

UNIVERSITAT DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET
DEPARTAMENT DE DRET PENAL I CIÈNCIES PENALS

Tesi doctoral presentada per En/Na

Víctor GÓMEZ MARTÍN

amb el títol

"Los delitos especiales"

per a l'obtenció del títol de Doctor/a en

DRET

Barcelona, 16 de gener de 2003.

A Fani

SUMARIO

ÍNDICE	I
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	XXI
PRÓLOGO	XXVI
NOTA PRELIMINAR	XXX

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO	p.1
II. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	p.4

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

I. ORIGEN DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL.....	p.6
II. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO EN LOS PRIMEROS CÓDIGOS PENALES.....	p.10

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS CONCEPTUALES DE DELITO ESPECIAL EN LA DOCTRINA JURÍDICO-PENAL. TOMA DE POSICIÓN

I. MODELOS CONCEPTUALES SIMPLES Y MODELOS CONCEPTUALES COMPLEJOS	
---	--

1. Introducción.....	p.15
2. Modelos simples de concepto de delito especial	
2.1. Introducción.....	p.15
2.2. Características esenciales de los conceptos simples de delito especial.....	p.20
3. Modelos complejos de concepto de delito especial.....	p.26
II. MODELOS CONCEPTUALES AUTÓNOMOS Y MODELOS CONCEPTUALES DEPENDIENTES	
1. Modelos conceptuales autónomos de delito especial.....	p.29
2. Modelos conceptuales dependientes de delito especial.....	p.31
III. TOMA DE POSICIÓN.....	p.32
2.1. Introducción.....	p.33
2.2. Fundamento terminológico-material.....	p.34
2.3. Fundamento dogmático.....	p.35

CAPÍTULO TERCERO

CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL COMO CONCEPTO DEPENDIENTE DE LA AUTORÍA

I. PLANTEAMIENTO.....	p.39
II. INIDONEIDAD DEL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES	
1. Introducción.....	p.40
2. Consideraciones críticas en torno a la idoneidad del concepto unitario de autor	

2.1. Análisis de la cuestión a la luz de los sistemas de la Ley alemana de Contravenciones al Orden (OWiG) de 19 de febrero de 1987, y del Código Penal Alemán (StGB). Exposición y valoración crítica de la tesis de TRUNK

2.1.1. Exposición de la tesis de TRUNK.....p.42

2.1.2. Valoración crítica de la tesis de TRUNKp.47

2.2. ¿Concepto unitario de autor como concepto político-criminalmente conveniente en supuestos de laguna de punibilidad? La tesis de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.....p.51

2.3. Concepto unitario de autor como criterio de determinación de la autoría inadecuado

2.3.1. Introducción.....p.52

2.3.2. Incapacidad del concepto unitario de autor para tener en cuenta la diferencia de merecimiento de pena existente entre la conducta del “*intraneus*” y la del “*extraneus*”.....p.56

2.3.3. El concepto unitario de autor obvia el carácter accesorio de la intervención del “*extraneus*” en relación con la del “*intraneus*”.....p.62

2.3.4. Incapacidad del concepto unitario de autor para explicar la esencia de la autoría en los delitos especiales.....p.64

2.3.5. Disparidad de resultados a que conduce la aplicación del concepto unitario de autor en los delitos especiales.....p.65

III. INIDONEIDAD DEL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES

1. Introducción..... p.78

2. Consideraciones críticas en torno a la idoneidad del concepto extensivo de autor

2.1. Introducción.....p.84

2.2. Exposición y valoración crítica de las tesis de von LISZT, von HIPPEL y MEZGER

2.2.1. Introducción	p.85
2.2.2. Exposición de las tesis de von LISZT, von HIPPEL y MEZGER	
a) La tesis de von LISZT.....	p.87
b) La tesis de von HIPPEL.....	p.88
c) La tesis de MEZGER.....	p.89
2.2.3. Valoración crítica de las tesis de von LISZT, von HIPPEL y MEZGER.....	p.91
2.3. Concepto extensivo-subjetivo de autor como concepto incoherente con sus propias premisas lógicas.....	p.101
2.4. Exposición y valoración crítica de la tesis de BAUMANN	
2.4.1. Exposición.....	p.104
2.4.2. Valoración crítica.....	p.110

SEGUNDA PARTE

EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS ESPECIALES

CAPÍTULO PRIMERO

PLANTEAMIENTO

I. INTRODUCCIÓN	p.117
II. OBJETO DE LA SEGUNDA PARTE DEL TRABAJO.....	p.122

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS ESPECIALES Y LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN DELITOS ESPECIALES EN ESPAÑA

I. INTRODUCCIÓN	p.124
II. LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORAS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS	
1. Introducción	p.125
2. Solución diferenciadora a partir de la aplicabilidad directa del art. 60 CP 1944. En especial, la tesis de PÉREZ ALONSO.....	p.127
3. Solución diferenciadora en contra de la aplicabilidad directa del art. 60 CP 1944	
3.1. Introducción.....	p.131
3.2. Solución diferenciadora mediante la aplicación analógica del art. 60 CP 1944	p.132
3.3. Solución diferenciadora a través de otras fundamentaciones	
3.3.1. Solución diferenciadora de COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN.....	p.133
3.3.2. Solución diferenciadora de DEL ROSAL/COBO DEL ROSAL/ RODRÍGUEZ MOURULLO	p.134
3.3.3. Solución diferenciadora de RODRÍGUEZ MOURULLO.....	p.135
3.3.4. Solución diferenciadora de PEÑARANDA RAMOS	p.135
III. LAS TEORÍAS UNITARIAS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS	
1. Introducción	p.138
2. Principales argumentos utilizados por los partidarios de la solución unitaria en España	

2.1. Introducción.....	p.140
2.2. Inaplicabilidad del art. 60 CP 1944 en los casos de delitos especiales impropios	p.140
2.3. La solución diferenciadora vulnera los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad de la participación	p.142
2.4. Los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos” respecto de éstos.....	p.144
3. Teorías unitarias bajo la vigencia del CP de 1995. En especial, la concepción de RUEDA MARTÍN.....	p.144
IV. LAS TEORÍAS MIXTAS INDIVIDUALIZADORAS-UNITARIAS EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLAS	
1. Introducción	p.152
2. La teoría mixta diferenciadora-unitaria del “término medio ideal” de GIMBERNAT ORDEIG	p.158
3. La teoría mixta diferenciadora-unitaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo	p.157
V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORA, UNITARIA Y MIXTA DIFERENCIADORA-UNITARIA. TOMA DE POSICIÓN A FAVOR DE LA TEORÍA UNITARIA	
1. Introducción	p.159
2. Valoración crítica de las teorías diferenciadoras	
2.1. Introducción.....	p.162
2.2. Inaplicabilidad del art. 60 CP 1944 y del actual art. 65 CP 1995 a los delitos especiales impropios.....	p.162
2.3. Vulneración de los principios de unidad del título de imputación y de accesoriadad de la participación.....	p.167

2.4. Los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos” respecto de éstos. La doctrina del “ <i>Delictum sui generis</i> ”: exposición y valoración crítica	
2.4.1. Introducción.....	p.169
2.4.2. Planteamiento. Punto de partida de la doctrina del “ <i>Delictum sui generis</i> ”: clasificación de los tipos en tipos básicos, subtipos dependientes y tipos autónomos. Consecuencias prácticas de esta clasificación.....	p.171
2.4.3. El concepto de “ <i>Delictum sui generis</i> ”	p.179
2.4.4. Aclaración terminológica: distinción entre “ <i>Delictum sui generis</i> ”, delito autónomo y delito especial.....	p.185
2.4.5. Los indicadores de sustantividad de la doctrina del “ <i>Delictum sui generis</i> ”	p.192
2.4.6. Conclusión.....	p.247
3. Valoración crítica de las teorías unitarias	p.251
4. Valoración crítica de las teorías mixtas unitarias. En especial, valoración crítica de la solución del “término medio ideal” de GIMBERNAT ORDEIG basada en la teoría del concurso aparente de delitos	p. 252

CAPÍTULO TERCERO

EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS ESPECIALES Y LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN DELITOS ESPECIALES EN ALEMANIA

I. PLANTEAMIENTO

1. Introducción	p.276
2. Concepto de “elementos personales especiales”	p.279

II. CRITERIOS PARA LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DELITOS ESPECIALES EN LA DOCTRINA ALEMANA

1. Introducción.....	p.280
2. “Elementos referidos al autor” (“ <i>täterbezogene Merkmale</i> ”) o “de autoría” <i>versus</i> “elementos referidos al hecho” (“ <i>tatbezogene Merkmale</i> ”) o “del hecho”	
2.1. Exposición	p.281
2.1.1. Elementos “referidos al autor /de autoría” <i>versus</i> “elementos referidos al hecho / del hecho” bajo la vigencia del § 50.2 StGB 1943. Las tesis de GALLAS y LANGE.....	p.282
2.1.2. “Elementos relativos al autor” <i>versus</i> “elementos referidos al hecho” bajo la vigencia del § 28.2 StGB 1969.....	p.283
2.2. Valoración crítica	p.286
3. “Elementos objetivos” o “pertenecientes al injusto objetivo” <i>versus</i> “elementos personales” o “pertenecientes al injusto personal”. Las tesis de WELZEL, HARDWIG, MAIHOFER y PIOTET	
3.1. Exposición	p.288
3.1.1. La tesis de WELZEL.....	p.289
3.1.2. La tesis de HARDWIG.....	p.289
3.1.3. La tesis de MAIHOFER.....	p.298
3.1.4. La tesis de PIOTET.....	p.302
3.2. Valoración crítica	p.308
4. “Elementos referidos al autor” (“ <i>täterbezogene Merkmale</i> ”) <i>versus</i> “elementos referidos al bien jurídico” (“ <i>rechtsgutbezogene Merkmale</i> ”)	
4.1. Exposición	p.322
4.1.1. La tesis de GRÜNWALD.....	p.323
4.1.2. La tesis de JÄHRIG.....	p.332
4.2. Valoración crítica	p.334

5. “Elementos personales “referidos a valores” (“wertbezogene Merkmale”) y elementos personales “valorativamente neutrales” (“wertneutrale Merkmale”). Primera y segunda formulación de la concepción de HERZBERG	
5.1. Exposición	p.341
5.1.1. Primera formulación de la concepción de HERZBERG: elementos personales “referidos a valores” versus elementos personales “valorativamente neutrales”.....	p.342
5.1.2. Segunda formulación de la tesis de HERZBERG: elementos personales “referidos a valores”, elementos personales “valorativamente neutrales” y elementos personales “parcialmente referidos a valores” (“partiell wertbezogene persönliche Merkmale”).....	p. 349
5.2. Valoración crítica	
5.2.1. Introducción	p.352
5.2.2. Inexistencia de elementos del tipo valorativamente neutrales.....	p.353
5.2.3. Utilización de una terminológica confusa.....	p.361
6. “Elementos personales funcionalmente objetivos” (“funktionell sachliche persönliche Merkmale”), “elementos meramente tipificadores” (“rein typisierende Merkmale”) y “elementos relevantes para el desvalor del hecho”. Tercera formulación de la tesis de HERZBERG	
6.1. Exposición	p.362
6.1.1. Elementos personales “funcionalmente objetivos”	p.362
6.1.2. Elementos “meramente tipificadores”	p.369
6.1.3. Rendimientos dogmáticos de la clasificación tripartita de HERZBERG.....	p.372
6.2. Valoración crítica	p.384
7. “Elementos del injusto común” versus “elementos del injusto especial”	
7.1. Planteamiento.....	p.385

7.2. Exposición teorías del injusto especial vinculadas a la idea de deber jurídico especial.....	p.387
7.2.1. Introducción: la teoría del deber jurídico especial como desarrollo de la teoría de la norma especial.....	p.387
7.2.2. Teorías de la norma especial.....	p.389
a) Introducción.....	p.389
b) La teoría de las normas especiales de BINDING.....	p.390
c) La teoría de las normas especiales de NAGLER.....	p.392
7.2.3. Teorías del deber especial.....	p.397
a) La tesis de WELZEL.....	p.397
b) La tesis de Armin KAUFMANN.....	p.407
c) La tesis de HARDWIG.....	p.420
d) La tesis de ROXIN.....	p.421
e) La tesis de CORTÉS ROSA.....	p.438
f) La tesis de STRATENWERTH.....	p.442
g) La tesis de WAGNER.....	p.447
h) La tesis de OTTO.....	p.459
i) La tesis de JAKOBS.....	p.461
j) La tesis de VOGEL.....	p.467
k) La tesis de SÁNCHEZ-VERA.....	p.470
7.3. Crítica a las teorías del injusto especial vinculadas a la idea de deber jurídico especial	
7.3.1. Introducción.....	p.482

7.3.2. Valoración crítica de las teorías de la norma especial.....	p.483
7.3.2. Valoración crítica de las teorías del deber jurídico especial en sentido estricto	
a) Valoración crítica general.....	p.507
b) Valoración crítica de algunas teorías del deber jurídico especial en sentido estricto: ROXIN, WAGNER, CORTÉS ROSA, JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA.	
b.1. Valoración crítica de la tesis de ROXIN.....	p.512
b.2. Valoración crítica de las tesis de WAGNER y CORTÉS ROSA.....	p.520
b.3. Valoración crítica de las tesis de JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA.....	p.525
7.4. Exposición teorías del injusto especial no directamente vinculadas a la idea de deber jurídico especial	
7.4.1. La tesis de VOGLER.....	p.532
7.4.2. La tesis de LANGER.....	p.536
7.4.3. La tesis de DEICHMANN.....	p.543
7.4.4. La tesis de GERL.....	p.548
7.4.5. La tesis de HAKE.....	p.550
7.5. Crítica a las teorías del injusto especial no directamente vinculadas a la idea de deber jurídico especial.....	p.560
7.6. Exposición de la teoría del bien jurídico especial	
7.6.1. Introducción.....	p.564
7.6.2. La teoría del bien jurídico especial único. Las tesis de BERNHARDT y WOOTHKE.....	p.566

7.6.3. La teoría del bien jurídico doble. La tesis de STOCK.....	p.567
7.7. Crítica de la teoría del bien jurídico especial	
7.7.1. Introducción	p.568
7.7.2. Punibilidad del partícipe “ <i>extraneus</i> ” en todos los delitos especiales.....	p.570
7.7.3. Punibilidad del “ <i>extraneus</i> ” en algunos supuestos de delitos de funcionario previstos expresamente por la ley.....	p.582
8. Elementos “referidos a la dañosidad social del hecho” <i>versus</i> “elementos referidos al desvalor “ético-personal” del hecho”	
8.1. Exposición	p.587
8.1.1. La tesis de WELZEL.....	p.588
8.1.2. La tesis de GALLAS.....	p.589
8.1.3. La tesis de LANGE.....	p.598
8.1.4. La tesis de BLAUTH.....	p.598
8.1.5. La tesis de VOGLER.....	p.621
8.1.6. La tesis de DOWLAD.....	p.603
8.2. Valoración crítica	p.604
9. Elementos pertenecientes al injusto” <i>versus</i> “elementos pertenecientes a la culpabilidad”	
9.1. Exposición.....	p.610
9.2. Valoración crítica	p.612
10. “Elementos “de naturaleza física” <i>versus</i> elementos “de naturaleza jurídico-social”	
10.1. Exposición	p.613

10.2. Valoración crítica	p.614
11. “Elementos respecto de los que no cabe autoría mediata” <i>versus</i> “elementos realizables en autoría mediata”. La “solución unitaria” (“ <i>Einheitslösung</i> ”) de SCHÜNEMANN	
11.1. Exposición	
11.1.1. Fundamentación de SCHÜNEMANN de la solución unitaria y del rechazo de la solución diferenciadora.....	p.615
11.1.2. Los elementos personales de la Parte Especial en la concepción de SCHÜNEMANN.....	p.621
11.2. Valoración crítica	p.630

**CAPÍTULO CUARTO
RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES PROVISIONALES**

I. RECAPITULACIÓN.....	p.645
II. CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	p.654

TERCERA PARTE

**CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL COMO CONCEPTO
DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA.
LA CUESTIÓN DE LA “TENTATIVA DE SUJETO INIDÓNEO”**

CAPÍTULO PRIMERO

**CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL COMO CONCEPTO DEPENDIENTE DE LA
TENTATIVA**

I. PLANTEAMIENTO	p.678
II. CONVENIENCIA DE UN CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA.....	p.680

CAPÍTULO SEGUNDO

DISTINCIÓN ENTRE SUPUESTOS DE ERROR INVERSO SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CUALIDAD TÍPICA DE AUTOR Y SUPUESTOS DE ERROR INVERSO SOBRE LA SUBSUNCIÓN DEL SUJETO EN LA CUALIDAD TÍPICA DE AUTOR

I. INTRODUCCIÓN	p.688
II. EJEMPLOS DE ERROR INVERSO SOBRE LA IDONEIDAD DEL SUJETO ACTIVO EXTRAÍDOS DE LA JURISPRUDENCIA	p.693
III. EJEMPLOS DE ERROR INVERSO SOBRE LA IDONEIDAD DEL SUJETO ACTIVO PROPUESTOS POR LA DOCTRINA ALEMANA	p.696

CAPÍTULO TERCERO

TRATAMIENTO DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS CON SUJETO INIDÓNEO. ESPECIAL ATENCIÓN AL TRATAMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE ERROR INVERSO SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CUALIDAD TÍPICA DE AUTOR.

