

# PERTENENCIA DEL HECHO, INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO Y DELITOS DE PROPIA MANO\*

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona  
Magistrado suplente. Audiencia Provincial de Barcelona

## Sumario

1. «Pertinencia del hecho» e «Instrumento doloso no cualificado».–2. ¿Existen en realidad los delitos «de propia mano»?–2.1. Introducción.–2.2. Perspectiva de lege ferenda: las teorías formales y materiales fundamentadoras de los delitos de propia mano.–2.2.1. Planteamiento.–2.2.2. Teorías formales.–2.2.3. Teorías materiales.–2.2.4. Conclusión.–2.3. Perspectiva de lege lata.

---

\* Abreviaturas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AT: Allgemeiner Teil; coord./coords.: coordinador/coordinadores; CP: Código penal; dir.: director, directora; ed.: edición, editor; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; GD-Armin Kaufmann: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989; JuS: Juristische Schulung; Jura: Juristische Ausbildung; JZ: Juristische Zeitung; L: Ley; LH-Barbero Santos: Libro-Homenaje a Marino Barbero Santos. *In memoriam*, 2001; LH-Cerezo Mir: La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro-Homenaje al Profesor José Cerezo Mir, 2002; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; núm. marg.: número marginal; párr.: párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RDPC: Revista de Derecho penal y Criminología; RG: Reichsgericht; RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: traducción, traducido; TS: Tribunal Supremo; ZSchR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

## 1. «Pertinencia del hecho» e «Instrumento doloso no cualificado»

1. En uno de sus más recientes trabajos, MIR PUIG contempla la relación de autoría entre el sujeto y el hecho objetiva y subjetivamente imputable como una relación perteneciente a lo que él denomina un «segundo nivel de la imputación objetiva». En su opinión, dentro de la imputación objetiva del tipo deberían distinguirse dos niveles. En el primer nivel de imputación se trataría de determinar si la conducta lesiva o socialmente dañosa resultaría objetivamente imputable al sujeto, esto es, si existe o no una relación de riesgo entre la acción y el resultado. En el segundo nivel, se trataría de decidir cuál o cuáles de los intervinientes habrían de ser considerado responsables y/o en qué medida deberían serlo. En este segundo nivel de imputación deberían tenerse en cuenta otros criterios distintos al del riesgo, como, por ejemplo, la imputación del resultado a la víctima o la relación de autoría o participación entre el sujeto y la acción. A diferencia de lo que ocurriría en el primer nivel de imputación, en el segundo no se trataría de comprobar si el riesgo típicamente relevante creado por la conducta se realiza o no en el resultado, sino de distribuir la imputación entre sujetos mediante la delimitación de sus esferas de responsabilidad. ¿Quién es el responsable principal del hecho? ¿Quiénes le ayudan? ¿En qué medida debería responder cada interviniente en el hecho?<sup>1</sup>.

2. Según MIR PUIG, la primera de estas tres cuestiones, esto es, la que afectaría a la determinación de la autoría, debería ser contestada del modo siguiente: es autor del delito el sujeto a quien, habiendo interpuesto una causa del hecho, y siéndole éste imputable objetiva y subjetivamente, «le pertenece el hecho». En los delitos especiales, ello ocurrirá con respecto a aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, se presenten como protagonistas del mismo, como sujetos protagonistas de su realización<sup>2</sup>.

3. Una de las constelaciones de casos en las que las consecuencias de la concepción de MIR PUIG serían más evidentes es, precisamente, la del «instrumento doloso no cualificado». En opinión de MIR, al ser la conducta del *intraneus* causa del resultado (su supre-

---

<sup>1</sup> MIR PUIG, S., «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), 2001, pp. 405 ss. En un sentido similar ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 219 y 221.

<sup>2</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, 14/31.

sión mental traería consigo la eliminación del resultado) y crear un riesgo típicamente relevante que se realizaría en el mismo, en los supuestos de referencia existiría base suficiente para afirmar la autoría mediata del *intraneus*. En caso contrario, esto es, si se entendiera que no es correcto castigar al *intraneus* como autor, puesto que el «mediador», por tratarse de un *extraneus*, nunca podría ser autor de un delito especial, se daría la insatisfactoria circunstancia de que un delito objetiva y subjetivamente imputable debería quedar sin autor, esto es, impune. Pese a que le sería imputable la lesión del bien jurídico, el funcionario quedaría, por tanto, sin pena<sup>3</sup>.

4. Desde mi punto de vista, la teoría de la pertenencia del hecho defendida por MIR PUIG tiene la virtud de presentarse como un criterio coherente para la determinación de la autoría en una clase de supuestos, los de «instrumento doloso no cualificado», en los que los restantes criterios propuestos por la doctrina fracasarían radicalmente. Para algunos autores, esta última circunstancia vendría a revelar, precisamente, que en los supuestos de instrumento doloso no cualificado el principio de legalidad impediría castigar como autor mediato al *intraneus* que permita, induzca, o, de otro modo, dé lugar a que un *extraneus* llegue hasta la consumación del delito. Según este sector doctrinal, todos, o, al menos, algunos de los supuestos que ahora nos ocupan constituirían lagunas de punibilidad para cuya completud únicamente el legislador se encontraría legitimado<sup>4</sup>. Sin embargo, comparto con MIR la impresión de que, al menos en la mayor parte de los delitos especiales, esta opinión no puede ser compartida.

5. Analicemos la cuestión que acaba de ser planteada a partir del delito de infidelidad en la custodia de documentos previsto en el art. 413 CP. Según este precepto, «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años». Imagi-

<sup>3</sup> MIR PUIG, S., *PG*, 7.ª ed., 2004, 14/60; EL MISMO, *Adiciones de Derecho español a los §§ 61 y 62 del Tratado de Derecho penal. Parte General*, de H.-H. JESCHECK, 1981, II, 1982, § 62, pp. 934 ss.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP* 1969, p. 475; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, p. 104; FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Autoría y delitos especiales», *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 1026; HERZBERG, R. D., *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 34; OTTO, H., *Strafrecht. AT*, 6.ª ed., 2000, § 21/96; STRATENWERTH, G. / KUHLEN, L., *Strafrecht, AT*, I, 5.ª ed., I, 2004, 12/40.

nemos en el contexto de este delito el siguiente supuesto de hecho: A, funcionario público que tiene a su cargo ciertos documentos, ordena a su secretaria B que se deshaga de ellos. ¿Puede decirse, realmente, que el principio de legalidad impide castigar a A como autor del delito? ¿No es correcto afirmar que A ha «destruido» los documentos que tiene bajo su custodia a través de B, y que, por tanto, su conducta realiza el tipo previsto en el art. 413 CP? En mi opinión, tanto desde el tenor literal del precepto que ahora nos ocupa como desde su sentido material es posible afirmar que no existen problemas para castigar al autor mediato de un delito de infidelidad en la custodia de documentos.

6. Desde la primera perspectiva, del mismo modo que en la actualidad nadie discute que cuando A envenena el café que B, que actúa sin dolo, sirve a C, A estaría «matando» a C en el sentido del tenor literal del art. 138 CP, podría concluirse que algo parecido ocurriría con el caso sugerido *supra* en relación con el delito del art. 413 CP<sup>5</sup>. Desde un punto de vista material, el delito de infidelidad en la custodia de documentos tendría su razón de ser en la voluntad de evitar la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, total o parcial, de documentos cuya custodia esté encomendada al funcionario por razón de su cargo. Y ello con independencia de si dicha sustracción, destrucción, inutilización u ocultación es ejecutada materialmente por el propio funcionario o por un tercero que actúe bajo sus órdenes. La existencia del delito de infidelidad en la custodia de documentos se explica a partir del interés por evitar la mala praxis funcional que consistiría en la destrucción o inutilización de documentos. No se busca, en cambio, castigar al funcionario por una supuesta «traición al Estado» inherente a su infidelidad documental. El contenido de injusto material del delito que ahora nos ocupa no se desprendería de la ejecución personal de la destrucción del documento por el funcionario, sino de la producción de dicha destrucción como resultado lesivo del bien jurídico protegido. Esto es, del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

7. En realidad, la problemática que ahora nos ocupa no es otra que la que concierne a una de las categorías delictivas más controvertidas en materia de autoría: los delitos «de propia mano». ¿Existe, en realidad, esta clase de delitos? Esta pregunta intentará ser contestada en las líneas que siguen mediante la exposición y análisis crí-

---

<sup>5</sup> Sobre la llamada «teoría del sentido literal del texto» (*Wortlauttheorie*) *vid.*, críticamente, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.<sup>a</sup> ed. (trad. a cargo de J. CUELLO CONTRERAS y J. L. GONZÁLEZ DE MURILLO), 2000, pp. 438 ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 23 ss.

tico de los argumentos que doctrina y jurisprudencia esgrimen a favor de su existencia.

## 2. ¿Existen en realidad los delitos «de propia mano»?

### 2.1. Introducción

2.1.1. La doctrina dominante describe estos delitos como aquellos en los que la ley exigiría un contacto corporal o la realización personal del tipo, cerrándose el paso, en ambos casos, a la posibilidad de cometer el delito «a través de otro». Esto es, a la autoría mediata<sup>6</sup>. Aunque algunos de los delitos que la doctrina dominante considera «de propia mano» también serían especiales<sup>7</sup>, unos y otros delitos no deben ser, sin embargo, confundidos. En ambas clases de delitos se produciría una limitación del círculo de posibles sujetos activos del delito. Sin embargo, mientras que en los delitos especiales la restricción de la esfera de autores se produciría mediante la exigencia legal de que concurren en el sujeto activo determinadas cualidades, propiedades o relaciones, en los delitos de propia mano podría ser autor cualquiera, pero sólo cabría autoría directa, nunca autoría mediata o coautoría<sup>8</sup>.

2.1.2. De lo que acaba de ser mencionado en relación con el delito previsto en el art. 413 CP se deduce que, desde el punto de vista que aquí se adopta, y siguiendo a MIR PUIG, dicho delito, al admitir la autoría mediata a través de un «instrumento doloso no cualificado», no podría ser calificado como lo que la doctrina dominante denomina «delito de propia mano». Sin embargo, ¿podría predicarse la cualidad de «delito de propia mano», en realidad, de otros delitos? ¿Cuáles serían estos delitos? Como se expondrá con cierto detalle en las siguientes páginas, en la presente investigación la categoría dogmática de los delitos de propia mano se considera merecedora de una valoración negativa. Ello se debe a que la figura que ahora nos ocupa constituye, en mi opinión, una construcción cuyos fundamentos for-

<sup>6</sup> Vid., por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7.ª ed., 2004, 9/52.

