



¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?

M.^a Carmen Gómez Rivero

Profesora Titular de Derecho penal
de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción. II. Los delitos de propia mano, ¿una categoría carente por completo de sentido? III. Las razones de un falso argumento. La supuesta incompatibilidad de la autoría mediata y los delitos de propia mano. Por extensión, el problema de la actio libera in causa. IV. La razón de ser de la categoría de los delitos de propia mano. 1. La exclusión de limitaciones relativas a la autoría mediata y a la alic no es argumento para despojar de cualquier sentido a la categoría de los delitos de propia mano. 2. La genuina singularidad de los delitos de propia mano. V. Perspectivas. VI. Bibliografía citada.

Resumen: El trabajo trata de responder a la pregunta en torno a si aun es posible seguir hablando de los delitos de propia mano como categoría autónoma a pesar de las críticas que se le han dirigido. La tesis que se sostiene es que si se reformula su contenido en clave normativa y se llega a un consenso en torno a la realidad que se identifica con ellos no habría inconveniente en continuar manejando esa terminología. Desde las premisas actuales del Derecho penal aquella categoría de delitos sólo podría traducirse en el reconocimiento de que su dinámica ejecutiva demanda que a quien responda de ellos como autor conforme a los criterios comunes de la teoría del dominio del hecho le sea imputable no sólo el resultado de lesión o peligro sino la concreta conducta que contemplan. A diferencia de lo que a menudo se ha sostenido, desde esa comprensión normativa el reconocimiento de un grupo de delitos que se adjetiven como de propia mano no se traduce en restricción alguna relativa a la autoría mediata, sino que sus peculiaridades se proyectan tan sólo al ámbito de la responsabilidad en comisión por omisión.

I. Introducción

Si realmente fuera cierto que existe una categoría de delitos cuya peculiaridad, como ha apuntado desde hace tanto tiempo la doctrina¹, consistiera en que en ellos sólo puede ser autor quien realice la conducta de forma *personal e inmediata*, ya sea por razones vinculadas a cualidades a él consustanciales (por ejemplo, la condición de fun-

cionario o de testigo) o circunstancialmente dadas en el momento en que actúa (por ejemplo, conducir un vehículo o tener una relación sexual) habría de admitirse la consecuencia de que en los mismos quiebran algunas de las construcciones generales ensayadas por la dogmática jurídico penal en determinados aspectos, y que tendría razón la doctrina que de forma casi automática repite que entre las consecuencias indiscutibles de esta tipología delictiva habría de contarse la de que no pueden cometerse en autoría mediata ni en comisión por omisión. Porque ciertamente, si se admitiera que hay delitos cuya construcción típica requiere una relación directa y personal entre la acción que físicamente realiza el autor y la consecuencia desvalorada que la misma produce, difícilmente podría hacerse responder por ellos a quien no actuase de forma inmediata y, menos aún, a quien tan sólo se limitara a omitir.

Ni qué decir tiene, sin embargo, que el razonamiento silogístico anterior se derrumbaría tan pronto como pudiera hacerse decaer la premisa sobre la que descansa, esto es, tan pronto como pudiera rebatirse que realmente existan delitos cuya peculiaridad fuera justamente la descrita. De hecho, en la literatura penal actual no son ya aisladas las voces que han puesto en tela de juicio dicho rasgo distintivo y, con él, la existencia misma de aquella tipología delictiva como categoría autónoma, negando de forma absoluta que exista un grupo de delitos con peculiaridades especiales, tan propias e indisolublemente ligadas a su forma ejecutiva, que le hicieran merecer adjetivarse como

¹ Dado el abundante número de monografías que se han ocupado de recoger aquella doctrina, no tendría sentido que la reprodujéramos aquí. Baste remitirnos, por ejemplo, al estudio que realiza MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid, 1992, págs. 15 y ss.

de *propia mano*. Tanto en la doctrina de habla alemana² como en la nuestra³, estas voces pretenden demostrar que si bien dicha categoría cuenta a su favor con el mérito de haberse mantenido desde que la formulara BINDING a principios del siglo pasado, se trata de un concepto totalmente inconsistente en términos de su fundamentación dogmática, lo que de paso explicaría que durante tanto tiempo haya buceado en la más absoluta confusión en torno a todos los aspectos que le rodean: desde su fundamento hasta la identificación de los delitos que ya en concreto a lo largo del articulado del Código penal pudieran identificarse como tales.

Por encima de que compartan o no en última instancia los resultados a los que se llegan desde estas voces críticas, lo importante es que los distintos argumentos aportados hasta la fecha han puesto sobre el tapete, creo que con bastante acierto, todas las dudas que rodean a una clasificación categorial cuya solidez y admisibilidad a lo largo de la tradición doctrinal y jurisprudencial contrasta llamativamente con la falta de consenso en torno a su fundamento así como a los límites con que resulte admisible. Dado que en muchas de las monografías publicadas hasta la fecha así como en general en otros trabajos de investigación puede encontrarse un completo análisis de los argumentos aportados por los distintos autores al respecto, no tendría sentido volver a repetirlos aquí, si acaso con alguna variación poco significativa. Lo único que interesa destacar en estas líneas es que, por las razones que se irán desarrollando a lo largo del trabajo, sería un tanto precipitado afirmar que con ellos se haya cerrado definitivamente el debate entre los detractores y defensores de estos delitos ni que, probablemente, estemos cerca de poder

cerrarlo. Y es que, a menudo los argumentos manejados por cada una de las opciones a favor o en contra de su existencia representan posturas radicales que respectivamente tienden a demostrar la inconsistencia absoluta de la otra postura, también radical, y que por eso difícilmente permiten valorar los distintos matices que subyacen a cada una de ellas.

En efecto, el recorrido por esos trabajos pone de relieve que hasta la fecha la discusión se ha centrado la mayoría de las veces en unos términos de confrontación bastante categóricos: o se reconoce como una categoría especial la formada por los delitos de propia mano y, con ello, las consecuencias tradicionalmente asociadas a los mismos entre las que se cuenta la exclusión de la autoría mediata, o se niega la existencia misma de esa categoría sobre la base de razones que tratan de demostrar la entelequia de la construcción y, con ello, la falta de solidez de las consecuencias que se asocian a la misma. El resultado es que a menudo el debate se acaba reduciendo a una rígida y encorsetada discusión en torno a la validez o no de la categoría tal como se configuró tradicionalmente, pero sin ampliar la perspectiva para indagar si aún es posible reformular su concepto a la luz de los principios que inspiran el Derecho penal actual. Así, los partidarios de seguir manteniéndola se empeñan a veces en defenderla con todas las consecuencias que tradicionalmente se le han asociado, ignorando las dificultades apuntadas por sus detractores relativas, fundamentalmente, a lo cuestionable de cercenar en ellos la viabilidad de determinadas construcciones generalmente admitidas en la dogmática penal, como la autoría mediata. Por su parte, la forma en que los críticos de estos delitos pretenden dinamitar cualquier ra-

2 Véase por ejemplo HAFT, F., "Eigenhändige Delikte. Unter besonderer Berücksichtigung des Vollrausches (§330 a)", en JA 1979, págs. 651 y ss.

En la literatura de habla alemana, debe verse en la reciente doctrina suiza a SCHUBARTH, M., "Eigenhändiges Delikt und mittelbaren Täterschaft" en *SchwZStr* 1996, págs. 325 y s., con citas tanto a la doctrina alemana como suiza, quien ha puesto en tela de juicio la existencia de estos delitos (págs. 326 y ss.). Este autor llega a proponer como posible explicación de su subsistencia una suerte de orgullo de la dogmática alemana que le impide renunciar a las categorías que ha elaborado, algo que compara con la actitud de resistencia que también tuvo a la hora de abandonar la categoría de los delitos cualificados por el resultado. Es más, como tendremos ocasión de volver a referir más adelante, para este autor, aun cuando los delitos de propia mano existieran, la consecuencia no sería la que tradicionalmente se reconoce de impedir la posibilidad de apreciar la autoría mediata.

3 Ya a comienzos de los años noventa MAQUEDA ABREU criticaba esta categoría sobre la base de argumentos que apuntaban a su supuesta incompatibilidad con los criterios comúnmente aceptados del dominio del hecho (MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, ob.cit. págs. 101 y ss.). En fechas más recientes se han publicado otros trabajos que ofrecen argumentos complementarios con los que demostrar la inconsistencia de esta supuesta categoría delictiva. Entre ellos puede destacarse los manejados por HERNÁNDEZ PLASENCIA, L.U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996, págs. 299 y ss., quien destaca que, si bien ciertamente es posible identificar determinados aspectos peculiares en ciertos delitos, los mismos nada tienen que ver con rasgos específicos distintos de los que aportan ya otras clasificaciones generalmente admitidas; en concreto entiende que la mayoría de las veces no son más que fruto de una confusión con los delitos especiales. Abundando en esta línea debe citarse la monografía de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, quien ofrece de forma exhaustiva una serie de argumentos con los que rebate la existencia de esa categoría desde una perspectiva que apunta a lo desenfocado de la clasificación misma; esto es, a que en realidad con esta terminología no se hace referencia la mayoría de las ocasiones sino a la tipología delictiva de los delitos consistentes en la *infracción de un deber* y que, por ello, no deben tener más limitaciones que las que serían propias de estos delitos, pero sin que entre ellas figure la que con más frecuencia se repite, a saber, la supuesta imposibilidad conceptual de apreciar su comisión mediante una forma de autoría mediata, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de 'propia mano'. Respuesta a una situación jurisprudencia*, Madrid, 2004.

zón de ser que justificara su continuidad concentran a menudo sus esfuerzos en destacar la irracionalidad de sus consecuencias y pretenden atribuir su subsistencia durante tanto tiempo tan sólo a un error de enfoque en su estudio, pero sin profundizar en la cuestión acerca de si realmente puede identificarse aún algún rasgo peculiar en los mismos que de alguna forma justificara su pervivencia como categoría autónoma, con independencia de las consecuencias que después se le asociaran.

Frente a estos planteamientos tan radicales, y por parafrasear en alguna medida el título de este trabajo, podemos adelantar ya que su pretensión es intentar demostrar que pese a las críticas que se le han dirigido todavía *queda algo* de los llamados delitos de propia mano, de su esencia, si bien la misma está necesitada de un replanteamiento de sus rasgos a la luz del Derecho penal actual que los despoje de un buen número de adjetivaciones infundadas que a menudo le han acompañado en su formulación.

Para ello, en lo que sigue trataremos por separado en un primer apartado la cuestión en torno a si realmente pueden descubrirse en los delitos que tradicionalmente se han calificado como de propia mano determinados rasgos que justifiquen reconocerles ciertas peculiaridades que no presentan otros (I), ocupándonos después de tratar la cuestión relativa a su supuesta incompatibilidad conceptual con la autoría mediata (II), para acabar finalmente formulando la solución que defendemos a partir de los resultados que arrojen cada uno de esos apartados previos (III).

II. Los delitos de propia mano, ¿una categoría carente por completo de sentido?

En el debate en torno a lo razonable o no de la pretensión de seguir manejando la categoría de los delitos de propia mano resulta obligado volver la vista a los criterios conforme a los cuales de forma mayoritaria se han querido identificar los que, en concreto, se califiquen como tales. Aun cuando de ellos se han ocupado ya con profundidad un abundante número de estudios dedicados a la

materia y no tendría sentido volver a reproducirlos aquí, no está de más recordar en un rápido resumen que, básicamente y siguiendo la sistematización que hiciera ROXIN, pueden enunciarse como tales el de la teoría del *tenor literal* de los tipos, que atiende al criterio formal de los términos empleados por la ley; la teoría del *movimiento corporal*, atenta a la identificación de los delitos cuyo injusto consista en un hacer, de modo que solo pueda ser autor quien personalmente lo realice; o la teoría de la *intencionalidad*, que pone el acento en la identificación de la voluntad o energía criminal antijurídica castigada por la ley⁴.

Pero dejando a un lado éstas y otras clasificaciones, respecto a las que la doctrina ha denunciado con frecuencia que unas veces resultan sin más difícilmente compatibles con los principios que inspiran el Derecho penal actual y otras esconden a menudo la falacia de no responder en el fondo más que al criterio formal de interpretación de los tipos⁵, es posible descubrir cierto consenso a la hora de señalar como la genuina peculiaridad de estos delitos el dato de que tienen que ejecutarse de personalmente por quien responda por ellos. Este rasgo suele completarse de forma casi automática por la exigencia de que la ejecución se realice de una forma *física, directa y corporal*. En este sentido ya escribía BINDING que “El juez que quiera prevaricar ha de dictar él mismo la sentencia, el desertor ha de huir con sus propias piernas, el hermano, si quiere cometer incesto, ha de realizar por sí mismo el coito con la hermana, el testigo perjurado ha de expresarse por sí mismo y jurar su testimonio”⁶, y en la misma línea podía leerse también en la obra de LANGE en la primera mitad del siglo pasado que “lo esencial del juicio de desvalor jurídico-penal sobre el perjurio, el adulterio, el incesto, no queda aprehendido haciendo referencia a un resultado producido socialmente perjudicial. Lo que aquí hay que expiar, lo que aquí se castiga, no es —o no sólo— una lesión de un bien jurídico, sino un pecado, una perversidad corporal. No el resultado, sino la acción corporal frívola o impura que lesiona una prohibición sagrada es el auténtico motivo y el objeto de la tipificación”⁷. A esta forma de

4 ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, trad. De la sexta edición alemana por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L.* Madrid-Barcelona, 1998, págs. 436 y ss. Tras analizar críticamente estos criterios el autor considera que existen distintos grupos de casos en los que podrían identificarse los delitos de propia mano: los que llama delitos de autor jurídico penal, cuyo injusto consiste en una determinada actitud personal, así como los delitos vinculados a determinado comportamiento pero sin lesión del bien jurídico. Véase también una completa exposición y sistematización de los distintos criterios en AUERBACH, H., *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*, Frankfurt am Main, 1978, págs. 9 y ss. En nuestra doctrina puede verse una exposición y crítica de los criterios en MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano, ob. cit.*, págs. 23 y ss; HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal, ob. cit.*, págs. 286 s; GÓMEZ MARTÍN, V., “Perpetenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 17, 2006, págs. 16 y ss.