LA DISTINCIÓN ENTRE “DELITOS COMUNES DELIMITADOS SUBJETIVAMENTE” (“*SUBJEKTIV EINGESCHRÄNKTE GEMEINDELIKTE*”) Y “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES” (“*ECHTE SONDERDELIKTE*”)

I. INTRODUCCIÓN	p.699
II. LA DISTINCIÓN ENTRE “DELITOS COMUNES DELIMITADOS SUBJETIVAMENTE” Y “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES”. EXPOSICIÓN Y TRATAMIENTO	
1. Exposición	
1.1. Delitos comunes delimitados subjetivamente	p.701
1.2. “Auténticos” delitos especiales	p.703
2. Tratamiento de los supuestos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la cualidad de autor en los “delitos comunes delimitados subjetivamente” y en los “auténticos” delitos especiales	

2.1. “Delitos comunes delimitados subjetivamente”	p.704
2.1. “Auténticos” delitos especiales	p.705
3. Las soluciones de la impunidad y la punición del sujeto inidóneo	
3.1. La tesis de la impunidad del sujeto inidóneo	p.708
3.2. La tesis de la punición del sujeto inidóneo	p.712
4. Valoración crítica de la distinción entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos” delitos especiales.....	p.714
5. Recapitulación y conclusiones provisionales	
5.1. Tratamiento unitario para todos los casos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la idoneidad del sujeto.....	p.720
5.2. Corrección metodológica de un concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución	p.720
5.3. El concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución exige el análisis de la punibilidad de la conducta del sujeto inidóneo	p.721

CAPÍTULO CUARTO

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO EN LOS MAL LLAMADOS “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES”

I. CLASIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS MÁS IMPORTANTES A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO EN LOS MAL LLAMADOS “AUTÉNTICOS” DELITOS ESPECIALES	p.723
II. AVANCE DE LAS CONCLUSIONES DEFINITIVAS: PUNICIÓN DEL SUJETO INIDÓNEO Y CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA.....	p.725

CAPÍTULO QUINTO

EXPOSICIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO EN LOS LLAMADOS “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES”

I. ARGUMENTOS RELATIVOS A LAS TEORÍAS DE LAS NORMAS Y LOS DEBERES ESPECIALES: ÁMBITO DE VALIDEZ PERSONAL LIMITADO DE LAS NORMAS PENALES ESPECIALES Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUALIDAD ESPECIAL DE AUTOR COMO ELEMENTO DE DEBER JURÍDICO ESPECIAL

1. Argumento relativo al ámbito de validez personal limitado de las normas penales especiales

1.1. Exposiciónp.726

1.2. Valoración críticap.729

2. Argumento relativo a la naturaleza jurídica de la cualidad especial de autor como elemento de deber jurídico especial

2.1. Exposición

2.1.1. La tesis de WELZEL.....p.731

2.1.2. La tesis de Armin KAUFMANN.....p.742

2.1.3. La tesis de HARDWIG.....p. 752

2.1.4. La tesis de STRATENWERTH.....p.754

2.1.5. La tesis de BACIGALUPO ZAPATER.....p.754

2.1.6. La tesis de JAKOBS.....p.756

2.2. Valoración crítica p.757

II. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA TEORÍA DEL INJUSTO ESPECIAL. INCAPACIDAD DEL “*EXTRANEUS*” PARA REALIZAR EL INJUSTO DEL DELITO ESPECIAL

1. Exposiciónp.772

2. Valoración crítica	p.773
III. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA NECESIDAD DE PENA. FALTA DE NECESIDAD PREVENTIVO-GENERAL Y PREVENTIVO-ESPECIAL DE PENA DEL SUJETO INIDÓNEO	
1. Teorías de la prevención general	
1.1. Exposición.....	p.774
1.1.1. La teoría de la impresión o conmoción.....	p.776
a) La tesis de HARDWIG.....	p.777
b) La tesis de SCHÜNEMANN.....	p.778
1.1.2. Teorías de la prevención general positiva.....	p.779
1.2. Valoración crítica	
1.2.1. Valoración crítica de la teoría de la conmoción o impresión.....	p.780
1.2.2. Valoración crítica de la teoría de la prevención general positiva como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo.....	p.791
2. Teorías de la prevención especial	
2.1. Exposición	p.794
2.1.1. La tesis de STRATENWERTH.....	p.795
2.1.2. La tesis de SCHÖNKE.....	p.796
2.2. Valoración crítica	
2.2.1. Valoración crítica de la tesis de STRATENWERTH.....	p.797
2.2.2. Valoración crítica de la tesis de SCHÖNKE.....	p.801
IV. ARGUMENTOS RELATIVOS AL PRINCIPIO DE “RESPONSABILIDAD POR EL HECHO”	
1. Exposición	p.803

2. Valoración crítica	p.805
-----------------------------	-------

V. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA TEORÍA DE LA TENTATIVA

1. Exposición

1.1. Casos de sujeto inidóneo como supuestos de falta de tipo. La teoría de la “falta de tipo” (“ <i>Mangel am Tatbestand</i> ”).....	p.807
---	-------

1.1.1. La tesis de GRAF ZU DOHNA.....	p.809
---------------------------------------	-------

1.1.2. La tesis de FRANK.....	p.810
-------------------------------	-------

1.1.3. La tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA.....	p.812
---	-------

1.2. Rechazo de la teoría de la “conclusión inversa” (“ <i>Umkehrschluß</i> ”).....	p.813
---	-------

2. Valoración crítica

2.1. Valoración crítica general de la teoría de la falta de tipo. Valoración crítica de las tesis de FRANK y JIMÉNEZ DE ASÚA	p.816
--	-------

2.2. Valoración crítica del rechazo a la teoría de la conclusión inversa.....	p.825
---	-------

VI. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA TIPICIDAD

1. Exposición

1.1. Imposibilidad de formular un juicio de peligro “ <i>ex ante</i> ” sobre la idoneidad del sujeto basado en la experiencia y las leyes de la ciencia.....	p.827
--	-------

1.2. Falta de desvalor de acción en la conducta del sujeto inidóneo por ausencia de peligrosidad para el bien jurídico protegido. La tesis de WOLTER.....	p.828
---	-------

2. Valoración crítica

2.1. Valoración crítica de la teoría de la imposibilidad de formular un juicio de peligro “*ex ante*” sobre la idoneidad del sujeto basado en la experiencia y la leyes de la ciencia.....p.830

2.2. Valoración crítica de la fundamentación de la impunidad del sujeto inidóneo en la falta de peligrosidad de la conducta. Valoración crítica de la concepción de WOLTER.....p.834

VII. ARGUMENTOS RELATIVOS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO SE DESPRENDE DE LA LEY

1. Exposiciónp.835

1.1. Regulación de la tentativa de sujeto inidóneo como argumento a favor de su impunidad en el derecho alemán.....p.836

1.1.1. Referencia al § 25.3.1 AE como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo.....p.836

1.1.2. Referencia al § 23.3 AE como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo.....p.836

1.2. Regulación de la tentativa de sujeto inidóneo en el derecho positivo español como argumento a favor de su impunidad.....p.838

1.2.1. Referencia al art. 52.2 CP 1973 como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo. Las tesis de RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ MOURULLO.....p.838

1.2.2. Referencia al art. 16.1 CP 1973 como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo.....p.842

2. Valoración crítica

2.1. Introducciónp.842

2.2. Valoración crítica a la luz del derecho penal alemánp.844

2.3. Valoración crítica a la luz del derecho penal español. Las concepciones de MIR PUIG y FARRÉ TREPAT.....p.850

CONCLUSIONES.....p.859

BIBLIOGRAFÍAp.905

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AAPP	Audiencias Provinciales
AE	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches AT, 1966 (2ª ed., 1969)
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
AP	Actualidad Penal
Ar	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
AT	Allgemeiner Teil
BayOLG	Oberlandsgericht Bayern
BGH	Bundesgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BSeuchenGesetz	Ley Federal de Epidemias
BT	Besonderer Teil
CADMC	Colección Análisis y Documentos del Ministerio de Cultura
CC	Código civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución española
CFGE	Circular de la Fiscalía General del Estado
coord. / coords.	Coordinador / coordinadores
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
D	Directiva
DStr	Deutsches Strafrecht
dtor.	Director

dtora.	Directora
ed.	edición, editor
EGOWiG	Einführungsgesetz in das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
FGE	Fiscalía General del Estado
FS-	Festschrift für
FS-Binding	Festschrift für Karl Binding, 1911
FS-Bruns	Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978
FG-Frank	Festgabe für Reinhard von Frank, II, 1930 (reimpresión 1969)
FS-Gallas	Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973
FS-Gleispach	Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf v. Gleispach, 1936
FS-Heinitz	Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972
FS-Honig	Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970
FS-Jescheck	Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, I, 1985
FS-Klug,	Festschrift für Ulrich Klug, 1983
FS-Lange	Festschrift für Richard Lange, 1976
FS-Maurach	Festschrift für Reinhard Maurach, 1972
FS-Mezger	Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954
FS-Rittler	Festschrift für Theodor Rittler zu seinem 80. Geburtstag, 1957

GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GD-Armin Kaufmann	Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989
GG	Grundgesetz
GS	Der Gerichtsaal
JuS	Juristische Schulung
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
L	Ley
LH-	Libro-Homenaje a
LH-Beristain	Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, 1989
LH-Cerezo Mir	Libro-Homenaje al Profesor José Cerezo Mir
LH-Jiménez de Asúa	Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, 1970
LH-Pérez de Vitoria	Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez de Vitoria, I, 1983
LK	Leipziger Kommentar
LL	La Ley
LO	Ley Orgánica
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
MDR	Monatschrift für deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
ÖStGB	österreichisches Strafgesetzbuch

párr.	párrafo
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDL	Real Decreto Legislativo
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RG	Reichsgericht
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RGSt.	Sentencia del Reichsgericht
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SK	Systematischer Kommentar
SSAP	Sentencias de la Audiencia Provincial
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
WK	Wiener Kommentar zum StGB
WStG	Wehrstrafgesetz
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZSchR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

ZStW

Zeitschrift für die gesamte
Strafrechtswissenschaft

PRÓLOGO

Una vez más tengo la enorme satisfacción de presentar el primer libro de otro discípulo mío, el Dr. Víctor Gómez Martín, que también ha optado por dedicar sus mejores energías a la investigación en el núcleo duro de la teoría jurídico-penal. Es conocida la distinción que se hace en la investigación científica entre la investigación fundamental y la investigación aplicada. Son mucho más difíciles los progresos en la primera que en la segunda, puesto que son mucho mayores las posibilidades de aplicar a nuevos campos los conceptos teóricos de una ciencia que mejorar estos conceptos o introducir otros. La presente obra se inscribe por completo dentro de la investigación fundamental y, por lo tanto, tiene por de pronto el mérito de encarar la difícil tarea del análisis conceptual. El concepto analizado aquí es el de “delito especial”. El título elegido por el autor, “Los delitos especiales”, no debe interpretarse en el sentido de que esta obra se limite a estudiar los distintos delitos especiales existentes en nuestro Derecho, aunque sí revela la variedad de supuestos en que puede usarse el concepto de delito especial: aquí se trata de reconducir toda esta pluralidad de casos a un concepto único de delito especial. En esta labor existen dos peligros: uno, que el concepto quiera concretarse de tal modo que sea incapaz de cobijar todos los casos relevantes, y otro, el contrario, que pierda definición y utilidad al querer comprender todos los casos. El autor ha optado por un concepto amplio, que incluya todos los tipos que sólo pueden consumarse a título de autor por determinados sujetos que deben reunir determinadas condiciones, pero señalando que dentro de esta gran categoría hay que distinguir diversas modalidades, con distinto fundamento y diverso tratamiento. Son muy interesantes, al respecto, las observaciones que en esta obra se hacen respecto a la diferente significación de los clásicos delitos de funcionarios frente a otras formas de

delitos especiales como el de alzamiento de bienes. Si su fundamento es distinto, también podrá serlo el tratamiento de cuestiones como la participación de *extranei* en ambas clases de delitos especiales, y ciertamente hay buenas razones para sostener que la participación del *extraneus* en un delito de alzamiento de bienes a título de cooperador necesario o de inductor no merece la atenuación que un sector de la doctrina y de la jurisprudencia propugna para estas formas de participación de extraños en los delitos de funcionarios contra la Administración de Justicia. Por cierto, esto es algo que deberían haber tenido en cuenta los redactores del Anteproyecto de modificación del Código penal al proponer introducir una atenuación obligatoria para todos los delitos que requieran determinadas características en el autor.

Aun defendiendo un concepto amplio de delito especial, con la indicada posibilidad de diferenciar diferentes subgrupos, Víctor Gómez no cae en el puro formalismo de considerar suficiente para la presencia de un delito especial la agravación de la pena para determinadas personas, como repetidamente se hace en el nuevo Código penal respecto a autoridades o funcionarios que intervengan en determinados delitos contra bienes jurídicos individuales (como es el caso de los arts. 167, 198 y 204 del Código penal). He de confesar que la primera preocupación que me llevó a aconsejar la realización de esta investigación fue la de encontrar la vía teórica adecuada para evitar las complicadas y absurdas consecuencias a que conduciría tratar todos estos casos como constitutivos de verdaderos delitos especiales, distintos a los cometidos por otros intervinientes particulares en el hecho. Para poner el ejemplo del delito de detenciones ilegales: choca con el sentido común considerar que la agravación de la pena prevista por el art. 167 para el funcionario o autoridad no le resulta aplicable cuando éste o ésta no es autor en sentido estricto, sino inductor o

cooperador necesario respecto a un particular, o que, si, al contrario, el autor material es el funcionario, deba agravarse también la pena de los particulares que le hayan inducido o hayan cooperado necesariamente con él. El profesor Gómez Martín acude al criterio material del bien jurídico protegido en estos delitos para evitar estas consecuencias. Compara atinadamente estos supuestos con los delitos “cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual” (arts. 529 y ss. CP) y de los “cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad” (arts. 534 y ss. CP), que sí son indudables delitos especiales, y pone de manifiesto que en los primeros la intervención del funcionario o autoridad no altera el bien jurídico esencialmente afectado (así, p. ej., la libertad personal protegida en los “delitos contra la libertad” del Título VI del Libro II CP), por lo que la mayor gravedad que añade es sólo accidental, cualificante, y no determinante de un cambio de delito, de un título de imputación distinto constitutivo de un delito especial contrapuesto al común.

Pero no quiero anticipar las conclusiones de esta importante investigación, sino sólo ofrecer una muestra del estilo de razonamiento que la caracteriza y que, como se ve, combina el rigor formal del análisis con las valoraciones materiales, huyendo tanto del formalismo ciego como del decisionismo incoherente. Es el estilo de la mejor dogmática jurídica, la única que puede mediar en la antinomia de seguridad jurídica general y justicia del caso. Ya se ve, pues, la valoración que me merece la obra que estoy presentando: está en la línea de la mejor y más fecunda literatura jurídico-penal. Y se comprende también por qué empecé este prólogo diciendo que era para mí una verdadera satisfacción presentar esta monografía. Yo ya conocía las cualidades personales y la capacidad docente e investigadora de su autor, que ha ido demostrando

progresivamente, con la discreción que le caracteriza, desde que no hace muchos años se incorporó al grupo de investigación que me honro en dirigir. La presente obra, que ha sido su tesis doctoral desarrollada durante años, ha conseguido manifestar plenamente la calidad intelectual de Víctor Gómez Martín. Le deseo y le auguro el alto reconocimiento científico y académico que merece.

Barcelona, antes de la primavera del 2003.

Santiago Mir Puig

*Catedrático y Director del Departamento
de Derecho Penal y Ciencias Penales
de la Universidad de Barcelona*

NOTA PRELIMINAR

El contenido del presente trabajo se corresponde sustancialmente con el de mi tesis doctoral del mismo título. Dicha tesis doctoral fue defendida el día 28 de febrero de 2003 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona ante un tribunal presidido por el profesor Dr. Joan-Josep Queralt Jiménez y compuesto por los profesores Dres. José Luis González Cussac, Miguel Díaz y García Conlledo, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Enrique Peñaranda Ramos, recibiendo la máxima calificación de sobresaliente “*cum laude*” por unanimidad. A todos ellos quiero agradecer de nuevo sus recomendaciones, observaciones y sugerencias, que han sido atentamente consideradas en esta obra, y de las que sin duda ésta se beneficia ampliamente.

Asimismo, debo mostrar mi agradecimiento a diversas personas sin cuyo apoyo la travesía que ha conducido al presente trabajo habría sido un camino sencillamente intransitable. A mi querido maestro Santiago Mir quiero expresarle mi más sincera gratitud por la excelencia de su magisterio, que despertó en mi una temprana vocación por el Derecho penal ya en la Licenciatura de Derecho, y por enseñarme cada día que todo está aún por aprender. A mis compañeros del Departamento de Derecho Penal y Ciencias penales de la Universidad de Barcelona quiero darles las gracias por haberme acompañado con generosidad a lo largo de esta empresa, no siempre sencilla, y porque sé que me seguirán acompañando, como yo a ellos, en todas las que aún están por llegar. Deseo rendir testimonio de especial gratitud a Mirentxu Corcoy, por haber constituido para mí una inagotable fuente de energía positiva en los momentos más difíciles. A mi familia y a mis amigos quiero agradecer su infinita paciencia, la confianza ciega que en todo momento ha depositado en mí y

el apoyo incondicional que siempre me han brindado. Por último, a ti, Fani, quiero darte las gracias por ser quien eres, por ser como eres. Sin ti, sencillamente, nada sería lo mismo.

Víctor Gómez Martín

INTRODUCCIÓN

I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

En la Dogmática del Derecho penal, uno de los temas más importantes de la teoría de la autoría y la participación, y, al mismo tiempo, más ignorados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país es el tema relativo a los delitos especiales.

Ciertamente, la práctica totalidad de los manuales, tratados y comentarios de la Parte General del Derecho penal hacen referencia, entre las distintas clasificaciones de los tipos penales defendidas por la doctrina, a aquella que distingue entre delitos comunes y delitos especiales. De acuerdo con esta clasificación, son delitos comunes aquéllos delitos de los que cualquier sujeto puede ser autor, mientras que son, en cambio, especiales aquellos que sólo pueden ser cometidos, a título de autoría, por un círculo limitado de sujetos. Sin embargo, este aparente interés por la clase de delitos que ahora nos ocupan desaparece casi por completo cuando se trata de profundizar en el concepto de delito especial; en su fundamento; en la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos; en la incidencia de todos estos presupuestos en la resolución de los problemas de codelincuencia que provocan la intervención en el hecho delictivo especial de sujetos no cualificados, también llamados “*extranei*”; y, por último, en la cuestión relativa a la punibilidad o impunidad de los llamados supuestos de “tentativa de sujeto inidóneo”.

La presente investigación pretende constituir un análisis crítico de las cuestiones que acaban de ser enunciadas desde la doble perspectiva

comparada de la legislación penal española y la legislación penal alemana a la luz de sus respectivas doctrina y jurisprudencia. Por lo que respecta al Derecho penal español, la discusión sobre el concepto, el fundamento y sus consecuencias para la teoría de la autoría y la participación y la teoría de la tentativa se ha mantenido centrada durante prácticamente todo el siglo XX en torno a los dos delitos especiales más emblemáticos de toda nuestra historia legislativa: el parricidio y el infanticidio. En los Códigos penales antecedentes al actual de 1995, estos dos delitos no constituían, en absoluto, los únicos delitos especiales. Ni siquiera se trataba de los delitos especiales de mayor relevancia, ya que escasos eran los supuestos en que las cuestión vinculadas a estos delitos que constituían objeto de preocupación doctrinal llegaban a los tribunales. En cambio, otros delitos especiales de mayor interés práctico, como, por ejemplo, los delitos contra la Administración pública u otros delitos cometidos por funcionarios, pasaban para nuestra doctrina mucho más desapercibidos.

Aunque ello no puede ser afirmado de un modo completamente taxativo, no fue una de las razones que menor influencia ejerció en el fenómeno que acaba de ser mencionado la publicación en 1966 de una de las principales obras publicadas en nuestro país sobre autoría y participación en el delito. Se trata de la monografía de Enrique GIMBERNAT ORDEIG “Autor y cómplice en Derecho penal”. En esta importante obra, GIMBERNAT analiza los problemas de autoría y participación implicados en los delitos especiales tomando como base de pruebas, de forma prácticamente exclusiva, a los delitos de parricidio e infanticidio. Dada la repercusión que la obra de GIMBERNAT causó entre los penalistas españoles, que por aquel entonces todavía no habían abordado el objeto de la presente investigación con excesiva profundidad, su monografía pasó a ser punto de referencia ineludible de todo aquél que quiso pronunciarse sobre los delitos especiales. Tal fue la influencia de la obra de GIMBERNAT que la única monografía publicada en nuestro país sobre el tema, cuya autoría le corresponde a Gonzalo QUINTERO OLIVARES, constituye, en buena medida, un “desarrollo continuador” de la concepción de GIMBERNAT. Sea como fuere, lo cierto es que “Autor y cómplice de Derecho penal” probablemente condicionó, en gran medida y de forma decisiva, el posterior debate doctrinal sobre los delitos especiales, descompensándolo hasta convertirlo en una discusión casi exclusiva sobre los delitos de parricidio e infanticidio.

Con la aparición del CP 1995, los delitos de parricidio e infanticidio fueron derogados. Con ello desaparecían los dos principales bastiones sobre los que hasta entonces se había construido en nuestro país la teoría doctrinal y jurisprudencial de los delitos especiales. La eliminación en 1995 de aquellos dos delitos representó, además, la pérdida de dos de los escasos ejemplos de delito especial impropio, que en el actual CP prácticamente brillan por su ausencia.

Sin embargo, el actual legislador penal podría haber hecho necesario recuperar en buena medida, mediante el empleo de una técnica legislativa infrecuente en nuestra historia legislativa, el ya superado debate sobre el parricidio y el infanticidio con la tipificación de algunos delitos de naturaleza jurídica dudosa. Tal es el caso de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada cometidos por autoridad o funcionario público “fuera de los casos previstos por la ley y sin mediar causa por delito” (art. 167. 198 y 204 CP, respectivamente).

Estos delitos, ¿consisten en delitos especiales impropios? ¿Merecen el mismo tratamiento que los restantes delitos cometidos por autoridad o funcionario público previstos en el CP? ¿Son extensibles a unos y otros delitos las conclusiones alcanzadas bajo la vigencia del anterior Código penal a propósito de la discusión sobre los delitos de parricidio e infanticidio?

Las cuestiones que acaban de ser planteadas únicamente podrán ser contestadas satisfactoriamente, a mi entender, mediante una investigación que se ocupe de los delitos especiales desde su propio concepto y fundamento. Sólo así será posible conocer cuál es el tratamiento

que merecen dos de las cuestiones que más han despertado la atención de la doctrina: los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales impropios y los casos de tentativa de sujeto inidóneo.

