

El extraño artículo 65.3 del Código Penal

Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación

Ricardo Robles Planas
Eduardo Javier Riggi

Universitat Pompeu Fabra

Abstract

En este trabajo se analiza el ámbito de aplicación y los presupuestos dogmáticos del controvertido artículo 65.3 del Código penal en un diálogo con las recientes tesis propuestas por el Prof. Enrique Peñaranda Ramos.

Dieser Beitrag analysiert den Anwendungsbereich und die dogmatischen Grundlagen der umstrittenen § 65.3 des spanischen StGB und betrachtet die neuen Thesen, die Prof. Enrique Peñaranda Ramos darüber neulich vorgeschlagen hat.

This contribution analyzed the area of application and the material bases of the controversial article 65.3 of the Spanish Penal Code and contemplates dialoguing with the theses recently proposed by Prof. Enrique Peñaranda Ramos.

Titel: Der seltsame § 65.3 des Strafgesetzbuch. Ein Dialog mit Enrique Peñaranda über seine Anwendungsbereich und dogmatischen Grundlagen.

Title: The strange art. 65.3 of the Penal Code. A Dialogue with Enrique Peñaranda on his area of application and the material bases.

Palabras clave: art. 65.3 CP; delitos especiales; *intraanei*; *extranei*; delitos de infracción de un deber; intervención en el delito; accesoriedad.

Stichwörter: art. 65.3 spanischen StGB; Sonderdelikten; *intraanei*; *extranei*; Pflichtdelikten; Beteiligung; Akzessorietät.

Keywords: art. 65.3 Spanish Penal Code; specific duty offences; *intraanei*; *extranei*; intervention without specific duty; accessory liability.

Sumario

1. Introducción
2. Una coincidencia básica: el rechazo de la teoría de los delitos de infracción de un deber
 - 2.1 La teoría del delito de infracción de un deber es político-criminalmente insatisfactoria
 - 2.2 Lo que la teoría del delito de infracción de un deber implica: la responsabilidad institucional como título de imputación
3. Más en común: la exclusión de ciertos supuestos (“delitos de posición”) del ámbito de aplicación del art. 65.3 CP
4. ¿Una discrepancia?: sobre la existencia de “delitos especiales de deber”
5. ¿Al rescate del art. 65.3 CP con la tesis de los “tipos subyacentes”?
6. Cómo convertir en inocuo el extraño art. 65.3 CP
7. Una consideración final
8. Bibliografía

Una de las características que con mayor sorpresa y rapidez advertiría un observador externo de la producción científica jurídico-penal española de los últimos años sería, con toda seguridad, la del escaso debate doctrinal que en la actualidad generan las cuestiones de la Parte General. Ello desde luego es así si se compara con el que de manera permanente tiene lugar en Alemania sobre casi todos los ámbitos de la teoría del delito. La situación resulta más chocante si cabe cuando se tiene en cuenta el alto grado de refinamiento y desarrollo al que ha llegado la dogmática penal en nuestro país. Probablemente, el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo español apenas se haya hecho eco de muchos de los esfuerzos de la doctrina sea uno de los factores que desincentive el debate. Una remarcable excepción a esta apreciación la constituye la discusión generada en torno al art. 65.3 del CP. Como es sabido, desde hace años el TS viene practicando una atenuación –sin cobertura legal expresa– al partícipe extraneus en los delitos especiales. Por su parte, la doctrina mayoritaria nunca se halló convencida de este proceder. Desde la reforma operada por la LO 15/2003 se introdujo en la Parte General la correspondiente cláusula atenuatoria, para sorpresa de aquella doctrina mayoritaria. Ello ha suscitado una serie de reacciones que, en lugar de zanjar la polémica en relación con aquella práctica del Tribunal Supremo, la han dinamizando vivoamente. Aquí, bien podría afirmarse que el legislador, en lugar de convertir en cenizas bibliotecas enteras, las ha desempolvado. Lo cierto es que la doctrina ha reaccionado ante un extraño pronunciamiento del legislador en uno de los ámbitos más propios de la discusión dogmática, sobre el que, como se dice, no existía consenso doctrinal. Ello resulta, ciertamente, criticable. El objetivo de este artículo es contribuir al debate mediante el diálogo con uno de los mayores especialistas en la materia de nuestro país, a quien hay que agradecer un reciente trabajo parcialmente disconforme con el nuevo precepto y discrepante con algunas de nuestras tesis anteriormente formuladas en diversas publicaciones.

1. Introducción

Art. 65.3 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»

1. En un reciente trabajo publicado en los *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, PEÑARANDA aborda el alcance del art. 65.3 CP¹. En lo que sigue vamos a presuponer que el lector conoce la problemática básica que este precepto encierra², así

¹ PEÑARANDA RAMOS, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1419 y ss.

² Véase, por ejemplo, la descripción que efectúa el propio PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 1422-1428. Véase, además, el panorama dogmático y los rasgos fundamentales de la discusión legislativa y pre-legislativa (en especial, el influyente informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2003) en ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 105 y ss.

como los pronunciamientos doctrinales³ y jurisprudenciales⁴ que, de modo crítico o favorable, se han producido desde su introducción en el Código penal en el año 2003. La pretensión aquí es, más bien, la de entablar un diálogo científico con las tesis interpretativas y los presupuestos dogmáticos que PEÑARANDA ofrece en el mencionado trabajo. Esta declaración de intenciones deja entrever, de entrada, que las conclusiones que se sostendrán serán parcialmente críticas con las de PEÑARANDA. Ello no impedirá, sin embargo, detenernos en ciertos aspectos en los que coincidimos plenamente y que son de capital importancia en relación a los puntos de partida dogmáticos. De ahí que, en última instancia, las discrepancias se verán reducidas prácticamente a cómo se efectúa la concreción de aquellas premisas comunes.

2. Las tesis fundamentales que sostiene PEÑARANDA son las que se exponen a continuación. En primer lugar, entiende que se debe desvincular la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber de la atenuación prevista en el art. 65.3 CP. Según su parecer, ello no obsta a que aquella atenuante tenga su razón de ser en determinados delitos especiales cuando intervienen *extranei*.

En segundo lugar, rechaza la interpretación del art. 65.3 CP a la luz de la doctrina dominante en Alemania sobre el § 28 StGB, y propone su explicación conforme a una doctrina minoritaria en aquel país que entiende que los elementos de deber especial deben tratarse de manera «semiaccesoria»⁵.

Por consiguiente, y en tercer lugar, indica que el art. 65.3 CP tiene como campo directo de aplicación los elementos «limitadamente personales» que en ciertos delitos, ante

³ Véanse, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (Análisis del art. 65.3 del Código Penal)», en AA.VV., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 965 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en AA.VV., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 436 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 63 y ss.; RIGGI, «El nuevo artículo 65.3 del Código penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales», *Revista de Derecho penal*, 2005, p. 11 y ss.; LANDROVE DÍAZ, «Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio», *RGDP*, 2006; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 105 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., 2007, p. 445 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., 2008, p. 404 y ss. Con anterioridad, véase CHOCLÁN MONTALVO, «La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio», *Actualidad Penal*, 1995, p. 97 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y de 24 de junio de 1994)», *Actualidad Penal*, 1996, p. 19 y ss.; RUEDA MARTÍN, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, p. 127 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002.

⁴ El más completo análisis de la evolución jurisprudencial en torno a la participación de los *extranei* en delitos especiales se encuentra en el trabajo de GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 527 y ss.

⁵ Fundamentalmente, la postura sostenida por PUPPE (véase *infra* apdo. 5).

todo en los delitos llamados especiales «propios», fundamentan la «culpabilidad» del autor. Ello se articularía dogmáticamente mediante la construcción de una especie de «tipos *subyacentes*» (PEÑARANDA utiliza las expresiones «tipos básicos» en los denominados «delitos especiales propios» y «tipos intermedios» en los «impropios»), a los que se podría referir la participación de los *extranei*.

En cuarto lugar, señala que habría algunos supuestos que no se encuentran regulados en este precepto: el de las circunstancias genéricas «mixtas» con componentes a la vez personales e impersonales y el de los «elementos típicos (limitadamente) personales» que no fundamentan, sino agravan (o atenúan) la responsabilidad. Al respecto, indica que la literalidad del art. 65 CP permitiría inferir determinados principios que ayudarían a obtener una solución para tales casos, lo que debería canalizarse a través de una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 65.3 CP.

2. Una coincidencia básica: el rechazo de la teoría de los delitos de infracción de un deber

1. PEÑARANDA explica el alcance del art. 65.3 CP lanzando una crítica a quienes entienden que la atenuación facultativa contenida en ese precepto se aplicaría a determinados partícipes no cualificados cuando éstos hubieran intervenido en «delitos consistentes en la infracción de un deber»⁶. En este punto la crítica de PEÑARANDA resulta acertada y necesaria, ya que el seguimiento coherente de aquella teoría conduce a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias. Asimismo, aunque PEÑARANDA no los aborde más que tangencialmente, conviene, una vez más, destapar los presupuestos dogmáticos de esta teoría. Veamos ambos aspectos.