<sup>7</sup> Vid. MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 17.

<sup>8</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 16, 70 y 75 ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano». Respuesta a una situación jurisprudencial*, 2004, pp. 32 ss. Este segundo autor añade que, además de la imposibilidad de apreciar autoría mediata o coautoría, una defensa consecuente de la categoría de los delitos de propia mano debería traer consigo otras insatisfactorias consecuencias, como la imposibilidad de admitir la comisión por omisión (*op.cit.*, pp. 115 ss.) o la «*actio libera in causa*» (*op. cit.*, pp. 120 ss.).

males y materiales son de tan dudosa consistencia que resulta preferible concluir, al menos *de lege ferenda*, su incorrección como categoría dogmática<sup>9</sup>.

## 2.2. *Perspectiva de lege ferenda: las teorías formales y materiales fundamentadoras de los delitos de propia mano*

### 2.2.1. Planteamiento

Siguiendo las ilustrativas exposiciones de ROXIN<sup>10</sup> y MAQUEDA ABREU<sup>11</sup>, dos de los principales especialistas en la materia, es posible afirmar que las principales teorías doctrinales sobre esta materia pueden ser clasificadas en dos grupos: teorías formales y teorías materiales de los delitos de propia mano<sup>12</sup>. Destacan entre las primeras la «teoría del tenor literal» (*Wortlauttheorie*), la «teoría del movimiento corporal» (*Körperbewegungstheorie*) y la «teoría de la intensidad» (*Intensitätstheorie*); y entre las teorías materiales, las defendidas, entre otros autores, por HERZBERG, ROXIN y SCHÜNE-MANN.

### 2.2.2. Teorías formales

#### A) *Exposición*

Por lo que respecta a las teorías formales, según la teoría mencionada en primer lugar, la del tenor literal, un delito será comisible sólo de propia mano cuando, conforme al tenor literal del precepto correspondiente, no quepa decir de un *extraneus*, por intensamente que

<sup>9</sup> De idéntica opinión MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, *passim*; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, *passim*.

<sup>10</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, pp. 435 ss.

<sup>11</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, *passim*.

<sup>12</sup> A efectos expositivos parte también de esta distinción SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 39 ss., aunque acaba concluyendo que la mayor parte de las teorías fundamentadoras de los delitos de propia mano, también algunas de las pretendidamente «materiales», no serían sino un trasunto de la más clásica de las teorías formales de los delitos de propia mano: la «teoría del tenor literal» (*Wortlauttheorie*). *Vid.* SÁNCHEZ-VERA, J., *op.cit.*, pp. 39 y 49 ss. SÁNCHEZ-VERA exceptúa de este planteamiento dos concepciones: la que fundamenta la propia mano en la existencia de «deberes altamente personales»; y la que hace lo propio apoyándose en razones de carácter procesal: *vid.* SÁNCHEZ-VERA, J., *op.cit.*, pp. 51 ss.

cooperar, que ha efectuado la acción descrita en el tipo<sup>13</sup>. De acuerdo con la teoría del movimiento corporal, se entiende que cuando el legislador vincula la pena a un mero hacer, que se agota en determinados movimientos corporales, únicamente podrá ser autor aquél que realice personalmente el comportamiento incriminado. En cambio, cuando el tipo requiera la producción de un determinado resultado, operará el concepto general de autor<sup>14</sup>. Y para la teoría de la intensidad, en tercer lugar, en los delitos de propia mano sólo el sujeto agente que realice por sí mismo la conducta típica realizaría la voluntad intensamente antijurídica, cumpliendo, de este modo, el requisito de la «intensidad de la energía criminal» exigido tácitamente por la Ley<sup>15</sup>.

## B) Valoración crítica

Frente a estas teorías formales de los delitos de propia mano se han formulado tanto objeciones generales como críticas concretas relativas a cada uno de los criterios de referencia.

a) Por lo que respecta a las primeras, cabe destacar la siguiente: las teorías formales de los delitos de propia mano, que en realidad representarían un retorno —al menos en lo que concierne a la categoría delictiva que ahora nos ocupa— al concepto objetivo-formal de autor<sup>16</sup>, nada diría sobre el contenido de injusto material de los deli-

---

<sup>13</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 438; MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 24; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 39 ss.

<sup>14</sup> Cfr. ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 441; MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 27 ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 41 ss., considerando que la teoría del movimiento corporal coincide, en lo sustancial, con la del tenor literal (*op.cit.*, pp. 41 y 46), y que la explicación separada de ambas teorías solo tendría sentido desde un punto de vista «didáctico-expositivo» (*op. cit.*, p. 41). En un sentido parecido al de la teoría del «movimiento corporal», ROEDER, H., «Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt», ZStW 69 (1957), p. 242, distinguió los delitos contra la libertad sexual previstos en los antiguos §§ 175 y 175 a StGB a las personas de sexo masculino, de los delitos especiales como elementos limitadores de la autoría de naturaleza jurídico-social, como los delitos «de profesión», «de abogados», «de religiosos», «de profesores y educadores», «de médicos y otros profesionales de la medicina» o «de marineros» (p. 247).

<sup>15</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 445; MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 42 ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 50 ss.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 103 y 105, llega a afirmar este extremo no solo en relación con las fundamentaciones formales del delito de propia mano, sino sobre el concepto mismo de delito de propia mano en su formulación más radical.

tos de propia mano. En efecto, a la luz de estas teorías formales quedaría sin respuesta la cuestión de por qué la conducta del sujeto de detrás que dominaría la voluntad del sujeto de delante, el que ejecuta personalmente la conducta típica, no podría realizar el contenido de injusto del delito<sup>17</sup>. Los criterios propuestos, el del tenor literal del precepto, el del movimiento corporal, o el de la intensidad o energía criminal, lejos de servir para resolver la cuestión, se limitarían a plantearla<sup>18</sup>.

b) Vayamos ahora con las críticas particulares a cada uno de los criterios formales de referencia.

b.1) Al del tenor literal del precepto puede oponerse que se trataría de un criterio en cierto modo vacío de contenido, ya que sólo podría resultar concluyente si fuera capaz de explicar la voluntad material de la Ley y cuáles son las relaciones de ordenación previas que habrían encontrado su expresión exacta en la formulación lingüística, cosa que, sin embargo, no ocurriría. El tenor literal de un precepto y el lenguaje común nunca podrían constituir, por sí solos, un criterio para la determinación de la autoría, sino, en el mejor de los casos, un medio para abordar el análisis material de los tipos<sup>19</sup>.

b.2) La teoría del movimiento corporal resulta criticable porque parece establecer un doble paralelismo completamente erróneo: delitos de mera actividad y delitos de propia mano, por una parte, y delitos de resultado y tipos realizables en autoría mediata, por otra. El error de dicho paralelismo consistiría en que no existe razón alguna que justifique restringir la autoría en los delitos de mera actividad a la autoría directa. Admitir, como parece inevitable, que en esta clase de tipos el contenido de injusto residiría en la realización de la acción misma, no en la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la acción, no significa que en ellos sólo pueda ser castigado como autor aquél que lleve a cabo el movimiento corporal, y no, en cambio, aquél que dirija, dominándolo, el movimiento corporal externo. Del mismo modo que ocurre con la teoría del tenor literal, tampoco la teoría del movimiento corporal logra explicar de forma convincente cuál es la razón por la que debe declararse la antijuricidad de un movimiento corporal por sí solo<sup>20</sup>. Así, por ejemplo, en el delito de allanamiento de morada, uno de los delitos más in-

<sup>17</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, p. 288.

<sup>18</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 102 ss.

<sup>19</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 440; HERZBERG, R. D., «Eigenhändige Delikte», ZStW 82 (1970), p. 923; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, p. 288.

<sup>20</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 442.

discutiblemente reconocidos por la doctrina como «de mera actividad»<sup>21</sup>, parece evidente que su injusto no residiría en un determinado movimiento corporal de «penetrar», sino en la lesión de la intimidad domiciliaria del sujeto pasivo del delito, siendo irrelevante para el injusto si dicha lesión se realiza de forma personal o no<sup>22</sup>.

b.3) Por último, tampoco la teoría de la intensidad, para la que el elemento esencial de los delitos de propia mano vendría representado por la «energía criminal especialmente intensificada» del sujeto que realiza personalmente la conducta típica, consigue convencer. Porque, además de que la mencionada teoría no explica por qué en los delitos que nos ocupan la ejecución de propia mano exige del ejecutante una «energía criminal especial», resulta altamente cuestionable que el aspecto definidor de estos delitos consista en una especie de «culpabilidad incrementada», ya que no cabe duda de que tales delitos también serían teóricamente comisibles por un inimputable<sup>23</sup>. Es cierto que, en íntima conexión con el origen histórico de este criterio en la jurisprudencia alemana, vinculado al *escalamiento* como elemento del delito de robo con fuerza en las cosas<sup>24</sup>, la teoría de la «especial energía criminal» es utilizada por la doctrina, en ocasiones, para explicar, a partir de nociones de naturaleza victimodogmática, la diferencia de pena existente entre determinados delitos contra el patrimonio individual.

Se trata de los delitos de hurto y robo. Según el art. 234 CP, la pena del delito de hurto es de prisión de seis a 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros, mientras que si esto último no ocurre, la conducta deberá ser calificada como falta, y castigada con la pena de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses (art. 623.1 CP). Cuando la sustracción se produce con fuerza en las cosas, la pena será de prisión de uno a tres años, con independencia de si el valor de lo sustraído supera o no los 400 euros (art. 240 CP). Por último, el art. 242.1 CP establece que si en la conducta concurre violencia o intimidación en las personas, su autor será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase, y con independencia, como ocurre en el robo con fuerza, de si el importe de lo sustraído supera, o no, los 400 euros. En opinión de

<sup>21</sup> Vid., por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7.ª ed., 2004, 9/18; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 4.ª ed., 2002, p. 164.

<sup>22</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 443; MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 27 ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 289 ss. y 297.

<sup>23</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 446.

