

REFLEXIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

M^a ÁNGELES RUEDA MARTÍN

Dra. en Derecho. Profesora de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO DELITOS ESPECIALES.

1. Delitos comunes y delitos especiales. 2. Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración pública. 2.1. *La infracción de un deber jurídico*. 2.2. *La relación entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido*. 3. La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública. 3.1. *El dominio social como accesibilidad al bien jurídico*. 3.2. *La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal*. 3.3. *Las características de la acción típica de dominio social*.

III. SUJETOS ACTIVOS QUE NO OSTENTAN EL STATUS FORMAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD

1. Supuestos de autoría de un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas expresamente tipificados. 2. Supuestos de autoría de un particular expresamente tipificados. 3. Supuestos de participación expresamente tipificados. **IV. EL PARTÍCIPE EXTRANEUS EN LOS DELITOS COMETIDOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR UN INTRANEUS** 1. La diferenciación en el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios 2. La atenuación de la pena del partícipe extraneus en un delito especial.

I. Introducción

Una investigación sobre los delitos contra la Administración Pública regulados en el Título XIX¹ en los artículos 404 a 445 del Código penal de 1995 como prototipo de los delitos especiales², requiere el tratamiento de las dificultades que plantea desde un punto de vista dogmático la participación en tales delitos³, lo cual se ha convertido, con carácter general, en un tema profundamente controvertido⁴. Los problemas fundamentales en torno a los delitos especiales se circunscriben a la teoría de la autoría y de la participación⁵. Por una parte, en el ámbito de la participación la mayor parte de las cuestiones dudosas,

* Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; AT: Allgemeiner Teil; CP: Código penal; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; EpenCr: Estudios penales y criminológicos; FS: Festschrift; GA: Goltammer's Archiv für Strafrecht; LH: Libro Homenaje; LK: Leipziger Kommentar; ob. cit.: obra citada; PG: Parte General; RDPCr: Revista de Derecho Penal y Criminología; SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch; Vol.: volumen; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

¹ Véanse en torno a esta rúbrica, a mero título de ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12^a ed, pp. 921 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, pp. 77 y ss.; MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^a ed., Aranzadi, pp. 1161 y ss.; RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, pp. 35 y ss.

Crítico OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Derecho penal, poderes públicos y negocios. (Con especial referencia a los delitos de cohecho)*, LH-Torío López, 1999, pp. 866 y 867.

² Sobre los delitos contra la Administración Pública como delitos especiales, cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., pp. 118 y 119. También destacan la importancia del bloque de delitos de funcionarios en el estudio de los delitos especiales QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 29; ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 281; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12^a ed, p. 926. En relación a los §§ 331 y ss. del StGB, JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 176 [trad. p. 214]; WAGNER, H.: *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, p. 21; ROEDER, ZStW, 69, p. 252; JESCHECK, H. H.: LK, 11^a ed., 1997, comentario previo al § 331, n^o 10.

³ MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN señalan que, en la actualidad, los problemas de participación en los delitos especiales se plantean casi exclusivamente con relación a los delitos contra la Administración pública cometidos por Autoridad o funcionario público; cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4^a ed., tirant lo blanch, 2000, p. 516.

⁴ Cfr. con carácter general y no sólo circunscrito a los delitos contra la Administración pública, HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, p. 303.

⁵ Cfr. LANGER, W.: *Das Sonderverbrechen*, p. 462. ROXIN considera que la significación práctica de los delitos de infracción de un deber como fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en determinados delitos, reside ante todo en el ámbito de la autoría y participación; cfr. ROXIN, C.: *Diskussion im Ansch-*

como ha señalado Samson, «se pueden reconducir a la problemática de en qué modo se han de repartir los elementos del tipo de delito entre los autores principales y los partícipes, de qué elementos tiene que mostrar el partícipe y cuáles el autor principal»⁶. Por otra parte, se plantea el problema relativo al *quantum* de la pena a imponer al *extraneus* que participa en un delito especial —propio o impropio— cometido por un *intraeus*, y en quien no concurren las condiciones personales exigidas en el autor. En nuestro ordenamiento jurídico penal, a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán⁷, no se resuelve esta cuestión de un modo expreso lo que nos obliga de *lege lata* a deducir la pena a imponer al partícipe *extraneus* del marco correspondiente al autor *intraeus*⁸. La situación que se deriva de una estricta aplicación de la ley penal ha sido calificada de “insatisfactoria”⁹, razón por la cual la doctrina ha propuesto una solución que se evidencia asimismo en una nueva corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, que supone la atenuación de la pena del partícipe no cualificado en un delito especial y la equiparación punitiva del partícipe *extraneus* en un delito especial propio respecto del partícipe en un delito especial impropio¹⁰.

El punto de partida con el que debemos comenzar es la determinación del fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos especiales a determinadas categorías de sujetos, ya que ello condicionará tanto el tratamiento de la participación del *extraneus* en esta

luß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, p. 414.

⁶ Cfr. SAMSON, H. J.: SK, 5ª ed., comentario previo al § 26, n.º 3, p. 36; de acuerdo PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 336. MIR PUIG señala igualmente que «un importante problema particular que plantea la accesoriedad de la participación es si deben comunicarse al partícipe las *condiciones personales* del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren»; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 15/40.

⁷ Sobre la regulación positiva en Alemania del partícipe *extraneus* en el delito especial véase STRATENWERTH, G.: *Strafrecht*, AT, 4ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln, 2000, § 12, n.º 191 y 192.

⁸ Véase, en este sentido GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, Ed. Prensas Universitarias de Zaragoza, p. 115, nota 64.

⁹ Cfr., por ejemplo, CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, p. 95.

¹⁰ Sobre esta corriente jurisprudencial, véanse, CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, pp. 95 y ss.; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995)*, AP, n.º 8, 1996, pp. 19 y ss.; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 72 y ss., en relación con el delito de prevaricación de los funcionarios públicos.

clase de delitos, como la cuestión de si le corresponde al partícipe *extraneus* una pena atenuada por no concurrir en él la cualidad de funcionario público, atendiendo según un sector doctrinal a una mejor individualización de la pena¹¹.

II. Los delitos contra la Administración Pública como delitos especiales.

1. Delitos comunes y delitos especiales

En la doctrina se maneja la distinción entre delitos comunes y delitos especiales en la clasificación de los delitos según la estructura del tipo desde el punto de vista de las características del sujeto activo¹². Cuando los tipos delictivos protegen los bienes jurídicos frente a todos podemos considerar, de acuerdo con un amplio sector de la doctrina al que me adscribo, que estos tipos son “delitos de dominio”¹³, porque el criterio de imputación penal es el “dominio del hecho”¹⁴ en la medida en que se prohíbe a *todos* los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación, tendentes a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico¹⁵. En estos supuestos nos encontramos con los llamados delitos comunes que pueden ser realizados por cualquier persona¹⁶. Los tipos del delito común describen al autor

¹¹ Véase, por ejemplo, MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales*. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995), AP, n^o 8, 1996, p. 21.

¹² Véanse, por ejemplo, LUZON PEÑA, Curso, PG, pp. 304 y 305; CUELLO CONTRERAS, J.: *Derecho penal español*, 2^a ed., p. 401; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4^a ed., tirant lo blanch, 2000, pp. 293 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5^a ed., L 9/45 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 11 y ss.; JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5^a ed., pp. 260 y ss., 266; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 176 [trad. p. 214].

¹³ No toda la doctrina acepta el criterio del dominio del hecho como, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, pp. 135 y ss., 141 y ss.

¹⁴ SILVINA BACIGALUPO considera, sin embargo, que el criterio de imputación en los delitos de dominio es la creación del peligro jurídicamente no permitido; cfr. SILVINA BACIGALUPO, *Algunas cuestiones de participación en el delito fiscal*, RDPCr, n^o 1 extraordinario, 2000, p. 355.

¹⁵ Cfr. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, Ed. Prentas Universitarias de Zaragoza, pp. 350 y ss.; el mismo, AP, n^o 16, 1993, pp. 229 y 230; HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, 1996, p. 303.

¹⁶ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 118; BACIGALUPO, E.: *Principios*, 4^a ed. p. 160; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5^a ed., L 9/45; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 11.

mediante el anónimo “el que”¹⁷, aunque no siempre es así¹⁸. En cambio, los delitos especiales se caracterizan porque la acción típica sólo puede ser realizada por aquella persona que reúne determinadas cualidades¹⁹ que precisan más al sujeto de la norma, al autor del acto normado²⁰. *Quintero Olivares*, siguiendo a *Piotet*, ha señalado que siempre que una condición personal se exija por el sentido del tipo, estaremos en presencia de un delito especial²¹. Los delitos especiales se dividen, a su vez, en propios e impropios. Los delitos especiales propios no tienen una figura delictiva común paralela mientras que los delitos impropios sí tienen una correspondencia con un delito común²². Sin embargo, la distinción entre delito común/delito especial no es una distinción meramente formalista sino que tiene un fundamento material, en virtud del cual se explica la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos. Si bien es cierto que, como señalara *Quintero Olivares*, definir lo que significa el con-

¹⁷ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 118; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 356; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 9/45.

¹⁸ Un precepto en el que el legislador utiliza el anónimo «el que» sin que se trate de un delito común sino especial, es el artículo 257 del Código penal de 1995, donde se recoge en su primer apartado que «Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: 1º El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». Al analizar la acción típica observamos que no cualquier persona puede ser este «el que», sino sólo aquellos que por tener facultades de disposición de un patrimonio pueden atacar de forma penalmente relevante el bien jurídico protegido. Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 383. O, por ejemplo, también el artículo 217 del CP: «el que contrajere segundo o ulterior matrimonio», exige la condición de cónyuge en un primer matrimonio.

¹⁹ Véanse PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pp. 344 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, Civitas-P.U.Z., 1995, pp. 302 y ss.; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 88 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 14 y ss.; CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 119; LUZON PEÑA, D. M.: *Curso*, PG, p. 304; ROXIN, C.: *Strafrecht*, AT, 3ª ed., 10/128, p. 283. DIEZ RIPOLES ha señalado que el fundamento del acceso restringido de la cualidad personal del sujeto activo en los delitos especiales radica en «la especial significación para el injusto específico del precepto de tales elementos, que llega al punto de que se cierre el acceso al injusto típico a todo aquel que no acceda a esos elementos de modo inmediato y completo»; cfr. DIEZ RIPOLES, J. L.: *Una interpretación provisional del concepto de autor*, RDPCr, nº. 1, 1998, p. 51.

²⁰ Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 134.

²¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 15.

²² Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 119; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 9/46 y 48; LUZON PEÑA, D. M.: *Curso*, PG, pp. 304 y 305; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 31; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 95; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 176 [trad. p. 214]. En torno a esta clasificación y otras, véase LANGER, W.: *Das Sonderverbrechen*, pp. 61 y ss.

cepto de delito especial en la doctrinal es excepcional²³, hay que mencionar los esfuerzos de *Langer*²⁴, *Stratenwerth*²⁵, *Jakobs*²⁶, *Sánchez-Vera*²⁷ y *Gracia Martín*²⁸. Se plantea así la cuestión de explicar la naturaleza y el fundamento material por el que algunos tipos limitan la esfera de posibles autores.

2. *Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración Pública*

En un gran número de los delitos contra la Administración pública se exige una determinada condición para ser autor que constituye un elemento del tipo objetivo: la de ser funcionario público o Autoridad²⁹. En general, en la mayoría de los delitos especiales y, en concreto, en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, se han indicado dos vías que fundamentan la limitación de la esfera de posibles autores a los funcionarios públicos o Autoridades. Para la primera vía, si bien es cierto que el dominio del hecho es un criterio que se utiliza para determinar el concepto de autor en la mayor parte de los delitos, no es un principio universal que pueda ser aplicado por igual a toda clase de de-

²³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 17.

