

## VIII. Los delitos de propia mano

*Helmut Satzger\**

### 1. Introducción

Según muchos manuales, los delitos de propia mano son considerados una categoría independiente entre las distintas categorías de delito. Son delitos de propia mano aquéllos delitos cuyo tipo exige que el autor cometa la acción típica de forma inmediata y con sus propias manos, porque solo en tal caso realiza el desvalor penal específico del delito correspondiente<sup>1</sup>. En el derecho alemán el concepto del delito de propia mano proviene de *Binding*, de principios del siglo XX<sup>2</sup> y al margen de una multitud de discusiones de detalle, es reconocido ampliamente en la jurisprudencia y la ciencia<sup>3</sup>.

---

\* El texto en español se basa fundamentalmente en mi artículo „Die eigenhändigen Delikte“, en: *Juristische Ausbildung* (JURA), 2011, p. 103 ss.; la traducción la asumió el Sr. *Michael Juhas*, quien realiza su práctica de Derecho y a quien estoy muy agradecido. Por sus valiosos comentarios y colaboración en la preparación del trabajo agradezco enormemente al Sr. Asistente de investigación *Johann Melchior Raiser*.

<sup>1</sup> Véase en lugar de muchos, WESSELS/BEULKE/SATZGER *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43ra. Ed. 2013, nota marginal 40.

<sup>2</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 2da. Ed. 1975, 529 nota marginal 53; AUERBACH *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*, 1978, 4.

<sup>3</sup> HEINE en *Schönke/Schröder/Heine StGB*, 28da. Ed. 2010, antes del art. 25 nota marginal 86; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, 27ra. Ed. 2011, art. 25 nota marginal 3; ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, 2003, art. 25 nota marginal 288.

La consecuencia más importante es que solo puede ser autor quien comete la acción típica personalmente, los otros intervinientes solo pueden ser inductores o cómplices. Así las cosas, no cabe en los delitos de propia mano la coautoría o la autoría mediata.

**Caso 1:** B debe acudir como testigo a un juicio. Declara que el acusado X en el momento de la comisión del delito estuvo en casa con él para ver un partido de fútbol, lo cual es falso. E, la esposa del acusado, había manipulado el calendario electrónico de B, así que éste después de mirar su calendario estaba convencido de decir la verdad.

En el *caso 1* B ha realizado el tipo objetivo del falso testimonio (art. 153 StGB), ya que ha declarado de forma falsa. Sin embargo, debido a su error de tipo no ha actuado de forma dolosa y –como tampoco había negligencia por su parte– no puede ser castigado. Pero como E ha causado el error de B, podría haber actuado como autor mediato, dirigiendo a B como instrumento no doloso en error de tipo (art. 25 StGB: “a través de otro”). Pero como el art. 153 StGB se considera un delito de propia mano, a priori solo puede ser autor el testigo.

**Caso 2 (modificación del caso 1):** E, X y B saben que X cometió el delito, pero sin embargo pretenden que sea absuelto. Por eso acuerdan una declaración falsa, para asegurarle una coartada falsa a X.

En el *caso 2* uno podría pensar en afirmar la coautoría de E, X y B, con la consecuencia, de que a todos los coautores se les imputaría el falso testimonio de B. Esto tampoco resulta posible debido a la clasificación del art. 153 StGB como delito de propia mano. X y E por lo tanto solo pueden ser castigados como inductores o cómplices (art. 26, 27 StGB).

Basándose en la definición citada del delito de propia mano, lo anterior resulta evidente. Pero surge la cuestión de *por qué* el falso testimonio es un delito de propia mano. El concepto de “propia mano” no aparece en el StGB. Más bien las normas de la parte general sobre la coautoría y la autoría mediata podrían indicar que los principios allí establecidos son válidos y aplicables para todos los delitos de la parte especial, con lo cual deberían ser posibles la coautoría y la autoría mediata en todos los delitos. Si esto no es así, es preciso una fundamentación, a ello me dispongo a continuación.

## 2. Ejemplos de posibles delitos de propia mano

Antes de tratar las bases y los criterios decisivos para la clasificación de un delito como delito de propia mano, quiero brevemente mencionar unos delitos considerados como delitos de propia mano en el derecho alemán:

El falso testimonio y el perjurio (art. 153, 154, 156 StGB): solo el que declara puede ser autor.

Los delitos de tránsito (art. 315a I Nro. 1, Nro. 2 Var.1, art. 315c<sup>4</sup> y art. 316 StGB): solo el conductor puede ser autor.

El delito de embriaguez total (art. 323a StGB) solo lo puede cometer quien se embriague.

Solo el juez puede ser autor del prevaricato (art. 339 StGB)<sup>5</sup>.

El quebrantamiento del deber de prestar alimentos (art. 170 StGB) solo puede ser cometido por la persona que tenga este deber.

El incesto (art. 173 StGB): autor solo es quien cometa la cohabitación.

El allanamiento de morada (art. 123 Var. 1 StGB): solo puede ser autor quien penetre en la vivienda de otro<sup>6</sup>.