II. METODOLOGÍA Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La presente investigación acomete este análisis en tres Partes. La Primera Parte tiene por objeto la construcción del concepto de delito especial. Para ello se lleva a cabo una breve evolución histórica del concepto de delito especial, exponiéndose posteriormente los distintos modelos conceptuales de delito especial existentes en la doctrina jurídico-penal. Esta primera parte concluye con mi toma de postura personal a favor de un modelo conceptual de delito especial simple y dependiente de la autoría y la tentativa, así como con la exposición de las explica cuáles son las razones que aconsejan mostrarse partidario de un concepto de delito especial dependiente de la autoría. En la Segunda Parte, se abordará el análisis del fundamento de los delitos especiales a partir de la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales a la luz de las legislaciones, doctrina y jurisprudencia españolas y alemanas, y también de la incidencia de esta cuestión en la resolución de la problemática relativa a la participación de extraños en delitos especiales impropios. Por último, la Tercera Parte de la investigación tiene la pretensión de constituir una exposición motivada de por qué se considera preferible defender un concepto de delito especial dependiente de la tentativa. Para ello es necesario decidir si la tentativa de sujeto inidóneo es, o no, punible.

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

I. ORIGEN DEL CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL

El concepto de delito especial ha sido, desde sus orígenes hasta la actualidad, un concepto propio de la Ciencia del Derecho penal.¹ Más concretamente, ha sido un concepto propio de la llamada Teoría general del delito.² No es de extrañar, por tanto, que, salvo en contadas ocasiones, no sea posible hallar ni en los textos legales de contenido penal ni en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia referencia alguna —ni siquiera indirecta— a esta tipología delictiva.³ La principal consecuencia del carácter doctrinal del concepto de delito especial debe verse en la ausencia de una terminología unitaria que comprenda con coherencia las principales características configuradoras del concepto de delito especial. Muchos y muy diversos son, de este modo, los términos que la doctrina penal, especialmente la alemana, ha venido empleando para referirse a los delitos especiales. Junto a la referencia directa al “*delito especial*” (que en Alemania suele hallarse expresada en muy diversos términos, tales como “*sonderbares Verbrechen*”, “*besonderes Verbrechen*”, “*Sonderverbrechen*” o “*Sonderdelikt*”) o al hecho delictivo especial

¹ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlín, 1972, p. 23.

² Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 31.

³ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 23 s.

(“*Sonderstrafat*”),⁴ también han sido utilizados como sinónimos del mismo términos tales como “*Delictum sui generis*”, “*Delictum proprium*”⁵ o “*delito autónomo*”, entre otros.

Aunque lo cierto es que la naturaleza doctrinal del concepto de delito especial no ha sido razonablemente discutida por la doctrina penal dominante, un sector minoritario de la doctrina alemana de la primera mitad del siglo XX creyó posible aludir a la existencia de *indicios* de antiguas referencias *legales* —aunque expresadas a menudo, sin embargo, de un modo más o menos *indirecto*, así como bajo denominaciones de nuevo no siempre coincidentes— al concepto de delito especial. Uno de los autores integrantes de este sector minoritario de la doctrina alemana es STURM.⁶ Señala este autor que la primera referencia legal *expresa* a una clase de delitos equivalente a la representada en la actualidad por la de los delitos especiales, se encuentra en la figura de los “*delicta propria*” —opuesta a los “*delicta communia*”, categoría equivalente a los actuales “delitos comunes”— prevista para los delitos *militares* en el importante texto de Derecho penal romano clásico del *Digesto de Arius Menander* (1.2 pr. D. *de re militari* 49, I6).⁷ Este ordenamiento jurídico designaba con el

⁴ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, 1938, p. 44.

⁵ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, 1938, cit., p. 44; WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932, p. 20. La idea de que los términos “delito especial”, “delito autónomo” y “*delictum sui generis*” son sinónimos es, sin embargo, equivocada. Para una aclaración de la cuestión terminológica planteada, *Vid. infra*.

⁶ A juzgar por el material disponible relativo a la evolución histórica del concepto de delito especial, no cabe duda de que STURM puede ser considerado, en realidad, una autoridad en la materia señalada, ya que su obra *Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert* (tesis doctoral), Freiburg, 1939, constituye uno de sus escasos referentes en la literatura de nuestro contexto cultural.

⁷ Vid. STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 4. Aluden también a la distinción de derecho penal militar romano que se encuentra en el *Digesto de Arius*

nombre de “*delicta propria*” a todos aquellos delitos que tan solo podían ser cometidos por una *clase determinada* de ciudadanos (los militares), distinguiéndolos, así, los delitos que podían ser cometidos por *cualquier* ciudadano. Partiendo del ejemplo de *delictum proprium* de los delitos militares brindado por la ley, los glosadores romanos creyeron posible afirmar que no había motivo alguno para circunscribir el ámbito de los “*delicta propria*” únicamente a los delitos militares, sino que también debía extenderse, por el contrario, a los delitos de *funcionario*, y los delitos cometidos por *religiosos*,⁸ quedando bajo el ámbito de dominio de los “*delicta communia*”, en cambio, delitos tales como el asesinato o el adulterio.⁹

Los juristas italianos medievales abordaron con cierta frecuencia la cuestión relativa a si la influencia de las cualidades o relaciones del autor que agravan o atenúan la pena puede extenderse a la punibilidad del “mandante” (inductor) y del partícipe. Esta cuestión apenas fue objeto de análisis en el Derecho común alemán. La referida doctrina italiana consideró, por ejemplo, que la relación de parentesco del autor en el parricidio agravaba la punibilidad del partícipe aunque éste no se encuentre

Menander (l.2 pr. D. de re militari 49,I6) entre *delicta communia* y *delicta propria* LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 23, y ROEDER, “Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt”, ZStW 1957, p. 239.

⁸ En relación con la fundamentación del castigo de los delitos cometidos por religiosos, el Derecho penal romano hace ya referencia a una idea que a lo largo de toda la evolución histórica de la fundamentación doctrinal de los delitos especiales acabó por convertirse en recurrente —y a la que también a lo largo de la presente investigación se hará amplia referencia—, pero que por aquel entonces resultó ciertamente novedosa: la idea de la infracción del deber especial que recae sobre una determinada clase de ciudadanos (en este caso, el religioso). *Vid.* sobre este particular STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 4, nota 8.

⁹ *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 4, nota 8.

en la referida relación de parentesco.¹⁰ Esta solución no significó, sin embargo, una aceptación tácita de la idea de accesoriedad, sino que encontraba su explicación en una disposición legal expresamente prevista en la *Lex Pompeja de Paricidiis*, reconocida por un sector dominante de esta doctrina como excepción.¹¹

El *Derecho alemán común* asumió de modo prácticamente completo la clasificación de delitos en “*delicta propria*” y “*delicta communia*” heredada del *Digesto del Corpus Iuris* de Derecho penal romano.

La doctrina que se ocupó de comentar esta recepción observó que la principal novedad aportada por la legislación alemana clásica a esta materia vino representada por una voluntad de destacar en mayor medida la relevancia de la infracción de deberes especiales como fundamento de los delitos de funcionario. Estos delitos pasaron a ser concebidos, así, como “delitos disciplinarios especiales”, a través de los que un servidor del estado lesionaba los deberes de servicio que recaen sobre él, y que él mismo asume. La esencia de estos hechos disciplinarios y con ello de los delitos propios no consistía, así, en una lesión de un supuesto derecho de los particulares con respecto al Estado, o en un incumplimiento contractual del funcionario con respecto al Estado, sino en la vulneración misma del deber que configuraba el contenido mismo del servicio público.¹² Esta concepción del injusto de los delitos de funcionarios, sugerida desde la doctrina comentarista del Derecho alemán común por LUDEN, fue recogida y potenciada por un sector de la doctrina alemana de principios del siglo XX, del formaron parte autores tan importantes como BINDING o NAGLER, y llevada al extremo del paroxismo por las tesis de algunos de los miembros de la (con razón) denostada Escuela de Kiel, tales como SCHAFFSTEIN o DAHM.¹³

¹⁰ Uno de los autores que defendió esta solución fue HUNNIUS, citado por SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, 1930 (reimpresión de 1986), p. 205.

¹¹ Demostró convincentemente la validez de este planteamiento ENGELMANN, citado por SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen ...*, cit., p. 205.

¹² Sobre todo lo anterior, *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., pp. 4 s.

¹³ Para un análisis detallado de la evolución histórica de los delitos de funcionario como delitos especiales, *Vid.* el análisis que en esta investigación se realiza infra, así como las

II. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO EN LOS PRIMEROS CÓDIGOS PENALES

Esta situación se mantuvo hasta la aparición de los *primeros* Códigos Penales particulares de los distintos *Länder* del imperio alemán, que tuvo lugar a principios del siglo XIX. Fue este el momento histórico en que los delitos militares, que hasta entonces habían venido constituyendo la parte más importante —en realidad, la única legalmente declarada como tal— de los “*delicta propria*”, dejaron de formar parte del derecho alemán común, pasando a integrar el contenido de los distintos Códigos Penales particulares de cada *Land*.¹⁴ Con este desplazamiento de los delitos militares a los códigos particulares, el ámbito *doctrinal* de los “*delicta propria*” presentes en el Derecho alemán común positivo quedó limitado, así, a los delitos de funcionario.¹⁵

Una vez aceptada la premisa de que el círculo de *delicta propria* del Derecho alemán común quedaba circunscrito a los delitos de funcionario, la discusión doctrinal se centró en torno a la cuestión de si: a) todos los delitos de funcionario eran *delicta propria*; o bien b) solamente lo eran aquéllos que sólo podrían ser cometidos por un funcionario —esto es, los delitos denominados por la doctrina actual delitos propios de funcionario—, perteneciendo el resto de delitos de funcionarios, por tanto, a la categoría de *Delicta communia*. La doctrina dominante se pronunció a favor de la primera concepción, mientras que segunda fue defendida por un sector doctrinal minoritario, de entre el que STURM destaca a HEFFTER.¹⁶

Por lo demás, la regulación de los *delicta propria* en los Códigos Penales alemanes particulares se destacó por la presencia de *tres*

importantes obras de Heinz WAGNER, *Amstverbrechen*, Berlín 1975, *passim*, y de Ulrich STOCK, *Entwicklung des Wesens der Amtsverbrechen*, Leipzig, 1932, *passim*.

¹⁴ Vid. STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., pp. 4 s.

¹⁵ Vid. STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 6.

¹⁶ Vid. STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 6.

características principales. La *primera* característica es que los nuevos Códigos Penales particulares representaron, en muchos casos, la plasmación *legal* en la construcción de los tipos de gran parte de las soluciones propuestas por la doctrina del derecho alemán en materia de *delicta propria*.¹⁷ Ello significó, a su vez, que la regulación prevista en los nuevos códigos sobre esta clase de delitos se caracterizó indirectamente, en definitiva, por recoger el testigo dejado por la tradición continuista del Derecho penal romano iniciada por el Derecho alemán común. La *segunda* característica de la regulación de los “*delicta propria*” prevista en los Códigos Penales alemanes particulares vino constituida por la ausencia de una referencia *expresa* en la ley a una clasificación de delitos —en la línea de la prevista en el Digesto romano— en “especiales” (“*besondere Delikte*”) y “comunes” (“*gemeine Delikte*”). A pesar de ello, existen indicios razonables de que la referida distinción y sus importantes consecuencias continuaban encontrándose latentes en la base de todas las regulaciones legales.¹⁸ La *tercera* característica de los StGB particulares en materia de “*delicta propria*” fue la presencia en algunos de estos cuerpos legales de referencias expresas a determinadas *clases de sujetos* del delito. Aunque estas referencias expresas continuaron teniendo por objeto mayoritariamente a los funcionarios,¹⁹ algunas legislaciones particulares las hicieron extensivas a *otras* clases de sujeto.

¹⁷ Una clara muestra de la decisiva influencia ejercida por la doctrina de Derecho alemán común en las legislaciones particulares del siglo XIX vino representada por los StGB de Baviera de 1813 y de Prusia de 1851, cuyos respectivos creadores, FEUERBACH y TEMME, pasaban por ser —especialmente el primero— precisamente uno de los más importantes comentaristas del Derecho alemán común. *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., pp. 22 s.

¹⁸ *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 23.

¹⁹ Especialmente ilustrativo de este extremo es, sin duda, la rúbrica del capítulo VI. (arts.453 ss.) del StGB de Württemberg de 1839 (“De especiales vulneraciones del

La redacción, por ejemplo, de las rúbricas de algunos de los capítulos del StGB de Sajonia de 1838, del StGB de Württemberg de 1839, y, por último, del StGB de Hessen de 1841 constituyen buena muestra de que la intención de sus respectivos legisladores fue la de dar cabida bajo aquellas rúbricas también a delitos cometidos por otros grupos de personas diferentes a los funcionarios. Por lo que respecta al StGB de Sajonia de 1838, la extensión de la rúbrica elegida para el capítulo XVII del mencionado cuerpo legal (“De vulneraciones del deber en relaciones especiales”) es tal, que permite dar cabida a supuestos en que el sujeto activo no es un funcionario en sentido estricto, sino únicamente un sujeto ocasionalmente ocupado en el ejercicio de funciones públicas. Ejemplos de esta suerte de sujetos lo serían, por ejemplo, funcionarios de domicilio (*Hausbeamte*), determinados funcionarios de economía (*Wirtschaftsbeamte*), “servidores del estado y otros empleados públicos o en servicios privados, o como trabajadores en fábricas o para editor de fábrica (*Fabrikverleger*), o como personas ocupadas en otras empresas comerciales que comunican a otros aquello que, con ocasión de su función pública, su posición o su servicio, les ha sido conocido o confiado, recayendo sobre ellos el deber de mantener su secreto (...)”, o, finalmente, otros servidores privados que, en sus relaciones de servicio, perjudiquen dolosamente a la Administración Pública. El legislador de Württemberg, por su parte, dispuso en un capítulo especial una serie de tipos que, de modo parecido a los delitos de función pública, tan solo podían ser cometidos por sujetos pertenecientes a determinadas clases y profesiones. La equiparación jurídico-penal de estas personas especialmente obligadas con los funcionarios públicos pretendida por el legislador se desprende del art.453 del código, de acuerdo con el cual los “abogados, notarios, médicos, médicos, comadronas, farmacéuticos, medidores de campos (*Feldmesser*), y otras personas apoderadas por el Estado para el ejercicio de un arte, agente de cambio y de armas (*Wechsel – und Warensensale*), mensajeros públicos” que vulneren en la comisión de acciones punibles los “deberes especiales asumidos”, en los supuestos en que los servidores del Estado deberían ser castigados con la pérdida de la función pública, deberían ser castigados, además de con las penas generales previstas para los delitos, con privación definitiva o provisional del derecho al ejercicio de su privilegio, arte o negocio. El StGB de Hessen de 1841, por último, dio entrada en su Título 57 (“De especiales vulneraciones del deber de ciertas personas que se encuentran en funciones públicas”) a la posibilidad de castigar determinados delitos cometidos por abogados del Estado, médicos, médicos de heridas, comadronas, farmacéuticos y medidores de campos.²⁰

Esta tendencia continuista se extendió, por último, a las regulaciones incluidas en los nuevos Códigos Penales particulares, hasta

deber de las personas con cargo público”). Vid. STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 26, nota 8.

²⁰ Sobre todo lo anterior Vid. STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., pp. 24, 26, notas 8 y 27.

llegar a los StGB unitarios de 1870, 1943 y 1969, actualmente vigente en Alemania.

Los llamados nuevos Códigos Penales particulares alemanes fueron los StGB para los Estados prusianos de 1851, para el reino de Baviera de 1861 y para el reino de Sajonia de 1855. Una característica común de estos tres códigos es la ausencia de un precepto que defina el concepto de delito especial. La consecuencia inmediata de esta circunstancia es que la concepción de delito especial que esté en la base de estas legislaciones debía tener como puntos de referencia el concepto de delito especial desarrollado por la doctrina de Derecho común alemán y las antiguas leyes penales particulares. El nuevo StGB de Sajonia también separó los delitos especiales de funcionarios de los delitos comunes, recogiendo los primeros en una sección especial del Código (Capítulo 18: “De vulneraciones del deber en relaciones especiales”). Los delitos comunes exclusivamente cualificados por razón de la condición de funcionario del autor fueron objeto de regulación, por su parte, en relación con los correspondientes tipos de delito común, de tal modo que los tipos cualificados se encontraban ubicados inmediatamente después de cada uno de los correspondientes tipos de delito común.²¹ Por lo que se refiere a los nuevos Códigos Penales de Prusia y Baviera, el legislador no acometió expresamente, en cambio, una separación entre delitos especiales y delitos comunes tan tajante como la prevista en el código de Sajonia de 1855.²² La principal diferencia existente en materia de delitos especiales entre las legislaciones acabadas de referir reside en que, en el StGB de Sajonia, todos los tipos mencionados en el apartado sobre las vulneraciones de deberes en el marco de relaciones especiales debían verse, por principio, como delitos especiales, mientras que en los tipos contenidos en las correspondiente secciones especiales de los Códigos Penales de Prusia y Baviera se requiere, por el contrario, de un examen sobre si el precepto correspondiente es un supuesto agravado del delito común básico o bien un delito especial.²³

En la actualidad, existe acuerdo en la doctrina en torno a la cuestión de que el ámbito de aplicación del concepto de delito especial que se conviene en conferírsele a los delitos especiales ya no coincide con el de los tradicionalmente conocidos con el nombre *delitos de clase*

²¹ Sobre todo lo anterior, *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 65.

²² *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., pp. 64 ss.

²³ *Vid.* STURM, *Die Entwicklung der Sonderverbrechen ...*, cit., p. 67.

(*Standesdelikte*), *delitos de oficio* (*Berufsdelikte*),²⁴ delitos de funcionario o delitos militares.

²⁴ *Vid.* LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 23.

CAPÍTULO SEGUNDO

MODELOS CONCEPTUALES DE DELITO ESPECIAL EN LA DOCTRINA JURÍDICO-PENAL. TOMA DE POSICIÓN

I. MODELOS CONCEPTUALES SIMPLES Y MODELOS CONCEPTUALES COMPLEJOS

1. Introducción

La doctrina jurídico-penal, en especial la alemana, ha venido sosteniendo, desde los orígenes de la teoría del delito hasta la actualidad, dos clases de concepto de delito especial: una clase de concepto *simple* y una clase de concepto *complejo*. Los conceptos simples de delito especial se caracterizan por definirlo como aquella clase de tipo penal que se distingue por que en ellos se describe una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley.²⁵ Los conceptos complejos de delito especial incorporan, por su parte, no sólo la descripción del delito especial expresada por las definiciones simples, sino, *además, su propia fundamentación*.

2. Modelos simples de concepto de delito especial

2.1. Introducción

²⁵ Vid. por todos MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., Barcelona, 1998, 9/45 s.; 6ª ed., Barcelona 2002, 9/46 s.

Un sector importante de la doctrina penal clásica y de la doctrina penal moderna convienen en definir los delitos especiales por medio de un modelo simple de definición. En la doctrina alemana clásica, propusieron un tal modelo conceptual von HIPPEL, NAGLER, y ROEDER, haciendo lo propio desde la moderna doctrina autores como GROPP, JESCHECK / WEIGEND, KÜHL, MATT, OTTO, STRATENWERTH o JAKOBS.

