación con delitos societarios, vid. MARTINEZ-BUJAN, P.E., 186 s.).

Por último, afirma DE LA CUESTA (326) que el art. 320-2 deja la duda de si puede llegar a ser punible la participa-

ción en sentido favorable a la concesión en una votación que la rechaza. Sin embargo, a mi juicio parece claro que la respuesta ha de ser negativa, porque no ha habido un comienzo en la ejecución del delito desde la perspectiva de quienes emiten un voto que no tuvo influencia en la formación de la voluntad del órgano colegiado (vid, MARTINEZ-BUJAN, P.E., 187).

El objeto material viene integrado por la concesión de proyectos de edificación y de licencia (cfr. DE LA CUESTA, 326). Sin embargo, otros autores (cfr. DE VICENTE MARTINEZ, 1998, 187) entienden que el delito tiene por objeto sólo la concesión de licencias. Parece que la correcta habrá de ser la primera posición, dado que en determinados casos aparte de la licencia municipal se requiere una autorización cultural o ambiental, que es competencia de una Administración distinta a la municipal.

V. BIBLIOGRAFIA CITADA

- ACALE SANCHEZ: *Delitos urbanísticos*, Barcelona 1997
- ACALE SANCHEZ: *La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código penal: especial referencia al art. 320*, en P.J., 1997, nº 47
- BOIX/JUANATEY: en *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo II, (T. Vives coord.), Valencia 1996
- CANTARERO BANDRES: *Administración de justicia y obstruccionismo judicial*, Madrid 1995
- CORDOBA RODA: en *Comentarios al Código penal*, t, III, Barcelona 1978
- CUERDA ARNAU: en *Comentarios al Código penal de 1995*, tomo II, (T. Vives coord.), Valencia 1996
- CANCIO MELIA: en *Comentarios al Código penal*, de G. R. Mourullo y otros Madrid 1997

- DE LA CUESTA ARZAMENDI: *Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo C.p. de 1995*, en A.P., nº 15, 1998
- DE LA MATA BARRANCO: *El art. 320-1*, en el libro "Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio", (ed. N. de la Mata), Bilbao 1998
- DE VICENTE MARTINEZ: *La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º del art. 320 del C.p.*, en el libro "Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio", (ed. N. de la Mata), Bilbao 1998
- DE VICENTE MARTINEZ: *La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio*, en el libro "Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio" (ed. de J. Terradillos), Sevilla 1997
- GARCIA PEREZ: *La punibilidad en Derecho penal*, Madrid 1997
- LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN: *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ: *Derecho penal económico. Parte especial*, Valencia 1999
- MILLAN GARRIDO: *El delito de falso testimonio*, en Documentación Jurídica, 1979
- MORALES/R. PUERTA: en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal* (ed. de G. Quintero y J.M. Valle), Pamplona 1996
- MUÑOZ CONDE: *Derecho penal. Parte especial*, 12ª ed., Valencia 1999
- OLAIZAOLA NOGALES: *El delito de cohecho*, Valencia 1999
- ORTS BERENGUER: *Derecho penal. Parte especial*, (de T. Vives y otros), 3ª ed., Valencia 1999
- QUINTERO OLIVARES: en *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal* (ed. de G. Quintero y J.M. Valle), Pamplona 1996
- TERRADILLOS BASOCO: *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995
- TORIO LOPEZ: *Introducción al falso testimonio*, en Revista de Derecho procesal, 1965
- VIVES ANTON: *Derecho penal. Parte especial*, (de T. Vives y otros), 3ª ed., Valencia 1999.