### 3. La doctrina general sobre la autoría y sus peculiaridades acerca de delitos de propia mano y los delitos especiales

#### A) Teorías de la autoría

Una limitación de la autoría a conductas realizadas personalmente es ineludible en ordenamientos “poco complicados” que establecen que solo puede ser autor quien cometa la acción típica con sus propias manos. En un sistema como éste existirían únicamente delitos de propia mano. Pero precisamente éste no es el punto de partida del Código penal en Alemania ni en muchos otros ordenamientos jurídicos ni – sobre todo - de la doctrina de la autoría dominante. Al contrario: si uno se fija en la jurisprudencia alemana acerca de la delimitación de autoría y participación, ésta se rige por un planteamiento subjetivo, aunque ya no tan extremo como antes. Según esta doctrina, el que quiera el delito como suyo, es autor, según la versión extrema de esta teoría, incluso independientemente de quien realice la conducta típica. Como consecuencia, no existe en realidad ningún delito de propia mano, ya

---

<sup>4</sup> Cfr. *BGHSt* 18, 6; diferente en cambio sobre el art. 315c I Nr. 2 literal g, que es calificado como delito de omisión; véase ERNEMANN en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB* 2014, art. 315c nota marginal 21; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 61ra. Ed. 2014, art. 315c nota marginal 11; PEGEL, en *Münchener-Kommentar-StGB*, 2014, art. 315c nota marginal 75; LACKNER/KÜHL art. 315c nota marginal 17a.

<sup>5</sup> De otra opinión KUDLICH en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 339 nota marginal 7; UEBELE, en *Münchener-Kommentar-StGB*, art. 339 nota marginal 67.

<sup>6</sup> De otra opinión SCHÄFER, en *Münchener-Kommentar-StGB*, 2005, art. 123 nota marginal 64.

que no es necesario la realización de la conducta con las propias manos. Para ser considerado como autor es suficiente que éste pretenda el resultado típico.

En el llamado “caso de la bañera”,<sup>7</sup> el Reichsgericht (Tribunal del Imperio) estableció acerca de la delimitación de la coautoría y la complicidad, que todas las condiciones del resultado típico son equivalentes, así que no es determinante solo la participación en la ejecución como criterio distintivo. Más bien, resulta decisivo valorar si el partícipe realizó su conducta de ejecución con el ánimo propio del autor, o sea si pretendió el delito como suyo, o si solo quiso apoyar un delito de otro. Solo en el primer caso puede ser considerado autor, mientras que en el segundo es posible la complicidad. De esta forma, el Reichsgericht sentenció que la hermana que realizó la conducta del homicidio sola, únicamente fue cómplice de la madre del bebé recién nacido.

A pesar de que la jurisprudencia haya desistido de esta teoría subjetiva extrema, el ánimo de autor sigue siendo un criterio esencial de delimitación. Sin embargo, la jurisprudencia se basa en indicios para objetivar esta delimitación: El grado del interés en el éxito de la acción, la medida en la que ha participado en el delito y el dominio de hecho o la intención de tener el dominio del hecho<sup>8</sup>.

En la literatura, sin embargo, mayoritariamente se defiende la teoría del dominio de hecho de acuerdo con el planteamiento de *Roxin*. Aquél que por la dirección final y siendo consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico es dueño de la realización del tipo, es autor y no solo partícipe.

### B) Autoría y delitos especiales

Sin embargo, el propio Código penal alemán – así como los códigos penales de casi todos países - establece límites en algunos delitos: en la parte especial, junto con los delitos generales, que pueden ser cometidos por cualquiera, también se contienen los llamados delitos especiales, que se distinguen por la calidad requerida del sujeto del tipo penal, delimitándose así el círculo de posibles autores.

Ejemplos:

El tipo penal de la corrupción solo puede ser cometido por un titular de cargo, este elemento de tipo fundamenta la punibilidad. Por eso se trata de un delito especial propio.

---

<sup>7</sup> RGSt 74, 84 (85), Sentencia del 19.02.1940.

<sup>8</sup> BGHSt 37, 289 (291), publicado en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1991, 1068.

La lesión en el ejercicio del cargo también puede ser cometido únicamente por quien ostenta un cargo, o sea, un círculo de autores limitado. Pero como el elemento que delimita la autoría en ese caso solo agrava la pena —el no titular de cargo es castigado por lesión, art. 223, el tipo básico del art. 340— este delito es llamado un delito especial impropio.

La delimitación explícita de posibles autores en normas penales concretas de la parte especial constituye una excepción del art. 25 StGB. Solo puede ser autor quien pertenezca al círculo de autores de los delitos especiales.

*Roxin* valora esta excepción legal diferenciando entre los delitos de dominio, en los que es aplicable el criterio del dominio del hecho, y los delitos de infracción de deber. Acerca de estos últimos, la autoría no se puede basar solo en el dominio de hecho. Más bien solo puede ser autor aquel a quien le corresponda un deber especial típico<sup>9</sup>. En la ciencia en parte se critica este enfoque como inconsecuente y se argumenta también que los delitos especiales se basan en un dominio del hecho normativo<sup>10</sup>.

### C) Autoría y delitos de propia mano

Al contrario de los delitos especiales, los delitos de propia mano no están regulados explícitamente en el StGB. Por lo tanto, no puede sorprender que una opinión minoritaria niegue incluso la existencia de este tipo de delitos<sup>11</sup>. Esto, sin embargo, no resulta convincente teniendo en cuenta dos normas de la parte especial,:

*El art. 323a StGB* establece que será castigado el que *se* embriague. Sin embargo el autor mediato embriagaría a otro persona. Castigar al autor mediato<sup>12</sup> por lo tanto sería una infracción del principio de legalidad, art. 103 de la Constitución<sup>13</sup>.