Según Robert von HIPPEL, toda definición de delito especial que pretendiese arrojar alguna luz sobre el fundamento de la restricción del círculo de autores operada por el legislador debía ser rechazada. Ello se debía, en su opinión, a que, a la vista de la ley, el único hecho incuestionable era que en esta clase de delitos, la ley limitaba la posibilidad de responder por autoría a un determinado círculo de autores. Nada decía el legislador, por el contrario, sobre cuál debía entenderse que era el fundamento de esta restricción. A falta de otros datos, la definición de delito especial debía contentarse, por tanto, con tener por objeto la mera referencia —sin ulteriores matizaciones— a la restricción del círculo de autores del delito operada legalmente. A la luz de lo acabado de exponer, no debe extrañar, así, que von HIPPEL afirmase en relación con la clase de delitos que nos ocupan que “(...) la esencia del delito especial no reside en que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino exclusivamente en que tan solo las personas descritas en el tipo pueden cometer estos delitos como autores físicos. Esto y sólo esto es lo que se encuentra en la ley, que aquí, como en todas partes, se circunscribe en su redacción al autor físico”.²⁶

Señala este autor, por lo demás, que “las propiedades y relaciones personales que fundamentan la pena deben recibir exactamente el mismo tratamiento que cualquier otro elemento del tipo. Porque por medio de su concurrencia se convierte en delito una acción que, en caso contrario, sería impune. Desde un punto de vista conceptual, no son sino elementos necesarios del tipo de delito concreto, tienen para este significado constitutivo la misma importancia que cualquier otro elemento del tipo. (...) De este se sigue: si tales propiedades o relaciones se dan en la persona de aquél para quien empieza la acción ejecutiva, se realiza con ello el tipo objetivo del delito. Éste debe ser imputado según los principios generales a todos los intervinientes en la medida en que lo permita su culpabilidad, aunque no concurren en su propia persona. Porque todo interviniente ha contribuido aquí a la causación de la realización del tipo objetivo a través del sujeto ejecutor. (...) La doctrina habla aquí de los llamados delitos especiales, en especial cuando la posición profesional o de funcionario público del ejecutor opera fundamentando la pena. La expresión es correcta si con ella se pretende únicamente acuñar una breve denominación para todos los supuestos en que propiedades o relaciones

²⁶ Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), p. 482.

personales operan fundamentando la pena. Pero en otro caso, esta expresión conduce a error, porque no está claramente delimitada y porque parece como si para tales “delitos especiales” delimitados de alguna forma rija, además, algo “especial”. Especialmente errónea es la idea de que en esta clase de delitos la ley (o la norma) tan solo exige obediencia de las personas descritas en el tipo (por ejemplo, de los funcionarios). Si esto fuera correcto, de esto se deduciría lógicamente que no sólo la autoría mediata, sino también la inducción y la complicidad de un tercero sería imposible. Los delitos especiales pertenecerían al ámbito (...) de los supuestos en los que las acciones de participación quedan impunes por distintas razones”.²⁷

En el mismo sentido se pronunció von HIPPEL, dos años más tarde, en su *Lehrbuch des Strafrechts*: “Las propiedades o relaciones personales fundamentadoras de la pena, esto es, aquéllas a través de las que una acción de lo contrario impune se convierte en punible, son elementos del delito necesarios para el concepto igual que cualquier otro. De esto se deriva: si esas propiedades, etc. se encuentran presentes en el ejecutor, entonces deben ser imputadas a todos los intervinientes en la medida en que sean abarcadas por su dolo. Esto rige especialmente para los delitos especiales, en los que la posición profesional o de funcionario público opera fundamentando la pena. Porque aquí en modo alguno se trata de que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino de que tan solo determinadas personas pueden ser autores físicos”.²⁸

Por su parte, NAGLER define los delitos especiales como “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho”.²⁹

En opinión de ROEDER, el elemento que caracteriza a todos los delitos especiales consiste en que “tan solo se someten a su conminación penal determinadas personas que satisfacen las especiales exigencias de la ley (...)”.³⁰

Ya en la doctrina moderna, definen en Alemania a los delitos especiales en el sentido antes señalado, entre otros, GROPP, JESCHECK / WEIGEND, KÜHL, MATT, OTTO, STRATENWERTH o JAKOBS. Señala GROPP, en primer lugar, que “sujeto del hecho debe serlo una persona (“*Wer*”), el autor o

²⁷ Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930, pp. 481 s.

²⁸ Vid. von HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, p. 168 (cursiva añadida).

²⁹ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig, 1903, p. 1. Vid. también LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 27.

³⁰ Vid. ROEDER, *ZStW* 1957, p. 239. Vid. también LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 27.

la autora, sin que por lo general tenga importancia alguna si el sujeto del hecho es de sexo masculino o femenino (excepción: § 183 StGB: acciones exhibicionistas). En algunas circunstancias se requiere, sin embargo, que el sujeto del hecho presente determinadas características para poder ser autor. Así sucede en primer lugar con los delitos especiales (*Sonderdelikte*), en los que sólo pueden ser sujetos del hecho aquellas personas que cuentan con determinadas propiedades”.³¹

JESCHECK / WEIGEND, por su parte, consideran que “según la delimitación de posible círculo de autores se distingue entre delito generales, delitos especiales y delitos de propia mano. En los delitos generales puede ser autor cualquiera, como muestra el “quien anónimo” (“*namenlose Wer*”) al principio de la mayoría de los preceptos penales. En los delitos especiales propios sólo se consideran en el tipo autores personas especialmente señaladas (por ejemplo, funcionario o soldados). Los delitos especiales impropios pueden ser, en realidad, cometidos por cualquiera, siendo así la autoría de personas calificadas una causa de agravación de la pena. En los delitos de propia mano el tipo presupone un acto que debe ser ejecutado corporal o por lo menos personalmente que el autor mismo debe acometer, porque de lo contrario faltaría el injusto específico de la acción del tipo de delito en cuestión”.³²

En opinión de KÜHL, “en la delimitación de autoría y participación, para aquellos tipos que pueden ser cometidos por cualquiera, deben ser desarrollados criterios generales. Los llamados delitos generales (*Allgemeindelikte*) suelen describir al autor con “el que” (*Wer*). Así por ejemplo el § 212 StGB: “El que mate a una persona (*Wer einen Menschen tötet...*)”. Pero hay tipos en la parte especial que limitan la autoría a determinadas personas. En esos delitos la delimitación entre autoría y participación se decide no según criterios generales, sino según criterios específicos del tipo”,³³ de modo que “de la referencia típica del concepto de autor no sólo resulta que es autor el sujeto mismo que realiza el tipo, sino también que no lo es aquél a quien le falta una determinada cualidad requerida por el tipo. Él mismo no es entonces autor incluso si ejecuta él mismo la acción suficiente para la realización del tipo y realiza objetivo-imputablemente el resultado típico”.³⁴

A juicio de MATT, “reciben el nombre de delitos generales (*Allgemeindelikte*) todos los delitos que pueden ser cometidos por cualquiera.

³¹ Vid. GROPP, *Strafrecht, AT*, p. 124, Rn.4.

³² Vid. JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5ª ed., Berlín 1996, p. 266.

³³ Vid. KÜHL, *Strafrecht, AT*, p. 620, Rn. 11.

³⁴ Vid. KÜHL, *Strafrecht, AT*, cit., p. 620, Rn. 12.

Los delitos especiales (*Sonderdelikte*) son, por el contrario, delitos en los que el círculo de autores está delimitado por una determinada propiedad (*del autor*)”.³⁵

Indica OTTO, en la misma línea, que “delitos comisibles por todos (*Allgemein begehbare Delikte*) son aquellos tipos cuyas prohibiciones o mandatos se dirigen a toda persona: “El que (...) será castigado” (...). “En los delitos especiales son requeridas especiales propiedades del autor”.³⁶

STRATENWERTH, por su parte, observa que “por lo general, la prohibición de la sanción se dirige en todo caso sin distinción a toda persona; la mayoría de tipos llaman de acuerdo con esto al autor de modo completamente indeterminado el “quien”. En una serie de delitos, la acción típica puede ser ejecutada, sin embargo, tan sólo por personas en la que se den especiales presupuestos. (...) Se habla, en esta medida, de elementos (objetivos) de autor”.³⁷

Especialmente paradigmático del modelo *simple* resulta el concepto propuesto por JAKOBS, quien considera que la diferencia entre delitos especiales (*Sonderdelikte*) y delitos de deber (*Pflichtdelikte*) reside en que, mientras que en los primeros se produce una “delimitación meramente externa del círculo de autores”, en los segundos, en cambio “el legislador ha ordenado una delimitación externa del círculo de autores precisamente porque en su base existe una institución”. Por medio de este concepto, JAKOBS no sólo no incluye en el concepto de delito especial —distinto es el caso de su concepto de delito de deber— el fundamento de esta categoría delictiva, sino que incluso *lo excluye* del mismo.

En una línea parecida se habían pronunciado ya en España GIMBERNAT ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO. GIMBERNAT define los delitos especiales como “todos aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor”.³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, por su parte, define los delitos especiales —clase de delitos que en su planteamiento incluye a los delitos de propia mano, los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio— como aquéllos en que no puede ser sujeto

³⁵ Vid. MATT, *Strafrecht, AT*, p. 53, Rn 27.

³⁶ Vid. OTTO, *Strafrecht, AT*, 5ª ed., 1996, p.41, Rns. 17 y 18.

³⁷ Vid. STRATENWERTH, *AT*, 3ª ed., 1981, pp.80 s., Rn. 201; 4ª ed., 2000, § 8/3.

³⁸ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambios, 1966, p. 228.

activo cualquiera, sino únicamente quien ostente ciertas características o cualidades personales especiales exigidas por el tipo.³⁹

2.2. *Características esenciales de los conceptos simples de delito especial*

2.2.1. *Introducción*

A la vista de las anteriores definiciones, es posible afirmar que tales enunciados tienen en común, como clase de concepto de delito especial, con *dos* características esenciales: proceden a configurar los delitos especiales como una *restricción del círculo de posibles autores* del delito por medio de una serie de *elementos* exigidos por el tipo; y no hacen referencia alguna, en cambio, al *fundamento* sobre el que descansa esta restricción legal del círculo de autores.

2.2.2. *Los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo*

En relación con los conceptos que definen los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo, pueden ser formuladas, a su vez, dos observaciones: una primera, referida al *objeto* de la restricción contenida por los delitos especiales; una segunda, referida a los *elementos* legales por medio de los cuales se practica la referida restricción. En lo referente a la observación relativa al *objeto* de la restricción operada por la

³⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1977, pp. 269 s. Análogo al de RODRÍGUEZ MOURULLO es el concepto de delito especial aportado por SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, PE*, pp. 546 s.

ley en los delitos especiales, es preciso señalar que la mayor parte de las definiciones de delito especial que se incluyen en la clase de definiciones que ahora nos ocupan se caracterizan por atribuirles una restricción del círculo de *autores* o *sujetos activos* del delito. Muestra de ello son, por ejemplo, las definiciones de JESCHECK / WEIGEND,⁴⁰ KÜHL,⁴¹ MATT,⁴² y STRATENWERTH.⁴³

También las definiciones propuestas en España por MIR PUIG,⁴⁴ LUZÓN PEÑA,⁴⁵ BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE,⁴⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO,⁴⁷ deben ser entendidas como referencias a los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito.

En efecto, a pesar de que MIR comienza definiendo los delitos especiales como aquellos delitos “de los que no pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiere la ley (así, la de funcionario)”, el autor aclara—en la distinción entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios— posteriormente⁴⁸ que los delitos especiales no constituyen en realidad una restricción del círculo de todos los “sujetos” del delito, sino, de entre estos, únicamente del círculo de sus autores.

⁴⁰ Vid. JESCHECK / WEIGEND, *Strafrecht, AT*, 5ª ed., 1996, p. 266.

⁴¹ Vid. KÜHL, *Strafrecht, AT*, p. 620, Rns.11 y 12.

⁴² Vid. MATT, *Strafrecht, AT*, p. 53, Rn. 27.

⁴³ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., 1981, pp. 80 s., Rn.201.

⁴⁴ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 9/45 s.; 6ª ed., cit., 9/46 s.

⁴⁵ Vid. LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho penal, PG*, I, Madrid, 1996, p. 304.

⁴⁶ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español, PG*, 4ª ed., Madrid 1994, pp. 262 s.

⁴⁷ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, PG*, Madrid 1977, pp. 269 s.

⁴⁸ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 9/45 ss.: 6ª ed., cit., 9/46 ss.

En segundo lugar, CEREZO MIR señala que en ciertos casos, el Código penal exige ciertos requisitos para poder ser sujeto activo del delito doloso. Esta modalidad delictiva recibe el nombre de delitos especiales.⁴⁹

LUZÓN PEÑA, por su parte, a pesar de definir los delitos especiales como aquellos delitos “que exigen una especial condición, relaciones o cualificación en el sujeto activo”, se refiere en realidad a este último como sinónimo del autor del delito. La confirmación de este extremo se encuentra en la equiparación realizada por LUZÓN entre ambos términos en la propia rúbrica del apartado en que se incluye su concepto de delito especial (“Clases de delitos (tipos) según la estructura del tipo” (...) “Según los elementos del tipo objetivo” (...) “Por el autor o sujeto activo”), así como en los presupuestos de los que el autor parte y en la soluciones que propone en materia de delitos especiales.⁵⁰

BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALAREE definen los delitos especiales como aquéllos que, en contra de los que sucede con los delitos comunes —“delitos con sujeto activo o pasivo (¿) innominados”—, “requieren una especificación del sujeto activo”. De entre estas definiciones de delito especial, estimo ampliamente preferibles aquéllas que se refieren a esta constelación delictiva como una limitación del círculo de autores o de sujetos activos frente a las que se refieren a los meros sujetos del delito.

De entre las definiciones de los delitos especiales que los consideran una restricción del círculo de autores, llaman la atención, por último, los conceptos elaborados por aquellos autores que los conciben como una limitación de los posibles autores, aunque con alguna ulterior exigencia. De este grupo de definiciones forman parte, por ejemplo, las propuestas por NAGLER y ROEDER. El primero de ellos considera que en los delitos especiales, lo que está limitado es el círculo de posibles autores directos. Recuérdese que NAGLER define los delitos especiales como aquellos “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho”.⁵¹ Una tal definición de delito especial no puede ser, sin embargo, admitida. Concebir de este modo los delitos especiales parece presuponer la validez de una posibilidad que ha venido siendo rechazada por la doctrina jurídico-penal absolutamente dominante desde los orígenes mismos de la teoría jurídica del delito: que el delito especial sea cometido en autoría mediata no sólo por el sujeto dotado de la cualificación exigida por el tipo (“*intraneus*”), sino también por un sujeto que carezca de ella (“*extraneus*”). El principio que se encuentra en la base de este rechazo es el siguiente: quien no puede ser autor directo de un

⁴⁹ Vid. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, II, *Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., 1998, p. 118.

⁵⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, PG, I, cit., p. 305.

⁵¹ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, p.1.

delito, tampoco puede ser ni coautor ni autor mediato del mismo. Más restrictiva es la definición de ROEDER, para quien, recuérdese de nuevo, los delitos especiales son “conminaciones penales (...) sólo contra un círculo delimitado de personas con capacidad delictiva”.⁵²

Sin embargo, no es menos cierto que una serie de autores pertenecientes a este sector doctrinal apuesta por concebir los delitos especiales como una restricción del círculo de meros *sujetos* del delito.⁵³

La referencia a la descripción de los delitos especiales como una restricción de los *autores* del delito en contraposición con la que alude a la limitación de sus *sujetos* no debe ser contemplada como una vicisitud meramente *formal*, sino que, antes bien, tiene una importante consecuencia *material*. Ello se debe a la circunstancia de que —en contra de la creencia en ocasiones existente en la doctrina jurídico-penal— los conceptos “*autor*” y “*sujeto*” del delito no son términos sinónimos.

Un tercer término al que debe hacerse alusión —también objeto de frecuente confusión por parte de la doctrina jurídico-penal con los de “autor” y “sujeto” del delito, confusión que tiene también su reflejo en el ámbito de las definiciones doctrinales de delito especial— es el de “sujeto activo”. Esta expresión describe la relación existente entre un determinado sujeto y la realización de un determinado tipo, de suerte que puede afirmarse que es sujeto activo de un delito el sujeto que realiza su tipo. De este modo, puesto que la mayor parte de los tipos son “tipos de autoría”, es posible asegurar que también en la mayor parte de los tipos, el autor y el sujeto que realiza el tipo, esto es, el sujeto activo, coinciden en una misma persona. La diferencia entre el concepto de autor y el de sujeto activo se produce, en cambio, en los llamados “tipos de participación”. En esta clase de tipos —cuantitativamente minoritaria, pero presente tanto en el Código penal español como en el StGB alemán—, no es posible afirmar que la relación que el sujeto que realiza el tipo (sujeto activo del delito) con el hecho o el delito sea la propia de un sujeto que domine el hecho o la creación del riesgo, o la de un sujeto al que le

⁵² *Vid.* ROEDER, ZStW 1957, p. 239.

⁵³ Así, por ejemplo, las definiciones de GROPP, *AT*, cit., p. 124, Rn. 4, y de OTTO, *AT*, 5ª ed., 1996, cit., p. 41, Rns.17 y 18.

pertenezca el delito (autor), sino, antes bien, la de un sujeto que interviene en el hecho principal típicamente antijurídico de otro (participación).⁵⁴

Así, mientras que la *autoría* determina una relación de dominio o de pertenencia con el hecho típico, con la creación del riesgo típico, o con el delito mismo, *sujeto* del hecho típico, de la creación riesgo típico, o del delito también pueden serlo, además de su autor, quienes *participen* en él como *inductores* o *cooperadores*, *necesarios* o *no necesarios* — *cómplices*—. En caso de afirmarse que en los delitos especiales se produce en realidad una limitación del círculo de *sujetos* del delito, sería obligado asumir como una consecuencia necesaria la imposibilidad de que pueda participar puniblemente en un delito especial un sujeto que no presente los elementos exigidos por el tipo.⁵⁵

Por lo que respecta a la segunda observación, referida a los *elementos* por medio de los que la ley procede a restringir el ámbito de los autores del delito, es obligado señalar que las definiciones que nos ocupan no permiten todavía arrojar luz alguna sobre la discusión doctrinal existente —especialmente en Alemania— en torno a la *naturaleza* de estos elementos; esto es, la cuestión relativa a si se trata de elementos de naturaleza *normativa* o bien de naturaleza *ontológica*, elementos *objetivos* o elementos *personales*, elementos *de autoría* o elementos *de la acción*, o elementos que afectan al *injusto típico*, a la *culpabilidad*, a la *punibilidad*,

⁵⁴ Sobre todo lo anterior, *vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 14/2 ss.

⁵⁵ Con la excepción representada por un sector muy minoritario de la doctrina alemana tanto “*de lege ferenda*” (singularmente por SCHMIDHÄUSER, seguido por sus discípulos LANGER y WAGNER) como “*de lege lata*” (únicamente por SCHMIDHÄUSER), la solución de la impunidad de los “*extranei*” en un delito especial apenas sí ha sido defendida por la doctrina jurídico-penal, lo cual constituye un indicio de su indudable incorrección. La cuestión acabada de plantear será analizada con mayor detalle en un momento más avanzado de la presente investigación.

al *merecimiento de pena*, o a *cuestiones más generales de Política Criminal*.

En este punto de la presente investigación es posible adelantar que tanto en el Código penal español como en el StGB —las dos normas legales sobre las que va a pivotar esta tesis doctoral— se observa un predominio en los delitos especiales de los elementos del injusto. De esta opinión es también LANGER,⁵⁶ quien advierte que, en cualquier caso, debe tratarse de elementos objetivos personales independientes de la concreta comisión del delito. De este modo, ni las intenciones, ni las tendencias, ni las actitudes internas, ni ningún otro momento psíquico del autor, pese a su innegable capacidad fácticamente restrictiva del círculo de responsables penales, se contempla en general como relevante para la distinción de delitos comunes y especiales. La determinación de la naturaleza jurídica de los elementos objeto de discusión se presenta como el presupuesto más importante de la determinación de su tratamiento jurídico, esto es, de la cuestión de su comunicabilidad a partícipes “*extranei*”. Esta cuestión, de la máxima trascendencia a los efectos de la presente tesis, será abordada con amplitud a la luz de la regulación prevista en el art. 65 CP y, sobretodo, del § 28 del StGB alemán.