<sup>24</sup> Sobre ello vid. SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 50 s. Vid. también HERZBERG, R. D., *ZStW* 82 (1970), p. 929.

un sector doctrinal, el fundamento de la diferencia de pena existente entre hurto, robo con fuerza y robo con violencia o intimidación residiría en que estos dos últimos delitos representarían un quebrantamiento de barreras de protección específicas del patrimonio interpuestas por el sujeto pasivo, inexistentes en el primero. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, BOLEA BARDON / ROBLES PLANAS<sup>25</sup>. Frente a esta posición, un sector de la doctrina ha opuesto que el criterio de la «mayor energía criminal» acreditada a través del quebrantamiento de especiales barreras de protección del patrimonio individual sólo serviría para explicar la diferencia de pena entre el hurto y el robo con fuerza en las cosas<sup>26</sup>, ya que la pena agravada del robo con violencia o intimidación con respecto a los dos delitos que acaban de ser mencionados obedecería, según la obra de referencia, a la pluralidad de bienes jurídicos en juego (patrimonio y vida o salud individual)<sup>27</sup>.

Sin embargo, ello no significa que en los delitos en los que suele exigirse la mencionada energía criminal intensificada sólo quepa la autoría directa, ya que, como señala ROXIN, la «intensidad de la energía criminal» no puede constituir un criterio apropiado para delimitar las formas de intervención en el delito<sup>28</sup>. Así, en el delito de robo con escalamiento, la doctrina penal acepta sin cortapisas la autoría mediata de quien, sin realizar «con sus propias piernas» la conducta de escalamiento, engaña a otro para que lo haga, ya que en dicho delito de lo que se trata no es de castigar a quien escala por el hecho de haber empleado mayor energía criminal, sino de evitar la lesión del patrimonio ajeno<sup>29</sup>. Por fin, en relación con la clase de delitos para los que el criterio de la intensidad probablemente ha sido empleado con mayor frecuencia, los delitos contra la libertad sexual, reina acuerdo en la actualidad en torno a que el fundamento, por ejemplo, del delito de violación no debe verse en la satisfacción que la realización «de propia mano» del acceso carnal proporcionaría al autor, sino en la lesión de la libertad sexual de la víctima<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> BOLEA BARDON, C. / ROBLES PLANAS, R., «La utilización de tarjetas ajenas en cajeros automáticos: ¿robo, hurto o estafa?», LL 2001, p. 1451.

<sup>26</sup> CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), PE, 2.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 498.

<sup>27</sup> Se opone parcialmente a este planteamiento CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual práctico de Derecho penal. Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., 2004, p. 509.

<sup>28</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.<sup>a</sup> ed., 2000, p. 446.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 97.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 96, considerando tal ejemplo, junto al del robo con escalamiento (p. 97), como una muestra de la superación del «pensamiento causal naturalista» por la Dogmática normativista en Derecho penal (*op. cit.*, p. 98).

### 2.2.3. Teorías materiales

#### A) Exposición

##### a) HERZBERG

En opinión de HERZBERG, el elemento decisivo de la mayor parte de los delitos de propia mano es la «referencia al autor» (*Täterbezogenheit*)<sup>31</sup>. Para HERZBERG, la referencia del delito a su autor podría encontrarse conectada a dos variables: el cuerpo y la personalidad del autor. Por lo que respecta al primer elemento, el contenido de injusto de ciertos delitos consistiría, según HERZBERG, en un especial componente «injurioso» (*Beleidigungsmoment*) o de «sacrilegio en la propia persona» (*leibhaftige Frevel*) del autor material del hecho. Este especial componente injurioso pasaría necesariamente por la realización personal-corporal de la conducta típica. Así, por ejemplo, el delito de allanamiento de morada exigiría la realización «personal» del allanamiento porque, de lo contrario, por ejemplo, en un supuesto de allanamiento por parte de un sujeto que actuase sin dolo, la conducta no transmitiría el carácter «altamente personal» y necesariamente injurioso inherente a ella<sup>32</sup>. Y en delitos de contenido sexual, como el incesto, la exigencia legal de que la conducta típica sea realizada «en propia mano» vendría a expresar el componente especialmente «sacrilego» del delito, a la vez que respondería a la imagen prejurídica de dicho hecho delictivo presente en la conciencia del profano (*Laienbewußtsein*)<sup>33</sup>.

Dentro de los delitos de propia mano, HERZBERG distingue entre dos clases de tipos: aquéllos que describirían situaciones frecuentes en la práctica que no representarían un incremento del injusto de la conducta del autor directo con respecto a la de un hipotético autor mediato (elementos personales valorativamente neutrales o meramente tipificadores); y los que tipificarían deberes jurídicos especiales que recaerían en el autor directo (elementos personales referidos a valores)<sup>34</sup>. Formarían parte de la primera clase de delitos de propia mano los delitos de relaciones sexuales entre familiares (§ 173 StGB)<sup>35</sup>, embriaguez en el tráfico (§§ 315 c y 316 StGB)<sup>36</sup> y embriaguez peligrosa (§ 330 a

<sup>31</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), pp. 921 ss.

<sup>32</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), p. 928.

<sup>33</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), p. 931.

<sup>34</sup> HERZBERG, R. D., «Die Problematik der «besonderen persönlichen Merkmale» im Strafrecht», ZStW 88 (1976), pp. 102 ss.; EL MISMO, «Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale», GA 1991, p. 182.

<sup>35</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 88 (1976), pp. 103 ss.; EL MISMO, GA 1991, p. 184.

<sup>36</sup> HERZBERG, R. D., GA 1991, pp. 183 ss.

StGB)<sup>37</sup>. Integrarían el segundo grupo de delitos de propia mano, en cambio, los delitos de declaración previstos en los §§ 153, 154 y 156 StGB, que tipificarían la infracciones del deber de veracidad en la prestación de la declaración judicial que recaería sobre ciertos sujetos<sup>38</sup>.

Por último, en algunos delitos de propia mano la imposibilidad de cometer el delito en autoría mediata vendría determinada, advierte HERZBERG, por la existencia de determinadas normas extrapenales que impondrían la necesidad de realizar personalmente la conducta típica. Así, por ejemplo, los delitos de falso testimonio y de bigamia serían, para HERZBERG, delitos de propia mano, porque ni el Derecho procesal ni el Derecho civil y canónico alemán, respectivamente, permiten prestar testimonio o contraer matrimonio por representación<sup>39</sup>.

#### b) ROXIN

Para ROXIN, en los delitos de propia mano el contenido de injusto fundamentador de la pena no sería susceptible de dominio por parte de un sujeto distinto a quien realiza personalmente la conducta típica. Sería asimismo acertado, en opinión de este autor, que en estos delitos la naturaleza de propia mano vendría caracterizada por un comportamiento desligado del resultado, como defiende la teoría del movimiento corporal<sup>40</sup>. En su opinión, los delitos de propia mano deberían ser divididos en tres grupos: los delitos de autor jurídico-penal, los delitos en los que la conducta típica sería moralmente reprochable, pero no lesionaría bien jurídico alguno, y, por último, los delitos en los que recaería sobre el sujeto activo un deber jurídico altamente personal. En los primeros no se castigaría una determinada «acción», sino una «actitud» personal duradera, un tipo de personalidad que cabría designar como «asocial»<sup>41</sup>. Ejemplificaría esta clase de delitos el de rufianismo del § 181 a StGB<sup>42</sup>. En los deli-

<sup>37</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 88 (1976), pp. 102 ss.; EL MISMO, GA 1991, p. 183.

<sup>38</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 88 (1976), pp.103 ss.; EL MISMO, GA 1991, p. 182.

<sup>39</sup> HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), pp. 943 ss., refiriéndose para designar a este criterio a la «propia mano dependiente del Derecho procesal» («*Verfahrensrecht-sabhängige Eigenhändigkeit*»).

<sup>40</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 470.

<sup>41</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 447.

<sup>42</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 446. De idéntica opinión HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), p. 938. Ya se apuntó *supra* que en el marco de los delitos referidos al autor, HERZBERG distinguió entre los relativos al «cuerpo» del autor y los relativos a su personalidad. Según HERZBERG, de delitos como, por ejemplo, el de rufianismo, previsto (§ 181 a StGB), podría deducirse la existencia de un tipo general que rezaría del siguiente modo: «quien marque su personalidad con un comportamiento asocial duradero, de tal modo que se convierta en un rufián, etc. (...)».

tos vinculados a determinado comportamiento que no lesionaría bien jurídico alguno, la Ley castigaría con penas determinadas formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables, de manera que la figura central del suceso de la acción sólo podría serlo quien realizase personalmente un tal comportamiento. Respondería para ROXIN a estas características el delito de incesto (§ 173 StGB)<sup>43</sup>. Por último, los delitos de propia mano consistentes en la infracción de un deber jurídico extrapenal altamente personal se distinguirían porque, en ellos, el deber especial que obligaría al sujeto activo del delito sólo podría ser infringido mediante la realización «de propia mano» de la conducta típica<sup>44</sup>. Constituyen para ROXIN ejemplos de delito de propia mano en el sentido que acaba de ser indicado el delito de huida del lugar de accidente (§ 142 StGB), los de falso testimonio (§§ 153, 154, 156 y 160 StGB), el de ofensa al sentimiento religioso (§ 166 StGB), el de incumplimiento del deber de alimentos (§ 170 b StGB), el de puesta en peligro de niños por falta de cuidados (§ 170 d) o el delito de omisión del deber de socorro (§ 330 StGB)<sup>45</sup>.

c) SCHÜNEMANN

Por fin, en opinión de SCHÜNEMANN, los delitos de propia mano en sentido estricto se distinguirían por que, en ellos, la conducta típica consistiría en un acto por medio del cual el propio sujeto activo se «autodescalificaría», dando un mal ejemplo. Son delitos de propia mano para SCHÜNEMANN, entre otros, los delitos de prevaricación judicial, incesto y falso testimonio. El específico merecimiento de pena de estos delitos obedecería a que el mal ejemplo que representaría la conducta típica podría llevar a una destrucción de determinadas instituciones, como la familia o la Administración de Justicia, protegidas por medio de los referidos tipos. Así, por ejemplo, quien como Juez prevarique, defraudará la confianza que se habría depositado en él como titular del Poder Judicial; quien cometa incesto se hará indigno de ser portador de lazos familiares; y, por último, el testigo que declare en falso defraudará la confianza que le habría sido especialmente depositada por parte del Juez, desacreditando, con ello, toda su declaración y, en realidad, su propia idoneidad como testigo en el procedimiento<sup>46</sup>. En

<sup>43</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 451.

<sup>44</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, p. 428.

<sup>45</sup> ROXIN, C., *Autoría y Derecho penal*, 7.ª ed., 2000, pp. 429 ss. De idéntica opinión en relación, entre otros delitos, con los de injurias y de prevaricación HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), pp. 940 ss.