*El art. 160 StGB* castiga el provocar el falso testimonio de otro, entendiendo el concepto de provocar como influencia en el autor sin ser inductor en el sentido del art. 26 StGB. Esto se refiere justo a las situaciones que normalmente son consideradas casos de autoría mediata. Si nos acordamos del *caso 1* está claro que E causa un falso testimonio al provocar el error de B. Si E fuese castigado por autoría

<sup>9</sup> Fundamental sobre el tema, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8va. Ed. 2006, p. 352 ss.; véase también integral SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión en general MURMANN, en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, antes del art. 25 nota marginal 13.

<sup>11</sup> Cfr. SCHUBARTH, *SchwZStr* 114 (1996), p. 325 ss.; ÍDEM, *ZStW* 110 (1998) 827, p. 839 ss.

<sup>12</sup> Respecto de la coautoría esto no es obligatorio en igual medida, a causa de la recíproca imputación de acuerdo al art. 25 II StGB.

<sup>13</sup> Así correcto SCHÜNEMANN, en *Leibniz-Kommentar*, art. 25 nota marginal 46.

mediata, es decir, si se negase la calificación del art. 153 StGB como delito de propia mano, el art. 160 StGB sería superfluo, ya que el falso testimonio no doloso de A abarcaría el provocar el falso testimonio en el sentido del art. 160 StGB. Además, de otra forma no habría motivo para que la amenaza de pena del art. 160 StGB (hasta seis meses de prisión) fuera tan inferior a la del art. 153 StGB (de tres meses a cinco años de prisión). Obviamente la ley parte de la base de que solo el propio testigo realiza el desvalor penal.

Por supuesto que esto solo explica por qué el falso testimonio y la embriaguez total deben ser considerados delitos de propia mano. La tarea de determinar que otros delitos son de propia mano resulta mucho más difícil.

#### *D) Diferencia entre delitos especiales y delitos de propia mano*

Si es cierto que tanto los delitos especiales como los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por un círculo de autores determinado, uno se puede preguntar dónde radica entonces la diferencia entre ambas categorías delictivas.

##### *a) Delimitación*

De forma abstracta se podría decir que las condiciones que constituyen la autoría en delitos especiales normalmente están vinculadas con datos extrapenales<sup>14</sup>, que fundamentan el deber del autor de proteger un bien jurídico de manera especial. Este deber ya existe antes de la comisión del delito<sup>15</sup>. Para concluir, se puede constatar que el autor de un delito especial tiene un deber formal e institucionalizado que no es solo provisional. De este deber especial depende la realización del tipo, lo que es evidente en casos de delitos de titulares de cargo (así la aceptación de ventaja, art. 331 ap. 1., y la lesión corporal en el ejercicio del cargo según el art. 340 StGB). Otro ejemplo puede servir la “*Untreue*”, el tipo complejo de administración desleal (art. 266 StGB) que requiere por parte del autor un deber de velar por esos intereses ajenos<sup>16</sup>. Así el tipo se dirige a un grupo formal, p. ej. los titulares de cargo, pero sí es cierto que el deber de cuidado es un deber general que va más allá de la conducta penalmente relevante concreta. Por eso quien tenga un deber de cuidado tiene una posición especial comparado con los demás y la deslealtad es considerado un delito especial<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> JOECKS, en *Münchener-Kommentar-StGB*, 2003, art. 25 nota marginal 43.

<sup>15</sup> FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ta. Ed. 2013, 105 nota marginal 23.

<sup>16</sup> Cfr. KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 266 nota marginal 4.

<sup>17</sup> Así por ejemplo SALIGER, en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 266 nota marginal 1; *Fischer* art. 266 nota marginal 185; BGHSt 13, 330 (331).

Por el contrario, los delitos de propia mano no exigen una posición de deber especial previa al delito. Es suficiente que el autor en la situación concreta a través de su conducta provoque una relación especial con el bien jurídico protegido. Solo la caracterización de la conducta típica delimita el círculo de posibles autores<sup>18</sup>. La posición especial en caso de un delito de propia mano se basa en la conducta típica y depende de ésta. Debido a esto, la posición de deber no es permanente, sino que solo existe durante una parte de la conducta típica.

*b) Relevancia de la delimitación*

A primera vista puede parecer que esta distinción no tiene efectos prácticos, ya que tanto en los delitos especiales como en los de propia mano el círculo de autores está limitado desde un principio, con las consecuencias que trataré más adelante. Sin embargo, la distinción es muy importante para explicar por qué no cualquiera puede ser autor de un delito concreto. Para esta argumentación es útil y relevante diferenciar entre delitos especiales y delitos de propia mano. Además, es mucho más sencillo averiguar si un delito es un delito especial según los criterios anteriormente establecidos, así que resulta aconsejable plantear primero la pregunta, de si hay un delito especial.

Por supuesto ambas categorías, por lógica, no se excluyen mutuamente. Un delito especial a la vez puede ser uno de propia mano, si el tipo solo puede ser cometido desde un principio por un determinado grupo de personas que no depende de la conducta típica, pero además el tipo requiere que el miembro de este grupo mediante su conducta provoque su posición especial en cuanto al bien jurídico protegido.

Basándose en este punto de vista, algunos de los delitos que según la opinión dominante son clasificados como delitos de propia mano, con buenos argumentos también podrían considerarse delitos especiales:

El art. 170 StGB –la violación del deber de prestar alimentos– limita el círculo de autores a quien tenga el deber de pagar alimentos. Este deber no surge de una conducta recogida en el art. 170 StGB, sino que ya existe antes, es permanente y es un deber extrapenal, independiente de la situación concreta del delito. Por eso el art. 170 StGB es un delito especial.