Del mismo modo, también es preciso destacar que las definiciones que mencionan expresamente la presencia en los delitos especiales de elementos legales delimitadores de la esfera de autores obvian por completo la circunstancia de que esta delimitación no siempre se produce como consecuencia de la presencia de aquellos elementos. Así las cosas, si bien es cierto que en los delitos especiales, la ley suele concretar el “quien” típico exigiendo que la comisión de un determinado delito a título de autoría quede limitada, por ejemplo, al “padre”, al “esposo”, al “profesional”, al “funcionario”, al “juez”, a un “hombre”, a una “mujer” o a un “enfermo contagioso”, también lo es que, en algunas ocasiones, la delimitación del círculo de autores del delito puede derivarse no ya de una concreción del “quien” del delito —que permanecería, de este modo,

⁵⁶ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 28.

intacto—, sino de la propia descripción de la *acción típica* del supuesto de hecho del enunciado jurídico-penal.⁵⁷

2.2.3. Ausencia de referencia al fundamento de la restricción legal del círculo de autores

La ausencia de toda referencia al fundamento de la limitación del círculo de posibles autores del delito no obsta que pueda seguir atribuyéndose a estas definiciones la condición de *concepto* de delito especial, así como reconociéndose que, aunque nada aporte sobre su fundamento, tales definiciones sirven para determinar de forma *definitiva* el concepto de delito especial.

LANGER no reconoce a las definiciones de delito especial que se limitan a presentarlo como una restricción del círculo de posibles autores del delito, en cambio, ni siquiera la condición de concepto, sino que las considera, en realidad, meros preconceptos de los delitos especiales. La utilidad que para LANGER tendría un tal preconcepto se agotaría en permitir una primera aproximación a los delitos especiales, pero no sería suficiente para alcanzar una determinación definitiva de aquel concepto. La consecución de este último objetivo exige, para LANGER, el conocimiento de cuál es el criterio determinante de aquella limitación en la esfera de posibles sujetos activos, esto es, el conocimiento de su fundamento.⁵⁸

3. Modelos complejos de concepto de delito especial

Un segundo sector doctrinal propone definiciones de los delitos especiales que se destacan por ser, acaso, más completas que las

⁵⁷ De esta opinión LANGER, *Das Sonderverbrechen*, p.28. LANGER pone como ejemplo de esta idea dos clases de delitos: a) aquellos tipos en que la consumación de la acción sólo es posible en relación a determinadas personas; y b) una segunda modalidad delictiva en que sólo algunos sujetos se encuentran en la situación presupuesta por el tipo.

⁵⁸ *Vid. Das Sonderverbrechen*, cit., p. 26.

reconducibles al *concepto estricto de autor*. Este mayor grado de completud se debe a que tales definiciones, lejos de limitarse a describir el efecto delimitador de la autoría que producen en los delitos especiales ciertos elementos previstos en el tipo, incorporan al propio concepto el fundamento de tal delimitación, esto es, la razón por la que ésta se produce. La existencia de conceptos complejos de delitos especiales en la actual doctrina jurídico-penal alemana se debe, principalmente, a las aportaciones de la Escuela de Eberhardt SCHMIDHÄUSER —compuesta, en lo que nos interesa, por el propio SCHMIDHÄUSER, Winrich LANGER y Marco DEICHMANN— y de Claus ROXIN.

Según SCHMIDHÄUSER, “se conoce con el nombre de delito común (*Gemeindelikt*) al delito general (*Allgemeindelikt*) comisible por cualquier persona, delito especial (*Sonderdelikt*) al delito que tan sólo puede ser cometido por un círculo limitado de posibles autores sobre la base de una especial posición de deber”.⁵⁹

El concepto completo de delito especial propuesto por SCHMIDHÄUSER fue acogido y detallado por su discípulo Winrich LANGER. Según la definición que se encuentra en *Das Sonderverbrechen* (1972), la monografía de LANGER sobre los delitos especiales, delito especial es “aquel delito específicamente sancionado que, a causa de su especial injusto típico, tan solo puede ser cometido por determinadas personas”.⁶⁰

El círculo de la línea argumental iniciado por el maestro SCHMIDHÄUSER lo concluye recientemente un discípulo indirecto suyo, y discípulo directo de LANGER, Marco DEICHMANN. Este autor define el delito especial como “un delito que se caracteriza por un injusto especial especialmente tipificado y una amenaza penal especial. Se trata, según esto, de una de las formas de aparición del delito. El delito especial constituye, junto al delito común como correspondiente forma de aparición del delito, un binomio de formas de aparición. El injusto especial consiste en la lesión de un bien jurídico conferido un sujeto especial (“*intraneus*”) desatendiendo una norma de urgencia modificada. La especial plasmación típica es la descripción legal del injusto especial en un especial elemento personal. La amenaza penal especial

⁵⁹ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, Tübingen 1970, 5/90; 2ª ed., 5/90.

⁶⁰ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 456.

significa la consecuencia jurídica correspondiente al delito especial, que se separa de la del delito común”.⁶¹

ROXIN, por su parte, señala que “los delitos generales (*Allgemeindelikte*) pueden ser cometidos por cualquiera; suelen empezar, aunque no necesariamente (...) con la expresión “el que” (“*Wer*”). (...) En los *Sonderdelikte*, por el contrario, sólo puede ser autor quien presenta una determinada propiedad (“cualificación de autor”, *Täterqualifikation*). Esa cualidad consiste siempre en una posición de deber extrapenal, de modo que es mejor hablar de “delitos de deber” (“*Pflichtdelikte*”).”⁶²

A la vista de las definiciones anteriormente expuestas, es posible señalar que todos los modelos conceptuales complejos de delito especial se caracterizan por los tres rasgos siguientes: a) de su carácter de *complejos* se desprende que consisten en modelos conceptuales de delito especial que no se limita a definirlo externamente como una restricción del círculo de autores o sujetos activos del delito, sino que incorporan al concepto la fundamentación de aquella restricción; b) un modelo conceptual complejo de delito especial tan solo puede ser defendido por aquellos autores que consideren posible afirmar que todos los delitos especiales tienen el mismo fundamento; y c) la incorporación del fundamento de los delitos especiales a su concepto abre de par en par las puertas de la disparidad de conceptos de delito especial, ya que, de este modo, tan solo podrán ser idénticos dos conceptos que partan del *mismo* fundamento, cosa que en rara ocasión — aunque en alguna, tal y como se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, mediante la exposición de los conceptos de delito especial defendidos por SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN— ocurre.

⁶¹ Vid. DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat. Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, Berlín 1994, p. 4.

⁶² Vid. ROXIN, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., § 10/128.

II. MODELOS CONCEPTUALES AUTÓNOMOS Y MODELOS CONCEPTUALES DEPENDIENTES

1. Modelos conceptuales autónomos de delito especial

En opinión de un sector doctrinal de la doctrina alemana clásica⁶³ y también de un sector de la doctrina penal moderna⁶⁴, el análisis sistemático del delito realizado por la llamada Teoría general del delito proporciona, entre otros resultados, la existencia de una serie de categorías conceptuales que, en forma de binomios integrados por elementos de exclusión recíproca, se erigen en lo que estos autores han dado en denominar “*formas de aparición del delito*”. La teoría de las formas especiales de aparición del delito parte de que la *existencia misma* de un delito depende exclusivamente de la concurrencia en un hecho de una serie de elementos comunes mínimos del mismo —singularmente, su *tipicidad*, su *antijuricidad* y su *culpabilidad*, aunque la presencia de estas categorías como componentes del delito no ha sido precisamente un dogma indiscutido a lo largo de la historia de la dogmática jurídico-penal—. A partir de la referida afirmación de la existencia de un delito, dicho delito puede presentar múltiples *modalidades*, dependiendo de si su comportamiento es *comisivo* u *omisivo*, o de si el sujeto comete el delito como *autor* o como *partícipe*, o si el delito queda en grado de *tentativa* o de *consumación*. Son las llamadas *formas de aparición del delito*. De acuerdo con esta línea de pensamiento, son ejemplos de estas, así, los binomios, *acción-omisión*, *autoría-participación*, o *tentativa-consumación*.

⁶³ Vid. von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16-17 ed., 1908, pp.199 ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 2ª ed., 1933, pp. 375 ss.

⁶⁴ Integrado esencialmente por LANGER, *Das Sonderverbrechen*, *passim*, y su discípulo DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstraftat ...*, cit., *passim*.

La principal característica común de estas categorías del delito como “*formas de aparición del delito*” residiría —siempre según la tesis de este sector doctrinal— en su *autonomía conceptual*. Así las cosas, si los autores que integran este sector doctrinal consideran posible afirmar, por ejemplo, que la cuestión relativa a si un delito constituye una modalidad de comportamiento activa o bien omisiva debe decidirse al margen de la cuestión relativa a si el sujeto interviene en el hecho a título de autor o de partícipe, o en grado de consumación o de tentativa, ello se explica precisamente por que parten de la premisa de que los aspectos del delito señalados son *conceptualmente autónomos* entre sí.

Siguiendo esta línea de pensamiento, una parte del moderno sector doctrinal de referencia da un paso más en materia de delitos especiales, hasta considerar que la categoría del delito formada por el binomio “*delito especial-delito común*” constituye, en realidad, junto a los binomios *comisión-omisión*, *autoría-participación*, o *tentativa-consumación*, una nueva forma de aparición autónoma del delito. La consecuencia que en esta materia se deriva de esta afirmación resulta, así, evidente: la decisión sobre si un determinado delito es un delito especial o un delito común no puede depender, por ejemplo, de si se defiende un concepto de autor unitario, extensivo, restrictivo, o construido de acuerdo con criterios tales como el dominio del hecho o la pertenencia del delito. Según esta concepción, el concepto de delito especial debería ser determinado, así, al margen de esta última cuestión, y debería ser compatible, de este modo, con todo tipo de concepto de autor ⁶⁵.

⁶⁵ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., passim, y en especial, pp. 389, 391, 437, 450 ss. y 458; DEICHMANN, *Grenzfälle der Sonderstrafat ...*, cit., p. 2 y passim.

2. Modelos conceptuales dependientes de delito especial

En oposición al sector doctrinal defensor del modelo conceptual autónomo de delito especial, un segundo sector doctrinal —que en realidad constituye el ampliamente dominante en Alemania, aunque una parte del mismo no reconoce expresamente la condición de *dependiente* de su concepto de delito especial— considera preferible concebir a los delitos especiales como una mera “*agrupación típica*” dentro de una determinada “*forma de aparición*” del delito. De acuerdo con esta línea de pensamiento, del mismo modo que resulta inimaginable, por ejemplo, una definición de los delitos de propia mano sin referirse a la figura de la *autoría (mediata)*⁶⁶ —ya que esta discutida modalidad delictiva se distingue precisamente por que la acción típica debe ser ejecutada *directamente* por el sujeto activo del delito—, o de los delitos de peligro sin referirse a la *consumación* de la lesión del bien jurídico,⁶⁷ resulta igualmente inconcebible una definición de los delitos especiales sin referencia alguna a la *autoría*. El modo en que suele percibirse la presencia de un concepto dependiente de delito especial es la referencia expresa en la propia definición a la forma de aparición del delito de la que depende el delito especial como agrupación típica que se encuentra en su seno⁶⁸. De entre las distintas formas de aparición del delito existentes para este sector doctrinal, la que con mayor frecuencia es objeto de referencia en las definiciones de delito especial es la *autoría*, seguida —aunque muy de lejos— por la forma de aparición del delito consistente en la *consumación* del delito. Defendieron en la doctrina clásica un concepto

⁶⁶ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 35.

⁶⁷ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 36.

⁶⁸ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 37.

de delito especial dependiente de la autoría von HIPPEL,⁶⁹ y entre la moderna KIENAPFEL (en relación con el Derecho penal alemán),⁷⁰ BAUMANN⁷¹ y MAURACH.⁷²

III. TOMA DE POSICIÓN

1. Modelo conceptual simple de delito especial como preferible frente al modelo conceptual complejo

Desde el punto de vista del que parte la presente investigación, no se alcanza a entender por qué motivo un concepto que no incorpore la fundamentación de su propio objeto carece por completo de aquello que podría identificarlo como un auténtico concepto, hasta degradarlo a la mera condición de *preparación* del concepto o *preconcepto*. Si se entiende el término “*concepto*” en su acepción sinónima al significado del término “definición”, hay que convenir que, para integrar su contenido, basta con la mera existencia de un enunciado que describa desde un punto de vista analítico las cualidades y características de su objeto, en este caso, los delitos especiales. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que una definición que conciba los delitos especiales como delitos que tan solo pueden ser cometidos a título de autor por aquellos sujetos en quienes concurren las condiciones o cualidades exigidas por el tipo aprehende

⁶⁹ Vid. von HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 168; el mismo, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 482.

⁷⁰ Vid. KIENAPFEL, *AT*, 4ª ed., cit., pp. 553 y 555.

⁷¹ Vid. BAUMANN, “Täterschaft und Teilnahme”, *JuS* 1963, pp. 56 s.; BAUMANN / WEBER / MITSCH, *AT*, 10ª ed., cit., § 29, Rn.14.

⁷² Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda), I, 1962, pp. 278 y 290.

íntegramente la característica más importante de los delitos especiales, en realidad, el único rasgo común a todos ellos: la circunstancia de que no pueden ser cometidos por cualquier sujeto. En la presente investigación, así, se estima preferible proceder, en primer lugar, a *definir* los delitos especiales —en una definición que, ya se avanza, no distará demasiado del concepto *estricto* de delito especial—, para *posteriormente* intentar hallar su *fundamento*. Se rechaza, con ello, la perspectiva asumida, por ejemplo, por SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN,⁷³ que pretende *integrar* en el proceso de elaboración del concepto de delito especial la cuestión de su fundamento.

Un segundo argumento en contra del punto de partida metodológico de LANGER debe verse en la imposibilidad de encontrar un fundamento *único* para todos los delitos especiales, ya que —siempre desde el planteamiento de este autor— esta imposibilidad conduciría irremisiblemente a una multiplicidad de conceptos de delito especial —tantos conceptos como fundamentos distintos—. A SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN, este inconveniente, sin embargo, no se les plantea, porque estos autores consideran posible reconducir la esencia de *todos* los delitos especiales a un *único* fundamento, posibilidad ésta que, en cambio, se niega en la presente investigación.

2. Modelo conceptual de delito especial dependiente de la autoría y de la tentativa como preferible frente al modelo autónomo

2.1. Introducción

⁷³ Para una exposición de los conceptos complejos de delito especial formulados por estos tres autores, *vid. supra*.

En mi opinión, los conceptos de delito especial dependientes de la autoría y la consumación son ampliamente preferibles a los conceptos autónomos. Esta conclusión se apoya, a mi modo de ver, en dos clases de fundamento: terminológico-material y dogmático.

2.2. *Fundamento terminológico-material*

La primera objeción que merecen los presupuestos de los que parten los modelos conceptuales complejos de delito especial defendidos en Alemania por SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN es de orden *terminológico-material*. Desde la óptica de la que parte la presente investigación, no es correcto concebir los binomios *comisión-omisión*, *autoría-participación* y *tentativa-consumación* como meras “*formas especiales de aparición del delito*”. Así, la distinción entre tipos de acción y tipos de omisión expresa las dos distintas *modalidades* que puede presentar el tipo legal dependiendo de su *estructura* y de su *significado normativo*⁷⁴; la distinción entre *tipos de autoría* y *tipos de participación* representa las dos distintas *clases de tipos* a partir de la posición de sus sujetos,⁷⁵ del mismo modo que puede decirse que el sujeto que participa en el hecho típico y antijurídico ejecutado por el autor *comete* también el *delito* al realizar el *tipo de participación* en el *tipo de autoría* principal;⁷⁶ y,

⁷⁴ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 12/1.

⁷⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 14/2.

⁷⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., 15/28. Ya a la luz del CP 1973, MIR PUIG llegó en su trabajo “Los términos «delito» y «falta» en el Código penal”, ADPCP 1973, a la conclusión de que no sólo el autor realiza un delito, sino que ello también ocurre con el inductor, el cooperador necesario (pp. 360 s.), el cómplice y el encubridor (pp. 368 s.). En opinión de MIR, no puede decirse que el delito cometido por el partícipe sea un delito autónomo, sino que, antes bien, depende de que el autor — cuyo delito sí tiene, en cambio, carácter autónomo— cometa un hecho principal típico y antijurídico: vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 14/43. Esta circunstancia

por último, la distinción entre *tentativa* y *consumación* de un delito tampoco pone únicamente de manifiesto la existencia de distintos *grados de ejecución* en que puede cometerse un delito. Antes bien, debe partirse de la premisa de que el sujeto que *intenta* realizar un tipo, por ejemplo, el del delito de homicidio, no será castigado únicamente por haber realizado el tipo de homicidio (art. 138 CP) en un grado imperfecto de ejecución, sino, además, por la realización de *otro* tipo: el tipo de *tentativa* de homicidio (art. 16 CP en relación con el art.138 CP).⁷⁷ La primera consecuencia que tiene la asunción de la referida premisa en este lugar de la presente investigación es la imposibilidad de compartir la terminología empleada por SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN, cuando se refieren a la *autoría* como una forma autónoma de aparición del delito, o a las definiciones de delito especial que incorporan referencias a la autoría como conceptos *dependientes* que lo configuran como una “*agrupación típica dentro de una forma autónoma de aparición del delito*”. Sería preferible, por ello, designar estas definiciones con el término “*modelos conceptuales dependientes de otro delito no autónomo*”, o mejor, con el más sencillo y preciso de “*modelos conceptuales dependientes de la autoría y de la consumación*”.

2.3. Fundamento dogmático

no es un obstáculo para poder seguir afirmando, sin embargo, que el delito cometido por el partícipe es un tipo distinto al realizado por el autor. Así, por ejemplo, mientras que el autor de un delito de homicidio sería el sujeto activo del tipo (de autoría) previsto en el art. 138 CP, el partícipe en dicho delito no debería ser castigado por la realización del tipo de homicidio (no sería su sujeto activo), sino por la realización del correspondiente tipo de participación en el delito de homicidio (art. 28 o 29 CP en relación con el art. 138 CP).

⁷⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 6ª ed., cit., 13/2; el mismo, ADPCP 1973, pp. 326.

Es preciso señalar, en segundo lugar, que los modelos conceptuales autónomos de delito especial, al obviar referirse en su definición a la autoría, olvidan mencionar, en realidad, al elemento esencial al que debe aludirse cuando está en litigio esta constelación del delitos. En efecto, si algo caracteriza a los delitos especiales por encima del resto de sus particularidades es, precisamente, que constituyen una restricción de la esfera de su posibles *autores*. Los delitos especiales no pueden ser cometidos a título de *autoría* por cualquier sujeto, sino tan solo por aquéllos que presenten los requisitos previstos en el tipo para el sujeto activo. Una definición no ya *completa*, sino incluso *mínima* de delito especial, debe tener necesariamente en cuenta este aspecto, ya que del mismo se derivan, en realidad, todos o gran parte de los problemas dogmáticos que, en materia de participación, error y concurso de leyes, plantea esta tipología delictiva.

A la vista de las observaciones contenidas en las páginas anteriores, varias son, en suma, las conclusiones alcanzadas: a) resulta preferible distinguir el ámbito de la *definición* del ámbito de la *fundamentación* de los delitos especiales; b) en el ámbito de la definición de los delitos especiales, resulta más idóneo, a su vez, partir de un modelo conceptual *simple* que no incorpore, por tanto, la concreción del fundamento de los delitos especiales, que será preferible realizar en un momento posterior; c) no resulta adecuado concebir el delito especial como una forma de aparición del delito, sino como una clase de tipo en atención a la concreción del autor o del sujeto activo; d) el delito especiales es una constelación delictiva *dependiente de la autoría*, porque: 1) resulta inimaginable referirse a los delitos especiales sin aludir a la autoría, ya que si por algo se distingue aquella clase de delitos es, precisamente, por que no pueden ser cometidos a título de autoría por cualquiera, sino sólo por los

sujetos en quienes concurren las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo; y 2) no es cierto que el concepto de delito especial pueda mantenerse completamente al margen de todos los conceptos de autor, ya que algunos de ellos —concretamente el concepto *unitario* y el concepto *extensivo* de autor— resulta, incluso, incompatible con el propio concepto de delito especial. De estas conclusiones se deduce que el concepto de delito especial debe ser un concepto *simple y dependiente de la autoría*.

