

Falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público y participación de *extraneus* (*)

(Comentario a la STS 350/2005, de 17 de marzo de 2005
Ponente: Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta)

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Profesor TEU de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I.

1. Con motivo de que el vehículo marca «Audi T 100», de color verde, matrícula K--ER, fue denunciado por un agente de la Policía Local de Rubí por estacionar en zona prohibida en la calle San Cayetano, número 8, de dicha localidad, a las 12:05 horas del día 18 de marzo de 2002, el acusado Augusto, mayor de edad y sin antece-

(*) Abreviaturas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AAP: Auto de la Audiencia Provincial; AAPP: Audiencias Provinciales; AP: Actualidad Penal; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; AT: Allgemeiner Teil; BT: Besonderer Teil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; coord./coords.: Coordinador/coordinadores; CEP: Código Penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; dir.: Director, directora; ed.: Edición, editor; E. de M.: Exposición de Motivos; EPC: Estudios Penales y Criminológicos; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; Jura: Juristische Ausbildung; JW: Juristische Wochenschrift; JZ: Juristische Zeitung; L: Ley; LH-: Libro-Homenaje a; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; párr.: Párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc); reimpr.: Reimpresión; Rev. DP: revista de Derecho penal; Rev. P.: Revista Penal, La Ley; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: Traducción, traducido; STS: Tribunal Supremo; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

dentes penales, funcionario del Cuerpo de Bomberos del Ayuntamiento de Barcelona y con destino en el cuartel de la calle Provenza de esta ciudad, que era el propietario de dicho automóvil, en fecha comprendida entre el 18 de marzo y el 29 de abril de 2002 se dirigió al también acusado José Carlos, mayor de edad y sin antecedentes penales, cuando este último se encontraba en las dependencias de dicho cuartel de bomberos realizando el retén reglamentario que le correspondía como agente de la Guardia Urbana de Barcelona, número de carné profesional NUM000 adscrito a la Unidad Territorial de l'Eixample, que prestaba servicio de patrulla en bicicleta en el turno de mañana, aprovechando que lo conocía por haber coincidido con él en sus anteriores estancias en dicho lugar, como era habitual, y le solicitó que le entregara una copia de denuncia de estacionamiento antirreglamentario en la ciudad de Barcelona del vehículo propio antes dicho cumplimentada con similares datos temporales de día y hora que los de la denuncia de Rubí, para así poder alegar en el correspondiente expediente administrativo la imposibilidad física de comisión de la infracción de Rubí y poder solicitar con ello la anulación de aquella denuncia inicial, a lo que el agente José Carlos accedió.

Siguiendo entonces las indicaciones concretas de Augusto sobre los datos del vehículo infractor en Rubí, fecha y hora de la presunta infracción que debían hacerse constar, dicho policía rellenó el boletín de denuncia C número NUM001 de la Guardia Urbana del Ayuntamiento de Barcelona perteneciente al talonario de boletines reglamentarios que se entregan a tales agentes y que son de uso indistinto por cualquiera de ellos hasta el punto de que se los intercambian entre ellos, redactando dicho boletín en base al supuesto estacionamiento en la acera en la calle Provenza, de Barcelona, a las 11 horas del día 18 de marzo de 2002 del vehículo del acusado Augusto, reseñando el número de código y el artículo de la Ordenanza Municipal de Circulación presuntamente infringido, haciendo constar el número 22.100 como número de Agente de la Guardia Urbana supuestamente denunciante, así como estampando la supuesta firma de éste. El acusado José Carlos no dio curso administrativo a la denuncia así confeccionada.

En todo caso con el boletín de denuncia así redactado, el acusado Augusto, en fecha 29 de abril de 2002, presentó en el Ayuntamiento de Rubí, en relación al expediente sancionador incoado a raíz de la primitiva denuncia, un pliego de alegaciones al que acompañó una fotocopia de aquel boletín que le fue entregado por José Carlos en el que alegaba que el día y hora en que se formuló la denuncia de la Policía Local de Rubí «ni yo ni el vehículo estábamos en Rubí sino que estábamos en Barcelona en la calle Provenza realizando unas gestiones y

durante el mismo tiempo aproximadamente fuimos denunciados también en Barcelona –adjunto copia de la denuncia de Barcelona–, por tanto creo que debe haber un error en la denuncia de Rubí o debe haber dos vehículos con la misma matrícula», solicitando en atención a dichas alegaciones la anulación del expediente sancionador.

Los hechos fueron descubiertos como consecuencia del reconocimiento de los mismos en las dependencias de la Guardia Urbana de Barcelona por el acusado José Carlos.

2. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.^a), en Sentencia de fecha 20 de octubre de 2003, condenó a José Carlos como autor criminalmente responsable de un delito consumado de falsificación en documento oficial a cargo de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1.2.º y 3.º CP), apreciándose la atenuante muy cualificada de confesión de hechos antes de conocer que el procedimiento judicial se iba a dirigir contra él (art. 21.4.^a CP). El Tribunal sentenciador impuso al condenado la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o función pública en la Administración estatal, autonómica, provincial o local durante un año, multa de cinco meses, con cuota diaria de 3 euros, para una suma total de 450 euros, con la correspondiente de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, previa excusión de bienes, y la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impuso, por último, el pago de la mitad de las costas. La Audiencia Provincial de Barcelona también condenó a Augusto como inductor de un delito consumado de falsificación en documento oficial a cargo de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1.2.º y 3.º CP), con la atenuante prevista en el artículo 21.4.^a CP, a la pena de tres años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier cargo o función pública en la Administración estatal, autonómica, provincial o local durante dos años, multa de seis meses con cuota diaria de 3 euros, para un total de 540 euros, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, previa excusión de bienes, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le impuso, igualmente, el pago de las costas por mitad.

3. Contra dicha resolución interpusieron los dos condenados, José Carlos y Augusto, sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 350/2005, de 17 de marzo (ponente Excmo. Sr. don Andrés Martínez Arrieta) declaró no haber lugar al recurso de

casación interpuesto por la representación de José Carlos. Asimismo, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso interpuesto por la representación de Augusto, dictándose, en consecuencia, otra sentencia por la que se rebajó en un grado la pena impuesta en primera instancia al inductor, por aplicación del artículo 65.3 CP.

II.

4. El presente trabajo tiene por objeto el análisis de una de las cuestiones que ocupó de forma predominante el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de uno de los acusados, Augusto, así como una parte importante de la fundamentación jurídica de la STS 350/2005, de 17 de marzo, que ahora se comenta. La cuestión no es otra que el tratamiento jurídico que deben recibir los supuestos en los que un *extraneus* participa en un delito especial (1).

5. Varias son las razones que convierten al supuesto de hecho que sirvió de base a la resolución que ahora nos ocupa en un caso de particular interés dogmático.

La primera reside en el hecho de que la intervención del sujeto no cualificado tiene lugar en un delito de falsedad documental cometido por una autoridad o funcionario público. Esto es, en un delito especial *impropio*. Cuando se produce la intervención de un *extraneus* en esta clase de delitos, resulta dudoso, en primer lugar, si el título de imputación por el que debe responder dicho sujeto es el delito especial cometido por el autor, esto es, la autoridad o funcionario público (art. 390 CP), o bien el delito común paralelo cometido por un particular (art. 392 CP). La cuestión no es en absoluto baladí, ya que el delito especial de funcionario tiene asignada una pena de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, mientras que la pena del delito común paralelo es de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. Como se verá, que la problemática que acaba de ser planteada deba resolverse en uno u otro sentido dependerá, en esencia, de si el delito de falsedad en documento oficial cometido por autoridad o funcionario público (art. 390 CP) es un delito especial o bien, simplemente, un tipo agravado del delito de false-

(1) De este tema ya me ocupé ampliamente en GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 395 ss.; ÍDEM, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 175 ss.

dad documental cometida por un particular (art. 392 CP) por razón de las particularidades del sujeto activo.

En segundo lugar, y en el supuesto de que se afirme que el *extraneus* debe responder como partícipe en el delito especial cometido por el funcionario, resulta obligado preguntarse si el sujeto no cualificado puede (o, incluso, debe) ser castigado con la misma pena que el sujeto cualificado, o bien con una pena atenuada, atendiendo a la no concurrencia en su persona de la cualidad que distingue al autor del delito.

Por lo demás, es preciso preguntarse si en un delito especial impropio en el que el tipo exige la concurrencia en el autor de la condición de autoridad o funcionario público puede ser considerado *extraneus*, y no *intraneus*, un sujeto en quien (como ocurre en el caso de referencia con el acusado Augusto) también concurre dicha condición.

III.

6. Con carácter previo a la resolución de las tres cuestiones que acaban de ser expuestas, íntimamente relacionadas con la problemática relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales, es conveniente formular algunas consideraciones en torno al delito de falsedad documental cometido por autoridad o funcionario público. La STS 350/2005, de 17 de marzo, parte del presupuesto de que la conducta realizada por José Carlos resulta subsumible en el tipo previsto en el artículo 390.1 CP, por ser constitutiva de un delito de falsedad en documento oficial. Los hechos, recuérdese, consisten, en esencia, en que el mencionado José Carlos, agente de la policía municipal, rellenó, falsamente, un boletín de denuncia por indebido aparcamiento de un vehículo en el municipio en el que desarrollaba su función profesional. Lo hizo a instancias del otro condenado, Augusto, bombero del mismo Ayuntamiento, con la finalidad de que este último pudiese quedar liberado de una multa de tráfico que le había sido impuesta por otro Ayuntamiento. José Carlos no dio curso administrativo a la denuncia confeccionada, en tanto que Augusto entregó como fundamento de su recurso a la multa una copia del boletín de denuncia realizado por José Carlos. Según los recurrentes, la denuncia confeccionada, que ambos reconocen como falsa, no se habría realizado finalmente en un *documento*. En el negado supuesto de que así debiera entenderse, dicho documento –siempre según los recurrentes– en modo alguno tendría la consideración de *oficial*.

7. El fundamento de Derecho primero de la resolución que ahora nos ocupa recuerda, en primer lugar, que el Código Penal considera

documento (art. 26 CP) a todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. La aplicación de esta doctrina general al caso de la STS 350/2005 conduce al Alto Tribunal a concluir que el boletín de denuncia falsamente confeccionado por el agente de la Guardia Urbana José Carlos cumple sobradamente con las exigencias legales del *concepto de documento*, apuntadas por el propio Tribunal. Según la sentencia, el boletín es, además, un documento público, ya que el autor «no se limita a rellenar un formulario sino que expide una documentación acreditativa de una infracción con la finalidad de que surta efectos ante un órgano administrativo, el Ayuntamiento de Rubí, evidenciando una incompatibilidad con la sanción impuesta por este Ayuntamiento, como fundamento de un recurso contra la sanción impuesta. Es decir, el documento falsificado creó una apariencia de realidad con funcionalidad probatoria en el recurso presentado» (2). La STS 350/2005 prosigue su argumentación haciendo referencia al hecho de que la destrucción del original de la denuncia y su no presentación al Ayuntamiento para el que trabajaba no supone, en modo alguno, que deba negarse la condición de documento a la multa. La resolución recuerda que, a pesar de la destrucción del documento menzador original, la confección del mismo ya desplegó su funcionalidad, como lo evidencia el hecho de que sirviera de base, en forma de fotocopia, a un recurso presentado por el inductor de la falsedad.

8. El hecho cometido por José Carlos es, en efecto, constitutivo de un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil. Ninguna duda cabe sobre que el boletín de denuncia falso emitido por el acusado a instancia de Augusto reúne todos los elementos del *concepto de documento* a los efectos del delito de falsedad documental. Tampoco sobre que dicho documento es un documento *oficial*.

