

# ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN (PECULADO) CON EL RESTO DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN DERECHO PENAL ESPAÑOL. EL DEBATE ACTUAL SOBRE LOS DELITOS ESPECIALES

*Some common elements of embezzlement (peculation) offences with other offences against public administration in spanish criminal law. The current debate on special offences*

CARLOS MIR PUIG\*

Recibido: 22.JUN.2025

Aprobado: 11.AGO.2025

**SUMARIO:** 1. Bien jurídico categorial. 2. Sujeto activo. El debate actual de los delitos especiales. ¿Delitos especiales propios e impropios? atenuación facultativa del artículo 65.3 del Código Penal español. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN:

En este trabajo se examinan algunos elementos comunes del delito de malversación del patrimonio público con el resto de delitos contra la Administración Pública, a los que pertenece: en concreto, en primer lugar, el *bien jurídico categorial* que es el correcto funcionamiento de la función pública en su vertiente objetiva de servicio público. de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses constitucionales (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 CE); y en segundo lugar, la *especialidad* del sujeto activo, funcionario público o autoridad a *efectos penales* (art. 24, 427, 431 y 435bis CPE). Se efectúa un examen de *los delitos especiales* y del debate existente actualmente sobre los mismos en la moderna doctrina española y su diferenciación con los delitos comunes, así como la existencia de distintos delitos especiales: en sentido estricto (o delitos de infracción de deber), caso de los delitos de funcionarios, y en sentido *amplio* (delitos de posición), como el delito de administración desleal, alzamiento de bienes, del delito urbanístico, el delito fiscal, etc. Así mismo, un sector doctrinal importante

\* Doctor en Derecho. Profesor senior en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España). Correo: carlos.mir@upf.edu. Portal Web: <https://www.carlosmirpuig.com/>. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4084-7690>.

aboga por el abandono de la distinción entre delitos especiales propios e impropios por constituir una *distinción meramente formalista*, que la existencia o no de un delito común paralelo o subyacente nada quita o aporta al *contenido del injusto* de un delito especial y que en términos de contenido de injusto no existe *diferencia* alguna entre los delitos propios e impropios, debiéndose distinguir sólo entre dos tipos de delitos especiales: a) los delitos especiales *aparentemente* especiales, llamados delitos de posición (en ellos no tiene sentido la atenuación de la pena del *extraneus* respecto de la del *intraneus*; y b) los delitos de deber, delitos de los funcionarios, (en que el *extraneus* debe ser castigado con una pena atenuada -art. 65.3 CPE-, por no poder infringir el deber del funcionario). Así se quiere poner de relieve que la *incorrección*, que supone la distinción entre delitos especiales propios e impropios, sirva de base para tratar de forma diferenciada entre los casos de participación de *extranei* en una y otra clase de delitos especiales. De este modo, el *extraneus* que participa en un delito de malversación del patrimonio público no puede ser castigado por el delito paralelo o subyacente (hurto o apropiación indebida), sino sólo como partícipe del delito del *intraneus* (del delito de malversación), pero con una atenuación de la pena.

**PALABRAS CLAVE:** Delitos contra la administración pública, bien jurídico categorial, servicio público, delitos comunes y especiales, delito de malversación del patrimonio público, participación del *extraneus*, el *intraneus*, la atenuación de la pena.

#### **ABSTRACT:**

In this work we talk about the protected legal right in offences against public bodies and in embezzlement of public funds. Also, we talk about the special offences and ordinary offences, about the subject of the offence and about the new points of view with regard to the special offences. The difference between the special offences: offences of position and offences of duty, as a new classification of special offences. The mitigation of sentence (art. 65.3 spanish criminal code).

**KEYWORDS:** Offences against public bodies, legal right, public service, ordinary offence and special offence, participation of *extraneus*, the *intraneus*, the mitigation of sentence.

## **1. BIEN JURÍDICO CATEGORIAL**

Existe acuerdo, según la doctrina mayoritaria, de que los delitos contra la Administración Pública afectan a la *administración pública*, no en sentido subjetivo de “institución”, sino en el sentido objetivo de “**función pública**”, de “**servicio público**”, en la relación existente, no entre el funcionario y la Administración, “*aspecto interno*”, sino en la relación administración-ciudadano, “*aspecto externo*”. Ello vendría corroborado por el cambio de nomenclatura del Título del Libro II del Código Penal del 95, que ahora es el XIX, que se llama “Delitos contra la Administración Pública”, a diferencia del Código Penal anterior de 1973, que era el Título VII,

llamado “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. El bien jurídico protegido con carácter general en dichos delitos se dice que es “**el correcto funcionamiento de la Administración pública**, de acuerdo con su *función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales* (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 CE) con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (SSTS 959/2005, de 18 de julio, 155/1997, 7 de febrero, 84/1996 de 5 de febrero, 593/1995, de 29 de abril, entre muchas otras). La protección de la función pública se extiende, como se ha dicho, a su vertiente **objetiva, de función pública o servicio público** (aspecto **externo o social** de la relación Administración-ciudadano), aunque en algunos delitos (los delitos de los arts. 405, 406, 419, 411 y posiblemente 438 bis) se protege de una manera *directa* e inmediata el aspecto **interno, estatal o de organización** de la Administración, de la relación “Administración-funcionario público” (que es lo propio de las infracciones administrativas de carácter disciplinario), si bien *indirectamente* no se deja de proteger el aspecto *externo*, de *función pública o servicio público*. Así se desplazan la **infracción del deber de cargo**<sup>1</sup>, entendida como infracción *del deber de fidelidad* del funcionario público respecto del Estado (pues la infidelidad del funcionario frente al Estado pertenece a la esfera del Derecho administrativo disciplinario o sancionador) y la **dignidad o prestigio**<sup>2</sup> de la administración, **de la protección penal**, y se reconoce como único interés merecedor de tutela penal

- 1 La teoría de la infracción del deber de cargo se ha postulado por la doctrina mayoritaria alemana durante mucho tiempo como bien jurídico de los delitos de los funcionarios públicos, en el aspecto subjetivo de *deslealtad del funcionario* respecto de la Administración (relación funcionario público-Administración). Así nos remitimos a autores como MEZGER, WELZEL, etc. Sin embargo, es lo cierto que, con tal criterio, no puede distinguirse el ilícito administrativo del ilícito penal, aparte de que tiene una connotación autoritaria. Posteriormente se ha ido produciendo un cambio ostensible en el *significado* de esta relación funcionario-Administración, al introducirse junto a la infracción del deber de cargo, la incriminación de valores como el correcto funcionamiento de la Administración Pública (DREHER), basados en los principios constitucionales de servir con objetividad *los intereses generales*, bajo los principios de imparcialidad, eficacia, con sumisión a la ley y al derecho. En nuestro país, han sido decisivos, para la superación de la teoría de la infracción del deber de cargo autores como OCTAVIO DE TOLEDO (“*La prevaricación del funcionario público*”, Ed. Civitas, 1979), MORILLAS CUEVA, L / PORTILLA CONTRERAS, G. (“*Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias*” en Comentarios a la legislación penal, dirigida por COBO DEL ROSAL, M., Ed. Revista de derecho Privado R. XVI, p. 173-204), GARCÍA ARÁN, M. “*La prevaricación judicial*”, ed. Tecnos, Madrid, 1990; ASÚA BATARRITA, A. “*La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales. Criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*”, en Delitos contra la Administración Pública, IVAP, 1997, p. 13 a 55., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X. “*Malversación de caudales públicos*”, en Delitos contra la Administración Pública, IVAP, 1997, p. 179 y ss., etc.
- 2 El prestigio de la administración es un mero *efecto* del correcto funcionamiento de la Administración Pública y, por ello, no puede erigirse en bien jurídico de los delitos de los funcionarios.

la actividad pública, los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos, en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. Además del bien jurídico *general* de todos los delitos contra la Administración Pública, en los distintos grupos de delitos se protegen bienes jurídicos más *específicos*. Así, podemos afirmar que el bien jurídico del delito de prevaricación es “el principio de legalidad”, el de los delitos de cohecho, es “el desempeño objetivo e imparcial y no venal de la función pública”, el de los delitos de tráfico de influencias, “el principio de imparcialidad” de la actuación administrativa, etc. Respecto de los delitos de malversación se examinarán con todo detenimiento las distintas posturas doctrinales sobre el bien jurídico protegido en dichos delitos a lo largo de esta obra.