2.1 La teoría del delito de infracción de un deber es político-criminalmente insatisfactoria

1. La moderna teoría de los delitos de infracción de un deber, sostenida en España destacadamente por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, declara superflua, por ser meramente aparente, la distinción entre delitos especiales propios e impropios: siempre que se infringe un deber estamos ante un delito de infracción de un deber y en caso contrario, frente a un delito común. De esta manera, se supera la tradicional *ficción* consistente en distinguir entre estos delitos⁷. Por consiguiente, al desaparecer el delito común subyacente, el único título de imputación que regiría para el *extraneus* que interviniera en dicho injusto sería el mismo que para el *obligado positivo*. Ahora bien, según esta concepción, el *extraneus* debería gozar *siempre* de una atenuación obligatoria

⁶ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 1419, 1422-1423 y 1451.

⁷ Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 254 y ss.; sin embargo, BACIGALUPO SAGGESE, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, 2007, p. 40, mantiene esta distinción.

debido a que no se encuentra sujeto a ninguna obligación especial; incluso en el caso de que su aportación fuera de menor entidad (calificable de complicidad) procedería, a su vez, tal atenuación obligatoria (doble atenuación)⁸.

2. Si estas premisas fueran seguidas de modo coherente, se llegaría a la conclusión de que los partícipes resultarían más gravemente penados por su intervención en delitos comunes que por su participación como *extranei* en *delitos de infracción de un deber*⁹. Ello generaría un grave problema valorativo, provocando incluso una incoherencia intrasistemática en la teoría del delito de infracción de un deber, ya que, según sostienen sus defensores, «difícilmente se puede negar este mayor reproche para los supuestos de participación en un delito de infracción de un deber»¹⁰. Así, se señala que el «comportamiento de un particular que determina a un funcionario a que sustraiga efectos públicos abusando de su cargo es, lógicamente, de mayor relevancia que el de un particular que determina a otro particular a que sustraiga objetos a un tercero cualquiera. En el primero de los supuestos, el grado de injusto es mayor: allí se lesiona también la confianza que tienen todos los ciudadanos en el buen administrar público (del dinero), y, con ello, se violenta, como ya sabemos, una institución positiva. En suma, la participación en un delito impropio de infracción de un deber supone un mayor injusto que la participación en el “correspondiente” delito común “subyacente”. Lo mismo rige, como no podía ser menos, para otros delitos de infracción de deber, aunque no sean de funcionarios»¹¹.

3. El ejemplo de *la madre que juntamente con un tercero matan al hijo de la primera* resulta clarificador para mostrar el mencionado desajuste axiológico. En efecto, la madre sería autora de un homicidio agravado por el parentesco al haber infringido su *deber institucional*, oscilando su marco penal entre doce años y seis meses de prisión y quince años de prisión (arts. 23, 66.1.3. y 138 CP). Ahora bien, pese a que ésta haya trabado una vinculación con el tercero que, desde el punto de vista organizativo, deba ser calificada de coautoría, estaríamos, en todo caso, ante un delito de infracción de un deber –aunque el deber no esté expresamente positivizado en la norma penal–. En ese sentido, el hecho de que exista aparentemente un *delito común subyacente*, que puede ser ejecutado por un no obligado positivo mediante dominio del hecho, resulta irrelevante para la tipicidad del delito de infracción de un deber. Por ello, el enjuiciamiento de la responsabilidad del *extraneus* no procede por el *delito común subyacente*, porque éste necesariamente desaparece ante el concurso aparente de leyes que suscita con el delito

⁸ En ese sentido, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 260.

⁹ Esta insatisfactoria consecuencia político-criminal ya había sido apuntada por RIGGI, *Revista de Derecho Penal*, 2005, p. 45; también por PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1444.

¹⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 240.

¹¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 240.

de infracción de un deber, a resolver en favor del último¹². Entonces, la escala penal a aplicar al *extraneus* oscilaría entre los seis años y tres meses de prisión y los doce años y seis meses de prisión (puesto que la atenuación prevista en el art. 65.3 del CP debería ser obligatoria, llevándonos a la pena inferior en grado señalada para el autor). El desfase penológico resulta evidente dado que la pena a imponer al coautor de un homicidio se sitúa entre los diez y quince años de prisión. En ese sentido, el tratamiento muy privilegiado que recibe el *extraneus* resulta a todas luces desproporcionado, puesto que por su intervención en un hecho más grave terminaría recibiendo menos pena que si lo hiciera en uno de menor gravedad.

4. En la doctrina ya se ha mostrado cómo, desde la propia teoría del delito de infracción de un deber, se pretende resolver este resultado político-criminalmente insatisfactorio¹³. La esforzada solución pasaría por admitir la *probable* existencia de un concurso ideal de delitos entre la participación en un parricidio y la coautoría en un homicidio a dirimir en favor de este último. Ahora bien, esta solución presenta dos serias objeciones: 1ª) vulnera el principio de no contradicción, y 2ª) es incoherente con la propia teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber.

La primera de las objeciones se debe a que «al admitir este concurso ideal, hace resurgir –al menos en los delitos de infracción de deber no positivizados– la distinción entre delito especial propio y delito especial impropio. Lo que implica que, frente al delito de infracción de deber, subyace el delito de organización al que accede como coautor el *extraneus*»¹⁴. Esto permitiría afirmar que la propuesta de SÁNCHEZ-VERA no habría ni deshecho de un golpe el nudo gordiano del § 28 StGB –del artículo 65.3 CP– (la regulación sobre la extensión de la accesoriedad de las circunstancias personales de

¹² Véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 255; véase también la p. 260, donde señala que «en definitiva, los denominados delitos de infracción de deber impropios no son casos del art. 65.1 del Código Penal –ruptura del título de imputación–, sino que para ellos, en su conjunto, rige siempre el mismo título de imputación que para el autor positivamente obligado, debiendo gozar el partícipe de una aminoración de la pena en virtud del art. 21.6ª del Código Penal, como ya ha propuesto para los llamados delitos de infracción de deber propios el sector más moderno de nuestra jurisprudencia. La ficción –delitos de infracción de deber propios e impropios– es superada. Con ello, a nuestro entender, se alcanza una solución que resuelve, de forma sistemática, las fricciones que fueron puestas de manifiesto respecto de otras opiniones. Se alcanza, en suma, una solución armoniosa a la luz de la teoría del delito de infracción de deber, sin entrar en contradicción con la finalidad de la Ley».

¹³ Véase RIGGI, *Revista de Derecho Penal*, 2005, pp. 44-47, nota nº 9.

¹⁴ Así, RIGGI, *Revista de Derecho Penal*, 2005, p. 46. Cabe señalar que, siguiendo los postulados de la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el mismo desfase penológico se produciría si se interviniera en un delito especial impropio, puesto que la infracción del deber nos situaría nuevamente frente al único delito existente, el de infracción de un deber, debiendo operar la rebaja obligatoria. Entonces, participar en un delito de infracción de deber impropio resultaría menos grave que participar en un delito de organización –en el delito común subyacente–.

la autoría), como sostiene JAKOBS¹⁵, ni tampoco lo habría cortado de un tajo, como entiende PEÑARANDA¹⁶, sino que tan sólo lo habría ocultado. En efecto, el delito común subyacente, que fue negado, resurgiría de sus cenizas para mitigar de esa manera las fricciones axiológicas a las que conduciría el seguimiento coherente de aquella teoría.

Ello da pie a la segunda de las objeciones. Esta radica en consideraciones de coherencia intrasistemática de la propia teoría del delito de infracción de deber. La solución referida, si bien resolvería la insatisfactoria consecuencia político-criminal de favorecer en mayor medida a quien menos lo merece, terminaría castigando, en contra de lo sostenido por ella, con la misma pena a quien no infringe el deber, por no hallarse obligado positivamente, frente a quien sí lo hace, por encontrarse ligado de esa forma¹⁷.

Todo lo anterior permite saludar con agrado la crítica efectuada por PEÑARANDA frente a quienes pretenden identificar a la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber con la atenuación prevista en el art. 65.3 CP.

2.2 Lo que la teoría del delito de infracción de un deber implica: la responsabilidad institucional como título de imputación

Con independencia de que el lector pueda llegar a las mismas conclusiones en relación con la interpretación del art. 65.3 CP que las sostenidas en este trabajo o que las sostenidas por PEÑARANDA o, en fin, que las que puedan defenderse desde cualquier otro punto de vista, resulta una vez más necesario adentrarse en los fundamentos dogmáticos de la teoría del delito de infracción de un deber para poner de manifiesto lo que dogmáticamente implica su asunción.

De entrada, conviene deshacer un posible equívoco en el que incluso PEÑARANDA parece incurrir. La crítica a los delitos de infracción de un deber no se basa tanto en la existencia de delitos cuyo injusto consiste en la tipificación de la lesión de un deber (normalmente extrapenal) como en la existencia de un *título de imputación* alternativo, basado en la denominada *responsabilidad institucional*. Es difícil negar, como expresamente niega PEÑARANDA, que mediante ella se genere un *subsistema* de responsabilidad, que abre paso a unas reglas de imputación de responsabilidad distintas a las habituales. Dicho con otras palabras, con este concepto –responsabilidad institucional– no se trata simplemente de concebir a los bienes jurídicos *dinámicamente*, sino de vincular al sujeto con su lesión a través de una vía extraordinaria, que no pasa por constatar un ejercicio de libertad socialmente inadecuado en relación con ellos, sino, precisamente, en la no realización de acciones de fomento, salvaguarda o

¹⁵ Véase JAKOBS, «Prólogo», en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 16.