9. Según la jurisprudencia tradicional, en los delitos de falsedad documental se protege la *confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico* (3). De este criterio se derivan dos consecuencias. La primera es que son atípicas, por ausencia de antijuridicidad material, las falsedades burdas e inocuas por carecer de potencialidad para perturbar el tráfico jurídico (4). La segunda consecuencia consiste en que

(2) Fundamento de Derecho primero STS 350/2005.

(3) En este sentido, por ejemplo, STS 1783/2001, de 3 de octubre.

(4) STS 233/2000, de 11 de febrero; SSAP Sevilla (Sección 7.ª) 13 de marzo de 2001; Cuenca, 15 de marzo de 2000.

para que la conducta sea típica es necesario que el documento falsificado tenga vocación de introducirse en el tráfico. Estos dos aspectos son destacados con acierto por la sentencia que ahora se comenta.

10. La doctrina y jurisprudencia más modernas (la STS 350/2005 no es una excepción a este respecto) entienden que la protección que el Derecho penal español hace de la confianza y seguridad del ciudadano en el tráfico jurídico se concreta en la protección de las *funciones atribuidas a los documentos*. Esto es, la funciones de *perpetuación, garantía y prueba* (5). De acuerdo con esta postura, no es objeto de protección, en cambio, la fe pública, entendida como *status* psicológico de la colectividad, que atribuye veracidad y autenticidad a determinados valores, documentos, símbolos y cualidades relevantes para la vida social. No existe un derecho general de los particulares a no ser engañados documentalmente, ya que tampoco existe un deber general de decir la verdad o reflejarla documentalmente. El deber jurídico de veracidad documental sólo obliga a determinados sujetos. No se tutela, por tanto, el derecho a que la información contenida en un documento se corresponda con la realidad, sino el derecho a que todo ciudadano disponga de la misma información (principio de igualdad) necesaria para la toma de decisiones (6).

11. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el *objeto material* sobre el que recaen las conductas típicas es el *documento*. Se trata de una declaración corporeizada de una persona destinada a probar una relación jurídica, esto es, el nacimiento, modificación o extinción de una obligación, y apropiada para ello, que permite conocer al que la emite. Para poder ser objeto material de un delito de falsedad documental, todo documento debe cumplir las funciones de perpetuación, garantía y prueba, mencionadas *supra* (7). La *función de perpetuación* se refiere a la capacidad del documento para materializar una declaración en un soporte, con vocación de perpetuarse en el tiempo. El soporte no debe ser necesariamente escrito, puede consistir en cualquiera que

(5) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 6; GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales (en el Código penal de 1995)*, 1997, p. 18 y, en especial, pp. 41 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental: análisis jurídico-penal*, 1999, pp. 93 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 288; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, PE*, 16.^a ed., 2007, p. 718.

(6) *Vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 288.

(7) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 12 ss.

sirva para perpetuar información, por ejemplo, un soporte informático. La jurisprudencia admite como documentos las cintas magnetofónicas, grabaciones de vídeo y datos contenidos en disquetes y discos duros de ordenador (8). La *función de garantía* alude a la capacidad del documento para identificar a su autor. Al autor de un documento normalmente se le reconoce mediante la firma, rúbrica o huella digital, aunque basta cualquier otro elemento que permita identificarlo. No es documento el anónimo, salvo que forme parte de otro documento que sí sea atribuible a su autor (documento complejo). El documento debe contener datos (manifestaciones, declaraciones) procedentes de una persona. Por último, la *función probatoria* guarda relación con la capacidad del documento para ser instrumento de prueba de su contenido. El documento debe ser prueba de la declaración que se ha realizado (documentación de una declaración), no de la veracidad de su contenido, salvo cuando la ley así lo determine. En lo relativo a la eficacia probatoria, el Tribunal Supremo requiere, además, que el documento esté destinado, por su autor o por un tercero, a la entrada en el tráfico jurídico, y que tenga cierta trascendencia en orden a la acreditación de su contenido o a la constitución de efectos jurídicos. Quedarán excluidas del ámbito del Derecho penal, de este modo, las alteraciones de verdades que no sean significativas (9).

12. A este respecto, debe recordarse –cosa que obvia, por cierto, la STS 350/2005– que aunque, ciertamente, el artículo 26 CP incorpora un *concepto legal de documento*, la noción de documento que recoge este precepto es *más amplia* que el concepto de documento como objeto material de los delitos de falsedad documental. El artículo 26 CP se refiere a las funciones de perpetuación («todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones») y probatoria («con eficacia probatoria»), pero nada dice sobre la función de garantía. Por ejemplo, tendrá la consideración de documento a los efectos del artículo 26 CP una muestra de vertidos, como prueba de un delito ecológico, o una pistola, como posible medio de prueba de un homicidio; pero dichos «documentos» en sentido amplio no podrán constituir objeto material de un delito de falsedad documental, al no incorporar la manifestación de voluntad de una persona. La noción de documento que aparece en el artículo 26 CP es, por ello, aplicable a todos los de-

(8) STS 1844/2000, de 2 de diciembre.

(9) SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, pp. 290 y, en especial, p. 300.

litos de la Parte Especial que hacen referencia a documentos. Por ejemplo, a la infidelidad en la custodia (arts. 413-416 CP), la sustracción (arts. 250.1.4.º y 278.1 CP), la destrucción de documentos (arts. 264.2, 465 y 603 CP), etc. (10).

13. En el caso que dio lugar, por vía de casación, a la STS 350/2005, no cabe duda de que en el boletín de denuncia falsificado por el agente de la Guardia Urbana José Carlos concurren todas las características que doctrina y jurisprudencia exigen para que pueda hablarse de un documento. Existe, en primer lugar, una declaración, por la que se aseguraba que el vehículo del otro condenado, Augusto, se encontraba incorrectamente estacionado en la calle Provenza de Barcelona, a las 11 horas del día 18 de marzo de 2002. Dicha declaración se encontraba incorporada a un soporte, concretamente un boletín de denuncia (*función de perpetuación*), y fue realizada por una persona: el Agente de la Guardia Urbana número 22.100, que se corresponde con el número profesional de José Carlos, quien estampó, además, su firma en el boletín (*función de garantía*). Por último, la manifestación que aparece en el boletín fue realizada con el único objeto de producir un determinado efecto en el tráfico jurídico: la anulación de la multa con la que Augusto había sido sancionado por la Policía Local de Rubí. El modo por el que se pretendía alcanzar este objetivo no era otro que la incorporación al expediente sancionador de una fotocopia de la denuncia mendaz, alegándose que Augusto no pudo cometer una infracción de tráfico en Rubí el día 18 de marzo de 2002 a las 12:05 horas, por encontrarse en ese mismo momento en la ciudad de Barcelona (*función probatoria*).

14. Como afirma correctamente la STS 350/2005, el documento de autos es, además, un documento *oficial*. Los documentos oficiales son una subespecie de los *documentos públicos* (art. 317 LEC) (11),

(10) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 21 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, p. 165; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 294. Ponen de relieve la falta de coordinación entre el concepto de documento recogido en el art. 26 CP y los artículos 390 ss. CP, GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades documentales*, 1997, p. 47 y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español, PE*, 4.ª ed., 2002, pp. 426 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, PE*, 16.ª ed., 2007, p. 720.

(11) Según el artículo 317 LEC, relativo a las clases de documentos públicos, «a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos: (...) 5. Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones».

esto es, aquellos autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1217 CC) (12). Según la jurisprudencia mayoritaria, los documentos oficiales son documentos expedidos por las Administraciones Públicas u organismos asimilados destinados al cumplimiento de sus fines institucionales. La jurisprudencia califica como documentos oficiales, por ejemplo, el documento nacional de identidad (13), el visado emitido por un Colegio profesional, las recetas de la Seguridad Social (14), las notas de exámenes, el impreso de solicitud en un programa de metadona, el carnet de conducir, los partes de alta o de baja de la Seguridad Social, los boletines de denuncia cumplimentados por los Agentes de la Guardia Urbana, etc.

15. A pesar de que la argumentación del fundamento de Derecho primero de la STS 350/2005 parece insinuar lo contrario («el documento falso se creó, como se declara probado, con la intención de que desarrollara los efectos propios de la intención con que fue creado»), no resulta de aplicación al caso la muy extendida doctrina jurisprudencial de los denominados *documentos públicos u oficiales por destino o incorporación*. Según dicha doctrina, tales documentos consistirían en documentos en origen privados que se incorporan a un expediente administrativo. Y resulta evidente que el boletín falsificado es, ya desde su origen, un documento oficial.

De todos modos, y a mayor abundamiento, cabe recordar que hasta principios de los años 90, la jurisprudencia vino entendiendo que los documentos privados se transformaban en oficiales o públicos una vez incorporados a un procedimiento administrativo o judicial. Desde entonces, la jurisprudencia mayoritaria considera que sólo son oficiales por destino o incorporación los documentos *recepticios*, esto es, los documentos privados que tienen como único fin su incorporación a un expediente administrativo (15). No obstante, resulta ampliamente compartible el punto de vista de conformidad con el cual tanto la doctrina de los *documentos públicos u oficiales por destino o incorporación* como la doctrina de los *documentos recepticios* constituyen ejemplos evidentes de analogía *in malam partem*, prohibida en

(12) Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También hacen prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros (art. 1218 CC).

(13) STS 2015/2001, 29 de octubre.

(14) STS 20 de marzo de 2001.

(15) SSTs 677/2001, 19 de abril; 522/1996, 19 de septiembre.

Derecho penal, por representar una vulneración del principio de legalidad (16).

16. La última observación que cabe realizar sobre la materia que ahora nos ocupa se refiere a si la conducta enjuiciada resulta realmente subsumible en los números 2 y 3 del artículo 390.1 CP, tal y como consideró la Audiencia Provincial de Barcelona y confirmó el Tribunal Supremo en la Sentencia que ahora se comenta. Según el artículo 390.1.2.º CP, «será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: (...) simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad». Ciertamente, en el caso que nos ocupa tiene lugar una simulación de documento, ya que se elabora *ex novo* un documento. No obstante, el artículo 390.1.2.º CP no se conforma con ello, sino que requiere que dicho documento sea inauténtico. Esto es, que se trate de un documento en el que se presente como autor a una persona distinta a su verdadero autor, resultando afectada, por ello, la función de garantía atribuida a aquél.

17. Esto último no sucede en el caso de la STS 350/2005. Como ya se ha mencionado *supra*, las manifestaciones obrantes en el boletín de denuncia fueron plasmadas en el mismo por José Carlos, y él mismo rubricó dicha circunstancia haciendo constar en el documento mendaz tanto su número de identificación profesional como su propia firma. El boletín de denuncia falso de autos no es, por tanto, un documento en el que su autor haya atribuido la autoría de la información que obra en el mismo a otra persona. Se trata, al contrario, de un documento que contiene declaraciones que, aunque no se corresponden con la realidad, pertenecen, en efecto, al sujeto que la emite.

18. Dejando al margen las evidentes diferencias que existen entre ambas constelaciones de casos, ocurre en el supuesto de autos algo

(16) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 55 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, pp. 434 s.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÈS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal*, PE, 2006, p. 294. En idéntico sentido crítico, muy extensamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 239 ss. En la jurisprudencia, esta postura puede encontrarse, por ejemplo, en el voto particular a la STS 522/96, 19 septiembre (a cargo del propio Bacigalupo Zapater), así como las SSAP Barcelona 7.ª 8 de mayo de 2002 y 2.ª 663/2007, 26 de julio.

parecido a lo que sucede con los denominados supuestos de «negocio jurídico simulado». En estos casos, la declaración que contiene el documento pertenece al sujeto que la emite, pero dicha declaración refleja un negocio jurídico que no se corresponde con la realidad. Por ejemplo, unas facturas que reflejan un contrato de arrendamiento de servicios cuando el negocio jurídico realmente existente consiste en una donación. Según la jurisprudencia mayoritaria, los casos de negocio jurídico simulado son constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 390.1.2.º CP (17).