5 Véase por todos SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El delito de propia mano, ob. cit.*, págs. 39 ss. No puede ocultarse, por otra parte, que se trata de un criterio poco fiable porque “la interpretación de los tipos penales no puede hacerse depender exclusivamente de las palabras utilizadas por el legislador, sino del sentido de esas palabras”. En este sentido HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal, ob. Cit.*, pág. 288.

6 BINDING, K., *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1913, pág. 146.

7 LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf, Abhandlungen des Kriminalistischen Institut an der Universität Berlin*, Leipzig-Berlin, 1935, pág. 27.

entender dichos delitos responden igualmente otras definiciones más modernas, como la de ROXIN, para quien se trata de tipos delictivos en los que “sólo fundamenta la autoría el llevar a cabo personalmente la acción típica”⁸, y ya en nuestra doctrina, aquellas que recuerdan que en los delitos de propia mano “el tipo exige la realización de una acción determinada y sólo el que se encuentre en posición de ejecutarla inmediata y corporalmente, por sí mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo legal”⁹, o que se trata de “delitos cuyo injusto típico se encuentra ínsito en la ejecución personal de la acción típica”¹⁰.

Por encima de los distintos matices de cada una de esas definiciones, lo que importa destacar es que en cualquiera de ellas el rasgo de la realización personal se traduce en última instancia en la exigencia de que el comportamiento típico se ejecute en términos puramente ontológicos; o dicho de otra forma, en que se ejecute materialmente una determinada acción que posteriormente dará paso o no a un resultado que altere las condiciones del mundo exterior, dependiendo de que nos encontremos ante un delito de mera actividad o, por el contrario, de resultado¹¹.

Éste suele ser el punto de partida de la discusión, de tal modo que a partir del mismo se construyen los respectivos posicionamientos a favor o en contra de la conveniencia de mantener la existencia de aquellos delitos como categoría autónoma. Así entendidos, no cabe duda de que su comprensión se formula en clave meramente ontológica, naturalista, como ontológico es el punto de partida que exige que siempre y en todo caso el autor ejecute corporalmente el delito. Y desde luego, si se aceptan estas premisas, no habría más que calificar de coherentes las consecuencias que se asocian a la misma. Así, por sólo citar algunas, lógico sería identificar, como lo ha hecho la doctrina tradicional, una dualidad de requisitos característicos de aquella categoría delictiva. Por un lado, el que exige que el comportamiento lo realice de forma personal el autor, con la consecuencia de que no cabría apreciar la *autoría mediata*; por otro, que, además, lo realice desplegando una energía positiva que se traduzca en la exteriorización de una conducta sin que, por ello, bastara con que se limitara a omitir aun cuando sobre él pesara un deber de obrar.

A partir de la comprensión en dichos términos de los rasgos de estos delitos y, con ellos, de sus consecuencias, creo que en absoluto le ha faltado razón a los autores que los han criticado con dureza por entender que los criterios meramente *ontológicos* o *naturalísticos* no pueden cobrar un protagonismo decisivo a la hora de identificar los deli-

tos que supuestamente tuvieran características especiales frente a otros. Así ha sido desde que ya a principios del siglo pasado SCHMIDT denunciara que, comprendidos en estos términos, los delitos de propia mano no pueden valorarse más que como una “manifestación residual del naturalismo positivista”¹². Por el contrario, en un sistema de Derecho penal que desde hace ya tiempo reconoce la necesidad de manejar parámetros normativos en la elaboración jurídico penal de sus distintos tipos delictivos, el punto de partida que se adopte tanto a la hora de identificarlos como de extraer determinadas consecuencias de esa identificación sólo puede ser de corte normativo, puesto que otra perspectiva no habría de valorarse sino como un elemento extraño a ese sistema. En este sentido me parecen plenamente acertadas las palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES cuando afirma que,

“La figura del delito de propia mano no sólo no casa con un –correcto– entendimiento de la autoría mediata como *simple forma fenomenológica* de aparición de la autoría, sino que además también se opone, en general, a la hoy día imperante concepción normativa del Derecho penal y a la noción de autoría que en ella descansa. Que sólo pueda ser autor de un determinado delito aquel que ejecuta de propia mano la acción típica, se corresponde indudablemente, en efecto, con una concepción cognitivo-naturalista propia de los últimos años del siglo XIX, pero no con un punto de vista normativo, que hoy día domina la bibliografía jurídico penal internacional”¹³.

Llegados a este punto y por todas las razones anteriores, no podemos más que adherirnos a la referida doctrina. Ahora bien, de inmediato debemos anunciar ya que nuestra adhesión a la misma se agota en este punto, pero sin que se extienda a la conclusión que a partir de ahí extraen esos autores acerca de la impropiedad de manejar la categoría de los delitos de propia mano y la consiguiente propuesta de prescindir por completo de ella. Adelantando conclusiones podemos decir ya que frente a esta posición tan radical partimos del reconocimiento de que aún es posible conciliar ciertas peculiaridades que efectivamente tienen algunos delitos que bien pudieran denominarse como de propia mano con una comprensión normativa, acorde con los modernos postulados que inspiran la comprensión del Derecho penal actual.

De los términos de esa propuesta tendremos ocasión de ocuparnos con detalle en los apartados siguientes de este trabajo. De momento lo que interesa destacar es que su

8 ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., pág. 433.

9 Véase en este sentido HERNÁNDEZ PLASENCIA, U., *La autoría mediata en Derecho penal*, ob. cit., pág. 286.

10 MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2004, pág. 260.

11 Debe observarse que para los autores que identifican los delitos de propia mano con los de actividad y excluyen, por tanto, que entre los mismos puedan incluirse los de resultado, la ejecución personal así entendida habría de identificarse con la realización física de una acción.

12 SCHMIDT, E., *Militärstrafrecht*, Berlin, 1930, pág. 41.

13 Véase al respecto SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado ‘delito de propia mano’*, ob. cit., pág. 95.

punto de partida reside en el convencimiento de que con su caracterización como aquellos que requieren ser ejecutados corporalmente por el autor no se ha descrito más que una forma de entenderlos, la tradicional, que por las razones indicadas difícilmente encaja en el estadio actual de la elaboración jurídico penal, pero la misma no es la única clave en la que pueden comprenderse. De hecho, si bien es cierto que, según veíamos, en algunas de las definiciones doctrinales comúnmente propuestas se hace referencia como rasgo definitorio a dicha exigencia, ya desde otras se reconoce implícitamente que no siempre la acción de los delitos que se califiquen como tales reclama por sí misma dicha característica. No hay mejor prueba al respecto que el hecho de que incluso los autores que identifican determinados delitos de propia mano a partir de aquel rasgo no hayan tenido reparos en incluir también en dicha categoría otros casos que, sin embargo, demandan una explicación adicional. Sirva como ejemplo de cuanto queremos decir la construcción de un autor como HERZBERG, quien en la tarea de identificar las distintas clases de delitos que reconduce a aquella categoría reconoce implícitamente que no todos ellos pueden caracterizarse sin más por el dato de que la conducta descrita sea de tal naturaleza en su contemplación ontológica que requiera que se ejecute corporalmente. Para este autor esa característica tan sólo sería identificativa de un grupo de ellos, los *referidos al autor*; rúbrica en la que ubica los delitos que contemplan conductas que, por sus peculiaridades, el sujeto activo tiene que ejecutar con su propio cuerpo. Pero junto a ellos, continúa, hay delitos que son de propia mano porque presentan otro rasgo que los vincula con su autor: aquellos en los que la posible consumación por parte de terceros no puede encarnar la lesión del bien jurídico por requerir la infracción de un deber altamente personal, grupo en el que incluye, por ejemplo, el delito de prevaricación. También como categoría adicional refiere aquellos otros que si bien reclaman una determinada forma ejecutiva, la misma no tiene que ver con la necesidad de que la conducta, en su estricta contemplación fenomenológica, sea necesariamente ejecutada corporalmente por el sujeto activo, sino por razones de orden procesal. Es lo que sucede en los que denomina delitos de “*comisión de propia mano dependientes del Derecho procesal*”, donde incluye el delito de falso testimonio o de perjurio¹⁴.

Un simple repaso por la construcción de este autor me parece que basta para poner de relieve la necesidad de revisar la afirmación en torno a que los delitos de propia mano son aquellos que *siempre y en todo caso* requieren una ejecución corporal por razones relacionadas con la naturaleza de la respectiva conducta que describen y, con

ello, la necesidad de reformular sus rasgos para adaptar las peculiaridades que en su caso se le reconozcan a las premisas del moderno Derecho penal. Resulta por eso criticable que buena parte de los esfuerzos ensayados por la doctrina para poner en tela de juicio estos delitos haya dado a menudo por incuestionable aquel rasgo distintivo como único en que pudiera traducirse la especial vinculación del autor con su hecho, de tal forma que a partir del mismo lo único que se pusiera en tela de juicio fuera, bien la razón de ser de dicho rasgo, bien las consecuencias que al mismo se le asocian.

Frente a este proceder el punto de partida de las consideraciones de estas páginas es el reconocimiento de que no es aquella la única manera en la que puede entenderse la estrecha relación entre el hecho y su autor que ya semánticamente demanda la denominación “delitos de propia mano”. Y así, junto a la tradicional concreción de esta exigencia conforme a una contemplación meramente ontológica de la conducta, los delitos de *propia mano* se prestan a comprenderse en un segundo sentido. Éste consistiría tan sólo en reconocer que los mismos, por contemplar una determinada dinámica comisiva, exigen que el hecho guarde una *singular vinculación normativa* con quien se haga responder por ellos, con independencia de que realice la conducta de forma mediata o inmediata, de manera activa u omisiva.

Éste va a ser el punto de partida de la postura que sostendremos en estas páginas. No obstante, antes de seguir profundizando en el mismo resulta conveniente abordar la cuestión en torno a la supuesta incompatibilidad de la autoría mediata así como de la *actio libera in causa* con los delitos de propia mano tal como se han entendido tradicionalmente (II), en cuanto que las conclusiones de dicho análisis nos permitirán a su vez seguir abundando en la propuesta que aquí formulamos y, con ella, en la cuestión en torno a si, así entendidos, aún queda un espacio de racionalidad para la admisión de esta categoría de delitos (III).

III. Las razones de un falso argumento. La supuesta incompatibilidad de la autoría mediata y los delitos de propia mano. Por extensión, el problema de la *actio libera in causa*

Resulta cuando menos llamativo que a partir de aquella premisa a la que nos referíamos en el apartado anterior, si algún punto de unanimidad puede leerse en la literatura dedicada a identificar las consecuencias de los delitos de propia mano sea justamente la afirmación en torno a que no pueden cometerse en autoría mediata. De hecho, esta consecuencia parece ser tan obvia en la doctrina¹⁵ y en la

14 HERZBERG, R.D., “Eigenhändige Delikte”, en ZStW 1970, págs. 921 y ss.

15 Por todos, puede verse en nuestra doctrina ya en los años sesenta a GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 247 y ss.: “No hace falta extenderse mucho, después de lo expuesto hasta ahora sobre la autoría mediata, para justificar por qué en los llamados delitos de propia mano no es posible que sea el autor en sentido estricto el autor mediato. En este grupo de delitos el tipo hace siempre referencia a una actividad bien concreta; por ello, quien no la realiza directa-

jurisprudencia¹⁶ que sólo en ocasiones se ha cuestionado, y cuando lo ha sido a menudo esa puesta en tela de juicio ha sido contestada de forma casi inmediata por otros autores¹⁷. Al respecto tan sólo merece señalarse el dato de que no sin razón algunos autores, como MUÑOZ CONDE, se hayan mostrado favorables a admitir la autoría mediata al menos en relación con algunos de ellos. Así, con respecto al delito de violación, tras afirmar que “las conductas consistentes en ‘acceso carnal’ son delitos de propia mano en los que sólo puede ser autor en sentido estricto quien realiza la acción corporal descrita en el tipo, es decir, el acceso carnal”, el autor citado añade que “el caso en que alguien obliga a otro, mediante violencia o intimidación, a realizar la conducta típica podría considerarse como autoría mediata, ya que en este supuesto el sujeto activo no es más que un instrumento”¹⁸.

Pero más allá de estas afirmaciones en relación con delitos puntuales lo cierto es que, como decíamos, prácticamente no se ha discutido con carácter general la incompatibilidad conceptual de ambas calificaciones como construcción teórica, hasta el punto de que quienes denuncian las insatisfactorias consecuencias a que conduciría este modo de entenderlos concluyan extrayendo de ello argumentos, no para reformular la categoría de los delitos de propia mano, sino para postular sin más su desaparición¹⁹. Prescindiendo de momento de la valoración que nos merece esa consecuencia, en este apartado vamos a tratar tan sólo los argumentos con los que pretendemos

demostrar la inconsistencia de la pretensión de restringir las posibilidades de apreciar dicha forma de intervención en los delitos de propia mano, remitiendo a un apartado posterior nuestra propuesta de formulación de los mismos.

Ante todo debe recordarse que dicha crítica a tales restricciones a la autoría mediata en absoluto es nueva en la doctrina y, de hecho, como ya en parte referíamos, ha estado presente en buena parte de las objeciones formuladas a los delitos de propia mano como categoría que merezca subsistir autónomamente. Por centrarnos sólo en nuestra doctrina más reciente, resultan ilustrativos los argumentos aportados por algunos autores que han denunciado no sólo la incoherencia de los resultados a los que se llega con esa restricción, sino la falta de solidez del razonamiento en que la misma descansa. Así, prescindiendo de que se compartan o no por completo las respectivas construcciones, me parecen especialmente acertados los argumentos que, desarrollando la tesis que ya apuntara HERNÁNDEZ PLASENCIA²⁰, maneja SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES para descartar el acierto de cualquier restricción al respecto²¹. En este sentido observa que las únicas limitaciones a la autoría mediata que podrían reconocerse en estos tipos tendrían que ver, en su caso, con su condición de *delitos especiales*. De esta forma, entiende, si la autoría mediata hubiera que excluirse en relación con alguno de ellos eso se debería a que en los que se califican como especiales no puede considerarse autor a quien sin tener esa cualidad domine fácticamente los hechos²². Só-

mente no podrá ser nunca ‘el que’ a quien se refiere el precepto positivo. La conducta de lo que tradicionalmente se llama autor mediato podrá ser incluida, eso sí, dentro de la inducción o de la cooperación necesaria”.