Lo mismo se puede constatar acerca del deber de asistencia y educación según el art. 171 StGB. Éste es extrapenal e independiente de la situación concreta del delito. El deber de asistencia no es temporal/provisional y ya existe antes de la

---

<sup>18</sup> KUDLICH, en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 339 nota marginal 7.

conducta típica como relación especial con la persona protegida. Por lo tanto, se trata de un delito especial<sup>19</sup>.

El delito de bigamia (art. 172 StGB) en parte es considerado como delito de propia mano<sup>20</sup>. Pero como el matrimonio (art. 1303 ss. BGB) lógicamente ha de ser contraído antes de la bigamia y está institucionalizado de forma permanente, la cualidad específica que delimita el círculo de posibles autores es independiente de una situación concreta del delito. Por eso es más convincente considerar la bigamia como delito especial<sup>21</sup>.

Los delitos contra la autodeterminación sexual (art. 174, 174a y 174c StGB) requieren que al autor le haya sido encomendada la custodia de una persona. Esta relación suele ser de una duración notable y no depende del delito. Se puede comparar con el delito de la deslealtad, que –como hemos visto– debe ser clasificado como delito especial<sup>22</sup>. El tipo de la deslealtad requiere un deber de cuidado para con el patrimonio, mientras que los delitos contra la autodeterminación sexual exigen un deber de cuidado frente a una persona cuya custodia ha sido encomendada. Con lo cual, también los delitos contra la autodeterminación sexual que requieren que al autor le haya sido encomendada la víctima son delitos especiales<sup>23</sup>.

La clasificación del prevaricato como delito especial según los criterios anteriormente establecidos resulta muy problemática. Como la posición de juez es permanente y no depende del delito, sino que en general es un cargo específico, el art. 339 StGB es por lo menos un delito especial<sup>24</sup>. Sin embargo también se trata de una situación concreta en la que decide el juez sobre un proceso determinado, con lo cual tiene una relación especial con el bien jurídico protegido. Por lo tanto se trata de un “delito especial de propia mano”<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. RITSCHER, en *Münchener-Kommentar-StGB* art. 171 nota marginal 21; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 171 nota marginal 8.

<sup>20</sup> RITSCHER, en *Münchener-Kommentar-StGB*, art. 172 nota marginal 5.

<sup>21</sup> Igual en el resultado, FISCHER art. 172 nota marginal 8.

<sup>22</sup> FISCHER, art. 266 nota marginal 185.

<sup>23</sup> Cfr. EISELE, en *Schönke/Schröder*, art. 174 nota marginal 20; art. 174a nota marginal 13; FISCHER, art. 174c nota marginal 3.

<sup>24</sup> Así también UEBELE, en *Münchener-Kommentar-StGB*, art. 339 nota marginal 67.

<sup>25</sup> También los ya mencionados artículos 174, 174a y 174c StGB son frecuentemente considerados como delitos especiales de propia mano –entre otras cosas por la letra de la ley– (véase EISELE, en *Schönke/Schröder*, art. 174 nota marginal 20; RENZIKOWSKI, en *Münchener-Kommentar-StGB*, art. 174a nota marginal 32; art. 174c nota marginal 32).



#### 4. Consecuencias de un delito de propia mano

##### *A) Exclusión de la autoría mediata de aquél que actúa de propia mano*

Los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por quien lleva a cabo la conducta típica de forma inmediata. De esto se deduce que es imposible la autoría mediata. El caso siguiente (el *caso 3*) muestra la relevancia de que un delito sea de propia mano.

##### **Caso 3:**

El vagabundo P busca un alojamiento. A le aconseja que podría dormir en su casa en la Gran Vía 27, su puerta está abierta. P se alegra y entra en la casa para pasar la noche. Sin embargo, la casa no pertenece a A, sino a su exnovia E. Con la visita no deseada A quiere vengarse de E por cortar con él. ¿Ha cometido A el delito de allanamiento de morada en autoría mediata?

Está claro que P no es autor inmediato del allanamiento de morada. Aunque haya penetrado ilegalmente en la casa de E, pensaba que tenía el consentimiento del propietario y actuó sin dolo debido a su error de tipo según el art. 16 StGB. A, quien provocó este error, tenía el dominio del hecho por su conocimiento superior de la circunstancias respecto a P, quien fue su instrumento no doloso. Si no se clasificase el tipo de allanamiento de morada como delito de propia mano, A podría ser hecho responsable como autor mediato del delito. En cambio, si se sigue la opinión diferente, según la que es un delito de propia mano, A no puede cometer el delito siendo autor. Por falta de un hecho antijurídico doloso de un autor A tampoco puede ser partícipe.

##### *B) Exclusión de la coautoría de aquél que actúa de propia mano*

En caso de delitos de propia mano no es posible tampoco una coautoría, como nuestro *caso 4*.

**Caso 4:** Después de una noche en un bar A y B no están en condiciones de conducir debido a su consumo de alcohol. Al darse cuenta de que incluso tienen problemas para poder andar, deciden tomar el coche, confiando en que no pasará nada. A tiene que ser sujetado por B para llegar al coche. B coloca a A detrás del volante, le enciende el coche desde el asiento de acompañante y le da instrucciones para conducir. Pero pocos metros después colisionan con un coche aparcado causando un importante daño material. ¿Pueden A y B ser castigados en virtud del art. 315c StGB?