La función pública puede ser afectada **desde dentro** por las autoridades o funcionarios públicos (el art. 24 ofrece una pauta interpretativa del concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales, como también más *específicamente* los arts. 427, 431 y 435 bis CP), pero también puede ser atacada **desde fuera** por *los particulares*.<sup>3</sup> Así ocurre, por ejemplo, en el caso del delito de cohecho activo propio del art. 424 CP, que castiga *al particular* con las mismas penas, en sus respectivos casos, de prisión y multa que la autoridad o funcionario público o persona corrompida, o en el caso del delito de tráfico de influencias, los particulares del art. 429 o 430 CP (también en los arts. 414.2, 416, 418, 436 y 440). En otros casos es el propio Código quien *extiende* sus disposiciones de manera específica a determinadas personas, como es el caso de los delitos de malversación impropia del art. 435 del CP, del delito de cohecho (art.423).

Debe decirse que no todos los delitos de funcionarios se encuentran contenidos en el Título XIX, sino que hay delitos de funcionarios tipificados en otros lugares del CP (así algunos de los contenidos en el Título XX, delitos contra la Administración de Justicia, como los arts. 446 a 449 CP; y algunos de los contenidos en el Título XVIII, delitos de falsedades, como los arts. 390, 391, 394, 398, etc.; los arts. 482, 483, 499, 500, 501, 506, 507, 508, 509, 511.3: los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales (arts. 529 y ss. a 542 del Capítulo V del Título XXI); los delitos de torturas y tratos degradantes (art. 174, 175 y 176 del Título VII, los delitos de detención ilegal cometidos por funcionario (art. 167), delitos relativos a la defensa nacional del Título XXIII (arts. 598 a 601).

3 ASÚA BATARRITA, A. “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en *Delitos contra la Administración pública* IVAP, 1997 dice, p. 29 y 30: “Con la nueva denominación [del Título XIX] se favorece el entendimiento de la lesividad desde la perspectiva de los caracteres del funcionamiento de la Administración, conforme a las pautas constitucionales, La superación de la idea de la “infracción del deber” como nota definitiva de estas infracciones, facilita asimismo la inclusión de conductas cometidas por los particulares en tanto se orienten a afectar al ejercicio de la función pública en sus notas esenciales (imparcialidad, objetividad).

Finalmente debe aclararse que una cosa es un delito contra la función pública en que el carácter de funcionario o autoridad afecta a la *propia esencia* del injusto, es un **elemento esencial típico**, porque condiciona el ataque al bien jurídico, y otra cosa muy distinta es un delito, que afecta a bienes jurídicos completamente distintos de la función pública, que puede contener un tipo agravado si el sujeto activo es un funcionario público, en cuyo caso el carácter de funcionario constituye un *elemento típico accidental*<sup>4</sup> (así, por ejemplo el delito de tráfico de drogas cuando el autor es un funcionario público o autoridad, del art. 369.1.1ª CP). La agravante genérica del art. 22.7º de prevalerse del carácter público que tenga el culpable no es de aplicación a los delitos contra la Administración, precisamente porque el sujeto activo es un funcionario o autoridad como elemento esencial del tipo. La aplicación de tal agravante supondría una infracción al principio “*non bis in idem*”, que impide la valoración doble de un mismo elemento.

En los delitos de **malversación** el **bien** jurídicamente protegido, según la doctrina mayoritaria no es solo el **patrimonio público**, la correcta gestión del mismo, sino también *la función pública*, el servicio público de los entes públicos que posibilita dicho patrimonio en beneficio de los ciudadanos. Por eso debe destacarse que el delito de malversación **no es un delito de apropiación indebida agravado por el prevalimiento del carácter público del sujeto activo** (funcionario) -art. 22.7ª CP-, porque no es un delito meramente patrimonial, sino que se caracteriza por afectar a la función pública, mediante la infracción del deber del funcionario de custodiar o preservar dicho patrimonio público para el cumplimiento de la función pública.

## 2. SUJETO ACTIVO. EL DEBATE ACTUAL DE LOS DELITOS ESPECIALES. ¿DELITOS ESPECIALES PROPIOS E IMPROPIOS? ATENUACIÓN FACULTATIVA DEL ART. 65.3 CP.

El sujeto **activo** de los delitos contra la Administración Pública es mayoritariamente la “**Autoridad o funcionario público a efectos penales**”, concepto que *no coincide* con el concepto de otras ramas del derecho como el derecho administrativo o el derecho tributario, sino que es mucho **más amplio** que el concebido para estas otras ramas del derecho u otras del derecho positivo. Pues bien, el **artículo 24 CP** ofrece un **concepto** de autoridad y funcionario público (español) a *efectos penales*, lo que significa, al estar situado el precepto en el Título I “De la infracción penal”,

4 Elemento típico accidental, no en el sentido de que los elementos accidentales no deban ser necesariamente abrazados por el dolo, sino para expresar la diferencia que existe entre aquellos elementos de los cuales depende la presencia del delito (el *ser* del delito) de que se trate (elementos esenciales) y aquellos otros cuya concurrencia determina solo la agravación o atenuación del delito base (su *gravedad*), por lo que su ausencia no lleva consigo la de este (accidentales). MIR PUIG, S.: *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., 10/79 ss. y 25/2.

capítulo VI: Disposiciones Generales, que es de aplicación general al Código Penal, si bien cuando se trate de **leyes especiales**, el art. 9 dispone que: “*Las disposiciones de este Título -el Título Preliminar- se aplicarán a los delitos que se hallen penados por leyes especiales. Las **restantes** disposiciones de este Código se aplicarán como **supletorias** en lo no previsto expresamente por aquéllas*” (la negrita es mía). Al restringirse el círculo de autores solo a las autoridades y funcionarios públicos, estamos, *prima facie*, ante **delitos especiales**. En efecto, son *delitos especiales*, según la doctrina mayoritaria “*aquellos delitos de los que sólo puede ser autor, en el sentido **ontológico** del término, aquel sujeto en quien concurren los elementos, cualidades, relaciones o propiedades exigidos por la ley*”<sup>5</sup> En los delitos especiales, el legislador delimita el círculo de posibles autores con el objeto de *proteger de forma más eficiente al correspondiente bien jurídico*. Y el criterio a utilizar para conocer si un delito es especial o no es si la limitación de posibles autores del delito *se encuentra o no justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico*.<sup>6</sup> Pero **no todos los delitos especiales son iguales** y así se distingue en la doctrina más actual entre delitos especiales en **sentido estricto** (así los delitos de los funcionarios, que serían delitos de *infracción* de un *deber especial*<sup>7</sup>

5 GÓMEZ MARTIN, Víctor: “*Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español*”, en *La Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, Robles Planas, R (Dir.), prólogo de SILVA SÁNCHEZ, J.M<sup>a</sup>, en BdeF 2014, p. 100.