¹⁶ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1441.

¹⁷ En ese sentido, RIGGI, *Revista de Derecho Penal*, 2005, p. 46.

protección de tales bienes. De esta manera, cualquier bien jurídico puede ser *lesionado* no sólo por vía *organizativa*, sino también *institucional*. Mientras la primera implica hallar en la conducta del sujeto la configuración (organización) de un *riesgo no permitido* para el bien jurídico, en la segunda, ello no es necesario; simplemente se requiere constatar la *deslealtad* del sujeto para con el bien o la institución (normalmente mediante la omisión). Lo anterior no es una interpretación de cómo opera la *responsabilidad institucional*, sino que es su descripción, reproduciendo exactamente el diseño que JAKOBS le dio originalmente y que después sus discípulos han desarrollado. Algo que, como puede comprobarse, dista mucho de la configuración que ROXIN en el año 1963 ofreciera de los «*Pflichtdelikten*» como instrumento dogmático para superar los problemas que su teoría del dominio del hecho ofrecía en los delitos en los que la ejecución material del hecho no se llevaba a cabo por el mismo sujeto que la ley mencionaba como *cualificado*. No se olvide que los delitos de infracción de un deber nacen en ROXIN para solucionar el problema del *instrumento doloso no cualificado* y poder denominar así *autor mediato* a la persona de atrás que no domina la voluntad de la de delante, pero que, sin embargo, aparece como la auténtica *figura central* del delito. Como ha quedado indicado *supra* de la mano del ejemplo de la madre que, de acuerdo con un sicario, quiere matar a su hijo, la configuración *jakobsiana* de la «teoría del delito de infracción de un deber» tiene mayores implicaciones y una raíz distinta que lo pretendido por ROXIN. En realidad JAKOBS cree hallar una regla de imputación *vigente* en nuestra sociedad, a saber, la que apartándose del *neminem laedere* genera *idéntica* responsabilidad penal por la modificación del mundo en quien no ha impedido (o ha actuado sin serle imputable) la lesión *teniendo el deber de hacerlo*. Naturalmente ello nos lleva con rapidez a la dogmática de la omisión. Y es que, en efecto, en el mundo de la omisión estamos familiarizados desde hace mucho tiempo con construcciones que recuerdan este modo de proceder. Lo que sucede es que, precisamente y desde hace décadas, la dogmática penal ha demostrado que los simples deberes de fomento, protección, etc. (en suma, los denominados *deberes positivos*) existen, pero que a) su legitimación es sumamente delicada y excepcional; y b) su fundamentación se mueve en un plano distinto de la de los denominados *deberes negativos*, por lo que, por principio, su infracción, en lo que al nivel de las estructuras de imputación se refiere, no genera –ni puede generar– las *mismas* consecuencias¹⁸.

No puede profundizarse aquí en la crítica a los fundamentos de la teoría del delito de infracción de un deber¹⁹. Las anteriores afirmaciones pretendían seguir llamando la atención sobre el

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, p. 641 y ss.; también SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 296: «[...] por eso entiendo que los casos que Jakobs denomina de “responsabilidad institucional”, incluyéndolos en la comisión por omisión, no pertenecen, en puridad a ésta, sino que deben quedar excluidos de la misma».

¹⁹ A tal efecto, véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 226 y ss.; también ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 31 y ss., y 121 y ss. Sumándose expresamente a la crítica de ROBLES PLANAS, véase ALCÁCER GIRAÓ, “Actio libera in causa”

desarrollo que se está produciendo de la denominada *responsabilidad institucional*, que se halla en la base de la moderna «teoría del delito de infracción de deber», al ser utilizada como expediente para obviar cuestiones de estructura y fundamentación del injusto²⁰.

3. Más en común: la exclusión de ciertos supuestos (“delitos de posición”) del ámbito de aplicación del art. 65.3 CP

El principal objetivo del trabajo de PEÑARANDA es la delimitación del ámbito de aplicación del art. 65.3 CP. En ese sentido, señala que «no todos los delitos especiales deberían ser incluidos automáticamente en el ámbito de aplicación de este art. 65.3 CP. Al margen de este precepto han de quedar, por principio, todas aquellas infracciones en las que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor *sólo* define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que ésta se produce “típicamente”. En relación con estos supuestos, en los que lo cuestionable es precisamente la restricción legal de su círculo de autores, una atenuación de la pena para quien se encuentra fuera del mismo resulta ya de antemano completamente injustificada»²¹.

Esta primera delimitación debe acogerse sin reparos. En realidad, aunque sin utilizar la misma terminología, con ella se está excluyendo de aquel precepto a los denominados *delitos de posición*, que de hecho no son delitos especiales (o lo son sólo en un sentido formal, aparente, que no interesa)²². En efecto, no todos aquellos delitos en los que se requieren ciertas cualidades especiales en el sujeto activo y que, además, carecen de figuras delictivas comunes subyacentes, constituyen delitos especiales en el significado habitualmente atribuido. Es necesario diferenciar entre aquellos delitos en los que la infracción de un deber constituye el eje de la conducta típica (en la terminología aquí utilizada, *delitos especiales de deber*) de aquellos otros en los que la delimitación del círculo de sujetos activos deriva de que éstos se encuentran en la posición idónea para lesionar el bien jurídico (*delitos de posición*)²³. Esta posición se utiliza como requisito

dolosa e imprudente, 2004, p. 184, nota nº 594. Críticamente también, GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 171 y ss.

²⁰ Acertadamente, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 79: «[...] la mera referencia a la idea de institución o la constatación de relaciones institucionales no resuelven sin más las cuestiones relativas a la fundamentación del injusto. Ni toda institución genera deberes especiales de solidaridad ni las posiciones de garante institucionales son siempre ajenas al fundamento ligado a la libertad organizativa (control de los efectos lesivos o perniciosos del propio ámbito de organización)».

²¹ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1429.

²² Sobre esta categoría delictiva véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 240 y ss.; también ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 129 y ss.

²³ No puede dejar de señalarse que esta distinción, si bien había quedado sembrada en el planteamiento de GRACIA MARTÍN, con su propuesta del *dominio social típico*, fue cosechada en España por GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, 1999, p. 164 y ss., aunque con la denominación de «delitos especiales de dominio». Véase también GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2003, p. 364 y ss. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1993, 23/24, entiende que estos delitos son delitos especiales en sentido

típico para otorgar relevancia jurídico-penal (eventualmente cualificada) al comportamiento. Dentro de este grupo de delitos encuadra ROBLES PLANAS, a modo de ejemplos, el delito fiscal (art. 306 CP)²⁴, el delito publicitario (art. 282 CP), el delito urbanístico (art. 319 del CP), los delitos contra la seguridad en el tráfico, los delitos societarios y el delito concursal (art. 260 CP). Como *estos delitos no son especiales* en el sentido tradicional, sino de *posición*, bastará para su configuración que un sujeto se encuentre en la posición especial de que se trate y que, desde allí, se genere el riesgo penalmente prohibido por la norma. La mera presencia de la posición especial no establecerá de por sí la autoría del sujeto que formalmente la ostenta, aunque normalmente será autor quien la posea; es lógico que éste tenga un papel preponderante en la configuración del injusto frente a los demás intervinientes al gozar de la posición. Ello no impide que quien aporta la titularidad posicional pueda configurar en menor medida el injusto que quien se coloca efectivamente en la posición. O que, incluso, un sujeto configure todo el injusto al valerse del error del titular de la posición colocándose en ella para lesionar el bien jurídico, esto es, en *autoría mediata* al haber instrumentalizando al poseedor formal de la posición (supuestos de *usurpación* de la posición)²⁵.

En definitiva, en esta línea de pensamiento la doctrina ha asumido que en este tipo de delitos, a diferencia de lo que ocurre en los *delitos especiales de deber*, sí cabe hablar de intervención. En efecto, en los *delitos de posición* no existe ningún elemento que bloquee la posibilidad de intervenir en el hecho (como lo hace el deber especial en los *delitos especiales de deber*). Por este motivo, no se observan razones que impidan aplicar las reglas generales de la intervención, siendo innecesario, además de dogmáticamente incorrecto por carecer de una razón material suficiente, recurrir al art. 65.3 CP²⁶.

amplio y que los elementos del tipo de estos delitos son plenamente accesorios. GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006 pp. 43 y 775-776, asume la terminología de JAKOBS. SCHÜNEMANN, «Comentario al § 14», en AA.VV., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, t. II, 12ª ed., 2006, nm. 12-13, denomina a estos delitos «*delitos especiales de garantes*» [*Garantensonderdelikte*], pudiendo ser responsable quien actúa en lugar de otro por la asunción de la posición de garante. PUPPE, «Comentario al § 28», en AA.VV., *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, t. I, 2ª ed., 2005, nm. 58, habla de los denominados delitos con «elementos de autoría funcionalmente objetivos».

²⁴ Sobre este punto, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 65, sostiene una postura matizada concibiendo al delito fiscal como un «delito especial de infracción de un deber con elementos de dominio» (al respecto, véase *infra* apdo. 7).

²⁵ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 132, aludiendo también a supuestos de desplazamiento y subrogación de la posición (notas nº 159 y 160, respectivamente).