19. Este punto de vista no resulta compartible. Como ya ha puesto de relieve un importante sector doctrinal, la subsunción de los casos de simulación de negocio jurídico en el artículo 390.1.2.º CP es contraria al principio de legalidad. En los supuestos de referencia, lo único que es inauténtico (y lo es en un sentido amplio o impropio del término) es el negocio jurídico, no el documento. Y según el artículo 390.1.2.º CP, lo que debe ser inauténtico no es el negocio jurídico mismo, sino el documento por medio del cual se articula dicho negocio. Además, la aplicación del artículo 390.1.2.º CP a los casos de negocio jurídico simulado transforma en material una falsedad que, en realidad, es ideológica. Como ya se ha mencionado, el documento mediante el que se articula el negocio jurídico simulado no es inauténtico, sino mendaz. Esto es, no se corresponde con la realidad. Y, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, solo el fedatario público, no el particular, puede ser autor de una falsedad ideológica, ya que ésta presupone la infracción de un deber jurídico especial de veracidad que solo recae sobre el primero (18, 19).

(17) Son un claro exponente de esta línea jurisprudencial las SSTS 1590/03, de 22 de abril 2004 (*caso Intelhorce*); 1282/00, de 25 septiembre, 1/97, de 28 de octubre (*caso Filesa*); SSAP Madrid 15.ª 14 de julio de 2001; y Burgos 1.ª 22 de marzo 2000. La interpretación del artículo 390.1.2 CP que está en la base de estas resoluciones fue avalada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 123/2001 y 126/2001. En estas Sentencias, el Tribunal Constitucional declaró aquella interpretación conforme a la Constitución, al entender que el término «autenticidad» no solo significa «capacidad de ser atribuido a su autor», ya que, en un sentido más amplio, y de acuerdo con el lenguaje ordinario, también significa «veracidad», «conformidad con la realidad», etc.

(18) Esta postura es defendida, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 40 s. y 56; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, p. 423. En idéntico sentido crítico VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 471 s. En la jurisprudencia, se encuentra recogida en las SSTS 1065/00, 17 junio; 932/00, 29 mayo; 674/00, 14 de abril; 224/98, 26 de febrero (*caso Argentina Trust*); SSAP Barcelona 2.ª 20 de marzo de 2000, Zamora, 10 de julio de 2001 y Barcelona 5.ª, 12 de julio de 2001).

(19) No existe acuerdo doctrinal sobre si hay algún caso de falsedad ideológica de particular punible. Descartada la posibilidad de que un particular pueda ser casti-

20. Teniendo en cuenta todo lo anterior, lo más correcto habría sido calificar la conducta de José Carlos, el agente de la Guardia Urbana que realizó el boletín de denuncia falso, no como un delito de falsedad en documento oficial cometida por autoridad o funcionario público del artículo 390.1.2.º CP, sino como uno de la modalidad prevista en el artículo 390.1.3.º o 4.º CP. En el primero se castigan la falsificación documental consistente en suponer «en un acto la intervención de personas que no la han tenido», o la atribución a las que han intervenido en él de «declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho». En el artículo 390.1.4.º CP se castiga a quien falta «a la verdad en la narración de los hechos».

21. En relación con el artículo 390.1.3.º, inciso 1.º, «suponer» significa fingir que una persona que en realidad no ha intervenido en un acto sí lo habría hecho. El término «intervención» no se refiere a cualquier presencia, sino a participación en el acto, esto es, a una presencia significativa. Es atípica la omisión de hacer constar que una persona ha intervenido en un acto, cuando en realidad sí lo ha hecho. También lo es la suposición de que ha intervenido en el acto una persona imaginaria o ya fallecida, así como atribuir a alguien que sí ha intervenido en el acto una representación o cualidad de la que carece. Por lo que hace a la modalidad relativa a «faltar a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4.º CP), se trata de un delito especial propio consistente en la infracción de un deber jurídico especial de

gado como autor por la comisión del delito previsto en el artículo 390.1.4.º CP (art. 392 CP: «el particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390...»), la doctrina se encuentra dividida sobre si resulta o no de aplicación el artículo 390.1.3.º CP en relación con el artículo 392 CP. Para un primer grupo de autores, nada se opone a que determinados particulares con deberes de veracidad equiparables a los de ciertos fedatarios públicos (por ejemplo, el secretario de un Consejo de Administración de una compañía mercantil, o el representante de una persona jurídica que tiene la obligación legal de certificar los acuerdos adoptados en una junta de accionistas o en una asamblea) puedan ser autores del delito previsto en el artículo 390.1.3.º CP (en relación con el artículo 392 CP). Representa a este primer sector de la doctrina, en especial, SILVA SÁNCHEZ, J. M., en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÈS I VALLÈS, R. (coord.), *Lecciones de Derecho penal, PE*, 2006, p. 299. Para otro grupo de autores, en cambio, únicamente puede ser sujeto activo de una falsedad ideológica (como las previstas en el artículo 390.1.3.º CP) un fedatario público. La razón estribaría en que el documento emitido por el particular es privado, y esta clase de documentos nunca acreditan la correspondencia de su contenido con la realidad (art. 1225 CC). Además, cuando el CP ha querido sancionar las falsedades ideológicas cometidas por particular lo habría hecho expresamente en tipos específicos (arts. 290, 310 CP, etc.). Defiende esta segunda postura, por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, pp. 47 ss.

veracidad. La expresión «faltar a la verdad» alude a una falta de congruencia entre los hechos narrados y los que el correspondiente documento debería narrar. Se puede «faltar a la verdad» tanto por acción como por omisión. El término «*hechos*» no se refiere exclusivamente a conductas o actos de una persona, sino a datos de la realidad.

22. En el caso que suscita la atención de este comentario, no cabe duda de que José Carlos supuso, esto es, fingió «en un acto la intervención de personas que no la han tenido» (art. 390.1.3.º CP). Concretamente, simuló la presencia de Augusto, y la suya propia en un acto administrativo sancionador (la multa) que, en realidad, no tuvo lugar, faltando, con ello, «a la verdad en la narración de los hechos» (art. 390.1.4.º CP).

IV.

23. Una vez aclarada la cuestión relativa a cuál es el título de imputación por el que debería haber respondido el autor de los hechos, José Carlos, corresponde preguntarse de qué modo debe responder Augusto, la otra persona que interviene en aquéllos, concretamente como inductor. Lo primero que debe dilucidarse es si Augusto, a pesar de ostentar (como José Carlos) la cualidad de funcionario, es, con respecto al delito de falsedad en documento oficial del que es autor el segundo (art. 390.1.3.º o 4.º CP), un *intraneus* o un *extraneus*. Sobre este particular, la STS 350/2005 estimó el segundo motivo del recurrente Augusto, al entender, en contra de lo apreciado por la Audiencia Provincial de Barcelona, que «este condenado es, pese a su condición de funcionario público, un “extraneus” al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio» (fundamento de Derecho primero).

24. El punto de vista defendido por la Sentencia del Tribunal Supremo que ahora nos ocupa es, en lo relativo al extremo planteado, plenamente compatible. El delito de falsedad documental previsto en el artículo 390.1 CP es, en todas sus modalidades, un delito especial consistente en la infracción de deberes de veracidad, del que sólo puede ser autor la «autoridad o funcionario público». No basta, sin embargo, con ostentar formalmente dicho *status* en abstracto (art. 24 CP). El artículo 390.1 CP requiere, además, que el sujeto se encuentre «en el ejercicio de sus funciones». Según la doctrina dominante, este requisi-

to significa que es necesario que la conducta falsaria se lleve a cabo en el marco de las competencias propias del cargo que ocupa la correspondiente autoridad o funcionario público. Es decir, que la falsedad sea cometida al desempeñar el sujeto de referencia una función cuyas normas reguladoras le impongan la prohibición de realizar la conducta correspondiente a aquella modalidad delictiva. Como acertadamente afirma Villacampa Estiarte, «el único que puede lesionar el bien jurídico protegido en el tipo es aquél que, teniendo entre los cometidos de su cargo redactar determinados tipos de documento, efectúa una de las conductas descritas en el artículo 390 CP afectando a alguna de las funciones únicamente de aquellos documentos que pueda confeccionar» (20). Cuando la autoridad o funcionario público cometa la falsedad documental, pero no lo haga «en el ejercicio de sus funciones», no se aplicará el artículo 390.1.1, sino el artículo 392 CP.

25. A este respecto, debe recordarse que en el caso que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre con José Carlos, Augusto no era agente de la Guardia Urbana, sino funcionario del Cuerpo de Bomberos. Y parece evidente que, también a diferencia de lo que sucede con José Carlos, entre las funciones propias de un funcionario público de tales características no se cuenta la de elaborar boletines de multa por infracciones relativas al tráfico rodado. Por esta razón, de las dos personas que intervienen en los hechos, Augusto y José Carlos, la única que lo hizo «en el ejercicio de sus funciones» fue el segundo.

26. Cabe preguntarse, no obstante, si al inductor funcionario del caso que constituye el objeto del presente comentario podría serle aplicada la circunstancia agravante de *prevalimiento del carácter público que tenga el culpable* (art. 22.7.^a CP) (21). Según doctrina y jurisprudencia, la aplicación de esta circunstancia requiere la concurrencia de tres presupuestos: *a*) la condición de funcionario o encargado de un servicio público; *b*) el abuso por parte del sujeto de los poderes inherentes a dicha cualidad; y, por último, *c*) la finalidad de abusar del cargo para facilitar la ejecución del delito (22). En palabras de

(20) VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, pp. 645 s.

(21) Plantean esta posibilidad FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, 1996, pp. 114 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 16.^a ed., 2007, pp. 725 y 729.

(22) *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 26/19. En la jurisprudencia se pronuncian en idéntico sentido, entre otras muchas, las SSTS 12 de mayo de 1992, 18 de mayo de 1993, 6 de octubre de 1995, 24 de noviembre de 1995, 2 de diciembre de 1997, 14 de febrero de 1998 y 19 de octubre de 2001.

Vázquez-Portomeñe Seijas a este respecto: «Con apoyo en las tesis mayoritarias tenemos, en suma, que el artículo 22.7.^a CP agrava aquellos delitos realizados mediante un aprovechamiento de la cualidad de funcionario pero no dentro de la función, refiriéndose, al propio tiempo, a una forma de delinquir no fungible –ni en términos valorativos, ni en sus contenidos– con la que puede imputarse a los particulares. La agravante no existe (...) si el agente se limita a atribuirse influencias por razón de su cargo, obrando como pudo hacerlo cualquiera» (23).

27. De estos tres elementos, en el caso de la STS 350/2005 brilla por su ausencia el elemento relativo al abuso por parte del sujeto de los poderes inherentes a dicha cualidad. Según el relato de hechos probados Augusto se limitó a aprovechar que José Carlos (a quien conocía por haber coincidido en anteriores ocasiones con él en el cuartel) se hallaba en las dependencias del cuartel de bomberos en el que se encontraba destinado el propio Augusto para contactar con él y solicitarle la falsificación del boletín de denuncia. Resulta muy dudoso que el simple aprovechamiento por parte de un funcionario de la circunstancia de coincidir con otro en un mismo espacio físico para inducirle a cometer un delito baste para concluir que el primero se habría *prevalido* de su condición de funcionario, en el sentido del artículo 22.7.^a CP. Ya que la condición de funcionario del cuerpo de bomberos de Augusto no fue decisiva para el establecimiento de un contacto que bien podría haberse producido, exactamente con los mismos efectos, en cualquier otro lugar y de cualquier otro modo (24).

V.

28. En el caso que nos ocupa, José Carlos debería haber sido castigado, por tanto, como autor material de un delito de falsedad en documento oficial (art. 390.1.3.º o 4.º CP). Y Augusto fue condenado,

(23) VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F., *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público (art. 22.7.^a del Código Penal)*, 2001, p. 31.

