

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PARTÍCIPE EXTRANEUS EN UN DELITO RELACIONADO CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA^(*)^(**)

M^o ÁNGELES RUEDA MARTÍN

A mi querido Maestro, Luis Gracia Martín, Catedrático de Derecho penal, in memoriam, con un profundo agradecimiento por su elevado magisterio en la investigación jurídica y por todas sus experiencias académicas compartidas

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA PARTICIPACIÓN DE UN INDUCTOR Y COOPERADOR NECESARIO EXTRANEUS EN UN DELITO RELACIONADO CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.– III. EL MERECIMIENTO DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA DEL CÓMPLICE EXTRANEUS EN UN DELITO ESPECIAL.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Con la introducción del apartado 3^o en el art. 65 del Código penal, en adelante CP, 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. En el presente trabajo se analizan las decisiones de nuestra jurisprudencia sobre el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial, ya sea propio o impropio, relacionado con el ejercicio de la función pública, prestando especial interés al 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 cabe apreciar tal aminoración de la pena.

Palabras clave: delito especial; participación; dominio del hecho.

ABSTRACT: *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*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 12 de enero de 2021 y evaluado favorablemente para su publicación el 25 de enero de 2021.

(**) 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, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 26/03/2020).

offences where a certain condition is required to be principal. This paper analyses the decisions of our jurisprudence on the problem regarding the quantum of the penalty to be imposed to the extraneus who participates in a special crime, whether proper or improper, related to the exercise of a public function. Particular attention is devoted to the reason which justifies the optional reduction of the sentence of certain necessary cooperators and inducers extranei in a special crime, compared to other cases in which, in the opinion of our legislator, such reduction of the sentence cannot be appreciated.

Key words: Special offence, participation, control over the act.

I. INTRODUCCIÓN

Una investigación sobre cualquier delito relacionado con el ejercicio de la función pública en el CP, en el que se exige una determinada condición para ser autor y que constituye un elemento del tipo objetivo, la de ser funcionario público o autoridad (1), requiere examinar, entre otras cuestiones, el tratamiento de la participación de un *extraneus* en tales delitos y en quien no concurren las condiciones personales exigidas en el autor. El propio CP establece una solución que, sin embargo, plantea algunos problemas: «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 otro lugar, he concluido que 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*, ya que en el extraño se muestran dos clases de elementos de signo contrapuesto. Por un lado, en el *extraneus* que participa con pleno conocimiento en un hecho subsumible en un delito especial existe un elemento que para él 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*. El mantenimiento de la unidad del título de imputación se explica porque todos los que intervienen en el hecho 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

(1) El CP proporciona un concepto penal específico de funcionario público o autoridad en el art. 24 según el cual, «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

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. Por otro lado, el partícipe extraño se halla 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 (2). Cuando nos encontramos con la participación de *extranei* en un delito especial ya sea propio o impropio, entran en concurso ambos elementos y en el art. 65.3 CP se prevé una consecuencia en cuanto a la aplicación de la pena de dichos partícipes, por cierto en un sentido parecido a la propuesta planteada por GRACIA MARTÍN (3). En los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial, el indicado precepto ha resuelto expresamente, desde mi punto de

(2) Véase una explicación más detallada de estas conclusiones en M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 119-131); M^o. A. RUEDA MARTÍN (2018: 13-20).