16 Por su carácter reciente, me parece digna de cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2005, que tras calificar a los delitos contra el patrimonio histórico como de propia mano concluye, sin aportar más fundamento que, por ello, los derribos, alteraciones y daños tipificados en los arts. 321 a 323 CP “solamente son susceptibles de ser cometidos por los sujetos activos de las diferentes conductas allí descritas, esto es quien efectivamente derribe, altere o dañe con su actuación personal los objetos materiales a los que se refieren. Quiere ello decir que ni por medio de autoría mediata o por comisión por omisión –su especial posición de garante se resuelve a través de los arts. 322 y 404– cabría atribuirlos a los querellados que por su conducta omisiva hubieran permitido las correspondientes obras”.

17 En la doctrina suiza véase STRATENWERTH, G., “Gibt es eigenhändige Delikte?”, en *SchwZStr* 1997, págs. 87 y ss., quien sale al paso de las críticas formuladas por SCHUBARTH contra las limitaciones a la autoría mediata en este grupo de delitos. Véase también WOHLERS, W., “Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte”, en *SchwZStr* 1998, págs. 95 y ss., quien afirma que si justamente algún carácter identificativo puede predicarse de esta categoría de delitos es el tener como consecuencia la imposibilidad de que se cometan por autoría mediata, págs. 99 y ss.

18 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004, pág. 218. Sin embargo, esta conclusión no parece extraerla de otros delitos que también califica como de propia mano, como es el caso de la conducción temeraria, respecto al que tras afirmar que el autor en sentido estricto tiene que ser el conductor, reconduce la calificación de los terceros a los “los inductores, cooperadores necesarios o cómplices”, pág. 695, o el falso testimonio, que tras califica también como de propia mano excluye expresamente la posibilidad de apreciar la autoría mediata por considerarla incompatible con aquella cualidad, pág. 939.

19 Véase por ejemplo en la literatura más reciente, GÓMEZ MARTÍN, V., *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 17, 2006, ob. cit., pág. 37.

20 HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, ob. cit., págs. 299 y ss., 301: “aquellos tipos que se basan en la personalidad del autor o en la infracción de deberes altamente personales, considero que deben reconducirse a la categoría de los delitos especiales no a los de propia mano, pues un delito especial impide a quien no ostenta la cualidad especial de la autoría realizar el delito, aunque tampoco excluye la posibilidad de apreciar una autoría mediata del sujeto en que sí concurra una característica de la autoría y realice el tipo a través de otro que actúa como instrumento”.

21 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado ‘delito de propia mano’*, ob. cit., págs. 168 y ss.

22 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES agrupa los distintos delitos que tradicionalmente se han calificado como de propia mano

lo podrían sostenerse otras restricciones adicionales si se manejaran argumentos de cariz meramente fáctico, a menudo vinculados a una interpretación literal de los tipos, que a su vez remitieran a supuestas estructuras fenomenológicas que condicionaran su comprensión.

Para evitar reproducir en detalle el razonamiento de los autores citados, baste recordar en estas líneas uno de los argumentos que, a mi juicio, es el punto de arranque de los restantes y, con ello, el que considero de mayor peso para entender la verdadera razón de la inconsistencia de aquella supuesta incompatibilidad. El mismo enlaza con los pilares que inspiran la intervención del Derecho penal; en concreto, con la necesidad de valorar el injusto en términos objetivos, esto es, en una clave que atienda al contenido de desvalor de la conducta desde la perspectiva de los hechos, y no de la del autor que los realiza. Es el argumento que subraya que la incompatibilidad de los delitos de propia mano con los principios que inspiran el Derecho penal se debe a la necesidad de respetar la función que cumple esta rama del Ordenamiento Jurídico de proteger objetivamente bienes jurídicos, y no de elevar a objeto de reproche la actitudes o tendencias personales del autor. En este sentido, el principal obstáculo que se opondría a la pretensión de restringir la autoría mediata en los delitos llamados de propia mano habría de verse en la imposibilidad de admitir que el injusto de cualquier figura penal pueda hacerse recaer, antes que en la contemplación de la lesión del bien jurídico, en las actitudes, tendencias e incluso en el deleite que personalmente experimente del autor, circunstancias todas ellas que, en realidad, no sólo son irrelevantes para su comprensión sino que desenfocan la realidad objetiva del mismo hasta aproximarlos a una suerte de *Derecho penal de autor* que, de paso, ignora las necesidades de protección de la víctima²³.

Sólo desconociendo lo anterior puede entenderse que uno de los grupos de delitos que tradicionalmente se consideraron como de propia mano en la doctrina alemana fueran los relativos a los comportamientos que tienen que ver con conductas relacionadas con la libertad sexual, y más allá de ellos, los que encierran un innegable tinte de inmoralidad, como sucede en los trasnochados delitos de homosexualidad, adulterio o incesto; como tampoco es de extrañar que el propio ROXIN en las primeras formulaciones de la categoría incluyera como uno de los supues-

tos que repelen la contemplación de la autoría mediata los delitos relacionados con actitudes personales del autor y que, consciente de sus peculiaridades, los denominara "*delitos vinculados a determinados comportamientos sin lesión de bien jurídico*"²⁴. Creo que no hace falta indagar demasiado para advertir que sólo si se parte de que lo que se trata de castigar es el disfrute de una relación sexual considerada *contra natura* y, con ello, el reproche que merece el comportamiento de quien personalmente la realiza, tendría sentido contemplar estas conductas bajo una categoría especial, los delitos de propia mano y, con ello, descartar la posibilidad de que se cometan en autoría mediata. Hoy en día, sin embargo, no podría valorarse más que como un elemento extraño al Derecho penal la pretensión de configurar delitos que descansan sobre la base de un reproche personal y que, por ello, desenfocan la perspectiva de la lesión del bien jurídico con independencia de los métodos por los que ésta tenga lugar.

Con todo, no puede ignorarse que la "tentación" de reintroducir de nuevo los tipos de Derecho penal de autor no es ajena a nuestro legislador y que, de hecho, ha sucumbido a la misma en las recientes reformas del Código Penal del año 2003. Como acertadamente ha puesto de relieve en nuestra doctrina MUÑOZ CONDE, no puede calificarse más que como muestras de la vuelta a un Derecho penal de autor algunos tipos delictivos que en los últimos años se han incorporado al articulado de nuestro Código penal de la mano de esas reformas: en concreto, los que elevan a la categoría de delito la realización de cuatro faltas de lesiones o de hurtos en el plazo de un año, o de otros que incriminan conductas de simple posesión, como sucede con el art. 189.2 que castiga al que para "su propio uso propio posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces", comprendiendo incluso los casos en que se use la voz o la imagen deformada de éstos; o el art. 188.1 que castiga al que "se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma". Como señala MUÑOZ CONDE, estos preceptos "parecen referirse más a determinados 'tipos de sujetos' que a los hechos que realizan, haciendo recaer el centro

atendiendo a la presencia de los que llama elementos meramente fácticos o, por el contrario, elementos jurídicos. Así, según el autor, en el caso de los elementos meramente fácticos los delitos no presentarían en realidad peculiaridad alguna, en tanto que se trataría de elementos que pueden ser realizados por cualquier sujeto, de modo que la pretensión de identificar a partir de ellos una categoría especial no tendría ningún sentido. Por su parte, en relación con los delitos que incorporan elementos jurídicos, como los relativos a funcionarios públicos o a los que en general exigen ciertas cualidades especiales, como sería por ejemplo el caso del falso testimonio, estaríamos en realidad simplemente ante la fenomenología propia de los delitos de infracción de un deber, sin que, de nuevo, existiera justificación alguna ni para configurar una categoría con elemento distintos de los que ya aporta esta caracterización ni, por ello, para extraer más peculiaridades de este régimen que las que ya en general son propias de aquellos delitos, en *El denominado 'delito de propia mano'*, ob. cit., págs. 131 y ss.

23 En la literatura suiza véase SHUBARTH, M, *SchwZStr* 1996, ob. cit., págs. 325 y ss.

24 ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., págs. 446 y ss.

de gravedad de la intervención penal en su forma de vida o en sus tendencias o inclinaciones”²⁵. En cuanto que son reliquias del Derecho penal de autor nadie debiera extrañarse si los precursores de la introducción de estos tipos delictivos se esforzaran en requerir una realización corporal y directa de los mismos en los viejos términos del pecado y de la inmoralidad. Pero ni qué decir tiene que entonces esta conclusión habría de calificarse tan trasnochada y criticable desde los esquemas del Derecho penal actual como la incorporación misma de aquellos tipos delictivos.

Dejando a un lado esos delitos que ciertamente hoy día no pueden considerarse más que criticables y volviendo de nuevo la vista a los principios sobre los que descansa el Derecho penal actual, sólo si se desconociera la dimensión del injusto en la que, desde luego, ocupa un papel central el daño causado a la víctima y en su lugar se pusiera el acento en lo desaprobado de la actitud del autor podría entenderse, por ejemplo, la pretensión de considerar como tales, por sólo citar algunos, el delito de conducción en las distintas modalidades que contempla el Código penal, el delito de falso testimonio o, ya en un ámbito distinto, los delitos de acceso carnal dentro del capítulo más amplio de los relativos a la tutela de la libertad sexual.

En efecto, en relación con el primero de los citados, el de conducción en las distintas formas que contempla el Código penal, no es difícil encontrar en la literatura la afirmación de que se trata de un tipo de propia mano que repele, por ello, la posibilidad de que pueda cometerse en autoría mediata, una conclusión sólo admisible si el injusto consistiera, por ejemplo, en que “*el conductor conduzca poniendo en peligro a los demás*”, desconociendo así que desde la perspectiva del bien jurídico lo que se trata de evitar no es que un determinado sujeto realice personalmente la acción de conducir en tales circunstancias, sino tan sólo la conducción peligrosa. Bien es verdad que en la mayoría de los casos dicha conducción en situación de riesgo va a ser obra del autor, pero esto no tiene por qué ser necesariamente así. Imaginemos, por ejemplo, el caso de quien coaccionara al conductor para que realizara un adelantamiento en condiciones de visibilidad nula o para que condujera en sentido contrario al permitido. Imaginemos incluso el caso de unos atracadores que después de salir del banco tomaran como rehén a un taxista y a punta de navaja le obligasen a conducir a 120 km/h por una tra-

vesía urbana. ¿Es que a estas alturas de la elaboración de la dogmática jurídico penal alguien diría que los atracadores no deben responder por el delito de conducción en esas condiciones por el único hecho de que no tocan el volante? Los ejemplos podrían multiplicarse a todas las modalidades de los delitos contra la seguridad viaria que contempla el Código. Así, si alguien obligase a un tercero que previamente ha bebido a conducir un vehículo, ¿es que también habría de quedar impune por el solo hecho de que él ni ha bebido ni conduce?²⁶.

Con la misma claridad se presentan las cosas en relación con el delito de falso testimonio que también referimos más arriba. Ciertamente se trata de un delito que reviste ciertas singularidades en lo que se refiere a la apreciación de las formas de autoría. Lo que ocurre es que, como ha puesto de relieve en la doctrina SÁNCHEZ-VERA²⁷, las mismas tienen que ver con su carácter especial así como con ciertas peculiaridades que lo acompañan en el orden procesal, de tal forma que si presenta alguna limitación relativa a la posibilidad de apreciar la autoría mediata, eso no se debe a una supuesta singularidad fenomenológica que tuviera que ver con una pretendida infracción del deber de lealtad del llamado a ser testigo. Al contrario, el único injusto que se trata de tutelar también en estos delitos es la lesión del interés representado en la búsqueda de la verdad procesal como instrumento necesario en la Administración de Justicia, con independencia, por tanto, de quién sea el sujeto que en el supuesto en cuestión determine que se realice la falsedad.

De forma especialmente clara puede descubrirse la vinculación del argumento que excluye la autoría mediata con un supuesto mal que se vincula tan sólo a la actitud personal del autor cuando se vuelve la mirada a los delitos relativos a la libertad sexual. En ellos, en efecto, se comprueba tal vez mejor que en ningún otro ámbito que las voces que tradicionalmente han negado que puedan cometerse por dicha forma de autoría no son más que el fruto de una seria confusión: la que identifica el contenido del injusto con el beneficio, deleite o provecho que para el mismo se derive de la relación sexual de que se trata. Resulta por ello más que entendible que un autor, como MUÑOZ CONDE, que califica estos delitos como de propia mano admita sin embargo que los mismos puedan cometerse mediante autoría mediata²⁸; como entendible resulta también que otros autores que consideran que de calificarse la violación como delito de propia ma-

25 MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el 'Derecho penal del enemigo'*, Buenos Aires, 2005, pág. 38.

26 Ejemplificando sobre esta categoría de delitos véase SCHUBARTH, M, *SchwZStr* 1996, *ob. cit.*, pág. 333, quien no encuentra razones para excluir la autoría mediata en ejemplos como el de quien vierte licor de alto contenido alcohólico en la cerveza que beberá el conductor (pág. 326), o el de quien hace creer a un extranjero que en el país donde se encuentra debe circular por el lado prohibido de la carretera (pág. 332). Para este autor, el principal argumento para admitir en estos casos la autoría mediata es la necesidad de atender al bien jurídico protegido así como a las necesidades de protección de la víctima.

27 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado delito de 'propia mano'*, *ob. cit.*, págs. 161 y s.

28 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, *ob. cit.*, pág. 218.

no la consecuencia obligada tendría que ser la imposibilidad de apreciar entonces su ejecución en autoría mediata, se hayan esforzado por fundamentar que dicho delito no pertenece a los de esa categoría²⁹.

Sólo, en efecto, si el injusto de estos tipos delictivos se hiciera recaer en la actitud personal de quien miente en el falso testimonio o en el placer que experimenta quien como sujeto activo tiene una relación sexual no consentida por la víctima, tendría sentido excluir la autoría mediata entre sus formas comisivas, como sin embargo se podía leer en BINDING, justamente el autor a quien se atribuye la paternidad de los delitos de propia mano³⁰.