<sup>46</sup> SCHÜNEMANN, B., «Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht», ZSchR 1978, p. 151.

estos casos, el elemento típico que sirve para describir la ejecución del hecho en los delitos de propia mano debería concurrir en el autor directo del delito. En los casos en los que un sujeto no cualificado realizase la conducta típica en «autoría mediata», faltaría la «autodescalificación» y la puesta en peligro del bien jurídico institucional antes referidas. Así, por ejemplo, si un Juez fuera coaccionado con una pistola que le apunta a dictar una resolución incorrecta, el Juez no se comprometería ni a sí mismo ni comprometería a la Administración de Justicia. Del mismo modo, si un testigo declarase en falso inducido a error como consecuencia del engaño de un tercero, no podría decirse, según SCHÜNEMANN, que el testigo habría sido infiel en su declaración, ni tampoco que el inductor que le engaña se encontraría en disposición de comprometer la institución de la prueba testifical, ya que el Tribunal no habría depositado sobre él una confianza especial<sup>47</sup>.

## B) Valoración crítica

A la vista de las concepciones de HERZBERG, ROXIN y SCHÜNEMANN sobre los delitos de propia mano, puede decirse, en resumen, que el fundamento de esta clase de delitos residiría en alguna de las siguientes razones: *a)* elementos referidos al autor (HERZBERG); *b)* existencia de elementos personales referidos a valores (HERZBERG); *c)* existencia de normas extrapenales (HERZBERG); *d)* «actitud» personal duradera, tipo de personalidad «asocial» (ROXIN); *e)* presencia de formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables (ROXIN); *f)* infracción de especiales deberes jurídicos altamente personales (ROXIN); y *g)* conducta típica como acto de «autodescalificación» ante la comunidad (SCHÜNEMANN).

*a)* El primero de los criterios que deben ser sometidos a valoración crítica consiste en el criterio de la referencia al autor. El origen de este criterio debe verse en la distinción, más amplia, entre los elementos típicos referidos al autor y los referidos al hecho (*tatbezogene Merkmale*) operada en sus inicios por GALLAS<sup>48</sup> y LANGE<sup>49</sup>, y seguida en la actualidad por TRONDLE<sup>50</sup>, TRONDLE / FISCHER<sup>51</sup>, LENCKNER /

<sup>47</sup> SCHÜNEMANN, B., ZSchR 1978, p. 151.

<sup>48</sup> GALLAS, W., «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», en EL MISMO, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968 (= Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957, 1957, pp. 3 ss.), p. 156.

<sup>49</sup> LANGE, R., en VV.AA., *Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, II. Allgemeiner Teil* (Sesiones 14-25), 1958, pp. 96 s.

<sup>50</sup> TRONDLE, H., StGB, 48ª ed., 1997, § 28/3.

<sup>51</sup> TRONDLE, H. / FISCHER, T., StGB, 49.ª ed., 1999, § 28/2 ss.

ESER / CRAMER / STREE<sup>52</sup>, JESCHECK / WEIGEND<sup>53</sup>, SAMSON<sup>54</sup>, HOYER<sup>55</sup>, WESSELS / BEULKE<sup>56</sup>, y LACKNER / KÜHL<sup>57</sup>, entre otros autores. La principal objeción que cabe formular contra la teoría que ahora nos ocupa es la siguiente: la distinción entre «elementos del autor» y «elementos del hecho» contiene un alto grado de artificiosidad. En contra de lo que afirmara en su momento el primer Armin KAUFMANN, no existen «elementos puros de la autoría». Y ello es así, entre otras razones, no solo en el ámbito del Derecho penal, sino incluso en el más amplio del sentido (gramatical, social) mismo de los términos «autor» y «hecho». Según mi parecer, carece de sentido distinguir entre elementos del hecho y elementos del autor porque todos los elementos del hecho también sirven para caracterizarlo como un hecho del correspondiente autor. De este modo, la cualificación como referido al hecho o referido al autor devendría finalmente arbitraria.

SCHÜNEMANN ilustra esta circunstancia con varios ejemplos. La cualificación de funcionario, considerada mayoritariamente por la doctrina alemana, de acuerdo con esta línea de pensamiento, como un elemento referido al autor, serviría, ciertamente, para describir al autor. Pero no debería olvidarse, prosigue SCHÜNEMANN, que dicha cualificación describiría, al mismo tiempo, el hecho que, como falsificación documental en la función pública, o como puesta en libertad de presos, se fundamentaría en las posibilidades objetivas típicas de la posición del autor. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, con el elemento que limitaría la autoría en el delito de secreto profesional<sup>58</sup>.

b) Por lo que respecta al argumento relativo a la existencia de elementos personales referidos a valores, debe señalarse que tampoco la categoría de los «elementos referidos a valores» de HERZBERG es de recibo, porque cobra sentido a partir de su oposición a otra categoría, la de los «elementos valorativamente neutrales», cuya aceptación se encontraría lejos de aparecer como razonable. La principal razón por la que ello es así consiste en que todos los elementos típicos, incluso los meramente descriptivos, serían, en realidad, elementos de naturaleza valorativa. Ya que el simple hecho de su selección como elementos tí-

<sup>52</sup> LENCKNER, T. / ESER, A. / CRAMER, P. / STREE, W., en SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, P., *StGB*, 25.<sup>a</sup> ed., 1997, § 28/15.

<sup>53</sup> JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T., *AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 658.

<sup>54</sup> SAMSON, E., *SK*, 5.<sup>a</sup> ed., 1991, § 28/5.

<sup>55</sup> HOYER, A., *SK*, 7.<sup>a</sup> ed., 2000, § 28/21.

<sup>56</sup> WESSELS, J. / BEULKE, *AT*, 28.<sup>a</sup> ed., 1998, § 13/558.

<sup>57</sup> LACKNER, K. / KÜHL, K., *StGB*, 23.<sup>a</sup> ed., 1999, § 28/3.

<sup>58</sup> SCHÜNEMANN, B., *ZSchR* 1978, p. 143; EL MISMO, «Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung» (1), *Jura* 1980, p. 360.

picos debe apoyarse, necesariamente, en una previa valoración del legislador<sup>59</sup>. Por lo demás, en el negado supuesto de que el criterio propuesto por HERZBERG bastase para explicar satisfactoriamente el contenido de injusto de los delitos de propia mano, lo cierto es, sin embargo, que HERZBERG no explica cuál es la razón por la que, por ejemplo, en los delitos de declaración (§§ 153, 154 y 156 StGB) debe considerarse más grave declarar falsamente «de propia mano» que hacerlo a través de un instrumento. Desde mi punto de vista, el criterio de HERZBERG adolece, quizá incluso de forma más clara que otras concepciones, de uno de los principales defectos de las teorías materiales de los delitos de propia mano: la presencia de una forma de pensamiento considerablemente intuitiva, expresada en el intento de sistematización de elementos personales inmateriales de difícil o imposible aprehensión racional<sup>60</sup>. Ciertamente, HERZBERG, cuya formulación tiene como principal objetivo la resolución del problema relativo a la punibilidad del partícipe en delitos con «elementos personales especiales» (§ 28 StGB), se limita a cuestionarse en cada uno de los casos en los que podría encontrarse implicado un delito con elementos personales especiales si la conducta del *intraneus* resultaría más merecedora de pena que la del *extraneus*, sin racionalizar, en la mayor parte de los casos, los motivos que explicarían esta circunstancia.

c) La tercera de las fundamentaciones materiales de la categoría de los delitos de propia mano, según la cual en algunos de estos delitos la «propia mano» sería algo que resultaría de ciertas normas extrapenales, también fue sugerida en su momento por HERZBERG. A primera vista, esta teoría parece guardar una íntima conexión con la concepción de los *Pflichtdelikte* como delitos que consistirían en la infracción de deberes jurídicos extrapenales, que tiene en ROXIN, como es sabido, a su principal representante. Sin embargo, esto no es sino una falsa apariencia. No se trataría, según HERZBERG, de que en los delitos de propia mano la limitación de la autoría a los sujetos que realicen personalmente la conducta típica se debería a la existencia de ciertos deberes extrapenales que solo recaerían sobre los autores directos. Esto es, deberes jurídicos extrapenales «altamente personales». Las normas ajenas al Derecho penal a las que se refiere HERZ-

<sup>59</sup> GALLAS, W., «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», en GREBING, G., ZStW 88 (1976), pp. 173 s.; ROXIN, C., LK, 11.<sup>a</sup> ed., 1994, § 28/45 y nota 82; SAMSON, E., SK, 5.<sup>a</sup> ed., 1991, § 26/3 ss.; GRÜNWALD, G., «Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)», GD-Armin Kaufmann, p. 560, nota 28; HAKE, M., *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»*. Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB, 1994, p. 96.

<sup>60</sup> En un sentido parecido MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 111; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 39.

BERG no impondrían al sujeto deberes especiales, sino que establecerían reglas de naturaleza procedimental que condicionarían la ejecución de la conducta típica hasta el punto de impedir su realización a través de otro. Contra la opinión de HERZBERG que ahora se somete a consideración se ha formulado una importante objeción: no consiste en una teoría de la que pueda desprenderse la existencia de los delitos de propia mano como categoría general y abstracta, esto es, desconectada de la concreta regulación positiva de un determinado ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, es evidente que si de acuerdo con el ordenamiento jurídico alemán el matrimonio debe ser contraído personalmente, esto es, no resulta posible contraer matrimonio por representación, el delito de bigamia deberá cometerse personalmente. No cabrá, por tanto, autoría mediata a través de un apoderado que actúe, por ejemplo, engañado. Sin embargo, de ello no se deduce que el delito de bigamia deba ser entendido como un delito cuya conducta típica solo sea comisible personalmente con respecto a todo ordenamiento jurídico. Ello no sería algo obligado en aquellos ordenamientos en los que, como ocurre por ejemplo con el español, se encuentra permitido el matrimonio por poderes<sup>61</sup>. Del mismo modo que si en Alemania cambiase la regulación civil y canónica del matrimonio, probablemente HERZBERG dejaría de calificar el delito de bigamia como un delito de propia mano<sup>62</sup>.

d) Tampoco la fundamentación según la cual determinados delitos se caracterizarían por expresar una «actitud» personal duradera o un tipo de personalidad «asocial» merece correr, desde mi punto de vista, mejor fortuna. Existen algunos argumentos de cierta consistencia que permiten afirmar que el delito de rufianismo del § 181 a StGB, que ROXIN pone como ejemplo de la clase de delitos que ahora nos ocupan, no es una muestra de «Derecho penal de autor», sino de «Derecho penal del hecho». Como podrá comprobarse seguidamente, el fundamento material del delito de rufianismo resulta perfectamente reconducible a la lógica del Derecho penal de la lesión del bien jurídico, a la noción de dañosidad social. Siendo esto así, no existirá razón alguna para negar la posibilidad de que la conducta típica sea realizada en autoría mediata por un tercero que utilice al sujeto que ejecuta personalmente la acción como instrumento<sup>63</sup>. Analizaremos

---

<sup>61</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 124; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 181 ss., refiriéndose a lo que él denomina «autoría mediata hacia dentro».

