

El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código penal español

M^a Ángeles Rueda Martín

Universidad de Zaragoza

Abstract

Con la introducción del apartado 3º en el art. 65 del Código penal por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, el legislador español estableció una regulación legal positiva al viejo y discutido problema sobre las consecuencias jurídicas que deberían reconocerse al hecho de la participación de extraños (extranei) en delitos especiales, esto es, delitos en los que se requiere una determinada cualidad para poder ser autor de los mismos. Nuestro legislador se ha decantado por la solución de concederles en estos supuestos a los partícipes extranei una atenuación meramente facultativa de la pena cuando intervengan como inductores o como cooperadores necesarios, pero no para cuando lo hagan como meros cómplices. Al margen de la división de opiniones que en general ha provocado en la doctrina española semejante disposición, lo cierto es que su tenor literal ha planteado diversos problemas: a qué se refiere la ley con las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, por qué razón se establece una atenuación meramente facultativa para el partícipe en quien no concurren tales circunstancias, y por qué se ha limitado este efecto a los inductores y cooperadores necesarios y se ha excluido para los cómplices. En este trabajo se presentan respuestas a los interrogantes expuestos, teniendo en cuenta importantes aportaciones de la jurisprudencia y de la doctrina penal española.

Durch das Gesetz LO 15/2003v. 25. November hat sich der spanische Gesetzgeber zu dem alten und umstrittenen Problem der Teilnahme der Extranei an Sonderdelikten geäußert. So sieht Art. 65 Abs. 3 span. StGB nun vordem Extraneus-Teilnehmer eine fakultative Strafmilderung zu gewähren, wenn seine Teilnahme als Anstiftung oder notwendige Beihilfe bezeichnet wird, nicht aber wenn er sich an der Tat als bloße Beihilfe beteiligt. Über die Meinungsverschiedenheit hinaus, die die Auslegung von Art. 65.3 span. StGB ausgelöst hat, hat sein Wortlaut verschiedene Fragen aufgeworfen: Was sind die persönliche Eigenschaft, Verhältnisse oder Umstände, die die Schuld des Täters begründen? Warum wird eine fakultative Strafmilderung für den Teilnehmer Extraneus aufgestellt? Warum ist diese Strafmilderung auf die Anstiftung oder die notwendige Beihilfe begrenzt, so dass die bloße Beihilfe ausgeschlossen wird? In dem vorliegenden Beitrag werden Antworten auf die gestellten Fragen vorgeschlagen; dabei werden die wichtigen Beiträge der Rechtsprechung und der Doktrin in Betracht gezogen.

With the introduction of section 3 in article 65 of the Spanish Penal Code by Organic Law 15/2003 of 25 November, the Spanish legislator established a legal regulation to the old and discussed problem of the legal consequences that should be recognized to the participation of strangers (extranei) in special offences, that is, in offences where a certain condition is required to be principal. Our legislator has opted for the solution to grant in these cases to the extranei participants a purely optional attenuation of the penalty when intervening as inducers or as necessary co-operators, but not when they intervene as mere accessories. Apart from the division of opinions that such disposition has provoked in the Spanish doctrine, it has to be mentioned that the literality of this disposition has posed various problems: to what the law refers when it mentions the conditions, qualities or personal relations that are the basis for the convict being guilty, for what reason a purely optional attenuation is established for the participant in whom such circumstances do not concur, and why this effect has been limited to the inducers and necessary co-operators and has been excluded for the accessories. This paper presents answers to the questions exposed, taking into account important contributions of the jurisprudence and the Spanish penal doctrine.

Título: El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe extraneus en un delito especial en el Código penal español

Titel: Die Grundlage der (fakultativen) Strafmilderung für den Teilnehmer Extraneus am Sonderdelikten beim spanischen

Strafgesetzbuch

Title: *The rationale of the (optional) attenuation of the penalty of the extraneous participant in a special offence in the Spanish Penal Code*

Palabras clave: *Delito especial, autoría, participación, dominio del hecho*

Stichwörter: *Sonderdelikten, Täter, Teilnehmer, Tatherrschaft*

Keywords: *Special offence, authorship (principals), participation, control over the act*

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. El significado dogmático de “las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor” del artículo 65.3 del Código penal**
- 3. La autoría y la participación en un delito especial. Especial atención al desvalor de las acciones de los partícipes en un delito especial**
- 4. La participación de un extraneous en un delito especial en la jurisprudencia. Un análisis de la aplicación del artículo 65.3 CP**
- 5. La determinación de la pena del cooperador necesario y del inductor extraneous con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65.3 del Código Penal. Posición personal**
- 6. La determinación de la pena del cómplice extraneous en un delito especial por parte de la doctrina y la jurisprudencia**
- 7. Tabla de jurisprudencia citada**
- 8. Bibliografía**

1. Introducción

En la presente investigación nos vamos a centrar en el tratamiento efectuado por la doctrina y la jurisprudencia sobre el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial cometido por un *intraneus*, y en quien no concurren las condiciones personales exigidas en el autor, a tenor de lo dispuesto en el art. 65.3 CP, que dispone que: “3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”. En la regulación prevista por nuestro legislador sobre el problema mencionado existe, en palabras de PEÑARANDA RAMOS, un aspecto “relativamente oscuro” entre otros: “el del carácter meramente facultativo de la rebaja de pena que en él se establece”¹. Se trata, en efecto, de un problema oscuro porque no queda nada claro el motivo al que se vincula la atenuación facultativa de la pena de determinados cooperadores necesarios e inductores *extranei* en un delito especial, frente a otros en los que, a juicio de nuestro legislador, no cabría apreciar tal aminoración de la pena.

La jurisprudencia había admitido con reiteración antes de la reforma del art. 65.3 CP operada por la LO 15/2003, que cuando un particular *extraneus* participaba como inductor, cooperador necesario o como cómplice en un *delito especial* cometido por un funcionario (*intraneus*), dicho particular debía responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriidad en relación con el delito realmente realizado, pero debía moderarse la penalidad mediante la aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario público o autoridad². Lo verdaderamente discutible se centraba más bien en el mecanismo legal para aplicar tal atenuación, o bien mediante la aplicación analógica del art. 65 CP o bien mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 —actualmente apartado 7^o— CP³, pero no se planteaban dudas en torno a la necesidad de atenuar la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial. Tras la entrada en vigor del art. 65.3 CP, podemos afirmar que nuestra jurisprudencia aplica el mencionado precepto tanto a los delitos especiales propios (por ejemplo, SsTS n^o 1300/2009, de 23 de diciembre y n^o. 494/2014, de 18 de junio) como a los delitos especiales impropios (STS n^o. 853/2013, de 31 de octubre). Por otra parte, se muestra muy favorable a la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* hasta el punto de considerarla

* La realización del trabajo que se presenta a los lectores desarrolla uno de los objetivos de investigación del Grupo de Estudios Penales de la Universidad de Zaragoza, cofinanciado por el Gobierno de Aragón y el programa operativo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Aragón 2014-2020. El Grupo de Estudios Penales se ha reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 27/3/2018), y del que el Dr. Miguel Ángel Boldova Pasamar es el investigador principal.

¹ Véase PEÑARANDA RAMOS, «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 347.

² Véanse una exposición de esta tesis acogida por la jurisprudencia realizada por GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 529 ss.; EL MISMO, «Réplica», pp. 200 s.; RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 105 ss.

³ Sobre estas posiciones en la jurisprudencia, véanse, RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», pp. 156 ss. ; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 525 ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 116 ss.

necesaria, de manera que “su no aplicación ha de ser absolutamente excepcional” (SsTS n.º 277/2015, de 3 de junio, y n.º 841/2013, de 18 de noviembre).

Si nos detenemos en los pronunciamientos doctrinales vertidos sobre el problema concreto relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial cometido por un *intraneus*, antes de la indicada reforma del Código penal, un amplio sector doctrinal se había manifestado también a favor de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* y ello porque, como afirmó DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en relación con los delitos especiales con un carácter más general, es injusta la solución que hace responder de modo similar a los *intranei* y a los *extranei*, ya que no se tiene en cuenta el “distinto (menor) contenido de injusto que en el *extraneus* pudiera haber por no concurrir en él la cualidad personal”⁴. O como puso de relieve GIMBERNAT ORDEIG “la apreciación de una atenuante se puede justificar también, (...) y de forma genérica, acudiendo a una interpretación teleológica, válida para todos los delitos especiales, caracterizados por que una cualidad personal agrava (delitos especiales impropios) o fundamenta (delitos especiales propios) la penalidad; pues si esa cualidad tiene efectos perjudiciales para aquel en quienes concurren, entonces su ausencia debe atenuar a quien no pertenece al círculo estricto de autores”⁵. Sin embargo, esta tesis que expone que el comportamiento del *extraneus* que participa en un delito especial tiene un menor contenido de injusto por no concurrir en él la cualidad personal exigida en dicho delito especial, se ha puesto en entredicho por el propio legislador con la entrada en vigor del art. 65.3 CP, puesto que contempla una atenuación facultativa —y no obligatoria— de la pena. Además, un cualificado sector doctrinal estima que tal atenuación se justifica sólo en determinados delitos especiales, pero no en otros en función de diversos argumentos. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ afirma que en los delitos especiales de dominio “al ser dogmáticamente coincidentes con los delitos comunes de dominio, no parece que concurra ninguna razón para atenuar la responsabilidad de quien coopera de modo necesario con quien ostenta el dominio, por el mero hecho de ser (formalmente) *extraneus*”⁶, y ello se explica porque “el legislador español, al prever idéntica penalidad para autores, por un lado, y cooperadores necesarios e inductores, por otro lado, ya ha tenido en cuenta que aquéllos ‘dominan’ el hecho, mientras que éstos no. En efecto, el legislador parece haber partido de la idea de que hay casos en los que el sujeto no tiene el dominio del hecho y, sin embargo, su conducta resulta, en cuanto a la imposición de la pena, equiparable genéricamente a la de quien domina”⁷. Por otra parte, PEÑARANDA RAMOS, compartiendo también estas

⁴ Véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 157. Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “el menor desvalor de la conducta del *extraneus* se fundamenta por el hecho de que la falta de cualificación lo aleja o distancia (en caso de participación *estricto sensu*) más que en los casos normales del ámbito de lo típico en los delitos especiales, es decir, su conexión con lo típico existe, pero es menor que en los casos normales, lo cual justificaría la no exclusión de los *extranei* de la punición, pero sí una rebaja en la misma”; véase, EL MISMO, ob. cit., pp. 161 s.

⁵ Véase GIMBERNAT ORDEIG, «Concurso de leyes, error y participación en el delito», en *Ensayos Penales*, 1999, p. 377, n.p. 5.

⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 907.

⁷ Véase SILVA SÁNCHEZ, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 904, 906 ss. Véase también, EL MISMO, «Prólogo», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. XX.

consideraciones, rechaza la atenuación de la pena para el partícipe *extraneus* en aquellos delitos especiales en los que lo cuestionable es el motivo mismo de la restricción legal de su círculo de autores, que se basa en que la “determinada condición, cualidad o relación del autor *sólo* define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que ésta se produce ‘típicamente’”⁸. Asimismo, debemos citar la sugerente opinión de GÓMEZ MARTÍN cuyos argumentos difieren de los expuestos hasta ahora. Este autor parte de una clasificación tripartita de los delitos especiales, y en función de la misma considera que en aquellos delitos especiales cuya limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de una función institucional o social, no existe razón alguna para atenuar la pena al partícipe *extraneus*, porque en estos casos el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza la conducta del *intraneus*⁹. Para este sector de nuestra doctrina lo relevante es, en primer lugar, averiguar ante qué clase de delito especial nos encontramos y en función de la respuesta otorgada a dicho interrogante se procederá o no a atenuar la pena en el cooperador necesario o inductor *extraneus*, pero sin atender a la distinción entre delito especial propio e impropio¹⁰. Conviene señalar al respecto, como ha concluido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, que sobre este punto reina un gran desacuerdo centrado en la cuestión relativa a qué delitos coloca cada uno de los autores en la categoría correspondiente de delitos especiales o, en su caso, de delitos de infracción de un deber¹¹, que pueden dar lugar a una atenuación de la pena del partícipe *extraneus*.

A la vista de las tesis doctrinales y jurisprudenciales expuestas podemos concluir que con la decisión político criminal contenida en el art. 65.3 CP nuestro legislador o bien estima que puede haber supuestos en los que, aunque la aportación del partícipe *extraneus* tenga un menor potencial lesivo, sin embargo, cabe renunciar a la atenuación de la pena, en cuyo caso deberemos determinar los criterios que avalan dicha renuncia. O bien, nuestro legislador percibe que existen diferentes delitos especiales, y según la clase de delito especial ante el que nos encontremos tendremos argumentos para mantener o atenuar la pena de determinados partícipes *extranei*. El objetivo de este trabajo de investigación se centra, en consecuencia, en profundizar en el motivo por el que nuestro legislador se ha inclinado por una atenuación facultativa de la pena en determinados supuestos de cooperación necesaria e inducción de *extranei* en aquellos delitos que

⁸ Véase PEÑARANDA RAMOS, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1429.

⁹ Véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 524; EL MISMO, «La “actuación por otro” y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 453; EL MISMO, «Réplica», p. 204.

¹⁰ Han manifestado que el artículo 65.3 CP debe aplicarse sólo a los delitos especiales propios, entre otros, los siguientes autores: PEÑARANDA RAMOS, en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1431; RIGGI, «El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales», *RDP*, (15), 2005, p. 19; EL MISMO, «Réplica», p. 375; BOLDOVA PASAMAR, *Los delitos urbanísticos*, 2007, pp. 281 s.; CUELLO CONTRERAS, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *CPC*, (97), 2009, p. 60.

¹¹ Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 433. Coincide también SILVA SÁNCHEZ, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. XIX.

exigen la concurrencia de unas condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, y en virtud de las cuales se limita la autoría a una determinada clase de sujetos. Para ello, analizaremos, en primer lugar, en el significado dogmático de “las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor” del art. 65.3 CP, para averiguar si cabe deducir de las mismas la existencia de diferentes clases de delitos especiales.