²⁶ Así ya ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 151; también GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 750 y 776, indica que «en los delitos especiales “en sentido amplio” no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en estos casos, el contenido de injusto de la conducta del *extraneus* no es inferior al que caracteriza la conducta del *intraneus*». En Alemania, PUPPE, *NK-StGB*, 2ª ed., 2005, § 28, nm. 58, indica que los elementos de deber especial se diferencian de los denominados elementos de autoría funcionalmente objetivos. Éstos comparten con los primeros la siguiente característica: que sólo el titular de dichos elementos puede agredir típicamente el bien jurídico protegido. Por esa razón, los demás intervinientes en el hecho sólo podrán ser cómplices o inductores. Se diferencian de los elementos de deber

4. ¿Una discrepancia?: sobre la existencia de “delitos especiales de deber”

1. PEÑARANDA reconoce que la pena no sólo debería atenuarse sino excluirse por completo respecto de aquellos partícipes a los que no pudiera comunicarse en absoluto el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado, por tener dicho elemento un sentido exclusivamente personal²⁷. En este punto su propuesta también resulta plausible, ya que con ello está aludiendo a la imposibilidad de la intervención de *extranei* en *delitos especiales de deber*²⁸. Sin embargo, pese este importante reconocimiento –tan poco habitual en la doctrina–, PEÑARANDA termina negando a pie de página la existencia práctica de los *delitos especiales de deber*. En ese sentido, señala que «la existencia de elementos de carácter sólo (altamente) personal y que además *fundamenten* (y no meramente agraven) la punibilidad constituyen, en cualquier caso, a mi juicio, un fenómeno sumamente raro [...]. Lo inusual del fenómeno permite probablemente explicar que el art. 65.3 CP no se refiera en realidad a estas hipótesis»²⁹. Por el contrario, como inmediatamente analizaremos, el único campo de aplicación que PEÑARANDA estima razonable para el art. 65.3 CP se hallaría «allí donde las “condiciones, cualidades o relaciones personales” del autor tienen el carácter de circunstancias mixtas de fundamentación de la responsabilidad criminal, esto es, allí donde tienen, por expresarlo de forma un tanto paradójica, un carácter sólo “limitadamente personal”»³⁰. En este último sentido señala, citando a ROXIN entre otros autores, a los delitos contra la Administración Pública y otros delitos de funcionarios como paradigmas de este tipo de infracciones (allí ROXIN pone el ejemplo del particular que determina a un juez a que prevarique, provocando el dictado de un fallo injusto y, con ello, de un daño social notable). Sin embargo, el propio ROXIN entiende que el delito de prevaricación figura entre los delitos de infracción de un deber *altamente personal* [*höchstpersönlichen Pflichtdelikten*] y considera que este tipo de delitos constituirían uno de los tres grupos de casos que pertenecen a los *delitos de propia mano*; son, pues, un *subgrupo* de los *delitos de infracción de un deber* que pueden ser explicados,

especial dado que no le imponen a su titular ningún deber jurídico personal intensificado. Por eso, el § 28 StGB no resulta aplicable a los elementos de autoría funcionalmente objetivos.

²⁷ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1429.

²⁸ Así lo señala expresamente ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 147: «[...] dado que en los delitos especiales de deber no cabe hablar de intervención, el art. 65.3 no resultará aplicable a estos delitos. Y ello ya por el simple motivo de que en estos delitos no se da el supuesto necesario que requiere el art. 65.3: que existan inductores o cooperadores necesarios. En los delitos especiales de deber nunca puede haber tales forma (ni ninguna otra) de participación».

²⁹ Véase PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 1429-1430, nota nº 30.

³⁰ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1430.

en consecuencia, por los criterios que rigen para éstos³¹. Siendo así, quizás habría que concluir que al menos ciertos delitos de funcionarios formarían parte de ese fenómeno «sumamente raro», a saber, el de que en ellos se tipifican deberes altamente personales que sólo fundamentan el injusto. De este modo, podría PEÑARANDA sostener coherentemente que en este tipo de delitos no procede la atenuación, sino la impunidad de los partícipes debido a la incomunicabilidad de los elementos que fundamentan la responsabilidad del sujeto cualificado, por poseer éstos un carácter exclusivamente personal. En efecto, en los casos de prevaricación, por ejemplo, el *extraneus* no tendría ninguna participación en el desvalor de acción intensificado que respecto del juez radica en la deslealtad a la responsabilidad especial que le corresponde en el ejercicio de su oficio. En este sentido, un deber altamente personal, como el de *hacer justicia*, no parece que pueda transferirse o comunicarse; sólo el juez puede llevar a cabo un ejercicio abusivo de la Administración de Justicia, puesto que a él únicamente se le ha conferido, en persona, el ejercicio de esa función pública. Por tanto, el *extraneus* no puede intervenir en la lesión de ese deber especial³², sino a lo sumo cometer un delito distinto.

Por consiguiente, en este punto, el camino seguido por PEÑARANDA empieza a separarse del que aquí se transita. No obstante, la separación es mínima: PEÑARANDA reconoce la existencia –si bien como fenómeno excepcional– de *delitos especiales de deber* y, además –como aquí–, reconoce también que en ellos no cabría castigar al *extraneus* que participa, pues la lógica interna de tales delitos lo impediría. La discrepancia se reduce, pues, a la cuestión de la extensión de los *delitos especiales de deber*. Como se verá posteriormente, puede concederse a PEÑARANDA que, en efecto, los delitos especiales de deber son (y deben ser) una excepción en la Parte Especial, pues su fundamento material pivota sobre la base de la relación interna entre el

³¹ Así, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, § 25 III, nm. 304 y 306. No puede dejarse de señalar que ROXIN reconoce expresamente que la integración de la categoría de los delitos de propia mano en la de los consistentes en la infracción de un deber facilitaría despedirnos de la primera, cuyos casos restantes (delitos de medios de determinados y de derecho penal de autor) pasarían en el derecho vigente tan sólo como un residuo de concepciones jurídico-penales antiguas.

Sin perjuicio de ello, en honor a la verdad, la contradicción que se presente en PEÑARANDA podría atribuírsele en realidad al propio ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 27 IV, nm. 55, puesto que éste también sostiene que los elementos personales del injusto según los §§ 26 y 27 StGB son plenamente accesorios y que el § 28 StGB viene a relajar dicha accesoriedad, justificando la atenuación de la pena ya que el deber cualificado que recae en el autor convierte a los inductores o cómplice en menos merecedores de pena en comparación con los partícipes normales.

³² La norma que prohíbe la prevaricación se le dirige única y exclusivamente al juez, que es quien precisamente puede dictar una sentencia –justa o injusta–, y sólo éste posee esa posición de poder especial para ejercer la Administración de Justicia. En ese sentido, sólo quien puede administrar justicia puede hacer un uso abusivo de esa función. El injusto en estos casos radica en el incumplimiento del haz de deberes que define esa posición especial. El *extraneus* carece de ese poder y, por tanto, no puede abusar de algo que no posee; concretamente, no puede subrogarse en la posición del juez. Por esa razón, el *extraneus* no puede acceder normativamente a esa función ni lesionar la norma.

obligado positivo y la institución que le vincula. Sin embargo, a diferencia de lo que opina PEÑARANDA, su eventual presencia (*melior*: la presencia de la lesión del deber como fundamento material del injusto) debe ser tomada muy en cuenta a la hora de calificar un delito como *delito especial*, pues, como se ha afirmado, entre otros aspectos, esta calificación determina la impunidad del interviniente *extraneus*³³.

5. ¿Al rescate del art. 65.3 CP con la tesis de los “tipos subyacentes”?

1. Sostiene PEÑARANDA que «la “distancia” del partícipe con respecto al hecho constitutivo de un delito especial es la misma que en cualquier otro delito: aquél no ha cumplido los elementos del tipo correspondientes. Si al partícipe se le ha de imputar en un caso lo que él mismo no pudo hacer, también se le ha de imputar en el otro lo que de todos modos no hizo. El injusto de la participación es igual de derivado o de autónomo en ambos supuestos, y sólo así cabe explicar que esa participación sea en cualquier caso punible»³⁴. Esta afirmación contrasta con la tesis central de su trabajo, en virtud de la cual «el § 28 I StGB y el art. 65.3 CP vienen, así, a crear por debajo de los delitos especiales propios *una especie de “tipos básicos”*, a los que se puede referir plenamente la participación de terceros: las soluciones que en esos preceptos se establecen son, en efecto, en gran medida equivalentes a las que se darían si esos tipos se pudiesen redactar de un modo neutral respecto de las condiciones, cualidades o relaciones de los distintos intervinientes y se previera, a continuación, un marco penal más elevado para quien muestre el elemento personal de que se trate»³⁵. Y en el caso de los denominados *delitos especiales impropios*, «este precepto [el art. 65.3] viene a definir, por así decirlo, *una especie de “tipo intermedio”* al que referir la punición del extraño»³⁶. Analicemos, con detenimiento, ésta interesante construcción.

³³ Véase, en este punto, PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1430, nota n° 30: «El fenómeno no sería ya tan raro, si se viera el contenido de un abundante grupo de delitos en la pura infracción de un deber, respecto de la cual la participación no sería posible [...]. Yo no comparto sin embargo este punto de vista».

³⁴ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1428. La negrita no pertenece al original.

³⁵ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1450.