<sup>62</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 184.

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 295 ss.

la cuestión planteada a la luz de dos tipos paralelos al § 181 a StGB en la legislación penal española: los antiguos delitos de rufianismo (art. 452 bis c) CP 1973) y «tercería locativa» (art. 452 bis d) CP 1973).

Según un sector de la doctrina, el art. 452 bis c) CP 1973, al castigar con pena «al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote (...)», no sancionaba la realización de actos concretos lesivos o peligrosos para el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la prostitución (libertad sexual, indemnidad sexual, honestidad, moral sexual, etc.), sino la forma de vida propia de un tipo criminológico de autor. Tipificaba, en suma, el rufianismo, entendido como un modo de vida consistente en vivir, en todo o en parte, a expensas de la persona explotada<sup>64</sup>. No es de extrañar, por ello, que también algunas resoluciones judiciales declarasen bajo la vigencia del CP 1973 que «el delito [*scil.* del art. 452 bis c) del CP] lo integraría el hecho de vivir, en todo o en parte, a expensas de la persona cuya prostitución explote y la doctrina de esta Sala ha aclarado suficientemente que los elementos que integran el delito son la explotación de la prostitución ajena y vivir en todo o en parte de las ganancias de esta prostitución (...)»<sup>65</sup>; que «dentro del amplio espectro de conductas cooperadoras a la prostitución el texto penal vigente se refiere al rufianismo en el tipo autónomo del art. 452 bis c), que según repetidas declaraciones jurisprudenciales comporta (...): b), que viva en todo o en parte de las ganancias obtenidas en el trato carnal organizado, participando directamente de sus beneficios, sin que puedan tener equivalente significación los regalos episódicos o lucros esporádicos, y siendo indiferente que el imputado disponga de otros medios económicos propios o se dedique más o menos eventualmente a algún trabajo u oficio»<sup>66</sup>; o, por último, que «en nombre de la libertad sexual no puede concederse carta de impunidad en el vigente dispositivo legal “a los que hacen de la prostitución ajena un medio de vida y de explotación lucrativa”»<sup>67</sup>.

Con la llegada del CP 1995, la referencia legal al modo de vida del rufián prevista en el art. 452 bis c) CP 1973 quedó abolida. Por esta razón, desde la entrada en vigor del actual Código, no se ha dictado, en lo que alcanzo a ver, resolución judicial alguna que haya pro-

<sup>64</sup> *Vid.*, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, III, 2.ª ed., 1991, p. 267.

<sup>65</sup> STS 22 mayo 1979 (cursiva añadida).

<sup>66</sup> STS 15 junio 1981 (cursiva añadida).

<sup>67</sup> STS 1 marzo 1995 (cursiva añadida).

puesto una interpretación restrictiva de alguno de los tipos relativos a la prostitución de cuya conformidad sólo pueda ser castigado como autor quien «viva a expensas» del sujeto explotado. Puede pensarse razonablemente que la abolición del delito de referencia obedeció a la voluntad legislativa de eliminar, en la medida de lo posible, algunas de las principales expresiones legales del denostado «Derecho penal de autor». No obstante, no resulta en absoluto incompatible con la letra del art. 452 bis c) CP 1973 entender que el contenido de injusto de este delito, lejos de estar integrado por un tipo criminológico de autor asocial o inmoral, podía explicarse perfectamente a partir del bien jurídico «libertad sexual». En efecto, como se desprendía ya del propio tenor literal del art. 452 bis c) CP 1973 («al que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote [...]»), la realización del tipo de referencia exigía no sólo que el sujeto activo viviese a expensas de la persona prostituida, sino que, además, se hubiese producido la explotación de la prostitución de la víctima, restringiéndose gravemente, de este modo, su libertad sexual. Esta tesis fue respaldada por un sector de la doctrina española<sup>68</sup>, y reconocido, incluso, por algunas de las resoluciones judiciales anteriormente citadas. Así, por ejemplo, la STS 22 mayo 1979 declaró que «el delito [scil. del art. 452 bis c) del CP] lo integra el hecho de vivir, en todo o en parte, a expensas de la persona cuya prostitución explote y la doctrina de esta Sala ha aclarado suficientemente que los elementos que integran el delito son la explotación de la prostitución ajena y vivir en todo o en parte de las ganancias de esta prostitución (...)». Y la STS 1 marzo 1995, afirmó, por su parte, que «en nombre de la libertad sexual no puede concederse carta de impunidad en el vigente dispositivo legal 'a los que hacen de la prostitución ajena un medio de vida y de explotación lucrativa'».

e) También resulta ampliamente criticable, en mi opinión, la fundamentación de ciertos delitos como «de propia mano» a partir de la tesis de que, en algunos casos, el legislador habría tipificado como delito determinados comportamientos que, sin lesionar bien jurídico alguno, representarían formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables<sup>69</sup>. Según ROXIN, ello ocurriría, por ejemplo, en el delito de incesto previsto en el § 173 StGB. Una de las conductas

<sup>68</sup> Vid., por todos, MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 115 ss.

<sup>69</sup> Sigue una línea crítica del planteamiento de ROXIN distinta de la que aquí se sigue HERZBERG, para el que ni todos los delitos sin lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos son delitos de propia mano, ni todos los tipos en los que se lesiona un bien jurídico son comisibles en autoría mediata: vid. HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), pp. 905 ss.

previstas en este precepto consiste en el mantenimiento de relaciones sexuales entre hermanos (§ 173.2 StGB), siempre y cuando no hayan cumplido, en el momento del coito, los dieciocho años (§ 173.3 StGB). Sin embargo, creo poder afirmar que no sería en absoluto descartable interpretar el § 173 StGB de tal modo que se entendiera que si el legislador penal ha decidido tipificar como delito el mantenimiento de relaciones sexuales entre hermanos mayores de dieciocho años, ello no es porque se trate de un comportamiento inmoral especialmente reprochable. Sino porque, en términos de protección de la libertad sexual, la conducta del sujeto activo sería, desde una perspectiva *ex ante*, más peligrosa. Trataré de fundamentar esta conclusión apoyándome en la literatura penal generada por tres preceptos de derecho español: dos de derecho positivo, los arts. 180.1.4.<sup>a</sup> y 181.4 CP 1995; y uno de derecho derogado, el art. 434 CP 1973<sup>70</sup>.

De acuerdo con los actuales arts. 180.1.4.<sup>a</sup> y 181.4 CP el mantenimiento de relaciones sexuales entre hermanos solo será constitutivo de delito cuando el sujeto activo se haya prevalido de la relación de parentesco existente con la víctima para «conseguir» la relación sexual. Así, según el art. 180.1.4.<sup>a</sup> CP, «las anteriores conductas (*scil.* agresiones sexuales) serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: (...) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima». Según el art. 181.4 CP, «las penas señaladas en este artículo (*scil.* abusos sexuales) se impondrán en su mitad superior si concurren la circunstancia 3.<sup>a</sup> o la 4.<sup>a</sup> de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código». La doctrina dominante en España considera que el fundamento de la agravación de la pena prevista para los supuestos de agresión o abuso sexual con «prevalimiento familiar» nada tiene que ver con la voluntad de proteger una determinada moral sexual familiar, sino que puede ser explicado sin problemas en términos de protección del bien jurídico «libertad sexual»<sup>71</sup>. De esta opinión es, por ejemplo, QUERALT JIMÉNEZ, que considera que la razón que explicaría la existencia de los tipos agravados que ahora nos ocupan debe verse en la mayor peligrosidad *ex ante* de la conducta para la libertad sexual, al resultar facilitada la ejecución del delito<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Sobre estos preceptos *vid.* también SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 33, nota 7.

<sup>71</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 292 ss.

<sup>72</sup> *Vid.*, por todos, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *PE*, 4.<sup>a</sup> ed., 2002, p. 116.

Algo parecido podría predicarse en relación con el art. 434 CP 1973, antecedente inmediato de los preceptos que acaban de ser analizados. Según aquel precepto, «la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleciendo de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor. La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estupro». A la luz de este precepto, un sector de la doctrina española entendió que la agravación de la pena presente en el segundo inciso de este precepto para el llamado delito de «estupro-incesto», obedecía, entre otras ideas, a la de que dicho comportamiento atentaría contra el «orden moral sexual familiar»<sup>73</sup>, o contra la familia como «zona neutralizada sexualmente»<sup>74</sup>. Sin embargo, no faltaron voces que se alzaron a favor de considerar que, junto al componente lesivo de la moral sexual que acaba de ser referido, o en su lugar, el art. 434 CP 1973 también podía ser interpretado en clave de lesión o puesta en peligro de la libertad sexual. Una de estas voces fue la de MAQUEDA ABREU. Según esta autora, en el delito del art. 434 CP 1973, la agravación de la pena bien podría responder al hecho de que, con el «prevalimiento familiar», las posibilidades de que la lesión de la libertad sexual se acabase produciendo finalmente se verían claramente incrementadas. Las razones de que ello sea así residiría, en opinión de MAQUEDA, en la estrecha vinculación que, en términos de confianza, superioridad-inferioridad moral, influencia psicológica o dependencia económica, suele presidir las relaciones entre familiares próximos<sup>75</sup>.

Los ejemplos de derecho español que acaban de ser analizados podrían ser útiles, desde mi punto de vista, para interpretar el § 173 StGB de tal modo que dicho precepto quede apartado de la senda de los preceptos que tipificarían comportamiento meramente inmorales no lesivos de bien jurídico alguno, si es que dichos preceptos en realidad existen. Entre el delito del § 173.2 y 3 StGB y los previstos en los arts. 180.1.4.<sup>a</sup>, 181.4 CP 1995 y 434 CP 1973 existe una evidente diferencia: la ausencia del elemento «prevalimiento de la relación de parentesco» en el primero de los preceptos citados. Salvando esta diferencia, creo que no sería en absoluto descartable interpretar el § 173 StGB en clave de protección de la libertad sexual. En efecto, sería razonable entender que el motivo por el que el StGB habría deci-

<sup>73</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, III, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, p. 241.