En este caso, A, quien no estaba en condiciones para conducir el coche con seguridad, ha cometido el delito de “puesta en peligro del tráfico rodado” (del art. 315c StGB). B sin embargo solo era su acompañante, el mismo no manejaba el coche y por lo tanto no era el conductor. El simple hecho de encender el motor no es suficiente para poder ser considerado conductor<sup>26</sup>.

Si el delito de “puesta en peligro del tráfico rodado” (según art. 315c StGB) es un delito de propia mano, como lo entiende la opinión dominante en Alemania hasta ahora, a pesar de la colaboración entre A y B no es posible la comisión en coautoría (según el art. 25 ap. 2 StGB). B solo puede ser castigado por complicidad.

### C) Exclusión de la *actio libera in causa*

Otra consecuencia importante de clasificar un delito como “de propio mano” es la exclusión de la *actio libera in causa* como lo muestra el *caso 5*:

**Caso 5:** B es el hermano mayor de S, que todavía es menor de edad. Pero ella – a diferencia de B – desconoce este vínculo familiar, porque de bebé fue adoptada y nunca llegó a tener contacto con sus padres biológicos. B siguió la vida de su hermana a lo largo de los años y se siente atraído sexualmente por ella. El día que durante una fiesta nota, que también S se fija en él, toma la decisión de acostarse con ella. Para atreverse se bebe grandes cantidades de alcohol. En estado de inculpabilidad por su embriaguez finalmente se atreve y ambos tienen relaciones sexuales. ¿B puede ser castigado según art. 173 StGB (incesto)?

La punibilidad de B se puede excluir por la inculpabilidad (art. 20 StGB) en el momento de la comisión del delito, que es la relación sexual. Pero se podría llegar a otro resultado a través de la figura controvertida de la *actio libera in causa*<sup>27</sup> en sucesos como el presente de varios actos, en los que el autor en una primera fase causa de forma intencionada o imprudente su estado de inculpabilidad para en una segunda fase cometer el delito, aquí la relación sexual, precisamente en este estado de inculpabilidad. Para fundamentar la punibilidad, el “modelo de tipicidad” (*Tatbestandsmodell*) se basa en la primera conducta, que fue realizada en estado de culpabilidad del autor y se considera el comienzo de la segunda conducta. En el *caso 5* eso significa, que B ha cometido el delito del incesto ya en el momento en el que se embriagó. Pero suena muy extraño que el beber alcohol integre a la vez una relación sexual. Según la teoría del tipo, la *actio libera in causa* no se aplica a delitos de propia mano porque están vinculados a una conducta determinada. La jurisprudencia lo ha afirmado en cuanto a las infracciones de tránsito (art. 315c, 21

<sup>26</sup> FISCHER, art. 315c nota marginal 3b.

<sup>27</sup> Sobre el tema WESSELS/BEULKE/SATZGER, nota marginal 415; SATZGER, en *JUR A* 2006, 513.

StVG)<sup>28</sup>. Sobre todo si se justifica el “modelo de tipicidad” con una analogía a la autoría mediata, esta limitación parece lógica. Si resulta que el autor se utiliza a sí mismo como instrumento no culpable, la figura de la autoría mediata no puede ser aplicada en los delitos de propia mano. La calidad de autor, o sea la característica del autor con base en su conducta, no se produce solo porque el autor se embriague, sino porque mantiene una relación sexual. Solo el “modelo de la excepción” (*Ausnahmemodell*), que aduce el derecho consuetudinario como fundamento para que en estos casos no se aplique el art. 20 StGB, y el autor por lo tanto pueda carecer de culpabilidad en el momento de la conducta típica, llegaría a la conclusión de que el autor ha cometido el delito del incesto en nuestro caso 5. Sin embargo, el modelo de excepción se basa en el derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad de una conducta y por eso infringe el principio de legalidad garantizada por la constitución alemana. Por lo tanto, B no será castigado en el caso 5 por incesto, pero ha cometido el delito de embriaguez total. En este contexto la relación sexual entre hermanos solo constituye una “condición objetiva de punibilidad”.

#### D) Exclusión de la autoría por omisión

Por último, si se trata de un delito de propia mano la construcción de un delito por omisión impropia, por regla general, es impensable. Además –como exige el art. 13 ap. 1 StGB– la omisión debe corresponder a la realización de un tipo mediante una acción. Por la relevancia del desvalor que surge de la acción personal del autor, los delitos de propia mano no pueden ser cometidos por omisión.

### 5. Determinar los delitos de propia mano

Entonces, ¿cuales son los criterios para determinar si un delito es “de propia mano”? Algunos autores consideran esta categoría como un producto dogmático de casualidad, que carece de fundamento para la asignación a esta categoría. Esto no resulta satisfactorio. Si uno sigue los intentos de fundamentación, encontrará básicamente los siguientes, que sin embargo no se excluyen mutuamente sino que pueden servir como fundamento a la vez.

#### A) Teoría del tenor literal

La teoría del tenor literal<sup>29</sup>, que también ha sido mencionada por la jurisprudencia<sup>30</sup>, se basa en el tenor literal de la norma, si ésta permite la

<sup>28</sup> BGHSt 42, 235, p. 239 s.