³⁶ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1450. Dado que la literalidad del art. 65.3 sólo se refiere a las «condiciones, cualidades o relaciones personales que *fundamentan* la culpabilidad del autor», no es posible en los casos de delitos especiales impropios aplicarlo directamente. Por ello PEÑARANDA aboga por su aplicación analógica en tales supuestos. Véase inmediatamente *infra* en el texto.

2. La propuesta de PEÑARANDA se apoya en el planteamiento de PUPPE³⁷. Esta autora sostiene que las posiciones especiales de deber de los delitos especiales son elementos típicos que deben tratarse de manera semiaccessoria, afirmando en estos casos la aplicabilidad del § 28 StGB (entiende también que el prototipo de estos delitos son los delitos contra la Administración Pública y otros delitos de funcionarios). En ese sentido, señala PEÑARANDA, describiendo el planteamiento de PUPPE, que «el abuso de las funciones públicas encomendadas que caracterizan a estos delitos incluye dos aspectos que, aunque están por lo demás indisolublemente unidos, podrían ser diferenciados a estos efectos. Por una parte se hallaría la dimensión del abuso de un poder especial, que facilita el acceso (a una mayor posibilidad de ataque) al bien jurídico: esta dimensión especial del injusto del hecho no habría de ser imputada sólo al autor que dispone personalmente de ese poder, sino también al extraño que aprovecha su presencia en aquél para su propio ataque al bien jurídico. Por otra parte, habría no obstante una diferencia entre ellos en la medida en que el *intraneus*, a causa de su especial posición de deber, tiene un motivo más que el *extraneus* para respetar la norma correspondiente: esta segunda dimensión contendría un componente altamente personal, encuadrable –a juicio de PUPPE– en el plano de la culpabilidad (como una causa de elevación de la misma), y no sería, por tanto, transmisible de forma accesoria al partícipe personalmente no cualificado»³⁸.

³⁷ Así, PUPPE, *AT*, t. II, 2005, § 43, nm. 19, entiende que «las posiciones especiales de deber tienen como elementos típicos un carácter específicamente doble. Al *intraneus* le ofrecen la posibilidad de acceder al bien jurídico protegido, posibilidad que el propio *extraneus* no tiene, pero al que puede acceder mediatamente como inductor o cómplice. Por tanto, no le sucede nada injusto si, conforme las reglas de la accesoria de la participación, se le imputa este elemento del injusto del abuso de poder. Al mismo tiempo, sin embargo, el delito especial contiene, de modo conceptualmente indisoluble al abuso de poder, la lesión de un deber altamente personal que sólo afecta al *intraneus*, que no puede transferirse al *extraneus*. La ley considera este doble carácter en el § 28 I imputándole al *extraneus* el elemento de autoría pero de forma atenuada. Los elementos personales especiales fundadores de la pena que conforme a esta disposición deben tratarse de manera semiaccessoria son precisamente [...] las posiciones de deberes personales de los delitos especiales»; también PUPPE, *NK-StGB*, 2ª ed., 2005, §§ 28/29, nm. 8, señala que «los elementos personales que fundamentan la pena son semiaccessorios, esto es, contienen elementos del injusto que están abiertos a la imputación del *extraneus*, pero, a la vez, contienen elementos personales de la culpabilidad a los que *extraneus* no puede acceder. Tales elementos semiaccessorios son las posiciones de deberes que fundamentan la punibilidad del autor. Por un lado, determinan el injusto del hecho que precisamente se basa en el aprovechamiento de esta posición de deberes; por otro lado, contienen de modo conceptualmente inseparable de lo anterior, un contenido adicional de desvalor por la infracción de tal posición de deberes. Según el § 266 el autor agrede de manera directa el patrimonio de la víctima, al que no puede acceder un *extraneus*, aprovechándose del poderío que le fue otorgado. El *extraneus* puede conseguir mediatamente, sin embargo, una participación en esta posibilidad de agresión induciendo al *intraneus* o, como cómplice, colaborando con éste. Esta utilización de la posición de poder ajeno debe imputársele como injusto co-causado por él. Sin embargo, no participa de ningún modo en el mismo deber jurídico ni en su lesión que para el obligado se encuentra directamente vinculada a la utilización de su posición de poder en perjuicio de quien se la otorgó».

³⁸ PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, p. 1430.

3. Así descrito, todo parece indicar que el planteamiento de PEÑARANDA y de PUPPE conduciría a transformar los *delitos especiales de deber* en una suerte de «*delitos de posición impropios*»: una figura delictiva a caballo entre los *delitos de posición* y los *delitos especiales impropios*. Con los primeros compartirían la característica de que cualquier sujeto de la mano del *intraneus* podría acceder a la posición desde la que normalmente se lesiona el bien jurídico. Con los segundos participarían en la producción de una suerte de ruptura del título de imputación: el *extraneus* sería castigado por el *injusto básico* ya que la rebaja de pena vendría a evitar la imputación de la circunstancia agravante personal que recae en el *intraneus*, aumentando su culpabilidad o su propio injusto.

4. Esta construcción es problemática. Por un lado, disuelve parcialmente la categoría de los delitos especiales de deber en la lógica de los *delitos especiales impropios* –una postura, por cierto, radicalmente opuesta a las tesis sostenidas por los partidarios de los delitos de infracción de un deber–. De esta manera, se pretende salvaguardar la intuición básica ampliamente compartida de que el injusto del *intraneus* es superior al del *extraneus*. Pero, por otro lado y simultáneamente, se reconducen a la lógica de las *posiciones* para poder apreciar un *injusto básico común*: éste quedaría constituido sólo con el hecho de que un *intraneus* obrara infringiendo su deber desde la posición de autor. Pese a que este pensamiento de la «accesoriedad-y-no-accesoriedad-a-la-vez» (lo que se ha denominado con mayor o menor fortuna *semiaccesoriedad*)³⁹ logra una posible justificación teórica de las palabras del texto de la ley, encierra algunos puntos oscuros desde la perspectiva dogmática. En efecto, no parece plausible afirmar que allí donde surgen problemas de articulación entre el principio de accesoriedad y el principio de la responsabilidad por el propio injusto éstos deban resolverse con el recurso a *un poco de cada cosa*. Y es que con esta postura se está dando por sentado algo que en sí no es obvio y que constituye el núcleo de la cuestión: que el hipotético injusto del *extraneus* es materialmente idéntico al que lleva a cabo el *intraneus*. Tesis como las de PEÑARANDA y PUPPE habrían de responder afirmativamente a esta cuestión, si bien reconocerían un injusto intensificado (cuantitativamente) en la conducta del *intraneus*. En cambio, desde el punto de vista que aquí se sostiene, la conducta del *extraneus* aparece como *cualitativamente* distinta de la del *intraneus*, razón por la cual debe apartársela de un hipotético injusto común y exigirse su tipificación expresa en la Parte Especial para ser considerada punible. Así, por insistir una vez más, el juez prevaricador infringe su deber de actuar con lealtad a las reglas de la justicia, pero si la conducta del particular que le induce a ello mereciera ser castigada sólo podría serlo de acuerdo con otras

³⁹ Así, PUPPE, *NK-StGB*, 2ª ed., 2005, §§ 28/29, nm. 9, indica que «la norma, de no abusar de una posición de poder vinculada a una posición de deber, se dirige tanto al *extraneus* como al *intraneus*, sólo que *extraneus* puede infringirla sirviéndose del *intraneus*. La diferencia entre ambos existe entonces en que el *intraneus* tiene todavía más razón de respetar esta norma que el *extraneus* porque el *intraneus* está sujeto a un deber especial. Esta descomposición de los elementos del deber especial en un elemento accesorio referido al bien jurídico y un elemento altamente personal no accesorio procede de Gallas (*ZStW*-88 [1976], 175, ya también contribuciones [1968], 130 [158 y s.] y Roxin se hizo eco de ella (*LK*, § 28, nm. 57; el mismo, *AT*, II, nm. 27 y 59)».

consideraciones, en concreto, por perturbar o intentar perturbar, *desde fuera*, el funcionamiento de la Administración de Justicia⁴⁰. Que no siempre que estamos ante un delito de funcionarios públicos se produce ese merecimiento de pena en el *extraneus* es algo que no debería sorprender: así, por ejemplo –y por no recurrir una vez más al delito de prevaricación⁴¹–, ¿debe ser castigado alguien distinto al funcionario público en un delito de denegación de auxilio a la Justicia (art. 412.1 CP)? ¿Cómo podría explicarse que un particular que instrumentalizara al funcionario no fuera considerado autor mediato del delito y sí, en cambio, inductor si sólo le influyera psíquicamente? ¿No es, pues, constitutiva y agotadora del círculo de intervinientes la conducta del/de los obligado/s por el deber de auxiliar a la Administración de Justicia? ¿Acaso es normativamente relevante *para este delito* la conducta de quien no se halla sujeto al deber? La respuesta a estos interrogantes pasa, una vez más, por reconocer la singularidad de ciertos delitos, los aquí llamados *delitos especiales de deber*, en los que se están tipificando conductas que no tienen que ver con las formas de relacionarse con los bienes jurídicos de los demás sino con el vínculo específico que se establece entre el funcionario y la Administración, como lo demuestra el que deba de admitirse un concurso de delitos en la persona del funcionario cuando, a consecuencia de la denegación, se produzca un ulterior resultado lesivo⁴².