(24) En idéntico sentido, en relación con el delito de falsedad documental, se pronuncia FERNÁNDEZ PANTOJA, P., *Delito de falsedad...*, 1996, p. 116, que considera que no cabe aplicar la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.7.^a CP a la autoridad o funcionario público que interviene en una falsedad documental cuando no es posible afirmar «ningún tipo de relación entre su condición de funcionario público o similar y la conducta falsaria por él realizada al no concurrir siquiera la circunstancia de que el cargo que desempeña pueda facilitarle las posibles dificultades con las que pueda encontrarse en la ejecución del delito».

correctamente, como inductor de un delito de falsedad documental, sin la concurrencia en su persona de la condición de *extraneus* del delito especial cometido como autor por José Carlos, ni de la circunstancia de prevalimiento del carácter público de la posición social que ocupa (art. 22.7.^a CP). Conviene conocer ahora si Augusto, el inductor *extraneus*, debe responder como partícipe en el delito especial cometido por José Carlos (art. 390.1 CP), o como partícipe en el correspondiente delito común de falsedad en documento oficial cometido por particular (art. 392 CP). La STS 350/2005, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de la que trae causa se muestra partidaria de la primera de estas dos soluciones. ¿Es esta decisión correcta?

29. En España, la discusión sobre la problemática relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales vino centrando en buena medida la atención de la teoría de los delitos especiales al menos hasta la llegada del Código Penal de 1995. Con la llegada del Código Penal de 1995, la cuestión perdió buena parte de su anterior vigencia. La razón principal debe verse en que, en el actual Código Penal, los delitos especiales impropios prácticamente habrían desaparecido. No en vano, dos de los escasos ejemplos de delito especial impropio que nos brinda en la actualidad el derecho positivo español vendrían representados por los delitos de malversación en caudales públicos (arts. 432 ss CP) y, precisamente, por el delito que nos ocupa: el de falsedad en documentos público, oficial o mercantil cometida por funcionario (art. 390.1 CP). No obstante, aquella discusión podría haber recobrado carta de naturaleza a propósito de algunos preceptos en los que la cualidad de autoridad o funcionario público habría venido a agravar la pena de ciertos delitos comunes (arts. 167, 198 y 204 CP) (25).

30. Con anterioridad al Código Penal de 1995, la doctrina y la jurisprudencia dominantes en España defendían para los delitos especiales impropios la llamada *solución individualizadora*. Según ésta, el *extraneus* partícipe debería responder por el delito común paralelo, no por el especial. Así las cosas, puesto que normalmente el delito común tendría menos pena que el especial, una de las consecuencias de la solución individualizadora sería que el *extraneus* respondería con una pena atenuada con respecto a la del *intraneus*. Según esta postura, dicha atenuación no parecía posible en los delitos especiales «propios»,

(25) Sobre la distinción entre delitos especiales impropios y delitos comunes agravados por razón del sujeto activo, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 214 ss.

ya que el *extraneus* no podía responder por otro delito que el especial, y no existía en el Código precepto alguno que permitiese una atenuación de su pena. La mayor parte de los autores y las resoluciones judiciales que defendieron la solución individualizadora antes de 1995 lo hizo apoyándose en el artículo 60 CP 1944/1973 (26).

Un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario defendió la solución opuesta. Era la llamada *solución unitaria*. Según esta postura, *intranei* y *extranei* deberían responder por el mismo título de imputación, el correspondiente al delito especial. Los actuales partidarios de esta solución defendieron su validez sobre la base de tres argumentos: la inaplicabilidad del artículo 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales impropios (27); la vulneración de los principios de unidad del

(26) Según este precepto, «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». Defendieron esta postura, entre otros, PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra el patrimonio*, 1995, pp. 246 ss. en la doctrina; y las SSTs 3 de julio de 1947, 7 de octubre de 1953, 15 de diciembre de 1953, 21 de enero de 1954, 5 de febrero de 1955, 30 de abril de 1990, 12 de febrero de 1992 y 26 de junio de 1992, en la jurisprudencia. Ya antes de 1944, la jurisprudencia dominante había venido defendiendo la aplicabilidad de los antecedentes del artículo 60 CP (art. 69 CP 1848, art. 80 CP 1870, art. 150 CP 1928 y art. 65 CP 1932) a los casos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios. Son ejemplo de ello las SSTs 11 de marzo de 1887, 7 de febrero de 1888, 26 de febrero de 1888, 27 de enero de 1902, 5 de octubre de 1912, referidas todas ellas al artículo 80 CP 1870. Sobre esta circunstancia, así como sobre la historia del artículo 60 CP 1944 en general, *vid.*, entre otros autores, BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 219 ss.

(27) Frente a la crítica según la cual el artículo 60 CP 1944/1973 no resultaba extensible a los elementos de autoría de los delitos especiales, sino solo a las «*circunstancias*» genéricas modificativas de la responsabilidad criminal de los artículos 9, 10 y 11 CP 1944/1973, los defensores de la solución individualizadora entendieron que el artículo 60 CP 1973 también resultaba aplicable, si no de modo directo, sí, al menos, analógicamente a los elementos de autoría de los delitos especiales. La razón que lo explicaba debía verse, a juicio de este sector doctrinal, en la identidad de fundamento existente entre las circunstancias genéricas de la responsabilidad criminal y los elementos accidentales del tipo. Propusieron la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 60 CP 1973 RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; *Derecho penal español*, PE, 10.^a ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO Gómez), 1987, pp. 56 s. y 61 s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español*, PE, 14.^a ed., 1995, pp. 56 s. y 61 s.; ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, 2.^a ed., 1986 (anotada y puesta al día por HERNÁNDEZ GUIJARRO, J. J. y BENÉYTEZ MERINO, L.), p. 466;

título de imputación y accesoriedad de la participación a que conducía la solución individualizadora; y, por último, la consideración de los delitos especiales impropios como delitos «distintos» o *sui generis* con respecto a los delitos comunes paralelos (28).

La mayor parte de los partidarios de la solución unitaria consideró que *intranei* y *extranei* debían responder con idéntica pena no solo en los delitos especiales *proprios*, sino también en los *impropios*. No obstante, uno de los principales representantes de solución unitaria, Gimbernat Ordeig, se encargó de poner de manifiesto que, a pesar de la corrección dogmática de la solución unitaria, en algunos delitos especiales la pena del *extraneus* debía y podía ser atenuada. Se trata de la llamada solución del «término medio ideal». Según esta postura, cabría atenuar la pena del *extraneus* mediante la aplicación de una circunstancia atenuante analógica (art. 9.10.ª CP 1973), dado el menor merecimiento de pena del *extraneus* por la no concurrencia en su persona de la cualidad de *intraneus* (29).

La solución de la circunstancia analógica de «no *extraneus*» de Gimbernat no fue, con todo, la única propuesta *de lege lata* que la doctrina formuló antes de 1995 para conseguir la atenuación de la

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español, Parte Especial*, 1986, pp. 38 y 43.; ESCRIVÁ GREGORI, J. M., «La participación del “extraneus” en el parricidio y del “intraneus” en el homicidio», en *LH-Pérez de Vitoria*, I, 1983, pp. 226 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 354; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., «La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio», AP 1995, pp. 95 ss.

(28) Defendieron esta solución bajo la vigencia del CP 1973 QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 2.ª ed. (puesta al día por E. Gimbernat Ordeig), 1972, pp. 174 s.; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 272 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales*, 1974, *passim*.; BUSTOS RAMÍREZ, J. y HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Lecciones de Derecho penal*, II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, 1999, p. 300; MIR PUIG, S., *Adiciones de Derecho español al § 61 del Tratado de Derecho penal*, PG, de H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, Parte General* (traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), II, 1982, p. 917; *idem*, *Derecho penal*, PG, 3.ª ed., 1990, pp. 427 ss.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 1993, p. 397; 5.ª ed., 2002, p. 466; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en ÍDEM (dir.), *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 924, entre otros. En la jurisprudencia penal española se pronunciaron a favor de la solución unitaria que acaba de ser expuesta, entre otras sentencias, las SSTS 15 de octubre de 1969, 12 de diciembre de 1975, 19 de febrero de 1979, 22 de junio de 1982, 4 de julio de 1986, 27 de junio de 1989, 10 de febrero de 1992, 18 de enero de 1993 y 24 de junio de 1994.

(29) Apoyaron la tesis de GIMBERNAT, entre otras resoluciones, las SSTS 22 de junio de 1982, 27 de junio de 1989, 12 de febrero de 1992, 21 de marzo de 1992, 18 de enero de 1993, 14 de enero de 1994, 2 de febrero de 1994, 24 de junio de 1994 y 20 de mayo de 1996.

pena del *extraneus* participe en un delito especial. Una solución alternativa (y, en lo que alcanzo a ver, inédita hasta el momento y en lo sucesivo) fue la propuesta por Pérez Alonso. Según este autor, el participe *extraneus* debía ser castigado con la pena correspondiente a la participación en un delito intentado (30).

31. *Con la llegada del CP 1995, la solución individualizadora* continuó siendo defendida, aunque ya de forma minoritaria, por algunos autores (31). La defensa de esta solución siguió apoyándose en el derecho positivo, concretamente en el precepto que se erigió sucesor del artículo 60 CP 1944/1973: el artículo 65 CP 1995 (32). Esta posición volvió a contar con la oposición de una amplia corriente de opinión, representada, de nuevo, por los partidarios de la *solución unitaria*. Esta segunda postura, ahora mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, continuó encontrando respaldo para sus tesis en tres argumentos: la inaplicabilidad del artículo 65 CP 1995 *ex* LO 10/1995 en los casos de delitos especiales impropios; la vulneración de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación que de lo contrario se produciría; y, la consideración de los delitos especiales impropios como delitos «distintos» o *sui generis* con respecto a los delitos comunes paralelos (33).

(30) PÉREZ ALONSO, E. J., *Teoría general de las circunstancias*, 1985, pp. 240 s.

(31) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 5.^a ed., 1998, p. 384; CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Derecho penal*, PG, 2.^a ed., 2001, pp. 406 s.