La presente investigación pone de manifiesto, además, que un sujeto no cualificado que crea erróneamente ser autor de un delito especial puede ser, en algunos casos, autor de una *tentativa inidónea* de un tal delito. Este descubrimiento, cuya fundamentación será objeto *infra* de ulterior desarrollo, representa, en realidad, un condicionante del concepto de delito especial. A la vista de la punibilidad del sujeto inidóneo en el delito especial, éste ya no podrá seguir siendo definido como aquel delito del que sólo puede ser autor el sujeto cualificado por el tipo; sino que deberá ser concebido, en cambio, como aquel delito del que, como delito *consumado e intentado idóneamente*, sólo un “*intraneus*” puede ser autor.

Las dos modalidades de criterios conceptuales de los delitos especiales que hasta ahora han constituido el objeto de análisis de la presente investigación —modelo simple *versus* modelo complejo, y modelo autónomo *versus* modelo dependiente— no deben ser contempladas, además, como dos formas de definir los delitos especiales incompatibles entre sí. Antes bien, los dos tipos de concepto pueden complementarse mutuamente. Ello se debe a que ambos criterios conceptuales se mueven, en realidad, en planos completamente diferentes. El primero se refiere a la inclusión o no del fundamento de los delitos especiales en su propio

concepto. El segundo, a si está justificado o no que el concepto de delito especial haga referencia a la comisión del delito a título de *autoría* o, en algunos casos, —los menos— u *consumación*. De acuerdo con esta observación se propone, así, un modelo conceptual de delito especial *simple* y, a la vez, *dependiente de la autoría*.

CAPÍTULO TERCERO

CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL COMO CONCEPTO DEPENDIENTE DE LA AUTORÍA

I. PLANTEAMIENTO

Como se ha adelantado en el Capítulo Segundo *in fine*, frente a aquellos conceptos de delito especial que ignoran las especificidades de la teoría de la autoría y la participación en el delito, resulta preferible un modelo de concepto de delito especial que atienda a aquéllas. Ello se debe, principalmente, a la afirmación de que la autonomía del concepto de delito especial se evidencia por que para la determinación de la autoría en estos delitos resulte idóneo cualquier concepto de autor esta lejos de ser cierta. Dejando al margen por el momento que el concepto que en el marco de esta investigación se considera preferible es un concepto *restrictivo* de autor, parece difícil discutir que el concepto de autor que descansa sobre la base de las cualidades, relaciones, condiciones o circunstancias exigidas en los delitos especiales para el sujeto activo del delito pueda ser un concepto distinto al referido concepto restrictivo de autor. Esto es, por ejemplo, un concepto *unitario* o *extensivo* de autor. En efecto, ninguno de estos dos últimos conceptos consigue explicar correctamente los delitos especiales. A continuación se apuntan algunas ideas de por qué debe entenderse que ello es así.

II. INIDONEIDAD DEL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES

1. Introducción

Según el concepto unitario de autor, no es posible o conveniente distinguir entre la autoría de un delito y su participación en el mismo, sino que es preferible castigar como autor a todo sujeto que intervenga en el mismo interponiendo una causa del resultado.⁷⁶

Pese a que la opinión contraria se encuentra ampliamente extendida en la doctrina, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO demuestra que no es cierto que todos los autores que defienden un concepto unitario de autor encuentren su fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones.⁷⁷ Es más: puede afirmarse que la mayor parte de los defensores del concepto unitario de autor no fundamentan este concepto en una supuesta imposibilidad de distinguir objetivamente las contribuciones al hecho que son causa del resultado. No se trata, por tanto, de que no sea posible distinguir entre los sujetos que intervienen en el hecho, sino, más bien, que no es conveniente hacerlo en un primer momento, el del tipo, sino que es preferible llevarlo a cabo en uno posterior y más flexible: la determinación de la pena.⁷⁸

Toda intervención causal en el delito deberá ser considerada, por tanto, una intervención de autoría.⁷⁹

TRUNK considera una “consecuencia ineludible del principio de autor unitario” el siguiente razonamiento: “quien rechaza diferenciar jurídicamente las formas de intervención en el hecho, no puede extraer de esto consecuencias jurídicas diferentes legalmente fijadas, puesto que debe faltar todo criterio diferenciador”. Debe advertirse, sin embargo, que TRUNK realiza las anteriores observaciones en relación con el sistema no diferenciador incorporado a la OWiG alemana. Cuando se refiere al Derecho penal, TRUNK admite la posibilidad de distinguir entre dos clases de sistemas unitarios de autoría: a) sistemas unitarios materiales; y b) sistemas unitarios formales. La diferencia entre ambas clases de sistema residiría — siempre según TRUNK— en que, mientras en el marco de los primeros sería posible distinguir entre autoría y participación, la segunda clase de sistema no

⁷⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 14/10.

⁷⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 67 ss.

⁷⁸ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 73.

⁷⁹ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Kriminalstrafrecht*, Bochum 1987, p. 6.

permite operar dicha distinción. La reforma de la OWiG alemana operada en 1968 tuvo como consecuencia el abandono de las “estructuras dualistas de Derecho penal” en favor de la adopción de una “solución unitaria formal”.⁸⁰ En nuestro país pone también de manifiesto la posibilidad de distinguir entre estas dos clases de sistemas unitarios de autoría DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Señala este autor que el concepto unitario material de autor se caracteriza por permitir hablar de distintos sujetos que realizan aportaciones de autor, inductor y partícipe,⁸¹ mientras que lo que distingue al concepto unitario formal es, por el contrario, la circunstancia de que todo interviniente en el hecho recibe la etiqueta de “autor” del delito.⁸² Señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, a mayor abundamiento, que la doctrina partidaria del concepto unitario de autor no siempre ha empleado el término “autoría” para referirse a la supracategoría que incluye las distintas formas de intervención en el delito. En efecto, en alusión a dicha supracategoría resulta posible encontrar referencias tales como “participación”, “intervención”, “colaboración” o “codelincuencia”.⁸³

De acuerdo con esta clase de concepto de autor, la determinación de la responsabilidad penal de cada interviniente en el hecho deberá realizarse con independencia de las intervenciones de los restantes sujetos.⁸⁴

Desde la perspectiva asumida en esta investigación, se considera preferible, en cambio, partir de la premisa de que no todas las formas de intervención en el delito son *objetivamente* idénticas, pudiendo distinguirse, así, entre formas de autoría y formas de participación (inducción, cooperación necesaria y complicidad) en el delito. Al margen de la oposición de principio que aquí se muestra al concepto unitario de

⁸⁰ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff ...*, cit., pp. 54 ss., en especial p. 57.

⁸¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 65 s. y 88.

⁸² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 65.

⁸³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 47.

⁸⁴ Para una amplia reseña bibliográfica de los autores que han defendido en Alemania y Austria un concepto unitario de autor *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 49 ss.

autor, diversos son los argumentos que pueden ser formulados en favor de la incompatibilidad de este concepto con el de delito especial.

Una de las clases de delitos en que un concepto unitario de autor encuentra problemas de vigencia es la correspondiente a los delitos especiales. En esta constelación delictiva, el legislador condiciona la afirmación de la autoría a la concurrencia en el sujeto de una serie de cualidades, relaciones o circunstancias. Dos son las alternativas teóricamente imaginables en estos delitos: o bien a) se opta por no distinguir entre unos y otros, considerándolos a todos autores; o bien b) se opta por distinguir entre aquellos sujetos en quienes concurren los elementos referidos y aquéllos en quienes no concurren, considerando a los primeros autores y a los segundos meros partícipes. La opción por la que debería decantarse un concepto unitario de autor formal debería ser, en puridad de conceptos, la primera (equiparación de todos los intervinientes en el delito especial en la autoría).⁸⁵

2. Consideraciones críticas en torno a la idoneidad del concepto unitario de autor en los delitos especiales

2.1. Análisis de la cuestión a la luz de los sistemas de la Ley de Contravenciones al Orden alemana (OWiG) de 19 de febrero de 1987, y del Código penal alemán (StGB). Exposición y valoración crítica de la tesis de TRUNK

2.1.1. Exposición de la tesis de TRUNK

⁸⁵ Vid. GALLAS, “Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht. Gutachten für den VIII Internationalen Strafrechtskongreß in Athen”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968 (=Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957), p. 162.

A juicio de un sector de la doctrina alemana, los resultados a los que conduce la aplicación de un concepto unitario de autor en los delitos especiales no distan demasiado de los que arroja el tratamiento de esta clase de delitos desde el punto de vista de un sistema diferenciador entre autoría y participación. De esta opinión es, por ejemplo, TRUNK. En su tesis doctoral,⁸⁶ este autor analiza todas las posibles combinaciones a que puede dar lugar la intervención de un “*intraneus*” y un “*extraneus*” en el marco de un hecho consistente en la infracción del deber especial de emitir certificados de vacunación veraces cometida por médico especialista en vacunación (§ 16 de la Ley Federal de Epidemias, *BSeuchenGesetz*). TRUNK acaba concluyendo que en todos los casos en que se produce alguna intervención en el hecho merecedora de pena (tanto de “*intranei*” como de “*extranei*”), las respectivas calificaciones jurídicas de las distintas conductas implicadas resultantes del sistema unitario incorporado por la OWiG alemana coinciden con las auspiciadas por el sistema diferenciador del StGB alemán.

TRUNK llega a esta conclusión después de analizar los siguientes supuestos: a) comisión de la infracción por el médico y el paciente; b) inducción del paciente al médico, que actúa dolosamente; c) inducción del paciente al médico, que actúa imprudentemente; d) comisión por el paciente con ayuda del médico; e) comisión dolosa por el paciente, con la ayuda imprudente del médico; y f) comisión imprudente por el paciente con la ayuda dolosa del médico. En el caso a) (el paciente y el médico falsifican conjuntamente el certificado de vacunación), y con independencia de si existe o no acuerdo entre “*extraneus*” e “*intraneus*”, tanto a la luz de la OWiG alemana como del StGB alemán, debe castigarse a los dos

⁸⁶ Vid. *Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Kriminalstrafrecht*, Bochum, 1987.

intervinientes en el hecho.⁸⁷ En el supuesto b) (paciente que induce a médico, que actúa dolosamente), tanto la OWiG como el StGB llegan a la misma solución: castigar a los dos intervinientes en el hecho con la misma pena.⁸⁸ El caso c) (paciente que induce dolosamente a médico que actúa imprudentemente) viene representado por un supuesto como el siguiente: el paciente deja entre los documentos que la secretaria del médico le ha dejado preparados para la firma un certificado de vacunación falso para que el médico lo firme. El médico, que tiene por costumbre firmar todos los documentos que su secretaria le deja preparados para la firma sin detenerse en comprobar su contenido, firma el certificado del referido paciente sin advertir su falsedad. Tanto desde la regulación contenida en la OWiG como desde el StGB, la conducta del paciente (participación dolosa en hecho imprudente) debería merecer la impunidad.⁸⁹ El caso d) (comisión por el paciente con la ayuda del médico) se basa en el siguiente supuesto de hecho: el paciente induce al médico (valiéndose del ofrecimiento del pago de unos honorarios suplementarios) para que emita un certificado de vacunación falso. El médico rechaza el ofrecimiento del paciente amparándose en la imposibilidad de realizar la conducta objeto de la inducción por la existencia de un deber especial que recae sobre él, pero no se niega, sin embargo, a que el propio paciente sea quien materialice la falsificación por él pretendida. Ante la falta de oposición del médico, el paciente lleva a cabo la falsificación. Señala TRUNK que tanto la OWiG como el StGB alemanes castigan la conducta de ambos intervinientes en el hecho (con la única diferencia de que el primer texto legal sancionaría la conducta del paciente a título de autoría, mientras que desde un sistema

⁸⁷ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 78 ss.

⁸⁸ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 82 s.

⁸⁹ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., p. 123.

diferenciador no pasaría de ser una conducta de participación).⁹⁰ El supuesto e) (comisión dolosa por paciente con ayuda imprudente de paciente) debe ser resuelto del mismo modo tanto de acuerdo con un sistema diferenciador como de acuerdo con un sistema unitario: el médico debe responder como autor imprudente y el paciente queda impune (según el § 14.2 OWiG, la punibilidad de la intervención de un “*extraneus*” en un hecho especial presupone su comisión dolosa.⁹¹ Y en el caso f) (comisión imprudente por el paciente con ayuda dolosa por parte del médico), también desde los dos sistemas deberá llegarse a la misma solución: autoría del médico e impunidad del paciente.⁹² Del anterior análisis infiere TRUNK, en suma, que el sistema unitario de la OWiG conduce en los delitos especiales a las mismas soluciones que el sistema diferenciador del StGB. Ello constituye, en su opinión, una prueba evidente de su corrección.⁹³

2.1.2. *Valoración crítica de la tesis de TRUNK*

La idea de que el sistema unitario de autoría incorporado a la OWiG alemana conduzca en los delitos especiales a las mismas soluciones que el sistema diferenciador del StGB alemán defendida por TRUNK⁹⁴ no puede ser, sin embargo, compartida. Probablemente sea cierto que todas las conductas que deben ser objeto de sanción según un sistema unitario de autoría, deban serlo también de acuerdo con un sistema diferenciador. No

⁹⁰ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 144 ss.

⁹¹ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., p. 148.

⁹² Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 148 s.

⁹³ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 155 s.

⁹⁴ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 155 s.

habría diferencias, por tanto, en lo relativo al “*si*” de la punibilidad. Pero, no obstante ello, no es menos cierto que los sistemas de la OWiG y del StGB sí determinan diferencias en el “*como*” de la sanción. En efecto, tanto el título (autoría o participación) en que se responde, como el *grado* de responsabilidad de cada interviniente en relación con la que merecen los demás puede ser distinto en cada caso, dependiendo de si el sistema de autoría empleado es un sistema unitario o un sistema diferenciador. Comprobémoslo a partir de los propios supuestos que constituyen el análisis de TRUNK.

En el caso a) (el paciente y el médico falsifican conjuntamente un certificado de vacunación), tanto el paciente como el médico deberían ser castigados como autores de la infracción, mientras que según el StGB tan solo podría serlo el segundo, debiendo responder el primero, por el contrario, como partícipe. Teniendo en cuenta que la entidad de la aportación en el hecho del paciente es equiparable a la de un coautor, lo coherente sería no atenuar su pena en relación con la del autor por el señalado motivo (§ 27.2 en relación con § 49.1 StGB). No obstante ello, la intervención del sistema diferenciador del StGB alemán en el supuesto que nos ocupa determinaría una atenuación de la pena del paciente por su condición de “*extraneus*” en un delito especial. Ello resultaría del entendimiento de la condición de “médico especialista en vacunación” (*Impfarzt*) del “*intraneus*” como “*elemento personal especial*”, y de su no concurrencia en el paciente. Ambas circunstancias determinan la aplicación del § 28.1 StGB (“*si faltan elementos personales especiales (§ 14.1) que fundamentan la punibilidad del autor en el partícipe (inductor o cómplice), su pena debe atenuarse según el § 49.1*”). Esta atenuación de la pena del

paciente en relación con la del médico es reconocida por el propio TRUNK.⁹⁵

En el supuesto b) (paciente que induce a médico, que actúa dolosamente), es incorrecto afirmar —como hace TRUNK— que tanto la OWiG como el StGB castigan a los dos intervinientes en el hecho del mismo modo. El sistema unitario de la Ley de Contravenciones al Orden obliga a castigar a médico y paciente como autores, mientras que el sistema diferenciador del StGB permite distinguir entre inductor (paciente) y autor (médico). Tampoco aquí es correcto señalar que la pena de ambos intervinientes en el hecho sea la misma de acuerdo con las dos regulaciones que nos ocupan, porque también en este caso sería de aplicación el § 28.1 StGB en favor del paciente.

Por lo que respecta al caso c) (paciente que induce dolosamente a médico que actúa imprudentemente), resulta evidente que en una legislación que regule la comisión imprudente de la infracción de acuerdo con un sistema de “*numerus clausus*”, no es posible responder por una infracción imprudente si esta modalidad no se encuentra expresamente prevista en la ley. La OWiG dispone una regulación de la imprudencia de “*numerus clausus*”. La conducta imprudente del médico constituye una contravención al orden del § 16, en relación con el § 69.1.5, ambos de la OWiG. Sentada la punibilidad del médico, más discutible resulta, en cambio, la determinación de la calificación jurídica de la conducta del paciente tanto desde un sistema de autoría unitario como desde un sistema diferenciador. Altamente dudosa aparece, por de pronto, la solución sugerida por TRUNK: impunidad del paciente, tanto desde el sistema de la

⁹⁵ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 78 ss.

OWiG como desde el sistema del StGB. En opinión de este autor, de acuerdo con el sistema unitario de la OWiG, la impunidad del paciente es una consecuencia necesaria de la circunstancia de que la conducta del médico constituya un comportamiento imprudente. Ello se debe, en su opinión, a que la aplicación del § 14.1 OWiG⁹⁶ presupone que el “interviniente” (“*Beteiligte*”) en una contravención al orden debe realizar una conducta dolosa. A falta de dolo, no podrá decirse que el comportamiento del sujeto constituya una “intervención” a los efectos de la aplicación del referido precepto. Según el razonamiento de TRUNK, en el caso de que, en una contravención al orden “especial”, la conducta típica sea cometida por un sujeto cualificado que actúe imprudentemente, y se produzca, además, la intervención dolosa de cooperación en el hecho de uno o varios sujetos no cualificados, esta última intervención será impune. Ello se debe a que, debido a que la intervención del “*intraeus*” no se produce dolosamente, sino por imprudencia, el “elemento personal especial” del sujeto cualificado no puede serle comunicado al “*extraneus*”, ya que no podrá decirse, en puridad de conceptos, que el comportamiento del sujeto cualificado constituya una auténtica “intervención” en el sentido del § 14 OWiG.⁹⁷

El razonamiento de TRUNK no es, sin embargo, de recibo. En primer lugar, no se entiende por qué exige este autor, como presupuesto de la comunicabilidad del elemento personal especial del “*intraeus*” al “*extraneus*” en una contravención al orden especial, que el

⁹⁶ Cuyo tenor literal reza del siguiente modo: “Si intervienen varios sujetos en una contravención al orden, todos ellos actúan antijurídicamente. Esto rige también cuando concurren sólo en un interviniente elementos personales especiales (§ 9.1) que fundamenten la sanción”.

⁹⁷ *Vid.* TRUNK, *Einheitstäterbegriff ...*, cit., pp. 108 s.

comportamiento del primero se produzca dolosamente. En la base de este planteamiento parece encontrarse una idea dominante en la doctrina penal alemana: en los delitos imprudentes no cabe la participación, sino solo la autoría (concepto unitario de autor en los delitos imprudentes). Según esta idea, si la conducta del sujeto cualificado es una conducta imprudente, la intervención del “*extraneus*” no podría ser castigada por haber participado en una contravención al orden especial imprudente. Pero del razonamiento de TRUNK parece inferirse que dicha intervención tampoco podría ser castigada a título de autoría de la referida contravención imprudente, ya que este autor estima preferible, finalmente, reconocer la impunidad de su comportamiento.

Dos son las principales objeciones de las que la solución de TRUNK, así como la argumentación sobre cuya base descansa, se hacen acreedoras. En primer lugar, es muy discutible que no sea posible distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes. En esta investigación se parte de la idea contraria, defendida por la doctrina dominante en España, de que cabe la participación en los delitos imprudentes como una forma de intervención en esta clase de delitos distinta a la autoría. Se parte, en suma, de la idea de que, al igual que en los delitos dolosos, también en los delitos imprudentes es conveniente defender un concepto restrictivo de autor. Pero aunque se aceptase, en segundo lugar, que en los delitos imprudentes tan solo resulta defendible un concepto unitario de autor, lo cierto es, sin embargo, que, en un sistema unitario de autor coherente con sus propias premisas, carece de todo sentido negarle al “*extraneus*” la posibilidad de ser autor de una infracción especial por el hecho de que no concurren en su persona los elementos personales especiales exigidos por el tipo. Los sistemas unitarios de autor se caracterizan precisamente por permitir la comunicabilidad de tales

elementos a *todos* los intervinientes en el mismo. El sistema de la OWiG no es una excepción a este planteamiento.