5. Existe una ulterior consideración que pone de manifiesto el carácter problemático de la propuesta de PEÑARANDA. Si el § 28 StGB y el art. 65.3 CP «vienen, así, a crear por debajo de los delitos especiales propios *una especie de “tipos básicos”*, a los que se puede referir plenamente la participación de terceros», de ahí cabría deducir que sin estas habilitaciones legales el *extraneus* jamás podría ser castigado, porque precisamente faltaría entonces ese *injusto básico* en el que intervenir⁴³. En definitiva, PEÑARANDA podría estar utilizando el art. 65.3 CP «como una cláusula extraordinaria de

⁴⁰ Muy próximo, asumiendo expresamente esta tesis, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 68-69. Sobre los matices de la postura de SILVA SÁNCHEZ, véase *infra* apdo. 7.

⁴¹ Sostiene la impunidad del *extraneus* en el delito de prevaricación del art. 404 CP, CÓRDOBA RODA, «Comentario al artículo 404 del Código penal», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, 2004, pp. 1915-1917.

⁴² Cabe añadir que por tal resultado, por ejemplo, un delito contra la libertad, sí podría responder el particular. Como lo haría por un delito de detenciones ilegales cometido en autoría mediata el particular que instrumentalizando a un Juez, lograra que se dictara una sentencia condenatoria con pena de prisión a un inocente.

⁴³ Claramente lo reconoce así FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2008, Cap. 25, nm. 32, quien además señala de modo similar que «para incluir de manera adecuada semejante agresión al bien jurídico sin la posición de deber, la ley se sirve de la atenuación de la pena del § 28 I StGB. El atenuado marco penal del delito especial se aproxima al terreno de un delito común que protege el mismo bien jurídico, que no existe en la Parte Especial, porque si bien el *extraneus* puede lesionar los bienes jurídicos en cuestión en calidad de partícipe, no puede sin embargo hacerlo a título de autor».

merecimiento de pena de naturaleza general (esto es, en vez de exigir su previsión específica en la Parte Especial)»⁴⁴.

El propio PEÑARANDA reconoce el problema que podría suscitar la «metáfora» utilizada al aludir a «una especie de tipos básicos» o a «una especie de tipos intermedios», indicando que una lectura literal podría dar lugar a malentendidos. A pesar de ello, no prescinde de aquella y apela a la «inteligencia del lector» para evitarlos. No obstante, resulta difícil escapar de la literalidad de la «metáfora»⁴⁵.

En efecto, si el art. 65.3 CP viniera a crear un *tipo básico* al que referir la participación de *extranei* en delitos especiales propios, ¿qué sucedía con éstos antes de la introducción del art. 65.3 CP en el año 2003?, ¿y qué suerte correrían si fuera derogado?⁴⁶ La respuesta lógica desde un planteamiento que lo conciba como una cláusula de merecimiento de pena es que sin el art. 65.3 CP deberían quedar impunes. De no existir el mencionado *tipo subyacente*, no habría nada en lo que los *extranei* pudieran participar, pues, en realidad, el único tipo existente sería el que realiza el obligado especial (el caracterizado por la no-accesoriedad). Si PEÑARANDA admitiera este extremo, el ámbito de la discusión se habría reducido considerablemente, a saber, al de si es razonable y legítimo que el legislador introduzca cláusulas extraordinarias de merecimiento de pena en la Parte General, al estilo del art. 65.3 CP (o, en su terminología, creara allí *tipos subyacentes*). Esta no es sólo una cuestión de mera técnica legislativa. Por un lado, este tipo de cláusulas constitutivas de la responsabilidad en la Parte General se dan de bruces con el principio de legalidad. Se trataría de una habilitación legal al juez para que, siempre que estimara que un *extraneus* merece pena, pudiera constituir su responsabilidad en virtud, no del tipo de la Parte Especial, sino por vía del art. 65.3 CP: un macrotipo monstruoso que no contiene elemento indicativo alguno de la lesividad de las conductas en él incluidas, ni referencia a bienes protegidos, ni se conecta con principios axiológicos o interpretativos de los que derivar una mínima contención material. Las posibilidades de orientación del ciudadano sobre lo prohibido y lo permitido son, entonces, prácticamente inexistentes. En realidad, en segundo lugar, en *tipos* como este la tipicidad material de la conducta no importa, sino que se presume formalmente el desvalor de toda conducta conectada a la de un *intraneus*, constituyendo un delito autónomo previsto en la Parte General: *el delito de participar en delitos de obligados especiales*⁴⁷. Por este motivo, aquí se sostiene un punto de vista menos perturbador: cuando el legislador considere que existen razones en cada una de las figuras delictivas de la Parte Especial que contienen *delitos especiales de deber* para

⁴⁴ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 151. Sobre el carácter constitutivo de esta cláusula, véase RIGGI, *Revista de Derecho Penal*, 2005, p. 34.

⁴⁵ *Nihil est in intellectu quod prius non sit in sensu!*

⁴⁶ Como preveía el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2007.

⁴⁷ En el que se observaría con claridad lo improcedente que sería entonces hablar de *intervención* del *extraneus* en algo. Más bien se trataría de una infracción propia –a título de autor– de una norma de conducta independiente. Véase, sobre las dos formas de concebir el fenómeno de la participación, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 143 y ss.

estimar la conducta de los *extranei* que intervengan como constitutiva de un hecho merecedor de pena, así deberá indicarlo expresamente, describiendo con la mayor precisión posible la conducta lesiva. Esta opción, a diferencia de la tradición alemana reflejada en el *StGB*⁴⁸, ha sido ya seguida en numerosas ocasiones por el legislador español. Así, por ejemplo, en los delitos de nombramientos ilegales, donde se castiga al particular que acepta la propuesta, nombramiento o toma de posesión sabiendo que carece de los requisitos legalmente establecidos (art. 406 CP); los delitos de infidelidad en la custodia de documentos y de violación de secretos, donde el art. 414 CP castiga al particular que destruya o inutilice los medios puestos para impedir el acceso a documentos; el delito del art. 418 CP, en el que se castiga al particular que aproveche para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad; y, en fin, los delitos de tráfico de influencias, en los que se castiga al particular que influya en un funcionario público para conseguir una resolución que pueda favorecer económicamente a alguien (art. 429 CP)⁴⁹. Y, con carácter general, la inducción por parte de un *extraneus* a un funcionario a cometer un delito atenta al buen funcionamiento de la Administración Pública o de Justicia en la medida en que corrompa o intente corromper al funcionario público. Para castigar tales conductas ya contamos con el delito de cohecho («corromper» o «intentar corromper»! a los funcionarios) del art. 423 CP⁵⁰.

6. Con todo, si PEÑARANDA no admitiera el carácter de «cláusula constitutiva de merecimiento de pena» del art. 65.3 CP, y su propuesta de los *tipos subyacentes* significara que en ciertos tipos de la Parte Especial, en realidad, no se prevé un solo tipo delictivo, sino dos, uno para el obligado especial y otro para el no obligado (además del común en los *delitos especiales propios*), surgiría entonces la necesidad de justificar tales tipos. Ciertamente, la naturaleza de los *tipos subyacentes* sería de carácter estrictamente dogmático, constituyendo algo así como una ficción teórica necesaria para poder articular correctamente la responsabilidad de intervinientes *extraneus* e *intraneus* en un mismo hecho. Nada se opone a ello. Ahora bien, lo que ya no resulta fácil de justificar en este sugerente planteamiento es que la conducta del *intraneus* pueda *siempre disecionarse en dos partes*, esto es, pueda servir, por un lado, para constituir su injusto cualificado (en el que no se puede intervenir) y, por el otro, para constituir el injusto «base» (en los *delitos especiales propios*) o «intermedio» (en los *especiales impropios*) al que referir la intervención del *extraneus*. La ficción dogmática (o «metáfora») requiere de una explicación suficiente. Y no lo es la que *por principio* asume que cuando un obligado especial actúa cumpliendo los requisitos de un tipo, actúa a la vez creando de la nada los presupuestos para que el que no los cumple sea castigado. Parece, más bien, que en interés de una solución dogmática al problema, se le hace

⁴⁸ En los §§ 331 y ss. (*“Staftaten im Amt”*).

⁴⁹ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 141

⁵⁰ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 140. Además, sobre ello, ya antes, véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 243.

expresar al obligado especial algo que en realidad no se deriva de la naturaleza del delito que comete. Ello se observa con claridad cuando, en los aquí denominados *delitos especiales de deber*, esto es, aquellos delitos en los que el injusto viene definido por la lesión de un deber específico (tipificado) entre el obligado y la institución a la que sirve, se indaga sobre la posibilidad de identificar una lesividad distinta a la de la propia lesión de aquel deber. La respuesta, en tales delitos, es negativa. ¿Dónde radica esa lesividad de la conducta del juez prevaricador más allá de la derivada de la lesión del deber especial que recae sobre él? Si la respuesta ha de ser «en la lesión de la Administración de Justicia», entonces deberá reconocerse que esa lesión tiene un contenido *cualitativamente* distinto en la conducta del obligado que en la del *extraneus*. Mientras el primero delinque porque está sujeto a ciertas normas de conducta con relevancia institucional en el ejercicio de su profesión, el segundo lo hace en la medida en que se contemple a la Administración de Justicia como un bien jurídico en sí mismo, merecedor a su vez de protección penal. Ello nos lleva, una vez más, a preferir una tipificación expresa de las modalidades de conducta que lesionan esos bienes jurídicos *desde fuera*, esto es, las que expresan, no un quebrantamiento de las normas de funcionamiento propias de la institución, sino una instrumentalización de ese funcionamiento con relevancia lesiva para terceros⁵¹. Por supuesto que todo ello, en el planteamiento de PEÑARANDA, requeriría el reconocimiento de la existencia de *delitos especiales de deber*, en el sentido ya expresado anteriormente.