Hasta aquí los argumentos relacionados con la pretendida imposibilidad de apreciar la autoría mediata en los delitos calificados como de propia mano tal como fueron tradicionalmente enunciados, esto es, como aquellos que requieren ejecutarse corporalmente por razones que tiene que ver con las peculiaridades de su conducta desde un plano fenomenológico. Es más, tales argumentos resultan igualmente válidos si, como tendremos ocasión de sostener en el apartado III, se admite que ciertamente existen ciertos rasgos específicos en algunos delitos que bien pudieran justificar seguir agrupándolos bajo la rúbrica de la propia mano, pero siempre que las mismas se enfoquen desde una óptica normativa que obligaría a reformular su concepto. Porque desde luego, cuando el razonamiento se mueve en este plano, con más motivos desaparecen las razones para restringir el alcance de las formas de dominio del hecho que reconoce la teoría del dominio del hecho, conforme a la cual, como es sabido, lo único importante es que el autor domine la conducta, ya sea de forma inmediata o a través de instrumentos interpuestos. Desde esta perspectiva no tendría cabida la pretensión de excluir la aplicación de una forma de autoría, la mediata, a ningún tipo de delitos y tampoco, por tanto, a los que se califican como de propia mano.

Los argumentos anteriores en relación con la autoría mediata pueden servirnos igualmente para poner en tela de juicio la consistencia del razonamiento que afirma que

si se admitieran los delitos de propia mano, habría de descartarse también la posibilidad de trasladar a ellos la estructura de la *actio libera in causa*. Las razones para rebatir este modo de argumentar no son difíciles de entender si se tiene en cuenta que, al menos en el caso de la *alic* dolosa, su estructura no es más que una forma de autoría mediata, si bien con la peculiaridad de que el autor se utiliza como instrumento de sí mismo en el momento de cometer el delito. Así, por ejemplo, cuando el sujeto ingiere bebidas alcohólicas para después conducir bajo los efectos de la embriaguez, en el momento en que conduce no sería más que un mero instrumento de sí mismo, de tal modo que resultarían plenamente trasladables todos los argumentos que ya hemos recordado en relación con la autoría mediata. En este sentido, no sin razón la mayoría de los autores que denuncian la imposibilidad de sustraer estos delitos al régimen de la autoría mediata³¹ han puesto de relieve lo impracticable de aquella solución con sólo atender a las injustas consecuencias que comportaría. Tal vez sea conveniente añadir que, ya sea a partir del modelo de la *tipicidad* o de la *excepción*, si de nuevo se reconoce que la estructura de la *alic* no es más que una forma de asegurar la imputación a quien actúa en estado de inimputabilidad habría que llegarse, también una vez más, a reconocer la improcedencia de negar su estructura en los delitos de propia mano tanto si los mismos se entienden en términos puramente ontológicos como normativos.

Lo primero, esto es, desde una premisa fáctica que exigiera que el sujeto realice personal y directamente los hechos, porque entonces estos delitos habrían de rechazarse por la improcedencia misma de sus consecuencias en cuanto que representarían elementos extraños al sistema.

A modo de ejemplo, solamente desde esta comprensión puede explicarse la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 22 de agosto de 1996 (BGH 4 StR 217/96) en la que se ventilaba la responsabilidad en que hubiera incurrido un ciudadano danés que encontrándose en un elevado estado de embriaguez atropelló y mató a dos policías de

29 Es el caso de CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “¿Es el delito de violación un delito de propia mano? A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1996”, en AP 1996, marg. 39 y ss.

30 “Me gustaría saber si aquel que ha inducido a una violación se jactaría de haber gozado a la víctima”, puede verse la cita en ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., pág. 436. Véase también, por ejemplo, WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Chile, 1976, pág. 154, en relación con los delitos sexuales. Es interesante también la consulta en la doctrina alemana de SCHALL, H., “Auslegungsfragen des §179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte –KG, NJW 1977, 817” en NJW, 1977, pág. 817. Este autor, si bien no niega cualquier fundamento a los delitos de propia mano descarta que el acceso carnal con incapaces del párrafo 179 del Código penal alemán pueda considerarse como tal y, con ello, excluirse su posibilidad de comisión en autoría mediata. El razonamiento que le lleva a tal conclusión es que lo importante es la lesión del bien jurídico, en cuyo análisis resulta por completo indiferente que exista o no relación directa del autor con los hechos.

Resulta, por ello, digno de aplauso que nuestro TS haya excluido la exigencia de ese requisito en la Sentencia de 2 de noviembre de 1994: “no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autoterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento”.

31 Véase de nuevo SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado ‘delito de propia mano’*, ob. cit., págs. 120 s., quien califica de coherente –aunque criticable– la solución si se reconocen los delitos de propia mano.

fronteras. Frente al pronunciamiento de instancia, el Tribunal descartó que pudiera apreciarse un delito de puesta en peligro dolosa del tráfico rodado por entender que en el momento de la ingesta de alcohol no podía decirse que el sujeto ya estuviera realizando los actos en que consiste la comisión del delito. Es más, el Tribunal añadía que ni siquiera bastaba para apreciar el acto de conducir con que el autor realizara los actos inminentemente previos a la conducción, como el encendido de las luces y del motor: los delitos consistentes en conducir “presuponen que el conductor “conduzca” el vehículo. Conducir un vehículo no es lo mismo que la causación del movimiento... no es suficiente que el conductor arranque el motor y encienda las luces con la intención de comenzar enseguida a conducir. Con más motivo, tiene que excluirse según el sentido de la descripción típica la anticipación a momentos previos. El comienzo de la conducción en estado de embriaguez tampoco comienza con el acto de disponerse a conducir en estado de alcoholismo”.

No hace falta esforzarse demasiado para advertir que este modo de razonar sólo es posible cuando se abandona cualquier referente valorativo y se adopta una postura meramente fáctica, naturalista en la comprensión de los hechos. Sólo, en efecto, entendiendo que el delito de conducir temerariamente requiere la presencia de un sujeto que material y personalmente realice *de propia mano* los actos en los que consiste la conducción puede explicarse la pretensión de excluir en ellos la estructura de la *alic*. Pero esta comprensión, insistamos una vez más, solo sería acorde con unas premisas meramente ontológicas o naturalistas cuya improcedencia ya tuvimos ocasión de recordar en el apartado I.

En segundo lugar, con más razones aún resultaría inviable la pretensión de restringir en los llamados delitos de propia mano la estructura de la imputación propia de las *alic* si se admite, como aquí lo hacemos, que en ellos es posible descubrir ciertas particularidades desde una óptica normativa. Porque entonces entre las consecuencias que comportaría esta comprensión no podría contarse la de negar la estructura de la *actio libera in causa*. La razón es que si ahora la peculiaridad de aquellos delitos se entiende en términos de requerir una vinculación personal de dominio en clave normativa, habrá que reconocerse que una de las formas en que la misma se asegura es justamente desde la estructura de la *alic*.

Hasta aquí las críticas a la supuesta incompatibilidad de los delitos de propia mano con la estructura de la autoría mediata y de la *actio libera in causa*. Con ellas, sin em-

bargo, no hemos hecho más que situarnos en la línea de la doctrina que advierte acerca de la inconsistencia de los argumentos manejados para excluir una y otra en relación con determinados tipos delictivos y, con ello, la crítica a una comprensión en estos términos de los delitos de propia mano. Pero como ya anunciábamos, aquí se agota nuestra adhesión a aquella doctrina. La discrepancia comienza en el momento en que a partir de todo lo anterior concluye afirmando la inviabilidad misma de cualquier comprensión de los delitos de propia mano y se limita a postular su pura y llana desaparición. Frente a este proceder, en lo que sigue intentaremos defender una posición mucho más moderada en la crítica a esos delitos pero a la vez, entiendo, mucho más respetuosa con la necesidad de reconocer ciertas peculiaridades que difícilmente pueden negarseles. De todo ello se ocupa el apartado que sigue.

IV. La razón de ser de la categoría de los delitos de propia mano

Como adelantábamos, la postura que sostenemos es mucho más moderada que la de aquellos autores que denuncian la inconsistencia absoluta de cualquier razón que dotara de algún sentido a esa categoría. Frente a esta posición tan radical no creo que puede decirse que toda su elaboración haya estado totalmente carente de cualquier sentido, y que tanto la doctrina como los pronunciamientos jurisprudenciales que han manejado su concepto hayan estado siempre por completo equivocados, de tal modo que desde hace décadas hayan recurrido a un concepto que careciera de cualquier fundamento y con ello, de cualquier contenido que no fuera explicable sino a partir de una percepción tan intuitiva como errónea en torno al juicio de necesidad de su concepto. Me parece, por el contrario, que no le falta razón a ROXIN cuando afirma que “la tozudez con la que se han reafirmado los delitos de propia mano a pesar de su insuficiente fundamentación teórica habla a favor de que hay algo correcto subyacente”³².

Por ello, la crítica que dirigimos a aquella doctrina se agota en la que formulamos en el apartado II, esto es, en denunciar lo improcedente de excluir en relación con determinados delitos la autoría mediata así como la estructura de la *alic* y, a partir de ahí, elevar este rasgo a denominador común aglutinante de los que, con uno u otro criterio, se calificaran como *de propia mano*. A esto se reduce la crítica que compartimos con aquella doctrina, pero sin que la extendamos a la negación misma de cualquier peculiaridad propia de ciertos tipos delictivos que permitieran adjetivarse como tales, siempre, eso sí, que se reformule su concepto.

32 ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., pág. 436. Y más adelante, en la adenda de actualización de 1994 a su obra afirma: “los delitos de propia mano en modo alguno, como aún se sigue estimando muchas veces, representan productos fortuitos dogmáticamente imposibles de explicar, sino que son susceptibles de investigación sistemática diferenciada”, pág. 714.

Para exponer nuestra postura, a efectos sistemáticos trataremos en primer lugar de fundamentar las razones por las que entendemos que de dicha premisa no puede extraerse indefectiblemente como conclusión la eliminación de aquella categoría de delitos (1), abordando en un apartado posterior el margen de aplicación que proponemos reservar a los mismos (2).

1. La exclusión de limitaciones relativas a la autoría mediata y a la *alic* no es argumento para despojar de cualquier sentido a la categoría de los delitos de propia mano

La tesis que pretendemos sostener en este apartado es que el hecho de rechazar la supuesta incompatibilidad de la autoría mediata y la figura de las *alic* en determinados delitos, no lleva necesariamente a concluir que haya de postularse, sin más, su desaparición. Para exponer cuanto pretendemos sostener puede servirnos como punto de partida la argumentación de un autor que de forma reciente se ha ocupado a nivel monográfico de aquellos delitos. Es el caso de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, a cuyos planteamientos ya nos hemos referido de forma puntual en los apartados precedentes.

Como veíamos, este autor considera que en realidad las peculiaridades de los que tradicionalmente se han calificado como delitos de propia mano pueden reconducirse a razones distintas que en última instancia tienen que ver con la presencia de una dualidad de elementos, *fácticos* y *jurídicos*, únicos responsables, a su juicio, de la falacia de haber querido extraer de ellos ciertos rasgos distintivos más allá de los que ya incorporan dichos elementos. Así, tras sostener que los elementos fácticos no pueden fundamentar una categoría especial por lo que se refiere a las formas de ejecución salvo que se incurriera en un ontologismo apegado a un formalismo legal del todo punto inconsistente, reconduce los tipos que incorporan elementos jurídicos a los delitos especiales y, por tanto, al régimen que inspira los mismos, de forma singular en lo que se refiere a las restricciones relacionadas con la autoría mediata cuando el hombre de atrás no tiene la cualidad requerida en el tipo³³.

Ahora bien, aun admitiendo la corrección del razonamiento anterior, creo que con él no puede decirse que queden definitivamente rebatidos los argumentos que aún justificaran ciertas singularidades en este grupo de delitos, sino tan sólo la forma de entenderlos que llevara a la confusión de perspectivas que con acierto denunciara el autor. Y ello al menos por dos tipos de razones.

La primera, porque aun cuando se compartan los argumentos que de forma central apuntan a que con esta nomenclatura se está haciendo referencia, en realidad, a otras categorías diferentes, en concreto a la de los delitos

especiales —para este autor específicamente a los delitos de infracción de un deber—, eso no sería decisivo para rechazar su existencia. Porque lo cierto es que aún podría argumentarse en contra razonando sobre la base de que la condición de especial de un delito y su configuración como de propia mano no son categorías o conceptos incompatibles entre sí, de modo que el hecho de que existan ciertamente delitos especiales entre los de propia mano no supone que al calificarlos conforme a la primera terminología deba descartarse la segunda de ellas; o, dicho de otro modo, que una y otra sean adjetivaciones incompatibles en términos cumulativos (especial y de propia mano, por un lado; común pero con elementos fácticos y además de propia mano, por otro). Así, por ejemplo, ciertamente el delito de falso testimonio es especial, pero ello no es todavía un argumento decisivo para concluir que cuando la doctrina y la jurisprudencia han querido identificar en él ciertas peculiaridades desde hace más de una centuria sólo se estuvieran refiriendo intuitivamente a esa cualidad, y que su empeño por calificarlo como de propia mano no haya descansado durante tanto tiempo más que en ese error clasificatorio o, si se quiere, en un solapamiento de adjetivaciones, de modo que el esfuerzo por identificar adicionalmente ciertos rasgos peculiares tan sólo fuera fruto del desenfoco de esa única supuesta cualidad de especial de esos delitos. Por el contrario, frente a esta tacha los defensores de los delitos de propia mano podrían seguir perfectamente argumentando que aun cuando ciertamente algunos de ellos son especiales requieren, además, que se realicen personal y corporalmente por quien se califique como autor de los mismos. Resultaría así que quienes denunciaban la confusión entre los delitos de propia mano y los especiales por parte de aquellos que identificaban a los segundos con la denominación de los primeros podrían ser también justamente criticados por lo mismo, si bien ahora por barrer hacia el ámbito de los segundos a los primeros.