²⁴ Cfr. LANGER, W.: *Das Sonderverbrechen*, pp. 390 y ss.

²⁵ Cfr. STRATENWERTH, G.: *Bruns-Festschrift*, 1978, pp. 59 y ss; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, 4^a ed., § 8, n^o 4 y 5, § 12, n^o 22 y ss.

²⁶ JAKOBS diferencia entre deber negativo y deber positivo que le conduce a la distinción entre delito común y delito de infracción de deber. Mientras que los deberes negativos provienen del status general de la Persona, los deberes positivos surgen de una relación especial como, por ejemplo, la que existe entre el empleado público y el ciudadano. El titular del deber positivo desempeña un rol especial que constituye una característica personal especial. Véase JAKOBS, G.: *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, pp. 142 y ss.

²⁷ Cfr. SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 67 y ss., 76 y ss.

²⁸ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 349 y ss.

²⁹ Véase, por todos, CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 118.

Es necesario advertir, no obstante, que el CP proporciona un concepto penal específico de funcionario público o autoridad en el artículo 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».

litos, sino que respecto a algunos de ellos, la autoría se debe determinar con arreglo a otros criterios como la infracción de un deber³⁰. Para la segunda vía, el fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos especiales a determinadas categorías de sujetos, se basa en la existencia de una determinada relación entre el autor idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido que constituye un presupuesto del tipo³¹. Vamos a ocuparnos de sendas aportaciones incidiendo en los argumentos que emplean para limitar la esfera de posibles autores.

2. 1. La infracción de un deber jurídico

En la dogmática actual se puede considerar opinión dominante que desde un punto de vista material y en relación con el contenido de lo injusto, la conducta del autor de los delitos especiales lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico³² que constituye lo injusto jurídico-penalmente relevante³³. En palabras de *Stratenwerth* «sólo es decisivo el deber especial y no la posición del autor»³⁴. De esta concepción se han extraído unas consecuencias para la teoría de la autoría y de la participación, sobre todo por *Roxin*³⁵ con las elaboraciones posteriores

³⁰ Véase, principalmente, ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 385 a 434, 742 y ss.; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., pp. 655 y ss. [trad. pp. 791 y ss.]; EL MISMO, *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, pp. 142 y ss.; SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 22 y ss., 51 y ss.; 126 y ss.; 137 y ss. Véanse también los autores citados por QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 36, 37 y 38.

³¹ Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 14; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 338 y ss. con referencias bibliográficas.

ZUÑIGA RODRIGUEZ explica la relación del funcionario con el sujeto activo a través de la posición especial del funcionario que ostenta una serie de facultades en relación al bien jurídico; cfr. ZUÑIGA RODRIGUEZ, L.: *Libertad personal y seguridad ciudadana*, PPU, Barcelona, 1993, p. 169. MENDEZ RODRIGUEZ, C.: *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. J. R. Casabó Ruiz, Valencia, 1997, pp. 363 y ss., determina la posición instrumental respecto al bien jurídico protegido —único en su opinión— que es común tanto a particulares como a funcionarios públicos.

³² Véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., pp. 119 y 154; DIEZ RIPOLLES, J. L.: *Una interpretación provisional del concepto de autor*, RDPCr, n.º 1, 1998, p. 51. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, p. 296, pone de manifiesto la esencial importancia de la infracción de un deber en los delitos especiales, sobre todo en los delitos de funcionarios. FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La Ley, 1997-3, p. 1681.

³³ Cfr. STRATENWERTH, G.: *Strafrecht*, AT, 4ª ed., § 8, n.º 4.

³⁴ Cfr. STRATENWERTH, G.: *Strafrecht*, AT, 4ª ed., § 8, n.º 4.

³⁵ Cfr. sobre los delitos de infracción de deber, ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., pp. 385 y ss. En España aceptan esta construcción, BACIGALUPO, E.: *Principios*, 4ª ed. pp. 160 y ss., pp. 372 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, pp. 96 y ss.; GOMEZ BENITEZ, ADPCP, 1984, pp. 114 a 118; QUERALT I JIMENEZ, *Derecho penal español*, PE, 2ª ed., p. 568.

de *Jakobs*³⁶. En opinión de *Roxin* debe distinguirse entre delitos en que la autoría y participación se delimitan con base en el criterio del dominio del hecho³⁷ y delitos que consisten en la infracción de un deber³⁸. Para *Roxin* en los delitos de funcionarios se pone de manifiesto que no es la condición de funcionario lo que convierte a un sujeto en autor, sino que más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría³⁹. En todos estos casos el criterio determinante para la autoría se basa en la *infracción de un deber* que, en opinión de *Roxin*, tiene un carácter *extrapenal* y que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas, como sucede con los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación⁴⁰. En estos delitos el partícipe se caracteriza por una "participación sin infracción de deber especial"⁴¹ y

³⁶ Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., pp. 655 y ss. [trad. pp. 791 y ss.]. El propio ROXIN ha considerado que la concepción de delitos de infracción de un deber ha sido «asumida y mejorada por JAKOBS»; cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7^a ed., p. 743.

³⁷ Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7^a ed., pp. 367 y ss.

³⁸ Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7^a ed., pp. 385 y ss.

Para ROXIN, «la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente teleológica, relativa en concreto a la interpretación de los tipos individuales»; cfr. EL MISMO, ob. cit., pp. 420 y 421. «Los conceptos de "dominio" y de "deber", que aisladamente considerados muestran un carácter más o menos normativo, se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida, entre los que bien es cierto que el legislador elige según sus intenciones, pero que, una vez realizada la elección, caracterizan la regulación de todas las cuestiones de participación»; EL MISMO, ob. cit., p. 421.

³⁹ Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7^a ed., p. 386.

⁴⁰ Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7^a ed., pp. 387 y 388; EL MISMO, *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, pp. 414 y ss.

WAGNER en Alemania ya planteó que no quedaba claro por qué el deber es un deber extrapenal; cfr. WAGNER, H.: *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, p. 72. En la sexta edición de su libro ROXIN se ha cuestionado que todos los deberes especiales sean de índole extrapenal; cfr. EL MISMO, ob. cit., p. 644.

⁴¹ Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7^a ed., p. 401; SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, p. 211.

la cuestión del dolo del hecho principal que decide sobre el dominio del hecho, a juicio de *Roxin* es irrelevante en esta clase de delitos⁴². A juicio de *Jakobs* existen delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo. En los delitos de infracción de un deber los autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela *institucionalmente* asegurada de un bien⁴³, de modo que para el tipo del delito de infracción de un deber un dominio del obligado es irrelevante: el obligado es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho⁴⁴.

Esta opinión doctrinal ha generado una serie de críticas que se pueden resumir en las siguientes tesis. En primer lugar, esta concepción vulnera el principio de legalidad como señaló *Gimbernat*, para quien aunque en los delitos especiales la infracción del deber juega un papel muy destacado, *Roxin* va demasiado lejos porque el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código penal no lo dice expresamente⁴⁵. En segundo lugar, un cualificado sector doctri-

⁴² Cfr. ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho*, 7ª ed., p. 401.

⁴³ Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 655 [trad. p. 791]. Sobre los deberes en virtud de responsabilidad institucional, cfr. EL MISMO, ob. cit., p. [pp. 994 y 995]; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, 1996, pp. 145 y 146. Véase también LESCH, H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP, 1995, pp. 943 y ss. Cfr. sobre la exposición de JAKOBS, SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 29 y ss. Sobre los fundamentos en la distinción entre delitos de dominio y delitos consistentes en la infracción de un deber, cfr. EL MISMO, ob. cit., pp. 67 y ss.

A juicio de LESCH, en los delitos de infracción de un deber «no hay absolutamente ninguna diferenciación de las distintas formas de intervenir en el delito, y así, ni cualitativa ni cuantitativa. Muy por el contrario rige el principio de autor único: todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor»; cfr. LESCH, H.: *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP, 1995, p. 944. En su opinión puede haber una intervención accesoria entre el *extraneus* y el obligado especialmente «per organización y no, qua lesión del deber» [cfr. el mismo, ob. cit., pp. 944 y 945]. Así los delitos de funcionarios públicos son, en su opinión, interpretables como delitos de organización, a cuyo tipo sólo puede acceder un *extraneus* con ayuda de un *intraneus* y como compensación al *extraneus* se le otorga el privilegio previsto en el parágrafo 28 del StGB; cfr. EL MISMO, ob. cit., p. 945.

⁴⁴ Cfr. SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, p. 168, 126 y ss., 137 y ss.

⁴⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 296 y 298. Aluden igualmente al principio de legalidad para rechazar la opinión de ROXIN, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, pp. 926 y 927; LUZON PEÑA, D. M.: *Curso*, PG, pp. 305 y 306; OCTAVIO DE TOLEDO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, p. 229. BOLDOVA PASAMAR considera que esta construcción puede trans-

nal ha considerado que el criterio de la infracción del deber no es el adecuado para una correcta interpretación de los delitos especiales⁴⁶, y ha negado que la infracción de un deber extrapenal sea la *ratio essendi* de tales delitos⁴⁷ pues, en los delitos contra la Administración pública tiene lugar efectivamente la infracción de un deber⁴⁸ que se pone de relieve claramente cuando en muchos tipos penales incluidos en el Título XIX, se alude expresamente al quebrantamiento de una función encomendada al funcionario público o a la autoridad “por razón de su cargo” (arts. 413, 414, 415, 416, 417, 419, 420, 421, 425, 428, 432, 433, 436, 438, 439, 441, 442, 445 bis), pero fundamentar en estos casos la tipicidad del delito especial en la infracción de un deber específico de naturaleza extrapenal supone una tautología⁴⁹. Y, además, nos conduce a la afirmación de *Muñoz Conde*, según el cual es poco indicativo de la naturaleza de estos delitos la constatación de un vago quebrantamiento de deberes profesionales⁵⁰.

La infracción de un deber jurídico extrapenal como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración

gredir «el significado que tiene la participación dentro de un sistema restrictivo de autor como el nuestro, infringiendo abiertamente el principio de legalidad, por hacer autores a quienes la ley, en virtud de la índole de sus aportaciones no ha previsto como tales»; cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 280 y 281.

⁴⁶ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 334 y 336 cuando analiza el tipo de la apropiación indebida del artículo 535 del anterior CP; SCHÜNE-MANN puso también de manifiesto que en la mayor parte de los delitos especiales no se puede afirmar que los tipos incorporen la infracción de deberes extrapenales; véase SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, pp. 92 y 94 cuando analiza diversos tipos del Código penal alemán.

⁴⁷ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 335 y ss. GRACIA MARTIN denuncia que la estructura de los delitos consistentes en la infracción de un deber lleva a consecuencias dogmática y político-criminales discutibles y que estos delitos no sólo consisten en la infracción de un deber, pues afirmar lo contrario nos llevaría a deducir que lo injusto de estos delitos se agota en el desvalor de la acción; véase, EL MISMO, ob. cit., pp. 333 y 334. SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, p. 93; EL MISMO, *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, p. 416; LUZON PEÑA, D. M.: *Curso*, PG, p. 305.

⁴⁸ En los delitos contra la Administración Pública se recogen una serie de deberes extrapenales en cuanto vienen impuestos no por la ley penal, sino por la correspondiente norma administrativa de organización. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, pp. 245. GRACIA MARTIN alude al “deber de fidelidad”, “deber de obediencia”, “deber de subordinación”, etc. Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 335. Con carácter general, véase MENDEZ RODRIGUEZ, C.: *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. J. R. Casabó Ruiz, Valencia, 1997, pp. 357 y ss.

⁴⁹ Véase GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 337, 366, nota 223.