También a los denominados *delitos especiales impropios* subyacerían tipos, en este caso, intermedios, por hallarse a caballo entre el común-común y el especial-especial (bloqueado a la accesoriedad). Pues bien, ello de nuevo implica la petición de principio en virtud de la cual el obligado, al cometer el delito, no sólo estaría cometiendo el delito base agravado por su condición personal, sino que, además, su conducta se correspondería con una imaginaria figura delictiva común-especial que sería en la que el *extraneus* volcaría su participación. Ese *tipo intermedio* ideal sería –en el planteamiento de PEÑARANDA– más grave que el tipo común-común (no aplicable a nadie de los que intervienen), pero menos grave que el especial-especial (aplicable sólo al *intraneus*). Sin embargo, ¿qué es lo que le otorga esa mayor gravedad? ¿Puede ser algo distinto a la comisión desde la posición cualificada que también agrava la conducta del *intraneus*? A lo que habría que añadir: ¿qué es lo que le otorga, a su vez, aquella menor gravedad? ¿Acaso, si realmente es del todo ajeno a la posición del *intraneus*, no debería aplicarse sencillamente el tipo común? La configuración de un *tipo intermedio subyacente* en delitos donde el legislador ha previsto un marco penal común para sujetos no obligados implica una agravación de su responsabilidad que no se corresponde con las razones que llevan a considerar más grave el injusto del *intraneus*. Y, además, constituye un privilegio altamente cuestionable si se quiere otorgar

⁵¹ En este sentido, ya ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 243; véase también ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 155.

relevancia al hecho de que al *extraneus* le afecta *objetivamente* el desvalor de lo que realiza el *intraneus*.

Por ello, menos problemática resulta la tesis de que si existe algo así como un *tipo penal subyacente* al que referir la intervención, aquél afecta tanto a *extraneus* como a *intraneus*, sólo que, para la constitución de la tipicidad, es necesario que se aporte la posición especial requerida en el tipo que otorga relevancia penal al hecho (*delito de posición*).

A lo que habría que añadir que lo hace en igual medida, si bien puede tenerse en cuenta, en cuanto a la graduación de la responsabilidad, la aportación a la configuración del hecho como de autoría o de participación. Si, además, tuviera que considerarse algún otro factor atenuante o agravante, debería hacerse dentro del correspondiente marco de cada interviniente.

6. *Cómo convertir en inocuo el extraño art. 65.3 CP*

Existe una posibilidad interpretativa del art. 65.3 CP que lo armoniza con la teoría de la intervención en el delito: la que lo inocuiza convirtiéndolo en superfluo. Una argumentación similar ya fue expuesta por ROBLES PLANAS en *Garantes y cómplices*. Ahora se trata de volverla a formular como alternativa a la inteligente construcción de PEÑARANDA. La idea básica es que para poder resultar aplicable el nuevo art. 65.3 CP primero es necesario poder afirmar la intervención en el delito, esto es, poder establecer que el círculo de sujetos en cuestión ha contribuido, cada uno en alguna medida, a configurar el injusto y tales conductas se hallan comprendidas en las normas de conducta que el tipo de la Parte Especial sanciona. Con otras palabras, no debe tratarse de un *delito especial de deber*, pues en ellos, según lo afirmado, no cabe participar, de manera que no es posible hablar propiamente de cooperadores necesarios o inductores a tales hechos. Por tanto, tan sólo en aquellos delitos en los que es posible constituir una relación de intervención entre los sujetos podría desplegar algún efecto el art. 65.3 CP. Estamos, pues, en el ámbito de los *delitos de posición*. Naturalmente, en estos delitos es posible que sobre el *autor* (pero también sobre otros sujetos) recaigan circunstancias personales que puedan agravar su injusto. Ello siempre se ha podido tener en cuenta en el ámbito de la determinación de la pena. Puede interpretarse entonces que el legislador sólo ha querido llamar la atención sobre la posibilidad de otorgar relevancia, en los delitos donde sí cabe la intervención, al hecho de que existan circunstancias personales que fundamentan un mayor reproche y hacerlo única y exclusivamente en quienes concurren aquéllas. Como se ha afirmado, éstos pueden ser tanto *autores* como *partícipes*. Ahora bien, ¿cómo tener en cuenta este aspecto?

En realidad, los delitos de posición permiten incorporar al ámbito de la determinación de la pena de los diversos intervinientes las circunstancias que convierten más grave la conducta de unos en relación con la de los otros. Recuérdese que la constatación de la posición (necesaria para la constitución del tipo) es independiente de la calificación de

la aportación como de autoría, razón por la cual, por ejemplo, un *no deudor tributario* puede ser *autor mediato* del delito fiscal. Pues bien, el art. 65.3 CP sólo estaría recordando que también en los delitos de posición el juez dispone desde el marco penal previsto para la complicidad en los términos del art. 63 CP hasta el tope máximo del marco previsto en la Parte Especial. A la hora de concretar la valoración de la aportación de cada interviniente al hecho (esto es, de calificar la conducta como de autoría o participación en sentido legal), deberá tener en cuenta –como siempre, por otra parte– todas las circunstancias que singularizan la conducta, especialmente –y sobre eso es sobre lo que se está llamando la atención– el que a un interviniente le afecte una cualificación que la convierta en más grave. Entonces, pese a que el hecho haya quedado configurado por todos, la imposición de la pena prevista en el marco de la Parte Especial (en términos más tradicionales, la calificación de *autoría*) también dependerá de la concurrencia de aquella circunstancia. Dicho de otra manera, en la determinación de la pena en los delitos de posición debe estarse *también* a todas las circunstancias normativamente relevantes para asignar a la conducta el marco penal de la Parte Especial o el inferior en un grado.

Así, por ejemplo, entendiendo que el delito fiscal es un delito de posición, sucederá normalmente que la conducta del obligado tributario se valorará más gravemente que la de otro sujeto, por lo que a *ese otro* le corresponderá la pena inferior en un grado. Esta misma conclusión puede alcanzarse sin necesidad del art. 65.3, máxime si se adopta un punto de vista como el que aquí se sostiene sobre la calificación de autoría y participación como formas de graduación –no constitutivas– de la intervención de cada sujeto en un mismo hecho.

Lo anterior implica que no debe operar la doble rebaja penológica en el caso de los cómplices (la que resultaría de la aplicación de los arts. 65.3 y 63 CP), pues la valoración de la conducta de intervención como de menor importancia ya comporta tener en cuenta la proporcionalidad exigida por la ley en relación con las figuras *legales* de autoría. Por consiguiente, la referencia del art. 65.3 CP a los inductores y cooperadores necesarios debe entenderse como mero recordatorio de la necesidad de graduar la responsabilidad en las formas de intervención que sean de menor importancia también en los *delitos especiales* (aquí llamados *delitos de posición*). Aquellas que fenomenológicamente aparezcan como de *autoría legal* (esto es, inducción o cooperación necesaria), deben ser finalmente calificadas como de *complicidad* si, tras la valoración de todas las circunstancias que determinan la relevancia de las aportaciones, debe llegarse a la conclusión de que aquéllas presentan una menor intensidad⁵².

⁵² En este concreto aspecto de la no procedencia de la doble rebaja en el interviniente cuya aportación llegue a ser calificada de complicidad se ha modificado la postura sostenida por ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 154. En Alemania, algunos autores, pese a operar desde un contexto de fundamentación distinto del que aquí se adopta, han advertido correctamente que «si la ausencia de una cualidad personal especial conduce a valorar al interviniente sólo como cómplice», entonces no procede la doble atenuación (así, entre otros,

Ciertamente, hacer afirmar al art. 65.3 CP que «todo interviniente puede ser considerado cómplice cuando su aportación sea de menor relevancia que la del autor», no es hacerle afirmar demasiado. Pero ello tiene dos ventajas importantes. La primera, que cierra definitivamente una discusión en España que en Alemania se ha mostrado estéril a lo largo de varias décadas, convirtiendo en inocuo el desafortunado pronunciamiento del legislador en esta materia. La segunda y más importante es que no rompe con los principios que rigen la teoría de la intervención en el delito, al menos no con los del *sistema* que aquí se acoge.