La única posibilidad de que la solución propuesta por TRUNK pudiera ser concebida como una solución coherente con el concepto unitario de autor previsto por la OWiG pasaría por la siguiente idea: el § 14 OWiG no incorpora un sistema unitario de autoría ilimitado, sino, al contrario, un sistema unitario con límites. Uno de estos límites sería el consistente en que el concepto unitario de autor tan solo sería adecuado para determinar la autoría en las contravenciones al orden especiales *dolosas*. En las contravenciones al orden especiales *imprudentes* sería preferible defender, por el contrario, un concepto restrictivo de autor, en cuya virtud tan solo el “*intra-neus*” pueda ser autor. Esta idea no puede ser, sin embargo, aceptada. No existe ningún motivo para pensar que un texto legal que incorpora un concepto unitario de autor para las infracciones dolosas pretenda hacer una excepción a este principio en los delitos imprudentes. Tampoco es éste el caso de la OWiG. Ello supondría negar la evidencia, por lo demás, de que la tendencia seguida en esta materia por la doctrina penal dominante en Alemania es precisamente la contraria: aceptar un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos y negarlo (afirmando uno unitario) para los delitos imprudentes.

Por lo que se refiere a la solución de la impunidad del paciente como resultado derivado del sistema diferenciador del StGB, debe reconocerse la corrección de la afirmación consistente en que no existe espacio alguno en un tal sistema para la posibilidad de que el “*extraneus*” responda como autor de un delito especial. La única observación de la que aquella solución es merecedora consiste en la crítica al concepto unitario de autor en los delitos imprudentes que está en su base, ya enunciada *supra*.

Las críticas acabadas de apuntar son extensibles también a la solución no diferenciadora (entre la OWiG y el StGB) sugerida por TRUNK para los supuestos e) (comisión dolosa por paciente con ayuda imprudente de paciente) y f) (comisión imprudente por el paciente con ayuda dolosa por parte del médico).⁹⁸

Por último, la solución propuesta por TRUNK al caso d) (comisión por el paciente con la ayuda del médico), consistente en castigar a médico y paciente como autores de acuerdo con el sistema unitario de la OWiG, y al médico como autor mediato y al paciente como mero cooperador según el sistema diferenciador del StGB, debe ser considerada correcta. Pero el reconocimiento de esta duplicidad de calificaciones por parte de TRUNK supone, a su vez, el reconocimiento de que, al menos en este supuesto, las soluciones del sistema de la OWiG y del StGB no resultan coincidentes. Ello contradice, en realidad, su premisa inicial. TRUNK olvida, por lo demás, que, de acuerdo con la regulación prevista en el StGB, aunque la aportación al hecho del cooperador “*extraneus*” fuera muy relevante, su pena siempre debería ser inferior a la del “*intraneus*”, habida cuenta la atenuación obligatoria del § 28.1, en relación con el § 49.1 StGB para los casos de elementos personales especiales fundamentadores de la pena.

2.2. *¿Concepto unitario de autor como concepto político-criminalmente conveniente en supuestos de laguna de punibilidad? La tesis de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO*

⁹⁸ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 148 s.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha defendido entre nosotros que la aplicación de un concepto unitario de autor en los delitos especiales puede conducir en algunos casos a soluciones más satisfactorias que aquéllas a las que da lugar la aplicación de un concepto restrictivo. Ello ocurriría, a juicio de este autor, en los dos casos siguientes: a) “*extraneus*” que se sirve de “*intraneus*” como instrumento; y b) “*intraneus*” que induce o ayuda a “*extraneus*”. En estos dos casos, la aplicación de un concepto restrictivo de autor conduciría necesariamente a la impunidad de todos los intervinientes en el hecho. En el primer caso, porque desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor no resulta posible castigar como autor mediato a un sujeto (el “*extraneus*”) en quien no concurren los elementos, circunstancias o relaciones exigidos por el tipo. En el segundo, porque un concepto restrictivo de autor que parta del principio de accesoriedad impide castigar como partícipe a quien induce o ayuda a la comisión de un hecho que no es típicamente antijurídico. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que la impunidad del “*extraneus*” en estos dos supuestos es una solución insatisfactoria que debería ser evitada. Una vía para la consecución de este objetivo podría venir representado por el concepto unitario de autor. Según este concepto, el “*extraneus*” debería ser castigado como autor de un delito especial en ambos supuestos.⁹⁹

2.3. Concepto unitario de autor como criterio de determinación de la autoría inadecuado

2.3.1. Introducción

⁹⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 159.

Pese a los argumentos favorables señalados anteriormente, resulta muy difícil aceptar, sin embargo, que el empleo de un concepto unitario de autor para la determinación de la autoría en los delitos especiales carezca de consecuencias o contribuya, incluso, a aportar soluciones más satisfactorias que las obtenidas mediante un concepto restrictivo de autor. En opinión de la doctrina dominante en España y Alemania, el concepto unitario de autor no solo no debe ser aceptado, sin más, en detrimento del concepto restrictivo de autor en los delitos especiales,¹⁰⁰ sino que debe ser incluso rechazado como criterio válido para la determinación de la autoría en esta clase de delitos. Es cierto que el concepto unitario de autor puede servir para integrar algunos supuestos de lagunas de punibilidad en el marco de los delitos especiales. Pero existen dos factores que recomiendan evitar acudir al mismo también en estos supuestos. En primer lugar, conviene recordar que el empleo de un concepto unitario de autor obliga a pagar, en todo caso, el siempre insatisfactorio precio consistente en la renuncia a la distinción entre autoría y participación. Pero es que, además —y éste sería el segundo factor—, la existencia de lagunas de punibilidad en los delitos especiales —puesta de manifiesto por la aplicación de un concepto restrictivo de autor— cuya integración cabría llevar a cabo por medio del recurso a un concepto unitario de autor, podría ser colmada, ya desde un principio, por un legislador previsor.¹⁰¹

Una de las vías legislativas más habitualmente empleadas para la integración de alguna de las hipotéticas lagunas de punibilidad que en otro caso podrían producirse consiste en el recurso a la previsión en la Parte Especial del Código penal de preceptos especiales (*Sondervorschriften*) que tienen por objeto la regulación de supuestos de autoría mediata. Una de estas lagunas de punibilidad la plantean aquellos supuestos en que un “*extraneus*” induce con engaño (provocando su error y, con ello, la ausencia de dolo en su conducta) a un “*intraneus*” para que cometa un delito especial propio. A falta de la

¹⁰⁰ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 159.

¹⁰¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 159.

previsión expresa en la parte general del Código penal de una solución al problema planteado, la aplicación de las reglas generales de la Teoría del delito tan solo parece dar cabida a una única e insatisfactoria solución: la impunidad de los dos intervinientes en el hecho. El “*extraneus*” inductor no puede ser castigado como autor, por no encontrarse en la relación especial, mientras que el “*intraneus*” inducido tampoco puede serlo por actuar sin dolo. Un ejemplo de legislación integradora de posibles lagunas de punibilidad en materia de delitos especiales propios se encuentra en el § 271 del StGB alemán (falsedad documental mediata). En acreditación de este extremo, BAUMANN pone el siguiente ejemplo: “Si el no funcionario (o funcionario) A induce por medio de engaño al funcionario B a realizar una falsa inscripción registral, A no puede ser castigado por el § 348.1 StGB (*scil.* “un funcionario público que, autorizado para la recepción de documentos públicos, documenta de modo falso en el ámbito de su competencia un hecho jurídicamente relevante o inscribe o introduce de modo falso libros o datos en registro público ...”). Si A no es funcionario, le falta la cualidad de autor; si es funcionario, pero no es competente para la realización del registro, entonces le falta la autorización exigida por el § 348.1. El funcionario B mismo, si no actúa dolosamente, no puede ser castigado. Aquí entra en juego el § 271 (*scil.* “el que hace que explicaciones, actuaciones o hechos que son relevantes para derechos o relaciones jurídicas se documenten o registren como formulados u ocurridos en documentos, libros, archivos de datos o registros, mientras que en realidad no han sido formulados ni han ocurrido, o bien ello ha sucedido de otro modo, o por una persona en una cualidad que no le corresponde, o por parte de otra persona ...”), que pretende comprender al autor mediato de esta falsa documentación (...). A tan solo puede ser castigado de acuerdo con este precepto. Si A hubiera inducido a B a una falsa documentación dolosa, entonces a B se le habría tenido que castigar por el § 348.1 y a A por inducción a esto. Voluntad de autor no podría tenerla razonablemente A, puesto que le falta la cualidad de sujeto”.¹⁰² La presencia del “precepto especial” del § 271 StGB no se limita a cumplir, sin embargo, una función meramente integradora de las lagunas de punibilidad que deja al descubierto el § 348.1 StGB. Los respectivos ámbitos de aplicación de estos dos preceptos también pueden coincidir, dando lugar a la aparición de un concurso de leyes. Ello ocurriría, por ejemplo, en los casos en que un no funcionario induce a un funcionario a la realización de una falsa documentación. La conducta del hombre de detrás es subsumible en los dos preceptos de referencia: en el § 271 como autor mediato de una documentación falsa; y en el § 348 en relación con el § 26 StGB, como inducción a la documentación falsa cometida por un funcionario público. En opinión de BAUMANN / WEBER / MITSCH,¹⁰³ el pronunciamiento en favor de una u otra solución dependerá de qué es lo que se ha representado concretamente el hombre de atrás. La solución propuesta por estos autores es del todo coherente con la concepción subjetivista de la autoría y la participación defendida por BAUMANN / WEBER / MITSCH, que no es más que la continuación de la preconizada por BAUMANN desde sus

¹⁰² *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p. 91.

¹⁰³ *Vid.* BAUMANN / WEBER / MITSCH, AT, 10ª ed., cit., § 30, Rn.29.

primeros trabajos sobre autoría y participación, realizados a principios de los años 60.

En opinión de MEZGER,¹⁰⁴ la presencia de un precepto como el § 271 StGB, al bloquear la posibilidad de hacer responder al no funcionario como autor mediato de un delito especial propio como la falsificación documental cometida por funcionario, contribuye a confirmar, en realidad, la vigencia del principio según el cual “deben concurrir en la persona del autor inmediato aquellas propiedades que la ley presupone en el autor inmediato para la comisión del hecho por su parte”.¹⁰⁵

Los referidos casos de lagunas de punibilidad constituyen, por los demás, únicamente una mínima parte del total de supuestos imaginables en el ámbito de aquella constelación delictiva. Para la determinación de la autoría en el resto de los casos que pueden plantearse en los delitos especiales —que constituyen, en realidad, la amplia mayoría de los mismos—, el concepto unitario de autor se revela como un criterio completamente inapropiado.

A la vista de todo lo anterior, no puede extrañar que la doctrina dominante considere que el concepto unitario de autor encuentra en los delitos especiales serias dificultades. No en vano, una de las más habituales objeciones generales formuladas contra el concepto unitario de autor es aquélla que tiene por objeto precisamente las insuficiencias que el concepto unitario de autor presenta en esta constelación delictiva.¹⁰⁶ Esta es la

¹⁰⁴ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 115.

¹⁰⁵ Vid. MEZGER / BLEI, *AT*, 15ª ed., 1973, pp. 283 y 290 s. Vid. también MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, I, cit., p. 290.

¹⁰⁶ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 6ª ed., cit., p. 487; GALLAS, “Täterschaft und Teilnahme”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 113; el mismo, “Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 162; el mismo, *Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission*, (2), *AT*, Bonn, 1958, p. 68; JESCHECK, *Niederschriften ...*, (2), cit., p. 98; WELZEL, *Niederschriften ...*, (2), cit., p. 99. Reconoce entre nosotros las limitaciones del concepto unitario de autor en el campo de los delitos especiales, pero no las considera base suficiente para un rechazo

conclusión en que confluyen los cuatro principales argumentos críticos formulados por la doctrina contra el concepto unitario de autor en relación con los delitos especiales. Estos argumentos son los siguientes: a) incapacidad del concepto unitario de autor para tener en cuenta la probable diferencia de merecimiento de pena existente entre la conducta realizada por el “*intraneus*” y la realizada por el “*extraneus*”; b) olvido por parte del concepto unitario de autor del carácter accesorio de la intervención del “*extraneus*” en relación con la del “*intraneus*” en los delitos especiales; c) incapacidad del concepto unitario de autor para explicar la esencia de la autoría en los delitos especiales; y d) disparidad de resultados a que conduce la aplicación del concepto unitario de autor en los delitos especiales.¹⁰⁷

El análisis del concepto unitario de autor en relación con los delitos especiales resulta de especial interés, por lo demás, debido a que es opinión generalizada en la doctrina alemana aquella según la cual entre las soluciones a que conduce el sistema diferenciador del Derecho penal y las auspiciadas por el sistema unitario del Derecho de Contravenciones al orden alemanes tan solo existen discrepancias en el ámbito de los llamados “tipos especiales” (“*Sondertatbestände*”) y de los delitos de propia mano. En opinión de TRUNK, esto ocurrirá únicamente cuando la intervención del “*extraneus*” en el hecho se produzca mediando dolo, ya que, en caso contrario, la aplicación del § 14.1.2 OWiG representaría su impunidad.¹⁰⁸

2.3.2. *Incapacidad del concepto unitario de autor para tener en cuenta la diferencia de merecimiento de pena existente entre la conducta del “intraneus” y la del “extraneus”*

absoluto del referido concepto como forma de determinación de la autoría DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 167.

¹⁰⁷ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 108 y 123.

¹⁰⁸ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 108 y 123.

Una de las objeciones que la doctrina ha formulado con mayor frecuencia contra el concepto unitario de autor ha sido aquélla que tiene por objeto la incapacidad del concepto unitario de autor para tener en cuenta la probable diferencia de merecimiento de pena existente entre la conducta realizada por el “*intraneus*” y la realizada por el “*extraneus*”. Dicha objeción se asienta sobre la creencia de que la consideración de todos los intervinientes en el hecho como autores del delito se encuentra orientada también a una equiparación penológica de sus intervenciones.¹⁰⁹

Señala TRUNK que si bien el objetivo principal perseguido por la incorporación de un sistema unitario de autor a la OWiG no fue precisamente renunciar por completo a la posibilidad de imponer a algunos de los intervinientes en el hecho una pena atenuada en relación con el resto de intervinientes, sino simplificar la aplicación del derecho,¹¹⁰ no es menos cierto que ello se pretendió conseguir precisamente renunciando a practicar la señalada distinción penológica. La equiparación penológica de las intervenciones que en un sistema diferenciador deberían merecer la consideración de intervenciones de complicidad con las restantes intervenciones en el hecho fue simplemente asumida o considerada incluso como inofensiva¹¹¹ precisamente por ser reconocida por el propio legislador como una consecuencia necesaria de un sistema de autoría no diferenciador.¹¹²

Un ejemplo de la supuesta incapacidad del concepto unitario de autor para reflejar de modo exacto el distinto desvalor de conducta de las respectivas intervenciones de “*intranei*” y “*extranei*” se encuentra también en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.¹¹³ Debe aclararse, no obstante ello, que este autor — como tendrá oportunidad de comprobarse en lo que sigue— cree que la cuestión relativa a si un sistema legal atiende satisfactoriamente o no a la supuesta diferencia de merecimiento de pena existente entre las conductas de “*intraneus*” y “*extraneus*” no tiene nada que ver con que la determinación de la autoría se realice a partir de un concepto unitario o restrictivo de autor.

¹⁰⁹ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., p. 30 en relación con el § 14.1.2 de la OWiG alemana.

¹¹⁰ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., pp. 30 y 73.

¹¹¹ Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., p. 30.

¹¹² Vid. TRUNK, *Einheitstäterbegriff* ..., cit., p. 45.

¹¹³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 166.

Esta creencia es, sin embargo, una creencia errónea. No resulta en absoluto evidente que la necesidad de castigar a todos los intervinientes en el hecho con la misma pena constituya una consecuencia necesaria de todos los modelos de concepto unitario de autor defendidos por la doctrina y previstos en las legislaciones de derecho comparado. Así, por ejemplo, existen modelos de concepto unitario de autor que, pese a partir de la idea de que en sede de *tipicidad* es preferible no distinguir entre autor y partícipe —idea que constituye en realidad una suerte de denominador común de *todos* los modelos de concepto unitario de autor—, reconocen, al mismo tiempo, que el merecimiento de pena de las respectivas aportaciones de los distintos intervinientes en el hecho puede ser distinto. Esta diferencia de merecimiento de pena, que obedece al hecho de que la entidad de las aportaciones de los distintos intervinientes en el hecho no tiene por que ser idéntica en todos los casos, podrá ser tenida en consideración, así, en el momento de la *determinación de la pena*.¹¹⁴

Del mismo modo, tampoco constituye un dogma incuestionable que la distinción entre conductas de autoría y conductas de participación garantice atender de forma adecuada al distinto merecimiento de pena de las diferentes intervenciones en el hecho. Es cierto, por otra parte, que un sistema que distinga entre autoría y participación permite concebir como autor de un delito especial al sujeto en quien concurren las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo. Pero ello no significa necesariamente que la valoración adecuada del grado de merecimiento de pena atribuible a la aportación de cada interviniente se encuentre ya

¹¹⁴ *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 88 y 117 ss. Ello ocurre, por ejemplo, en el Código penal italiano de 1930, todavía vigente en la actualidad. En opinión de JESCHECK, *Niederschriften ...*, (2), cit., p. 98, la necesidad de acabar distinguiendo entre autor y partícipe a efectos de determinación de

asegurada. Todas aquellas legislaciones que —como, por ejemplo, la española— equiparan *para toda clase de delitos* la pena del inductor o del cooperador necesario a la del autor (que no disponen, por tanto, la posibilidad u obligación de atenuar la pena por la no concurrencia de los elementos, relaciones o circunstancias exigidos por el tipo del delito especial), parecen rechazar, en realidad, el presupuesto de que la intervención en un delito especial de un “*extraneus*” siempre merece menos pena que la del “*intraneus*”.

Para el caso de nuestro Código penal, ello solo parece ser así porque la cuestión no es completamente incontrovertida. Esta conclusión no puede ser, sin embargo, definitivamente confirmada. A la vista de la consideración del inductor y el cooperador necesario como autores en sentido penológico acometida por el CP de 1995, así como de la ausencia de una atenuación para el sujeto no cualificado en la línea de las previstas en los apartados 1 y 2 del § 28 del StGB alemán, únicamente resta comprobar si nuestro Código penal dispone de algún mecanismo que permita atender a la posible diferencia de merecimiento de pena existente entre las intervenciones de “*intranei*” y “*extranei*” en los delitos especiales en la determinación legal y judicial de la pena. En relación con la primera, se trataría de comprobar si el CP de 1995 permite la aplicación de una circunstancia genérica atenuante para el “*extraneus*”. En nuestro texto legal, esta posibilidad únicamente cabría plantearla en relación con la circunstancia atenuante analógica (art. 21.6ª CP). Esta alternativa viene siendo propuesta desde hace algún tiempo por un sector minoritario de la doctrina español y seguida más recientemente por una línea jurisprudencial del Tribunal Supremo. Por lo que se refiere a la determinación judicial de la pena, no debe olvidarse que uno de los criterios que el art.66 CP pone a disposición del juez para concretar el marco penal es el que se refiere a las “circunstancias personales del delincuente”. No es éste el momento, sin embargo, de decidir si el recurso a una circunstancia analógica o bien el relativo a las “circunstancias personales del delincuente” pueden erigirse en mecanismos válidos de *lege lata* para conseguir el efecto atenuante presuntamente deseado. Ello será objeto de un detallado análisis crítico infra. Sin perjuicio de lo acabado de exponer, debe concluirse, en fin, que probablemente deba afirmarse que *de lege lata* no existe modo alguno de conocer de forma completamente cierta que la ley parte de la idea de que el merecimiento de pena de la intervención en el hecho del “*extraneus*” puede ser idéntico, en algún caso, al de la intervención del “*intraneus*”. En pura hipótesis, el único modo por el que la ley podría informar sin lugar a dudas sobre el extremo planteado sería mediante una referencia expresa al problema y a su solución.

la pena en los delitos de propia mano y los delitos especiales constituye una de las principales debilidades del concepto unitario de autor.