Pública parte de un presupuesto equivocado: identifica el deber de acción extrapenal con el deber de acción penal que, sin embargo, deben distinguirse porque hacen referencia a dos ámbitos diferentes. Un primer ámbito es el del deber de acción penal, un deber “personalísimo” de realizar u omitir una acción determinada⁵¹, y cuya infracción constituye un elemento materialmente relevante para la construcción de los tipos penales⁵². El deber “personalísimo” de acción penal surge porque unos determinados sujetos tienen un *dominio*, un *poder de disposición* sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y como han accedido de tal forma al bien jurídico, quedan obligados por la norma penal a actuar de una determinada manera o a abstenerse de actuar⁵³. Un segundo ámbito es el de los deberes extrapenales que tienen como fundamento a una persona en cuanto es centro de imputación de derechos y deberes⁵⁴, y aunque sobre la infracción de estos deberes recae un juicio de valor negativo, esto no es lo decisivo para la tipicidad. En virtud de las críticas vertidas a este criterio de la infracción de un deber algunos autores han elaborado un criterio material que fundamenta la limitación de la autoría basado en la idea rectora del dominio. Así, por ejemplo, *Schünemann*⁵⁵, desmarcándose de los planteamientos de *Roxin*, construye un principio normativo que sirve como principio fundamentador de cualquier forma de autoría en los delitos “especiales de garante”, en los delitos de omisión y en los delitos de comisión activa y que se denomina “el dominio sobre el fundamento del resultado”⁵⁶. *Bottke* también se refiere a un “dominio de configuración”⁵⁷. Entre nosotros, *Gracia Martín* ha fundamentado el sustrato material de un gran grupo de delitos con especiales elementos de la autoría a través del “do-

⁵⁰ Véase MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 922.

⁵¹ Así ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 128; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 325, nota 132. La existencia de este primer ámbito se pone de manifiesto, por ejemplo, en las siguientes palabras de BOLDOVA PASAMAR, para quien «es cierto que sobre los extraños no pesan los deberes específicos que obligan a los autores de estos delitos, pero al fin y al cabo también los primeros aparecen sujetos al *deber general de no fomentar hechos que presentan esos caracteres delictivos*»; cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 253. Cursiva añadida.

⁵² Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, p. 128.

⁵³ Sobre la concreción del deber personalísimo de acción en las normas generales y especiales, véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes*, pp. 138 y ss., 141 y ss. Véase también sobre el deber de actuar del sujeto cualificado formalmente por el elemento de la autoría de dominio social GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 408 y ss.

⁵⁴ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 325, nota 132.

⁵⁵ Véase SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, pp. 92 y 93.

⁵⁶ Véase SCHÜNEMANN, B.: GA, 1986, pp. 331, 332 y 333.

⁵⁷ Véase BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 17, 44 y ss., 60 y ss., 88 y ss., 100 y ss.

minio social del bien jurídico por el sujeto cualificado”⁵⁸. El fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública debe tener en cuenta la exigencia de un dominio que se basa en que el sujeto tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Este debe ser, necesariamente, el sustrato en virtud del cual el legislador ha establecido un deber “personalísimo” de acción penal para el supuesto de que un sujeto se encuentre en la situación típica de un delito especial.

2. 2. *La relación entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido*

En la doctrina se ha reconocido que en los delitos especiales existen unas relaciones especiales entre el sujeto idóneo del delito especial y el bien jurídico protegido⁵⁹, que constituyen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador para restringir la autoría en los delitos especiales. Esta vía ha sido trabajada por *Armin Kaufmann*, quien ha considerado con carácter general para todos los delitos especiales, que en ellos el sujeto y la materia de la norma, autor y acción u omisión típicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y la materia de la norma o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular⁶⁰. En concreto, en los delitos de funcionarios apunta *Armin Kaufmann* que la caracterización de la función pública, como cualidad de la autoría, aparece unida con la cualidad especial de la acción, con su relación respecto al oficio público ejercido⁶¹. Esta tesis ha sido también sostenida entre nosotros por *Gracia Martín*⁶², para quien

⁵⁸ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 354 y ss.

⁵⁹ Véase al respecto GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 338 y ss. JAKOBS considera que el grupo de los delitos especiales alcanza perfiles más precisos si se le reduce a la alternativa de si el autor del delito en cuestión sólo puede ser una persona que, con independencia de la comisión del delito, se encuentra en una relación (estatus) con el bien jurídico (delito especial en sentido estricto), o de si la relación con el bien sólo la proporciona el comportamiento delictivo; cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 176 [trad. p. 214].

⁶⁰ Véase ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 15.

⁶¹ Véase ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 12.

⁶² Véase GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.; EL MISMO, *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, pp. 230 y 231. ASUA BATARRITA ha señalado también específicamente en los delitos contra la Administración del Título XIX que el «elemento común en la mayor parte de las figuras del grupo es el ejercicio de las funciones del cargo como situación desde la que se realiza la conducta ilícita. El menoscabo de las funciones de la Administración tiene lugar “desde dentro” y “durante” o con motivo del ejercicio de las propias competencias»; cfr. ASUA BATARRITA, A.: *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración*. IVAP, 1997, p. 30. Recientemente también ha apuntado esta cuestión CUELLO CONTRERAS quien señala que sólo pue-

el fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos se basa en el ejercicio de una función *específica*, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función, y que Gracia Martín denomina *relación de dominio social*⁶³. En suma, para esta postura los delitos especiales se caracterizan por la valoración del comportamiento con base en el ejercicio de una función⁶⁴. En el siguiente epígrafe indagaremos sobre la relación concreta de dominio social en el ámbito de los delitos contra la Administración pública.

3. *La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública*

Si nos centramos en la formación de los tipos delictivos especiales se constata la existencia de dos grandes grupos⁶⁵. Por un lado, destacan los delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un sujeto determinado, de tal forma que son irremplazables dichos elementos⁶⁶. Por otro lado, destaca otro grupo de delitos en los que el elemento de autoría introducido en el tipo describe una función social o institucional del sujeto cualificado, y que pone de manifies-

de ser autor de los delitos de funcionarios «quien desempeñe una función pública en cuyo seno se realice la actividad delictiva»; cfr. CUELLO CONTRERAS, J.: *Derecho penal español*, 2ª ed., p. 401.

⁶³ Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, nº. 16, 1993, pp. 230 y 231; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 354 y ss.; EL MISMO, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 78 y ss.

⁶⁴ Véanse ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 12; GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.; EL MISMO, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 79.

⁶⁵ Véase también la clasificación de ROEDER, H.: ZStW, 1957, pp. 242 y ss. ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 282, señala asimismo que entre los delitos especiales por excelencia, es decir, los delitos de funcionario público, y el parricidio, existen, por lo demás, diferencias sustanciales. A su juicio «la distinción entre figuras de delito en que el sujeto se encuentra en una especial posición jurídica, y figuras de delito en que el sujeto se encuentra en una especial posición social puede ser traída aquí a efectos de distinguir entre los delitos de los funcionarios públicos, por ejemplo, de un lado, y el parricidio, de otro»; cfr. LA MISMA, ob. cit., pp. 282 y 283.

⁶⁶ Véase GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 403 y ss.

Así, por ejemplo, la condición de cónyuge en un primer matrimonio que se exige en el artículo 217 del CP.

to la posición de dominio del ámbito de protección de la norma que ostentan ciertas clases de sujetos frente al resto⁶⁷. Esta posición que *Gracia Martín* denomina “dominio social”, se erige en el fundamento material de los elementos especiales de autoría⁶⁸. El “dominio social” es una característica objetiva del tipo de lo injusto de un gran número de delitos especiales⁶⁹, y es definido como la posibilidad normativa de ejercicio del dominio del hecho⁷⁰. El dominio social penalmente relevante tal y como lo ha desarrollado *Gracia Martín*, constituye un criterio rector de interpretación⁷¹ de los delitos contra la Administración pública y se concreta mediante los siguientes criterios normativos en el ámbito de tales delitos⁷²:

3. 1) *El dominio social como accesibilidad al bien jurídico.*

Si se analizan los tipos de los delitos contra la Administración pública, se pone de relieve que los bienes jurídicos que se protegen no se hallan en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales “cerradas” a las que no tienen acceso legítimo todos los individuos⁷³. En efecto, algunos bienes jurídicos sólo son accesibles de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social o institucional de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que aquél debe desarrollar y cumplir una función social específica⁷⁴. Esta característica se puede apreciar tanto en los delitos especiales propios como en los impropios⁷⁵. Por ello, como ha señalado *Gracia Martín*, cuando el legislador construye los tipos delictivos especiales se guía por la idea del “dominio sobre la vulnerabili-

⁶⁷ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 356 y ss

⁶⁸ Véase GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 231; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 357 y ss.

⁶⁹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 78.

⁷⁰ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 357.

⁷¹ Cfr. con carácter general, GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 357.

⁷² Cfr. con carácter general, GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 359 y ss.

⁷³ Véase con carácter general GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 230.

⁷⁴ GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 231; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 361 y ss.

⁷⁵ En los tipos especiales propios se manifiesta que algunos bienes jurídicos existen únicamente en el seno de determinadas estructuras sociales o institucionales en las que o bien cumplen su función social, o bien es la función que desempeñan en la propia estructura social o institucional la que tiene como misión su desarrollo y su fomento para alcanzar determinados fines sociales o individuales. Estos bienes jurídicos sólo pueden ser lesionados por aquel individuo que ejercita las funciones propias de

dad del bien jurídico⁷⁶, que fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y determina la posibilidad de actualización del dominio del hecho *típico*⁷⁷. La doctrina no desconoce la existencia de esta concreta estructura jurídico-pública en la que se encuentran algunos bienes jurídicos, cuando considera que la nueva rúbrica de los delitos contra la Administración Pública, contenida en el Título XIX del Código penal, «permite identificar como interés común a todos los tipos comprendidos en este título el correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad administrativa, judicial y legislativa»⁷⁸, y «no constituye más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican»⁷⁹. Entonces, se enmarca el dominio en la protección de la gestión correcta de los intereses públicos que, sin embargo, no constituye en sí mismo un bien jurídico a proteger⁸⁰.

3. 2) *La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal*

Dentro de estas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar a un bien jurídico (función con dominio

un rol social, que entraña la realización de una actividad a la que es inherente la posibilidad de realizar las acciones u omisiones que atenten contra dichos bienes jurídicos de la forma recogida en tales tipos. En los delitos *especiales impropios* el legislador considera que el bien jurídico que se encuentra protegido frente a todos en un tipo común paralelo, es susceptible de una mayor vulnerabilidad frente a los sujetos que realizan una determinada función en el seno de ciertas estructuras. Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 351, 352, 361 y ss., 364 y ss.

⁷⁶ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 356.

⁷⁷ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales, vida humana independiente y libertad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 78.

⁷⁸ MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1162.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 922.