(3) GRACIA MARTÍN expuso una sugerente fundamentación concursal que ha pasado prácticamente desapercibida en nuestra doctrina, para resolver el tratamiento de la participación de extraños en delitos especiales, aunque su validez debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 65.3 CP. Esta fundamentación concursal tiene los siguientes presupuestos. En primer lugar, el concurso ideal de delitos o de hechos punibles en general es una entidad superior y diferenciada de los delitos individuales que la integran y posee elementos propios, de modo que dejando a estos intactos en su estructura, es posible intervenir en el propio tipo objetivo y subjetivo del concurso mediante la aplicación de aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad que concurren, es decir, cuando el sujeto conozca aquellos datos situacionales que permiten apreciar conjuntamente dos o más delitos. Véase la exposición de su tesis en la obra conjunta con J. L. DIEZ RIPOLLÉS/L. GRACIA MARTÍN (1993: 165 ss.). GRACIA MARTÍN se adhirió a la opinión de MIR PUIG conforme a la cual por encima de los delitos individuales que componen el complejo del concurso ideal, existe un «tipo subjetivo» específico y privativo del propio complejo concursal. Con estas premisas asentadas, planteó la construcción de un concurso ideal entre un tipo privilegiado y uno agravado de otro básico o fundamental, en el que la consecuencia jurídica reflejara que el elemento de signo favorable incide sobre el elemento de signo desfavorable en el marco penal correspondiente en un sentido compensatorio, reduciéndolo. Véase (1993: 145 y 146, 165 y 166). Uno de los ejemplos utilizados por GRACIA MARTÍN para explicar esta conclusión se centraba en el complejo concursal (ideal) entre la participación en un homicidio y la participación de un extraño en un parricidio, sobre el cual aplicaba la circunstancia atenuante analógica de no parentesco en relación con el anterior CP. 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 basa 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 CP, porque este precepto preveía solo la consecuencia jurídica para el concurso ideal de delitos entre elementos típicos del mismo signo desfavorable para el autor: la pena del delito más grave en su mitad superior. A juicio de GRACIA MARTÍN, era necesario contemplar expresamente *de lege lata* la consecuencia jurídica para un concurso ideal entre tipos que contengan elementos de responsabilidad de signo contrario. Véase (1993: 145 y 146).

vista, el concurso ideal 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. El elemento de signo *favorable* incide en el marco penal correspondiente del elemento de signo *desfavorable* en un sentido compensatorio, si se opta por la aplicación de la pena inferior en un grado a la pena del correspondiente delito especial (4). Como ha indicado PEÑARANDA RAMOS, generalizando ahora esta opinión para todos los delitos especiales (5), 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» (6). Ahora bien, en la regulación prevista

(4) Véase más ampliamente M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 119-131); M^o. A. RUEDA MARTÍN (2018: 13-20).

(5) E. PEÑARANDA RAMOS 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 análoga 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 E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1450). No obstante, 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 más ampliamente M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 30-57); M^o. A. RUEDA MARTÍN (2018: 7-13).

(6) R. ROBLES PLANAS/E. J. 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 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 R. ROBLES PLANAS/E. J. RIGGI (2008: 19). *Cursivas en el original*. No podemos compartir esta opinión 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 texto:

por nuestro legislador en el art. 65.3 CP existe, en palabras nuevamente de PEÑARANDA RAMOS, un aspecto «relativamente oscuro» entre otros: «el del carácter meramente facultativo de la rebaja de pena que en él se establece» (7). Se trata 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. El objetivo que tiene este trabajo, entonces, es exponer las decisiones de nuestra jurisprudencia sobre el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial, ya sea propio o impropio, relacionado con el ejercicio de la función pública.

II. LA PARTICIPACIÓN DE UN INDUCTOR Y COOPERADOR NECESARIO *EXTRANEUS* EN UN DELITO RELACIONADO CON EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

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, como se destaca en las SsTS n.º 63/2017, de 8 de febrero; n.º 507/2020, de 14 octubre, y n.º 589/2020, de 10 noviembre. Nuestro Tribunal Supremo mantiene la unidad del título de imputación para los partícipes *extranei* cooperadores necesarios e inductores en delitos como la malversación de caudales públicos, la falsedad en documento oficial cometido por funcionario público o la detención ilegal por funcionario policial. En concreto, en la STS n.º 507/2020, de 14 octubre, se afirma que «los arts. 28 y 29 CP no exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio (es decir aquellos —como la malversación— en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor. Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (art. 28.1º) pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria, art. 28.2). Es decir, dicha punición es perfectamente compatible con nuestro ordenamiento para supuestos como el presente contempla, como “*extraneus*” a aquel que sin

el partícipe *extraneus* contribuye en el ataque accesorio al bien jurídico en el seno de unas estructuras sociales o institucionales en las que puede ser lesionado más fácilmente. Véase más ampliamente Mº. A. RUEDA MARTÍN (2010: 83-117); Mº. A. RUEDA MARTÍN (2018: 13-20).

(7) Véase E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 347).

cumplir los requisitos propios del autor del ilícito, sea funcionario o autoridad, sin embargo sí que se le puede atribuir la participación como cooperador necesario en el delito que ejecuta, en concepto de autor, el funcionario (STS n.º 740/2013, de 7 de octubre), sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la degradación penológica del art. 65.3 CP».