6 *Ibidem*, p. 105.

7 La doctrina de los “*Pflichtdelikte*” originaria es de ROXIN, quien sostiene que son delitos de infracción del deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o funcionario público es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal. Roxin insiste en que el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización. Para ROXIN son siempre deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, de manera tal que el deber que soporta lo convierte en “figura central” del suceso de la acción. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta. Los deberes a que se refieren los delitos de infracción de deber no se limitan únicamente a un deber negativo general de “no dañar”, sino que más bien se extienden al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Vid. ROXIN, “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, 7<sup>a</sup> ed., Berlin/New York, 2000. Existe traducción: “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”, de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, 2000. En los delitos contra la Administración, el deber dimana del artículo 103 CE, según el cual la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y, entre otras, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del Empleado Público (LA LEY 3631/2007). En el delito de malversación el funcionario tiene el deber de preservar y custodiar el patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus

derivado de su posición institucional) y delitos especiales *en sentido amplio*, ajenos a la lógica del deber (*delitos de posición*)<sup>8</sup> Sobre esta distinción podemos citar a JAKOBS<sup>9</sup>.

En cambio, son, según constituye un lugar común en la doctrina, delitos **comunes**, aquellos en que la ley no limita el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo “*el que ...*” ejecute la acción típica. Sin embargo, este criterio es *exclusivamente formal y debe ser rechazado*, porque es sabido que hay delitos en que el legislador utiliza los términos “el que ...” y son, en realidad, delitos especiales (como ocurre con el delito de alzamiento del art. 257.1.1º CP en que el legislador utiliza los términos: “*El que se alce con sus bienes en perjuicio del acreedor*”, pues autor de dicho delito solo puede ser el que *se alce con sus bienes*, o sea, el deudor, no cualquiera). En los delitos especiales, tal y como está descrita la conducta típica, *el dominio del riesgo típico* no puede ostentarlo cualquiera.<sup>10</sup> Son delitos **especiales**, en cambio, aquellos de que solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (así, la de ser funcionario) según la doctrina<sup>11</sup>, si

---

funciones o en ocasión a las mismas.

- 8 ROBLES PLANAS, R. “*Delitos de posición, extraneus y art. 65.3 CP*”, en *Libro Homenaje al profesor Vicente Remesal*, 2024. Este autor distingue entre delitos de deber, en que lo relevante es la infracción del deber por parte de un obligado, no la organización del mundo (delitos de funcionarios), por lo que el *extraneus*, si lo es de verdad, no puede, por definición, infringir el deber del *intraneus*, sino a lo sumo *provocar* que éste lo infrinja, y delitos de posición, es decir, que se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico, al gozar de una mayor y permanente accesibilidad a éste, pero no excluye que otros puedan acceder a tal posición (delitos *aparentemente* especiales como el delito de administración desleal, el de alzamiento de bienes, el delito urbanístico, el delito publicitario, el delito fiscal, etc. En cambio, GÓMEZ MARTIN, V., “*Los delitos especiales y el artículo 65.3.*”, op. cit. p. 133 distingue entre delitos especiales “*strictu sensu*” (delitos de los funcionarios) y delitos especiales *en sentido amplio* (equivalentes a los delitos de posición). En la Sentencia del Tribunal Supremo 236/2023 de 30 de marzo, ponente Sr. Hernández García, se ha advertido también la necesidad de materializar la dogmática de los delitos especiales y hacer distinciones en la línea de lo acabado de apuntar por ROBLES PLANAS.
- 9 JAKOBS, G.: “*Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*”, 2ª ed., Berlin-New York, 1991, 7/70 y s., 21/115 y ss., 23/24 y s., 25/43 y s., 28/13 y ss., y 29/26 y ss., y 57 y ss. Los delitos especiales *en sentido amplio* son aquellos en los que el círculo de posibles autores se delimita más bien por referencia a un círculo de organización del que surge típicamente el riesgo para el bien jurídico. En cambio, los delitos *en sentido estricto* son aquellos en que el sujeto tiene ya de antemano, esto es, con independencia del hecho, una “relación positiva” de protección y fomento del bien jurídico en cuestión.
- 10 *Ibidem*. p. 102
- 11 Cfr. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Editorial Reppertor, Lección 9, 46, p. 237.

bien se distingue por esta si son delitos *especiales propios o impropios*.<sup>12 13</sup> Así, se dice que son delitos especiales **propios** los que describen una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás

12 Sobre el concepto de delitos especiales propios e impropios, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: “*Autor y cómplice en derecho penal*”, Madrid, 1966, pp. 252 y ss.

13 En cuanto al delito de malversación, un sector doctrinal defiende que se trata de un delito especial propio, desde una perspectiva *material* (y no solo *formal* –según la cual son delitos especiales impropios aquellos delitos que se corresponden con otros comunes subyacentes–), de manera que la naturaleza propia o impropia de la especialidad no se encuentra tan sólo en la existencia o inexistencia de otro delito homólogo genérico, sino que la propiedad o impropiedad estriba además en el contenido del injusto del delito en cuestión. De este modo, según esta posición, el delito de malversación será especial propio porque su contenido de lo injusto viene delimitado, además de la lesión de la actividad patrimonial de las Administraciones Públicas, por la *lesión de la propia función pública*. O sea, que lo que se vendría a decir es que en la malversación se protege la propia función pública más allá de intereses estrictamente patrimoniales y, como no existe ningún delito patrimonial ni de otro tipo que proteja esa función pública, sin requerir la mencionada cualidad en el autor, la consecuencia sólo puede ser la consideración de la malversación como delito especial propio. (así, SUÁREZ MONTES, R.F. “Delito de malversación de caudales públicos”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966. Vol. 1, Tomo LII, p. 839. También, ROCA AGAPITO, Luis: “*El delito de malversación de caudales públicos*”. Barcelona: Bosch (Colección: “Biblioteca de Derecho Penal”), 1999, p.320. OLIVEROS ROSELLÓ, José: “La malversación en el Código penal de 1995”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995*. Madrid: Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial (Colección: “Cuadernos de Derecho Judicial”), 1996. También, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. Valencia, 1996, pp. 327-328.