⁸⁰ Sin embargo, MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J. concluyen que «el bien jurídico común a los delitos incluidos en el Título XIX, no es otro que el correcto desempeño de las distintas actividades públicas desde la perspectiva de la Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de principios constitucionales que ordenan su funcionamiento»; cfr. MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1163. OLAIZOLA NOGALES considera también que «el bien jurídico general protegido den los delitos del título XIX del CP es el buen funcionamiento de la Administración pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa» cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 87. GONZALEZ CUSSAC señala que «el bien jurídico común o categorial, común a todos los tipos comprendidos dentro de los delitos contra la Administración Pública, estará constituido por la “función pública ejercida correctamente, esto es, dentro de la legalidad”. Naturalmente, esta idea gené-

social)⁸¹. En esta estructura jurídico-pública se encuentran involucrados una serie de bienes jurídicos en el ejercicio de la función pública, de modo que este ejercicio está afectando permanentemente al bien jurídico involucrado en la realización de la función. Si el ejercicio de la función se lleva a cabo de un modo correcto el bien jurídico cumplirá la función social a la que está destinado, mientras que un ejercicio desviado de los fines a los que sirve conduce a una frustración del cumplimiento de la función del bien jurídico conforme a las expectativas sociales y, en consecuencia, a la lesión o peligro de éste⁸². La implicación de los bienes jurídicos puede ser esencial u ocasional⁸³. Será *esencial* la implicación cuando el bien jurídico protegido sea la esencia misma de la función que ejerce el sujeto y, como señala *Gracia Martín*, en tales casos la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función⁸⁴. A modo de ejemplificación tomemos el artículo 404 del Código Penal de 1995 que tipifica la prevaricación de la autoridad o del funcionario público⁸⁵. El bien jurídico protegido, según la opinión doctrinal mayoritaria, es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los principios constitucionales de legalidad, objetividad e imparcialidad⁸⁶, que

rica requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos»; cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación*, 1996, p. 17. FEIJOO SANCHEZ apunta que la Administración pública es el bien jurídico protegido con carácter general que debe concretarse en cada tipo en particular; cfr. FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, pp. 1678 y ss. CARLOS MIR PUIG considera que «el bien jurídico protegido con carácter general..., lo constituye el correcto funcionamiento de la Administración pública, en su vertiente objetiva de “función pública” o servicio público, en su aspecto más bien externo..., aunque en algunos delitos... se protege de un modo directo e inmediato el aspecto interno»; cfr. MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 19.

⁸¹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 231; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 364 y ss.

⁸² GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 230.

⁸³ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 364 y ss.

⁸⁴ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 367 y 369.

⁸⁵ Este precepto establece que «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

⁸⁶ Cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación*, 1996, p. 37; MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1166; FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Comentarios al Código penal*, Dir. Rodríguez Mourullo, Coord. Jorge Barreiro, Civitas, 1997, pp. 1086 y ss.; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 42.

constituye la esencia misma de cualquier actuación administrativa. La acción típica —dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo “a sabiendas de su injusticia”⁸⁷— no se puede realizar si al mismo tiempo no se lleva a cabo el ejercicio de la función que compete al sujeto cualificado⁸⁸. Este sujeto cualificado no puede ser un funcionario público o una autoridad cualquiera, sino que debe tratarse de un funcionario público que conozca un asunto en un procedimiento administrativo determinado según el ámbito de sus competencias⁸⁹. Como el funcionario público tiene un poder de disposición sobre la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, el dominio sobre esta esfera de la función pública, estamos en presencia de un delito especial de dominio social que, además, es propio⁹⁰ porque el bien jurídico protegido sólo es accesible a esa determinada clase de sujetos⁹¹. Este mismo razonamiento se puede apreciar en los artículos 432 y siguientes del CP donde se tipifica el delito de malversación de caudales o efectos públicos que el funcionario “tenga a su cargo por razón de sus funciones”. La acción típica en estos delitos pone de manifiesto el ejercicio de unas funciones específicas que sólo pueden ser realizadas por determinados sujetos que dominan el ámbito social o institucional en el que se encuentra involucrado el bien jurídico. Como afirma *Roca Agapito*, la especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota a la malversación de una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifi-

⁸⁷ Véanse MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, pp. 929 y ss.; MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1166 y ss.; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 46 y ss., 48 y ss., 54 y ss.

⁸⁸ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 369.

⁸⁹ Señalan esta cuestión MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1169 y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 930.

Una resolución administrativa sólo puede ser válida si se dicta por la autoridad competente en un procedimiento determinado. En caso contrario será nula de pleno derecho, según el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero. El artículo 62.1.b) establece que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: b) Los dictados por un órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio».

⁹⁰ Consideran que este delito es un delito especial propio, GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., 1997, pp. 98 y 99; MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1167; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 369 y 370; MIR PUIG, C.: *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, J. M. Bosch, Barcelona, 2000, p. 72.

⁹¹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 364.

ca que se encuentre regulada dentro del Título de los delitos contra la Administración pública. El que el ataque al patrimonio provenga del funcionario que específicamente tiene la competencia para el ejercicio de funciones de gestión —que conlleva la custodia— de los caudales públicos, hace que lo que se vea comprometido en este delito sea la correcta gestión del patrimonio público, y no meramente dicho patrimonio⁹². Como el sujeto ejercita una función determinada en el ámbito de sus competencias ostenta el dominio social, y en consecuencia controla también la estructura social o institucional en la que se encuentra el bien jurídico por lo que tiene la posibilidad de llevar a cabo aquellas acciones adecuadas para lesionar o poner en peligro al bien jurídico de un modo típico⁹³. A su vez el bien jurídico protegido en este ámbito sólo es accesible *típicamente* a estos sujetos en virtud del ejercicio de esta función, con lo cual se convierten en garantes del bien jurídico protegido pero en el sentido de no realizar determinadas acciones cuando se desempeña una función pública⁹⁴. En el delito de nombramientos ilegales, tipificado en el artículo 405 del Código penal, se pone de relieve cómo la función llevada a cabo por el funcionario público condiciona, como ha apuntado *Mir Puig*, directamente el correcto funcionamiento de la organización administrativa e indirectamente el servicio público que debe prestar a los ciudadanos⁹⁵, de modo que presupuesto objetivo es que el nombramiento (ilegal) se practique en el ejercicio de la competencia del funcionario o autoridad, lo que significa un abuso de esa competencia que es lo que constituye el núcleo del delito⁹⁶.

Sin embargo, será *ocasional* la implicación cuando el bien jurídico queda involucrado por el conjunto de posibilidades de acción que

⁹² Cfr. ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, p. 162. Afirma este autor que «esta conducta deviene relevante para el Derecho penal *no sólo* por su ataque al patrimonio, *sino también* por el quebrantamiento de las obligaciones de custodia, conservación y gestión que sobre él recaen»; cfr. EL MISMO, ob. cit., p. 161.

⁹³ En relación al delito de malversación de caudales públicos, ROCA AGAPITO considera que la exigencia de que los caudales están “a su cargo” supone una disponibilidad o poder del funcionario sobre el destino de dichos caudales; cfr. ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, p. 152. E interpreta correctamente la tenencia por razón de sus funciones con arreglo a un criterio estricto; cfr. EL MISMO, ob. cit., pp. 156 y ss.

⁹⁴ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 372.

⁹⁵ Cfr. MIR PUIG, S.: *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ, 1996, pp. 310.

⁹⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12^a ed., p. 932; MIR PUIG, S.: *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*, en Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, CDJ, 1996, pp. 312 y 313.

la competencia para el ejercicio de esa función otorga al sujeto⁹⁷. Por ejemplo, en los artículos 443 y 444 del CP se pone de relieve que el funcionario público ostenta un dominio social típico en un determinado ámbito en el que ejerce sus competencias dentro de las funciones que le han sido encomendadas. Ahora bien, en estos supuestos el bien jurídico libertad sexual no es un contenido “específico” del ejercicio de ninguna función social o institucional, pero ha ingresado de una forma ocasional en el ámbito del dominio social en el que el funcionario público ejerce sus competencias dentro de la actividad que le es inherente, de modo que el funcionario público accede más fácilmente al bien jurídico libertad sexual, que queda, por ello, frente a él en una situación de especial vulnerabilidad⁹⁸. Estos tipos se configuran dogmáticamente como delitos de dominio social por dos motivos. En primer lugar, porque se pone de relieve la existencia de un dominio social por parte de la autoridad o funcionario público en el que se encuentra involucrado ocasionalmente el bien jurídico libertad sexual, al hacerse referencia expresa en el artículo 443 a la solicitud sexual a una persona que “tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior”. O el artículo 444 se refiere a la solicitud sexual del funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores, “a una persona sujeta a su guardia”. En segundo lugar, porque las conductas típicas se refieren sólo a la “solicitud sexual a una persona”, lo que supone una tentativa de ataque a la libertad sexual pero no una forma consumada de éste⁹⁹. Así, como apuntan *Muñoz Conde y Feijóo Sánchez*, no es casualidad que estos delitos ya no se califiquen como limitaciones de la libertad sexual, sino como abusos en el ejercicio de la función pública¹⁰⁰. Entonces, si un funcionario, además de tener el dominio social típico, se prevale de su posición y dentro de la actividad que le es inherente para conseguir sexualmente a una persona, realiza el tipo del 443 o el del 444 en concurso de delitos con el delito contra la libertad sexual que corresponda, según el artículo 445 del Código penal¹⁰¹.

⁹⁷ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 367 y 368.

⁹⁸ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 367 y 368.

⁹⁹ Véase MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 953.

¹⁰⁰ Véanse MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 952 y FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1688.

¹⁰¹ Teniendo en cuenta lo dicho en el texto, se puede criticar el artículo 438 del CP, que establece que «la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo

3. 3) *Las características de la acción típica de dominio social*

La autoría de los delitos especiales que hemos analizado debe limitarse a aquellos sujetos que tienen competencia para el ejercicio de la función que se tiene en cuenta para la protección del bien jurídico, y ello es así porque la lesión penalmente relevante del bien jurídico sólo puede tener lugar mediante acciones realizadas en el curso del ejercicio de la función¹⁰². El dominio sobre el ámbito de la función pública en el que el autor cualificado ejerce sus competencias, caracteriza la relación especial entre la cualidad del autor y su actuar. En efecto, las propias acciones típicas realizadas por un funcionario público o autoridad se derivan de una función que es monopolio de una cierta clase de sujetos¹⁰³, de manera que, como indica *Gracia Martín*, la cualidad *específica* de la acción típica es *esencial* al ejercicio de la función tal y como se pone de relieve en los verbos típicos¹⁰⁴: “dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo” (art. 404 del Cp); “destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones” (art. 433 del Cp). Como se puede apreciar, en estos delitos sólo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de ésta, es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social)¹⁰⁵. En otros delitos la acción típica supone también el ejercicio de una función que compete al sujeto, pero este ejercicio es *ocasión* de la realización de la acción típica que ejecutada en otras circunstancias perdería su sentido¹⁰⁶: “exigir directa o indirectamente derechos, tarifas, por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la señalada” (art. 437 del Cp). En otras ocasiones es la situación del bien jurídico o del objeto

o cargo público por tiempo de dos a seis años». En este supuesto el funcionario público o autoridad no vulnera un bien jurídico que está involucrado esencialmente u ocasionalmente en el ejercicio de sus funciones de dominio social. El funcionario público no ostenta ningún dominio social típico porque no actúa en el ejercicio de sus competencias. Entonces, no era necesario haber construido este tipo penal pues era suficiente haber apreciado el delito de estafa o apropiación indebida y la agravante genérica del artículo 22.7º del Código. FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La Ley, 1997-3, p. 1687, quien señala también que su aplicación desplaza a la circunstancia agravante 7ª del artículo 22 del CP, en relación a los delitos de estafa y de apropiación indebida.

¹⁰² Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 230; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 351 y ss.

¹⁰³ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 371.

¹⁰⁴ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 369.

¹⁰⁵ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º. 16, 1993, p. 231; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.

¹⁰⁶ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 370.

material lo que pone de manifiesto que la cualidad específica de la acción es su incardinación en el ejercicio de una función¹⁰⁷: “destrucción de documentos cuya custodia les está encomendada por razón de su cargo”(art. 413 del Cp).

El criterio del “dominio social” sirve para averiguar las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica, pues quien lo ostente va a tener un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico. El sujeto que ejerce el dominio social asume, entonces, una posición de garante del bien jurídico protegido¹⁰⁸, ya que estos sujetos tienen que garantizar la protección del bien jurídico y, para llevar a cabo esta protección tienen un deber de acción que surge de las normas que imponen la consecución de una situación ideal en la que debe encontrarse el bien jurídico¹⁰⁹. A través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales¹¹⁰. De todo ello se deduce la relación tan estrecha que existe entre el *intraneus* —funcionario público o autoridad— que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos¹¹¹.