En la STS n.º 651/2017, de 3 de octubre, en relación con el delito de malversación de caudales públicos previsto en el art. 432.1 CP también se concluye 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, de 18 de septiembre —y las remisiones que realiza a la STS n.º 668/1998, de 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». Finalmente, la STS n.º 853/2013, de 21 de octubre, expone asimismo que: «es 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)».

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 en algunos casos 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 n.º 841/2013, de 18 de noviembre). En la STS n.º 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» (8). Ahora bien, como se apunta en las SsTS n.º 494/2014, de 18 de junio; n.º 508/2015, de 27 de julio; n.º 891/2016, de 25 de noviembre y n.º 507/2020 de 14 octubre: «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 con-

(8) En la STS n.º 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 n.º 641/2012, de 17 de julio y n.º 309/2006, de 16 de marzo. Véase también la sentencia del Juzgado de lo Penal de Valencia n.º 73/2017, de 20 de febrero.

currencia 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 n.º 589/2020, de 10 noviembre; n.º 497/2020, de 8 octubre; n.º 163/2019, de 26 marzo; n.º 511/2018, de 26 octubre; n.º 446/2017, de 21 de junio; n.º 792/2016, de 20 de octubre; n.º 627/2016, de 13 de julio; n.º 606/2016, de 7 de julio; n.º 277/2015, de 3 de junio; n.º 1/2015, de 20 de enero; n.º 494/2014, de 18 de junio; n.º 841/2013, de 18 de noviembre; n.º 853/2013, de 31 de octubre; n.º 316/2013, de 17 de abril; n.º 636/2012, de 13 de julio; n.º 286/2012, de 19 de abril; n.º 1388/2011, de 30 de noviembre; n.º 1080/2010, de 20 de octubre; n.º 606/2010, de 25 de junio; n.º 1300/2009, de 23 de diciembre; n.º 661/2007, de 13 de julio; n.º 627/2006, de 8 de junio; n.º 309/2006, de 16 de marzo; SAN n.º 2/2019, de 3 junio. Asimismo, destacamos las siguientes resoluciones de Audiencias Provinciales: SAP de Granada n.º 361/2019, de 26 septiembre; SAP de Cádiz n.º 312/2019, de 8 octubre; SAP de Las Palmas n.º 458/2018, de 13 diciembre; SAP de Málaga n.º 400/2018, de 15 noviembre; SAP de Albacete n.º 39/2017, de 26 de enero; SAP de Madrid n.º 768/2016, de 23 de diciembre; SAP de las Islas Baleares n.º 170/2016, de 7 de julio; SAP de las Islas Baleares n.º 12/2016, de 19 de enero; SAP de Barcelona n.º 888/2015, de 9 de noviembre; SAP de Cádiz n.º 416/2013, de 29 de noviembre; SAP de Madrid n.º 154/2013, de 31 de octubre; SAP de Madrid n.º 154/2013, de 8 de marzo; SAP de Barcelona n.º 742/2010, de 28 de septiembre; SAP de Barcelona n.º 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: n.º 891/2016, de 25 noviembre; n.º 277/2015, de 3 de junio; n.º 841/2013, de 18 de noviembre; n.º 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 conducta (9). En algunas sentencias se emplea un criterio de gravedad similar

(9) En la STS n.º 627/2006, de 8 de junio de 2006 se establece que: «en el caso de autos procede atender esta menor 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

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, en función de si se facilita 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». De forma similar se pronuncia la STS n.º 643/2018, de 13 diciembre en relación con el delito de administración desleal. 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:

funcionarial y el ejercicio de esa facultad, debe ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcionarial, 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 STS n.º 350/2005, de 17 de marzo, comentada por V. GÓMEZ MARTÍN (2007: 539 ss.).

«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». 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.

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» (10). 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 especiales (11).

(10) Véase E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 1430 ss.).

(11) 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 F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS (2003: 340 ss.).

Veamos cómo ha contemplado el legislador las aludidas exigencias de respeto entre unos y otros en unos ejemplos en el marco de los delitos relacionados con el ejercicio de la función 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 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» (12). 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 del delito tipificado en el art. 414.2 CP. 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*. A mi juicio, todos los delitos relativos al ejercicio de una función pública son delitos especiales de dominio social (13). Según GRACIA MARTÍN, el dominio social penalmente relevante se caracteriza y, a la vez, se concreta: a) porque el bien jurídico solo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social e institucional de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que aquel debe desarrollar y cumplir una función social específica (14); b) porque dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial y permanente, o bien solo de un modo ocasional al bien jurídico (función de dominio social) (15); y c) porque solo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de esta es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social). Las acciones de dominio social

(12) Véanse F. MORALES PRATS/M^o J. RODRÍGUEZ PUERTA (2016: 1694). Coincide R. REBOLLO VARGAS (2013: 303).