Otro sector doctrinal *mayoritario* entiende que el delito de malversación propia es un delito especial *impropio* por entender que, en ausencia de la cualidad funcional del sujeto activo, aún podrían aplicarse a la conducta diversas infracciones patrimoniales como el hurto, el robo, la apropiación indebida. Así, ZABALEGUI MUÑOZ, Mª del Carmen: “*La malversación de caudales públicos*”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, n.º 4 (monográfico de los delitos de funcionarios públicos, dirigido por Enrique Orts Berenguer), marzo, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 156; CATALÁN SENDER, Jesús: “*Delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal. doctrina y Jurisprudencia*”. Barcelona: Bayer Hermanos, S.A., 1999, p. 251; CRESPO BARQUERO, Pedro: “De la malversación”, en SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio (Coordinador). *Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Granada: Comares, 1988, pp. 1716 y 1731; del mismo: “XXVIII. *Malversación de caudales públicos*”, en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial. Manual VII*. Madrid: Recoletos; Garrigues & Andersen, 1997, p.772; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: “Inducción o autoría mediata en malversación impropia”, en *La Ley*, 1986, Vol. 4, p. 523; MIR PUIG, Santiago: “Derecho penal. Parte General”, 9ª ed., ed. Reppertor, p. 238. MORALES PRATS, Fermín / MORALES GARCÍA, Óscar. “Capítulo VII: “De la malversación”, en *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona: Aranzadi, 1996 p. 1894; POLAINO NAVARRETE, Miguel: “Delitos contra la Administración Pública (VII). Malversación de caudales públicos”, en COBO DEL ROSAL, Manuel: (Director): *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial, II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Lección 43, p. 405; ENTRENA FABRE, Rafael: *El delito de malversación*. Valencia: Tirant lo Blanch (“Colección: los delitos”, n.º 22), 1999, p. 127.

que la ejecuten no puedan ser autores ni de este ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta (QUINTANO OLIVARES). Los delitos especiales **impropios** guardan, en cambio, correspondencia con un delito paralelo o subyacente común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción<sup>14</sup>. Es decir, en los delitos especiales improprios existen delitos comunes paralelos, esto es, tipos penales en los que la conducta típica coincide de forma absoluta con la del correspondiente delito especial. En los delitos contra la Administración pública, deberá examinarse cada delito específico para poder determinar si es propio o impropio. Así, por ejemplo, se considera por la doctrina que el delito de **prevaricación administrativa** del art. 404 CP es un delito especial **propio** porque no existe un delito común subyacente si el sujeto activo no es una autoridad o funcionario público a efectos penales. En cambio, se ha considerado mayoritariamente que el delito de **malversación** del art. 432.2 CP es un delito especial **impropio**,<sup>15</sup> pues existe un delito común subyacente de hurto o apropiación indebida<sup>16</sup>, de no ser el sujeto activo una autoridad o funcionario público a efectos penales. Sin embargo, ROCA AGAPITO, adhiriéndose a COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON sostiene que es un delito especial **propio**.<sup>17</sup>

14 QUINTERO OLIVARES, G: “*Los delitos especiales*”, 1974.

15 Así MIR PUIG, Santiago: “*Derecho Penal. Parte General*”, op. cit., 9ª ed. p 238, ap. 50. También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “*Inducción o autoría mediata en malversación impropia*” en La Ley, 1986-4, p. 523; MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en *Comentarios a la parte Especial del Código penal*. Pamplona, 1996, p. 1257; POLAINO NAVARRETE, “*Curso de Derecho Penal. Parte especial*”, T. II, Madrid, 1997, p. 405, etc. La doctrina alemana considera mayoritariamente la malversación como un delito especial impropio, aunque se concibe como delito de apropiación indebida agravado por la condición pública del sujeto activo.

16 El delito de apropiación indebida es un delito especial (así QUINTERO OLIVARES, “*Los delitos especiales y la teoría de la participación*”, 1974, p. 28, nota 22, y SÁENZ-PARDO, “*El delito de apropiación indebida*”, 1978, p. 129), lo que ocurre es que el delito de malversación es “más especial”: además de ser administrador, depositario, etc., el sujeto activo ha de ser funcionario o asimilado.

17 ROCA AGAPITO: “*El delito de malversación de caudales públicos*”, op. cit. 318-319. Dicho autor dice que esta clasificación (especial-propio, especial-impropio) debe ser contemplada más bien desde una perspectiva material y no meramente formal como suele hacer la doctrina mayoritaria y se adhiere a la posición de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. A juicio de estos, la diferencia entre una y otra clase de delitos especiales radica en el injusto de modo que *delitos especiales en sentido estricto (propio) serán únicamente aquellos en los que las particularidades del sujeto activo pertenezcan al tipo de injusto de la infracción correspondiente*, mientras que *cabrá hablar de delitos especiales en sentido amplio o impropio cuando dicha condición del sujeto fundamente una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, pero sin afectar a su esencia*”. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: “*Derecho Penal. Parte General*” 4ª ed. Valencia, 1996, p. 327. También OLESA MUÑIDO (*El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español*, op. cit. p. 671) y OLIVEROS ROSELLÓ (*La malversación en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial, T. XXX, Madrid, 1996,

Más recientemente, se afirma por un sector doctrinal<sup>18</sup> que la distinción entre delitos especiales propios e impropios, es una **distinción meramente formalista**<sup>19</sup>; que la existencia o no de un delito común paralelo nada quita o aporta al contenido del injusto de un delito especial, y que debe convenirse, por tanto, que, en términos de contenido de injusto no existe *diferencia* alguna entre los delitos especiales propios e impropios. Desde este punto de vista, carece de todo sentido, por tanto, referirse a ellos como dos clases diferentes de delitos especiales. Por ello un importante sector doctrinal<sup>20</sup> aboga por la desaparición de la distinción entre delitos especiales propios o impropios, y distingue entre dos tipos de delitos especiales: a saber: a) los delitos especiales *aparentemente* especiales, llamados **delitos de posición**<sup>21</sup> o delitos especiales *en sentido amplio*, como el delito de administración

---

pp. 272-273) conciben el delito de malversación como un delito especial propio.

- 18 Debe mencionarse, en nuestra literatura especializada una publicación, llamada “La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad”, (director ROBLES PLANAS, R), BdeF, 2014, en que se produce un debate a fondo sobre los delitos especiales por autores tan significativos e importantes como los profesores Enrique Peñaranda, Ricardo Robles Planas, Riggi, Víctor Gómez Martín, Sánchez-Vera Gómez-Trelles y M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín en que se proponen diversas visiones sobre los delitos especiales. A título de ejemplo, el profesor Peñaranda propone convertir a todos los delitos especiales propios en delitos especiales impropios, pero tiene el problema de la ausencia de tipos subyacentes en los delitos especiales propios. El profesor Sánchez-Vera efectúa una construcción sobre los delitos de infracción de un deber, y propone convertir a todos los delitos impropios en delitos propios (al revés que Peñaranda), entendiendo que nada obsta para castigar en ellos la intervención del *extraneus atenuadamente*. Robles Planas, partiendo del entendimiento de toda intervención (incluyendo la “participación”) como responsabilidad por un hecho común (propio también entonces del “partícipe”), a diferencia de la doctrina tradicional que la entiende como responsabilidad por un hecho ajeno (del “autor”, en el sentido del concepto restrictivo de autor) *favorecido* por el partícipe, considera que el *extraneus* de un delito especial de infracción de deber (como delitos de funcionarios), al no infringir el *extraneus* dicho deber, debe quedar impune, salvo que el legislador establezca expresamente su punibilidad.
- 19 Dicha distinción formalista entre delitos especiales propios e impropios es seguida por parte de la doctrina todavía hoy dominante, así como por el Tribunal Supremo, que, también de forma formalista, vienen a concebir los delitos especiales, a diferencia de los comunes, como todos aquellos en los que el legislador restringe el círculo de sujetos para ser autor.
- 20 Así ROBLES PLANAS, R. “La participación en el delito,” 2003, p. 236, nota 149. GÓMEZ MARTIN, Víctor: “Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español”, en La responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad (director Robles Planas, R.), BdeF, 2014, p.185 y nota 162.
- 21 Como dice ROBLES PLANAS, R.: “Delitos de posición, extraneus y art. 65.3 CP”, en Libro Homenaje al profesor Vicente Remesal, 2024: “Lo que caracteriza a los delitos de posición es simplemente una limitación de la relevancia típica de las contribuciones, una precisión del círculo social o de la vida en cuestión, una caracterización singular de los ataques al bien jurídico con significado penal, esto es, “la restricción legal del círculo de autores a un determinado grupo de sujetos obedece a que se entiende que éstos son los que, de entrada, se encuentran en una posición idónea