(32) Antes de la modificación operada por la LO 15/2003, el tenor literal de este precepto, sucesor prácticamente literal del artículo 60 CP 1973, rezaba del modo siguiente: «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran. 2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

(33) MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 15/45; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal*, PG, 6.^a ed., 2004, pp. 449 s.; 7.^a ed., 2007, 445 s.; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, PG, 3.^a ed., 2002, p. 642; ÍDEM, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS (coord.), F., *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.^a ed., 2004, p. 424; MOLINA BLÁZQUEZ, C., en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, III, 2000, p. 756; RUEDA MARTÍN, M. A., «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública», REDPC, 2.^a época (8), 2001, pp. 159 ss. En la jurisprudencia comparten este punto de vista, además de la ya mencionada STS 10 de enero de 1997, las SSTS 30 de octubre de 1998, 18 de noviembre de 1998, 21 de diciembre de 1999, 9 de julio de

32. En relación con esta cuestión, ya anteriormente me he mostrado firmemente partidario de la *solución unitaria* (34). Esto es, de hacer responder al *extraneus* por el delito especial, no por el delito común paralelo. El primer argumento que sirve de base a esta conclusión debe verse en la inaplicabilidad de los artículos 60 CP 1973 y 65 CP 1995 *ex LO 10/1995* a los delitos especiales impropios, por referirse tales preceptos, exclusivamente, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y no a elementos como los de autoría de los delitos especiales. Las restantes razones que abonan el punto de vista que aquí se defiende guardan relación con los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, este último en su versión limitada. Por último, la corrección de la *solución unitaria* se

2001 y 1 de febrero de 2002; y las SSAP Sevilla, 26 de abril de 1999; Zaragoza, 13 de octubre de 1999; Madrid, 14 de octubre de 1999; Madrid, 26 de febrero de 2001 y Barcelona, 27 de septiembre de 2002. Entre la *solución individualizadora* y la *unitaria*, alguna resolución judicial ha optado por una *solución intermedia o mixta*. De conformidad con esta *solución*, el *extraneus* que participa en un delito especial impropio debería responder por el delito especial, aunque con la pena del delito común paralelo. En lo que alcanzo a ver, esta *solución* de compromiso entre la *unitaria* y la *individualizadora*, sin duda sorprendente, es acogida únicamente por la STS 7 de marzo de 2003. Esta resolución se ocupó de un supuesto en el que un particular participó en un delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público (art. 390.1.2.^a CP) y en otro continuado de malversación de caudales públicos (art. 432.1.2.^o CP en relación con artículo 74.1.^o CP). La resolución citada declaró que el *extraneus* debía responder «(...) como cooperador necesario en un delito continuado de falsedad previsto y penado en los artículos 392 en relación con el artículo 390.1.2.^o y 74.1.^o del Código Penal en concurso medial (art. 77.1.^o del Código Penal) como cooperador necesario con un delito continuado de malversación de caudales públicos previsto y penado en los artículos 432.1.^o y 74.1.^o del Código Penal, en el que participa en calidad de cooperador necesario, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (...)». Esto es, determinó el título de imputación de responsabilidad penal del *extraneus* de conformidad con los postulados de la teoría unitaria. Sin embargo, la STS 7 de marzo de 2003 acaba condenando al *extraneus*, a pesar de ser cooperador necesario, «a las penas de cuatro años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de siete años y seis meses», siendo el *intraneus* castigado, en cambio, con la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y seis meses. Es decir: castiga al *extraneus con la pena* de los delitos comunes continuados de falsedad de particular en documento público, oficial o mercantil (art. 392 CP) y apropiación indebida (art. 248 en relación con artículo 250 CP) en concurso medial. En el ámbito del delito de falsedad documental de funcionario que aquí nos ocupa se ha pronunciado a favor de la *solución unitaria* concretamente VILLACAMPA ESTIARTE, C., *La falsedad documental...*, 1999, p. 723.

(34) Vid. GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, pp. 471 ss.; *idem*, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales», en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y GÓMEZ MARTÍN, V. (coord.), *Política criminal y reforma penal*, 2007, pp. 192 ss.

fundamenta en la idea del delito especial como un delito distinto, *sui generis* con respecto al delito común paralelo.

33. Por lo que hace a los dos principios, el de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación (en su versión limitada), en los delitos especiales impropios, el fundamento material de ambos principios reside, principalmente, en lo siguiente: es más grave participar en el delito especial impropio que en el común paralelo, y ello debe reflejarse en la pena. Esta es la razón por la que el concurso de leyes que se presenta entre la participación en el delito especial impropio y el delito común paralelo debe resolverse en favor de la primera por aplicación, como mínimo, del principio de alternatividad (art. 8.4.^a CP) (35).

34. Además, como ya se ha adelantado, los delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados o privilegiados de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino delitos «distintos» o con sustantividad propia con respecto a éstos. No es correcto deducir el carácter *sui generis* de un delito especial impropio de los indicadores de sustantividad sugeridos por la doctrina alemana del mismo nombre. Ello se debe, sobre todo, a que la naturaleza de dichos indicadores (el *nomen iuris delicti*, el penológico, el sistemático y el del tipo criminológico-normativo de autor) es, esencialmente, formal. El único método interpretativo que permite advertir la existencia de una gran cantidad de delitos «distintos» que nada tienen que ver entre sí en cuanto a su naturaleza jurídica, que el fundamento de que estas clases de delitos puedan ser considerados «distintos» es diferente para cada caso, y de explicar, por último, que las consecuencias dogmáticas previstas para cada una de las constelaciones delictivas en juego pueden ser distintas es el método *teleológico*. Es decir, el método de interpretación orientado a la voluntad y los fines de la Ley. No en vano, una parte considerable de los autores que defienden en Alemania la idea del delito «distinto» consideran que el criterio decisivo para determinar la presencia de un delito distinto consiste en comprobar si el tipo de injusto del delito que se analiza es, o no, distinto al del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convertiría en «distinto» a un delito, lo que le dotaría de sustantividad propia respecto de otros delitos sería, precisamente, la «especialidad» de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la espe-

(35) De la misma opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 15/46.

cialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto al protegido en el delito respecto del que guarda relación (36).

35. En referencia a esto último, y volviendo al caso de la STS 350/2005, debe llamarse la atención sobre el hecho de que el delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390.1 CP) no es un simple tipo agravado del delito de falsedad en documento público, oficial o mercantil cometido por particular (art. 392 CP). Se trata de un delito *distinto* a éste. Reveladoras a este respecto son, sin duda, las palabras de Bacigalupo Zapater: «El legislador, en realidad, ha estructurado dos delitos diferentes. El de particular, en el que protege la fe del público en los soportes materiales de la declaración y el del oficial o funcionario público, en el que protege la creencia en la veracidad de lo declarado. Ambos delitos tienen una acción diversa: mientras que la falsificación del particular requiere una intervención material en el objeto protegido (el documento o soporte material de la declaración), en el delito de funcionario se trata, en primer lugar, de una falsa documentación de hechos» (37). Teniendo en cuenta esta circunstancia, la aplicación de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad limitada de la participación al caso de referencia conduce a entender que la solución adoptada por la STS 350/2005 en lo relativo al título de imputación del inductor *extraneus* (Augusto), consistente, recuérdese, en hacerle responder como partícipe en el delito especial cometido por José Carlos (art. 390.1 CP), es, por tanto, plenamente correcta.

36. De los tres argumentos que han sido invocados en apoyo de la solución unitaria (principios de unidad del título de imputación, principio de accesoriedad limitada de la participación y condición del delito especial impropio como delito *distinto* del delito común paralelo) puede extraerse, a mi modo de ver, la siguiente conclusión: carece de sentido seguir distinguiendo entre delitos especiales propios e impro-

(36) SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 31 s. y 118 (en relación con los delitos impropios de funcionario); NAGLER, J., «Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation», *ZakDR* 1940, p. 367; MAURACH, R., «Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954, p. 254; HASSEMER, E., *Delictum sui generis*, 1974, p. 50, nota 137. Sobre todo ello *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., «La doctrina del «*delictum sui generis*»: ¿Queda algo en pie?», *RECPC* 07-06 (2005).

(37) BACIGALUPO ZAPATER, E., *El delito de falsedad documental*, 1999, p. 5.

pios. Considero más acertado entender que todos los delitos especiales lo son en un sentido propio, que todos ellos son delitos especiales en su conjunto, sin distinciones. Según la solución que en este trabajo se considera preferible, esto es, la unitaria, los delitos especiales improprios deberían recibir, en lo concerniente a la participación de *extranei*, el mismo tratamiento que los propios. Es decir, tanto en unos como en otros, el *extraneus* debería responder con la pena del delito especial. Si se acepta esta consecuencia, como hacen la doctrina y la jurisprudencia actualmente dominantes en España, ¿cuál es, entonces, el sentido de seguir distinguiendo entre delitos especiales «propios» e impropios? En mi opinión, la clasificación que ahora nos ocupa, al distinguir entre delitos especiales con y sin delito común paralelo, sólo tendría alguna razón de ser, precisamente, desde los postulados de la hoy claramente minoritaria solución individualizadora. Ya que sólo desde esta postura produciría algún efecto la existencia en algunos delitos especiales, los (mal llamados) impropios, de un delito común paralelo. Se trataría de la ya conocida consecuencia de que el *extraneus* respondería como partícipe en el delito especial, sino en el común paralelo (38).

37. Tras la entrada en vigor de la LO 15/2003 el 1 de octubre de 2004, la solución unitaria aquí defendida se ha visto reforzada con un cuarto argumento, éste de derecho positivo. Se trata de la aparición del ya mencionado artículo 65.3 CP. Del tenor literal de este precepto se deduce, de modo inequívoco, que el *extraneus* responderá por el mismo título de imputación, y con la misma pena, aunque atenuada, que el *intraneus*. Con ello, el artículo 65.3 CP tendría la virtud, en primer lugar, de resolver de forma expresa una de las cuestiones que mayor grado de controversia había venido suscitando en nuestro país en materia de delitos especiales: la concerniente a la punibilidad del *extraneus*. La expresión «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» resulta, en este sentido, mucho más apropiada para describir los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales que el término «circunstancia», previsto en los números 1 y 2 del mencionado precepto. Además, el artículo 65.3 CP, al no distinguir entre delitos especiales propios e impropios, haciendo extensivo el régimen atenuatorio-potestativo de la pena del *extraneus* a todos los delitos especiales, viene a certificar la defunción de la distorsionadora distinción entre delitos especiales propios e impropios, todavía fuertemente arraigada en el seno de la doctrina española.

(38) De otra opinión ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 126 s., para quien «los denominados delitos especiales impropios no son, en realidad, delitos especiales».

38. De entre alguno de los escasos partidarios con los que todavía cuenta la solución individualizadora ya se ha alzado alguna voz crítica contra esta propuesta de interpretación del artículo 65.3 CP. Según una de ellas, el nuevo artículo 65.3 CP no solo no consagraría como correcta la solución unitaria, sino que, al contrario, habría tomado partido en favor de la solución contraria. Según, por ejemplo, Calderón Gallego y Choclán Montalvo, puesto que el artículo 65.3 CP se refiere exclusivamente a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», el precepto de referencia solo regiría para los delitos especiales «propios». En cambio, en los delitos especiales impropios, esto es, aquéllos en los que los elementos limitadores de la autoría «agravarían» o «atenuarían» la pena, el precepto aplicable, directa o analógicamente, ya no sería el artículo 65.3 CP, sino el 65.1 CP, de cuya conformidad «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquéllos en quienes concurran» (39).

39. Desde mi punto de vista, esta línea de argumentación dista mucho de ser correcta. Cuando el artículo 65.3 CP alude a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», no se refiere solo a los elementos de autoría de los delitos especiales propios, sino también a los de los delitos especiales impropios. Como ya se ha señalado, los elementos que ahora nos ocupan no consisten en meros elementos «modificadores», sino «fundamentadores» del injusto. Y ello es así en *todos* los delitos especiales, tanto en los «propios» como en los impropios. Además, el actual artículo 65.1 CP resulta tan inaplicable a esta segunda clase de delitos especiales como el antiguo artículo 60.1 CP 1973, ya que mantiene la expresión «circunstancias agravantes o atenuantes». Por ello, todo lo que se ha argumentado *supra* en relación con este particular sigue gozando de plena vigencia también desde la perspectiva del artículo 65.3 CP.

40. Por lo demás, en el negado supuesto de que se entendiera que el artículo 65.3 CP solo resultaría aplicable a los delitos especiales propios, entonces el único precepto aplicable (directa o analógicamente) a los delitos especiales impropios no sería el «disgregador» artículo 65.1 CP, sino el «unificador» artículo 65.2 CP. Ya que la auténtica naturaleza de los elementos de autoría de los delitos especiales no es «personal»

(39) De esta opinión, por ejemplo, CALDERÓN GALLEGO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (coords.), *Código penal comentado*, 2005, p. 122.

(art. 65.1 CP), sino que, al contrario, se trata de elementos que afectarían al injusto del delito. Esto es, consistentes «en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla» (art. 65.2 CP). Así, por ejemplo, la posición de autoridad o funcionario público que ocupa el autor de un delito de falsedad documental de funcionario (art. 390.1 CP) no puede ser contemplada como un mero elemento de naturaleza «personal»; sino como un elemento que sirve, entre otros aspectos, para facilitar la «ejecución material del hecho» y, con ello, incrementar el desvalor *ex ante* de la conducta con respecto a la de un particular (art. 392 CP).