Junto a lo anterior, todavía podría manejarse una segunda razón para no conceder un peso decisivo a aquellas críticas que pretenden negar cualquier razón de ser a los delitos de propia mano. Ésta tiene que ver ahora con cuanto ya apuntábamos en el apartado primero en torno a las distintas formas de caracterizarlos. Como allí intentábamos poner de manifiesto, no hay una única forma de entender tales delitos, de modo que frente a la comprensión tradicional que apunta a criterios meramente ontológicos tendría cabida todavía otra, de signo normativo, conforme a la cual se haría recaer el acento de aquella vinculación especial conforme a criterios de este tipo. Si se admite lo anterior, el empeño de extraer de la crítica a una de esas formas de entenderlos la consecuencia de la inadmisibilidad de aquellos delitos sólo sería posible desde una comprensión que invirtiera el orden lógico. Para aquellas vo-

33 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado 'delito de propia mano'*, ob. cit., págs. 129 y ss.

ces, en efecto, la secuencia del razonamiento podría condensarse en el siguiente silogismo: en primer lugar, los delitos de propia mano responden a una versión naturalista de la comprensión de la realidad; en segundo lugar, las construcciones penales no son naturalistas sino normativas; *ergo*, los delitos de propia mano no tienen cabida en el Derecho penal³⁴. Frente a este razonamiento ciertamente aquí se acepta su segunda premisa, esto es, la relativa a la normatividad de los criterios penales; pero no la primera, a saber, que la peculiaridad de los delitos de propia mano sólo se pueda entender en términos naturalistas. Bastaría, por eso, con seguir un modo discursivo distinto para descartar la radicalidad de las consecuencias que sostienen aquellos autores. Sería suficiente, en efecto, con entender que lo único a que obliga el rechazo de las consecuencias tradicionalmente asociadas a aquellos delitos es a repensar si realmente pueden descubrirse en los mismos ciertas peculiaridades que justifiquen su reformulación desde una clave distinta, normativa, que excluyera entre sus consecuencias tales efectos indeseados.

Si se admite lo anterior la cuestión se trasladará entonces a determinar las razones por las que todavía pueda identificarse una categoría especial de delitos que se califique de propia mano conforme a aquella clave normativa para, a partir de ahí, identificar las consecuencias que hubieran de extraerse de esa comprensión. De todo esto se ocupa el apartado que sigue.

2. La genuina singularidad de los delitos de propia mano

Como ya recordábamos líneas más arriba, fueron probablemente los trasnochados delitos de homosexualidad, adulterio o incesto los que estuvieron históricamente en condiciones de explicar por qué la doctrina sintiera desde hace ya más de un siglo la necesidad de acuñar una categoría especial que nominalmente expresara la singular vinculación que en ellos presentaba el autor con su hecho, para lo que sin duda parecía la más apropiada la denominación de *delitos de propia mano*. Y ciertamente hay que reconocer que con toda probabilidad aquella doctrina no se equivocaba al identificar como el rasgo genuino de los delitos que conformaban esa incipiente categoría el dato de que requerían ejecutarse personal y corporalmente por quien se hiciera responsable de ellos. Porque ciertamente, tal como estaban configurados

aquellos tipos de incesto, homosexualidad o adulterio, su injusto no respondía más que a una suerte de tabú pecaminoso que reclamaba la identificación de un autor que, al igual que sucede con los pecados, rubricase personal y corporalmente la conducta merecedora de tacha. Así, de la misma forma que no sería impensable pecar ni expiar pecados por otros, lógico sería que no se pudiera trasladar responsabilidad de un sujeto a otro cuando lo que se ventila es un reproche de inmoralidad elevado a la categoría de delito.

Por eso, en dicho contexto, no creo que pudiera considerarse errada aquella primera configuración de este tipo de delitos que ponía el acento en la exigencia de que hubieran de ejecutarse personalmente por el autor. Lógicamente, cuestión distinta es que pudiera estarse de acuerdo o no con su existencia, pero desde luego, con un Código penal en la mano que castigaba estas conductas difícilmente podría negarse la coherencia de aquella primera doctrina que tenía que realizar un análisis clasificatorio de los tipos penales.

Probablemente la pérdida de esa coherencia se produciría en un momento posterior, cuando una vez caracterizados con acierto los rasgos de aquellos primeros *delitos deshonestos*, se identificaron también otros elementos de los mismos que, por ser más amplios, eran igualmente compartidos por otros tipos delictivos que sin embargo ya no implicaban la tacha de inmoralidad que demandara la exigencia de una realización corporal. Sólo así creo que puede explicarse que por medio de un silogismo engañoso que desplazaba en bloque las características de los primeros a los segundos por el hecho de compartir con ellos *otro* rasgo adicional más amplio, se acabara elevando a nota definitiva de otros muchos delitos aquella exigencia de la realización personal. Ese otro rasgo que con toda probabilidad debió servir de puente falso para la expansión de aquel requisito de la realización corporal a buen seguro fue el que recuerda que ciertos tipos delictivos requieren que la situación de lesión o puesta en peligro que contemplan sea consecuencia de la realización de una actividad *determinada* en sus medios comisivos, de tal modo que para apreciarlos no bastaría con comprobar la producción de un resultado, sino que sería necesario probar también que el mismo trae su causa de aquel comportamiento descrito.

No cabe duda, en efecto, que aquellos primeros delitos de corte moral, como el adulterio, la homosexualidad o el

34 No de otra forma interpreto las palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, cuando afirma: "La moderna ciencia del Derecho penal, con sus categorías, no ha de tratar de aprehender objetos previos, especialmente, no intenta la aprehensión del —sin duda, para las ciencias físicas existentes— movimiento corporal que produce un resultado, sino que se intenta crear, mediante un código jurídico propio, el objeto a tratar. De esta manera, criterios como el de la causalidad y, por ende, el de la realización típica directamente a través del propio cuerpo, pasan a un segundo plano. Aspectos como el concepto jurídico-penal de omisión, o el de la equivalencia entre la autoría mediata e inmediata etc., han de conducir a la censura de la propia mano. La categoría de los delitos de propia mano supondría, en definitiva, atender a una presunta estructura prejurídica lógico-objetiva natural que, en verdad, de existir, poco tiene que ver con una ciencia específicamente jurídica, la ciencia del Derecho penal", *El denominado 'delito de propia mano' ob., cit.*, pág. 98.

incesto, presentaban también como denominador común más amplio el hecho de tener que realizarse mediante el despliegue de una determinada actividad: el adulterio requería que la mujer tuviera encuentros amorosos con su amante, la homosexualidad que dos personas del mismo sexo realizaran actos de contenido sexual; los mismos que también debían realizar los parientes para cometer incesto. Más que de un resultado que se produjera por la conducta de todos ellos, lo que pasaba a primer plano era la exigencia de que realizaran la actividad inmoral en que consistían, razón que sin lugar a dudas inspiró a un autor como ROXIN a hablar de delitos *sin lesión de bien jurídico*.

Pero como decíamos, probablemente la confusión se apoderó de la comprensión de la categoría de los ya calificados como de propia mano cuando a partir de la identificación de esos dos rasgos se pretendió extender su concepto a otros que, sin embargo, ya se apartaban de aquel tinte de la inmoralidad y el pecado y tan sólo compartían uno de ellos, el más genérico: el de requerir la realización de una determinada actividad. Ciertamente ese requisito adicional no podía decirse que fuera por completo ajeno a la noción de propia mano, siempre que por tal se entendiera la existencia de una vinculación estrecha entre el hecho y su autor. Lo que ocurre es que ese rasgo que también trazaba vínculos estrechos entre éste y aquél ya no era claramente de la misma índole que el primero ni, por tanto, tenía que presuponerlo, sino que todo lo más podía incluirse en él como una subcategoría. En efecto, este segundo rasgo que apunta a la realización de una actividad determinada ciertamente se presenta con unos contornos mucho más amplios, pudiendo comprender delitos que a su vez hubieran de realizarse o no de forma corporal y personal por el autor.

Parece que ocurrió, sin embargo, que en lugar de caracterizarse el conjunto de aquellos delitos por el rasgo más amplio de que hubieran de realizarse mediante una determinada forma de conducta, la acuñación de la categoría quedó falsamente atrapada por la nota más radical, y sin duda también más llamativa, que distinguía a algunos de ellos: la exigencia de su realización corporal. Sólo a partir esta inversión clasificatoria, y sólo desconociendo la no intercambiabilidad de uno y otro requisito por guardar una relación de género/especie puede explicarse, a mi juicio, que finalmente todos los delitos en los que el autor debiera realizar un determinado comportamiento se vieran atraídos por la exigencia de la realización corporal y que, a partir de ahí, se concibieran en clave de dicha comprobación tipos tales como los delitos relativos a la libertad sexual, las conductas típicas referidas a la conducción o el falso testimonio, por sólo citar algunos de ellos. Si se admitía el salto de razonamiento anterior el resto de los pasos se darían por sí solos; y, de hecho, así puede explicarse que una vez equiparados su suerte haya corrido desde entonces paralela a la exigencia de la realización corporal y que de esta forma hayan llegado hasta nuestros días soportando las críticas y el propio desconcierto de una doctrina que a menudo ha vis-

to con auténtica desesperación cómo esa categoría de la propia mano hacía saltar una y otra vez sus esquemas clasificatorios.

Creo que si se hubiera identificado a tiempo ese salto en el razonamiento que llevaba a incorporar a las filas de una categoría elementos de otra por el solo hecho de compartir un rasgo distinto se hubieran ahorrado muchas horas al empeño de perfilar el sentido de un grupo de delitos que, en sí, tal como estaba inicialmente comprendido, no admitía extensiones de contenido. En lugar de ello, sin embargo, lo común ha sido que la doctrina crítica con los delitos de propia mano se haya esforzado tan sólo en negar la procedencia de las consecuencias asociadas a los mismos, de forma especial, las restricciones relacionadas con la autoría mediata, convirtiendo esa crítica a su vez en argumento con el que atacar la subsistencia misma de aquella categoría en lugar de reformular sus requisitos a la luz del Derecho penal actual. Así descrito brevemente este panorama al que, a mi juicio, se debe la generalización del entendimiento de los tipos de propia mano en términos de exigir la ejecución corporal de la conducta típica, entiendo que la tarea de proceder a depurar sus rasgos no debe llevar a concluir, sin más, que se trata de una categoría trasnochada que por ello debiera ser sin más eliminada del panorama clasificatorio de los delitos en la Ciencia penal. Me parece, por el contrario, que si se perfilan sus rasgos distintivos y se consensúa la manera en que aún se puede seguir entendiendo aquella exigencia de una vinculación personal del autor con su hecho a la que en última instancia apunta su nomenclatura, nada se opone a seguir manteniendo dicha categoría delictiva. Vayamos por partes.

A) Los rasgos que permiten seguir identificando en el Derecho penal actual determinados delitos que requieren una singular vinculación entre el autor y su hecho

A poco que se contemplen la técnica de la que se sirve el legislador actual para caracterizar ciertos delitos, hay que reconocer que ciertamente algunos de ellos presentan una peculiaridad que no puede ser ignorada, y que se traduce en exigir una estrecha vinculación entre el autor y su hecho. Esa peculiaridad no es otra que en ellos el legislador no se limita a sancionar la producción de un resultado, sino que describe una concreta y específica actividad que lo produce, de tal modo que sólo la realización de la misma conforma el injusto penal. Así, por ejemplo, está fuera de dudas que en el delito de falso testimonio no se castiga cualquier conducta que atente contra el interés de la Administración de Justicia en conocer la verdad procesal, sino tan sólo la de quien, estando obligado a testificar, emite una declaración falsa y lesiona así aquellos intereses; en el allanamiento de morada no se sanciona cualquier violación de la intimidad domiciliaria, sino tan sólo la que trae su causa de una conducta de entrada o permanencia en la morada ajena no consentida por el titular de la misma; en los delitos contra la seguridad del

tráfico relacionados con la conducción no se castiga cualquier forma de puesta en peligro de la vida o la salud de las personas, sino únicamente la que se produce mediante una conducta consistente en conducir. Por lo mismo, en ningún Código penal se encuentran tipificadas conductas del estilo “*El que ponga en peligro la vida o salud de las personas*”, sino que en los diferentes Códigos se castiga tan sólo esa puesta en peligro al hilo de la contemplación de determinados comportamientos. Por último, por sólo poner un ejemplo más, está claro que el tipo delictivo que contempla la violación no sanciona cualquier forma de atentar contra la libertad sexual, sino sólo la que trae su causa de una relación sexual no consentida que consiste en el acceso carnal o en las formas concretas que contemplan los respectivos Códigos penales, razón por la cual ninguno de estos delitos se redactan con abstracción de los medios. La consecuencia es que a menudo las posibilidades de subsumir en los mismos determinadas modalidades ejecutivas dependan de que puedan reconducirse a las *formas de conducta* que expresamente contempla el concreto tipo delictivo. Así, por ejemplo, porque en ningún texto positivo se encuentran tipos del tenor “*El que lesione la libertad sexual de otro*”, sino que lo usual es describir las distintas conductas que en concreto pueden lesionarla, se explica que hayamos asistido a alguna que otra reforma del Código para dar cabida a nuevas modalidades. No hay mejor prueba al respecto que la LO 15/2003, de 25 de noviembre, haya incorporado expresamente entre las conductas típicas que integran los arts. 179 y 182 la introducción de *membros corporales* por las vías vaginal o anal, para acabar así con los pronunciamientos jurisprudenciales que a menudo habían negado que tales prácticas tuvieran cabida en dichos preceptos agravados.

Los ejemplos podrían continuar, pero creo que la cita de los anteriores es suficiente para poner de relieve que la pretensión de negar la peculiaridad de estos delitos que, por contraposición a otros, como el homicidio, se desentienden por completo de los modos ejecutivos (salvo que por su especial intensidad den paso a un delito de asesinato) y contemplan tan sólo un resultado, sería desconocer una peculiaridad que salta a la vista en el Código penal y que sin lugar a dudas fuerza a identificar un sujeto, el que sea, que realice la acción descrita.

Bien, pues en el articulado de nuestro Código y en el de cualquier Código penal de Derecho comparado que haya superado los viejos tipos de autor y las implicaciones entre el delito y la inmoralidad o el pecado³⁵, éste sería el único rasgo relacionado con la dinámica ejecutiva que permitiría seguir hablando de una vinculación especial entre el autor y su hecho. El mismo se traduciría, insistamos una vez más, en la necesidad de que quien responda por ellos realice –conforme a cualquiera de las formas de autoría que reconoce la teoría del dominio del hecho– una determinada actividad que dé paso a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de que se trate. Si somos capaces de llegar a un consenso acerca de que sobre la base de tal rasgo se pueden seguir adjetivando ciertos delitos como de propia mano, entiendo que no existiría dificultad alguna para seguirlos agrupando bajo ese concepto como categoría autónoma.