III. Sujetos activos que no ostentan el status formal de funcionario público o autoridad

En una serie de preceptos dentro de los delitos contra la Administración pública, el legislador ha configurado de un modo expreso y directo una autoría mediante la descripción como posibles autores del hecho a una clase de sujetos que no ostentan el *status* formal de fun-

¹⁰⁷ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 370.

¹⁰⁸ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 372 y ss. Efectivamente, el bien jurídico se encuentra en un relación de dependencia respecto del sujeto cualificado, porque éste desempeña unas funciones en las cuales está inserto dicho bien jurídico. El sujeto que ostenta el dominio social debe protegerlo frente a situaciones que lo lesionen o lo pongan en peligro ya que sólo él tiene una (mayor) disponibilidad sobre el bien jurídico.

Igualmente ha defendido la tesis de que los delitos especiales son delitos de garante regulados por el legislador SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, p. 138; EL MISMO, GA, 1986, pp. 293, 331 y ss.; EL MISMO, *Diskussion im Anschluß an den Vortrag von Prof. Dr. Bacigalupo. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen strafrechtlichen Symposium*. Chengchi Law Review, vol. 50, 1994, p. 416; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, pp. 122 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 412.

¹¹⁰ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 428.

¹¹¹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 368 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico*, ADPCP, 1984, p. 12.

cionario público o autoridad. Es necesario, entonces, indagar las razones por las que el legislador ha equiparado a los sujetos que ostentan el *status* formal de funcionario público o autoridad, a determinados particulares a los efectos de determinar el círculo de los posibles sujetos activos de algunos tipos delictivos, al margen del concepto penal de funcionario público o autoridad del artículo 24 del CP.

1. *Supuestos de autoría de un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas expresamente tipificados*

El Código penal ha considerado en determinados tipos como sujeto activo de un delito contra la Administración pública a un particular que participa en el ejercicio de funciones públicas. Para poder explicar la naturaleza y el fundamento material de la limitación de la esfera de autores en estos tipos a esta categoría de sujetos es imprescindible, según los planteamientos desarrollados, distinguir el concepto formal (*status*) de funcionario público y el concepto material (contenido de las funciones que tiene atribuidas y que le otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio), que aunque a veces coinciden no siempre es así. El concepto formal de funcionario público se recoge en el artículo 24.2 del Código Penal de 1995¹¹², y hace referencia a la titularidad de la posición jurídica del sujeto en virtud de la cual participa en el ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la ley, elección o nombramiento de autoridad competente. Sin embargo, el concepto material de funcionario público alude al ejercicio de unas competencias que pueden asumirse de derecho, con lo que aquí coincide originariamente el concepto material con el *status* de funcionario público; o bien de *facto*, es decir, que se refiere al contenido de las funciones atribuidas y que otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio, si bien es cierto que la asunción fáctica no siempre es posible¹¹³. El desvalor del resultado está representado por la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido¹¹⁴, que no se produce por el hecho de que un sujeto tenga la titularidad de una posición jurídica en virtud de la cual pueda realizar una actividad específica, sino que la lesión se produce por el

¹¹² Según el artículo 24.2 del Código Penal de 1995 «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».

Sobre el concepto de funcionario público véanse, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12^a ed, pp. 923 y ss.; RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, pp. 162 y ss.; OLAIZOLA, I.: *Concepto de funcionario público a efectos penales*. IVAP, 1997, pp. 77 y ss.

¹¹³ Véase sobre las funciones de dominio social inherentes a un *status* que pueden ser delegables, GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 383 y ss.

¹¹⁴ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 154.

ejercicio de facultades, medios y posibilidades de acción derivadas de una función que le corresponde y que le otorga un dominio sobre una determinada esfera social¹¹⁵. De este modo se incorpora al tipo una especial característica de la autoría porque sólo una determinada clase de sujetos son capaces de llevar a cabo las acciones adecuadas de lesión o peligro de un bien jurídico y, por esta razón, el bien jurídico se protege frente a las agresiones de determinadas personas¹¹⁶. El reconocimiento del concepto material de funcionario público, es decir, el que se refiere al contenido de las funciones atribuidas y que otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio aparece expresamente recogido en el Código penal en los artículos 422, 416, 435 y 440 que, según un sector doctrinal, son cláusulas de extensión de la responsabilidad¹¹⁷. En el artículo 422 se advierte con más claridad que el legislador incluye como posibles autores del delito de cohecho a determinados sujetos que, sin ser funcionarios públicos, por no cumplir el primer requisito establecido en el artículo 24.2 del CP, sí que cumplen el segundo, la participación en el ejercicio de las funciones públicas, como han destacado *Olaizola Nogales*¹¹⁸ y *Rodríguez Puerta*¹¹⁹.

En mi opinión, si bien es cierto que a todos los sujetos mencionados en estos preceptos no se les puede atribuir la cualidad formal (*status*) de funcionario público, *materialmente* sí que disponen de las mismas funciones que éstos y éste es el fundamento que ha servido al legislador para incorporarlos a la esfera de los sujetos activos. En estos tipos se puede apreciar, entonces, un dominio social que fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos. Por tanto los que no ostenten el *status* formal de funcionario público o Autoridad pueden realizar también estos

¹¹⁵ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 365.

¹¹⁶ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, p. 351.

¹¹⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 925; RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, 1999, p. 167. MORALES PRATS y RODRIGUEZ PUERTA han señalado, por ejemplo, en relación al artículo 435 —donde se tipifica el delito de malversación impropia— que se amplía el círculo de sujetos activos, porque se persigue la comprensión de supuestos de otro modo impunes o únicamente reconducibles hacia figuras comunes. Cfr. los mismos, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1294 y FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La ley, 1997-3, p. 1687. Véase la interpretación de este precepto llevada a cabo por MORALES GARCIA, O.: *Los delitos de malversación*, pp. 158 y ss. Asimismo MORALES PRATS y RODRIGUEZ PUERTA opinan que el artículo 440 extiende la responsabilidad penal a sujetos que debiendo intervenir necesariamente en la valoración de bienes del artículo 440 del CP, aprovecharan tal intervención para obtener una ventaja personal. Cfr. los mismos, ob. cit., p. 1304.

¹¹⁸ Cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 141, nota 59.

¹¹⁹ Cfr. RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, 1999, p. 167.

tipos delictivos, si ejercitan el contenido de las funciones que les han atribuido y que les otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio sobre la esfera del bien jurídico. Desde un punto de vista valorativo, los sujetos mencionados en el tipo objetivo de tales tipos, desde un *status* diferente al del funcionario público o Autoridad, están en *idéntica relación material con el bien jurídico* que aquéllos¹²⁰. El legislador también parece considerarlo así en los artículos 422 y 435 del CP, porque establece el mismo *quantum* de pena al particular que al funcionario público o Autoridad que realiza esas conductas. Incluso en el ar-

¹²⁰ Cfr. con carácter general sobre estas cuestiones, GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 383 y ss.; EL MISMO, AP, n^o 16, 1993, p. 227.

MENDEZ RODRIGUEZ, C.: *Sobre la naturaleza de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos*, Estudios Jurídicos en memoria del Dr. D. J. R. Casabó Ruiz, Valencia, 1997, p. 366, concluye que tanto particulares y funcionarios ostentan una posición particular respecto al bien jurídico que, en su opinión, es similar; LA MISMA, ob. cit., p. 372. MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^a ed., Aranzadi, p. 1216 y RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, 1999, p. 168, señalan en relación con el artículo 422 del CP que «el particular se sitúa en una posición muy próxima a la del funcionario a cuya custodia está encomendado el documento», aunque en su opinión no es idéntica. En relación al artículo 416 del CP, FEIJÓO SANCHEZ considera «que la delegación de funciones por parte del Gobierno, de autoridades o de funcionarios públicos coloca a los particulares en la especial posición jurídica de aquéllos». Véase FEIJOO SANCHEZ, B.: *Comentarios al Código penal*, Dir. Rodríguez Mourullo, Coord. Jorge Barreiro, Civitas, 1997, p. 1119. ROCA AGAPITO considera que los títulos por los que una persona se encuentra encargada de fondos públicos no confieren al autor la cualidad de funcionario público, sino que se indica que participa en el ejercicio de funciones públicas y que el legislador acude a una ficción (considerar a dicho sujeto como funcionario) para equiparar estas conductas a las cometidas por un funcionario que tenga a su cargo por razón de sus funciones caudales públicos; cfr. ROCA AGAPITO, L.: *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, pp. 285 y 286.

MUÑOZ CONDE apunta también que para atribuir la cualidad de funcionario a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, se tiene que dar «esa incorporación a la actividad pública en cuestión (en este caso la custodia de caudales o efectos públicos, o de los documentos en cuestión)», en relación con los artículos 416 y 435, 2^o del CP; cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12^a ed, p. 924. Además, esta interpretación está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 31 del CP. Cuando este precepto se refiere a la titularidad de la posición jurídica del sujeto, se ha distinguido entre el concepto formal (*status*) y el concepto material (contenido de las funciones que tiene atribuidas y que le otorgan unas posibilidades de actuación y de dominio) de administrador, que a veces coinciden aunque no siempre, lo cual nos lleva a afirmar con MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN que se ha puesto el acento más que en el cargo (*status*) que se ostenta, en las funciones efectivamente desempeñadas; cfr. MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4^a ed., tirant lo blanch, 2000, p. 524. El motivo por el que es necesaria la regulación expresa de las actuaciones en lugar de otro se fundamenta en que sujetos que no poseen el elemento formal de la autoría del delito, entran en la misma relación que el sujeto idóneo desde un punto de vista material, como ha señalado GRACIA MARTIN. Cfr. GRACIA MARTIN, L.: AP, n^o 16, 1993, p. 225.

título 440 el *quantum* de pena a imponer a los sujetos activos es superior a la pena impuesta en el artículo 339, en lo referente a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela¹²¹. Ahora bien, el artículo 416 conmina a los particulares encargados de la custodia y despacho de documentos con una pena inferior a la que corresponde al funcionario que comete esta misma conducta, lo que ha sido valorado por algún sector doctrinal de forma positiva¹²². En este punto debemos poner de manifiesto que el legislador no ha sido coherente al prever, en algunos casos, la misma pena al particular que al funcionario que realiza la misma conducta, mientras que en el supuesto del artículo 416, no ha mantenido la misma valoración en cuanto al *quantum* de la pena a imponer.

2. *Supuestos de autoría de un particular expresamente tipificados*

También existen otros tipos como el artículo 414. 2º, que 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 artículo 414. 1º. Conviene señalar que esta conducta del particular complementa al artículo 414. 1º que castiga al funcionario público o Autoridad que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso y que consiente su destrucción o inutilización. *Morales Prats y Rodríguez Puerta* estiman que la circunstancia de que el ataque provenga de un particular es tomada 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 particulares¹²³. En mi opinión el respeto de los prin-

¹²¹ FEIJÓO SANCHEZ considera en relación al artículo 440 del Código penal que en este precepto se prohíbe a personas con deberes jurídicos o posiciones jurídicas especiales que no son funcionarios o autoridades, realizar determinadas actividades y concluye afirmando que no se protege el correcto funcionamiento de la Administración pública, sino de otras instituciones; cfr. FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La Ley, 1997-3, p. 1688.

¹²² Cfr. MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1216. No estoy de acuerdo con lo que mantienen estos autores al concluir que el reproche jurídico debe ser distinto según la concreta vinculación de los sujetos activos con el objeto tutelado; cfr. los mismo, ob. cit., p. 1216.

¹²³ De modo que, a juicio de estos autores, el distinto *status* de unos y otros comporta una diversa valoración jurídico-penal de sus conductas; véase MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, pp. 1209 y 1216.

cipios 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. Por el contrario, el contenido de injusto se explica por el hecho de que el particular accede de un modo puramente fáctico al dominio social 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 daños¹²⁴. Este acceso del particular al dominio social 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 el dominio social típico, y en virtud del cual realiza la conducta delictiva del artículo 414. 1^o. Este es el motivo que fundamenta la atenuación de la pena en el artículo 414. 2^o del CP.