(13) Véase M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 30-51).

(14) Véase L. GRACIA MARTÍN (1985: 361 ss.).

(15) Véase L. GRACIA MARTÍN (1985: 364 ss.).

son características y, por eso, típicas del ejercicio de funciones que desempeñan exclusivamente determinados sujetos en ámbitos específicos de dominio, o aun no siendo inherentes al ejercicio de las funciones que se desarrollan en tales ámbitos, sin embargo se cargan de una intensidad y de un significado específicos y relevantes cuando se llevan a cabo precisamente en relación y con motivo del ejercicio de una función social o institucional (16). En virtud del acceso al dominio social típico establecido en el art. 414.2 CP se realiza la conducta por el particular tipificada como delito, que fundamenta un desvalor diferente del que se recoge en el delito de daños. Además, 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 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 CP (17) 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 concurren 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 consumación formal y la terminación o agotamiento del delito (18). El fundamento en virtud del

(16) Véase L. GRACIA MARTÍN (1985: 368 ss.)

(17) 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*».

(18) Véanse G. JAKOBS (1991, 708 ss.); N. BITZLEKIS (1987: 733).

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. 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 de la pena para la participación de extraños en los delitos especiales. Debemos exponer, seguidamente, en qué supuestos cabe renunciar a la atenuación de la pena del cooperador necesario y del inductor *extraneus* en un delito especial.

En primer lugar, en los delitos especiales, como sucede en los delitos comunes, es necesario distinguir diversas formas de codelinuencia. 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 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 *intranei* quede prácticamente excluida porque en tales casos la intervención de un *intranei* sólo puede ser a título de autor. En tales casos sólo cabe apreciar una autoría de un *intraneus* 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 *intranei* (19), en esta clase de supuestos particulares circunscritos a determinados delitos especiales propios en los que no existiría la posibilidad de participación de *intranei*, el legislador permite renunciar a la aplicación de la atenuación de la pena en los mencionados partícipes *extranei* (20).

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

(19) Véase más ampliamente sobre el menor potencial lesivo de las acciones de los partícipes *extranei*, que degrada la medida de su injusto. M^o. A. RUEDA MARTÍN (2010: 115-117).

(20) En contra, no obstante, E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 348 ss.), 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 *intranei* 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 V. GÓMEZ MARTÍN (2014: 400 ss.).

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, 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 impropio (21), 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 condición (22). 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

(21) Véanse E. GIMBERNAT ORDEIG (1999: 394); E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1443).

(22) 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 E. PEÑARANDA RAMOS (1991: 162 ss., 187 ss.).

un *intraeus* 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, aunque no se contempla de momento un ejemplo en nuestro CP en relación con los delitos relacionados con el ejercicio de la función pública. Pensemos, sin embargo, en unas coacciones leves infligidas a una mujer por A (esposo de la víctima) y por 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 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. 251.2^o 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. 251.2^o por ser la ley especial. El extraño C realiza como cooperador necesario el tipo del art. 251.2^o 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» (23). 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 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

(23) Véase E. PEÑARANDA RAMOS (2014: 349 ss.); E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1450, nota 88). H. 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 H. FRISTER (2011: 456).

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 todos (24). 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 impropio (25), 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.

III. EL MERECIMIENTO DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA DEL CÓMPLICE *EXTRANEUS* EN UN DELITO ESPECIAL

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 cómplice (26). 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 cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para

(24) Véase L. GRACIA MARTÍN (1986: 98).

(25) Véanse E. GIMBERNAT ORDEIG (1999: 394); E. PEÑARANDA RAMOS (2008: 1443).

(26) En el Anteproyecto de reforma del CP que dio lugar, posteriormente, a la LO 15/2003 se propuso la siguiente redacción originaria del apartado 3^o 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 J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 B: 464 ss.).

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 autor (27). 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 civil (28), a los supuestos de participación del cómplice *extraneus* (29). 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 autor (30).

(27) 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, J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002: 273). También J. M. ROSA CORTINA (2005: 1325). Tras la entrada en vigor del precepto indicado véase J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 a: 314 ss.); J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 b: 466 ss.).