desleal, el delito de alzamiento de bienes, el delito urbanístico, el delito publicitario o el delito fiscal (en estos delitos no tiene sentido la atenuación de la pena del *extraneus* respecto de la del *intraneus*; y b) los **delitos** (de infracción) **de deber**, o delitos especiales *en sentido estricto*, delitos de los funcionarios (en que el *extraneus* debe ser castigado con una pena atenuada, *por no poder infringir el deber* del funcionario). Lo que pretende expresarse con la propuesta de abandono del criterio clasificatorio de los delitos especiales en propios e impropios no es tanto una crítica a la distinción misma, o una negación de la evidencia de que ciertos delitos especiales cuentan con delitos comunes paralelos, sino, antes bien, poner de relieve que la incorrección que supone la distinción entre delitos especiales propios e impropios sirva de base para tratar de forma diferenciada entre los casos de participación de *extranei* en una y otra clase de delitos especiales (GÓMEZ MARTIN, V.).

En los delitos especiales con elementos personales especiales, delitos de (infracción de) deber, estos ***nunca agravan o atenúan la pena del autor, sino que siempre la fundamentan.***<sup>22</sup>

Estoy de acuerdo con ROBLES PLANAS que debería ser el legislador quien estableciera expresamente la punibilidad del *extraneus*, pues al no infringir este el deber del *intraneus*, - porque es un deber personalísimo- en principio debería quedar impune.

Tal vez pueda afirmarse que eso es lo que viene a hacer de algún modo el artículo 65.3 del Código penal, al establecer *la atenuación* facultativa para el inductor o el cooperador necesario, en quienes no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor

El artículo **65.3 CPE** introducido por la LO 15/2003 de 25 de noviembre dispone que:

---

*para lesionar el bien jurídico, al gozar de una mayor y permanente accesibilidad a éste” (citando a SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “El nuevo escenario del delito fiscal en España”, 2005, p. 65) pero no excluye que otros puedan acceder a tal posición. Por ello, nada se opone a admitir el castigo, incluso como autor (mediato) de sujetos en principio ajenos a tal posición. Por lo mismo, carece de sentido una atenuación de la pena para tales sujetos [...] En cambio, en los delitos de deber se trata de una estructura de injusto distinta. En ellos, lo relevante es la infracción del deber por parte de un obligado, no la organización del mundo por lo que el extraneus, si lo es de verdad y por definición, no puede infringir el deber del intraneus, sino a lo sumo provocar que éste lo infrinja [...]”.*

- 22 ROBLES PLANAS, R. “*Delitos de posición, extraneus y art. 65.3 CP*”, en Libro Homenaje al profesor Vicente Remesal, 2023. También GÓMEZ MARTIN, V. “*Los delitos especiales y el art. 65.3 CP*”, en “La responsabilidad en los delitos especiales (Dir. Robles Planas), BdeF, 2014, p. 133.

*“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.”*

Debe decirse, que ya mi maestro, el profesor GIMBERNAT en su importante monografía *“Autor y Cómplice en derecho penal”*, de 1966, p. 276, decía (ante quienes defendían la ruptura del título de imputación en el delito de parricidio respecto del *extraneus*, que debía ser castigado por el delito común de homicidio por razones de justicia material) que: *“Desde el punto de vista de justicia material, la solución correcta está, evidentemente, en el medio. La pena del extraneus que colabora con un delito especial debe ser superior a la del sujeto que colabora en un delito común e inferior a la del intraneus que lo hace en uno especial”*<sup>23</sup>. Y en dicha obra propuso la aplicación de la circunstancia atenuante analógica de *no parentesco*, al *extraneus*, del art. 9. 10º CP entonces vigente.

El actual art. **65.3 CPE**, se trata de un precepto, a mi juicio, aplicable directamente a los delitos especiales, como lo es también el **parágrafo 28.1** del Código Penal **alemán**, quedando comprendidos todos los delitos especiales, tanto los propios como los impropios.<sup>24</sup> También quedarían comprendidos los llamados delitos de posición y delitos de deber, en la nueva terminología de ROBLES PLANAS. Y puede interpretarse que el art. 65.3 declara *tácitamente* la **punición** del *extraneus* que participa en un delito especial<sup>25</sup>. Así, el *extraneus* que participa en un delito especial

23 En la nota 179 de la p. 276, además, decía Gimbernat: *“Esto es algo que, inexplicablemente, no ha querido ver nunca la dogmática alemana de los delitos especiales. Se escandaliza de que el extraneus a pesar de no infringir un deber, pueda ser castigado como malversador. Pero no se escandaliza de que el extraneus, a pesar de contribuir a un “hecho” en el que hay una infracción de un deber, sea castigado igual que el sujeto que contribuyó a un delito en el que tal infracción no existió (que sea castigado, pues, igual que el que colabora, no con un funcionario, sino con un ladrón normal y corriente que hurta).”*

24 GÓMEZ MARTIN, V.: *“Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español”*, op. cit. p. 186. En contra ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *“La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios o impropios”*, en LH- Cobo del Rosal, p. 969, por entender que en el art. 65.3 CP solo tienen cabida los delitos especiales propios.

25 El art. 65.3 CP tras la modificación de 2003 viene a acoger la teoría unitaria o de unidad del título de imputación, según la cual el *extraneus* responderá por el delito especial cometido por el *intraneus*, rechazando la teoría *individualizadora*, según la cual, el *extraneus* que participa en un delito especial impropio deberá responder por el delito común paralelo, vulnerando el principio de unidad del título de imputación y de accesoriedad de la participación. La doctrina tradicional en España entendía de aplicación el art. 60 CP 73 –o 65.1 CP 95– y optaba por la ruptura del título de imputación, de modo que el *extraneus* solo podía ser castigado por el delito común subyacente, como, por ejemplo, el delito de apropiación indebida si el delito cometido por el *intraneus* era el delito de malversación, de modo que cada uno debía responder

impropio, como es el delito de **malversación**, no puede ser castigado por el delito paralelo subyacente, sino como partícipe del delito del *intraneus*.