3. *Supuestos de participación expresamente tipificados*

A continuación vamos a estudiar el fundamento en virtud del cual unos tipos penales han recogido expresamente la responsabilidad del partícipe (*extraneus*) junto a la del funcionario público o Autoridad (*intraneus*)¹²⁵, como sucede en los artículos 418 y 423. 2^o con una pena inferior a la impuesta para los funcionarios públicos y en los artículos 406, 423. 1^o y 429, donde se establece la misma pena¹²⁶. La característica común en todos estos supuestos es que el funcionario público ostenta el dominio social típico en la estructura social en la que se encuentran los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la Administración Pública, y en la que son competentes para ejer-

¹²⁴ MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^a ed., Aranzadi, p. 1210, consideran que si no existiese esta cláusula, la conducta del particular sería atípica o, a lo sumo, estaría integrada en el delito de daños, incapaz de expresar el completo desvalor de la conducta.

¹²⁵ DE LA MATA BARRANCO señala que estas previsiones «tratan de solucionar por expresa regulación positiva cuestiones que afectan a la teoría de la participación criminal, bien elevando a la categoría de autor otras formas de colaboración, bien contemplando expresamente la posibilidad de participación del particular en un delito de funcionario o, por el contrario, distinguiendo ambas responsabilidades, tratando de ofrecer vías alternativas a una complicada discusión doctrinal que no atiende en muchas ocasiones, como se indicaba, la diversidad de opciones que han de proponerse en razón del delito al que dicha teoría pretende aplicarse»; cfr. DE LA MATA BARRANCO, N. J.: *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales*, IVAP, 1997, p. 112; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 187.

¹²⁶ En relación a la equiparación de las penas entre el funcionario que comete cohecho pasivo y el particular que comete cohecho activo, cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, pp. 190 y ss.

citar la función social a la que está destinado el bien jurídico involucrado en la misma. El acceso al dominio social típico por parte del particular está efectivamente determinado por el funcionario público. El problema que se plantea es precisar la relación que existe entre la acción de los particulares y el ejercicio de la función pública que, como hemos visto, constituye el punto de referencia del tipo. Así, como afirma *Feijóo Sánchez* el particular que realiza la conducta tipificada en el artículo 418 del CP¹²⁷, necesita previamente que el funcionario haya consumado la conducta descrita en el art. 417 del CP. La conducta del particular sería impune como atentado contra la Administración pública si no existiera este tipo delictivo¹²⁸. En este caso concreto el acceso al dominio social típico tiene lugar en la fase de agotamiento del delito, como también sucede en el artículo 405 del CP, donde se tipifica, como una modalidad comisiva del delito de nombramientos ilegales, la simple propuesta de la Autoridad o funcionario público, aunque no se haya llegado al nombramiento o a la toma de posesión que, como apunta *Muñoz Conde*, constituyen actos posteriores impunes ya castigados con la propuesta¹²⁹. Como la intervención del particular que acepta el nombramiento, propuesta o toma de posesión tiene lugar en la fase de agotamiento del delito¹³⁰ recoge-

¹²⁷ 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 triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años».

¹²⁸ Cfr. FEIJÓO SANCHEZ, B.: *Delitos contra la Administración pública*, La Ley, 1997-3, p. 1693, nota 77. Ahora bien, si quien hace uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, es una autoridad o un funcionario público con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, habrá que aplicar el artículo 442. Sobre las relaciones entre los arts. 418 y 442 del CP, véase MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, p. 1223.

Si se tienen en cuenta estas consideraciones se llega a la conclusión de que la pena del artículo 418 es inferior a la del 442: la pena del artículo 418 es de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resulta grave daño para la causa pública o para un tercero, la pena será de prisión de uno a seis años. La pena del 442 es de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si se obtiene el beneficio perseguido se impondrá la pena en su mitad superior. Si resulta grave daño para la causa pública o para un tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

¹²⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 932.

¹³⁰ La consumación del artículo 405 no precisa la terminación o el agotamiento material de la lesión del bien jurídico. La consumación se produce con la realización

do en el artículo 405¹³¹, su castigo no podía haberse efectuado a través de las reglas generales de la participación delictiva, porque no se acepta la codelinuencia entre la consumación formal y la terminación o agotamiento del delito¹³². En suma, en los dos supuestos contemplados se tipifican conductas de participación en el agotamiento del delito porque son difíciles de reconducir a las reglas generales de participación. El fundamento en virtud del cual la conducta del particular está expresamente regulada y castigada junto a la actuación del funcionario público, es que mientras el funcionario público ostenta el dominio social típico, el *extraneus* accede al mismo en el que se desarrolla la función pública¹³³, y tanto uno como otro tienen un poder de decisión acerca de la situación del bien jurídico.

En otros casos nos hallamos ante los “tipos de participación necesaria”, de modo que además de requerirse una conducta activa por parte del autor del delito, es necesario que otro sujeto lleve a cabo una “acción positiva” para su apreciación, como sucede con el delito de tráfico de influencias (arts. 428 y 429)¹³⁴, o en el cohecho donde se tipifica en el artículo 423 la conducta del particular que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos con las mismas penas de prisión y multa que éstos¹³⁵. *Gimbernat Ordeig* puso de manifiesto que «mientras que en la prevaricación...

formal de los elementos del tipo y antes del eventual agotamiento material del hecho; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5^a ed., L 13/79; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., pp. 708 y 709 [trad. p. 859].

¹³¹ La conducta del particular que se tipifica en el artículo 406 y que consiste en aceptar la propuesta, tiene lugar una vez que el funcionario público ha realizado el comportamiento recogido en el artículo 405.

¹³² Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., pp. 708 y 709 [trad. p. 859]; BITZILKIS, N.: *Vollendung und Beendigung der Straftat*, ZStW, 1987, p. 733.

¹³³ Por su parte han apuntado MORALES PRATS y RODRIGUEZ PUERTA, que también la función pública puede resultar lesionada o puesta en peligro a través de conductas de particulares; cfr. MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^a ed., Aranzadi, p. 1179.

¹³⁴ Véase RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *La responsabilidad de particular en el delito de cohecho*, Revista de Derecho y proceso penal, n.º 1, 1999, p. 188.

¹³⁵ La doctrina suele señalar, por ejemplo, que el cohecho es un delito de convergencia en el que se necesita la concurrencia de dos personas: un particular y un funcionario público o autoridad [cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 188], o de participación necesaria [cfr. MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2^a ed., Aranzadi, p. 1229; RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *El delito de cohecho*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 285 y ss.], ya que no se exige que el sujeto activo sea sólo un funcionario público sino que se tipifica la participación en el delito de cohecho expresamente. Sobre este artículo 423 MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: ComNCP, pp. 1836 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, pp. 185 y ss.

el *intraneus* puede realizar el delito completamente solo, no es este el caso del cohecho»; «la tendencia —aunque tal vez sea inconsciente— tiene mucho mayor vigor cuando el legislador siente, al tipificar la conducta del partícipe, que está tipificando un comportamiento que acompañará siempre —y necesariamente— al delito en cuestión¹³⁶». Los motivos que fundamentan la tipificación de la conducta del particular en estos delitos se pueden explicar asimismo desde el punto de vista de la teoría del dominio social. En efecto, como el funcionario público o Autoridad ejerce una función de dominio social en la estructura social en la que está involucrado el bien jurídico protegido en estos delitos, la acción del particular tiene un efecto lesivo o de puesta en peligro del bien jurídico porque accede al dominio social que ostenta el sujeto cualificado. El bien jurídico protegido en tales delitos resulta afectado no sólo por el funcionario sino también por el particular¹³⁷, ya que en esta clase de delitos la intervención del particular es una condición que posibilita un determinado ejercicio del dominio social típico que ostenta el funcionario público¹³⁸.

En los restantes delitos especiales contra la Administración pública en los que el legislador no haya previsto expresamente la participación de un *extraneus*, nos plantearemos si puede sostenerse el mismo fundamento material para que el *extraneus* responda por el delito especial¹³⁹.

¹³⁶ Véase GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 294 y 295. Para VELEIJE ALVAREZ «el particular que con dinero logra hacer nacer en el funcionario la voluntad de cometer un delito en el ejercicio de su cargo no hace más que inducirlo o instigarlo a cometer el referido delito, y ése es el fundamento dogmático de la inculpa del corruptor. Quiere ello decir que en la tipificación del intento de corromper al funcionario estamos ante un caso normal de instigación a cohecho elevado a categoría de delito autónomo»; cfr. VELEIJE ALVAREZ, I.: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario*, p. 247. OLAIZOLA NOGALES recientemente ha considerado que «se regulan expresamente estas conductas porque normalmente en el delito de cohecho intervienen dos personas, el funcionario corrupto y el particular corruptor, y el legislador ha indicado expresamente la responsabilidad de cada uno de ellos, en vez de dejarlo conforme a las reglas generales de participación. Pero al hacerlo, se refuerza el argumento de la unilateralidad del delito de cohecho, porque resalta que lo importante es la conducta de cada sujeto por su lado»; véase OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, pp. 189 y 190.

¹³⁷ Sin embargo, en relación al delito de cohecho OLAIZOLA NOGALES considera que «el bien jurídico protegido en el delito de cohecho sólo puede afectarse directamente por el funcionario, ya que el particular no tiene la capacidad funcional de lesionar el correcto funcionamiento de la Administración, es el funcionario el que “desde dentro” puede actuar con criterios ajenos a la imparcialidad, objetividad y legalidad»; cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 190.

¹³⁸ Véanse más argumentos en RODRIGUEZ PUERTA, M. J.: *La responsabilidad de particular en el delito de cohecho*, Revista de Derecho y proceso penal, n.º. 1, 1999, pp. 195 y ss.

¹³⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 294. Este autor concluye precisamente que la regla del cohecho no es excepcional, sino que rige para los restantes delitos especiales.

IV. El partípite extraneus en los delitos contra la administración pública cometidos por un intraneus

En este apartado vamos a efectuar un análisis del tratamiento de la problemática que plantea la participación de un *extraneus* en un delito especial cometido por un autor *intraneus*. En primer lugar hay que señalar que en este ámbito de cuestiones, la opinión dominante distingue entre la participación en un delito especial propio y un delito especial impropio, lo que supone que el castigo de los partícipes *extranei* en un delito especial se fundamente de distinta forma según se trate de una u otra clase de delitos¹⁴⁰. En segundo lugar, la doctrina mayoritaria considera injusta la equiparación punitiva del *intraneus* y del *extraneus* a pesar de que el segundo no infringe los deberes especiales, y aunque al respecto existen diversos razonamientos, la doctrina converge en un fin último reconocido de forma expresa por casi todos los autores: la atenuación de la pena del partípite *extraneus* en los delitos especiales para tener en cuenta el distinto (menor) contenido de injusto que hay en el *extraneus* en quien no concurre la cualidad personal.

1. La diferenciación en el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios

En los delitos especiales propios la especial cualidad del sujeto activo fundamenta la existencia del delito, de modo que sólo se incluyen en el tipo, como autores, algunas personas especialmente caracterizadas (por ejemplo, en los delitos que ahora nos interesan el funcionario público o autoridad)¹⁴¹. Los delitos especiales impropios se caracterizan porque pueden ser cometidos por cualquiera, pero las propiedades del autor exigidas por el tipo suponen una agravación de la pena¹⁴². Preci-

¹⁴⁰ Cfr. por todos, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 51 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, 4^a ed., tirant lo blanch, 2000, pp. 515; CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partípite en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, p. 99; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 181.

¹⁴¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 252 y 253; CERREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2^a ed., p. 207; ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 283; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, p. 31; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 176 [trad. p. 214].