41. Esta interpretación del artículo 65.3 CP ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, la STS 18 octubre 2004, relativa a un caso de supuesta participación de *extranei* en un delito de malversación de caudales públicos, no aplicó el artículo 65.3 CP, por no quedar finalmente acreditada la participación del *extraneus*. No obstante, la resolución admitió expresamente que en caso contrario dicho precepto habría sido aplicable. Con ello, la sentencia que ahora nos ocupa vendría a reconocer tácitamente al elemento «autoridad o funcionario público» como una de las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP) en el delito de malversación de caudales públicos. Esto es, como un elemento fundamentador de la pena, y no meramente agravante, también en un delito especial impropio (40). Esta línea jurisprudencial es seguida por la STS 350/2005, que ahora nos ocupa, en la que el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 65.3 CP para castigar al *extraneus* como inductor de un delito especial inequívocamente impropio, como es el de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público (art. 390.1 CP).

42. Lo anterior no significa, sin embargo, que la redacción del artículo 65.3 CP no sea ampliamente mejorable en lo relativo a la pro-

(40) Señala la STS 18 octubre 2004: «Acerca de si debe merecer acogida la alegación de que el recurrente no tenía capacidad para decidir el destino de los bienes, en razón del cargo que ocupaba, debemos insistir en que hallándonos ante un delito especial que sólo puede cometer el funcionario o autoridad que en tal concepto tenga a su disposición la custodia del dinero o efectos públicos de los que ilegalmente dispone para lucro propio o de terceros, es indudable que tal condición no se daba en el recurrente. No dándose en él tal circunstancia nos hallaríamos, teóricamente, ante un caso de participación del «extraneus» en el delito, que conforme al artículo 65 núm. 3 CP que entró en vigor el 1 de octubre último permite bajar un grado la pena (art. 2.2, 65-3º y disposición transitoria 1.ª del CP) (...)»

blemática que ahora nos concierne. A pesar de pretenderlo, la redacción del precepto de referencia no consigue zanjar definitivamente la discusión relativa a la participación de *extranei* en delitos especiales. La tesis según la cual los elementos que limitan la autoría en aquella constelación delictiva fundamentan en todo caso la pena no es compartida por la doctrina y la jurisprudencia en su totalidad, ni es algo cuyo conocimiento sea tan evidente que deba darse por sabido. Por esta razón, probablemente habría sido preferible redactar el artículo 65.3 CP de tal modo que el extremo que acaba de ser mencionado hubiera sido expresamente aclarado. O, al menos respetar la redacción que el precepto tenía en el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto de LO de reforma del CP 1995, finalmente enmendado. Según éste, «(...) 3. Cuando en el inductor, en el coautor necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada». Esta redacción, al no distinguir entre elementos fundamentadores y modificativos de la pena, probablemente habría garantizado de forma inequívoca un tratamiento unitario de los delitos especiales, así como la desaparición de la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios. Ya que también en los delitos especiales impropios, y no solo en los propios, la Ley «exige para poder ser responsable» del delito las «condiciones, cualidades o relaciones» que limitan la autoría en los delitos especiales (41). Ésta habría sido la única forma de satisfacer la exigencia de que el derecho positivo disponga un tratamiento unitario para todos los supuestos de participación de *extranei* en un delito especial, de acuerdo con el cual el *extraneus* responda, tanto en los delitos especiales propios como en los impropios, por el delito especial cometido por el *intraeus*.

43. Tampoco es particularmente afortunada la presencia en el artículo 65.3 CP de la expresión «culpabilidad del autor». En un sentido amplio la idea de culpabilidad comprende aspectos muy diferentes de la responsabilidad penal, como los principios de personalidad, de responsabilidad por el hecho, de dolo / culpa o de imputación personal (42). Por ello, habría sido preferible que la Ley hubiese recurrido a alguna expresión más concretamente vinculada a la naturaleza

(41) En este sentido GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, 2006, *passim*.

(42) *Vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 4/64.

jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales. En mi opinión, habría sido más certera, por ejemplo, una redacción que hubiese aludido a los elementos de autoría de los delitos especiales como «condiciones, cualidades o relaciones *que fundamentan la autoría* en los delitos especiales». Con ello se habría conseguido destacar algo que no solo suele ser negado por la doctrina, sino que ahora también lo es (y, además, expresamente) por el artículo 65.3 CP. Se trata de que las «condiciones, cualidades o relaciones» que caracterizan a los delitos especiales no tienen naturaleza «personal», sino «objetiva», ya que afectan a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, a la antijuricidad penal del hecho. Esta, y no otra, es la razón de que el artículo 65.3 CP declare el carácter comunicable de tales elementos a todo aquel interviniente en el hecho, también el *extraneus*, que tenga conocimiento de su concurrencia en la persona del autor. De lo contrario, esto es, si las «condiciones, cualidades o relaciones» de los delitos especiales consistieran, efectivamente, en elementos «personales», entonces lo coherente habría sido que el legislador las hubiera regulado como elementos no comunicables a aquellos intervinientes en los que aquéllos no concurren. Esto es, de modo análogo a lo que sucede con las «circunstancias agravantes o atenuantes» previstas en el artículo 65.1 CP.

44. En lo que en este punto del trabajo interesa destacar, el artículo 65.3 CP adolece, según mi parecer, de un último defecto. El precepto indica que el *extraneus* podrá responder con «*la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate*». Esta cuestionable redacción puede conceder a los partidarios de la solución individualizadora la oportunidad de argumentar (en el hipotético supuesto de aceptar que en todos los delitos especiales los elementos que limitan la autoría *fundamentarían* la pena) de un modo parecido (aunque en este caso en sentido opuesto) a como lo han venido haciendo en Alemania algunos penalistas en relación con § 28.2 *StGB* (43). El argumento sería el siguiente: el artículo 65.3 CP nada diría sobre el *título de imputación* por cuya virtud debería responder el *extraneus* en un delito especial impropio, sino que solo se pronunciaría en relación con el marco penal que a éste le corresponde. Esto es: el artículo 65.3 CP sentaría una especie de regla de determinación de la pena, de acuerdo con la cual el *extraneus* respon-

(43) Vid. ROXIN, C., *LK*, 11.ª ed., § 28/53, y CORTÉS ROSA, M., «Teilnahme am unechten Sonderverbrechen», *ZStW* 90 (1978), pp. 432 ss.

dería por el delito común paralelo, aunque con la pena del especial. En mi opinión, esta posibilidad interpretativa, sin duda distorsionadora, podría haberse evitado si el artículo 65.3 CP hubiese declarado expresamente que el *extraneus* en un delito especial impropio responderá no solo «con la pena» del *intraneus*, sino «por» el delito especial.

VI.

45. Llegamos, por fin, ya a la última de las cuestiones que constituyen el objeto del presente comentario a la STS 350/2005. Se trata de si, en el caso que nos ocupa, el sujeto que interviene en los hechos como inductor, Augusto, merece menos pena que la persona que lo hace como autor, es decir, José Carlos, por no concurrir en el primero las «condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor» (art. 65.3 CP). O dicho de otro modo: se trata de si el *extraneus* que participa en un delito especial debe responder con una pena inferior a la prevista para el *intraneus*. La STS 350/2005 resuelve la problemática en sentido afirmativo. Concretamente, en el Fundamento de Derecho Primero de la Sentencia se indica que «como señala el Ministerio fiscal, este condenado es, pese a su condición de funcionario público, un “extraneus” al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio. Consecuentemente, y de conformidad con antecedentes jurisprudenciales (desde la STS 14.1.1994) procede aplicar el artículo 65.3 del Código Penal y reducir en un grado la pena correspondiente a la falsedad en documento oficial». Comprobemos si la decisión del Alto Tribunal merece ser compartida o no.

46. Antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, un importante sector doctrinal y jurisprudencial ya consideraba que el *extraneus* que participa en un delito especial merece menos pena que el autor *intraneus* del delito. Y no sólo esto, sino que entendía que el Código penal *ex* LO 10/1995 ofrecía mecanismos para atenuar la pena del *extraneus*. Los integrantes de este sector propusieron dos formas de conseguir para el *extraneus* el mencionado efecto atenuante, sin forzar –siempre en su opinión– el derecho positivo, hasta el punto de interpretarlo o aplicarlo analógicamente *contra legem*. Las dos estrategias argumentativas consistieron en la aplicación de una circunstancia genérica atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP

(art. 9.10 CP 1973) (44) y en la aplicación analógica *in bonam partem* del artículo 65 CP (art. 60 CP 1973) (45).

47. Sin embargo, estas dos soluciones entraban en abierta contradicción con el principio de legalidad. La solución consistente en aplicar una supuesta «atenuante analógica de *extraneus*» ex artículo 21.6.^a CP topaba con el inconveniente de que, en los casos de referencia, no existía otra circunstancia respecto de la que pudiera predicarse la «análoga significación» exigida por la ley (46). De todas las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP, ninguna afecta a la categoría que se encuentra implicada cuando nos referimos a la concurrencia o la ausencia de los elementos de autoría de los delitos especiales. Esto es, a la antijuricidad (47). La pretendida analogía únicamente podía haberse predicado tomando como referencia la exigente incompleta del artículo 21.1.^a CP en relación con alguna de las causas de justificación previstas en el artículo 20 CP. No obstante, pretender la existencia de una analogía relevante a efectos de pena entre el menor contenido de injusto de la participación del *extraneus* en un delito especial con el menor contenido de antijuricidad que caracteriza, por ejemplo, a una conducta típica co-

(44) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal*, PG, 4.^a ed., 1997, p. 382.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., AP 1996, pp. 19 ss.; SÁNCHEZ-VÉRA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 271 ss.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A., AP 1995, pp. 103 s. En la jurisprudencia, esta solución encontró el respaldo de múltiples resoluciones, como las SSTS 12 de febrero de 1997, 12 de julio de 1999, 21 de diciembre de 1999 («caso Roldán»), 28 de marzo de 2001 («caso Urralburu»), 8 de mayo de 2001, 7 de noviembre de 2001 y 11 de junio de 2002, entre otras.

(45) CHOCLÁN MONTALVO, J. A., AP 1995, pp. 103 s.

(46) Ya en 1966 negó esta posibilidad en relación con el *extraneus* no funcionario GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice...*, 1966, pp. 292 s. En términos parecidos, concretamente en relación con el delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos, se expresó posteriormente GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2.^a ed., Valencia, 1997, p. 135. También crítica con la solución se muestra RUEDA MARTÍN, M.A., REDPC, 2.^a época, (8), 2001, p. 29, nota 166. En la jurisprudencia, la crítica a la solución de la atenuante analógica de *extraneus* se encuentra presente, por ejemplo, en la STS 18 octubre 2004. De conformidad con esta resolución, «no se nos pasan por alto los intentos de esta Sala de suavizar la situación de quien no puede ser autor directo del delito, dada su aparente menor reprochabilidad, habiéndose ensayado para dar solución a este agravio la aplicación, con dudosa corrección dogmática, de una atenuante analógica consistente en no ser –el inductor, cooperador necesario o cómplice– funcionario público o depositario de los bienes. Sería preciso que la analogía se estableciera con alguna otra circunstancia del artículo 21 CP y no con el artículo 65 (...)».

(47) Sobre la circunstancia atenuante analógica del artículo 21.6.^a CP, *vid.*, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 25/48 ss.

metida en legítima defensa con un exceso intensivo (art. 20.4.^a CP en relación con art. 21.1.^a CP) se oponía a la forma de analogía que, probablemente, tiene más sentido para la aplicación del artículo 21.6.^a CP. Me estoy refiriendo a la analogía con el *efecto* modificativo del injusto y la razón específica que fundamenta la circunstancia atenuante (48). Parece claro que en el caso que nos ocupa, la pretendida analogía solo habría podido afirmarse en relación con el primero de estos dos efectos. Sólo una aplicación del artículo 21.6.^a CP que se conformase con ello podría haber conducido a la solución atenuante que en este trabajo se considera materialmente justa (49).