Ésta es la tesis que se sostiene en este trabajo. La misma pasa, en efecto, por reconocer que esa peculiaridad ciertamente existe, que no puede ser ignorada y que, si superando la inversión clasificatoria que según denunciábamos está a menudo en el origen del entendimiento de la categoría de la propia mano, los que se califiquen como tales se identifican tan sólo por requerir la realización de una determinada actividad como signo de proximidad –normativa– entre el autor y su hecho, nada se opone a seguir manejando su concepto con las consecuencias que luego veremos con más detenimiento.

Para comprender en sus justos términos cuanto pretendemos sostener, lo primero que debe observarse es que conforme a esta propuesta los delitos de propia mano vendrían a coincidir a primera vista con los que tradicionalmente se han calificado como de *actividad tipificada*, a los que ya se refiere GIMBERNAT. Por tales se entienden aquellos en los que “el legislador no se limita a emplear un verbo (‘causar lesiones’, ‘lesionar’, ‘dañar’, ‘incendiar’, ‘matar’) que alude únicamente a la producción de un resultado, sino que especifica, además, cuál ha de ser la actividad mediante la cual el resultado ha de producirse”³⁶. Con todo, de inmediato debe observarse que a diferencia de la doctrina que reconociera esta clase de delitos, por las razones dichas, ni lo consideramos como una categoría que hoy día pueda considerarse distinta de la propia mano³⁷, ni cuenta entre sus consecuencias, como sin embargo a menudo se ha afirmado, con la de excluir

35 Hay que reconocer, con todo, que como ya recordábamos más arriba, lamentablemente no puede decirse que nuestro Código penal se haya despojado por completo de los tipos de autor, sino que más bien ha vuelto a los mismos tras las reformas del año 2003. Esta tendencia se manifiesta, por ejemplo, en la elevación a la categoría de delito de la reiteración de faltas en ámbitos como las lesiones o algunos delitos contra el patrimonio, o en la tipificación del delito de proxenetismo o de la simple posesión para uso propio de pornografía infantil. Como también entonces observábamos, en cuanto que estos preceptos representan reliquias del Derecho penal de autor probablemente sus defensores exigirían en ellos una realización corporal y directa en los viejos términos del pecado y de la inmoralidad. Pero ni qué decir tiene que entonces esta conclusión habría de tacharse de tan trasnochada y criticable como la incorporación misma de aquellos delitos.

36 GIMBERNAT, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, ob. cit., pág. 223.

37 Como sin embargo entiende GIMBERNAT, quien reconoce como rasgo distintivo de la propia mano la necesidad de que los delitos que se caractericen como tales se realicen de forma corporal por el autor, en *Autor y cómplice*, ob. cit., págs. 242 y ss.

también en ella la posibilidad de apreciar la autoría mediata³⁸. Frente a ello, insistamos de nuevo, lo único que concedemos como peculiaridad de esta categoría es que en ella el legislador exige la realización de una determinada actividad. Pero nada más, absolutamente nada más, de tal modo que resultaría de todo punto infundada la pretensión de derivar de ahí rasgos adicionales que apuntaran a una supuesta vinculación personal entre el autor y el hecho delictivo en términos de comprobar que debe realizarse personalmente por él.

Si se admite lo anterior, hay que reconocer que aquella caracterización no puede ser por completo indiferente al Derecho penal. Anticipando la tesis que aquí sostenemos podemos decir que la misma se manifiesta *tan sólo* a la hora de equiparar en determinados casos en términos valorativos la ejecución positiva por el autor del comportamiento de que se trate con un eventual juicio de responsabilidad por su pasividad, aun cuando sobre aquél pesara un especial deber de salvaguarda o protección del bien jurídico lesionado. Las únicas consecuencias que caben derivar de aquella caracterización se trasladan, en definitiva, al ámbito de un juicio valorativo en torno a las posibilidades de hacer responder por un delito de *omisión impropia* a quien ostenta una posición de garantía cuando el tipo por el que pretende hacerse responder se configura conforme a esta técnica de describir la realización de una determinada actividad.

Aun cuando de la forma en que opere esta consecuencia vamos a tener ocasión de ocuparnos con detalle en lo que sigue, interesa destacar desde ahora que la razón para introducir ciertas peculiaridades en aquel régimen debe encontrarse en el hecho de que dado que se trata de delitos que, además de la producción de un determinado resultado de lesión o peligro, requieren que el autor realice una determinada conducta, a éste, para serlo, habrá de imputársele la totalidad de los actos y elementos en que consiste la conducta típica, con la consecuencia de que si no tiene el dominio de *todos* los elementos típicos (acción y

resultado) resultará imposible atribuirle cuotas de responsabilidad por los actos que realicen terceros, incluso cuando ostente una determinada posición de garantía por la evitación del resultado.

Llegados a este punto, y por anticipar de una manera concisa nuestra propuesta, podríamos formularla del siguiente modo: *los únicos delitos que en el Derecho penal actual podrían caracterizarse todavía con la vieja denominación de la propia mano son aquellos cuya peculiaridad consiste en que describen una determinada forma comisiva como signo de proximidad –normativa– entre el autor y su hecho, de tal forma que quien responda por ellos debe dominar la ejecución de la totalidad de sus elementos típicos –acción y resultado–, con cualquiera de las formas que reconoce la dogmática jurídico-penal, sin que en otro caso pueda hacerse responsable por la conducta de un tercero aun cuando tenga un deber de obrar en relación con la evitación del resultado.*

B) Las consecuencias dogmáticas resultantes de esta comprensión de los “delitos de propia mano”

Como puede deducirse de la escueta formulación anterior, las únicas consecuencias que según sostenemos cabe extraer de la comprensión en términos normativos de los delitos de propia mano tienen cariz normativo, esto es, se agotan en el plano de la imputación. En concreto, reducida a estos términos la peculiaridad que hoy día puede seguirse reconociendo a esos delitos, sus consecuencias se ciñen al ámbito donde se comprueba la existencia de un estricto juicio de *equiparación valorativa* entre las posibilidades de hacer responder a un sujeto por acción y por omisión. Veamos detenidamente el alcance de cuanto queremos decir, para lo que resulta conveniente recordar algunas cuestiones básicas relativas a los esquemas generales de la comisión por omisión con relación a cualquier tipo delictivo.

No obstante, si no me equivoco, me parece que el propio GIMBERNAT de forma un tanto implícita acaba implicando los requisitos de una y otra categoría, algo que por cierto vendría a corroborar la idea que hemos sostenido en el texto acerca de que los delitos de propia mano han llegado a la doctrina actual a partir de un trasvase de conceptos entre lo que sea la exigencia de la ejecución corporal y la de la realización de una determinada actividad. Me parece expresivo en este sentido el hecho de que cuando este autor define los delitos de propia mano esté haciendo referencia a los rasgos de aquellos que exigen una actividad determinada. Así, tras sostener que en los delitos de propia mano no cabe la autoría mediata añade como explicación de esa afirmación: “En este grupo de delitos el tipo siempre hace referencia a una actividad bien concreta; por ello, quien no la realiza directamente no podrá ser nunca ‘el que’ al que se refiere el precepto positivo”, en *Autor y cómplice*, ob. cit., pág. 247. Me parece evidente que cuando refiere como rasgo de los delitos de propia mano el que son delitos que hacen “siempre referencia a una actividad concreta” mezcla los límites de una y otra exigencia (ejecución corporal/realización de una determinada actividad).

38 GIMBERNAT, E., *Autor y cómplice*, ob. cit., págs. 222 y ss. En concreto, refiriéndose al antiguo delito de lesiones del art. 420: “El que hiriere, golpear o maltratare de obra a otro...” el autor manejaba el ejemplo de quien incitaba a otro a que diera un fuerte puñetazo en una lona para ocultar su resistencia ocultándole que detrás se encontraba una persona a la que previamente había narcotizado. Según GIMBERNAT: “A diferencia del mero delito de resultado, en este ejemplo es completamente imposible subsumir directamente la actividad del autor mediato en el tipo: No ha sido él el que ha ‘golpeado’: el que ha ‘golpeado’ ha sido la persona engañada. Éste, el autor inmediato es, en los delitos de resultado en que se especifica cual ha de ser la actividad productora del mismo, ‘el que’ con que suelen empezar nuestros tipos la descripción de la conducta punible”, pág. 224.

Debe advertirse, no obstante, que dicho rasgo ha sido cuestionado por la doctrina posterior. Valga de cita HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, ob. cit., págs. 278 y s.

Es algo que apenas se discute que los presupuestos de la omisión impropia pueden jugar en relación con dos grupos de casos perfectamente diferenciables desde un punto de vista fenomenológico. Los primeros, sin duda más simples, serían aquellos en los que se trata de hacer responder al sujeto por las consecuencias que genera su pasividad desde una contemplación exclusivamente *bilateral* con el bien jurídico protegido. Por ejemplificar con el delito de homicidio, sería el caso paradigmático en el que la madre deja morir de inanición a su hijo recién nacido. Junto a este primer grupo de casos puede identificarse un segundo en el que la responsabilidad de quien omite desborda esa relación bilateral para relacionarse con la conducta de *no impedir que un tercero* lesione el bien jurídico, casos en los que, por un lado, habría de analizarse la posible responsabilidad del sujeto que omite y, por otro, la de quien directamente lo lesiona. Continuando con el ejemplo del delito de homicidio, sería el supuesto ahora en que la madre no impide que un tercero mate a su hijo, caso en el que pudiera plantearse la colaboración de aquélla en la conducta dolosa del tercero mediante su actitud omisiva, si es que se admitiera también en la omisión impropia las distintas formas de participación, algo que desde luego dista con mucho de ser pacífico en la doctrina³⁹. Las cosas serían más claras aun cuando el garante instrumentalizara la conducta del autor ejecutivo. Volviendo de nuevo al mismo ejemplo, pensemos ahora en el supuesto en el que la madre hubiera hecho creer al tercero que la caja a la que dispara para probar su puntería no es más que eso, una caja vacía, ocultándole que en ella ha escondido a su hijo, que resultará de esta forma alcanzado por el disparo. En ejemplos como éste no existiría ninguna dificultad para afirmar que el resultado final no puede contemplarse ya más que como obra del dominio de la garante, quien por ello debería responder como autora mediata.

Pero junto a estos casos en que pudiera apreciarse una forma de participación del garante en la conducta del autor ejecutivo que se traduce, bien en una colaboración con los actos dolosos de un tercero, bien en la dirección y dominio de una conducta que para el ejecutor material es todo lo más imprudente, la dogmática penal de la omisión

impropia reconoce también en determinados casos la responsabilidad de aquel obligado por el mero hecho de no impedir el resultado, con independencia, por tanto, de que no pueda hablarse de una participación del mismo en la conducta del autor ejecutivo. Baste pensar en la variante del ejemplo anterior en que el tercero se limitase a creer por su cuenta que la caja a la que dispara está vacía, circunstancia que fuera observada por la madre del niño que juega escondido en ella, y sin embargo no lo advirtiera a quien se dispone a disparar. Como ya pusiera de relieve ROXIN, en estos casos no podría hablarse propiamente de una forma de autoría mediata⁴⁰, de tal modo que la responsabilidad de la madre por la producción del resultado habría de fundamentarse tan sólo en el deber de salvaguardar el bien jurídico, en este caso la vida de su hijo, pero sin que eso permitiera afirmar ni que ha dominado el curso de los acontecimientos por la vía de una forma de autoría mediata, ni que sea una partícipe imprudente, una calificación que por lo demás se considera inviable en relación con las formas imprudentes.

Es justamente pensando en supuestos como éstos para los que la moderna doctrina penal ha ensayado una serie de criterios que se esfuerzan en depurar los casos en los que pueda fundamentarse dicho juicio de responsabilidad, esfuerzos que no resultan difíciles de entender teniendo en cuenta que lo que está en juego es nada menos que la afirmación de la responsabilidad de un sujeto como autor pese a que no participa ni domina los hechos, sino que tan sólo se limita a omitir, a incumplir sus funciones de garantía. Las formas con las que en concreto se defina dicha identidad son variadas y no tendría sentido exponerlas con detalle en estas páginas. Baste tan sólo con recordar las formulaciones que han logrado mayor predicamento entre las múltiples que se han ensayado. Así, por ejemplo, escribe LUZÓN PEÑA que, con independencia de que exista o no la posición de garante, deberá apreciarse la comisión por omisión cuando sea la omisión la que cree o desencadene el peligro, o, al menos, aumente de forma considerable un riesgo preexistente⁴¹; GIMBERNAT, que existe comisión por omisión cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente mediante la ausencia de

39 De las distintas opiniones al respecto ya me ocupé en *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, págs. 203 y ss.

40 Como pone de relieve este autor, si bien en ocasiones se ha admitido la autoría mediata en comisión por omisión, esa posibilidad debe rechazarse, puesto que "toda autoría mediata presupone que el sujeto de atrás se sirve de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un *extraneus* doloso... Tal impulso falta por naturaleza en la omisión. Si se quisiera renunciar a este requisito habría que estimar autoría mediata en todos los casos en que un garante no interviene para contrarrestar el delito de un tercero. Lo cual supondría una formación de conceptos poco razonable, porque todo omitir representa una ausencia de intervención en un acontecer que se desenvuelve con independencia del autor, no significando diferencia estructural alguna el que este acontecer se base en las fuerzas de la naturaleza o en una conducta humana. La autoría del omitente es en ambos casos directa o mediata, por igual", en *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, ob. cit., pág. 509.