Dicho precepto fundamenta legalmente que se castigue al *extraneus* que participa en **un delito** especial del *intraneus*, con **unidad del título de imputación**, con una pena que puede ser (facultativa) menor que la del autor del delito especial, con lo cual, parece que se niega la **impunidad** del *extraneus*.<sup>26</sup>

Así, pues, el *extraneus* (el particular no funcionario público, o el funcionario que no actúa en el ejercicio de sus funciones), que participe como inductor o cooperador necesario en el delito del funcionario (*intraneus*), atendido que no es funcionario público a efectos penales, podrá ser castigado con carácter *potestativo* por el juez o tribunal a la pena inferior en un grado a la señalada por la ley para el delito del funcionario, para compensar la desigualdad del particular- que no es funcionario

---

por su delito cometido (así PACHECO, CUELLO CALÓN, SÁNCHEZ TEJERINA, etc.). Pero otros autores ya negaron la aplicación del art. 60 CP 73 y defendieron la unidad del título de imputación. En su virtud, el *extraneus* respondería por malversación según su grado de participación (así, GROIZARD, FERRER SAMA, RODRÍGUEZ DEvesa, ANTÓN ONECA, GIMBERNAT, SUÁREZ MONTES, QUINTERO, MUÑOZ CONDE, ORTS, etc.). El propio PEÑARANDA, al que se suele atribuir ser defensor de la ruptura del título de imputación en los delitos especiales, aclara recientemente que ello le parecía así en los antiguos delitos de parricidio o infanticidio, en que se daban razones de carácter altamente personal, en el *intraneus*, pero, en cambio, en relación con los delitos (propios o impropios) de funcionarios, que no fueron objeto de tratamiento específico en sus trabajos anteriores, advirtió ya que no consideraba satisfactorio que quedase impune la participación de particulares (no tampoco referirla, en su caso, al correspondiente delito común) y apuntó la razón en que esta opinión se basaba: que los elementos que entran aquí en juego no tienen tan solo un “carácter (altamente) personal”. Vide PEÑARANDA: “Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1425, nota 16.

- 26 Un sector doctrinal, como ROBLES PLANAS, R., entiende que, en los delitos especiales propios, como por ejemplo el delito de prevaricación no cabe castigar la participación del *extraneus*, que debe quedar impune, pues el *extraneus* no puede infringir el deber del funcionario (la infracción del deber fundamenta ya la punibilidad del *hecho*), aunque sí podría cometer otro delito como el de *tráfico de influencias*. En cambio, la doctrina tradicional cree que el deber solo condiciona la “*autoría*”, no la “*participación*” (en el sentido del concepto restrictivo de autor). Dicho autor parte de un entendimiento de la intervención en el delito distinto al de la teoría tradicional. Así, dicho autor concibe toda intervención (incluyendo la “*participación*”) como responsabilidad por un *hecho común* (propio también entonces del “partícipe”); en cambio, la doctrina tradicional lo entiende como responsabilidad por un *hecho ajeno* (del “autor”, en el sentido del concepto restrictivo de autor) que *favorece* (teoría del favorecimiento) el *extraneus*. Como dice el propio ROBLES la pregunta relevante es: ¿qué es *intervenir* en un delito? ¿Hacerlo propio o contribuir a que otro lo haga suyo? Según su planteamiento o entendimiento, si el *hecho* se caracteriza por la infracción de deberes personales, entonces no es posible intervenir sin deber. ROBLES PLANAS, R.: “*Delitos de posición, extraneus y art. 65.3 CP*”, en Libro homenaje al profesor Vicente Remesal, 2024.

público respecto del que sí es funcionario público a efectos penales, tratándose de una atenuación cualificada.

En los delitos contra la Administración (de funcionarios) el *extraneus* merece una pena inferior a la del autor *intraneus*, pero eso no ocurre en todos los delitos especiales, pues, como ya se ha dicho más arriba, *no todos* los delitos especiales *tienen la misma naturaleza* al haber algunos (los **delitos de posición**, o los delitos especiales en sentido **amplio** en contraposición con los delitos especiales en *sentido estricto*-delitos de los funcionarios o **delitos especiales de deber**-) en que la participación del *extraneus* merece igual pena que el *intraneus*, en cuyo caso no deberá rebajarse la pena<sup>27</sup>. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que en caso de no aplicarse la atenuación del art.65.3 el juez o tribunal **debe motivar suficientemente** las razones, pues lo excepcional es la no atenuación, y la regla general es la atenuación (STS 18 de junio de 2014 (RJ 2014, 4377)).

En la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el artículo 65.3 CP no resultó ningún cuerpo extraño, dado que ya se aplicaba el artículo 21.6 CP, o sea la circunstancia atenuante por analogía<sup>28</sup>, en los casos del *extraneus* que participaba en

27 Así GÓMEZ MARTIN, V.; “*Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español*”, op. cit. p. 201.

28 Así en la STS de 12 de febrero de 1992, RA 1157), ponente Bacigalupo Zapater, aunque con apoyo en el art. 60.1 CP 73; STS 18 de enero de 1994 (RA 1997,6482, ponente Ruiz Vadillo, que utiliza el art. 60.1 por vía indirecta. En el mismo sentido las SSTS de 2 de febrero 1994 (RA 759), ponente Moner Muñoz y de 24 de junio de 1994 (RA 5031), ponente Ruiz Vadillo y de 20 de mayo de 1996 (RA 3838). En la STS de 12 de febrero de 1997 (RA 1362), del mismo ponente, se apela ya *únicamente* a la atenuante de análoga significación, aduciendo que “*la falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de ilicitud del partícipe*”. Siguen esta línea las SSTS de 21.12.1999 (RA 9436), ponente Conde-Pumpido Tourón, 28 de marzo de 2001 (RA 751), del mismo ponente, 15 de julio de 2002 (RA 8709), ponente Andrés Ibáñez, diciéndose que en los delitos especiales propios “*se da una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber* según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él”, y 20 de enero de 2006 (RA 604), ponente Bacigalupo Zapater, etc.

Debe decirse que, como con toda justicia pone de relieve PEÑARANDA, ya el profesor GIMBERNAT en su fundamental monografía *Autor y Cómplice en derecho penal*” de 1966, indicó el camino por el que se podría producir una atenuación de la pena para los partícipes no cualificados en un delito especial: la apreciación de una circunstancia atenuante de análoga significación del art. 9, circ. 10ª del CP entonces vigente (correspondiente al actual art. 21, circ. 7ª). Ciertamente, Gimbernat supuso en aquel momento que tal posibilidad de atenuación por analogía habría de quedar limitada a los casos en que el elemento personal definitorio del delito especial fuese, como sucedía en el antiguo delito de parricidio, una determinada relación de parentesco con la víctima, configurándose así una circunstancia atenuante analógica de “no parentesco” para el partícipe *extraneus* en este delito (p. 285 y nota 179 y ss.). En otros supuestos, y singularmente en el de los delitos especiales de funcionarios, le parecía también “evidente” a Gimbernat “que el hecho de no estar vinculado el *extraneus* por un deber especial podría

un delito especial, por no infringir el deber del *intraneus*. Y como enseña ROBLES PLANAS<sup>29</sup>, lo que sí despertó interrogantes en los tribunales fue la cuestión de cuándo procedía la operatividad de la rebaja de pena dado su carácter potestativo. Y pronto surgieron dos líneas jurisprudenciales: a) La primera, **reacia** a este carácter potestativo, está representada por las SSTS español 661/2007, de 13 de julio de 2007, ponente Bacigalupo Zapater<sup>30</sup>, y 1300/2009, de 23 de diciembre de 2009, ponente Varela Castro. En la primera se argumenta que: “*Aunque el art. 65.3 CP sólo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia apoyada en el art. 1 de la CE, ha considerado que la pena del extraneus en delitos especiales propios debe ser **necesariamente reducida** respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor*”.