48. En cuanto a la solución que pasaba por aplicar analógicamente el artículo 65 CP *ex* LO 10/1995, en los delitos especiales propios, la aplicación analógica del artículo 65 CP no podía llevar (en el ya negado supuesto de que el elemento de autoría de estos delitos sea un elemento de naturaleza «personal» en el sentido del artículo 65.1 CP) a la atenuación de la pena del *extraneus*, sino a su *impunidad*. Puesto que el elemento de autoría solo es imputable al sujeto en quien concurra, la aplicación analógica del artículo 65 CP *ex* LO 10/1995 a los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales propios habría debido conducir a imputar dicho elemento únicamente al autor, no pudiendo hacerse responsable al partícipe *extraneus* por ningún otro delito.

49. *La llegada de la LO 15/2003* trajo consigo una trascendental modificación del artículo 65 CP. Esta modificación ha afectado al apartado primero del precepto, al que también se ha incorporado, como ya se mencionó *supra*, un decisivo tercer apartado. Según el actual artículo 65.1 CP, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran». La modificación de este precepto con respecto a su antecedente reside en la sustitución de la referencia a las «circunstancias agravantes o

(48) De esta opinión MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.^a ed., 2004, 25/50.

(49) No bastaba, en cambio, con que la analogía del artículo 21.6.^a CP fuera referida exclusivamente al significado material general de alguna de las atenuaciones del artículo 21 CP. De esta opinión, no obstante, SÁNCHEZ-VERA, J., *Delito de infracción de deber...*, 2002, p. 273. Pero incluso en caso contrario lo cierto es que, como ya se ha indicado, tampoco el significado material de ninguna de las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 CP coincidiría con el menor merecimiento de pena por la disminución del injusto presente en la conducta del *extraneus* que participa en un delito especial.

atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal» por la más sencilla «circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal». Con ello, el artículo 65.1 CP se habría aproximado, al menos terminológicamente, a los «*elementos personales especiales*» del § 28.2 *StGB* (50). En cuanto al apartado tercero del artículo 65 CP («cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate»), este precepto ha evitado hábilmente el principal obstáculo con el que topaba la aplicabilidad del artículo 65 CP 1995 antes de la LO 15/2003: la referencia a las «circunstancias agravantes o atenuantes». El artículo 65.3 CP abandona aquella terminología, todavía presente en los apartados primero y segundo del artículo 65 CP, en favor de la alusión a «las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor». Con ello, el artículo 65.3 CP habría venido a satisfacer las expectativas de aquéllos que, tanto desde los postulados de la solución individualizadora como desde la solución unitaria, habían venido reclamando del legislador la incorporación al Código Penal de un precepto que, al estilo del § 28.1 *StGB*, estableciera una atenuación de la pena para el *extraneus* (51).

(50) Según este precepto, «si faltan en el partícipe (inductor o cómplice) los elementos personales especiales (§ 14.1) que fundamentan la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo con el § 49 *StGB*».

(51) Representa este punto de vista, entre otros autores, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 7.ª ed., 2004, 15/43. En la jurisprudencia lo hacen, entre otras resoluciones, las SSTS 18 de octubre de 2004, 10 de junio de 2005 y 8 de junio de 2006. Según la STS 18 de octubre de 2004, que se pronunció al respecto en el marco de uno de los más paradigmáticos delitos especiales impropios, el delito de malversación de caudales públicos, «(...) cuando nos hallamos ante un delito especial, la jurisprudencia más reciente de esta Sala viene entendiendo que, como quiera que el tipo delictivo exige una condición del sujeto activo (funcionario público o autoridad) o una circunstancia (custodia y disponibilidad de los bienes públicos), el tercero en quien no concurren estas circunstancias no podrá cometer el hecho conforme al número 1 del artículo 28 CP pero sí puede hacerlo, según el número 2 de ese artículo, en concepto de inductor o cooperador necesario. El tercero que coopera al hecho aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, es consciente y colabora a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por la persona (o en colaboración con la persona) encargada de su custodia, lo que hace más reprochable su conducta que si cometiera el correlativo delito común, en los casos de delitos especiales impropios». Por su parte, la STS 10 de junio de 2005 recuerda que «(...) la jurisprudencia de esta Sala ha venido entendiendo que, en este tipo de delitos, el “extraneus” debe ser

50. Desde un *punto de vista político-criminal*, la atenuación *facultativa* de la pena del *extraneus* que participa en un delito especial que se encuentra en el artículo 65.3 CP está, desde mi punto de vista, completamente justificada. A tales efectos, puede resultar de utilidad distinguir entre tres clases de delitos especiales: *a)* aquéllos en los que el elemento cualificante expresa la existencia de una *estructura social institucionalizada*; *b)* los delitos especiales que se fundamentan en el incumplimiento de una *función social no institucionalizada* dimanante de una determinada *posición social no institucional*; y *c)* los delitos especiales en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna, sino que se debe a otras razones (52).

condenado con una pena atenuada respecto del autor “intraneus” (*vid.*, *ad exemplum*, STS de 28 de marzo de 2001). Hemos de reconocer igualmente que, en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para imponer al culpable “extraneus” la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, precepto sin duda favorable a la acusada y por tanto aplicable retroactivamente a la misma, como se solicita en este motivo (*vid.* artículo 2.2 CP). Este Tribunal entiende, por último, que en las conductas enjuiciadas debe apreciarse una mayor antijuridicidad en la llevada a cabo por el funcionario público, en quien concurre, lógicamente, un especial deber de fidelidad y probidad en el desempeño de sus funciones, en aras del mejor funcionamiento de la Administración pública y del interés de la sociedad y de los ciudadanos en general». Por último, la STS 8 junio 2006 señala que «el vigente artículo 65 del Código Penal, tras su reforma operada por LO 15/2003, ha positivizado la inteligencia jurisprudencial de la participación de extraños en estos delitos especiales propios, facultando a los tribunales a empezar una pena conforme en grado a la prevista para quienes detentan el elemento especial de autoría. En el caso de autos procede atender esta menor antijuridicidad en la conducta del empresario, en relación a la del Alcalde, que es el funcionario público y quien dicta la resolución injusta, por lo que tiene el dominio del hecho e infringe el deber específico del funcionario público. Consecuentemente procede reducir en un grado la pena prevista para el tipo penal de la prevaricación. El artículo 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcional y el ejercicio de esa facultad, deber ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción de deber en los que sólo el funcionario tiene el dominio de la acción, también la gravedad de la conducta realizada».

(52) Otra clasificación se encuentra en ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss. Robles distingue entre delitos de posición y delitos de infracción de deber. En los primeros, para los que serían de aplicación las reglas generales de determinación de la autoría y la participación, el *extraneus* partícipe no se beneficiará de una atenuación de la pena por su condición de no cualificado. En cambio, en los delitos de infracción de deber (singularmente, en los delitos de funcionario) no podrá producirse –siempre según Robles– intervención del *extraneus* en el delito, por lo que su comportamiento quedará, salvo que la Ley disponga expresamente lo contrario, sin pena. De la misma opinión, aunque formulando ciertas matizaciones, SILVA SÁNCHEZ,

51. En el primer grupo de delitos especiales, el bien jurídico se encuentra implicado en estructuras sociales institucionalizadas. Por ejemplo, en los delitos contra la Administración pública, el titular de dicha esfera o fuente de riesgos para el bien jurídico, normalmente la autoridad o funcionario público, es el interviniente en el hecho con mayor facilidad de ejecución o mayor control sobre los riesgos típicos que se cernirían sobre el bien jurídico. No cabe duda de que, también en estos delitos, el particular que participa en el hecho también accede, indirectamente, al bien jurídico protegido. El no funcionario que ayuda al funcionario competente a malversar caudales públicos también pone en peligro, indirectamente, la confianza del ciudadano en el correcto funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, debe advertirse que, en estos casos, el no funcionario no solo *no tiene* el dominio del riesgo típico que caracterizaría al funcionario público, sino que, como dice ROXIN, *no puede tenerlo* (53). Porque dicho dominio procede de la función pública que desempeña el funcionario, y a la que el partícipe *extraneus* es ajeno. En los delitos de funcionario, el tipo exigirá, normalmente, que el autor sea una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Sin embargo, salvo contadas excepciones, nada dice sobre el partícipe. Ante esta circunstancia, parece difícil negar que éste último podrá ser tanto un funcionario (por ejemplo, uno cuyas competencias específicas no lo conviertan en autor, como ocurre en el caso de la STS 350/2005) como un particular. En estos casos, la atenuación de la pena del partícipe *extraneus* tendrá la virtud de atender también a la diferencia de desvalor de la acción que existe entre la conducta del partícipe *extraneus* y la del partícipe funcionario. En efecto, para este segundo sujeto, pese a no ser competente para realizar el tipo como autor, la ejecución de su aportación como partícipe sin duda se ve facilitada frente al *extraneus* por su condición de funcionario (54).

J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 68 s. Silva distingue entre los delitos de posición, los de infracción de deber, y una categoría mixta de delitos especiales (representada, por ejemplo, por el delito fiscal) caracterizada por que, en ellos, se produciría la concurrencia de las dos dimensiones citadas: la de posición y la de infracción de deber. En la primera clase de delitos no cabría la atenuación de la pena del *extraneus*, en la segunda la participación del *extraneus* sería impune, y en los delitos especiales mixtos cabría la atenuación de la pena. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 71.

(53) ROXIN, C., *LK*, 11.^a ed., 1994, § 28/56 y 88 ss.

(54) De la misma opinión RUEDA MARTÍN, M. A., REDPC, 2.^a época, (8), 2001, pp. 162 ss.

52. En los delitos especiales cuyo injusto se fundamentaría en el incumplimiento de una *función social no institucionalizada* dimanante de una determinada *posición social no institucional*, el fundamento del dominio del riesgo típico reside en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición* especial de dominio respecto del bien jurídico. De este modo, el bien jurídico se presenta, frente al *intraneus*, como especialmente vulnerable. Ello sucede, por ejemplo, en delitos como el de revelación de secreto profesional (art. 199 CP) o los delitos societarios (arts. 290-295 CP). Desde mi punto de vista, también en estos delitos especiales cabe afirmar que la aportación del partícipe *extraneus* probablemente tendrá también un menor contenido de injusto. Ello obedece a que la falta de dominio del riesgo típico del *extraneus* resulta difícilmente «subsana-ble» en el caso concreto por no ocupar, a diferencia del *intraneus*, una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. No obstante, considero que el «alejamiento» (*Entfernung*) que, según Roxin, existe entre el *intraneus* funcionario y el partícipe *extraneus* en los delitos de responsabilidad por incumplimiento de una función institucional es, en los delitos especiales de posición, inferior. En esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas ni están tan formalizadas como en los delitos «institucionales». Por esta razón, dichas esferas resultan más «penetrables» por terceros *extranei*, de modo que éstos últimos pueden realizar aportaciones al hecho más relevantes que en aquéllos.

53. Por último, en algunos delitos especiales la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna. Me estoy refiriendo a delitos como el de alzamiento de bienes (art. 257.1.1.º CP) o el alemán de exhibicionismo masculino (§ 183 StGB). En esta tercera clase de delitos especiales, la ausencia del elemento cualificante de la autoría en el partícipe no se corresponde con un menor contenido de injusto de su conducta. De este modo, no cabe afirmar que la conducta del *extraneus* es, por principio, menos grave que la del *intraneus* (55).