41 Conforme a ello afirma que sólo existe omisión del deber de socorro en casos como el del cónyuge o de quien convive con otro, que no socorre a su pareja que se pone gravemente enferma o que ha sufrido un accidente, dejándola morir "pues, por mucho que sea garante, como se ha limitado a dejar que siga su curso un peligro de muerte de origen natural, el omitente no ha matado al otro, sino que el origen de la muerte (lo que le ha 'matado') ha sido la enfermedad o el accidente", en "Participación por omisión y omisión de impedir determinados delitos", en *La Ley*, 1996, pág. 4.

una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza, y “consta igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha causado materialmente el resultado”⁴²; o BACIGALUPO que, más allá de la infracción del deber de evitar el resultado, lo importante es “si el daño que amenaza producirse se ha desprendido de la fuente de peligro que debe custodiar o encauzar el autor y tiene lugar en su ámbito espacial de dominio de peligro”⁴³, del tal modo que pueda constatarse la seguridad de que “como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad de un foco de peligro, éste haya desembocado con *seguridad*... en un resultado típico”⁴⁴. Frente a estas fórmulas, otros autores, enlazando con el fundamento que de forma mayoritaria tiende a reconocerse a la omisión impropia, renuncian a cualquier idea de causalidad entre la omisión y el riesgo que genera el resultado. Es el caso, por ejemplo, de SILVA SÁNCHEZ, para quien definitorio de la comisión por omisión es que el garante se comprometa de forma expresa o concluyente a actuar como barrera de contención⁴⁵; de tal modo que la omisión impropia “no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, generado por otra instancia, natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido”⁴⁶. En la misma línea puede citarse a GRACIA MARTÍN, quien propone como fórmula de identidad comprobar si en el omitente concurre, junto a lo que denomina el dominio social⁴⁷, un acto personal de asunción del dominio sobre esa situación, es decir, “que mediante un acto voluntario establezca la relación de dominio social sobre el bien jurídico”, dando así paso a lo que denomina “posición de garante específica”⁴⁸; o a MIR PUIG, quien tras requerir una creación o aumento del riesgo *atribuible* al autor –en el sentido de que no sea ajeno al omitente– eleva a criterio central que

el peligro “determine una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto a su causante”⁴⁹.

Con independencia de la concreta fórmula que se adopte, lo que importa destacar ahora a los efectos que nos interesan es que todas ellas tienen en común el hecho de orientarse a identificar los fundamentos con los que pueda hacerse responsable como si de un autor por acción se tratara a quien se limita a omitir estando obligado a preservar el bien jurídico lesionado o a controlar la fuente de peligro de que se trate, bien por su previa injerencia, bien por deberes estáticos de control.

Como decíamos, esto son los esquemas generales que suelen admitirse sin dificultad en relación con los delitos que se limitan a contemplar tan sólo la producción de un resultado, pero sin vincularlo a la exigencia de un medio comisivo determinado. Cuando por el contrario se trate de estos últimos las peculiaridades de los presupuestos de la omisión impropia obligan a romper en determinados puntos este esquema por una razón que ya anunciábamos en la presentación de nuestra tesis: porque en ellos al contemplar el delito junto a un resultado (de lesión o peligro) una determinada actividad que lo produce, para ser autor no basta con tener un deber de salvaguardar el bien jurídico o de controlar la fuente de peligro de que se trate en los términos formulados por las modernas doctrinas de la comisión impropia. Junto a lo anterior es necesario también atribuir *la conducta* al omitente, de modo que a quien se califique como autor –por omisión– de los mismos, no sólo debe resultarle imputable en términos normativos la producción del resultado, sino también la conducta que lo produce. Sólo entonces el delito podrá atribuirse *en su totalidad* al garante que omite.

Llegados a este punto estamos en condiciones de dar un paso más en la formulación de nuestra tesis, un paso que

42 GIMBERNAT, E., en “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pág. 246, trabajo publicado también en *ADPCP* 1994.

43 BACIGALUPO, E., “Conducta precedente y posición de garante en Derecho penal”, en *ADPCP* 1970, *ob. cit.*, págs. 38 y ss.

44 BACIGALUPO, E., en *ADPCP* 1970, *ob. cit.*, pág. 57.

45 SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión, Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, págs. 369 y s.; el mismo en “Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *CPC* 1989. Este autor exige un dominio del acontecer típico, un control del riesgo que muestre identidad estructural en el plano normativo con la comisión activa. En este sentido afirma, “la comisión por omisión requiere que el sujeto eventualmente en una posición de responsabilidad agravada... haya aceptado el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención del riesgo o riesgos de que se trate... El sujeto que se ha comprometido domina, pues, el acontecer típico. Ello hasta el punto de que si en un determinado momento deja de actuar como barrera de contención... la identidad estructural en lo normativo de este supuesto con aquel en que se crea, por la interposición e factores causales, un riesgo... es total”; el mismo en “Comisión y omisión. Criterios de distinción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1994, págs. 13 ss.

46 SILVA SÁNCHEZ, J.M., ‘Comisión’ y ‘omisión’. *Criterios de distinción*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pág. 14.

47 Dicha situación la define como “el conjunto de condiciones que permiten al sujeto que se encuentra en esa relación concreta, y sólo a él, tomar la decisión, y posteriormente actualizarla mediante un acto concreto de dominio, de realizar la lesión del bien jurídico en una forma típica, que es, por cierto, el acto supremo de dominio personal sobre el bien jurídico”, *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1994, pág. 84.

48 GRACIA MARTÍN, L., “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, págs. 86.

49 MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed. Barcelona, 1990, págs. 334 y s.

precisamente confirma la discrepancia con las doctrinas que se limitan a rebatir la restricciones a la autoría mediata en los delitos tradicionalmente calificados como de *propia mano*, postulando por ello su desaparición. Frente a este modo de razonar la exigencia que sostenemos de que también la acción sea atribuible al garante requiere precisamente que éste *instrumentalice al autor ejecutivo en su conducta, apareciendo entonces justamente como autor mediato de la realización delictiva*.

Veamos al hilo de distintos grupos de casos la fórmula que acabamos de enunciar. Comencemos por los delitos contra la libertad sexual; por ejemplo, por el delito de violación. Desde luego que como construcción meramente teórica no habría ninguna dificultad para fundamentar la responsabilidad por omisión en relación con algunos supuestos. Es lo que sucedería cuando el garante que omite guardara una relación directamente *bilateral* con la víctima. En realidad, el único obstáculo para descubrir casos de este tipo se deben tan sólo a la dificultad de imaginar supuestos en que sin intervenir terceras personas pudiera decirse que la violación es consecuencia de la omisión. Sin embargo, nada se opondría a apreciar como línea de principio esa posibilidad cuando pudiera identificarse una conducta omisiva que representara parte de los actos de ejecución del delito. Imaginemos un caso en el que con el exclusivo ánimo en principio de robar a su víctima, “A” la amarrase para inmovilizarla y así poder sustraer todos los objetos sin dificultad. Pero justo cuando fuera a marcharse observara cómo “B”, que le acompaña en el asalto, se dispone a aprovechar la inmovilización de la víctima para violarla. En casos como éste no habría dificultad para hacer responsable a “A” de la violación en comisión por omisión, en cuanto que mediante su conducta omisiva estaría permitiendo en términos normativos la concurrencia de uno de los elementos del tipo que es presupuesto para la intervención posterior del tercero (la inmovilización de la víctima); en concreto su posición de garantía y la equiparación valorativa con su hacer habría de verse en una previa conducta de injerencia.

Las dificultades surgirían, sin embargo, cuando en relación con estos delitos que hemos caracterizado como de propia mano se pretende hacer responsable al garante por

su exclusiva pasividad frente a los actos que realice otra persona. Imaginemos ahora el caso de la madre que no advierte al tercero que mantiene relaciones sexuales con su hija de que se trata de una menor de 13 años. Aun cuando la madre ocultara al sujeto activo un aspecto del delito (la edad) que determina que el comportamiento pase a ser típico, difícilmente podría decirse que fuera autora de un delito de abuso sexual. La razón sería muy simple: aun cuando ha omitido advertir al autor de ese extremo y, en esa medida, puede decirse que está incumpliendo determinados deberes que le son propios, no le es imputable el comportamiento típico (mantener relaciones sexuales) dado que no domina la conducta en que consiste. Porque, repitémoslo una vez más, para ello sería necesario que dominara no sólo el resultado sino también la conducta típica, lo que sólo tendría lugar allí donde la madre instrumentalizara la actuación del autor, algo que como ya sostuviera ROXIN, no se produce por la simple omisión de un dato por muy relevante que fuera.

Resulta por ello digna de aplauso la Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1976, en la que se enjuiciaba la conducta de una madre que no impidió que un tercero tuviera relaciones sexuales con sus hijas. Como entendió la sentencia, en este caso, en realidad, la madre lo único que había hecho fue no impedir que *otro* realizara el injusto de tener relaciones sexuales con sus hijas, pero desde luego a ella no se le puede imputar la comisión por omisión de estas relaciones y castigarla como si realmente las hubiera tenido⁵⁰. El Tribunal Supremo la condenó por un delito de no impedir la comisión del delito consistente en que un tercero mantenga relaciones sexuales con sus hijas⁵¹.

No está de más insistir en que la consecuencia que extraemos para los delitos que caracterizados como de propia mano no sólo no comprende la de excluir la autoría mediata, como sin embargo lo ha hecho tradicionalmente la doctrina partidaria de su existencia, sino que, en el caso de la omisión, entendemos que es un presupuesto para que pueda hacerse responder por ellos al garante. Así, sólo si la madre hubiera engañado al autor acerca de la edad

50 Ya en la jurisprudencia alemana puede citarse la Sentencia de Tribunal Supremo Federal Alemán de 7 de septiembre de 1995 (BGH 1 StR 236/95), en la que se enjuiciaba la conducta de la madre que no impidió que terceros tuvieran relaciones sexuales con sus hijas, por excitarse así aquella sexualmente. El Alto Tribunal, después de razonar sobre la base de que la redacción típica de estos delitos lleva a considerarlos como de propia mano, concluyó afirmando que la madre no podría considerarse responsable por el delito contra la libertad sexual en comisión por omisión.

51 Tal vez, si acaso, convenga salir al paso de la crítica que señalara lo insatisfactoria que resultaría esta conclusión desde la perspectiva de la víctima, como apunta por ejemplo SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado 'delito de propia mano'*, ob. cit., pág. 119. Creo que esta objeción encierra una falacia por dos razones. La primera, porque no se trata de desproteger a la víctima, sino de imputar el comportamiento a quien realmente debe responder por él. Así, en el caso del ejemplo, aquella no queda huérfana de tutela penal, sólo que el injusto se le imputa a quien mantiene la relación sexual. La segunda, porque si bien los argumentos relativos a las necesidades de protección de la víctima deben inspirar el tratamiento de los problemas penales, no pueden mutar la calificación de los hechos y utilizarse para imputar responsabilidades allí donde no procedan. Sobre la inviabilidad de este proceder no creo que haga falta insistir.

de la hija o incluso le hubiera coaccionado para que mantuviera la relación sexual y, con ello, dominado de esa forma su conducta, podría fundamentarse su responsabilidad por el delito contra la libertad sexual, en cuanto que le resultaría imputable tanto el resultado de lesión del bien jurídico como la conducta típica que lo produce⁵². Pero lo que ocurre es que entonces, en esta variante, habríamos abandonado el terreno de la omisión para hacerle responsable por un comportamiento, la acción de engañar o de coaccionar, en la que los delitos de propia mano tal como los venimos caracterizando no presentan restricción alguna respecto a las posibilidades que en general reconoce la dogmática jurídico penal.

Lo mismo habría que decir en relación con otros delitos que describen igualmente una determinada forma de ejecución como algo consustancial a su dinámica ejecutiva. Pensemos ahora, por ejemplo, en los relativos a la seguridad del tráfico y, entre ellos, el de conducción temeraria. Supongamos que “A” accede a la petición de su amigo “B” para que le deje ponerse al volante de su vehículo y hacer prácticas ante el inminente examen de conducir al que va a presentarse. “A” accede, pero pese a que en un momento dado observa que “B” conduce por una travesía urbana a una velocidad excesiva, no le hace indicación alguna para que corrija esa forma de circular. De nuevo aquí, aunque “A” ostenta una posición de garantía por haber cedido su vehículo a quien aún está aprendiendo y se limita a omitir cuando advierte la situación de riesgo, no podría decirse que con esa omisión esté instrumentalizando la conducta del conductor y, con ello, que le resultara imputable no sólo el resultado de peligro típico, sino también la actividad misma de conducir. Si esto es así, habría que descartarse una vez más la imputación por completo de los hechos a quien tan sólo omite. Sólo si hubiera instrumentalizado al conductor, convenciéndole por ejemplo de que los límites de velocidad son más altos de los realmente permitidos, que puede adelantar por zonas que sin embargo están prohibidas, o incluso le coaccionara para que condujera de cualquier forma de las que contempla el tipo, podría hacerse responder por el delito contra la seguridad del tráfico. Este ejemplo vuelve a poner de relieve que las peculiaridades de los delitos de propia mano se reducen al estricto ámbito de la omisión impropia, presuponiendo justamente el rasgo que la doctrina les niega, a saber, que quien omite domine como autor mediato el resultado y la conducta que lo produce.

Otro tanto habría que decir en relación con los delitos de mera actividad, como es el caso del falso testimonio. Imaginemos que dos personas que presenciaron los hechos que se investigan fueran llamadas a testificar en un juicio y una de ellas no sacara del error al otro testigo. En la medida en que también se trata de un delito que no contempla solo un genérico resultado de un perjuicio a la Administración de Justicia, sino que éste requiere realizarse mediante una conducta determinada; en concreto, mediante la emisión de un testimonio, resultaría de nuevo la imposibilidad de considerar autor al testigo que, sin instrumentalizarlo, omite corregir la declaración inveraz de aquel que ahora testifica.

Los ejemplos podrían extenderse a cualquiera de los delitos en los que la doctrina ha querido identificar los rasgos de la propia mano, como el allanamiento de morada o las injurias. También estos tipos que describen la realización de una determinada conducta sólo pueden serle imputados a quien personalmente no la realiza cuando, más allá de limitarse a omitir, instrumentaliza por medio de un tercero la actividad en que consiste. Así, por ejemplo, por mucho que el padre no impida que su hijo acceda a la morada ajena sin la voluntad del morador no podría hacersele responder por esa omisión puesto que la conducta de entrar no le resulta imputable al no dominarla normativamente. Nada impediría, por el contrario, afirmar su responsabilidad cuando coaccionara a su hijo para que entrara en la morada ajena pese a la oposición de quien allí habita, actuando entonces como un autor mediato (por acción). El mismo razonamiento habría de aplicarse a un delito como las injurias. Ciertamente no existe problema alguno para calificar como autor mediato a quien coacciona a otro para que injurie a un tercero. Pero lo que no puede es hacersele responder por la simple omisión de evitar la injuria de otro porque, repitámoslo una vez más, quien sólo omite no ostenta el dominio de la acción en que consiste el delito.