En la segunda sentencia, se afirmaba que: “*Aunque aquel precepto (art. 65.3 CPE) establece que la disminución de pena al partícipe del delito especial propio es una posibilidad de la que dispone el Tribunal, no es menos cierto que, dado que en ese partícipe no concurre el mismo deber que en el autor propio, la disminución de la pena prevista para éste derivaría de que, la ausencia del incumplimiento de deberes, exigibles al autor propio, ya reclama, salvo excepción, esa disminución de pena en comparación al autor*”.

La segunda línea jurisprudencial, la **favorable** al carácter potestativo de la rebaja de la pena en la STS 627/2006, de 8 de junio de 2006, ponente Martínez Arrieta, en que se afirma: “*El art. 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño en la relación funcional y el ejercicio de esa facultad, debe ser razonable y fundada. Ha de tenerse en cuenta no sólo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción de deber en que sólo el funcionario tiene el dominio*

---

considerarse una circunstancia atenuante”. Y años más tarde, en la obra “*Ensayos penales*”, Madrid, 1999, pp. 376, nota 5, y 402, dice que: “La apreciación de una atenuante se puede justificar también prescindiendo de la relación de los arts. 9.10<sup>a</sup> y 11 CP73 y de *forma genérica*, acudiendo a una interpretación teleológica, válida *para todos los delitos especiales*, caracterizados porque una cualidad personal agrava (delitos especiales impropios) o fundamente (delitos especiales propios) la penalidad; pues si esa cualidad tiene efectos perjudiciales para aquel en quien concurre, entonces su ausencia debe atenuar a quien no pertenece al circuito estricto de autores”. *Vide* PEÑARANDA: “*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 *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1420 y 1421.

29 ROBLES PLANAS, R.: “*Delitos de posición, extraneus y art. 65.3 CP*”, en *Libro Homenaje al profesor Vicente Remesal*, 2024.

30 En la anterior sentencia de este ponente, STS 759/2006, de 13 de julio de 2006, se proponía: atenuación obligatoria dentro del mismo marco penal y facultativa en un grado inferior, pero salvo en la STS 765/2013, de 22 de octubre de 2013, ponente Conde-Pumpido Tourón, y de modo muy indirecto, este planteamiento no ha sido seguido con posterioridad por el Tribunal Supremo, como afirma ROBLES PLANAS en la nota 2.

de la acción, sino también la **gravedad de la conducta realizada**". Al poco tiempo, esta línea es la que se impuso en el Tribunal Supremo, especialmente a partir de la STS 1394/2009, de 25 de enero de 2010, ponente Marchena Gómez, que rezaba: "el que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena- hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo "podrán"-, es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica un tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. En definitiva, esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que, de forma **motivada**, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen **mayor intensidad**, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero del partícipe".<sup>31</sup>

Tal motivación, como dice ROBLES PLANAS, se estima producida si el tribunal basa la no rebaja de pena considerando "**la naturaleza e intensidad de la participación**" (STS 891/2016, de 25 de noviembre de 2016, ponente Maza Martín). Tales motivos, a título ilustrativo, pueden ser en el **delito de malversación**, la persistencia "de abundante repetición de ilícitos y la permanencia en el tiempo", así como dato influyente "la condición de letrado del recurrente, circunstancia que le daba un especial protagonismo en el plan trazado, dados sus conocimientos jurídicos, siendo el acusado el que personal y directamente se beneficiaba con los caudales sustraídos, sin perjuicio de que compartiera el botín con otros implicados" (STS 841/2013, de 8 de noviembre de 2013). De nuevo en un delito de malversación: "fue el que presentó los presupuestos y facturas falsos y a su favor se hicieron los pagos indebidos" (STS 891/2016, de 25 de noviembre de 2016)

En la doctrina, la que distingue entre delitos de posición y delitos de deber, se afirma, en relación a la atenuación potestativa del art. 65.3 CP, que en los primeros, en los delitos de posición, la pena a aplicar al *extraneus*, no tiene por qué atenuarse o ser diferente respecto de la del *intraneus*, pues el contenido de injusto es el mismo en ambos, y si se produce alguna diferencia de pena, será por la mayor **intensidad** de la conducta del partícipe; en cambio, en los delitos de (infracción de) deber (delitos contra la Administración Pública, de Justicia) procede la atenuación en virtud del art. 65.3 CP pues el *extraneus* no infringe el deber del *intraneus*.<sup>32</sup>

31 Dicha sentencia es seguida, entre otras muchas, por las SSTS 841/2013, de 8 de noviembre de 2013, ponente Soriano Soriano; 508/2015, de 17 de julio de 2015, ponente Saavedra Ruiz; 130/2021, de 12 de febrero de 2021, ponente Hernández García.

32 El fundamento de la atenuación del *extraneus* es para la doctrina mayoritaria la teoría o doctrina de la infracción del deber (*Pflichtdelikte*), iniciada por ROXIN, –vid. "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal", traducción de la 7ª edición alemana de 1999 por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, pp. 385 y ss. y 498 y ss.– y que después ha ido encontrando un creciente número de adeptos en la doctrina alemana, y en la española, aunque

Finalmente, un sector de la doctrina defiende, en los delitos *especiales de deber* como son los delitos contra la Administración pública, que el *cómplice* debe quedar impune, al mencionarse en el art. 65.3 CPE solo a los inductores y cooperadores necesarios<sup>33</sup>. Para este sector, la solución contraria, esto es, hacer responder al cómplice con la pena atenuada prevista para el inductor y el cooperador necesario *extraneus* se opondría a dos principios fundamentales: el de *legalidad* y el de *proporcionalidad*. Al primero porque el art. 65.3 CPE no se refiere expresamente al cómplice. Al segundo, porque inductor, cooperador necesario y cómplice *extranei* se beneficiarían de una atenuación común de la pena a pesar de que la contribución al hecho del cómplice sería de menor entidad.<sup>34</sup> Como dice ROBLES PLANAS, la virtualidad de la mención a los inductores y a los cooperadores necesarios sería, pues, simplemente la de excluir los ataques menos importantes del ámbito de las conductas punibles. En cambio, otro sector doctrinal<sup>35</sup> opina que por lo que atañe a la ausencia de toda referencia al cómplice en el art. 65.3 CPE, lo que revela dicha omisión no es que el *extraneus* que interviene como cómplice en un delito especial (delitos especiales de

---

también ha sido objeto de numerosas críticas, no siendo acogida dicha doctrina de manera global (así PEÑARANDA, “*Sobre el alcance del art. 65.3.*”, op. cit. p. 1425, nota 16, quien dice que: “la raíz de los problemas que surgen se encuentra, a mi juicio, en la contraposición de los “delitos de dominio” y los “delitos de infracción de deber”, como si fuesen “dos tipos de delitos completamente distintos””, como en cambio así considera SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.: “*Delito de infracción de deber y participación delictiva*”, Madrid- Barcelona, 2002, p. 255, nota 5, esto es, como delitos sometidos a dos modelos de responsabilidad radicalmente diferentes, con lo que se escinden y desconectan indebidamente aspectos del hecho que son relevantes para la imputación de responsabilidad en todos los casos”. PEÑARANDA aclara que “dichas críticas no implican sin más una descalificación de la teoría de la infracción del deber en todos sus extremos. Como claramente advirtió Gimbernat, la razón del atractivo de dicha doctrina radica en que no carece “de todo fundamento”, ya que “es cierto, en efecto, que en los delitos especiales (o, al menos, en buena parte de ellos) “la infracción del deber juega un papel destacadísimo” (“*Autor y cómplice en derecho penal*”, op. cit. p. 296). Esto explica, por otra parte, la importancia que en este contexto puede llegar a tener la responsabilidad por omisión (Gimbernat, nota 2, pp. 297 y ss.): de hecho, gran parte de las consecuencias que para la definición de la autoría en estos delitos extraen los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de deber se anudan a la equivalencia que en muchos de estos casos cabe establecer entre el hacer y el omitir de dicho sujeto en virtud de la peculiar posición de garante que ocupa el sujeto cualificado. No obstante, esta equivalencia, que es evidente allí donde el tipo expresamente equipara el hacer y el omitir de dicho sujeto y admisible cuando define su conducta de un modo tan amplio como para poder abarcar ambas formas de comportamiento, encuentra en cambio su límite por respeto al principio de legalidad, cuando no es ese el caso. (PEÑARANDA, “*Sobre el alcance del art. 65.3CP.*”, op. cit. p. 1425 y 1426.