¹⁴² Cfr. JESCHECK, H. H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch*, AT, 5^a ed., p. 266; LANGER, W.: *Das Sonderverbrechen*, p. 456; CERREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2^a ed., p. 207; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 252 y 253; JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 176 [trad. p. 214].

samente, es en el ámbito de los delitos especiales impropios donde se ha planteado la conveniencia o no de romper el título de la imputación y al respecto han surgido las siguientes posturas y argumentos.

Una primera postura aboga por la ruptura del título de imputación en virtud de la aplicación, ya sea directa, ya sea por analogía *in bonam partem* del artículo 65. 1 del Código penal —el artículo 60. 1 del Código penal anterior—, que determina que las circunstancias personales únicamente pueden ser aplicadas a los partícipes en quienes concurren¹⁴³.¹⁴⁴ En mi opinión esta doctrina que parece ser la dominante incurre en graves contradicciones y conduce a resultados injustos. En efecto, la aplicación del art. 65. 1 a la participación en delitos especiales determinará que cuando éstos sean impropios se castigue al *extraneus* con la pena atenuada prevista en el delito común paralelo, pero debería determinar también consecuentemente la total impunidad de este *extraneus* cuando el delito especial en el que ha participado es uno propio, ya que en estos casos no existe ninguna figura de delito común paralela. Para evitar estas inconvenientes lagunas de punibilidad la doctrina a la que ahora hacemos referencias opta —y aquí radica su incoherencia— por la inaplicación del art. 65. 1 a los delitos especiales propios,

¹⁴³ La aplicación directa del art. 60. 1 del CP anterior fue defendida para los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo por CUELLO CALON, E.: *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*, volumen I, 14ª ed., Ed. Bosch, 1975, revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, p. 456, y PACHECO, J. F.: *Código Penal*, Tomo II, 5ª ed., Madrid, 1881, p. 510, quien considera que «conjuntamente con los empleados que cometen este delito, pueden concurrir particulares que sean co-autores, cómplices o encubridores en él. El presente capítulo no dice sobre ellos nada; pero claro está que no es aquí donde debe buscarse su pena. Tales delitos, en tales delincuentes, son sólo privados, y corresponden a títulos que hallaremos después». Modernamente aplica directamente el art. 65. 1 a los delitos especiales impropios CEREZO MIR, J.: *Derecho penal, PG*, 2ª ed., p. 207.

¹⁴⁴ La postura que aboga por la ruptura del título de imputación pero considera que el artículo 65.1 es aplicable sólo por analogía *in bonam partem*, es sostenida por autores como ESCRIBA GREGORI: *La participación del «extraneus» en el parricidio y del «intraneus» en el homicidio*, en *Estudios jurídicos en honor de Pérez-Vitoria*, Tomo I, Barcelona, 1983 pp. 232 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 349 y ss., 354.; BACIGALUPO, E.: *Principios*, 4ª ed. pp. 381 y ss.: «la Jurisprudencia ha entendido (con razón) que el precepto del art. 65 se refiere tanto a las circunstancias genéricas (arts. 21 y 22 CP.) como a las contenidas en los delitos particulares». En los delitos especiales propios considera que «el partícipe no cualificado es punible con una pena atenuada por la vía del art. 21. 6»; BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 359 y ss.; 297 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, pp. 97 y ss.; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995)*, AP, n.º 8, 1996, pp. 21 y ss., si bien es cierto que esta autora sólo se refiere a los delitos es-

pero entonces se incurre en una nueva contradicción, en este caso de índole valorativa, pues carece de explicación que se atenúe la pena del extraño en relación con delitos en que la cualidad especial de la que carece simplemente modifica la gravedad del hecho, y que no se atenúe dicha pena en aquellos delitos en los que dicha cualidad fundamenta lo injusto específico del hecho¹⁴⁵.

Junto a estas posiciones doctrinales existe otra que mantiene la unidad del título de imputación porque, por un lado, es consecuencia obligada en un Código en el que está vigente el principio de accesoriedad de la participación¹⁴⁶. La participación sólo es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor¹⁴⁷, por lo que el autor principal va a determinar el hecho en virtud del cual se castigará a los partícipes¹⁴⁸. La punibilidad de un causante de tales delitos en quien no concurre personalmente tales elementos sólo puede explicarse mediante la idea de la *accesoriedad* de su conducta con respecto a lo injusto de otro en quien concorra aquellos elementos, como ha advertido *Jakobs*¹⁴⁹,

peciales propios; MORENO Y BRAVO, *Autoría en la Doctrina del Tribunal Supremo (coautoría mediata y delitos impropios de omisión)*, pp. 93 y ss.

¹⁴⁵ Mantienen que el art. 65. 1 del CP no se aplica a los delitos especiales propios, a título de ejemplo, CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2^a ed., p. 207; BACIGALUPO, E.: *Principios*, 4^a ed. p. 382; CORDOBA RODA, J.: *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, p. 252.

Por otro lado y con carácter general véase sobre esta postura que considera que es inaplicable el artículo 65 —artículo 60 del anterior CP— a los delitos especiales propios, BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 251 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, 1993, p. 163. GOMEZ RIVERO considera que el carácter accesorio de la participación obliga a aceptar la unidad del título de imputación para todos los intervinientes en la comisión de un delito que sean partícipes en el mismo; véase GOMEZ RIVERO, M. C.: *La inducción a cometer del delito*, Valencia, 1995, pp. 163 y ss.

Sin embargo, mantienen otra postura PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 22 y ss.; EL MISMO, *Concurso*, pp. 25 y ss, 181 y ss. A juicio de este autor el principio de accesoriedad que rige la participación en nuestro ordenamiento jurídico penal, tiene sólo un sentido de “límite” negativo y no implica la necesidad de admitir la “accesoriedad positiva” que supone la comunicación al partícipe de los elementos personales. PEREZ ALONSO, E. J.: *Teoría general de las circunstancias*, p. 237.

¹⁴⁷ Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 661 [trad. p. 799].

¹⁴⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 215.

¹⁴⁹ Véase JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., pp. 660 y 661 [trad. p. 797].

A la hora de analizar el título de imputación de la participación en los delitos especiales sobre todo desde el contexto de los delitos de infracción de un deber, se suele afirmar que el partícipe se encuentra conectado con el hecho principal a pesar de carecer del *status*, o en palabras de JAKOBS, «*la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles*» (cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 660 [trad. p. 797]), de modo que en los delitos de infracción de un deber el hecho prin-

de modo que la participación no se debe a sí misma su contenido de injusto, sino que éste procede de la contribución o favorecimiento de un hecho ajeno¹⁵⁰. Por otro lado, según esta posición doctrinal el artículo 65 del CP es inaplicable a estos supuestos, pues se refiere a las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas de los artículos 21, 22 y 23 del CP¹⁵¹. En suma al partícipe *extraneus* se le hace responder como partícipe del delito especial cometido por el *intraneus*¹⁵².

Esta última postura es, a mi juicio, la más convincente por varios motivos. En primer lugar, la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la Administración pública no es la infracción de un deber, sino el dominio social típico que ostenta el funcionario público y en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos de una manera esencial u ocasional para el cumplimiento de unas funciones sociales¹⁵³. Este elemento fundamenta lo injusto específico de estas figuras delictivas y, por ello, está sometido a la categoría dogmática del tipo¹⁵⁴, lo

cial vincula al partícipe con una institución positiva que no le concierne como ha afirmado SÁNCHEZ-VERA. Cfr. SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 171 y 172. Según este último autor se trata de una accesoriadad 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 ajeno. Cfr. SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, p. 172.

¹⁵⁰ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 144. Sobre el principio de accesoriadad en el anterior Código penal y en el Código penal alemán, véase EL MISMO, ob. cit., pp. 152 y ss., 159 y ss.

¹⁵¹ Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 15/42; OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 185. En relación al anterior Código penal: QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 63 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 279 y ss.; GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 115; EL MISMO, *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, 1993, p. 163; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 149 y ss.

¹⁵² Cfr. además de los autores citados en la nota anterior, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 276 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G.: *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, pp. 65 y ss.; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 166 y 167; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed, p. 926; ROCA AGAPITO, R.: *El delito de malversación*, p. 335. Como aval de esta postura hay que hacer referencia a una corriente jurisprudencial; véase sobre la misma BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 223 y ss. Las sentencias aludidas están recogidas en la p. 227, nota 17.

En Alemania defienden la unidad del título de imputación CORTES ROSA, ZStW, 90, 1978, pp. 413 y ss.; WAGNER, H.: *Amtsverbrechen*, Duncker & Humblot, 1975, p. 398; ROXIN, C.: LK, 11ª ed., 1994, § 28, n.º. 4 y ss.; JESCHECK, H. H.: LK, 11ª ed., 1997, comentario previo al § 331, n.º. 12; RUDOLPHI, H. J.: SK, 5ª ed., comentario previo al § 331, n.º 5, pp. 7 y 8; SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999.

¹⁵³ Cfr. supra.

¹⁵⁴ Véanse GRACIA MARTIN, L.: *Delitos contra Bienes Jurídicos Fundamentales*, Tirant lo blanch, 1993, p. 163; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, pp. 280 y ss.

cual impide no sólo que quede sometido al régimen de la comunicabilidad de las circunstancias del artículo 65 del CP puesto que este artículo es aplicable a las circunstancias de la parte general y no a los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva¹⁵⁵, sino que además impide aplicar este precepto por analogía al no contemplarse una identidad de razón entre la circunstancia de prevalerse del carácter público del responsable y el ejercicio del dominio social. La circunstancia de prevalerse del carácter público del responsable supone un dato concreto y determinado que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto¹⁵⁶ y se debe apreciar cuando un funcionario se prevale del carácter público de su *status*¹⁵⁷. Sin embargo, en estos delitos especiales que estamos tratando lo básico para la tipicidad es la realización de la acción por un funcionario en el ejercicio de las funciones que caen dentro de sus competencias, lo que implica una situación de mayor accesibilidad del bien jurídico protegido¹⁵⁸. El dominio social que constituye el sustrato material para limitar la esfera de los posibles autores, se fundamenta en el ejercicio de una función pública y es el motivo por el que los delitos especiales propios e impropios adquieren una significación normativa propia. La diferencia entre el ejercicio de la función pública y el prevalerse del carácter público estriba en que, en este último ámbito, el sujeto se aprovecha de la cualidad de funcionario público pero no dentro de la actividad que le es inherente y con respecto a cuyo ejercicio se protege un bien jurídico de un modo específico frente al funcionario¹⁵⁹. En segundo lugar, el

¹⁵⁵ Véase GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2^a ed., 1997, p. 135. Véanse los autores citados en la nota 151.

¹⁵⁶ Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 350 en relación con las circunstancias en general. CEREZO MIR define la circunstancia como «todo hecho, relación o dato concreto, determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad»; véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 350. En relación con esta circunstancia concreta CEREZO MIR, J.: ob. cit., p. 397.

¹⁵⁷ Cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo*. IVAP, 1997, p. 91.

¹⁵⁸ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 361 y ss.

¹⁵⁹ Cfr. OLAIZOLA NOGALES, I.: *Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo*. IVAP, 1997, p. 90. Esta distinción aparece recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990, (A. 6254) en cuyo Fundamento de Derecho número VII se establece que «la circunstancia referida se refiere expresamente al prevalimiento del carácter público y no al abuso de la función, es decir, que el agente obra como particular más prevaliéndose de las funciones o carácter público que ejerce, haciendo valer su posición oficial para llegar al objeto propuesto, a la realización del proyectado hecho. Aprovecha la cualidad de funcionario, pero no dentro de la actividad que le es inherente, a fin de gozar de una mayor facilidad para conseguir su delictuoso móvil». Cfr. además, las STS de 2 de julio de 1941 (A. 946), 29 de octubre de 1956 (A. 3329), 5 de diciembre de 1973 (A. 4911), 30 de octubre de 1987 (A. 7635), de 19 de julio de 1993, (A. 6488).

partícipe *extraneus* en un delito contra la Administración pública, generalmente, *conoce* que al funcionario público o a la autoridad le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social.