A estas alturas de la exposición no creo que haga falta insistir en que esta limitación —única— que hemos fundamentado para los delitos de propia mano no tiene para nada que ver con una comprensión de los mismos en un sentido meramente fáctico o naturalista como tantas veces se ha criticado ni, por ello, se vincula a su entendimiento en clave de exigir una intervención corporal como su rasgo genuino. Todo lo contrario. No se está por ello de más observar que aun cuando algunos defensores de los delitos de propia mano que lo entienden en estos términos hayan

52 Pierde así su sentido el asombro que manifiesta entre nosotros SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES para reconocer la imputación en casos como el de la madre que no hace nada mientras un tercero tiene relaciones sexuales con sus hijas en la variante en que quienes las sometieron a abusos sexuales hubieran sido engañados por ella sobre la edad de las menores y sobre su consentimiento respecto a los actos sexuales. Frente a la conclusión que quiere extraer este autor acerca de que la madre no podría responder por autoría mediata, conforme a cuanto aquí se sostiene no habría dificultad alguna para apreciar tal título de responsabilidad. Porque lo único importante es que ahora puede decirse que al hombre de atrás le resultan imputable todos los elementos de la ejecución, puesto que es a su maniobra engañosa a la que se debe tanto que el autor material ignore los elementos del tipo como que, a partir de ahí, realice la conducta sexual.

llegado a la conclusión de que en ellos no cabe la comisión impropia, nos distanciamos de sus resultados por dos tipos de argumentos que conviene analizar por separado.

El primero porque, por las razones expuestas, la conclusión de excluir la comisión por omisión no se extrae de la comprensión de los delitos de propia mano como aquellos que exigen que el autor realice personal y corporalmente los hechos. Es esto lo que nos lleva a distanciarnos de los argumentos manejados por un autor como JAKOBS, quien tras afirmar que el injusto de estos delitos consiste en “emprender físicamente un acto reprobable, y lo constituye porque el acto indica una actitud defectuosa con respecto a obligaciones personalísimas o tabúes”, tales como el “perjurio (§154 StGB), incesto (§173 StGB); prevaricación (§336 StGB); desertión (§16 WStG)”⁵³, concluye no sólo excluyendo la posibilidad de apreciar en ellos la autoría mediata⁵⁴ sino también la comisión por omisión en lo que ahora nos interesa, pero manejando para ello un razonamiento exclusivamente apegado a la necesidad de ejecución corporal. En palabras del autor, estos delitos:

“sólo limitadamente se pueden cometer mediante omisión, dado que la autoría en estos delitos presupone una intervención física. La responsabilidad por omisión en concepto de autor sigue siendo posible siempre que se vulnere un deber de no evitar la propia intervención corporal, la cual entonces no tiene lugar. Ejemplo: el piloto embriagado, que se halla en el puente de mando, al que el capitán le ha encargado la supervisión del piloto automático, no le advierte a éste su embriaguez ni la necesidad de que busque a otro para su supervisión... Quien conduce, estando el mismo embriagado, un coche, responde como autor por el §316 StGB; quien como titular no impide que otro conduzca, estando embriagado dolosamente, un coche, responde atenuadamente como cómplice... Quien como titular, no impide que otro conduzca un coche estando embriagado dolosamente, no responde en absoluto por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, ya que para la complicidad en un hecho principal o para la autoría mediata le falta la intervención física propia”⁵⁵.

Ya dentro de nuestras fronteras tenemos que mostrar por la misma razón nuestra discrepancia con ciertos pro-

nunciamentos jurisprudenciales que aun cuando han asociado a los delitos de propia mano la consecuencia de que no pueden cometerse en comisión por omisión respecto a los actos que realiza un tercero, lo han hecho por considerar que tienen que realizarse corporalmente por el sujeto en cuestión, razón por la que excluyen igualmente la posibilidad de apreciar en ellos las formas de autoría mediata. El resultado es de nuevo la mezcla de dos consecuencias que, como venimos sosteniendo, en absoluto tienen ni deben discurrir parejas. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 17 de mayo de 2005, cuando descartaba la posibilidad de que los funcionarios públicos pudieran responder por los delitos de los arts. 321 y 323 por omisión. Así, tras calificarlos como de propia mano afirmaba que:

“Quiere ello decir que ni por medio de autoría mediata o por comisión por omisión –su especial posición de garante se resuelve a través de los arts. 322 y 404–, cabría atribuirlos a los querrelados que por su conducta omisiva hubieran permitido las correspondientes obras”.

Pero en segundo lugar, decíamos que la postura que sostenemos nos lleva igualmente a distanciarnos de la de los autores que han argumentado a favor o en contra de la comisión por omisión en estos delitos pero en relación con una fenomenología distinta de casos a la que nosotros limitamos sus efectos. Debe recordarse en este punto que, como poníamos de relieve al comienzo de este trabajo, cuando se trata de agrupar la fenomenología de supuestos a los que se extiendan los presupuestos de la comisión por omisión pueden identificarse claramente dos constelaciones diversas. La primera lo representan los casos en los que la relación del omitente con los hechos es meramente *bilateral*, esto es, aquellos en que se plantea su responsabilidad por el daño que sufra el bien jurídico a que está obligado a salvaguardar, o por el descontrol de la fuente de peligro que debe tutelar, pero sin que intervengan terceras personas en la ejecución delictiva. Frente a este grupo de casos se situarían aquellos otros en los que se plantean los límites y condiciones de la responsabilidad del omitente por no impedir la conducta de terceros. Es precisamente a esta segunda fenomenología a la que ceñimos en exclusiva las restricciones que hemos propuesto para los delitos de propia mano. Así, como sosteníamos en las páginas previas, no hay dificultad alguna para apreciar la

53 JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997, pág. 731.

54 JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., pág. 731. A partir de lo anterior llega a afirmar que “El falso testimonio no cabe entenderlo entonces como delito especial del obligado a declarar o a prestar juramento... con puesta en peligro abstracto de la Administración de Justicia, sino como delito de inveracidad personal (de acuerdo con la concepción antigua: ante Dios); el incesto no como puesta en peligro abstracto de los roles familiares... sino como situación personal contra natura; la prevaricación no como puesta en peligro abstracto de la Administración de Justicia, sino como actuación personal contraria a la Justicia; la desertión no como puesta en peligro de las fuerzas armadas, sino deslealtad personal contra el país... Según esta concepción, no importa la intensidad de la relación con un resultado, sino la medida de falta de principios”.

55 JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., págs. 1010 y s.

responsabilidad de quien con sus propios actos omisivos realiza el comportamiento en que consisten estos delitos, de tal modo que las únicas restricciones imaginables tienen que ver, en realidad, con la dificultad de imaginar ejemplos de esa comisión omisiva. Baste pensar en delitos como los relativos a la libertad sexual o los que consisten en conducir, respecto a los que resulta realmente difícil imaginar omisiones que por sí solas lo determinen. Pero si las mismas pudieran descubrirse no habría obstáculo alguno para aceptar aquella construcción. Pensemos, por ejemplo, en un tipo como el de falso testimonio, en el que la declaración falsa del testigo pudiera descubrirse en la omisión de declarar los hechos verdaderos que conoce.

Por ello, como decíamos, nos apartamos en el razonamiento de la postura de aquellos autores que, ya sea a favor o en contra de admitir la posibilidad de que los delitos de propia mano se puedan cometer por omisión impropia, centran sus argumentos en los casos en que se plantea la responsabilidad del garante en su relación directa con el bien jurídico. No creo que haga falta volver a insistir en que la pretensión de convertir en eje de la argumentación esa posibilidad de admitir o no la comisión por omisión en esta fenomenología de casos sólo tiene sentido cuando la postura, del signo que sea, se hace girar de nuevo en torno a una comprensión meramente fáctica de aquella clase de delitos que apunte a la vieja exigencia de que se realicen de forma corporal por el autor. Es el caso de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, quien tras abrir el apartado que dedica a la compatibilidad de la estructura de la comisión por omisión y con los delitos de propia mano afirmando que, “Si en los delitos de propia mano el comportamiento típico es aquel que tiene lugar ‘sólo mediante la ejecución corporal’, lo único consecuente es rechazar toda posibilidad de realización omisiva de todos los delitos que hayan de ser calificados como de propia mano”⁵⁶, cuando proyecta sus tesis a la práctica propone como ejemplos los siguientes: “Si la prevaricación según esta doctrina... es un delito de propia mano, el juez que omita incluir en la sentencia hechos que fueron probados (omisión) no sería responsable de todas las formas del delito del artículo 446 del Código Penal... Ni tampoco, en definitiva, deserción en comisión por omisión –puesto que desde Binding el delito de deserción es calificado como de propia mano–, cuando un soldado permaneciese en el tren mientras el resto de la tropa se apea (art. 120 CPM). En efecto, lo que seguro que el juez no habrá llevado a cabo es –en contra de la definición del delito de propia mano– ‘la propia ejecución corporal de las acciones típicas’, ni tampoco ejecuta corporalmente nada el soldado que permanece en el tren”⁵⁷.

Como puede observarse, este tipo de razonamiento, que sólo se explica cuando se parte de que la única for-

ma de comprender los delitos de propia mano es en términos de realización corporal de la acción, contrasta claramente con la postura que sostenemos acerca de que las únicas restricciones que cabe reconocer a los delitos que requieren una acción determinada son las relativas a la responsabilidad del omitente por los actos que realice un tercero.

V. Perspectivas

Hasta aquí la comprensión que proponemos de aquel grupo de delitos que en su día la doctrina optó por calificar como de propia mano. A estas alturas de la exposición es el momento de intentar recapitular cuanto hemos sostenido para responder por fin al interrogante que lleva por título este trabajo, esto es, intentar contestar a la pregunta acerca de si puede identificarse algún rasgo en determinados delitos que permitiera aún seguir calificándolos como de propia mano. Al reducir, por un lado, los elementos que hoy día consideramos que podrían ser herederos de aquella vieja denominación tan sólo al reconocimiento de que en ellos no se protege sólo un bien jurídico, sino su lesión o puesta en peligro frente a un determinado comportamiento y, por otro, al limitar sus consecuencias prácticas al único y exclusivo ámbito de la comisión por omisión, tal vez la pregunta que queda en el aire es si eso que *queda* de los delitos de propia mano en el Derecho penal actual justifica realmente que se sigan manteniendo como una categoría autónoma bajo tal denominación.

Posiblemente, si hubiéramos vivido hace una centuria y fuera entonces cuando formulásemos la pregunta, sin preceder, por tanto, la experiencia en torno a tantos malos entendidos en relación con estos delitos y sin poder observar mirando hacia atrás la mezcolanza de aspectos que, según poníamos de manifiesto, parecen estar explicativamente en el origen de tanta confusión, estas reflexiones concluirían afirmando que no hay dificultad alguna para identificar ese rasgo bajo una categoría que llevara ese nombre u otro parecido. Pero a estas alturas, después de tantas décadas de discusión y de tantas dificultades interpretativas, la actitud no puede ser más que la de contemplar con auténtico pavor la propuesta de seguir empleando una terminología que no sólo ha contribuido a desenfocar la única peculiaridad admisible dentro de lo que pueda entenderse por propia mano, sino que su inercia durante décadas ha determinado que incluso muchos de nuestros más prestigiosos penalistas sucumbieran a calificar como un disparate la supuesta compatibilidad de esos delitos y la autoría mediata.

Desde luego que este breve estudio no pretende ni podría pretender cerrar la discusión al respecto. Porque aunque se admitiera esta forma de razonar aún podrían cuestionarse sus premisas, entre ellas de forma especial, los

56 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado ‘delito de propia mano’*, ob. cit. pág. 115.

57 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado ‘delito de propia mano’*, ob. cit. pág. 116.

rasgos de ciertos tipos delictivos que permitirían seguir todavía hablando de delitos de propia mano en el Derecho penal actual. Pero aunque esto fuera así, entonces al menos habría logrado trasladar el problema al plano de los conceptos o, si se quiere, al de la denominación de una realidad sobre la que por lo menos estaríamos de acuerdo acerca de lo que se trata de referir con ella. En un terreno como éste, ese logro no sería ya poco.

VI. Bibliografía citada

- AUERBACH, H., *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4.StrRG*, Frankfurt am Main, 1978.
- BACIGALUPO, E., “Conducta precedente y posición de garante en Derecho penal”, en *ADPCP* 1970.
- BINDING, K., *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1913.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “¿Es el delito de violación un delito de propia mano? A propósito de la STS de 2 de noviembre de 1996”, en *AP*, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pág. 246, trabajo publicado también en *ADPCP*, 1994.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Pertenencia del hecho, instrumento doloso no cualificado y delitos de propia mano”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 17, 2006.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995.
- GRACIA MARTÍN, L., en “La comisión por omisión en el Derecho penal español”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- HAFT, F., “Eigenhändige Delikte. Unter besonderer Berücksichtigung des Vollrausches (§330 a), en *JA*, 1979.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, L.U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996.
- HERZBERG, R.D., “Eigenhändige Delikte”, en *ZStW*, 1970.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997.
- LUZÓN PEÑA, D.M., “Participación por omisión y omisión de impedir determinados delitos”, en *La Ley*, 1996.
- MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano. Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid, 1992.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed. Barcelona, 1990.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 2004.
- *De nuevo sobre el ‘Derecho penal del enemigo’*, Buenos Aires, 2005.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la sexta edición alemana por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L. Madrid-Barcelona, 1998.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado delito de ‘propia mano’. Respuesta a una situación jurisprudencia*, Madrid, 2004.
- SCHMIDT, E., *Militärstrafrecht*, Berlin, 1930.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión, Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- “‘Comisión’ y ‘omisión’. Criterios de distinción”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.
- STRATENWERTH, G., “Gibt es eigenhändige Delikte?”, en *SchwZStR*, 1997.
- SCHALL, H., “Auslegungsfragen des §179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte –KG, NJW 1977, 817” en *NJW*, 1977.
- SCHUBARTH, M., “Eigenhändiges Delikt und mittelbaren Täterschaft”, en *SchwZStR*, 1996.
- WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Chile, 1976.
- WOHLERS, W., “Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte”, en *SchwZStR*, 1998.
- STRATENWERTH, G., “Gibt es eigenhändige Delikte?”, en *SchwZStR*, 1997.
- SCHALL, H., “Auslegungsfragen des §179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte –KG, NJW 1977, 817” en *NJW*, 1977.
- SCHUBARTH, M., “Eigenhändiges Delikt und mittelbaren Täterschaft”, en *SchwZStR*, 1996.
- WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Chile, 1976.
- WOHLERS, W., “Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte”, en *SchwZStR*, 1998.