33 Así, ROBLES PLANAS, R. “*Garantes y cómplices*”, 2007, p. 149.

34 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “*El nuevo escenario del delito fiscal en España*”, 2005, pp. 77 y ss. ROBLES PLANAS, R.: “*Garantes y cómplices*”, 2007, p. 149.

35 GÓMEZ MARTIN, V: “*Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal Español*”, op. cit. p.211 y 212.

deber), deba quedar impune, sino precisamente todo lo contrario, que la atenuación de la pena prevista para el inductor y el cooperador necesario *extraneus* le resulte *extensible* al cómplice. Puede añadirse que si la participación del inductor y del cooperador necesario es de mayor importancia que la del cómplice, también a este se le debe atenuar la pena (con mayor intensidad, dentro de la pena inferior en grado) –sin perjuicio de la atenuación que ya corresponde al cómplice, en base al art. 63 CPE<sup>36</sup>– pero no dejarle impune, pues no existe razón para sostener, por principio, la falta de relevancia penal de la conducta del cómplice en los delitos especiales de deber y no, en cambio, en las restantes clases de delitos<sup>37</sup>. También puede sostenerse de *lege lata* la aplicación analógica “*in bonam partem*” del apartado 3 del art. 65 CPE. Otro sector doctrinal sostiene “*de lege ferenda*” una **doble atenuación** de la pena del cómplice mediante su incorporación *expresa* al precepto<sup>38</sup>. Una atenuación, consistente en la rebaja en un grado por el art. 65.3 CPE y otra atenuación, consistente en la rebaja de otro grado, por cómplice, ex art. 63 CPE.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asúa Batarrita, A. (1997). La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales. Criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: Asua Batarrita, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública*. IVAP.
- Catalán Sender, J. (1999). *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*. Bayer Hermanos S.A.
- Cobo Del Rosal, M. / Vives Antón, T. (1996). *Derecho penal. Parte general*. (4ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Crespo Barquero, P. (1988). De la malversación. En: Serrano Butragueño, I. (Coord.), *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*. Comares.
- Crespo Barquero, P. (1997). XXVIII. Malversación de caudales públicos. En: Serrano Butragueño, I. / Rodríguez García, J. (Dirs.), *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial*. (Manual VII). Garrigues & Andersen.
- Díaz y García Conlledo, M. (1986). Inducción o autoría mediata en malversación impropia. En: *La Ley*, 4, 521-531.

36 El artículo 63 del Código penal dispone que: “A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito”.

37 *Ibidem*, p. 212.

38 SANTANA VEGA, D. y GÓMEZ MARTIN, V. “Comentarios a los arts. 61 a 79 CP”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015*” (Dirs. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig), Ed. Tirant lo Blanch, 2015, p. 270.

- Entrena Fabre, R. (1999). *El delito de malversación*. Tirant lo Blanch.
- Etxebarria Zarrabeitia, X. (1997). Malversación de caudales públicos. En: Asua Barrantita, A. (Ed.), *Delitos contra la Administración Pública*. IVAP.
- García Arán, M. (1990). *La prevaricación judicial*. Tecnos
- Gimbernat Ordeig, E. (1966). *Autor y cómplice en derecho penal*. Universidad de Madrid.
- Gimbernat Ordeig, E. (1999). *Ensayos penales*. Tecnos.
- Gómez Martín, V. (2014). Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código penal español. En: Robles Planas, R. (Dir.), *La Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*. BdeF.
- Jakobs, G. (1991). *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- Mir Puig, S. (2015). Derecho Penal Parte General. (9ª ed.). Reppertor.
- Morales Prats, F. / Morales García, Ó. (1996). Capítulo VII: De la malversación. En: Quintero Olivares, G. (Dir.) / Valle Muñoz, J. (1996), *Comentarios al nuevo Código penal*. Aranzadi.
- Morales Prats, F. / Morales García, O. (1996). “Comentarios a los arts. 432 a 435 del Código Penal”. En: *Comentarios a la parte Especial del Código penal*. Aranzadi.
- Morillas Cueva, L. / Portilla Contreras, G. (1994). Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias. En: Cobo Del Rosal, M. (Dir.), *Comentarios a la legislación penal*. Revista de derecho Privado, XVI.
- Octavio de Toledo y Ubieto, E. (1980). *La prevaricación del funcionario público*. Civitas.
- Oliveros Roselló, J. (1996). La malversación en el Código Penal de 1995. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. (30), 257-304.
- Peñaranda Ramos, E. (2008). Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción del deber. En: García Valdés, C. / Valle Mariscal De Gante, M. / Cuerda Riezu, A. / Martínez Escamilla, M. / Alcácer Guirao, R. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer.
- Polaino Navarrete, M. (1997). *Curso de Derecho Penal. Parte especial*. (Tomo II). Marcial Pons.

- Polaino Navarrete, M. (1997). Delitos contra la Administración Pública (VII). Malversación de caudales públicos. En: COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*. (Tomo II). Marcial Pons.
- Quintero Olivares, G. (1974). *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*. Cymys.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito. Fundamentos y límites*. Marcial Pons.
- Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices*. Atelier.
- Robles Planas, R. (2024). Delitos de posición, extraneus y art. 65.3 CP. En: García Mosquera, M. / Rodríguez Vásquez, V. / Díaz Y García Conlledo, M. / Luzón Peña, D. (Dirs.), *Libro Homenaje al profesor Javier de Vicente Vicente Remesal por su 70º aniversario, 1*. Boletín Oficial del Estado.
- Roca Agapito, L. (1999). *El delito de malversación de caudales públicos*. Bosch.
- Roxin, C. (2000). *Täterschaft und Tatherrschaft*. (7ª ed). Walter de Gruyter.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Santana Vega, D. / Gómez Martín, V. (2015). Comentarios a los arts. 61 a 79 CP. En: Corcoy Bidasolo, M. / Mir Puig, S. (Dirs.) / Vera Sánchez, J. (Coord.). *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015*. Tirant lo Blanch.
- Sáinz-Pardo Casanova, J. (1978). *El delito de apropiación indebida*. JM Bosch.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Silva Sánchez, J. (2005). *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Atelier.
- Suárez Montes, R. (1966). Delito de malversación de caudales públicos. En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1(LII), 831-879.
- Zabalegui Muñoz, M. (1994). La malversación de caudales públicos. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, (4), 153-200.
- Zugaldía Espinar, J. (2005). La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios o impropios. En: Carbonell Mateu, J. (Coord.) . *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Dykinson.