2. El significado dogmático de “las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor” del artículo 65.3 del Código penal

Como concluí en un estudio anterior, “*las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*” aluden a aquellos elementos o características que definen de una manera específica el sujeto activo en diversos tipos de la Parte Especial del Código penal. Las mencionadas “*condiciones, cualidades o relaciones personales*” se refieren a los elementos objetivos de la autoría, y ponen de manifiesto la existencia de un determinado vínculo entre el sujeto idóneo de un delito especial y el bien jurídico protegido, que constituye el motivo esencial para determinar el fundamento que le ha servido al legislador para restringir la autoría en los delitos especiales. El vínculo al que hacemos referencia no define una simple “*realización típica*” distinta de un concreto tipo delictivo, sino que, por el contrario, dicho vínculo nos presenta un tipo de delito estructuralmente caracterizado por determinadas condiciones, cualidades o relaciones personales, que fundamentan un injusto específico independiente. Estas características estructurales explican la limitación de la autoría en los delitos especiales a una determinada clase de sujetos de dos maneras: por un lado, las condiciones, cualidades o relaciones personales ponen de relieve la restricción de la autoría en determinados delitos a un grupo de sujetos, mediante la realización de unas determinadas acciones típicas que presentan una cualidad específica, que consiste en que es realizada en el ejercicio de una función social o institucional que es monopolio de esa clase de sujetos (dominio social típico)¹². Y, por otro lado, las aludidas condiciones, cualidades o relaciones personales también ponen de manifiesto la restricción de la autoría en otros delitos a un grupo de sujetos, mediante la realización de unas determinadas acciones típicas en una especial posición de dominio por parte de una clase de sujetos, en virtud de unas

¹² Véase un análisis del amplio catálogo de delitos especiales que estarían comprendidos en este grupo en mi monografía RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 30 ss. Por su parte, GÓMEZ MARTÍN estima en relación con el artículo 257.1. 1º CP que “la condición de deudor que debe concurrir en el autor no describe una condición especial del sujeto activo frente al pasivo, de tal modo que del abuso de dicha posición resulte una conducta de mayor gravedad que la contribución al hecho aportada por un *extraneus*”. Señala el autor indicado que este delito es un delito especial en sentido amplio o con elementos meramente tipificadores; véase GÓMEZ MARTÍN, «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 397, s. No comparto la opinión expuesta ya que considero que el delito tipificado en el artículo 257.1. 1º CP es un delito especial de dominio social. El bien jurídico protegido en el aludido delito se encuentra en la estructura social relativa a las relaciones crediticias que se entablan entre acreedores y deudores, de manera que en dicha estructura social “el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores” ostenta una posición basada en el ejercicio de una función social derivada de una relación crediticia, en el que lo decisivo es el dominio que dicho deudor ostenta sobre el patrimonio que garantiza el pago de la deuda; véanse GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I. *Teoría General*, 1985, p. 359 y RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, p. 44. No estamos, por tanto, ante un simple delito con elementos meramente tipificadores como afirma GÓMEZ MARTÍN.

determinadas relaciones que es necesario concretar en cada caso¹³. Este doble fundamento resulta decisivo para configurar formalmente y materialmente la autoría en los denominados delitos especiales, ya sean propios o impropios, y desde este punto de vista las condiciones, cualidades o relaciones personales tienen una naturaleza personal¹⁴. Pero esta naturaleza personal que define la autoría de un delito especial también incorpora elementos materiales relativos a la ejecución material del hecho. En efecto, cuando esta clase de sujetos activos realiza un comportamiento en el ejercicio de una función social o institucional o en una especial posición de dominio, el bien jurídico protegido se encuentra en una situación de mayor accesibilidad y vulnerabilidad, de modo que puede ser lesionado más fácilmente. De aquí resulta que el sujeto activo que ostenta el indicado elemento personal tiene una mayor facilidad para la ejecución del hecho típico respecto de los demás sujetos. Por la adición de esta segunda característica el elemento personal que define la autoría de un delito especial adquiere, a la vez, un carácter material o más concretamente mixto en el sentido de incorporar elementos personales que, además, también expresan que la ejecución material del hecho se ve facilitada por quienes ostentan dichos elementos personales. Como ha indicado acertadamente GÓMEZ MARTÍN “la auténtica naturaleza de los elementos de autoría de los delitos especiales no es ‘personal’ (art. 65.1 CP), sino que, al contrario, se trata de elementos que afectarían al injusto del delito. Esto es, consistentes ‘en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla’ (art. 65.2 CP). Así, por ejemplo, la posición de autoridad o funcionario público que ocupa el autor de un delito de falsedad documental de funcionario (art. 390.1 CP) no puede ser contemplada como un mero elemento de naturaleza ‘personal’; sino como un elemento que sirve, entre otros aspectos, para facilitar la ‘ejecución material del hecho’ y, con ello, incrementar el desvalor *ex ante* de la conducta con respecto a la de un particular (art. 392)”¹⁵. PEÑARANDA RAMOS concluye que el art. 65.3 sólo se aplicará a aquellos delitos donde las condiciones, cualidades o relaciones personales del autor tienen el carácter de circunstancias mixtas de fundamentación de la responsabilidad criminal o, expresado de otra forma, tienen un carácter sólo “limitadamente personal”. Y señala este autor como prototipo de delitos que contienen estos elementos “limitadamente personales” a los delitos contra la Administración pública y otros delitos de funcionarios. En tales delitos, a juicio de PEÑARANDA RAMOS quien sigue la opinión manifestada por PUPPE en relación con el § 28 I del StGB, existe un abuso de un poder especial, que facilita el acceso (o una mayor posibilidad de ataque) al bien jurídico, de manera que “esta *dimensión especial del injusto del hecho* no habría de ser imputada sólo al autor que dispone personalmente de ese poder, sino también al extraño que aprovecha su presencia en aquél para su propio ataque al bien jurídico”¹⁶. En

¹³ Véase qué delitos pertenecen a esta categoría de delitos especiales en mi trabajo RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 51 ss.

¹⁴ Véase un desarrollo más detallado de este doble fundamento en mi obra RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 5 ss., 30 ss., 51 ss.

¹⁵ Véase GÓMEZ MARTÍN, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 449. Véase en este sentido PUPPE, «§§ 28, 29», *NK-StGB*, nm. 53, si bien es cierto que esta autora examina diversos supuestos bajo el término “besondere Tätermerkmale” del § 28 StGB y la nota que se resalta en el texto corresponde a uno de esos elementos personales; LA MISMA, «Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung», pp. 517 ss.

¹⁶ Véase PEÑARANDA RAMOS, en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1430 (cursiva en el original).

conclusión, las condiciones, cualidades o relaciones personales del art. 65.3 CP se refieren a elementos personales definidos como elementos objetivos de la autoría, que ponen de relieve una mayor facilitación en la ejecución del hecho típico mediante la realización de ciertas acciones típicas que presentan una cualidad específica, que consiste en que es realizada, por un lado, en el ejercicio de una función social o institucional que es monopolio de una cierta clase de sujetos, o por otro lado, en la especial posición de dominio que ostentan determinados sujetos, en virtud de las cuales determinados bienes jurídicos son más accesibles frente al resto de los sujetos. Dicho sea de paso, la imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe *extraneus* se fundamenta en que con su comportamiento penetra en una estructura social o institucional en la que un autor *intraneus* ejerce un dominio social típico o abusa de una especial posición de dominio, y en virtud de los cuales el bien jurídico protegido se encuentra en una situación de mayor accesibilidad y vulnerabilidad, de modo que puede ser lesionado más fácilmente¹⁷. En efecto, a través del ejercicio del dominio social típico o del abuso de la especial posición de dominio por parte de un autor *intraneus* se facilita el acceso (o una mayor posibilidad de ataque) al bien jurídico protegido, y el partícipe *extraneus* si conoce su concurrencia aprovecha la presencia de tales elementos, el ejercicio del dominio social típico o el abuso de la especial posición de dominio, para su propio ataque al bien jurídico comparable idealmente al ataque en concepto de autor. Lo injusto de la participación sólo puede fundamentarse, entonces, en el dolo del partícipe que debe consistir en la conciencia y voluntad de atacar al bien jurídico mediante la ejecución del hecho típico realizado por el autor¹⁸. No es preciso cualquier ataque al bien jurídico,

¹⁷ Recientemente, FRISTER, «Gibt es keine unechten oder keine reinen Amtsdelikte?», *FS-Puppe*, 2011, pp. 457 ss., ha subrayado que al partícipe extraño no se le puede imputar el desvalor que reside en la lesión de un deber en el ámbito de los delitos relacionados con los funcionarios públicos. Sin embargo, como se ha expuesto, a dicho partícipe no hay que imputarle ninguna lesión de un deber, sino un determinado ataque accesorio al bien jurídico protegido en un delito especial con los argumentos aludidos en el texto.

¹⁸ En mi monografía expuse una crítica al tratamiento diferenciado de la participación delictiva según si estamos ante un delito especial propio o impropio y apuntaba al respecto que “PEÑARANDA RAMOS concluye en relación con el tratamiento de los elementos personales en los delitos especiales propios e impropios, que ‘las propuestas de solución de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, PUPPE o GÓMEZ MARTÍN, se dirigen a evitar este tratamiento injustificadamente diferenciado a través del art. 65.3 CP con el argumento de que todos los elementos personales de estas características en realidad ‘fundamentarían’ la pena. Pero la razón por la que merecen un tratamiento uniforme, sin embargo, no es esa, sino que las características en cuestión tienen el mismo contenido y el mismo fundamento material en cualquiera de los cuatro casos del art. 390.1 CP y que a ellos resulta más adecuado el tratamiento semiaccesorio previsto en el art. 65.3 que el puramente individual que resultaría del art. 65.1 CP’. Desde mi punto de vista, la razón por la que merecen un tratamiento uniforme los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales propios e impropios es la que indica PEÑARANDA. Sin embargo, estrechamente unido a este último argumento es el que apuntan los citados autores y con el que yo estoy de acuerdo: el fundamento material que explica la limitación de la autoría en los delitos especiales ya sean propios o impropios es el mismo, en mi opinión, el dominio social típico y la especial posición de dominio que ostenta un *intraneus*, de modo que los delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados o privilegiados de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino que son delitos que tienen una sustantividad propia o plena autonomía con respecto a éstos por la especialidad de su tipo de injusto, como sucede con los delitos especiales propios”; véase RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 95 s. Con posterioridad PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 322, ha manifestado que “la combinación de estas dos ideas —de un lado, la justificación material de un tratamiento (parcialmente) accesorio de los elementos propios de estos delitos y, del otro, consideración como delitos autónomos, independientes o *sui generis*, respecto de sus (‘aparentes’) tipos básicos comunes — requeriría una explicación, que aquí no se nos brinda”.

La combinación de las dos ideas mencionadas responde a una conclusión a la que había llegado en un apartado anterior de mi trabajo (véase ob. cit., pp. 75 ss.): el fundamento material que explica la limitación de la autoría en

sino sólo uno canalizado a través del hecho típico realizado por el autor, esto es, en los delitos especiales, por el ejercicio del dominio social típico o el abuso de la especial posición de dominio por parte del autor *intraneus*¹⁹.

los delitos especiales ya sean propios o impropios es el mismo, y consiste en que cuando el bien jurídico ha entrado circunstancialmente en una determinada estructura social dominada por cierta clase de sujetos definidos, el Derecho penal, dada la especial exposición del bien jurídico y su especial vulnerabilidad por el dominio de tales sujetos, valora como más grave el ataque en tales estructuras y otorga una protección especial destacada de la protección general frente a todos. Ello explica también que la relación entre el delito especial impropio y el delito común, desde un punto de vista material, es una relación valorativa de más grave-menos grave, en la medida en que el contenido de desvalor del delito común está implícito en el del delito especial impropio, pero esta afirmación no supone restar autonomía al delito especial impropio respecto del delito común. Los delitos especiales denominados impropios contienen un injusto y un desvalor diferente del correspondiente delito común, y ello es lo que les confiere una sustantividad propia o plena autonomía con respecto a aquél por la especialidad de su tipo de injusto. El aludido fundamento material justifica, también, un tratamiento accesorio a los partícipes *extranei* en todos los delitos especiales como se ha expuesto en el texto, sin que quepa romper el título de imputación en los denominados delitos especiales impropios porque éstos tienen un fundamento material distinto del correspondiente delito común.

¹⁹ Véase RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 84 ss. De aquí se deriva que la decisión del legislador de acoger el principio de la unidad del título de imputación para los partícipes que intervienen en la comisión de un delito especial en el artículo 65.3 CP, parece que es la postura correcta y es consecuencia obligada en un Código en el que está vigente el principio de accesoriedad de la participación. Importantes pronunciamientos doctrinales, sin embargo, rechazan esta concepción del principio de accesoriedad de la participación como, por ejemplo, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 220 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 28 ss., 124 ss.; EL MISMO, «Réplica», en EL MISMO (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 355 ss.; RIGGI, «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 359 ss. En concreto, RIGGI, ob. cit., pp. 365 s., expone en relación con mi crítica respecto de la postura defendida por él y por ROBLES, centrada en un supuesto de participación de un *extraneus* en un delito de prevaricación administrativa que "no se alcanza a comprender el alcance de su objeción, toda vez que justamente en este tipo de delitos no cabe la accesoriedad. En efecto, sólo los *intranei* pueden configurar la conducta de intervención típica que les permite acceder al hecho. Por tanto, como no se puede hablar de accesoriedad en atención a que los *extranei* no pueden participar en este tipo de delitos, sus intromisiones fácticas en esferas de organizaciones ajenas sólo pueden significar el medio de transporte que vehicula el injusto de los *intranei*; si se castigara al *extraneus* se vulneraría la responsabilidad por el propio injusto toda vez que se le estaría imputando un hecho ilícito ajeno".