7. Una consideración final

SILVA SÁNCHEZ ha presentado una vía para replantear globalmente la intervención en delitos especiales que presenta similitudes con el planteamiento de PEÑARANDA y con el que aquí se defiende. Esa vía parte de la distinción entre “dominio” e “infracción de deber” como magnitudes necesariamente separadas en el análisis de la responsabilidad de los intervinientes. Mientras en los delitos de dominio rigen las reglas generales de la accesoriedad, esto es, cabe la posibilidad de una “organización conjunta del hecho”, reconoce SILVA, sin embargo, siguiendo la propuesta de ROBLES PLANAS, que en la “infracción de un deber” no es posible participar: «en efecto, en un delito de pura infracción de deber no tiene sentido plantear la cuestión de la participación así entendida. Como se ha indicado, la intervención supuestamente “accesoria” del *extraneus* en realidad no sería expresión de una auténtica accesoriedad, sino sencillamente de la infracción propia de un deber general (negativo) de abstenerse de perturbar la institución positiva que subyace al deber específico del *intraneus*; un deber cuya intensidad quedaría pendiente de determinar. En tal caso, más bien habría que hablar de intervenciones paralelas o convergentes y no de intervención conjunta»⁵³. Ahora bien, lo sugerente en el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ es la posibilidad de hallar delitos en los que ambas lógicas se mezclarían. Así, existirían “delitos de infracción de un deber, con componentes de dominio”. Con sus palabras: «las consideraciones de accesoriedad, entendida ésta como expresión de organización conjunta, adquieren pleno sentido en el caso de que ciertos delitos de infracción de deber tengan, además, algún componente de dominio. Pues en ese caso, el *extraneus*, además de infringir ese deber general al que se acaba de hacer alusión, contribuye efectivamente al dominio del *intraneus*. Esa contribución es precisamente la que permitiría fundamentar su sanción directamente a partir del hecho del *intraneus*, aunque desde luego no por el propio marco típico por el que se sanciona al referido *intraneus*»⁵⁴. A partir de estas afirmaciones *podría* interpretarse que SILVA SÁNCHEZ y

véase SCHÜNEMANN, «Comentario al § 28», en AA.VV., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, t. I, 12ª ed., 2006, nm. 83, con ulteriores referencias).

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 69.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 69-70.

PEÑARANDA están pensando en lo mismo: la existencia de tipos subyacentes al tipo de injusto del *intraneus*.

Al respecto, debe precisarse lo siguiente. Por un lado, hay que insistir una vez más en que, en efecto, la organización sin poseer el deber que justifica el tipo es inocua. Por ello, un no obligado, por mucho que lleve a cabo una organización decisiva del hecho (o lo que es lo mismo: por mucho que domine el hecho), no realiza una conducta típica. El tipo no codifica “organizaciones del mundo”, sino infracciones de deberes. Aquellas son, por expresarlo gráficamente, “conductas neutrales” a los efectos del delito especial de deber⁵⁵. Parece claro pues, también en el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, que ese «deber general negativo de abstenerse de perturbar la institución positiva» al que alude no surge del tipo, sino que habría que tipificarlo expresamente para poder castigar al *extraneus* con la pena prevista en la Parte Especial. Siendo así, la postura de SILVA SÁNCHEZ se reduce a entender que la participación del *extraneus* se refiere exclusivamente al componente de dominio de un “tipo mixto”. Ahora bien, este planteamiento se identifica prácticamente con la categoría de los delitos de posición, pues existe un aspecto común (la organización o dominio) que vincula a ambos sujetos. Y al igual que en los delitos de posición, se requiere la presencia del obligado por el deber para la constitución del tipo. Las diferencias estriban, por un lado, en que en el planteamiento de SILVA es necesario que concurra la infracción del deber del *intraneus* junto con su “dominio del hecho” para poder castigar a cualquiera (pues sin su actuación como autor no se constituirá el injusto común). En cambio, en los delitos de posición, basta con que se aporte la posición para constituir el tipo y, sólo después, debe decidirse sobre la calificación de la contribución de cada interviniente. Y, por el otro, que en los “delitos mixtos” a los que refiere SILVA SÁNCHEZ nunca puede castigarse al *extraneus* como autor. Ello, como es sabido, genera importantes lagunas de punibilidad. Tales lagunas no se dan, en cambio, con la teoría de los delitos de posición, puesto que es posible castigar como autor mediato al *extraneus* o como autor directo en los casos de usurpación de la posición⁵⁶. Con ello, queda en todo caso claro que la postura de SILVA SÁNCHEZ se aparta de la de PEÑARANDA, en la medida en que entiende que el elemento de organización es un componente del tipo que se suma a la infracción del deber (el otro componente que termina de configurar el “tipo mixto”) y no constituye un “tipo subyacente”.

Abundando en lo ya afirmado en el apartado anterior, desde la lógica de los delitos de posición puede tenerse en cuenta la concurrencia de factores que agravan la responsabilidad de un interviniente. Partiendo necesariamente de la óptica de los delitos de organización o dominio (delitos de posición)⁵⁷, una vez afirmada la

⁵⁵ Esta apreciación abre las puertas para la solución del controvertido caso del “instrumento doloso no cualificado”, véase, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 138-139.

⁵⁶ Véase *supra* nota nº 25.

⁵⁷ Pues desde la propia lógica de los delitos de infracción de un deber ello es una aporía.

organización conjunta del hecho, sería posible tener en cuenta la responsabilidad incrementada de ciertos intervinientes. Ello no se llevaría a cabo mediante la rebaja penológica del art. 65.3 CP, pues ésta no resultaría aplicable al tratarse de un delito de posición (¡todos son *intraneus!*), sino mediante su consideración como de autoría. Los otros intervinientes (incluyendo a los inductores y cooperadores necesarios), deberán recibir una pena inferior mediante su consideración como cómplices. Todo ello, naturalmente, presupuesto el dato de que la consideración del componente organizativo unido a la infracción del deber por parte de uno de los intervinientes dé como resultado una configuración del hecho de mayor relevancia que la del resto.

* * *

No cabe duda de que tanto la pretensión de clarificación de este siempre controvertido recoveco de la teoría del delito como la de su solución a la luz de un planteamiento dogmático sólido se hallan realizadas en las propuestas del fecundo trabajo de PEÑARANDA que aquí hemos tratado. Es algo conocido que la riqueza de planteamientos dogmáticos y el diálogo científico son tenidos por algunos como una complejidad innecesaria. Frente a ello, cabe oponer la convicción de que sólo mediante esos dos instrumentos es posible avanzar en el desarrollo y fortalecimiento de la teoría del delito como el arma del penalista que le permite buscar la racionalidad entre los necesariamente angostos y frecuentemente falibles vocablos de la ley. En cualquier caso, si algo bueno tuviera que desearse a la Parte General de nuestro Código penal es que quedara al margen de manipulaciones legislativas durante mucho tiempo y que disposiciones como la analizada volvieran al lugar que nunca debieron abandonar: el del debate dogmático⁵⁸.

8. Bibliografía

ALCÁCER GIRAÓ, Rafael, *“Actio libera in causa” dolosa e imprudente*, Barcelona (Atelier) 2004.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires (Marcial Pons) 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio», *Actualidad Penal*, 1995, p. 95 y ss.

CÓRDOBA RODA, Juan, «Comentario al artículo 404 del Código penal», en CÓRDOBA RODA, Juan/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, t. II, Madrid/Barcelona (Marcial Pons) 2004, pp. 1915-1917.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid (Reus) 2007.

⁵⁸ En ese sentido, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 153.

FRISTER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Munich (C. H. Beck) 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Lima (ARA Editores) 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Barcelona (Bosch) 1999.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Montevideo/Buenos Aires (B de F) 2006.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «La actuación por otro y la participación de *extranei* en delitos especiales. Un estudio sistemático de los arts. 31.1 y 65.3 CP», en CARBONELL MATEU, Juan Carlos/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/MORILLAS CUEVA, Lorenzo/ORTS BERENGUER, Enrique/QUINTANAR DÍEZ, Manuel (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid (Dynkinson) 2005, p. 421 y ss.

GRACIA MARTÍN, Luís, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, Zaragoza (Prensas Universitarias de Zaragoza) 1986.

JAKOBS, Günther, «Prólogo», en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid/Barcelona (Marcial Pons) 2002.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe*, 2ª ed., Berlín/Nueva York (Walter de Gruyter) 1993, reimpresión de la edición original de 1991.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, «Comunicabilidad de las circunstancias y atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio», *Revista General de Derecho Penal* (5), 2006.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B., «La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y de 24 de junio de 1994)», *Actualidad Penal*, 1996, p. 19 y ss.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona (Reppertor) 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Valencia (Tirant Lo Blanch) 2007.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber», en GARCÍA VALDES, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁECER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (coords.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid (Edisofer) 2008, p. 1419 y ss.

PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung. Band II*, Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 2005.

PUPPE, Ingeborg, «Comentario al § 28», en KINHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfried/PAEFFGEN, Hans-Ullrich (dirs.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Band I*, 2ª ed., Baden-Baden (Nomos Verlagsgesellschaft) 2005.

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

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid/Barcelona (Marcial Pons) 2003.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, Barcelona (Atelier) 2007.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Munich (C. H. Beck) 2003.

RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, «Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública», *Revista de Derecho Penal y Criminología* (8), 2001, p. 127 y ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid/Barcelona (Marcial Pons) 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Comentario al § 14», en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Band I*, 12ª ed., Berlín (De Gruyter Recht) 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd, «Comentario al § 28», en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar. Band I*, 12ª ed., Berlín (De Gruyter Recht) 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlín/Nueva York (Verlag de Gruyter) 2001, p. 641 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima (Grijley) 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona (Atelier) 2005.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (Análisis del art. 65.3 del Código Penal)», en CARBONELL

MATEU, Juan Carlos/DEL ROSAL BLASCO, Bernardo/MORILLAS CUEVA, Lorenzo/ORTS BERENGUER, Enrique/QUINTANAR DÍEZ, Manuel (coords.), *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid (Dykinson) 2005, p. 965 y ss.