De la exposición efectuada resulta ya cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios¹⁶⁰. En los delitos especiales propios no existe una figura paralela común porque normalmente el bien jurídico sólo existe en una estructura social determinada que está dominada por sujetos muy definidos, en el caso de los delitos contra la Administración pública, los funcionarios públicos o las autoridades que ejercen sobre ella su dominio¹⁶¹. En los delitos especiales impropios es cierto que 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 todos¹⁶². Así cuando un *extraneus* ha participado en un ataque al bien jurídico en el seno de estas estructuras sociales realizado por un *intra-neus* que ostenta el dominio social típico, su conducta (de partícipe) contiene el desvalor que se expresa en el delito especial sea propio o impropio, de modo que convenimos con la opinión doctrinal que considera que respecto del extraño que participa en un delito especial propio o impropio, el extraño responde con base en el delito especial. Consecuentemente, todos los que intervienen ya sea como autores — y ostentan el dominio social típico— o como partícipes —y acceden al

¹⁶⁰ SANCHEZ-VERA considera asimismo que si se aplica consecuentemente la teoría de los delitos de infracción de un deber no existe un campo para los delitos de infracción de un deber impropios. Por el contrario, tanto en los delitos de infracción de un deber propios o impropios se trata de igual manera de la lesión de una institución positiva; cfr. SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 195 y ss., 203 y ss.; JAKOBS, G.: *La omisión: estado de la cuestión*. Ed. Civitas, 2000, p. 150.

¹⁶¹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 98.

¹⁶² Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 98.

Por este motivo no estoy de acuerdo en la conclusión a la que llega MIR PUIG cuando afirma en relación con el artículo 167 del Código penal que «cuando la ley prevé cualificaciones accidentales como la de ser el sujeto autoridad o funcionario, la mayor pena que se prevé para el sujeto sólo puede imponerse a dicho sujeto —no al particular que interviene en el hecho, que, aunque sea inductor o cooperador no ha de verse como un partícipe en un delito especial del funcionario, sino en el único delito existente de detenciones ilegales— y tanto si es autor en sentido estricto como si es uno de los autores asimilados del art. 28»; cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., L 15/43.

dominio social típico para lesionar más fácilmente al bien jurídico protegido— responderán por el delito especial cometido, puesto que se han establecido determinadas conexiones fácticas y valorativas que son relevantes para el enjuiciamiento jurídico penal. El autor *intraneus* de un delito especial se caracteriza porque ejerce el dominio social típico en virtud de una función específica mediante la que accede al bien jurídico protegido pudiendo lesionarlo, por lo que concurren elementos que son desfavorables y que fundamentan o gravan su responsabilidad. El *extraneus* que participa con un *intraneus* en la comisión de un delito especial, aunque es un sujeto que *formalmente* no pertenece a la esfera de posibles autores, participa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que sólo se puede producir a través del dominio social típico en el que está involucrado dicho bien y que ostenta el autor *intraneus*¹⁶³. Ello es un signo desfavorable que tiene un fundamento material. En estos supuestos la imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe *extraneus* se fundamenta en que accede a un dominio social típico para lesionar más fácilmente un bien jurídico. La imposición de la pena correspondiente al delito especial al partícipe *extraneus* es proporcionada a la gravedad de lo injusto que se ha cometido, es decir, valerse de un dominio social típico que ostenta un *intraneus* para lesionar más fácilmente un bien jurídico. Por ello podemos afirmar también que el castigo del partícipe *extraneus* conforme al delito especial se fundamenta en juicios de merecimiento y necesidad de pena¹⁶⁴.

2. *La atenuación de la pena del partícipe extraneus en un delito especial*

Llegados ya a este punto en estos supuestos de intervención de un *extraneus* en un delito especial debemos plantearnos si merece o no, realmente, una atenuación de la pena. Al respecto se puede afirmar que existe unanimidad en la doctrina en torno a la exigencia de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* y ello porque, como ha afirmado 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»¹⁶⁵. Sin em-

¹⁶³ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 363 y ss.

¹⁶⁴ Sobre estos juicios cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 78 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, p. 157. Para CHOCLAN MONTALVO la opción de castigar con la misma pena al *intraneus* que al *extraneus*, «se

bargo, la doctrina difiere en las distintas soluciones que tienen como fin atenuar la pena del partícipe *extraneus*. Así, por ejemplo, *Gimbernat Ordeig* señala «que el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante en los delitos especiales de funcionarios es evidente. Pero, con razón o sin ella el Código Penal no lo ha recogido como tal circunstancia. Inventarla no me parece dogmáticamente posible»¹⁶⁶. Y propuso en su momento que el juez impusiera al *extraneus* partícipe el grado mínimo de la pena del delito especial en virtud del arbitrio que le concede la ley¹⁶⁷. *Díaz y García Conlledo* propone como vía de solución «tanto para los delitos especiales propios como para los impropios, la referencia a la infracción de deberes contenida en el parágrafo 32 del Código penal austríaco. En cualquier caso en un Código penal que dé suficiente margen al juego de las circunstancias agravantes y atenuantes, en el supuesto de los delitos especiales impropios, con una interpretación hábil de los preceptos, se pueden conseguir en muchos de los casos soluciones bastantes adecuadas al desvalor de las conductas y, en general, a los postulados de la justicia material» suscribiendo las solu-

ha considerado manifiestamente injusta»; cfr. CHOCLAN MONTALVO, J. A.: *La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio*, AP, n.º 8, 1995, p. 98.

Para DIAZ Y GARCIA 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 *stricto 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»; cfr. EL MISMO, ob. cit., pp. 161 y 162. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS apunta en el marco de los delitos contra la Administración pública, que «el extraño, al no concurrir en él la condición de funcionario, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre y que es el determinante, por así decirlo, del nacimiento de la figura penal alrededor de la cual giran las correspondientes participaciones delictivas»; cfr. MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales*. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 y 24 de junio de 1995), AP, n.º 8, 1996, p. 22. A juicio de esta autora se detecta una falta de adecuación respecto a la utilidad y necesidad de pena, si se castiga al partícipe extraño en los delitos especiales propios con una pena restrictiva de derechos de inhabilitación especial. Considera más acorde con la política criminal la aplicación de una pena de multa; cfr. LA MISMA, ob. cit., p. 23.

¹⁶⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 292; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, p. 231, nota 55. GONZALEZ CUSSAC también ha apuntado que el artículo 21. 6º se refiere sólo a las circunstancias atenuantes, y entre ellas no se encuentra la de *no ser funcionario público*; cfr. GONZALEZ CUSSAC, J. L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª ed., 1997, p. 135.

¹⁶⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 293, nota 204.

ciones propuestas por *Gimbernat*¹⁶⁸. Estas opiniones doctrinales solucionan la cuestión de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* mediante la aplicación de una atenuante genérica, lo que puede llevar en muchas ocasiones a soluciones comparativamente injustas.

Los efectos lesivos o de puesta en peligro del bien jurídico que se derivan de las acciones de los partícipes *extranei*, no pueden tener para lo injusto el mismo significado que los derivados de las acciones de los partícipes *intranei*. El menor potencial lesivo de estas acciones degrada, entonces, la medida de su injusto y su contenido de injusto tiene un significado diferente que debe reflejarse en la medición de la pena¹⁶⁹. El tratamiento de la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* debe encontrar su lugar sistemático en las reglas de medición de la pena, manteniendo la unidad del título de imputación¹⁷⁰. En concreto, se propone de *lege ferenda* un precepto que establezca una atenuación de la pena, para aquellos supuestos en los que falte en los partícipes *extranei* las circunstancias personales que *fundamentan* o *agravan* la punibilidad de la conducta y que consistiría en disminuir la pena a imponer al autor del delito especial propio o impropio en un grado^{171,172}.

¹⁶⁸ Cfr. DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp. 166 y 167.

En concreto para BOLDOVA PASAMAR al partícipe extraño que interviene en un delito especial propio habría que aplicarle una atenuante porque no está vinculado con el deber específico que vincula al autor, de modo que «tanto para los delitos impropios como para los propios se estaría prescribiendo una misma solución a base de circunstancias: en los delitos especiales impropios no se aplican al extraño los efectos de lo que es materialmente considerado como circunstancia específica, mientras que en los propios se intenta apreciar en el no cualificado una atenuación, igualmente circunstancial, aunque genérica». BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 255. Crítica con esta solución OLAIZOLA NOGALES, I.: *El delito de cohecho*, p. 182.

¹⁶⁹ Cfr. GRACIA MARTIN, L.: *Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal*, AP, n.º 16, 1993, p. 230.

¹⁷⁰ Véase la propuesta de GRACIA MARTIN, L.: *El actuar en lugar de otro*, II, p. 115, nota 64.

¹⁷¹ CERESO MIR ha considerado que sería deseable introducir en el Código penal *de lege ferenda* un precepto que establezca una atenuación de la pena para aquellos supuestos en los que falte en los partícipes *extranei* las circunstancias personales que fundamentan la punibilidad de la conducta; cfr. CERESO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2^a ed., p. 207. Como, por ejemplo, sucede con el párrafo 28 del StGB que establece que «1) Si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) elementos personales especiales, que fundamentan la responsabilidad del autor, se deberá atenuar la pena según el párrafo 49, párr. 1. 2) Si la ley determina que los elementos personales especiales agraven, atenúen o excluyan la pena, esto sólo vale para aquel interviniente (autor o partícipe) en que concurra». Sobre este párrafo, véase, ROXIN, C.: LK, 11^a ed., 1994, n.º 1 y ss.; HERZBERG, *Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmal*, GA, 1991,

pp. 145 y ss.; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría*, 1991, pp.162, 163,164 y 165; GOMEZ RIVERO, M. C.: *La inducción a cometer del delito*, Valencia, 1995, pp. 130 y ss. Véase asimismo las consideraciones acerca de las posibilidades de atenuación de la pena del partícipe extraño en los delitos de infracción de un deber que realiza SANCHEZ-VERA, J.: *Pflichtdelikt und Beteiligung*, Duncker & Humblot, 1999, pp. 211 y ss., distinguiendo si la contribución al hecho del *extraneus* realiza el *quantum* de un autor (con una sola atenuación de la pena), o si el *extraneus* realiza sólo el *quantum* de una ayuda (con una doble atenuación de la pena).

El parágrafo 14 del StGB austríaco establece que «1) Cuando la ley haga depender la punibilidad o la gravedad de la pena de cualidades o relaciones personales especiales que se refieran al injusto del hecho, se aplicará la ley a todos los intervinientes, incluso cuando esas cualidades o relaciones concurren sólo en uno de ellos. Pero, si el injusto del hecho depende de que el titular de las cualidades o relaciones personales especiales ejecute inmediatamente el hecho o colabore en él de una forma determinada, deberá cumplirse también este requisito. 2) Si por el contrario las cualidades o relaciones personales especiales afectan exclusivamente a la culpabilidad, se aplicará la ley únicamente a los intervinientes en que concurren dichas cualidades o relaciones». (Este sistema parte de un concepto unitario de autor). Véase BOLEA BARDON, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo blanch, 2000, pp. 85 y ss.

¹⁷² Por su parte, PEREZ ALONSO considera que para conseguir la no impunidad del partícipe se debe pagar el “alto precio” de equiparar la pena del inductor o cooperador extraño con la del autor material del delito especial propio y es necesario acercarse a la justicia material mediante la aplicación analógica, a favor del reo, de las reglas de disminución de la pena previstas para la tentativa. Cfr. PEREZ ALONSO, E. J.: *Teoría general de las circunstancias*, pp. 240 y 241.