En la frase "sólo los *intranei* pueden configurar la conducta de intervención típica que les permite acceder al hecho" están presentes dos ámbitos –interviniente (como autor *intraneus*) y hecho– que no se pueden escindir, porque el interviniente que es autor define el hecho y no simplemente accede al mismo, que es lo que sucede, por el contrario, en los supuestos de participación. Un hecho no adquiere significado por sí mismo sin tener en cuenta cuál es la conducta del autor. "Dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo" no tiene un significado si no se pone en relación necesariamente con un autor concreto, de modo que ese hecho tendrá un sentido delictivo indiscutible si quien dicta una resolución arbitraria es un funcionario público competente para resolver un asunto en un proceso administrativo. Un significado delictivo más discutible tendrá el hecho de "dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo" por parte de un funcionario público que no ostenta la competencia aludida, aunque crea equivocadamente que sí la ostenta. En tales casos de delito especial con autor inidóneo se plantea la polémica de si estamos ante una tentativa punible o ante un delito putativo. Por último, ningún significado tendrá, sin embargo, la acción de "dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo", por ejemplo, por parte de un juez, un deudor o un progenitor, porque tales "autores" no ostentan ni pueden ostentar como jueces, deudores o progenitores la competencia para dictar una resolución en un asunto administrativo. El autor configura la conducta típica y determina su existencia, pero no accede a la misma como si fuera "a la caza de un hecho". Por otra parte, en cuanto al reproche que me plantea RIGGI centrado en que "si se castigara al partícipe *extraneus* se vulneraría la responsabilidad por el propio injusto toda vez que se le estaría imputando un hecho ilícito ajeno", me remito para contestarle, en primer lugar, a los argumentos que expuse en mi obra RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 87 ss. Y, en segundo lugar, subrayo el sentido de la idea expresada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 221, aunque no comparto la teoría de los delitos de infracción de un deber

La expresión empleada por nuestro legislador cuando alude a las condiciones, cualidades y relaciones personales “*que fundamentan la culpabilidad del autor*”, ha resultado ser poco afortunada. Por una parte, lo más correcto habría sido que el Código penal se hubiera referido en el art. 65.3 a las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la autoría en los delitos especiales²⁰, porque como se ha indicado anteriormente las aludidas condiciones, cualidades o relaciones personales proporcionan el motivo en virtud del cual se explica la limitación de la autoría a una determinada clase de sujetos. Por otra parte, puede parecer también que la expresión empleada tampoco ha resuelto definitivamente el tratamiento del partícipe *extraneus* en un delito especial puesto que la alusión a las condiciones, cualidades y relaciones personales “*que fundamentan la culpabilidad del autor*” parece que remite sólo a los delitos especiales propios. Sin embargo, si se estima que el motivo que explica la limitación de la autoría en los delitos especiales es el dominio social típico o la especial posición de dominio en los que está involucrado dicho bien, ambos criterios fundamentan lo injusto específico de aquellas figuras delictivas que acogen en su descripción típica tales elementos, por lo que no se plantea ningún problema en torno al ámbito de aplicación de lo dispuesto en el art. 65.3 CP. Dicho precepto se aplica tanto a los delitos especiales propios como a los impropios.

Otro punto que es necesario aclarar en este epígrafe es la existencia de diversos tipos de la Parte Especial CP en los que concurren algunos elementos personales que definen de una manera específica el sujeto activo. El problema que se plantea en torno a estas figuras delictivas que exigen una determinada condición, cualidad o relación personal en el sujeto activo de la acción típica es si estamos realmente ante delitos especiales. En esta línea un sector doctrinal ha afirmado que algunos tipos de delito formados a partir de estas cualidades de la persona sólo pueden considerarse especiales en un sentido eufemístico²¹. Desde mi punto de vista en este grupo de delitos que recogen determinadas cualidades o condiciones estrictamente personales e inintercambiables, para averiguar si estamos ante auténticos delitos especiales hay que preguntarse si el tipo describe una determinada vinculación entre el sujeto activo y el bien jurídico protegido que fundamente la limitación de la autoría a un determinado grupo de sujetos activos. Por ejemplo, en los delitos de traición contemplados en los arts. 581 ss. CP el sujeto activo de la acción típica, ser español, no supone la expresión del ejercicio de una función social o institucional en la que se encuentra involucrado la integridad o la independencia de la nación: “inducir a una potencia extranjera a declarar la guerra a España”, “facilitar al enemigo la entrada en España”, “suministrar a las tropas enemigas caudales, armas, embarcaciones, aeronaves, efectos o municiones de intendencia o armamento u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España”, etc. Con carácter general se ha afirmado que sujeto activo de estas conductas sólo pueden serlo los nacionales de un Estado, como los españoles, y el castigo se fundamenta en el quebrantamiento de la fidelidad debida²², aunque resulte más que discutible un deber de fidelidad de los nacionales a su propio Estado. En relación con estas conductas delictivas

para fundamentar la limitación de la autoría a determinados sujetos activos en los delitos especiales: se trata de una accesoria en el sentido original del término latino “*accedere*”: el *extraneus* “participa” en el delito de infracción de un deber mientras se adhiera a una lesión de un deber ajena.

²⁰ Véase GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 547.

²¹ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, I. *Teoría General*, 1985, p. 404.

²² Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 21^a ed., 2017, p. 728.

tampoco se aprecia como fundamento que explica la limitación de la autoría a una determinada clase de sujetos, la existencia de un abuso de la posición de dominio de tales sujetos respecto del bien jurídico protegido, sobre todo si se tiene en cuenta que también se castiga al extranjero que realice las mismas conductas, si bien es cierto que se le atenúa la pena un grado, según lo dispuesto en el art. 586 CP. La limitación de la autoría a la condición personal de ser español responde a otros motivos político-criminales, por lo que en relación con tales delitos no estamos, en realidad, ante unos delitos especiales.

En el delito de aborto cometido por la propia mujer embarazada de los arts. 145.2 y 146 CP, la cualidad que se exige en el sujeto activo de las conductas típicas, esto es, que se trate de una “mujer embarazada” no determina, sin embargo, el fundamento que explica la limitación de la autoría en los tipos de aborto recogidos en los aludidos artículos, porque en ninguno de los dos preceptos el ejercicio de la acción típica por parte de la mujer embarazada –producir su aborto o consentir que otra persona se lo cause, o causarse un aborto por imprudencia grave– supone la expresión del ejercicio de una función social o institucional en la que se encuentra involucrado el bien jurídico vida humana, aunque en una fase de su desarrollo que aún no la hace merecedora de la altísima estima social y jurídica que recibe a partir del nacimiento²³. En relación con estas conductas delictivas tampoco se aprecia como fundamento que explica la limitación de la autoría a una determinada clase de sujetos, la existencia de un abuso de la posición de dominio de la mujer embarazada respecto del indicado bien jurídico protegido. Entre el sujeto activo de estos delitos de aborto y el bien jurídico protegido no existe una especial posición de dominio en virtud de la cual el bien jurídico resulta más accesible a la propia mujer embarazada frente a todos los demás sujetos activos. La cualidad que se menciona en la autoría sí explica, por el contrario, qué efectos tiene que una mujer embarazada se produzca su aborto o consienta que otra persona se lo cause, o se cause un aborto por imprudencia grave. En el art. 145.2 CP estamos ante un elemento personal –mujer embarazada– que fundamenta en el delito indicado una atenuación de la pena por la menor culpabilidad que tiene la mujer embarazada que produce su aborto o consiente que otra persona se lo cause, fundada en el conflicto estrictamente personal que implica un embarazo no querido²⁴. El fundamento de la menor penalidad prevista en dicho precepto se interpreta como una circunstancia personal basada en la menor exigibilidad de la conducta, que por afectar a las condiciones de motivabilidad de su destinataria encuentra su ubicación sistemática adecuada en la culpabilidad²⁵. En el art. 146, tercer párrafo, CP se declara atípica la causación de un aborto por imprudencia grave de la propia mujer embarazada, porque si se le impone a dicha mujer un deber de cuidado respecto del *nasciturus* bajo amenaza penal, resultaría una limitación de su libertad de movimientos y de actuación claramente excesiva²⁶. En estos supuestos tampoco estamos en presencia de delitos especiales. Todos estos elementos personales están excluidos del

²³ Véase sobre el bien jurídico protegido en el delito de aborto, LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO (coords.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial. t. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, pp. 274 ss.

²⁴ Véase LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO (coords.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial. t. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 312.

²⁵ Véase LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO (coords.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial. t. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, pp. 286 s.

²⁶ Véase LAURENZO COPELLO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO (coords.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial. t. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 312.

alcance del art. 65.3 CP.

En suma, existen diferentes delitos especiales según el criterio que se utilice para fundamentar la limitación de la autoría a una clase concreta de sujetos activos, y la determinación de tal criterio depende de cómo se defina el vínculo entre el sujeto idóneo de un delito especial y el bien jurídico protegido, que nos permitirá concretar qué comportamientos típicos dotados de una cualidad específica realizan o pueden realizar los sujetos idóneos en calidad de autores, es decir, de *intraanei*. No obstante, de la determinación del criterio que se utilice para fundamentar la limitación de la autoría a una clase concreta de sujetos activos no se deducen todavía motivos para pronunciarse sobre el merecimiento de una determinada pena de los partícipes *extranei* en un delito especial. Seguidamente procederemos a analizar si la distinción entre conductas de autoría y de participación en un delito especial ofrece argumentos que incidan en la reflexión sobre el merecimiento de una determinada pena para todos aquellos que intervengan en la comisión de un delito especial.

3. La autoría y la participación en un delito especial. Especial atención al desvalor de las acciones de los partícipes en un delito especial

En nuestro Código penal se distingue entre diversos tipos de autoría y de participación: autoría directa, coautoría, autoría mediata, inducción, cooperación necesaria y complicidad. Esta distinción depende del concepto de autor que se sostenga. Desde mi punto de vista, el concepto del dominio del hecho utilizado para determinar el concepto de autor en los delitos comunes, aunque no es aceptado de forma unánime en la doctrina y se encuentra en un proceso de revisión²⁷, puede concebirse como un elemento que determina también el concepto de autor en los delitos especiales. En el finalismo la estructura teleológica de la acción humana y el dominio del hecho constituyen unas estructuras materiales que determinan cuándo un suceso es obra de una persona a título de autor y que forman parte del concepto de acción. Como señala HERNÁNDEZ PLASENCIA, el dominio del hecho “al depender siempre de una ejecución directa, al no concebirse como un instrumento de imputación objetiva y partiendo de la naturaleza de las acciones humanas que son el objeto de la prohibición o mandato de las normas penales, es el que mejor se presta para configurar la autoría frente a los otros conceptos más restringidos y que fracasan ante una regulación legal”. El concepto de autor, a su juicio, no puede quedarse en un concepto totalmente abierto, sino que ha de tratarse de un criterio que encauce las acciones a través de quien ejerce el dominio sobre ellas²⁸. En la determinación de la autoría en los delitos especiales también debemos tener presente el criterio de valoración que explica el motivo en virtud del cual se limita la autoría a un determinado grupo de sujetos, pero en cualquier caso el mencionado criterio de valoración debe respetar la estructura material del concepto de acción

²⁷ Véase el análisis de la teoría del dominio del hecho en la actualidad como criterio que determina el concepto de autor de manera absolutamente dominante en nuestra doctrina, realizado por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9^a ed., 2015, pp. 674 ss. Como indica ROXIN una de las cuestiones objeto de discusión se centra en que “los defensores de un concepto de dominio del hecho estructurado normativamente se oponen a otros partidarios de esta teoría que atienden más a las relaciones reales de dominio”, [EL MISMO, ob. cit., p. 677].

²⁸ Véase HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, p. 63.

constatada en la esfera ontológica. Esta premisa debe ser respetada en el doble fundamento que, a nuestro juicio, explica la limitación de la autoría en los delitos especiales a una determinada clase de sujetos. Por una parte, el dominio social típico formulado por GRACIA MARTÍN, aplicable a un gran número de delitos especiales, que de forma sintética se define como el conjunto de condiciones, acotadas por un tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos, que ejercen en un determinado ámbito una función social o institucional en la que se involucran determinados bienes jurídicos, y que es determinante de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico. Por otra parte, en otros delitos especiales se puede apreciar otro criterio valorativo basado en el abuso de la especial posición de dominio que ostenta el autor respecto de un bien jurídico, en virtud de la cual resulta más accesible a un determinado grupo de sujetos frente a los demás por determinadas relaciones que es necesario concretar en cada ámbito: relación de confianza, relación de dependencia, etc., si bien es cierto que en este grupo de delitos especiales la acción típica no supone la manifestación de una función social o institucional que le dota de una cualidad específica. Esta especial posición de dominio es asimismo determinante de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico. En todos los delitos especiales estos criterios valorativos son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico, y recaen sobre la estructura material del dominio del hecho que forma parte del concepto de acción en la esfera ontológica²⁹.

Si un sujeto activo realiza la acción típica de un delito especial propio o impropio, ostenta el dominio del hecho y concurren en él las aludidas condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan su culpabilidad, será considerado autor *intraneus* a los efectos del art. 28 CP. Estas exigencias normativas contenidas en estos tipos especiales no definen, simplemente, un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que ésta se produce “típicamente”, sino que delimitan las concretas posibilidades de acción con dominio del hecho del sujeto que extiende su poder a un concreto ámbito social o vital³⁰, y estos elementos, es decir, el dominio social típico o la especial posición de dominio, fundamentan lo injusto específico de los delitos especiales. Sin embargo, si un *intraneus* no realiza la acción típica de un delito especial propio o impropio ni ostenta el dominio del hecho, no podrá ser autor a los efectos del art. 28 CP, aunque sí podrá ser partícipe en la realización de dicha acción típica por parte de un *intraneus*. Un sector de nuestra doctrina reconoce que cabe admitir la existencia de *intranei* que no sean necesariamente autores si no ostentan el dominio del hecho, de modo que

²⁹ GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 399, indica en relación con mi postura que “no alcanzo a entender por qué afirma RUEDA que tales elementos de autoría son ‘adicionales’ al dominio del hecho, y no *inherentes* al mismo”. Como se puede advertir en la exposición que he efectuado sobre el concepto de autor en los delitos especiales, el dominio social típico o la especial posición de dominio que ostenta el sujeto activo son dos criterios valorativos determinantes de la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico, y recaen sobre la estructura material del dominio del hecho que forma parte del concepto de acción en la esfera ontológica. Todos estos elementos contemplados como una unidad indisoluble sirven de base para fundamentar la autoría en un delito especial.

³⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro, I. Teoría General*, 1985, p. 361 en relación con el criterio del dominio social típico.

pueden intervenir como partícipes *intranei* en un delito especial³¹. Estos partícipes *intranei* tienen también la competencia para el ejercicio de la función social o institucional que es punto de referencia del tipo en los delitos especiales de dominio social, o tienen la titularidad de la determinada posición especial de dominio sobre el bien jurídico, por lo que ostentan asimismo una posición de garantía respecto de la incolumidad del bien jurídico protegido³². Uno de los aspectos de la función social o institucional o de la especial posición de dominio que ostenta el *intraneus*, es justamente controlar los peligros que se pueden cernir sobre el bien jurídico involucrado en el ejercicio de tal función o en la mencionada especial posición de dominio, y esta nota característica siempre concurrirá en el *intraneus* ya actúe como autor o como partícipe. Vamos a ilustrar esta tesis con dos ejemplos. En el art. 320.2 CP se castiga a “la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”. Supongamos que existe un órgano colegiado formado por tres funcionarios públicos o autoridades (A, B y C) que son competentes para resolver los procedimientos administrativos relativos a la concesión de licencias urbanísticas y el asunto concreto que deben resolver afecta directamente a uno de ellos (a B). Dicho asunto se trata de la solicitud de una licencia contraria a las normas urbanísticas vigentes. El funcionario afectado directamente (B) se abstiene en la toma de decisión, pero convence a los otros dos funcionarios (a A y a C) para que voten a favor de la concesión de dicha licencia, a sabiendas de su injusticia, a cambio de realizar la misma actuación en asuntos de interés para A y C. En este supuesto A y C cometen como autores el tipo del delito tipificado en el art. 320.2 CP al votar favorablemente la concesión de una licencia contraria a las normas urbanísticas. Sin embargo, B aunque no vota favorablemente porque se abstiene, actúa en este caso como un inductor del indicado tipo delictivo que, además, es *intraneus*. La inducción de B (*intraneus*) contiene un determinado potencial lesivo, porque el ataque al bien jurídico protegido se produce ostentando B una determinada posición desde la que resulta más vulnerable dicho bien jurídico, por el ejercicio de unas funciones institucionales en las que se encuentra esencialmente involucrado el bien jurídico y en virtud de la cual ostenta una posición de garante, aunque no haya actuado en este supuesto con el dominio del hecho. Además, este *intraneus* por ostentar el aludido dominio social en la esfera en la que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido, podría llegar a ser autor y no solamente partícipe. Por otro lado, en el art. 153.2 CP se castiga la acción de golpear o maltratar de obra a una víctima que fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2. Imaginemos, por ejemplo, que un padre golpea a un hijo menor de edad y es la esposa y madre del niño quien induce al padre a realizar tal conducta. La inducción de la madre tiene un determinado potencial lesivo porque la madre que ha llevado a cabo una conducta de inducción, ostenta una especial posición de dominio en la que se encuentra involucrado el bien jurídico

³¹ Véanse desde diversas posiciones GRACIA MARTÍN, «Prólogo», en RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código penal*, 2010, p. XIX; SILVA SÁNCHEZ, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. XXI; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 521.

³² Además, como indica GRACIA MARTÍN, “la posición de garante es una característica de un sujeto que precede a las conductas concretas que vaya realizando luego de su adquisición en el ejercicio de las funciones que le corresponden.” (Cursivas en el original). Véase GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 476.

integridad corporal del menor de edad por la relación de dependencia que tiene el menor respecto de sus padres, y en virtud de la cual se encuentra más vulnerable. En este ejemplo la madre también ostenta una posición de garante por la indicada relación que mantiene con el bien jurídico protegido, aunque al realizar esta conducta de inducción no tiene el dominio del hecho.

Finalmente, si un *extraneus* participa como cooperador necesario o inductor —por supuesto también como cómplice— en un delito especial propio o impropio habrá contribuido a la realización de la acción típica por parte del autor *intraneus*, pero ni concurren en él las mencionadas exigencias normativas ni ostenta el dominio del hecho. Estos partícipes *extranei*, cuando intervienen *en concreto* en la realización de un delito especial, no tienen ni pueden tener competencia para el ejercicio de la función social o institucional que es punto de referencia del tipo en los delitos especiales de dominio social, ni tienen ni pueden tener la titularidad de la determinada posición especial de dominio sobre el bien jurídico, a diferencia de lo que sucede con los partícipes *intranei*. Los partícipes *extranei* penetran con su contribución en la esfera donde el autor *intraneus* ejerce un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, ya sea a través del dominio social típico o del abuso de la especial posición de dominio, de modo que contribuyen también al ataque accesorio al bien jurídico protegido por el correspondiente delito especial. Ahora bien, aunque los *extranei* pueden lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por el delito especial como partícipes, sus acciones no pueden tener el mismo significado desde el punto de vista de lo injusto que las acciones de los partícipes *intranei*, por ello merecen una atenuación de la pena. La atenuación de la pena en los partícipes *extranei*, desde un punto de vista formal, no se fundamenta en la ausencia del dominio del hecho en estas formas de participación como supone SILVA SÁNCHEZ³³, sino en la ausencia en su persona de tales elementos que componen las exigencias normativas de estos tipos penales especiales y que ostentan los *intranei* ya sean autores —y ostenten el dominio del hecho— o partícipes —y no ostenten el dominio del hecho—. Desde un punto de vista material, el extraño que participa *en concreto* en un delito especial se encuentra en una situación en la que aparecen los siguientes elementos de signo *favorable* en comparación con la posición en la que se encuentran los *intranei* y en los que se puede fundamentar la atenuación de la pena:

1) Los partícipes *extranei* no podrán ser autores y en consecuencia tampoco podrán llevar a cabo una acción adecuada para lesionar o poner en peligro al bien jurídico, *directamente o de forma típicamente relevante*. El partícipe *extraneus* no podrá obtener ni la titularidad de una función social o institucional en el seno de unas determinadas estructuras sociales o institucionales en las que un bien jurídico se encuentre involucrado de forma esencial u ocasional, ni tampoco la titularidad

³³ Véase SILVA SÁNCHEZ, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 907, quien indica que en los delitos especiales de dominio “al ser dogmáticamente coincidentes con los delitos comunes de dominio, no parece que concorra ninguna razón para atenuar la responsabilidad de quien coopera de modo necesario con quien ostenta el dominio, por el mero hecho de ser (formalmente) *extraneus*”, de modo que “el legislador español, al prever idéntica penalidad para autores, por un lado, y cooperadores necesarios e inductores, por otro lado, ya ha tenido en cuenta que aquéllos ‘dominan’ el hecho, mientras que éstos no. En efecto, el legislador parece haber partido de la idea de que hay casos en los que el sujeto no tiene el dominio del hecho y, sin embargo, su conducta resulta, en cuanto a la imposición de la pena, equiparable genéricamente a la de quien domina”; véase EL MISMO, «Determinación de la pena», pp. 904, 906 ss.; EL MISMO, «Prólogo», p. XX.

de la especial posición de dominio en la que se encuentre involucrado un bien jurídico. En los ejemplos aludidos si la inducción a la comisión del tipo recogido en el art. 320.2 CP procede de un extraño D, éste no podrá actuar *en esa situación concreta* como funcionario público con la competencia de resolver o votar en un órgano colegiado sobre la concesión de una licencia urbanística contraria a las normas urbanísticas. Del mismo modo, si es un extraño quien induce al padre a cometer la conducta tipificada en el art. 153.2 CP, dicho extraño tampoco podrá ostentar la cualidad indicada en el tipo objetivo de dicho precepto. Por este motivo las conductas que pueden realizar los partícipes *extranei* son menos peligrosas con carácter general que las conductas que puedan realizar los *intranei*, porque al no poder ostentar tales titularidades en concreto tampoco podrán desempeñar incorrectamente una función social o institucional en el seno de unas determinadas estructuras sociales o institucionales, ni podrán abusar de la especial posición de dominio en la que se encuentre involucrado un bien jurídico. Dichos *extranei* carecen de la concreta posibilidad de acción con dominio del hecho del sujeto que extiende su poder a un concreto ámbito social o vital y por sí mismos no podrán lesionar el bien jurídico protegido directamente o de manera típicamente relevante, aunque sí lo pueden lesionar de forma accesoria.

2) Por otro lado, los partícipes *extranei* no podrán asumir la posición de garante respecto del bien jurídico protegido involucrado en determinadas estructuras, ni podrán desempeñar un papel de control de peligros para el bien jurídico involucrado en el ejercicio de una función social o institucional o en una especial posición de dominio³⁴. La inducción a la comisión del tipo recogido en el art. 320.2 CP procede de un extraño D, que tiene un menor potencial lesivo respecto de la inducción de un *intraneus*, porque el *extraneus* aunque con su inducción al funcionario *intraneus*³⁵ se vincula con el dominio social típico en el que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido en el indicado precepto, pudiendo llegar a lesionarlo, no puede asumir una posición de garante respecto del bien jurídico protegido involucrado en la estructura institucional de la función pública, ni puede desempeñar un papel de control de peligros para el bien jurídico involucrado desde el ejercicio de la función institucional relativa al ejercicio de la función pública. Si es un extraño quien induce al padre a golpear a su hijo, esa inducción tiene un menor potencial lesivo porque aunque con su inducción al padre *intraneus*, el extraño se vincula con la especial posición de dominio en el que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido en el mencionado precepto, pudiendo llegar a lesionarlo, no puede asumir una posición de garante respecto dicho bien jurídico, ni puede desempeñar un papel de control de peligros para el bien jurídico involucrado en esa especial posición de dominio.

Como se puede apreciar, con estos argumentos se justifica la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial mediante el “pensamiento de la distancia”, y se pone de relieve

³⁴ GÓMEZ MARTÍN destaca también esta nota para fundamentar un menor contenido de injusto en la aportación del partícipe *extraneus*, aunque sólo en relación con aquellos delitos especiales cuyo injusto se basa en el incumplimiento de una función social no institucional dimanante de una posición social no institucional. Véase GÓMEZ MARTÍN, en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 453. Desde mi punto de vista esta nota se generaliza a todos los delitos especiales.

³⁵ Sobre la participación de un *extraneus* como inductor o cooperador necesario en este tipo delictivo, véase, BOLDOVA PASAMAR, *Los delitos urbanísticos*, 2007, pp. 281 s.

que la posición en la que se encuentra dicho partícipe *extraneus* no es la misma que la posición de un partícipe en cualquier otro delito. La diferencia valorativa entre ambas posiciones no implica traer a la discusión una suerte de hipótesis al modo de los viejos cursos causales hipotéticos de la *conditio sine qua non*³⁶. No se esgrimen hipótesis sino elementos reales que deben tenerse en cuenta en la valoración: las conductas que pueden realizar los partícipes *extranei* son menos peligrosas, con carácter general, porque no pueden ostentar la titularidad de una función social o institucional o una especial posición de dominio en concreto, ni tampoco pueden desempeñar incorrectamente una función social o institucional en el seno de unas determinadas estructuras sociales o institucionales, ni pueden abusar de la especial posición de dominio en la que se encuentre involucrado un bien jurídico, ni pueden asumir la posición de garante respecto del bien jurídico protegido involucrado en determinadas estructuras, ni pueden desempeñar un papel de control de peligros para el bien jurídico involucrado en el ejercicio de una función social o institucional o en una especial posición de dominio. Podemos concluir, entonces, que las acciones de los partícipes *extranei* tienen un menor potencial lesivo y esta circunstancia degrada la medida de su injusto. El contenido de injusto de las acciones realizadas por los partícipes *extranei* tiene un significado diferente al de las acciones llevadas a cabo por el partícipe *intraneus*, y ello debe reflejarse en la medición de la pena³⁷. En los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial la posición personal del extraño es distinta a la del autor y partícipe *intraneus*³⁸, ya que en el extraño concurren dos clases de elementos de signo contrapuesto. Por un lado, es necesario apreciar un elemento que sólo es *desfavorable* y que fundamenta su responsabilidad mediante la aplicación del correspondiente delito especial cometido por el autor, en virtud de la unidad del título de imputación para los partícipes *extranei*. En el extraño que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en un delito especial concurre un elemento que para él es *desfavorable* y en el que se fundamenta su responsabilidad. Por otro lado, dicho extraño se encuentra también en una situación en la que aparece un elemento de signo *favorable* porque en él no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. Este elemento debe apreciarse para atenuar su responsabilidad, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

Cuando nos encontramos con la participación de *extranei* en un delito especial ya sea propio o impropio, entran en concurso ambos elementos y la resolución de este concurso la encontramos ya decidida en el art. 65.3 CP³⁹. En efecto, en los supuestos de participación de *extranei* en un

³⁶ Véase este reproche a mi tesis planteado por PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 348.

³⁷ Véase, aunque con carácter general para los supuestos en los que un *extraneus* puede integrarse en el círculo de autores de los tipos especiales, GRACIA MARTÍN, «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *AP*, (16), 1993, p. 230.

Se ha manifestado de acuerdo con esta conclusión GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 521: "la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* tendría la virtud de atender también a la diferencia de desvalor de la acción que probablemente existe entre la conducta del partícipe *extraneus* y la del partícipe funcionario. En efecto, para este segundo sujeto, pese a no ser competente para realizar el tipo como autor, la ejecución de su aportación como partícipe sin duda se verá facilitada, en comparación con la del *extraneus*, por su condición de funcionario".

³⁸ En el autor y partícipe *intranei* sólo cabe apreciar elementos de signo *desfavorable*.

³⁹ GRACIA MARTÍN elaboró una sugerente teoría mediante la que compensaba ambos elementos mediante la construcción de un concurso ideal entre la participación de un extraño en un hecho punible desfavorable y la participación en otro hecho más favorable, aplicando a dicho complejo concursal una atenuante que captara el

delito especial, el indicado precepto ha resuelto, desde mi punto de vista, el concurso entre un elemento de signo *desfavorable* que se valora a través de la aplicación de la participación del *extraneus* en el correspondiente delito especial, y un elemento de signo *favorable* que permite atenuar la responsabilidad centrado en que en el partícipe *extraneus* no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. Nos encontramos, por tanto, ante un concurso ideal entre ambos elementos de signo contrapuesto que se resuelve expresamente en el art. 65.3 CP, de manera que el elemento de signo *favorable* incide en el marco penal correspondiente del elemento de signo *desfavorable* en un sentido compensatorio, es decir, reduciéndolo tal y como se ha previsto en el apartado 3º del art. 65 donde se establece la facultad de aplicar la pena inferior en un grado a la pena del delito especial⁴⁰. Como ha indicado PEÑARANDA RAMOS, generalizando ahora esta opinión para todos los delitos especiales⁴¹, el citado art. 65.3 supone la creación de una especie de “tipo básico” por debajo de los delitos especiales a los que se puede referir la participación de *extranei*, y que es relevante sólo a los efectos de imponer una pena atenuada a los partícipes *extranei* en quienes no concurren las “condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor”⁴².

elemento que valora la ausencia en el extraño de la cualidad, condición o relación exigida en el tipo objetivo para ser autor. Véase Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, 1993, pp. 165 ss., por ejemplo, en relación con los supuestos de participación de un extraño en el delito de parricidio del anterior Código penal llevado a cabo por un pariente. En el complejo concursal (ideal) entre participación en homicidio y participación en parricidio aplicaba la atenuante analógica de no parentesco. La aplicación del concurso ideal en estos supuestos de participación de extraños en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común paralelo, se basaba en la idea correcta según la cual el tipo que recoge el elemento *desfavorable* no era capaz de captar exhaustivamente lo injusto y la culpabilidad del hecho, al no aprehender el elemento de signo *favorable*. Este tipo de concursos no se podía resolver por la aplicación del artículo 71 del anterior Código penal, que recogía la regulación del concurso ideal de delitos, porque este precepto preveía sólo la consecuencia jurídica para el concurso entre elementos típicos del mismo signo *desfavorable* para el autor, puesto que la consecuencia jurídica era aplicar la pena del delito más grave en su mitad superior.