<sup>29</sup> SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 46; ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, art. 25 nota marginal 289 s.; LANGROCK, *Das eigenhändige Delikt*, 2001, p. 37 ss.

imputación autoral al hombre de atrás o a otras personas externas, o si el texto solo da lugar a una comisión inmediata. *Beling* dudó con respecto al antiguo tipo penal de la violación si aquel que hubiera inducido a la violación se presumiría de “haber disfrutado de la persona abusada.”<sup>31</sup>

Así solo realiza el tipo de “embriaguez total” (art. 323a StGB) aquel que *se* embriague. Este término reflexivo (“se”) limita el círculo de posibles autores a los autores inmediatos que se embriagan a sí mismos. El problema de esta teoría sin embargo es que no se puede deducir una determinación general de los delitos de propia mano, sino que depende de la interpretación de cada uno de los delitos de la parte especial<sup>32</sup>. El tenor literal de los delitos de la parte especial está hecho a medida del autor inmediato. Solo el art. 25 StGB quebranta este punto de vista<sup>33</sup>. Debido a esto, *Schünemann*<sup>34</sup> destaca que una interpretación orientada solo por el tenor literal no puede producir un concepto dogmático útil, porque el uso de términos y de la sintaxis de los tipos penales no deja entrever una razón político-criminal plausible<sup>35</sup>. Este argumento conlleva por una parte el peligro de menospreciar el sentido literal de la palabra, lo que supondría un conflicto con el principio de taxatividad (art. 103 ap. 2 constitución alemana). Si el tenor literal limita de manera clara la calidad de autor, este límite no puede ser pasado por alto. Sin embargo es cierto que de la formulación de un tipo penal no se puede deducir una decisión consciente del legislador o una limitación a la comisión de propia mano.

Antiguamente sobre todo se discutía si eran delitos de propia mano aquellos que según su tenor literal exigían una realización del acto sexual. El legislador alemán acabó con esta controversia reformando los tipos de la violación y del acoso sexual, cuyo tenor literal establece claramente que es suficiente que el autor coaccione el acto sexual o que la víctima practique en un tercero acciones sexuales o que las tolere sobre sí<sup>36</sup>.

---

<sup>30</sup> Véase solo BGHSt 6, 226 (227). La Cámara (KG) (en *NJW* 1977, 817 ss.) considera que puede extraer „de la letra de la ley y del uso del lenguaje“, que el art. 179 II StGB es un delito de propia mano.

<sup>31</sup> BELING, *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts*, 1915, p. 268 s., nota 17.

<sup>32</sup> HERZBERG, en *ZStW* 82 (1970), p. 896 ss., p. 914.

<sup>33</sup> ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, art. 25 nota marginal 289.

<sup>34</sup> SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 47.

<sup>35</sup> Más detalles en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8°. Ed. 2006, p. 403 ss.

<sup>36</sup> Reconocido por el BGH, en *NJW* 1977, p. 1829.

B) *Teoría del movimiento corporal*

Otro intento de restricción consiste en solo calificar como delitos de propia mano aquellos que son delitos de mera actividad, es decir delitos que aparte de una conducta no requieren un resultado típico<sup>37</sup>. Por ejemplo, el allanamiento de morada (art. 123 StGB), la usurpación de funciones públicas (art. 132 StGB), el perjurio (art. 154 StGB), diferentes delitos sexuales (art. 173, 174, 176 StGB) y la conducción en estado de embriaguez (art. 316 StGB). Si uno comparte la opinión de que delitos de mera actividad solo penalizan un determinado movimiento corporal porque socialmente no son deseables, independiente de un resultado o un efecto de estas acciones, la asignación a la categoría de delitos de propia mano parece obvia. Solo infringe una norma penal, aquél que realiza la conducta prohibida de forma corporal. Solo a él se dirige por lo tanto el juicio de desvalor del autor.

Como ejemplo: El allanamiento de morada (art. 123 StGB) es un delito de mera actividad porque solo es punible quien penetre en una vivienda. Solo con esta conducta el delito está consumado. Si según esta opinión solo el penetrar es la causa de la punibilidad, solo puede ser castigado quien penetre, pero el hombre de atrás no puede ser autor del delito.

Sin embargo esto no puede convencer, como demuestra nuestro último ejemplo. Es cierto que el art. 123 StGB no penaliza la producción de un resultado típico, como sí lo hace por ejemplo el homicidio (art. 212 StGB) acerca del causar la muerte de otro. Pero, por supuesto, por los delitos de mera actividad no se castiga la conducta del autor sin un “objetivo superior”. Normas penales legítimas se basan en la protección de un bien jurídico, también delitos de mera actividad cobran sentido por la protección de un bien jurídico y por impedir que éste se lesione.

Con castigar el ingreso se protege el derecho a que se respete la propia vivienda, así que también aquél que sea responsable de que un inculpable o una persona en error de tipo penetre en una vivienda produce la lesión del derecho a que se respete la propia vivienda, lo que es abarcado por el fin de protección del art. 123 StGB. Solo en el caso en que detrás de un delito de mera actividad no haya un bien jurídico, los argumentos de la teoría de movimiento corporal parecen convincentes. Sin embargo, tal tipo penal sería preocupante y jurídico-políticamente inadecuado.