54. Desde mi punto de vista, esta clasificación tripartita de delitos especiales debe producir importantes efectos en orden a la solución

(55) Vid. HERZBERG, R. D., «Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme», (3), JuS 1975, pp. 647 ss.; ÍDEM, ZStW 88 (1976), pp. 68 ss.; ÍDEM, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, *passim*; ÍDEM, «Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale», GA 1991, pp. 168 ss.

del problema consistente en si el partícipe *extraneus* debe ser castigado con la misma pena que el autor cualificado o bien con una pena inferior. Según entiendo, tanto en los delitos especiales consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada como en aquéllos que se fundamentan en el incumplimiento de una función no institucionalizada), los Jueces y Tribunales *deben* atenuar la pena del *extraneus*. En estos casos, el *extraneus* se encuentra más alejado del dominio del riesgo típico que ostenta el *intraneus* que en el resto de delitos. Sin embargo, en los restantes delitos especiales no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en tales supuestos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no sería inferior al que caracteriza la conducta del *intraneus*.

55. Esta última consecuencia puede advertirse de forma evidente en el delito de alzamiento de bienes previsto en el artículo 257.1.º CP. De conformidad con este precepto, «será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (...) el que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». La razón por la que el legislador ha decidido circunscribir en este delito el círculo de posibles autores al *deudor* no reside, según creo, en la existencia de un deber jurídico especial consistente en la no defraudación del derecho de crédito de sus acreedores que recaería sobre el *intraneus*. A mi modo de ver, lo que ha impulsado al legislador a la mencionada restricción del círculo de autores es el hecho de que, en la realidad fenomenológica, quien más interés tiene, por lo general, en defraudar al acreedor es su propio deudor. Esto no significa, sin embargo, que su conducta defraudatoria sea necesariamente más grave que la del tercero no deudor que le ayude. Por esta razón, en aquellos casos en los que dicha participación adopte la forma de la inducción o la cooperación necesaria, no existe, en términos de merecimiento de pena, razón alguna para atenuar la pena del *extraneus*.

56. Todo lo anterior conduce a afirmar que en el caso de la STS 350/2005 la decisión del Tribunal Supremo de casar parcialmente la Sentencia de instancia, en el sentido de atenuar la pena de Augusto, en aplicación del artículo 65.3 CP, es correcta. Como ya se ha mencionado, en los delitos en los que el tipo exige que el autor sea una autoridad o funcionario que realice la conducta típica en el ejercicio de sus funciones (el delito de falsedad en documento oficial previsto en el artículo 390.1 CP ello ocurre), el *extraneus* se encuentra, por definición, más alejado del control del riesgo típico que en otros delitos, debido a que el bien jurídico se encuentra circunscrito en un ámbito

fuertemente formalizado. Ciertamente, es Augusto quien convence a José Carlos para que lleve a efecto el boletín de denuncia falso. Pero a partir del momento en que José Carlos se deja convencer, el control del riesgo típico que acaba realizándose en la lesión del bien jurídico protegido en el delito de falsedad documental de funcionario (recuérdese, las funciones del documento) corre exclusivamente a cargo del agente de la Guardia Urbana, José Carlos. Es él el único que puede realizar materialmente el boletín, habida cuenta la virtualidad probatoria que pretende conferir Augusto a dicho documento; de él depende que la denuncia se curse o no ante la Administración competente: y es él, y no otra persona, la que finalmente decide no dar curso a la denuncia y facilitársela a Augusto para que éste adjunte una copia de la misma a la instancia que presente en recurso contra la multa de tráfico que le había sido impuesta. Frente a esto, la capacidad de Augusto para acceder a dicho ámbito de dominio y aproximarse siquiera al control del riesgo típico es nula, o prácticamente nula.

57. Como no puede ser de otro modo, el Tribunal Supremo procede a atenuar la pena de Augusto en aplicación del artículo 65.3 CP. Como ya se indicó *supra*, antes de la entrada en vigor de este precepto, doctrina y jurisprudencia sugirieron varias vías legales para articular *secundum legem* la mencionada atenuación. Y como también se señaló, ninguna de estas soluciones se mostraba respetuosa con el principio de legalidad. El escenario que acaba de describirse reclamaba del legislador, por tanto, la incorporación al Código de un precepto que permitiese atenuar la pena del *extraneus* sin contravenir, con ello, el derecho positivo. Este precepto es el artículo 65.3 CP.

58. Uno de los aspectos más acertados de este precepto consiste en el carácter *potestativo*, no obligatorio, de la atenuación de la pena del *extraneus* («los Jueces o Tribunales *podrán* imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate»). Como ya se ha indicado, el *extraneus* que participa en un delito especial no siempre merece ser castigado con una pena inferior a la del *intraneus*. De acuerdo con la clasificación tripartita que aquí se defiende, cabe distinguir entre tres clases de delitos especiales: *a)* los delitos especiales con estructuras sociales institucionalizadas; *b)* los fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional; y, *c)* aquéllos en los que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna. Como ya se señaló, en términos de merecimiento de pena, el *extraneus* sólo es me-

recedor de una atenuación de la pena en las dos primeras clases de delitos, pero no en cambio, en la tercera. La atenuación facultativa prevista en el artículo 65.3 CP permite satisfacer de forma adecuada esta diversidad de supuestos. Con ello se evita la inconsecuencia (inevitable en un sistema de atenuación obligatoria) que supondría atenuar la pena, por ejemplo, de un «no deudor» que induce a un «deudor» a alzarse con sus bienes en perjuicio de los acreedores de este último, o que coopera necesariamente con él persiguiendo dicho objetivo. Y ello a pesar de no existir, en mi opinión, razón alguna para afirmar en dicho caso que la conducta del *extraneus* merece menos pena que la del *intraneus* (56).

59. No obstante, el artículo 65.3 CP solo alude de forma expresa a dos de las tres formas de participación teóricamente imaginables: la inducción y la cooperación necesaria. No menciona, por tanto, la complicidad. Esta circunstancia hace surgir la duda de si la atenuación prevista en el precepto que ahora nos ocupa resulta, o no, extensible al cómplice. Desde mi punto de vista, del mismo modo que el inductor y el cooperador necesario *extraneus* pueden ser merecedores de una atenuación de la pena en un número considerable de casos, desde una perspectiva de *lege ferenda* no existe razón alguna para que ello no ocurra también en el caso del cómplice. Es probable que la razón por la que el nuevo artículo 65.3 CP no se ha referido expresamente a dicha forma de participación deba verse en el hecho de que éste ya cuente, por principio, con una atenuación de la pena para toda clase de delitos. Esta atenuación coincidiría, además, con el marco penal previsto en el artículo 65.3 CP, en su caso, para el *extraneus* inductor o cooperador necesario en un delito especial: la pena inferior en grado con respecto a la del autor (art. 63 CP). Teniendo en consideración todo esto, quizá quepa concluir que la idea que subyace al artículo 65.3 CP es la siguiente: en los delitos especiales todo interviniente en el hecho a excepción del autor podrá beneficiarse, como máximo, de una atenuación de la pena correspondiente a la pena inferior en grado (57).

(56) Esto es lo que habría ocurrido si se hubiese aprobado sin enmiendas el apartado decimotercero del artículo único del Anteproyecto de LO de reforma del CP 1995. Según este precepto, «se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65 que quedan redactados como sigue: «(...) Cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales *impondrán* la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada».

(57) La discusión sobre si el *extraneus* que participa como cómplice en un delito especial merece una doble atenuación de la pena, esto es, como cómplice y como

60. Las objeciones que acaban de ser expuestas en modo alguno deberían conducir, sin embargo, a la derogación del artículo 65.3 CP. No resulta compatible en lo relativo a esta materia, por ello, el *Proyecto de reforma del Código Penal* que en la actualidad se encuentra en fase de tramitación parlamentaria (58). En el artículo Único del mismo se incluye un apartado decimoquinto, en el que declara que «se suprime el apartado 3 del artículo 65». La E. de M. de dicho proyecto no hace mención alguna a las razones que justifican dicha derogación. Con todo, parece razonable presumir que ésta coincidirá, en esencia, con el contenido de las enmiendas presentadas en su momento por el Grupo Parlamentario Socialista (59) y el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (60), proponiendo la supresión del apartado tercero del artículo 65 CP. Según el tenor literal de dichas enmiendas, «la propuesta (scil. de incorporación al CP del actual art. 65.3 CP) es sencillamente una aberración jurídica. Contempla el problema de la parti-

extraneus no es en absoluto nueva en el contexto, más amplio, de los países de nuestro entorno cultural. Uno de los países en los que este debate ha tenido lugar de un modo más intenso, sin duda gracias a la presencia de un precepto de profundas raíces históricas como el § 28 *StGB*, es Alemania. En el ámbito de la discusión alemana, un número considerable de autores considera que no existe razón alguna para negar la posibilidad de atenuar la pena del cómplice *extraneus* en dos grados, uno como cómplice y otro como *extraneus*, con respecto a la pena del autor. El principal argumento que este sector doctrinal invoca en favor de esta solución es que, en caso contrario, se equipararía penológicamente, de un modo injusto, dos clases de intervenciones en el hecho que para el legislador tienen distinto contenido de injusto: las de inducción/cooperación necesaria y las de complicidad. Creo que este último argumento sería plenamente extensible, desde una perspectiva *de lege ferenda*, a la legislación penal española. Como es sabido, el artículo 28 CP equipara penológicamente al inductor y al cooperador necesario con el autor, y el cómplice queda excluido de esta equiparación en virtud del artículo 29 CP. En principio, esta regulación tiene carácter general. Se diría, por tanto, que su pretensión de validez abarcaría, por consiguiente, tanto a los delitos comunes como a los especiales. Sin embargo, el artículo 65.3 CP parece establecer una excepción a esta regla general. Castigando con la misma pena al inductor/cooperador necesario y al cómplice *extraneus*, el legislador de 2003 habría ignorado la teórica diferencia valorativa existente entre unas y otras contribuciones al hecho delictivo. Pero, ¿cuál es la razón que explicaría que dicha diferencia valorativa entre tales formas de participación deba tener su reflejo en la pena de unos y otros en los delitos comunes y no, en cambio, cuando de delitos especiales se trate? Si, como creo, lo que explicaría la atenuación de la pena para los *extranei* en gran parte de los delitos especiales sería la no concurrencia en ellos de los elementos que restringen el círculo de autores en esta clase de delitos; y si ello reflejaría, además, una mayor dificultad de ejecución o menor control sobre los riesgos típicos que se ciernen sobre el bien jurídico, ¿cómo se explica, entonces, que el cómplice *extraneus* no sea también merecedor de dicha atenuación de la pena?

(58) «BOCG, Congreso de los Diputados», 15 de enero de 2007.

(59) Enmienda número 85.

(60) Enmienda número 47.

cipación en delitos especiales, respecto de la cual tanto jurisprudencia como doctrina estima que se rige por las reglas comunes, con la excepción para la autoría principal de los delitos especiales propios. En España es absolutamente minoritaria la doctrina que ha sostenido que los “extraños” que participan en un delito especial han de tener una especie de atenuación análoga (sin base legal, por supuesto) fundada en el hecho de “no tener la condición especial”, como si no fuera cierto que no han contribuido igualmente a la lesión del bien jurídico. Esa opinión parte de considerar que los delitos especiales son una especie de “subsistema”, que no se rige por el principio de protección de bienes jurídicos, sino por el de infracciones de deber, en clara regresión respecto del pensamiento moderno. Es, por lo tanto, una modificación innecesaria, regresiva y sectaria, en la medida en que sólo pretende satisfacer a un insignificante sector doctrinal» (61).

(61) «BOCG, Congreso de los Diputados», 23 de junio de 2003. También críticos con el artículo 65.3 CP se muestran QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios*, 3.ª ed., 2004, p. 424; y ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 126 s., quien afirma que «*hubiera sido más conveniente y acertado no introducir el artículo 65.3 CP*».