(28) 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».

(29) De acuerdo también con esta solución J. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014 b: 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, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR (2005: 971).

(30) Argumenta en contra de esta solución V. GÓMEZ MARTÍN (2014: 401), objetando que «el tratamiento unitario de inductor, cooperador necesario y cómplice *extraneus* previsto

Estos argumentos son los que se exponen en la STS n.º 507/2020, de 14 de octubre, en un supuesto de complicidad en un delito de malversación de caudales públicos: «es cierto que explícitamente el art. 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 de aplicación el art. 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 art. 65.3 CP. No aplicándola se equipararía su condición de cómplice a la de inductor o cooperador necesario en los que opera o puede operar la rebaja (STS n.º 391/2014, de 8 de mayo)... No ha sido excluida la doble posibilidad de degradación por la jurisprudencia (art. 63 más art. 65.3 CP). La Fiscalía General del Estado en Circular 2/2004, de 22 de diciembre, admitió la doble rebaja, como cómplice y como "extraneus". Consecuentemente en el caso actual si la propia sentencia consideró aplicar a los cooperadores necesarios Elias Anselmo, Emilio Casimiro, Guillerma Hortensia —cabecillas de la trama— la rebaja en un grado de la pena, a los que considera cómplices, como la recurrente, les debió aplicar la misma rebaja que a aquellos del art. 65.3 CP y además la rebaja del art. 63 CP por tener la condición de meros cómplices, lo contrario vulneraría el principio de

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 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 L. GRACIA MARTÍN (1996: 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.

proporcionalidad al imponer la misma pena al cómplice que al cooperador necesario» (31).

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» (32). 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 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

(31) 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 n.º 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 U. KINDHÄUSER (2017: número marginal 3). Otro sector estima que caben las dos rebajas de la pena; véase W. JOECKS (2020: número marginal 54).

(32) Véanse R. Robles Planas/E. J. Riggi (2008: 23 ss.). Cursivas en el original; E. J. Riggi (2014: 380).

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.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BITZILEKIS, Nikolaos (1987): «Über die Strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 99, pp. 723 ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis/GRACIA MARTÍN, Luis (1993): *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 397 pp.
- FRISTER, Helmut (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*, Berlín, Duncker & Humblot, pp. 451 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1999): «Concurso de leyes, error y participación en el delito», *Ensayos Penales*, Madrid, Tecnos, pp. 375 ss.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (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.
- (2014): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 383 ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis (1985): *El actuar en lugar de otro, I. Teoría General*, Zaragoza, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 488 pp.
- (1986): *El actuar en lugar de otro, II. Estudio específico del art. 15 Bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, 290 pp.
- (1996): «El "iter criminis" en el Código penal español de 1995», *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, 27, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 257 ss.
- JAKOBS, Günther (1991): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2^a ed., Berlín, Walter de Gruyter.
- JOEKS, Wolfgang (2020): «§ 28», en JOEKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 4^a ed., München, C. H. Beck.
- KINDHÄUSER, Urs (2017): «§ 28», *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar*, 7^a ed., Baden-Baden, Nomos.

- MORALES PRATS, Fermín/RODRÍGUEZ PUERTA, M^o José (2016): en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10^o ed., Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 1694 pp.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique (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*, tomo II, Madrid, Edisofer, pp. 1419 ss.
- (2014): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 318 ss.
- (1991): *Concurso de leyes, error y participación en el delito. Un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación*, Madrid, Civitas, 212 pp.
- REBOLLO VARGAS, Rafael (2013): 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*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 299 ss.
- RIGGI, Eduardo Javier (2014): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 359 ss.
- ROBLES PLANAS, Ricardo/RIGGI, Eduardo Javier (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, 29 pp.
- ROSA CORTINA, José Miguel de la (2005): «El nuevo tratamiento penal de la participación del *extraneus* en delitos especiales», *La Ley*, 6297, D-179, pp. 1321 ss.
- RUEDA MARTÍN, M^o Ángeles (2010): *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, Granada, Comares, 145 pp.
- (2018): «El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código penal español», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3, 37 pp.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2014 a): «Delito de infracción de deber», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 288 ss.
- (2014 b): «Réplica», en R. ROBLES PLANAS (dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires, B de F, pp. 432 ss.

- (2002): *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 327 pp.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (2003): *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 519 pp.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (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*, Madrid, Dykinson, pp. 965 ss.