<sup>74</sup> *Cfr.* la exposición de este extremo que se encuentra en MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 113, sin adherirse, sin embargo, a esta posición, como se verá a continuación en el texto principal.

<sup>75</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 113.

dido castigar con pena el mantenimiento de relaciones sexuales entre hermanos mayores de edad no consistiría en el aseguramiento de la convivencia familiar mediante el reconocimiento de la familia como zona «sexualmente pacífica»<sup>76</sup>. Dicho motivo podría verse en la mayor facilidad de ejecución que proporcionaría al sujeto activo el aprovechamiento de la relación de parentesco. De este modo, aunque ciertamente el tipo no exigiría expresamente la concurrencia del elemento del «prevalimiento familiar», una interpretación restrictiva del § 173 StGB en clave de protección de la libertad sexual recomendaría, en mi opinión, su exigencia.

f) La fundamentación de conformidad con la cual en algunos delitos de propia mano el rasgo distintivo consistiría en la existencia de un deber especial altamente personal que recaería sobre el sujeto activo del delito, defendida, entre otros autores, por ROXIN, es susceptible de ser censurada por diversos motivos. En primer lugar, debe hacerse notar que si los delitos de propia mano en realidad existen, los delitos con deberes jurídicos altamente personales poco o nada tendrían que ver con ellos. En efecto, en la concepción de ROXIN, mientras que en los delitos de propia mano «propios» la necesidad de la realización de propia mano de la conducta típica se deduciría del carácter antisocial de la personalidad del autor del delito o de la inmoralidad de la conducta típica, en los delitos que ahora nos ocupa el elemento esencial consistiría en la infracción de un deber jurídico extrapenal altamente personal. No en vano, este extremo es reconocido por el propio ROXIN, que denomina a estos delitos «de propia mano *impropios*»<sup>77</sup>. La terminología empleada por ROXIN pone de manifiesto que en estos delitos, el elemento de la infracción del deber jurídico altamente personal los aproximaría, más que a la categoría de los delitos de propia mano, a la de los delitos especiales.

Una parte considerable de los delitos especiales puede ser explicada a partir la existencia de deberes jurídicos especiales que recaerían sobre el sujeto activo del delito. Por esta razón, estimo preferible remitirme a lo que entonces se dijo con respecto a la teoría que fundamenta el injusto de los delitos especiales en la infracción de deberes jurídicos especiales: la teoría de los *Pflichtdelikte*. Basta señalar

---

<sup>76</sup> Entre nosotros, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español, Parte Especial*, 18.ª ed., 1995, p. 193, consideró este extremo, sin embargo, un interés merecedor de ser protegido penalmente. Críticamente al respecto BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, III, 2.ª ed., 1991, p. 241; MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 113.

<sup>77</sup> ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7.ª ed., 2000, pp. 428, 520 ss. y 714 ss.

aquí, por el momento, que la tesis según la cual los delitos consistentes en la infracción de deberes jurídicos altamente personales, aunque «impropios», serían, a la vez, delitos de propia mano es equívoca al menos en un triple sentido.

Debe advertirse, en primer lugar, que no es cierto que en los delitos que ahora nos ocupan no quepa la autoría mediata. Haciendo ahora mía la terminología empleada por SÁNCHEZ-VERA, podría afirmarse que, en ellos, no sería posible, ciertamente, la autoría mediata «desde fuera», pero sí la autoría «hacia dentro». En efecto, en esta clase de delitos, el *extraneus* nunca podría ser autor, ni directo ni mediato. Pero el *intraneus* sí podría cometer el delito, en cambio, como autor mediato utilizando a un *extraneus* como instrumento. Por ejemplo: es evidente que un sujeto que no se encuentre especialmente obligado a permanecer en el lugar en el que se habría producido un accidente por no haberlo ocasionado personalmente nunca podrá ser autor del delito previsto en el § 142 StGB. Pero no lo es menos que el *intraneus* sí podrá realizar el tipo utilizando a un *extraneus* como instrumento. Por ejemplo, induciendo al copiloto a la huida bajo engaño de que no concurrirían los presupuestos que harían aplicable el precepto de referencia. No cabe duda de que esta posible realización en autoría mediata del tipo que nos ocupa entraría en franca contradicción con su consideración como delito «de propia mano»<sup>78</sup>.

En segundo lugar, es cierto que en los delitos de propia mano el *extraneus* nunca podría ser autor mediato. Pero también lo es que esta circunstancia no es sino una de las principales consecuencias que se desprenden de la categoría de los delitos especiales: quien no puede ser autor directo por no concurrir en su persona los elementos, relaciones, propiedades, etc. exigidos por el tipo, tampoco podrá ser autor mediato. Como señala nuevamente SÁNCHEZ-VERA, si en los delitos con deberes jurídicos especiales altamente personales no cabe lo que él llama la autoría mediata «desde fuera», esto es, la autoría de un *extraneus* a través de un instrumento, ello no obedece a ninguna de las razones que normalmente se invocan en favor de la exigencia de la «propia mano», sino al carácter altamente personal del deber, que exigiría la realización del tipo «en propia persona»<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> En un sentido parecido HERZBERG, R., ZStW 82 (1970), pp. 911 ss., para quien el elemento del «deber jurídico especial altamente personal» nunca podría ser el elemento clave de la categoría de los delitos de propia mano, ya que existen «delitos de dominio» únicamente comisibles en autoría directa, así como delitos de infracción de un deber comisibles en autoría mediata (p. 920).

<sup>79</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 148 ss. y 163.

Como ya se ha señalado *supra*, SÁNCHEZ-VERA defiende la tesis de que en los delitos de infracción de un deber, un *extraneus* no puede ser autor, ni directo ni mediato. Los supuestos de autoría mediata «desde fuera», esto es, de un *extraneus* que utiliza a un *intraneus* como instrumento que actúa sin dolo, serían, en su opinión, supuestos de delito putativo impune. En estos casos, el hombre de atrás, el *extraneus*, sabría estar utilizando a un *intraneus*, pero creería erróneamente que, con ello, estaría infringiendo un deber altamente personal que en realidad no le afectaría, que no existiría con respecto a él, ya que en los delitos de infracción de un deber altamente personal, el deber recaería sobre el *intraneus*, no sobre el *extraneus*. Así, por ejemplo, el *extraneus* que engaña a un juez (*intraneus*) para que dicte una resolución manifiestamente injusta no incurrirá, para SÁNCHEZ-VERA, en un error inverso de tipo, sino en un error inverso de prohibición. El sujeto creería erróneamente estar infringiendo la norma que prohíbe prevaricar, cuando, en realidad, esa norma estaría dirigida, exclusivamente, a los funcionarios y autoridades<sup>80</sup>. En opinión de SÁNCHEZ-VERA, idéntica calificación (delito putativo impune) merecerían los supuestos en los que un *extraneus* realiza la conducta típica de un delito de infracción de un deber creyendo erróneamente ser un *intraneus*, descubriendo posteriormente, por ejemplo en el juicio, que no lo es. La razón de que ello sea así debe verse, a juicio de SÁNCHEZ-VERA, en el siguiente principio: del mismo modo que en los delitos de infracción de un deber el *extraneus* no puede ser autor mediato, tampoco puede ser autor directo<sup>81</sup>.

Desde mi punto de vista, la identidad de calificación jurídica (delito putativo) y tratamiento (impunidad) que SÁNCHEZ-VERA predica para ambas clases de casos resulta altamente discutible. Así, mientras que los supuestos del *extraneus* que utiliza como instrumento a un *extraneus* para cometer un delito de infracción de un deber sí merecerían la impunidad propia del delito putativo, para los casos de autoría directa de *extraneus* considero preferible reservar la calificación *de tentativa inidónea punible*. No es posible en este lugar realizar una exposición mínimamente exhaustiva de las razones por las que considero preferible someter las dos clases de supuestos que ahora nos ocupan a un tratamiento diferenciado. Tales razones constituyen, además, la parte más importante de un trabajo de próxima publicación que tiene por objeto, entre otras cuestiones, el análisis de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo. Por este motivo estimo pre-

<sup>80</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 152.

<sup>81</sup> SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, p. 152.

ferible remitirme a lo que allí se indicará en relación con este particular<sup>82</sup>.

Por último, tampoco se alcanza a entender cuál es la razón por la que ROXIN considera «de propia mano» solo algunos delitos especiales consistentes en la infracción de un deber personal, y no otros en apariencia análogos. Así, no se comprende por qué serían delitos de propia mano los delitos de huída del lugar de accidente (§ 142 StGB), falso testimonio (§§ 153, 154, 156 y 160 StGB), ofensa al sentimiento religioso (§ 166 StGB), incumplimiento del deber de alimentos (§ 170 b StGB), puesta en peligro de niños por falta de cuidados (§ 170 d StGB) u omisión del deber de socorro (§ 330 StGB); y no, en cambio, los delitos de revelación de secreto profesional, infidelidad en la custodia de documentos, o, en definitiva, todos los delitos especiales que, desde su propia concepción deberían ser calificados como consistentes en la infracción de un deber<sup>83</sup>.

g) La última de las concepciones que debe ser considerada críticamente es aquélla según la cual el fundamento material de delitos como el de incesto, el de prevaricación judicial o el de falso testimonio residiría en la «autodescalificación» del sujeto activo ante la co-

<sup>82</sup> Baste señalar en este lugar que la posición que aquí se defiende se encuentra respaldada por un amplio sector doctrinal, del que cabría destacar, entre otros, a Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, p. 144; MAURACH, R., «Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens», NJW 1962, pp. 767 ss.; EL MISMO, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. del original alemán *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, y notas Derecho español, a cargo de J. CÓRDOBA RODA), II, 1962, p. 197; NOWAKOWSKI, F., «Literaturbericht: Hans WELZEL, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6.<sup>a</sup> ed., 1958», JZ 1958, pp. 415 ss.; NAGLER, J. / JAGUSCH, H., en *LK*, 7.<sup>a</sup> ed., 1954, § 43, p. 193; VOLK, K., en BOCKELMANN, P. / VOLK, K., *Strafrecht, AT*, 4.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 211; BLEI, H., *Strafrecht, AT*, 10.<sup>a</sup> ed., 1989, p. 151; SCHLÜCHTER, E., «Gründfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB. 2 Teil: Bewertungsirrtümer im Tatbestandsbereich», JuS 1985, p. 529; MAURACH, R. / GÖSSEL, K. H. / ZIPF, H., *Strafrecht, AT*, II, 7.<sup>a</sup> ed., § 40/170 ss.; RUDOLPHI, H. J., en RUDOLPHI, H. J. / HORN, E., / SAMSON, E., *SK*, 5.<sup>a</sup> ed., 1991, §§ 22 y 23; JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), II, 1982, pp. 731 ss.; LACKNER, K., *StGB*, 19.<sup>a</sup> ed., 1991, §§ 22 y 23, pp. 161 ss.; ESER, A., en SCHÖNKE, A., / SCHRÖDER, H., *StGB*, 26.<sup>a</sup> ed., 2001, §§ 22/76 y 23/16; TRÖNDLE, H., *StGB*, 48.<sup>a</sup> ed., 1997, pp. 162 ss.; WESSELS, J., *Strafrecht, AT*, 2.<sup>a</sup> ed., 1972, § 12 III, pp. 100 ss.; 22.<sup>a</sup> ed., 1992, § 14 III 1, pp. 187 s.; HAFT, F., *Strafrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, pp. 229 ss.; KÜHL, K., *Strafrecht, AT*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997, p. 514; MIR PUIG, S., *Adiciones*, II, 1982, § 61, p. 735; EL MISMO, *PG*, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, 13/82; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, 1986, pp. 433 ss.; ALCÁCER GUIRAO, R., «Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo», RDPC 2.<sup>a</sup> Época, (7), 2001, pp. 11 ss.