⁴⁰ Véase la propuesta de Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, 1993, p. 145 al examinar las consecuencias, la construcción y la solución conforme al derecho positivo con arreglo al anterior Código penal, de un concurso ideal entre un tipo privilegiado y uno agravado de otro básico o fundamental.

⁴¹ Peñaranda afirma concretamente que “hablando en términos más bien metafóricos, el § 28 I StGB y el art. 65.3 CP vienen, así, a crear por debajo de los delitos especiales propios una especie de ‘tipos básicos’, a los que se puede referir plenamente la participación de terceros: las soluciones que en esos preceptos se establecen son, en efecto, en gran medida equivalentes a las que se darían si esos tipos se pudiesen redactar de un modo neutral respecto de las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes y se previera, a continuación, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal de que se trate. Puesto que elementos ‘mixtos’ de esas características pueden operar, como es evidente, no sólo fundamentando, sino también aumentando la ‘culpabilidad’ del autor en determinados tipos cualificados de delito, tales supuestos deberían recibir un tratamiento *correspondiente* al de los casos expresamente regulados, que pasaría por la aplicación analógica de los establecido en el art. 65.3 CP, sin más peculiaridad que la derivada del hecho de que este precepto viene a definir, por así decirlo, una especie de ‘tipo intermedio’ al que referir la punición del extraño”; véase Peñaranda Ramos, en García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1450. Desde la posición defendida en este trabajo no podemos compartir la aplicación por analogía de lo dispuesto en el artículo 65.3 CP a los delitos especiales impropios como postula Peñaranda, porque en tales delitos las “condiciones, cualidades o relaciones personales” que definen de una manera específica el sujeto activo también fundamentan lo injusto. Véase *supra*.

⁴² Robles Planas y Riggi estiman que “si el art. 65.3 CP viniera a crear un tipo básico al que referir la participación de *extranei* en delitos especiales propios, ¿qué sucedía con éstos antes de la introducción del art. 65.3 CP en el año 2003?, ¿y qué suerte correrían si fuera derogado? La respuesta lógica desde un planteamiento que lo conciba como una cláusula de merecimiento de pena es que sin el art. 65.3 CP deberían quedar impunes. De no existir el

Una vez que hemos expuesto los argumentos para fundamentar con carácter general la atenuación de la pena de los partícipes *extranei* en los delitos especiales, vamos a estudiar en el siguiente epígrafe cómo ha valorado la jurisprudencia la participación de un *extraneus* en un delito especial tras la entrada en vigor del n.º 3 del art. 65 CP.

4. La participación de un extraneus en un delito especial en la jurisprudencia. Un análisis de la aplicación del artículo 65.3 CP

Del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la participación de un *extraneus* en un delito especial tras la entrada en vigor del art. 65.3 CP podemos extraer dos tesis. En primer lugar, estima nuestra jurisprudencia que el mencionado precepto se aplica a todos los delitos especiales, ya sean propios o impropios. Nuestro Tribunal Supremo ha aplicado a determinados delitos especiales como la malversación de caudales públicos, el delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público o la detención ilegal por funcionario policial tipificada en el art. 167.1 CP, la atenuación de la pena prevista, facultativamente, para el partícipe *extraneus* en el art. 65.3 CP. En concreto, en la STS n.º 636/2012, de 13 de julio se afirma expresamente que: “el art. 65.3 del CP, decíamos en nuestra STS n.º 817/2008, 11 de diciembre, fue añadido por la LO 15/2003, 25 de noviembre, recogiendo de forma un tanto confusa la jurisprudencia que apreciaba la atenuante al partícipe no cualificado en los delitos especiales propios, extendiendo las posibilidades de atenuación por debajo de la pena ordinaria, concediendo a los Tribunales la facultad de reducirla en un grado. Se trata, en fin, de una atenuante de carácter facultativo para aquellos *extranei* partícipes en delitos especiales propios. El fundamento de la atenuación aparece íntimamente ligado al principio de proporcionalidad, en la medida en que el contenido y la intensidad del injusto en la acción del *extraneus* que interviene en un delito de esta naturaleza es, por definición, menor que el predicable de la acción del *intraneus*. El legislador toma en consideración el hecho incuestionable de que el *extraneus* no infringe —no puede infringir— el deber jurídico especial que pesa sobre el *intraneus*. De ahí la atenuación de la pena. El delito de falsedad, por definición, es un delito especial impropio, en la medida en que sólo puede cometerse por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390 CP) y que la falsedad cometida por particulares conoce una tipificación especial (cfr. art. 392 CP). La aplicabilidad de la atenuación facultativa prevista en el art. 65.3 del CP — pese a la existencia de fundadas opiniones doctrinales en sentido contrario— ha sido admitida por la jurisprudencia de esta misma Sala”. En la STS n.º 853/2013, de 21 de octubre, se concluye asimismo que: “es

mencionado *tipo subyacente*, no habría nada en lo que los *extranei* pudieran participar, pues, en realidad, el único tipo existente sería el que realiza el obligado especial”; véanse ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación», *InDret*, (3), 2008, p. 19. Cursivas en el original. No podemos compartir este análisis porque el castigo de las conductas de participación de *extranei* en un delito especial se deriva de un fundamento material, tal y como se ha expuesto *supra*, en el sentido de que todos los que intervienen ya sea como autores —y ostentan el dominio social típico o abusan de la especial posición de dominio en la que se encuentran— o como partícipes —y contribuyen en el ataque accesorio al bien jurídico en el seno de unas estructuras sociales o institucionales en las que puede ser lesionado más fácilmente— responderán por el delito especial cometido, puesto que se han establecido determinadas conexiones fácticas y valorativas que son relevantes para el enjuiciamiento jurídico penal, de modo que el artículo 65.3 CP únicamente prevé una consecuencia en cuanto a la aplicación de la pena de dichos partícipes.

importante subrayar que a partir de la modificación del art. 65 del CP, esta Sala ha venido entendiendo que en los supuestos en que un particular interviene en un delito especial impropio, como es el del art. 167 del CP, no ha de acudir a la ruptura del título de imputación —respondiendo el particular del delito común y el funcionario del delito especial impropio—, sino que aquel debe responder como partícipe del delito especial, aplicándose después facultativamente la atenuación punitiva del art. 65.3 del CP. Todo ello de acuerdo con el principio de accesoriadad de la participación. Así ha venido operando este Tribunal con esa clase de delitos especiales impropios cuando intervienen en los hechos funcionarios y particulares: SSTS n.º. 641/2012, de 17 de julio (detención por funcionario policial); n.º. 636/2012, de 13 de julio (falsedad de funcionario público con participación de particular); y n.º. 575/2007, de 9 de junio (malversación)”. Finalmente, en la STS n.º. 651/2017, de 3 de octubre, en relación con el delito de malversación de caudales públicos contemplado en el art. 432.1 CP expone que: “nos encontramos ante un delito especial, pero ello no supone que no pueda castigarse la aportación de sujeto no funcionario, el *extraneus*, pues una vez que exista un autor de esos delitos, nada impide la participación a título de cooperador necesario, que por ende no realiza la acción típica, sino que interviene en el hecho del autor. Así, la STS n.º. 248/2014, de 26 de marzo, con cita de la STS n.º. 920/2009, 18 de septiembre —y las remisiones que realiza a la STS n.º. 668/1998, 14 de mayo— precisan que la doctrina denomina delito especial a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino sólo por aquéllas, indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc.; como ciertamente lo es el delito de malversación que exige la condición de funcionario público del autor. Ahora bien, esta Sala tiene dicho que, aunque el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación —inducción y cooperación necesaria— que se equiparan a la autoría a los efectos penales, porque en definitiva se trata de tipos creados por el CP en su Libro Primero. Este criterio inspira otros pronunciamientos de esta misma Sala, como las SSTS n.º. 641/2012, de 17 de julio (detención por funcionario policial); n.º. 636/2012, de 13 de julio (falsedad de funcionario público con participación de particular); y n.º. 575/2007, de 9 de junio (malversación). Como indica la STS n.º. 740/2013 de 7 de octubre, ..., nuestro ordenamiento considera ‘*extraneus*’, a aquel que, sin cumplir los requisitos personales propios del autor del ilícito, (en autos tener la condición de funcionario), sin embargo, sí que se le puede atribuir la participación como cooperación necesaria o, incluso, la inducción en el delito que ejecuta, en concepto de autor, el funcionario policial. Así, la actual redacción del art. 65.3 CP, que determina en los supuestos en que un particular interviene en un delito especial, como es el del art. 432 CP, la evitación de la ruptura del título de imputación, donde responde como partícipe del delito especial, con independencia de si procede en su caso, aplicar ulteriormente la atenuación punitiva allí prevista”.

En segundo lugar, nuestra jurisprudencia de una manera ampliamente mayoritaria reconoce que la aportación del partícipe *extraneus* en un delito especial tiene un menor potencial lesivo, hasta el punto de concluir que la no atenuación de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial contemplada en el art. 65.3 CP es “absolutamente excepcional” (SsTS n.º. 277/2015, de 3 de junio,

y nº 841/2013, de 18 de noviembre). En la STS nº 661/2007, de 13 de julio, se considera que “aunque el art. 65.3 CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el art. 1 de la Constitución española, ha considerado que la pena del *extraneus* en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor”⁴³. Ahora bien, como se apunta en la STS nº. 494/2014, de 18 de junio, “el que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena —hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo podrán—, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe”.

En concreto, nuestra jurisprudencia procede a atenuar la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en las siguientes sentencias: SsTS nº. 446/2017, de 21 de junio; nº. 792/2016, de 20 de octubre; nº. 627/2016, de 13 de julio; nº. 606/2016, de 7 de julio; nº. 277/2015, de 3 de junio; nº. 1/2015, de 20 de enero; nº. 494/2014, de 18 de junio; nº. 841/2013, de 18 de noviembre; nº. 853/2013, de 31 de octubre; nº. 316/2013, de 17 de abril; nº. 636/2012, de 13 de julio; nº. 286/2012, de 19 de abril; nº. 1388/2011, de 30 de noviembre; nº. 1080/2010, de 20 de octubre; nº. 606/2010, de 25 de junio; nº. 1300/2009, de 23 de diciembre; nº. 661/2007, de 13 de julio; nº. 627/2006, de 8 de junio; nº. 309/2006, de 16 de marzo. Asimismo, destacamos las siguientes resoluciones de Audiencias Provinciales: SAP de Albacete nº. 39/2017, de 26 de enero; SAP de Madrid nº. 768/2016, de 23 de diciembre; SAP de las Islas Baleares nº. 170/2016, de 7 de julio; SAP de las Islas Baleares nº. 12/2016, de 19 de enero; SAP de Barcelona nº. 888/2015, de 9 de noviembre; SAP de Cádiz nº. 416/2013, de 29 de noviembre; SAP de Madrid nº. 154/2013, de 31 de octubre; SAP de Madrid nº. 154/2013, de 8 de marzo; SAP de Barcelona nº. 742/2010, de 28 de septiembre; SAP de Barcelona nº. 393/2009, de 30 de marzo; SAP de Barcelona de 4 de diciembre de 2006 y SAP de Barcelona de 13 de octubre de 2005. Sin embargo, el Tribunal Supremo renuncia a la aplicación de la atenuación de la pena en determinados supuestos de participación de extraños en los delitos especiales, aunque se reconoce con carácter general que la aportación del partícipe *extraneus* tiene un menor potencial lesivo en las siguientes sentencias: nº. 277/2015, de 3 de junio; nº. 841/2013, de 18 de noviembre; nº. 1394/2009, de 25 de enero.

El principal argumento esgrimido por la jurisprudencia para no atenuar la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial es el de la gravedad de su conducta⁴⁴. En algunas sentencias se

⁴³ En la STS 508/2015 se indica expresamente que: “efectivamente nuestra jurisprudencia afirma que se trata de una facultad del Tribunal la rebaja de la pena en estos casos; igualmente hemos señalado que en principio la regla general debe ser favorable cuando se trata de no funcionarios precisamente porque no cabe predicar de los mismos la infracción de un deber especial; y que la no aplicación debe ir precedida de una motivación especial y suficiente”. Véanse además las SsTS nº. 641/2012, de 17 de julio y nº. 309/2006, de 16 de marzo. Véase también la sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia nº. 73/2017, de 20 de febrero.