En este contexto solo se menciona el art. 173 II StGB, que penaliza el incesto entre hermanos. No solo la importancia jurídico-política, sino también la

---

<sup>37</sup> Así por ejemplo OGHSt 1, 303 (304); fundamental BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 203 s., 225 s., 324 s.; ENGELSING, *Eigenbändige Delikte*, 1926. Resumiendo los delitos de resultado y de actividad, RÖNNAU, en *JuS* 2010, p. 961.

legitimidad constitucional de la penalización del incesto entre hermanos es criticada a menudo por falta de un bien jurídico protegido. En cambio el Tribunal Federal Constitucional declaró la constitucionalidad de este tipo penal en una sentencia del 28 de febrero de 2008. Esta sentencia, que –en su resultado es lamentable porque conserva un tipo penal jurídica y políticamente inadecuado– se basa en una fuerte afirmación de la separación de poderes... Según el Tribunal Federal Constitucional –aparte de un control de la conformidad a los principios constitucionales– el legislador penal no está limitado por requerimientos más estrictos en cuanto a los fines pretendidos mediante la norma. Sobre todo, estos no pueden ser derivados de la doctrina del bien jurídico penal. Lo que no puede satisfacer es el hecho de que el Tribunal Federal Constitucional constate que el tipo es proporcionado a pesar de que su fin de protección está poco claro. Tampoco puede convencer el argumento de que pocos sujetos se ven afectados por el tipo y que la amenaza de la pena es leve<sup>38</sup>.

### C) Teoría de los delitos de deber en persona

*Roxin* añadió a los aspectos ya mencionados, como único grupo importante de delitos de propia mano, la categoría de los delitos de deber personales. Se refiere a delitos acerca de los que el autor debido a la estructura del tipo se halla en una posición en la que ejerce un dominio sobre el destino de un bien jurídico casi como un monopolio, de modo que le corresponde una posición clave para el bien jurídico, cuyo ejercicio no puede ser delegado a un tercero. Por eso solo el autor puede abusar de este dominio y cometer el delito como autor<sup>39</sup>.

Como ejemplo pueden servir la declaración falsa (art. 153 ss. StGB), el prevaricato (art. 339 StGB) y la deserción (art. 16 código penal militar).

Al fin y al cabo, *Roxin* no considera los delitos de propia mano como categoría independiente, sino como subgrupo de los delitos de deber en persona (*Pflichtdelikte*). La posición central del autor de los delitos de propia mano se puede comparar así con la posición de garante del autor de un delito de omisión impropia (v. art. 13 StGB).

---

<sup>38</sup> Correcto es el voto disidente del ex-Vicepresidente del Tribunal Constitucional Alemán, HASSEMER: “Finalmente no se debería justificar la superposición de un tipo penal con la prohibición de exceso mediante el argumento de que esta prohibición solo afecta ‘un ámbito estrecho de la conducción de vida personal’ y que solo unos pocos, ‘si acaso, se verían afectados por la prohibición en una forma restrictiva perceptible’. Tales argumentos pueden sonar cínicos en el Derecho Penal, que desde siempre se orienta en forma especial hacia la personas: Quien se ve afectado por la prohibición del incesto, se ve tocado en un ámbito central de su conducción de vida, y esta intromisión puede afectarlo profunda y prolongadamente.” (nota marginal 18).

<sup>39</sup> ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, art. 25 nota marginal 303; véase también SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 51.

## 6. Opinión final

De las consideraciones mencionadas se puede deducir que para calificar un tipo como delito de propia mano se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

### *A) Averiguar si puede clasificarse como delito especial*

Primero, hace falta averiguar si el delito relevante es un delito especial. Como ha quedado demostrado antes, si un delito es un delito especial ya no importa si es de propia mano. Aunque en teoría un delito especial a la vez puede ser un delito de propia mano, las consecuencias son las mismas.

### *B) Tenor literal*

Segundo, acerca de los delitos que no se consideren delitos especiales cabe clasificar aquellos como delitos de propia mano cuyo tenor literal requiere de manera manifiesta la autoría inmediata. Esto es consecuencia obligatoria del principio de legalidad, por ejemplo art. 323a StGB (“quien *se* embriague”).

### *C) Delitos de actividad sin referencia al bien jurídico*

Tercero, en la medida en la que el ordenamiento penal alemán contiene delitos que castigan el desvalor de una mera conducta sin referencia a un bien jurídico, estos delitos deben clasificarse como delitos de propia mano. Esto sin embargo solo se puede entender como descripción de un estado, porque estos tipos penales no deberían formar parte de un ordenamiento penal de un Estado de Derecho moderno. Es positivo que el número de estos delitos esté disminuyendo y hoy en día sea muy bajo. Por ejemplo el delito de homosexualidad fue derogado hace muchos años. El todavía vigente delito de incesto es –independientemente de la sentencia del tribunal federal constitucional– al menos desde el punto de vista jurídico-político, inadecuado.

### *D) Delitos de propia mano a causa de una posición central indelegable debido a la situación concreta*

Por último, para los delitos restantes que se consideran de propia mano la teoría de los delitos de infracción de deber en persona puede aportar criterios importantes. En mi opinión no es tan importante la cuestión de si se deben reconocer los delitos de infracción de deberes en persona que determina la autoría no basada en el dominio de hecho y sí en la posición de deber especial del autor, con lo cual se niega una categoría propia de los delitos de propia mano. El aspecto determinante para que un delito sea de propia mano es la posición central indelegable impuesta por la estructura del tipo. Solo si el tipo atribuye a determinadas personas la

competencia relacionada con el bien jurídico, con el estado o con la situación concreta, y esta competencia es indelegable acerca de la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, un tipo penal excepcionalmente puede divergir del art. 25 StGB y es un delito de propia mano. Solo en este caso la posición de la persona debido a la situación caracteriza el desvalor de quien realice la conducta típica de forma inmediata, de tal manera que un tercero que no se encuentre en esta situación no puede realizar este desvalor.