<sup>83</sup> En un sentido parecido *vid.* MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, pp. 126 ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 53 ss.

lectividad, y en el peligro que este «mal ejemplo» podría suponer para instituciones como la familia o la Administración Pública. Este punto de vista, que tiene en SCHÜNEMANN a su principal representante, merece ser criticado sobre la base de diversos argumentos.

Es cierto, en primer lugar, que en desde el punto de vista de un Derecho penal que persiga la protección de la sociedad mediante la evitación de comportamientos peligrosos para bienes jurídico-penales, la comisión de un delito representará para la colectividad, sin duda, un mal ejemplo. Pero no se alcanza a ver cual es la razón por la que ello debe ser así únicamente para los tres delitos «de propia mano» citados por SCHÜNEMANN. Si, por ejemplo, A mata a B, ¿no representaría también la conducta homicida de A, acaso, un mal ejemplo para la colectividad? En términos dialécticos o comunicativos, ¿no exige el comportamiento de A la declaración por parte del Estado de que la conducta es penalmente antijurídica del mismo modo que ocurriría en un supuesto de incesto, prevaricación o falso testimonio? En términos preventivo-generales, ¿no cumpliría la pena en el ejemplo del homicidio la misma función «ejemplificativa», positiva o negativa, que en el resto de delitos?

Es posible formular una segunda crítica al planteamiento de SCHÜNEMANN. En el negado supuesto de que pudiera compartirse con el autor que ahora nos ocupa que la comisión de un delito de incesto, prevaricación o falso testimonio «autodescalificaría» especialmente a su autor frente a la colectividad, quedaría todavía pendiente de explicación por qué dicha «autodescalificación» solo tendría lugar a través de la realización «de propia mano» de la conducta. Por ejemplo, ¿cuál es la razón que impediría afirmar en el conocido y ya mencionado caso de la casa de citas de Hamburgo que la conducta de la regenta del local (que indujo al mantenimiento de relaciones sexuales entre hermanos sin el conocimiento por parte de éstos de la relación de parentesco existente entre ambos) no representaría un «mal ejemplo» para la colectividad? Creo poder afirmar, en suma, que el elemento de la «autodescalificación» o el «mal ejemplo», central en la concepción de SCHÜNEMANN sobre los delitos de propia mano, constituye un claro ejemplo de lo que MAQUEDA ABREU ha denominado con acierto «elementos, en fin, que tenían por exclusivo objeto estrechar conscientemente los lazos «inmateriales» del autor con su hecho. Y como «inmateriales», incapaces de ser aprehendidos por mediación de nadie<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 111.

#### 2.2.4. Conclusión

Desde mi punto de vista, los llamados delitos «de propia mano» no sólo no son delitos especiales, sino que son el resultado de una construcción cuyos fundamentos formales (teorías del «tenor literal», del «movimiento corporal» y de la «intensidad») y materiales (teoría de los «elementos personales referidos a valores» de HERZBERG, teoría de la «actitud» personal duradera «asocial» y de las formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables de ROXIN, y teoría de la «autodescalificación» de SCHÜNEMANN) son de tan dudosa consistencia que resulta preferible concluir su incorrección como categoría dogmática<sup>85</sup>. Tal conclusión conduce necesariamente a proponer, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la desaparición, por su falta de fundamento material, de los llamados «delitos de propia mano».

### 2.3. Perspectiva de lege lata

2.3.1. Queda pendiente de respuesta la cuestión de si, a pesar de esta valoración negativa y de la propuesta *de lege ferenda* de la desaparición de la clase de delitos que ahora nos ocupan, el tenor literal de algunos tipos obligaría a entender que, pese a la referida falta de fundamento, no cabría en ellos la autoría mediata. Esto es, si desde una perspectiva *de lege lata* no queda más remedio que seguir admitiendo la existencia en el derecho positivo de delitos de propia mano. En relación con este particular, los autores que desde la mencionada perspectiva *de lege ferenda* se muestran críticos con la existencia de los delitos de propia mano se hallan divididos en dos sectores.

A) Por una parte, algunos de estos autores creen que existen algunos preceptos en los que, a pesar de que desde la perspectiva de la ley deseable sería preferible que ello no ocurriera, el tenor literal de la conducta típica se encontraría redactado en términos que harían imposible la autoría mediata. Se trataría de una consecuencia materialmente insatisfactoria derivada de una técnica legislativa formalmente defectuosa que el principio de legalidad obligaría a respetar. Ello ocurriría, por ejemplo, en todos aquellos tipos en los que el legislador ha-

---

<sup>85</sup> De idéntica opinión, aunque a partir de argumentos en parte coincidentes y en parte dispares, MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, *passim*; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 299 ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, *passim*.

bría empleado expresiones verbales reflexivas<sup>86</sup>, o habría redactado el tipo de tal modo que la conducta típica sólo podría ser «realizada» personalmente, no a través de otro sujeto. Constituirían muestras de esta técnica legislativa el delito de «autoaborto» (art. 145.2 CP)<sup>87</sup>, el de incendio en bienes propios (art. 357 CP)<sup>88</sup> o los delitos contra la seguridad en el tráfico, previstos en los arts. 379, 381 y 384 CP<sup>89</sup>.

Así, se diría, del mismo modo que solo la mujer embarazada podría provocar su propio aborto, o solo el titular de ciertos bienes podría provocar un incendio que los destruya como resultado de un incendio en bienes propios, la «conducción» del vehículo a motor o

---

<sup>86</sup> Críticamente sobre el pronombre «se» («*sich*») con respecto a la forma verbal pasivo-refleja presente en el antiguo delito de automutilación para evitar el servicio militar (antiguo § 17.1 WStGB: «Quien mediante mutilación *se* haga inútil para el servicio militar ...») y el determinante posesivo «su» que aparece en el § 218.1 StGB, relativo al aborto («la mujer que mate el fruto de *su* concepción ...») como argumentos decisivos en favor de la consideración de dichos delitos como delitos «de propia mano», HERZBERG, R. D., ZStW 82 (1970), pp. 921 ss. Como muestra de la llamada «teoría del tenor literal», las referidas expresiones tendrían para HERZBERG una validez meramente indiciaria. Según este autor, la presencia de alguna de aquellas expresiones reflexivas sería tan poco informativa de la condición «de propia mano» como su ausencia de la exclusión de dicha posibilidad. Lo único decisivo sería, en su opinión, el sentido de la ley (p. 923).

<sup>87</sup> De acuerdo con este precepto, «la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses».

<sup>88</sup> Según este precepto, «el incendiario de bienes propios será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales».

<sup>89</sup> Art. 379 CP: «El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años»; art. 381 CP: «El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años. En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos»; art. 384 CP: «Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381.

ciclomotor exigida para la realización de los tipos contra la seguridad en el tráfico citados *supra* sólo resultaría imaginable «de propia mano», no «a través de otro»<sup>90</sup>. Así, por ejemplo, si A, conecedor de que B tiene que conducir, vertiera un licor en la bebida alcohólica del segundo y, como consecuencia de la combinación, ingerida por B, este último se emborrachara y condujera efectivamente bajo la influencia de las bebidas alcohólicas de referencia, la conducta de A quedaría impune. Porque, desde el punto de vista que ahora se expone, aunque *de lege ferenda* probablemente sería aconsejable redactar el art. 379 CP de tal modo que también dicho comportamiento constituyese un delito contra la seguridad en el tráfico, no quedaría otro remedio que aceptar que, *de lege lata*, A no habría realizado la conducta típica. Ya que el único que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas, tal y como exige el tipo, es B, no pudiendo decirse, en cambio, que «A ha conducido bajo el efecto del alcohol a través de B».

B) Frente a esto, un segundo sector doctrinal considera que los delitos de propia mano, esto es, aquéllos que no admitirían la autoría mediata, no solo no *deberían* existir (perspectiva *de lege ferenda*), sino que, de hecho, no *existen* (perspectiva *de lege lata*). Según este punto de vista, una interpretación teleológico-material de los tipos penales en los que *prima facie* parecería que la conducta típica solo puede ser realizada de forma personal pondría de manifiesto que lo importante para el contenido de injusto del delito no sería la realización «de propia mano» de la conducta típica, sino la lesión del bien jurídico. Y que, en virtud de este hecho, el «espíritu de la ley» exigiría apreciar en estos tipos su posible realización en autoría mediata del mismo modo que ocurre en los restantes delitos del CP. Así, en el ejemplo de la conducción bajo los efectos del alcohol al que se ha hecho referencia *supra*, según esta segunda línea de argumentación no existiría problema alguno para castigar a A como autor mediato del delito previsto en el art. 379 CP. Porque la *ratio legis* de este precepto consistiría en la protección de la seguridad en el tráfico, y A la habría lesionado mediatamente, esto es, utilizando a B para producir en el tráfico rodado un «resultado» lesivo de aquel bien jurídico: la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del propio B. Sería irrelevante, según esto, que A no hubiese alterado «directamente» la seguridad en el tráfico conduciendo él mismo, porque la lesión de la seguridad en el tráfico se habría producido de todos modos<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», LL 1996.2, p. 1285.