⁴⁴ En la STS nº. 627/2006, de 8 de junio de 2006 se establece que: “en el caso de autos procede atender esta menor

emplea un criterio de gravedad similar al planteado por el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 26 de marzo de 2003, sobre el Anteproyecto de reforma CP que culminó con la LO 15/2003, que permite imponer la pena del marco penal establecido para el autor al partícipe *extraneus* o atenuarla en función de la proximidad de su contribución al dominio de la situación, de modo que se facilite en mayor o menor medida el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo. Por ejemplo, en la STS n.º. 277/2015, de 3 de junio, se aplicó la misma sanción al autor de un delito de malversación de caudales públicos que al cooperador necesario, letrado, porque “persistía la abundante repetición de ilícitos y la permanencia en el tiempo, a lo que se debía añadir como dato influyente la condición de letrado del recurrente, circunstancia que le daba un especial protagonismo en el plan trazado, dados sus conocimientos jurídicos”. En otros supuestos la gravedad de la conducta incorpora un reproche diferente del apuntado anteriormente dependiendo de la figura delictiva. Así en relación con delitos relativos a la corrupción pública nuestra jurisprudencia expone dos argumentos para no atenuar la pena al partícipe *extraneus* en un delito especial. En primer lugar, la STS n.º. 277/2015, de 3 de junio, señala que: “la pena impuesta a Heraclio Sixto ha de tomar en consideración su papel de motor de toda esa secuencia de actividades delictivas, propiciando la corrupción de cargos públicos. Aparece como instigador. Eso justifica que se prescinda de la atenuación que permitiría el art. 65.3 CP: son hechos muy graves y es él quien desencadena toda la secuencia de actividades delictivas enmarcables en lo que se conoce como corrupción animado por un móvil lucrativo: cobra sustanciosamente sus influencias”. De forma similar en la SAN n.º. 4/2009, 23 de enero, se concluye que: “en el caso de autos, debe anticiparse que no se aplicará el novedoso y potestativo beneficio punitivo mencionado, toda vez que las conductas de los acusados, además de tener la cobertura típica del art. 435.1º del CP, no merecen de una rebaja penal debido a la intensidad de la reprochabilidad criminal, a la permanencia en el tiempo de la actividad comisiva desplegada y a la cuantía de la distracción dineraria perpetrada”. La STS n.º. 1394/2009, de 25 de enero, apoya esta tesis al afirmar que “el tiempo de permanencia en la conducta antijurídica o el importe total de la sustracción —muy superior al considerable como determinante de la aplicación del tipo agravado— son elementos ponderables por el Tribunal de instancia, sin que merezcan la censura de esta Sala”. En segundo lugar, la SAP de las Islas Baleares n.º. 28/2008, indica que: “por el mismo delito referido Lucio tendría la posibilidad de que este Tribunal rebajara en un grado la pena a imponer, si bien atendida su condición de alcalde presidente del ayuntamiento de Andratx en la fecha de los hechos, el absoluto desprecio demostrado por la legalidad vigente y la ausencia de cualquier disimulo en procurarse una licencia que le permitiera construir a la vista del resto de los ciudadanos de la localidad, obliga a que no se haga uso de la facultad que viene reconocida en el art. 65.3 CP de imponer la pena en un grado inferior”.

antijuridicidad en la conducta del empresario, en relación a la del alcalde, que es el funcionario público y quien dicta la resolución injusta, por lo que tiene el dominio del hecho e infringe el deber específico del funcionario público. Consecuentemente procede reducir en un grado la pena prevista para el tipo penal de la prevaricación. El artículo 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcional y el ejercicio de esa facultad, debe ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, sino también la gravedad de la conducta realizada”.

Véase también la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 350/2005, de 17 de marzo de 2005, comentada por GÓMEZ MARTÍN, «Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus*», *ADPCP*, (60), 2007, pp. 539 ss.

La determinación de la gravedad de la conducta del partícipe *extraneus* en un delito especial con arreglo a los criterios que utiliza la jurisprudencia puede ser atendida, aunque presenta como objeción un margen de discrecionalidad en función de unos elementos —el absoluto desprecio demostrado por la legalidad vigente, el protagonismo en el plan trazado por el autor, el cobro o la distracción de importantes cantidades de dinero, etc.—, cuya apreciación y consideración como graves no se encuentran recogidos legalmente o pueden variar de un juzgador a otro con la consiguiente incertidumbre que conlleva tal valoración. En mi opinión, debemos plantearnos si existen otros criterios que permitan afirmar una mayor gravedad del comportamiento del partícipe *extraneus* en un delito especial en función de otros parámetros que proporcionen más seguridad jurídica.

5. La determinación de la pena del cooperador necesario y del inductor extraneus con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65.3 del Código Penal. Posición personal

Nuestro legislador en el art. 65.3 CP se ha inclinado por una atenuación facultativa de la pena en los supuestos de participación de *extranei* en aquellos delitos que exigen unos determinados elementos que limitan la autoría a una clase de sujetos, lo que nos obliga a cuestionarnos en qué supuestos cabe aplicar tal atenuación. La doctrina no ha aclarado todavía de una manera concluyente este punto, aunque ha habido alguna aportación relevante. Por ejemplo, para PEÑARANDA RAMOS el fundamento de la atenuación del partícipe *extraneus* se puede encontrar en “las distintas exigencias de respeto que, en relación con el conjunto de intereses que están en juego, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, pueden pesar sobre los sujetos así cualificados y sobre los particulares”⁴⁵. En efecto, si profundizamos en la relación que existe entre la acción de los particulares cuya conducta se ha tipificado de una forma expresa y el ejercicio de la función pública que constituye el punto de referencia de los tipos en los delitos contra la Administración pública, podemos concluir que el legislador ha establecido distintas exigencias de respeto sobre los funcionarios públicos o autoridades y sobre los particulares, pero tales exigencias deben vincularse al diverso fundamento material que limita la autoría a una determinada clase de sujetos en los delitos especiales⁴⁶. Veamos cómo ha contemplado el legislador las aludidas exigencias de respeto entre unos y otros en unos ejemplos en el marco de los delitos contra la Administración pública.

El art. 414.2 CP tipifica la conducta llevada a cabo por un particular consistente en destruir o inutilizar los medios puestos por la autoridad competente para impedir o restringir el acceso a un documento, con una pena inferior a la del funcionario público o autoridad que realiza la misma conducta descrita en el art. 414.1. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA estiman que “la circunstancia excepcional de que el ataque provenga de un particular es tomada en consideración

⁴⁵ Véase PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 349; el mismo: «Sobre el alcance del art. 65.3 CP», pp. 1430 ss.

⁴⁶ Sobre las exigencias de respeto que atañen a los funcionarios públicos o autoridades en los delitos contra la Administración pública y la necesidad de vincularlas al fundamento material que limita la autoría a esta clase de sujetos en esta clase de delitos especiales, véanse las consideraciones planteadas por VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, 2003, pp. 340 ss.

por el legislador para atenuar la pena, ya que el respeto de los principios esenciales para el correcto funcionamiento de la Administración vincula de distinta forma a los funcionarios y a los particulares. Mientras estos últimos únicamente deben respetar dichos principios en las relaciones que ocasionalmente entablan con la Administración, es sobre los funcionarios públicos sobre quienes pesa una específica obligación jurídica de prestar sus servicios conforme a los principios y valores sobre los que se articula la actividad pública. Este distinto '*status*' de unos y otros, comporta una también diversa valoración jurídico-penal de sus conductas"⁴⁷. En mi opinión el respeto de los principios esenciales para el correcto funcionamiento de la Administración del que hablan estos autores no es suficiente para explicar el contenido de lo injusto de este tipo delictivo. El contenido de injusto se explica por el hecho de que el particular accede de un modo puramente fáctico al dominio social típico para lesionar el bien jurídico protegido, pero es el funcionario público quien ostenta la función de dominio social inherente a su *status*. En virtud de este acceso se realiza la conducta por el particular que fundamenta un desvalor diferente del que se recoge en el delito de daños. Este acceso del particular al dominio social típico en el que se encuentra involucrado el bien jurídico protegido, comporta una diferente valoración jurídico penal de la conducta del particular respecto a la del funcionario que ostenta dicho dominio social típico, y en virtud del cual puede realizar la conducta delictiva del art. 414.1 CP. Este es el motivo que fundamenta la atenuación de la pena en el art. 414.2 y del que se deducen distintas exigencias de respeto sobre el funcionario público y sobre el particular, según el conjunto de intereses que están en juego en esta concreta conducta delictiva.

Si nos centramos ahora en la conducta tipificada en el art. 418 CP⁴⁸ comprobamos que el particular necesita previamente que el funcionario haya consumado la conducta descrita en el art. 417 del mismo texto legal. La conducta del particular sería impune como atentado contra la Administración pública si no existiera el mencionado art. 418. En este caso concreto el acceso al dominio social típico por parte del particular tiene lugar en la fase de agotamiento del delito, como también sucede en el art. 406 CP donde se tipifica como delito la aceptación de la propuesta, nombramiento o toma de posesión para el ejercicio de un determinado cargo público sin que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello. Como la intervención del particular que acepta el nombramiento, propuesta o toma de posesión tiene lugar en la fase de agotamiento del delito recogido en el art. 405, su castigo no podía haberse efectuado a través de las reglas generales de la participación delictiva, porque no se acepta la codelincuencia entre la

⁴⁷ Véanse MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10^a ed., 2016, p. 1694. Coincide REBOLLO VARGAS, «Lección 10^a. La infidelidad en la custodia de documentos», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial, III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, 2013, p. 303.

⁴⁸ En este precepto se establece que "el particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triple del beneficio obtenido o facilitado y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de uno a tres años. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis a diez años".

consumación formal y la terminación o agotamiento del delito⁴⁹. El fundamento en virtud del cual la conducta del particular está expresamente regulada y castigada junto a la actuación del funcionario público, reside en que mientras el funcionario público ostenta el dominio social típico, el *extraneus* accede al mismo en el que se desarrolla la función pública, y tanto uno como otro tienen un poder de decisión acerca de la situación del bien jurídico. También aquí existe una diferente valoración jurídico penal de la conducta del particular respecto a la del funcionario que ostenta dicho dominio social típico. En suma, si bien es cierto que en los delitos contra la Administración pública podemos encontrar una diferente penalidad en relación con los comportamientos cometidos por autoridad o funcionario público y por los particulares *extranei*, que se basa en distintas exigencias de respeto que pueden pesar sobre los sujetos así cualificados y sobre los particulares, sin embargo, dichas exigencias de respeto diferentes se vinculan a determinadas estructuras materiales que giran en torno al dominio social típico.

Como hemos indicado, nuestro legislador en el art. 65.3 CP se ha inclinado por una atenuación facultativa de la pena en los supuestos de participación de *extranei* en los delitos especiales, lo que nos obliga a cuestionarnos en qué supuestos cabe aplicar tal atenuación. De entrada y según las conclusiones obtenidas en nuestra investigación, con la decisión político criminal adoptada por nuestro legislador en el art. 65.3 CP se puede estimar que puede haber casos en los que, aunque la aportación del partícipe *extraneus* tenga un menor potencial lesivo, se renuncia a la aplicación de la atenuación que hemos fundamentado, con carácter general, para la participación de extraños en los delitos especiales. Debemos exponer, seguidamente, en qué supuestos podemos afirmar una mayor gravedad del comportamiento del partícipe *extraneus* en un delito especial en los que, en consecuencia, cabe renunciar a la atenuación de la pena.

En primer lugar, hemos puesto de relieve antes que en los delitos especiales, como sucede en los delitos comunes, es necesario distinguir diversas formas de codelincuencia. Siempre será necesario que haya un autor *intraneus* pero también, adicionalmente, pueden intervenir *intranei* que no sean autores sino partícipes y, finalmente, pueden intervenir *extranei* como partícipes. Podemos preguntarnos si en todos los delitos especiales cabe la participación de un *intraneus* junto con la de un *extraneus* o si, por el contrario, sólo cabe la participación de un *extraneus*. En el delito de prevaricación judicial tipificado en el art. 446 CP el sujeto cualificado no puede ser un juez o magistrado cualquiera, sino que debe tratarse de un juez o magistrado que conozca un asunto en un procedimiento judicial determinado según el ámbito de sus competencias. Si sólo tenemos a un juez exclusivamente competente para resolver dicho asunto (un *intraneus*) ¿podemos hablar en un supuesto de tales características de la participación de un *intraneus*? La respuesta tiene que ser negativa si sólo hay un único juez competente para resolver el caso judicial. En un supuesto como el expuesto sólo cabe pensar en la participación de un *extraneus*. Lo mismo podemos decir del delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP: si sólo tenemos a un funcionario público o autoridad competente para resolver sobre un asunto en un procedimiento administrativo, en tales casos tampoco podemos hablar de participación de un *intraneus*, sino sólo de un *extraneus*. En los tipos delictivos que acabamos de exponer –delitos

⁴⁹ Véanse JAKOBS, *AT*, 2^a ed., 1991, pp. 708 s. [trad. p. 859]; BITZILEKIS, «Vollendung und Beendigung der Straftat», *ZStW*, (99), 1987, p. 733.

especiales propios— en los que la realización de la acción típica (dictar, a sabiendas, una sentencia o resolución injusta o dictar, a sabiendas de su injusticia, una resolución arbitraria en un asunto administrativo) presenta como cualidad específica el ejercicio de una determinada función social o institucional que es monopolio de una clase de sujetos (un juez competente o un funcionario público o autoridad competente), podemos encontrarnos con situaciones en las que la participación de *intraanei* quede prácticamente excluida porque en tales casos la intervención de un *intraanei* sólo puede ser a título de autor. En tales casos sólo cabe apreciar una autoría de un *intraaneus* y una participación de *extranei*. Aunque los efectos lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se derivan de las acciones de los partícipes *extranei* no tienen para lo injusto el mismo significado que los derivados de las acciones de los partícipes *intraanei*, en esta clase de supuestos particulares circunscritos a determinados delitos especiales propios en los que no existiría la posibilidad de participación de *intraanei*, el legislador permite renunciar a la aplicación de la atenuación de la pena en los mencionados partícipes *extranei*⁵⁰.