*E) Constatación o no de delitos de propia mano entre tipos penales importantes*

Quiero terminar mi charla, preguntándome por el carácter de unos tipos importantes, empleando los criterios antes elaborados:

*Los delitos de falso testimonio* (art. 153 ss. StGB) se consideran con razón delitos de propia mano. Solo aquel que esté en la situación de tener que declarar tiene el deber de decir la verdad. Como ya demuestra la instrucción a los testigos y peritos, que se dirigen únicamente a ellos y a nadie más, esté es el personaje central (*Zentralgestalt*) con el deber indelegable de un testimonio verdadero.

Mayoritariamente también los *delitos de tránsito* (art. 315a, 316 y 315c StGB) se clasifican como delitos como propia mano. Detrás de estas normas está un bien jurídico público: La seguridad del tráfico marítimo, aéreo, ferroviario y rodado. Si se parte de la base de que, al igual que en el caso del falso testimonio, solo el conductor de un vehículo es el destinatario de las reglas de tránsito, se puede llegar a la conclusión de que el conductor es el personaje central para la seguridad del tránsito en la situación concreta y una delegación de esta responsabilidad queda excluida. Sin embargo, esta clasificación parece dudosa, ya que no está nada claro que al acompañante o a terceros no les corresponda ningún tipo de competencia para la seguridad del tránsito. Todo lo contrario: La norma básica del ordenamiento de tránsito rodado establece que quien participe en el tránsito rodado debe comportarse de tal forma que no cause daño a otro, no lo ponga en peligro y que no lo moleste o estorbe más de lo que sería evitable en la situación concreta. Si se tiene en cuenta que el participante en el sentido de esta norma no ha de ser el conductor, sino que puede ser cualquiera que influya en la circulación del tránsito<sup>40</sup>, queda evidenciado que la posición central del conductor no es tan absoluta como a veces se asume. Por eso, en mi opinión no es obligatorio la clasificación de los delitos de tránsito como delitos de propia mano<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Sobre el concepto (amplio) del participante en el tránsito véase solo XANKE, *Praxiskommentar Straßenverkehrsrecht*, 2009, art. 1 StVO, nota marginal 18.

<sup>41</sup> Así también ZIMMERMANN, en *JuS* 2010, 22 (p. 25).



Como ejemplo acertado para un delito de propia mano puede servir el delito – una especialidad alemana – de *fuga en caso de accidente* (art. 142 StGB). Es correcto que no se trata de un delito especial, porque la cualidad de ser partícipe de un accidente depende únicamente de la situación concreta<sup>42</sup>. Los deberes que surgen del accidente sin embargo se refieren solo a quien esté en el lugar del accidente porque el fin de la norma es proteger el interés privado de los partícipes, constatar el resto de los intervinientes y asegurar las pruebas<sup>43</sup>. Por esto, el deber de esperar y facilitar identificaciones es indelegable.

Cómo ya he advertido, el *allanamiento de morada* (art. 123 StGB) no puede ser considerado un delito de propia mano. El bien jurídico protegido, el derecho doméstico, no puede ser entendido de tal forma que solo el que penetre en persona en una vivienda pueda dañar el bien jurídico. Es inexplicable por qué debería ser indelegable el deber de respetar el derecho doméstico<sup>44</sup>.

Del delito moderno del *acosos* (“*Stalking*”, art. 238 StGB), introducido en el Código penal alemán en 2007, solo es delito de propia mano el tipo del núm. 1, en las demás variantes cualquiera puede ser autor<sup>45</sup>. La causa de esta diferencia es que el resultado típico del art. 238 StGB, el perjuicio grave al desarrollo vital de la víctima<sup>46</sup>, tiene que producirse según el núm. 1 mediante un seguimiento sin autorización y persistente por parte del autor, que trata de acercarse a la víctima. Ya del tenor literal se puede deducir que solo el autor mismo puede acercarse a la víctima. La confrontación reiterada de la víctima con la persona del autor es la causa del resultado típico. El tipo abarca situaciones en las que precisamente la persona del autor puede perjudicar gravemente el desarrollo vital de la víctima respecto de sus acciones y decisiones, mediante el intento de entrar en contacto con ella. También aquí por lo tanto podría constatarse un deber especial central del autor acerca del bien jurídico protegido debido a la situación en la que se encuentra el autor. Esto es diferente respecto al art. 238 núm. 2 a 5 StGB. En estos casos no importa quien haya perjudicado el desarrollo vital de la víctima en la situación concreta. No existe diferencia entre que el autor intente llamar a la víctima por teléfono reiteradamente para presionarla o que utilice a otra persona como instrumento. Por eso es posible la autoría mediata.

<sup>42</sup> De otra opinión ERNEMANN en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 142 nota marginal 2.

<sup>43</sup> Véase BGHSt 24, 382, p. 385; ERNEMANN en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 142 nota marginal 2.

<sup>44</sup> Así también FAHL en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 123 notas marginales 1 y 12; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 123 nota marginal 12.

<sup>45</sup> Así también EISELE, en *Schönke/Schröder*, art. 238 nota marginal 10; GAZEAS, en *JR* 2007, 499; MITTSCH, en *Jura* 2007, 404; FISCHER, art. 238 nota marginal 33.

<sup>46</sup> Se trata de un delito de resultado, cfr. EISELE, en *Schönke/Schröder*, art. 238 nota marginal 4; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 238 nota marginal 1.