<sup>91</sup> Siguen esta dirección HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, p. 299 ss.; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 113 ss.

2.3.2. ¿Cuál de estas dos posiciones doctrinales es más atendible? ¿La que entiende que, a pesar de que *de lege ferenda* los delitos de propia mano deberían desaparecer, *de lege lata* no quedaría más remedio que reconocer que existen, de hecho, delitos de propia mano en los que no cabría, por tanto, autoría mediata? ¿O la que considera, en cambio, que ni *de lege ferenda* ni *de lege lata* sería correcto afirmar la existencia de delitos de propia mano?

2.3.3. Desde mi punto de vista, el hecho de que, como acaba de comprobarse con motivo de la exposición y valoración crítica de la categoría dogmática de los delitos de propia mano, dos de sus principales defensores, ROXIN y HERZBERG, se proclamen defensores del carácter «de propia mano» de delitos como, por ejemplo, el de prevaricación pondría de manifiesto que la conclusión alcanzada *supra* en relación con el delito de infidelidad en la custodia de documentos de autoridad o funcionario público previsto en el art. 413 CP también es extensible a la mayor parte de los delitos que la doctrina califica como «de propia mano». Así, del mismo modo que en relación con el referido delito de infidelidad en la custodia de documentos se señaló que ni el tenor literal del art. 413 CP ni su sentido material impedirían castigar al *intraneus* que utiliza a un *extraneus* para distraer o destruir documentos bajo custodia, puede predicarse lo mismo para la autoridad o funcionario público que prevarica a través de otro. En ambos casos, el contenido de injusto material del delito que ahora nos ocupa no se desprendería de la ejecución personal de la destrucción del documento por el funcionario, sino de la producción de dicha destrucción como resultado lesivo del bien jurídico protegido: el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

2.3.4. Como con acierto han señalado MAQUEDA ABREU, la mayor parte de los denominados «delitos de propia mano» no presentarían una estructura típica «altamente personal», como en muchas ocasiones se ha insinuado. Al contrario. Se trataría de tipos con una estructura típica objetiva y material. Objetiva, porque contendrían elementos susceptibles de «dominio» o «pertenencia». Y material, porque no se caracterizarían por comprender meros atentados contra la moral, sino lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Tales elementos objetivos y materiales serían atribuibles, a título de autoría, no solo al sujeto que realice personalmente la conducta típica, sino también a quien cumpla con dichos elementos dominando la voluntad del instrumento que ejecute el hecho. Resulta irrelevante para la atribución de la autoría si el sujeto ha ejecutado el hecho personalmente o bien lo ha hecho a través de otro<sup>92</sup>. Ello

<sup>92</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 110. En sentido parecido SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado «delito de propia mano»*, 2004, pp. 131 ss. y 146.

resulta de especial trascendencia en aquellos supuestos en los que, como ocurre en los casos de «instrumento doloso no cualificado», solo cabría castigar al autor mediato, ya que en el directo no concurrirán los elementos o relaciones exigidos por el tipo para ser autor.

2.3.5. En los delitos especiales que, además, han sido tradicionalmente calificados como delitos «de propia mano», los elementos objetivos y materiales del tipo a los que ahora me refiero consistirían en elementos que afectarían al bien jurídico protegido, en el sentido de que guardarían relación con su lesión o puesta en peligro. Esta idea ha sido puesta de relieve en una de las últimas aportaciones de MIR PUIG a la discusión relativa al sentido de los distintos juicios de valor presentes en cada uno de los momentos del delito. En este trabajo, MIR defiende un concepto de antijuricidad penal para el que carecerían de relevancia, a los efectos de dicho concepto, «las condiciones de acceso a la norma que no condicionan previamente la imputación objetiva y subjetiva de la lesión del bien jurídico»<sup>93</sup>. En cambio, «sí son evidentemente relevantes para la relación con lo injusto del hecho —para MIR—, porque influyen en el ataque al bien jurídico, las características que requieren en el autor los delitos especiales. El ejemplo paradigmático de los delitos de funcionarios pone de manifiesto que en ellos la lesión del bien jurídico requiere la condición de funcionario. El criterio que ofrece la relación con el bien jurídico permite, en definitiva, identificar qué es lo antijurídico del hecho concreto y, abstrayendo de él lo demás, conseguir la delimitación del hecho antijurídico y abstracto»<sup>94</sup>. Sería, sin embargo, irrele-

<sup>93</sup> MIR PUIG, S., «Valoraciones, normas y antijuricidad material», *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 89.

<sup>94</sup> MIR PUIG, S., *LH-Cerezo Mir*, 2002, pp. 89 ss. Esta idea ya había sido apuntada en relación con los delitos de funcionario público por SCHÜNEMANN, B., *Jura* 1980, p. 362. Según este autor, el elemento «funcionario público» en los delitos impropios de funcionario no es un elemento personal, sino que consiste en un elemento relativo al bien jurídico protegido en un doble sentido. En primer lugar, en los delitos impropios de funcionario, el funcionario ocuparía una posición especial en relación con el bien jurídico «común» (por ejemplo, la salud individual del preso en el delito del § 340 StGB), ya que éste se encontraría especialmente amenazado por aquél, habida cuenta de la especial facilidad de ejecución que al funcionario le permite la posición privilegiada que ocupa. En segundo lugar, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico «especial», esto es, el correcto funcionamiento de la Administración, solo podría ser producida como autor por el funcionario público (p. 362, nota 58). En Alemania, las referencias de MIR PUIG y SCHÜNEMANN a los elementos del tipo referidos a valores sirven de base a un sector de la doctrina para distinguir tales elementos de los «referidos al autor», considerándose los primeros comunicables a todo interviniente en el hecho que los conozca, y los segundos, en cambio, no comunicables, en cambio, a aquéllos en quienes no concurren. Integran este sector doctrinal, entre otros autores, GRÜN-WALD, G., *GD-Armin Kaufmann*, 1989, pp. 555 ss.; JÄHRIG, W. A., *Die persönlichen*

vante, si el funcionario lesiona el bien jurídico mediante la realización «de propia mano» de la conducta o bien utilizando para ello a un instrumento no cualificado, ya que la lesión del bien jurídico se produciría del mismo modo en uno y otro caso.

2.3.6. Así las cosas, en los supuestos de «instrumento doloso no cualificado», los elementos a los que ahora me refiero podrán ser imputados a todo aquel interviniente en el hecho que haya creado, con voluntad consciente referida a tales elementos, un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado. Estos dos requisitos, la creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado, y la voluntad consciente de los elementos objetivos de que concurren en el supuesto de hecho los elementos objetivos del tipo correspondiente, bastarían para imputar a un interviniente en el hecho la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Así, por ejemplo, volviendo al supuesto del funcionario que induce a su secretaria a deshacerse de los documentos que el primero tiene bajo su custodia, en este caso nada impedirá, en mi opinión, imputar la destrucción de tales documentos al funcionario, porque su conducta, la inducción a una subordinada de la destrucción de los documentos, crearía un riesgo típicamente relevante que se realizaría en el resultado que finalmente se acaba produciendo. En efecto, del mismo modo que nadie negaría que al funcionario que induce a otro funcionario a destruir los documentos custodiados le sería imputable objetiva y subjetivamente la destrucción de los documentos, no se ve razón alguna para descartarlo en el caso de que el inducido sea un *extraneus*. En términos de imputación objetiva o subjetiva, ¿es menos relevante esta segunda conducta que la primera? Pues bien: si no puede dudarse razonablemente la existencia de la lesión de un bien jurídico y existe un interviniente en el hecho al que ésta puede ser objetiva y subjetivamente imputada, ¿cómo puede explicarse, entonces, que dicha lesión quede impune?

2.3.7. En suma: el contenido de injusto del delito de infidelidad funcional en la custodia de documentos nada tiene que ver con la destrucción personal de los documentos por parte del funcionario, sino con el hecho mismo de su destrucción. Por esta razón, carecerá de todo fundamento determinar la autoría en dicho delito a partir de un concepto que, como el del dominio del hecho, continúa anclado

---

*Umstände des § 50 StGB, 1974, passim; DOWLAD, A., Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung an gebotswidrig unterlassener Hilfstätigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Stellung der Garantienpflicht innerhalb der Akzessorietätsregelung (§ 28 StGB), 1981, p. 92; y PIOTET, P., «Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre», ZStW 59 (1957), pp. 17 ss. y 30 ss.*

en el elemento del dominio fáctico o naturalístico de la ejecución de la conducta típica. Frente a este criterio, se presenta como más adecuado el criterio de la pertenencia del hecho de MIR PUIG. Como ya se apuntó *supra* con motivo de la exposición y valoración crítica de las versiones de la teoría del dominio del hecho formuladas en relación con los delitos especiales, en alemán, el término «*Herrschaft*» tiene dos posibles acepciones: «dominio» y «pertenencia». Aplicadas al *hecho* delictivo, la primera guardaría relación con el control *fáctico* del mismo, la segunda con el dominio del *delito* como hecho dotado de sentido *social* o *normativo*. Pues bien: de estos dos aspectos, la concepción de MIR se apoyaría en el aspecto más normativo de la «pertenencia», como criterio que permitiría atribuir al autor no el «hecho» como fenómeno empírico que dominaría naturalísticamente, sino el «delito», o el «injusto» del mismo como hecho social intersubjetivamente desvalorado<sup>95</sup>. Así, por ejemplo, en el caso del funcionario que encarga a su secretaria la destrucción de documentos que tiene bajo su custodia que nos viene ocupando, solo al funcionario «pertenece» el delito como hecho normativo desvalorado, realizando el instrumento no el hecho injusto, sino únicamente su substrato material<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Es posible que sea ésta la circunstancia que haya conducido a HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata*, 1996, pp. 310 ss., a incluir en su exposición de las soluciones doctrinales propuestas para la solución de los supuestos de «instrumento doloso no cualificado» la teoría de la pertenencia del hecho de MIR entre las teorías del dominio del hecho, y, más concretamente, junto a la teoría del dominio psicológico-normativo de JESCHECK. Sin embargo, la razón por la que MIR evita en su concepción el empleo del término «dominio» y estima preferible referirse a la «pertenencia» debe verse en que el único modo de pasar de la lógica ontológica, del «ser», propia del «dominio» a la deontológica o del «deber ser» a la que pertenecería la autoría como tercer juicio de imputación consistiría, precisamente, en la sustitución de un concepto tan marcadamente fáctico como el de «dominio» por el más normativo de «pertenencia».

<sup>96</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, 1992, p. 103.