En segundo lugar, debemos preguntarnos sobre la valoración del comportamiento del *extraneus* cuando interviene en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común paralelo. Como hemos argumentado antes en el extraño que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en un delito especial concurre un elemento que para él es *desfavorable* y en el que se fundamenta su responsabilidad. Pero el extraño se encuentra también en una situación en la que aparece un elemento de signo *favorable*, esto es, que debe atenuar su responsabilidad porque en él no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. En estos supuestos en los que interviene un extraño en un delito especial impropio cuando valoramos el elemento *favorable* indicado debemos tener presente el correspondiente delito común paralelo, pero no a los efectos de imponerle la pena del citado delito común paralelo. Como hemos puesto de manifiesto, en cualquier caso de participación de un *extraneus* en un delito especial, este elemento de signo *favorable* se compensa con el elemento *desfavorable* mediante la aplicación del “tipo básico” por debajo del correspondiente delito especial que se contiene en el art. 65.3 CP para la participación de *extranei*. Sin embargo, la intervención de un *extraneus* tanto en el delito común paralelo como en el delito especial impropio puede dar lugar a diferentes calificaciones de mayor o menor gravedad, que inciden en un mayor o menor merecimiento de pena y que se podrían tener en cuenta con la aplicación facultativa de la atenuación de la pena prevista en el citado art. 65.3.

a) Así nos podemos encontrar supuestos en los que el partícipe *extraneus* en el delito especial impropio sea a su vez partícipe en el delito común paralelo. Por ejemplo, un funcionario público,

⁵⁰ En contra, no obstante, PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 348 s., quien pregunta “¿puede depender el merecimiento de pena del partícipe *extraneus* en un delito de prevaricación de que la resolución dictada competa a un órgano individual o a uno colegiado o en una malversación de que la disposición de los caudales públicos esté confiada a un funcionario o a una pluralidad de ellos?”. La respuesta debe ser afirmativa porque si en el caso concreto solo cabe plantear la participación de un *extranei*, el desvalor de dicha conducta permitiría renunciar a una atenuación de la pena, diferenciándose este supuesto de aquél en el que caben partícipes *intraanei* y *extranei*, tal y como se ha indicado en el texto. En este argumento reside la renuncia a dicha atenuación de la pena del partícipe *extraneus* y se contesta la objeción presentada por GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 400 s.

fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa por delito, y prevaliéndose de su cargo se apodera de unas cartas personales de alguien con el fin de vulnerar su intimidad. El funcionario público *intraneus* ha realizado un hecho como autor que es subsumible a la vez en el tipo recogido en el art. 198 CP en concurso de leyes con el apartado 1º del art. 197, teniendo preferencia el art. 198 por ser la ley especial. Debemos recordar que la relación entre el delito especial impropio y el delito común, desde un punto de vista material, es una relación valorativa de más grave-menos grave, en la medida en que el contenido de desvalor del delito común está implícito en el del delito especial impropio⁵¹, pero esta afirmación no supone restar autonomía al delito especial impropio respecto del delito común. Esta conducta de apoderamiento la ha podido realizar el funcionario público con la cooperación (necesaria) de una persona B que no ostentaba esa condición⁵². Como hemos puesto de relieve la posición personal del extraño es distinta a la del autor ya que en el autor concurren elementos que sólo son *desfavorables*, que fundamentan su responsabilidad. Sin embargo, en el extraño que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en el art. 198 CP concurre un elemento que para él es *desfavorable* y en el que se fundamenta su responsabilidad. A su vez dicho extraño se encuentra también en una situación en la que aparece un elemento de signo *favorable*, esto es, que debe atenuar su responsabilidad porque en él no concurren las condiciones, cualidades y relaciones exigidas en el tipo objetivo para ser autor. En este supuesto si no es un funcionario público quien coopera a que un *intraneus* se apodere de unas cartas personales de alguien con el fin de vulnerar su intimidad, tenemos presente el delito común paralelo al mencionado delito especial impropio, en este caso el art. 197.1 CP y en relación con este tipo penal B interviene asimismo como cooperador necesario. La concurrencia de ambos elementos y su compensación se valora mediante la aplicación del “tipo básico” del art. 65.3 CP por debajo del delito especial contemplado en el art. 198 CP. En un supuesto de tales características en el que el extraño interviene a título de cooperación necesaria, tanto en el delito especial impropio como en el tipo común paralelo, la atenuación de la pena se fundamenta en el menor desvalor de lo injusto en la conducta del partícipe *extraneus*, y además en este caso procede aplicarla porque existe una identidad cualitativa en la imputación de los hechos a título de cooperador necesario tanto en el delito especial impropio como en el delito común.

b) También nos podemos encontrar casos en los que el partícipe *extraneus* en el delito especial impropio sea a su vez autor en el delito común paralelo. Por ejemplo, en unas coacciones leves infligidas a una mujer intervienen A (esposo de la víctima) y C (un extraño que conocía la relación conyugal existente entre A y la víctima) como coautores. A ha realizado un hecho subsumible en el delito de coacciones leves castigado tanto en el art. 172.2 CP como en el art. 172.3, segundo párrafo, CP, pero estos tipos se encuentran en relación de concurso de leyes y tiene preferencia el delito tipificado en el art. 172.2 por ser ley especial. El esposo A de la víctima

⁵¹ Véanse GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos Penales*, 1999, p. 394; PEÑARANDA RAMOS, en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁZER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1443.

⁵² Para este *extraneus* no puede fundamentarse un concurso de leyes a diferencia de lo que sucede con los que intervienen a título de autor, ya que el concurso de leyes tiene una naturaleza personal, tal y como lo puso de manifiesto PEÑARANDA RAMOS. Véase PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, 1991, pp. 162 ss., 187 ss.

deberá ser castigado como autor de un delito de coacciones leves en el marco de un delito de violencia de género. El extraño C ha intervenido en un hecho con el pleno conocimiento de la existencia de una relación conyugal entre el esposo y la mujer víctima a quien además ha coaccionado levemente. El extraño realiza como cooperador necesario el tipo de las coacciones leves castigado como delito en el art. 172.2 CP, pero al mismo tiempo actúa como autor del delito de coacciones leves del art. 172.3, primer párrafo, CP, puesto que es un sujeto que no pertenece al círculo de personas con respecto a las que el Derecho ha desvalorado más gravemente la acción de coaccionar aun de forma leve. Del mismo modo, pensemos en una estafa inmobiliaria en la que intervienen A (que acaba de vender un inmueble por segunda vez antes de la definitiva transmisión de la propiedad al primer adquirente) y C (que se encarga junto con A de configurar y ejecutar el engaño de la segunda compraventa). En tal supuesto, A ha realizado como autor el delito de estafa inmobiliaria del art. 251.2º y de la estafa del art. 248 CP. Estos tipos se encuentran en relación de concurso de leyes y tiene preferencia el delito tipificado en el art. 251.2º por ser la ley especial. El extraño C realiza como cooperador necesario el tipo del art. 251.2º puesto que es un sujeto que no es el propietario de la vivienda enajenada, pero al mismo tiempo actúa como autor de la estafa tipificada en el art. 248 CP. En ambos casos en los que el comportamiento del extraño en el delito común sea de autoría porque ostenta el dominio del hecho y en el delito especial impropio sea, sin embargo, de cooperación necesaria porque no ostenta la especial posición de dominio o el dominio social típico, que se erige en el fundamento material que explica la limitación de la autoría, aunque pueda estar fundamentada la atenuación de la pena porque en el extraño concurre un elemento de signo *favorable*, el legislador permite no atenuar la pena en esta clase de supuestos por la mayor gravedad cualitativa que supone la intervención del *extraneus* a título de autor en el delito común paralelo.

En tercer lugar, podemos plantear una última hipótesis en la que cabría no aplicar una atenuación de la pena en el partícipe *extraneus* en un delito especial por motivos de proporcionalidad en la sanción. PEÑARANDA RAMOS ha llamado la atención “sobre la posibilidad de que una rebaja tan amplia de la pena pudiese hacer caer la responsabilidad del partícipe no personalmente cualificado por debajo de algún límite claramente trazado del que se dedujese la existencia de un *quantum* mínimo más elevado como sanción proporcionada”⁵³. Esta situación podría plantearse en relación con determinados delitos especiales impropios y sus correspondientes delitos comunes. Pensemos, por ejemplo, en un delito de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima que contempla en el art. 166.1 CP una pena de prisión de diez a quince años. Al cooperador necesario o al inductor en este delito habría que aplicarles la misma pena según el art. 28. En el caso de que tal detención ilegal con desaparición forzada de la víctima la realizara una autoridad o funcionario público, la pena establecida en el art. 167.1 es de prisión de diez a quince años en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Por tanto, el juez puede imponer la pena señalada en su mitad superior, esto es, una pena de prisión

⁵³ Véase PEÑARANDA RAMOS, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 349 s.; EL MISMO, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP», p. 1450, n.p. 88. FRISTER también ha expuesto esta objeción para rechazar la aplicación de lo dispuesto en el § 28 I del StGB y la correspondiente disminución obligatoria de la pena que recoge el § 49 I del StGB a los delitos especiales impropios relacionados con la Administración pública. Véase FRISTER, *FS-Puppe*, 2011, p. 456.

de 12 años 6 meses y 1 día hasta 15 años. Si interviene un cooperador necesario o un inductor *extraneus* y el juez aplica la atenuación en un grado sobre la pena indicada en virtud del art. 65.3 CP, resultaría una pena de prisión de 6 años y 3 meses hasta 12 años y 6 meses. La imposición del límite mínimo, 6 años y 3 meses, al partícipe *extraneus* puede hacer caer su responsabilidad por debajo del límite trazado —prisión de diez años— en el delito común de detención ilegal con desaparición forzada de la víctima establecido en el art. 166 para inductores y cooperadores necesarios. Con el fin de evitar esta desproporción entre las sanciones previstas en un delito especial impropio y el correspondiente delito común, con la atenuación facultativa de la pena establecida en el art. 65.3 CP el legislador podría permitir la renuncia a la atenuación de la pena del partícipe *extraneus*. Debemos recordar que en los delitos especiales impropios, como el previsto en el art. 167.1 CP, también se protegen bienes jurídicos accesibles en principio al dominio de todos. Pero cuando el bien jurídico ha entrado circunstancialmente en una determinada estructura social dominada por cierta clase de sujetos definidos, el Derecho penal, dada la especial exposición del bien jurídico y su especial vulnerabilidad por el dominio de tales sujetos, valora como más grave el ataque en tales estructuras y otorga una protección especial destacada de la protección general frente a todos⁵⁴. Ello explica asimismo que la relación entre el delito especial impropio y el delito común, desde un punto de vista material, sea una relación valorativa de más grave-menos grave, en la medida en que el contenido de desvalor del delito común está implícito en el del delito especial impropio⁵⁵, aunque éste último implica un plus que no puede ser abarcado por el correspondiente común en el sentido expuesto. La atenuación facultativa de la pena aplicable al cooperador necesario y al inductor *extraneus* en estos delitos especiales permite evitar la posible desproporción que, en su caso, se pudiera plantear entre las sanciones aplicables a estas formas de participación en un delito especial impropio y en el correspondiente delito común.

6. La determinación de la pena del cómplice extraneus en un delito especial por parte de la doctrina y la jurisprudencia

Otra decisión problemática de la regulación del art. 65.3 CP es la limitación de la atenuación de la pena al inductor y al cooperador necesario *extranei* y la correspondiente exclusión del tenor literal del art. 65.3 CP del partícipe *extraneus* que actúa como cómplice⁵⁶. Dicha exclusión no tiene ningún fundamento aunque se haya previsto ya una atenuación general de la pena para el cómplice que interviene en un hecho delictivo en virtud de lo establecido en el art. 63: “a los

⁵⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro, II. Estudio específico del art. 15 Bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, 1986, p. 98.

⁵⁵ Véanse GIMBERNAT ORDEIG, «Concurso de leyes, error y participación en el delito», p. 394; PEÑARANDA RAMOS, en GARCÍA VALDÉS/CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1443.

⁵⁶ En el Anteproyecto de reforma del Código penal que dio lugar, posteriormente, a la LO 15/2003 se propuso la siguiente redacción originaria del apartado 3º del artículo 65 CP: “cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada”. Sobre esta propuesta y su posterior modificación, véanse las consideraciones efectuadas por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 464 ss.

cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito". Al cómplice *extraneus* que haya intervenido con una contribución a la realización de un delito especial le corresponderían dos atenuaciones: una por ser cómplice (art. 63 CP) y otra por no ostentar las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor⁵⁷. Para paliar la inconsecuencia que supone aplicar la atenuación de la pena únicamente al *extraneus* que actúa como inductor y cooperador necesario del art. 65.3 CP, cabe recurrir a la aplicación por analogía *in bonam partem* de lo dispuesto en el último precepto indicado, en virtud del art. 4.1 del Código civil⁵⁸, a los supuestos de participación del cómplice *extraneus*⁵⁹. Lo que deberíamos plantearnos, entonces, es si la *ratio* del dato de la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor en el inductor y en el cooperador necesario en un delito especial, que supone una menor gravedad de lo injusto, presenta una identidad de razón con el dato de la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor en el cómplice en un delito especial, con el fin de apreciar una analogía legal. La respuesta tiene que ser por fuerza afirmativa ya que la única diferencia entre la participación de un inductor y cooperador necesario *extranei* en un delito especial y la participación de un cómplice en la misma clase de delitos, se centra en la valoración diferente de la aportación (menor gravedad de la aportación del cómplice) que realiza cada uno de estos partícipes en relación con el hecho cometido por el autor⁶⁰. Estos argumentos son los que se

⁵⁷ Antes de la entrada en vigor del artículo 65.3 CP, se mostraba partidario de una doble atenuación de la pena aplicable al cómplice *extraneus* en un delito especial, desde el punto de vista de la tesis de los delitos de infracción de un deber, SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, p. 273. También ROSA CORTINA, «El nuevo tratamiento penal de la participación del *extraneus* en delitos especiales», *La Ley*, (6297), 2005, p. 1325. Tras la entrada en vigor del precepto indicado véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delito de infracción de deber», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 314 s.; EL MISMO, «Réplica», pp. 466 s.

⁵⁸ Según el artículo 4.1 del Código civil: "*Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*".

⁵⁹ De acuerdo también con esta solución SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, pp. 466, 476.

No podemos utilizar el recurso de la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.7 CP en relación con el artículo 65.3, que establece que son circunstancias atenuantes "*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*", porque en el catálogo de tales circunstancias contempladas en el artículo 21 CP no se menciona ninguna de la que quepa deducir por analogía, un fundamento para una atenuación de la pena de aquel partícipe en quien no concurre las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor. Sin embargo, aplica a los cómplices *extranei* en un delito especial propio, la atenuación prevista en el artículo 65.3 CP por analogía con base en el artículo 21.7, ZUGALDÍA ESPINAR, «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios. (Análisis del art. 65.3 del Código penal)», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005 p. 971.

⁶⁰ Argumenta en contra de esta solución GÓMEZ MARTÍN, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 401, objetando que "el tratamiento unitario de inductor, cooperador necesario y cómplice *extraneus* previsto en el precepto que nos ocupa carece de todo fundamento dogmático". *Cursivas en el original*. Conviene subrayar al respecto que en mi propuesta, precisamente, no existe un tratamiento unitario para el inductor, cooperador necesario y cómplice, porque se tiene en cuenta la valoración diferente de la aportación que realiza cada uno de estos partícipes en relación con el hecho cometido por el autor. Por ello el cómplice merece dos atenuaciones en el sentido explicado en el texto y no sólo una.

Esta analogía *in bonam partem* no contradice, en mi opinión, lo que establece el artículo 4.1 y 3 CP. Tal y como sugiere GRACIA MARTÍN para poder aplicar eximentes por analogía, en el artículo 4.3 CP, se ha introducido la mención expresa de la alternativa de petición de indulto como remedio para los casos en que, estimando el Juez o el Tribunal que la acción u omisión no debieran ser penadas, no hayan podido excluir la punibilidad ya antes ni

exponen en la STS n.º. 841/2013, de 18 de noviembre, cuando afirma que “es cierto que explícitamente el artículo 65.3 no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo. Y siendo así, la aplicación del artículo 63 CP obliga necesariamente a bajar un grado la pena por su condición de cómplice, pero ningún efecto beneficioso se produce por el hecho de no ostentar las condiciones del sujeto activo, por lo que el principio de proporcionalidad de las penas y el de legalidad obligan a no dejar de aplicar una norma favorable precisamente por no ostentar una condición. Cosa distinta sería que se argumentase de otro modo para no ejercer la rebaja facultativa del 65.3 C.P. No aplicándola se equipararía su condición de cómplice a la de inductor o cooperador necesario en las que opera o puede operar la rebaja. La Fiscalía General del Estado en Circular 2/2004 de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como extraneus”⁶¹.

No obstante, algunos autores rechazan la aplicación de dos atenuaciones al cómplice *extraneus* en un delito especial. ROBLES PLANAS y RIGGI estiman que no debe operar una doble rebaja penológica en el caso de los cómplices, porque “la referencia del art. 65.3 CP a los inductores y cooperadores necesarios debe entenderse como mero recordatorio de la necesidad de graduar la responsabilidad en las formas de intervención que sean de menor importancia también en los *delitos especiales* (aquí llamados *delitos de posición*). Aquellas que fenomenológicamente aparezcan como de *autoría legal* (esto es, inducción o cooperación necesaria), deben ser finalmente calificadas como de *complicidad* si, tras la valoración de todas las circunstancias que determinan la relevancia de las aportaciones, debe llegarse a la conclusión de que aquéllas presentan una menor intensidad. Ciertamente, hacer afirmar al art. 65.3 CP que ‘todo interviniente puede ser considerado cómplice cuando su aportación sea de menor relevancia que la del autor’, no es hacerle afirmar demasiado”⁶². Al respecto es preciso indicar que esta interpretación podría resolver la cuestión relativa a la atenuación de la pena del cómplice que participa en un delito especial, pero, sin embargo, resulta no sólo muy forzada sino que además se le hace decir algo al

siquiera mediante la aplicación de una eximente por analogía, por no haber “ semejanza e identidad de razón ” en el suceso enjuiciado con respecto al supuesto de hecho de alguna de las eximentes reguladas expresamente en el Código y no ser procedente, por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código civil, la aplicación analógica de la ley. A juicio de este autor si se acoge esta interpretación, cabría aplicar por analogía al desistimiento en los actos preparatorios la exención del artículo 16.2 CP para el desistimiento en la ejecución, pues no cabe duda acerca de la semejanza de los supuestos y de la identidad de razón de los mismos. Véase GRACIA MARTÍN, «El “*iter criminis*” en el Código penal español de 1995», en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, CDJ, (27), 1996, p. 268. Desde mi punto de vista cabe argumentar de la misma manera en la aplicación de la atenuación facultativa de la pena al cómplice por analogía de la prevista para los inductores y cooperadores necesarios.

⁶¹ Parece que se rechaza una doble rebaja de la pena para el cómplice *extraneus* en un delito especial en la STS n.º. 627/2016, de 13 de julio: “Degradación penológica del art. 65.3 y degradación por complicidad son dudosamente acumulables según un importante sector doctrinal. La dicción del art. 65.3 parece clara: alcanza solo al cooperador necesario y al inductor (STS 277/2015, de 3 de junio). No ha sido siempre excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia (art. 63 más art. 65.3)”. La jurisprudencia alemana ofrece dos posiciones: una parte de la jurisprudencia alemana rechaza una doble rebaja de la pena por el § 49 I en relación con el § 28 I del StGB cuando estamos ante una conducta de cooperación ya que le corresponde una atenuación en virtud del § 27 II del StGB; véase KINDHÄUSER, «§ 28», *LPK-StGB*, 7ª ed., 2007, n.m. 3. Otro sector estima que caben las dos rebajas de la pena; véase JOECKS, «§ 28», *MiKoStGB*, 3ª ed., 2017, n.m. 54.

⁶² Véanse ROBLES PLANAS/RIGGI, *InDret*, (3), 2008, pp. 23 s.. Cursivas en el original. RIGGI, en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*, 2014, p. 380.

art. 65.3 que no afirma expresamente. Por una parte, dicha interpretación resulta forzada porque las conductas de inducción y de cooperación necesaria son las que se definen en el art. 28 CP, y el art. 65.3 se limita a indicar que si en el inductor y cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, se les podrá aplicar la pena inferior en grado, pero no se afirma que podrán responder como cómplices. Del señalado precepto se deduce que la aportación de un inductor o cooperador necesario *extraneus* en un delito especial puede tener un menor potencial lesivo y, por ello, un menor contenido de injusto por la ausencia en ellos de las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor; pero no se deduce que la aportación al hecho por parte del inductor y del cooperador necesario sea valorativamente idéntica a la aportación del cómplice.

7. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Número</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>SJP Valencia, 20.02.2017</i>	<i>73/2017</i>	<i>Marta Chumillas Moya</i>
<i>SAN, 23.01.2009</i>	<i>4/2009</i>	<i>Juan Francisco Martel Rivero</i>
<i>SAP Albacete, 26.01.2017</i>	<i>39/2017</i>	<i>María Otilia Martínez Palacios</i>
<i>SAP Barcelona, 13.10.2005</i>		<i>Miguel Angel Gimeno Jubero</i>
<i>SAP Barcelona 4.12.2006</i>		<i>Juan Carlos Hortal Ibarra</i>
<i>SAP Barcelona, 30.03.2009</i>	<i>393/2009</i>	<i>José María Pijuán Canadell</i>
<i>SAP Barcelona, 28.09.2010</i>	<i>742/2010</i>	<i>Ana Rodríguez Santamaría</i>
<i>SAP Barcelona, 9.11.2015</i>	<i>888/2015</i>	<i>José Antonio Lagares Morillo</i>
<i>SAP Cádiz, 29.11.2013</i>	<i>416/2013</i>	<i>Francisco Javier Gracia Sanz</i>

<i>SAP Islas Baleares, 23.05.2008</i>	<i>28/2008</i>	<i>Juan Pedro Yllanes Suárez</i>
<i>SAP Islas Baleares, 19.01.2016</i>	<i>12/2016</i>	<i>Diego Jesús Gómez-Reino Delgado</i>
<i>SAP Islas Baleares, 7.07.2016</i>	<i>170/2016</i>	<i>Diego Jesús Gómez-Reino Delgado</i>
<i>SAP Madrid, 8.03.2013</i>	<i>154/2013</i>	<i>Julián Abad Crespo</i>
<i>SAP Madrid, 31.10.2013</i>	<i>154/2013</i>	<i>Ramiro Ventura Faci</i>
<i>SAP Madrid, 23.12.2016</i>	<i>768/2016</i>	<i>Juan Pelayo García Llamas</i>
<i>STS, 2^a, 14.05.1998</i>	<i>668/1998</i>	<i>José Jiménez Villarejo</i>
<i>STS, 2^a, 17.03.2005</i>	<i>350/2005</i>	<i>Andrés Martínez Arrieta</i>
<i>STS, 2^a, 16.03.2006</i>	<i>309/2006</i>	<i>Julián Sánchez Melgar</i>
<i>STS, 2^a, 8.06.2006</i>	<i>627/2006</i>	<i>Andrés Martínez Arrieta</i>
<i>STS, 2^a, 9.06.2007</i>	<i>575/2007</i>	<i>Carlos Granados Pérez</i>
<i>STS, 2^a, 13.07.2007</i>	<i>661/2007</i>	<i>Enrique Bacigalupo Zapater</i>
<i>STS, 2^a, 11.12.2008</i>	<i>817/2008</i>	<i>Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre</i>
<i>STS, 2^a, 25.01.2009</i>	<i>1394/2009</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
<i>STS, 2^a, 18.09.2009</i>	<i>920/2009</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
<i>STS, 2^a, 23.12.2009</i>	<i>1300/2009</i>	<i>Luciano Varela Castro</i>
<i>STS, 2^a, 25.06.2010</i>	<i>606/2010</i>	<i>Luciano Varela Castro</i>

<i>STS, 2^a, 20.10.2010</i>	<i>1080/2010</i>	<i>Luciano Varela Castro</i>
<i>STS, 2^a, 30.11.2011</i>	<i>1388/2011</i>	<i>Julián Sánchez Melgar</i>
<i>STS, 2^a, 19.04.2012</i>	<i>286/2012</i>	<i>Joaquín Giménez García</i>
<i>STS, 2^a, 13.07.2012</i>	<i>636/2012</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
<i>STS, 2^a, 17.07.2012</i>	<i>641/2012</i>	<i>Carlos Granados Pérez</i>
<i>STS, 2^a, 17.04.2013</i>	<i>316/2013</i>	<i>Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre</i>
<i>STS, 2^a, 7.10.2013</i>	<i>740/2013</i>	<i>José Manuel Maza Martín</i>
<i>STS, 2^a, 21.10.2013</i>	<i>853/2013</i>	<i>Alberto Jorge Barreiro</i>
<i>STS, 2^a, 18.11.2013</i>	<i>841/2013</i>	<i>José Ramón Soriano Soriano</i>
<i>STS, 2^a, 26.03.2014</i>	<i>248/2014</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
<i>STS, 2^a, 18.06.2014</i>	<i>494/2014</i>	<i>Manuel Marchena Gómez</i>
<i>STS, 2^a, 20.01.2015</i>	<i>1/2015</i>	<i>Joaquín Giménez García</i>
<i>STS, 2^a, 3.06.2015</i>	<i>277/2015</i>	<i>Antonio del Moral García</i>
<i>STS, 2^a, 7.06.2016</i>	<i>606/2016</i>	<i>José Ramón Soriano Soriano</i>
<i>STS, 2^a, 13.07.2016</i>	<i>627/2016</i>	<i>Antonio del Moral García</i>
<i>STS, 2^a, 20.10.2016</i>	<i>792/2016</i>	<i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>
<i>STS, 2^a, 21.06.2017</i>	<i>651/2017</i>	<i>Andrés Palomo del Arco</i>

8. Bibliografía

BITZILEKIS (1987), «Über die Strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (99), pp. 723 ss.

BOLDOVA PASAMAR (2007), *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona.

CUELLO CONTRERAS (2009), «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *Cuadernos de política criminal*, (97), pp. 19 ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona.

DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN (1993), *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia.

FRISTER (2011), «Gibt es keine unechten oder keine reinen Amtsdelikte?», en PAEFFGEN/BÖSE/KINDHÄUSER/STÜBINGER/VERREL/ZACZYK (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín.

GIMBERNAT ORDEIG (1999), «Concurso de leyes, error y participación en el delito», en *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid.

GÓMEZ MARTÍN (2014), «Réplica», en Robles Planas (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, pp. 383 ss.

————— (2007), «Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de extraneus. (Comentario a la STS 350/2005, de 17 de marzo de 2005. Ponente: Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta)», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (60), pp. 539 ss.

————— (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer y B de F, Madrid-Montevideo.

————— (2005), «La "actuación por otro" y la participación de extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, pp. 421 ss.

GRACIA MARTÍN (2010), «Prólogo», en RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65.3 del Código penal*, Comares, Granada.

————— (2001), «Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 411 ss.

————— (1996), «El "iter criminis" en el Código penal español de 1995», en *El sistema de*

responsabilidad en el nuevo Código penal, Cuadernos de Derecho Judicial, (27), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 257 ss.

————— (1993), «Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal», *Actualidad Penal, (16), pp. 221 ss.*

————— (1986), *El actuar en lugar de otro, II. Estudio específico del art. 15 Bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.

————— (1985), *El actuar en lugar de otro, I. Teoría General*, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.

HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada.

JAKOBS (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín [*Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2^a ed., (Trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997].

JOECKS (2017), «§ 28», en EL MISMO/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3^a ed., C. H. Beck, Múnich.

KINDHÄUSER (2017), «§ 28», en *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7^a ed., Nomos, Baden-Baden.

LAURENZO COPELLO (1997), en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO (coords.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial. t. I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 274 ss.

MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA (2016), en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, pp. 1694.

MUÑOZ CONDE (2017), *Derecho Penal. Parte Especial*, 21^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PEÑARANDA RAMOS (2014), «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, pp. 318 ss.

————— (2008), «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en GARCÍA VALDÉS/ CUERDA RIEZU/MARTÍNEZ ESCAMILLA/ALCÁCER GUIRAO/VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, pp. 1419 ss.

————— (1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Civitas, Madrid.

PUPPE (2008), «Die Akzessorietät und ihre Limitierung», *Zeitschrift für die gesamte*

Strafrechtswissenschaft, (120), pp. 504 ss.

————— (2005), «§§ 28, 29», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *NomosKommentar Strafgesetzbuch*, t. I, 2^a ed., Baden-Baden.

REBOLLO VARGAS (2013), «Lección 10^a. La infidelidad en la custodia de documentos», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.)/MANJÓN-CABEZA OLMEDA/VENTURA PÜSCHEL (coords.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial, III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 299 ss.

RIGGI (2014.), «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, pp. 359 ss.

————— (2005), «El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales», *Revista de Derecho penal*, (15), pp. 11 ss.

ROBLES PLANAS (2014), «Réplica», en EL MISMO (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, pp. 351 ss.

————— (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

————— (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.

ROBLES PLANAS/RIGGI (2008), «El extraño artículo 65.3 del Código penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación», *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (4).

ROSA CORTINA (2005), «El nuevo tratamiento penal de la participación del extraneus en delitos especiales», *La Ley*, (6297), D-179.

ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9^a ed., Walter de Gruyter, Berlín.

RUEDA MARTÍN (2010), *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, Comares, Granada.

————— (2001), «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», *Revista de Derecho penal y Criminología*, (8), pp. 127 ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014), «Delito de infracción de deber», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, pp. 288 ss.

————— (2014), «Réplica», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires, p. 432 ss.

————— (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002 Marcial Pons,

Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (2014), «Prólogo», en ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, B de F, Buenos Aires.

————— (2005), «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extranei hasta la imposición de intereses de demora», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, pp. 899 ss.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2003), *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, Santiago de Compostela.

ZUGALDÍA ESPINAR (2005), «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios. (Análisis del art. 65.3 del Código penal)», en CARBONELL/DEL ROSAL/MORILLAS/ORTS/QUINTANAR (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, pp. 965 ss.