Así las cosas, aunque la ley partiera claramente de un concepto restrictivo de autor de acuerdo con el cual pudiera afirmarse que solo el “*intraneus*” puede ser autor, y que el “*extraneus*” siempre será, a lo sumo, partícipe de un tal delito, lo cierto es que si, finalmente, ambas clases de sujetos reciben la misma pena, difícilmente podrá decirse que en los delitos especiales es preferible emplear un concepto restrictivo de autor que defender un concepto unitario porque el primero atiende a una diferencia de merecimiento de pena que obvia el segundo.

Esto es lo que SCHWALM, consejero de la Audiencia Territorial alemana (*Oberlandgerichtsrat*), pretendió poner de manifiesto en las jornadas de la Gran Comisión de Derecho penal (16ª jornada) celebradas en 1955, aunque de un modo sin duda equivocado. Señala SCHWALM que cree tener la impresión de que, en los delitos especiales, la doctrina y la jurisprudencia utilizan, simultáneamente, dos diferentes conceptos de autor: un concepto “propio” y un concepto “causal” de autor. En opinión de SCHWALM, por más que se afirme que autor “propio” de un delito especial solo puede serlo el sujeto cualificado, si también al inductor (el “autor causal” en la terminología de SCHWALM) se le acaba imponiendo la misma pena, entonces habrá que concluir que, en realidad, se está considerando a ambos sujetos autores del delito y, con ello, empleándose, de hecho, a un concepto unitario de autor. El hecho de que a uno se le llame inductor y al otro autor, en suma, no cambia en nada el hecho de que en los delitos especiales propios los elementos tan solo deben estar presentes como autor en el “*intraneus*”, pero no en el inductor, ni el de que, no obstante ello, ambos son tratados del mismo modo.¹¹⁵

Al margen de que la equiparación de los marcos penales de “*intranei*” y “*extranei*” en los delitos especiales pueda ser salvada, si se considera insatisfactoria, por medio del recurso a una atenuación (obligatoria o facultativa) de la pena del “*extraneus*” —posibilidad sugerida por el propio SCHWALM—, no es correcto afirmar que un sistema que castigue con la misma pena a autor e inductor incurre en un concepto unitario de autor. Este último concepto se caracteriza por ignorar la existencia de diferencias objetivas existentes entre autoría y participación, aspecto que es tenido en cuenta, en cambio, por un sistema que distinga entre ambas, aunque en algunos casos coincidan las penas. Lo que distingue a un concepto de autor como unitario, en suma, no es que todos los intervinientes en el hecho sean castigados con la misma pena —en algunas de las legislaciones que incorporan un concepto unitario de autor, como, por ejemplo, el Código penal italiano de 1930, el legislador dispone la posibilidad de tener en cuenta la posible distinta entidad de las aportaciones al hecho en el momento de la

¹¹⁵ Vid. SCHWALM, *Niederschriften ...*, (2), cit., p. 90.

determinación de la pena—, sino que ninguno de ellos sea reconocido como partícipe.¹¹⁶

Tanto desde los postulados de un concepto restrictivo como desde los de un concepto unitario de autor es posible defender, en suma, tanto la equiparación penológica de “*intranei*” y “*extranei*” como la solución contraria. Esto significa que la ponderación de la supuesta diferencia de merecimiento de pena de las distintas intervenciones en juego que se haga constituirá, en todo caso, un proceso que opera de modo independiente al concreto concepto de autor que se defienda.¹¹⁷

La cuestión de si es posible atender al respectivo contenido de merecimiento de pena de las intervenciones de un “*intraneus*” y un “*extraneus*” en un delito especial a partir de un concepto unitario de autor presupone el conocimiento de los criterios que permiten determinar el merecimiento de pena en cuestión. La crítica al concepto unitario de autor que tiene por objeto su supuesta incapacidad para contemplar la posibilidad de imponer al “*extraneus*” una pena atenuada en relación con la pena del “*intraneus*” descansa sobre la presunción de que el merecimiento de pena de la intervención del “*extraneus*” siempre es menos merecedora de pena que el de la intervención del “*intraneus*”. Esta presunción, sin embargo, no es en absoluto evidente. En un momento más avanzado de la presente

¹¹⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 163, nota 410. En opinión de este autor, un ejemplo evidente de que un sistema diferenciador y accesorio no garantiza la existencia de una regulación que tenga en cuenta las diferencias de desvalor entre las conductas de “*intraneus*” y “*extraneus*” lo constituye la regulación prevista para los delitos especiales impropios en el § 28 del StGB alemán. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op.cit.*, pp. 163 ss.

¹¹⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 157. Que ello es así lo pone de manifiesto la posibilidad de una atenuación de la pena para el “*extraneus*” que se encuentra en preceptos que, como el art. 117 del CP italiano y el § 14.4 OWiG, se asientan sobre la base de un concepto unitario de autor. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op.cit.*, p. 162.

investigación se comprobará que no es posible afirmar, sin más, que la intervención del sujeto no cualificado por el tipo de un delito especial merece siempre menos pena que la del sujeto cualificado. El que ello ocurra o no dependerá de la clase de delito especial de que se trate.

2.3.3. *El concepto unitario de autor obvia el carácter accesorio de la intervención del “extraneus” en relación con la del “intraneus”*

El argumento que tiene por objeto la presunta accesoriedad del “*extraneus*” respecto de la intervención de un “*intraneus*” en un delito especial es defendido por GALLAS. Según este autor, el carácter accesorio en cuestión reside en la circunstancia de que no cabe imaginar la intervención en un delito especial de un “*extraneus*” sin que se produzca, a su vez, la intervención de un “*intraneus*”. Así, por ejemplo, resulta del todo inimaginable la intervención de un particular en un delito especial propio de funcionario sin que se produzca, a su vez, la intervención en el hecho de un funcionario.¹¹⁸ Tampoco éste parece ser, sin embargo, un argumento definitivo en favor de la incompatibilidad de un concepto unitario de autor con el concepto de delito especial. Así lo ha puesto de manifiesto entre nosotros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. En opinión de este autor, GALLAS solo tiene razón en parte.¹¹⁹ Es cierto, en su opinión,

¹¹⁸ Vid. GALLAS, “Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht”, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 162.

¹¹⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 150. Cree, en cambio, que el argumento de GALLAS es completamente erróneo TRUNK, *Einheitstäterbegriff ...*, cit., p. 127. En opinión de este autor, por más que GALLAS afirme que, desde un punto de vista “ontológico”, la intervención del “*extraneus*” en un delito especial depende (es accesorio) de la intervención del autor, que la contribución en el hecho de un “*extraneus*” siempre vendrá representada por una aportación de participación, lo único cierto es, sin embargo, que en una regulación legal que incorpore un sistema unitario de autor no queda espacio para la participación. Un sistema unitario de autoría ignora simplemente este concepto. En una tal regulación legal, una posición

que en los delitos especiales, la intervención del “*extraneus*” es accesoria con respecto a la del “*intraneus*”. Pero no es menos cierto —siempre según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO— que este aspecto no es completamente ignorado por el concepto unitario de autor. Para demostrarlo, este autor acude a la tesis —defendida en Alemania por LANGER¹²⁰— según la cual el contenido de injusto de los delitos especiales viene determinado por la coexistencia de dos aspectos distintos: uno propio de los delitos especiales (injusto especial) y otro común a todos los delitos (injusto común). A partir de la aceptación de esta tesis, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO confirma que un importante sector doctrinal defensor del concepto unitario de autor reconoce también que en los delitos especiales el “*extraneus*” se encuentra en una doble relación de dependencia con respecto al “*intraneus*”. Esta doble relación de dependencia tendría lugar en dos planos distintos: en un plano *fáctico* y en un plano *normativo*. Este segundo aspecto alude precisamente a la idea de que en los delitos especiales, el “*extraneus*” depende de que se produzca una intervención en el hecho dotada de un contenido de injusto *especial*. También DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO opina que es posible defender la idea de que el comportamiento del “*extraneus*” es accesorio respecto del injusto especial propio del comportamiento del “*intraneus*” desde un concepto unitario de autor coherente con sus propias premisas. Es más: en caso contrario, el concepto unitario de autor no podría explicar el castigo —político-criminalmente obligado— del “*extraneus*” en un delito especial.¹²¹

como la de GALLAS se ve superada, en opinión de TRUNK, por el derecho positivo “real”.

¹²⁰ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 214, 272 y, en especial sobre el concepto y contenido del injusto especial, pp. 390 ss.

¹²¹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp.155 s.

2.3.4. Incapacidad del concepto unitario de autor para explicar la esencia de la autoría en los delitos especiales

La doctrina ampliamente dominante en España y Alemania es de la opinión de que el concepto unitario de autor, al no poder contemplar la diferencia de injusto que supone la cualificación especial, desvirtúa en realidad la esencia de los delitos especiales¹²². No resulta posible explicar esta clase de delitos sin referirse a las cualidades, relaciones o circunstancias exigidas por el tipo. Son estos elementos típicos los que determinan que el injusto de los delitos especiales sea, en realidad, un injusto *especial*. Un criterio de determinación de la autoría que atienda exclusivamente a si el sujeto interpone o no una causa del resultado se muestra completamente insuficiente para explicar de modo satisfactorio la referida esencia. El concepto unitario de autor convierte a todo interviniente en un delito especial en autor del mismo, con independencia de que se trate de un “*intraneus*” o de un “*extraneus*”. De esta circunstancia se derivan dos consecuencias principales. La primera consecuencia consiste en que —contrariamente a lo sostenido por la doctrina de modo absolutamente unánime— un “*extraneus*” puede ser autor de un delito especial. La segunda consecuencia reside en que cualquier aportación del “*intraneus*” en el delito especial lo convierte en autor del mismo. Estas dos consecuencias ponen de manifiesto que el concepto unitario de autor convierte la cualificación personal en algo puramente relacionado con el resultado, quitándole su valor de fundamento en el desvalor de acción. En suma: el concepto unitario de autor

¹²² Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 156.

transforma un elemento de autoría en uno relacionado con la lesión del bien jurídico.¹²³

El único modo de respetar la esencia de la autoría en los delitos especiales pasa necesariamente por distinguir entre aquellos sujetos en quienes concurren los elementos referidos y aquéllos en quienes no concurren, considerando a los primeros autores y a los segundos meros partícipes. Pero nótese que, en este caso, el objetivo señalado se conseguiría a costa ya de la renuncia misma a la defensa del concepto unitario de autor.¹²⁴

2.3.5. Disparidad de resultados a que conduce la aplicación del concepto unitario de autor en los delitos especiales

Otra importante objeción que puede formularse contra la concepción que entiende que el concepto unitario de autor puede seguir defendiéndose en los casos de los delitos especiales es la enorme disparidad de resultados a que esta hipótesis conduce. Así, si bien parece que la solución más coherente con las premisas de las que parte el concepto unitario de autor sería la posibilidad de castigar al “*extraneus*” como autor de un delito especial, desde el concepto de autor que nos ocupa ha llegado incluso a defenderse la solución diametralmente opuesta: la completa impunidad del “*extraneus*”. Esta fue la solución sugerida por el penalista austríaco Hermann ROEDER,¹²⁵ uno de los máximos representantes del

¹²³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 160.

¹²⁴ De esta opinión, con ulteriores argumentos, GALLAS, *Niederschriften* (2), cit., pp. 67 s.

¹²⁵ Vid. ROEDER, *ZStW* 1957, pp. 255 ss. Esta observación es mérito de HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 37, nota 21.

concepto unitario de autor.¹²⁶ Este autor fue seguido en sus observaciones por un sector minoritario de la doctrina alemana que se muestra partidario de un concepto *extensivo* de autor.¹²⁷ ROEDER parte de la idea de que los preceptos reguladores de la inducción y la complicidad constituyen en realidad causas de restricción de la pena. Esta idea se encuentra completamente generalizada entre los autores que defienden un concepto extensivo de autor ortodoxo. Según esta línea de pensamiento, si la inducción y la complicidad no estuvieran especialmente previstas en la ley, las aportaciones que representan estas formas de intervención en el hecho deberían ser calificadas como conductas de autoría. Si los preceptos sobre inducción y complicidad carecen —según este planteamiento— de un efecto ampliatorio de la pena, debiendo atribuírseles, al contrario, un efecto limitador de la misma, entonces podrá decirse que el sujeto que —como el “*extraneus*” en un delito especial— no puede ser autor del delito, tampoco puede convertirse en su inductor o en cómplice en el mismo.¹²⁸

¹²⁶ Debe matizarse que, en puridad de conceptos, el término empleado por ROEDER para describir su concepto de autor no es exactamente el de “concepto unitario de autor”, sino el de “concepto exclusivo de autor”. En el sentido aludido por ROEDER, “exclusividad” significa que, según esta concepción, no queda espacio, en consecuencia, para otras formas de participación, porque la inducción y la complicidad desembocan por completo en la autoría y devienen, con ello, categorías, en realidad, superfluas.

¹²⁷ No en vano, algún autor considera que el concepto de autor defendido por el propio ROEDER participa de más peculiaridades del concepto extensivo que del concepto unitario de autor. Este es el caso, por ejemplo, de HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., pp. 36 s.

¹²⁸ Escribe ROEDER, ZStW 1957, p. 241: “ (...) el que no puede cometer como autor (mediato) un determinado delito, sobre la base del concepto exclusivo de autor aquí defendido, que excluye por definición todas las intervenciones en el hecho que no sean de autoría, está incapacitado, en realidad, para toda intervención en el mismo, a no ser que lo disponga un precepto penal específico”. *Vid.* HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 37.

Dos son los principales obstáculos con que topa el planteamiento de ROEDER. El primero, de carácter general, es de naturaleza *dogmática*, y tiene por objeto el concepto unitario de autor mismo. El segundo, de carácter más específico, es de naturaleza *político-criminal*, y se refiere a la solución de la impunidad del “*extraneus*” propuesta por ROEDER a partir de este concepto. Por lo que respecta a la primera observación, debe señalarse que la circunstancia de que la aplicación de un determinado concepto de autor (el concepto unitario) a una determinada clase de delitos (los delitos especiales) arroje como resultado una multiplicidad de soluciones en materia de autoría y participación completamente dispares entre sí no constituye precisamente un indicio especialmente halagüeño en favor de este concepto de autor. No es ésta, sin embargo, la única objeción que puede formularse contra ella. El planteamiento de ROEDER es, además, dogmáticamente incorrecto. Su línea de pensamiento se traza a partir de un concepto de autor superado¹²⁹ que aquí no puede ser aceptado: el concepto unitario de autor. En esta investigación se parte precisamente de la idea contraria: el concepto de autor debe ser uno *restrictivo*, y las formas de participación en el delito no son causas de *restricción*, sino, al contrario, causas de *ampliación* de la pena.¹³⁰ Sin entrar en su posible incoherencia interna a partir de las premisas lógicas del concepto unitario de autor, la solución de la impunidad del “*extraneus*” sugerida por

¹²⁹ De hecho, ya en el año 1969, WELZEL describió en su tratado el concepto unitario de autor como un concepto completamente superado. Vid. WELZEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 100.

¹³⁰ Resulta sin duda significativo que incluso un defensor del concepto extensivo de autor como Edmund MEZGER entendiera que, en determinadas clases de delitos, los preceptos de la participación no tienen un carácter restrictivo, sino extensivo de la punibilidad. Una de estas clases de delitos es la correspondiente a los delitos especiales. No en vano, en opinión de HAKE, ésta es precisamente una de las constelaciones delictivas en las que tiene una mayor importancia la discusión entre concepto extensivo y restrictivo de autor. Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 36.

ROEDER resulta completamente inadmisibile desde un punto de vista *político-criminal*.¹³¹ No en vano, muy pocos son los defensores de un concepto unitario de autor que han acabado extrayendo como consecuencia lógica de este concepto la idea de que al “*extraneus*” interviniente en un delito especial no se le debe castigar.

La doctrina dominante considera que algunas legislaciones sancionadoras de nuestro entorno cultural, todas ellas vigentes en la actualidad, contienen disposiciones que recogen un concepto unitario de autor. Este es el caso de la OWiG (Ley de Contravenciones al Orden) alemana de 17 de febrero de 1987,¹³² el Código penal italiano de 1930, el Código penal noruego de 1902, el Código penal de 1930 y el Código penal austríaco de 1974 (ÖStGB).¹³³ La circunstancia de que haya ordenamientos jurídico-penales que incorporen un sistema unitario de autoría no significa, sin embargo, ni que este concepto de autor sea preferible en general a los demás conceptos de autor (singularmente al restrictivo), ni que sea el que consigue aprehender más correctamente la verdadera esencia de los delitos especiales. A decir verdad, entre los textos legales antes referidos, únicamente la OWiG y los códigos penales italiano y austríaco incorporan preceptos que se refieran expresamente a la problemática relativa a los delitos con elementos personales especiales.

Este no es el caso, sin embargo, del Código penal noruego de 1902 ni del danés de 1930.

¹³¹ El propio ROEDER, ZStW 1957, p. 241, parece reconocer la necesidad político-criminal de pena de la conducta del “*extraneus*” al admitir que su impunidad pueda sufrir una excepción en los casos en que la ley lo disponga expresamente.

¹³² Vid. BAUMANN / WEBER / MITSCH, *AT*, 10ª ed., cit., § 28, Rn.11.

¹³³ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 56 ss., notas 62-66.

La conclusión de que el Código penal noruego contiene un concepto unitario de autor, se deriva, esencialmente, de dos circunstancias: a) la Parte General del referido código contiene precepto alguno que distinga entre autoría y participación, siendo el único que se refiere a la cuestión relativa a la intervención en el hecho su § 58 (“Si varios han colaborado para un fin punible y la colaboración de un sujeto, o bien ha sido provocada en lo esencial por la dependencia de otro de los participantes, o bien ha sido de menor importancia en relación con las otras, la pena de éste puede ser rebajada por debajo del mínimo del marco penal establecido o a un tipo de pena más suave”); y b) los tipos de la Parte Especial se encuentran redactados acudiendo a la fórmula “el que hace tal cosa o colabora a ello (...)”.¹³⁴

Por lo que respecta al Código penal danés, aquel extremo se desprende de su § 23. Este párrafo reza del siguiente modo: “1. La norma penal vigente para un hecho delictivo se aplica a todos los que han tomado parte en él por incitación, consejo o (con un) hecho. La pena puede atenuarse para quien solo quiso prestar un apoyo menos esencial o fortalecer una decisión ya tomada, así como cuando el delito no está consumado o ha fracasado una participación proyectada. 2. La pena también puede atenuarse para quien toma parte en la infracción de la relación especial de deber a la que él mismo no está sometido. 3. Mientras no se haya dispuesto otra cosa, puede prescindirse de la pena por la participación en delitos que no se conminan con pena mayor que la de arresto, cuando el partícipe solo quiso prestar un apoyo menos esencial o fortalecer una decisión ya tomada, así como cuando su participación es consecuencia de la imprudencia”.¹³⁵

El § 14 OWiG es el único precepto de este texto legal que se ocupa de la regulación de las distintas formas de intervención en una contravención al orden. De acuerdo con este párrafo “(1) Si intervienen varios sujetos en una contravención al orden, todos ellos actúan antijurídicamente. Esto rige también cuando concurren solo en un interviniente elementos personales especiales (§ 9.1) que fundamenten la sanción” (2) La intervención tan solo puede ser castigada cuando se haya realizado el tipo de una ley que permita cumplir la sanción con una multa, o

¹³⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 57, nota 62, traduciendo la versión alemana de ROEDER, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie*, 1953, p. 67.

¹³⁵ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 57, nota 63, traduciendo la versión alemana de MARCUS, *Das Dänische Strafgesetzbuch*, 1953, p. 6.

en los casos en que también pueda castigarse la tentativa, cuando esto al menos se haya intentado. (3) Si uno de los intervinientes actúa de modo no reprochable, no queda excluida por ello la posibilidad de sanción para los demás. Si la ley dispone que elementos personales especiales excluyan la posibilidad de sanción, esto tan solo rige para el interviniente en el que concurren. (4) Si la ley dispone que una acción que en otro caso sería una contravención al orden sea un hecho penal en caso de que concurren elementos personales especiales de autor, esto rige únicamente para el interviniente en el que concorra”.¹³⁶

A la vista de lo dispuesto en los apartados 1 y 4 del § 14 de la OWiG alemana, lo cierto es que debe afirmarse que el sistema incorporado por esta norma es un sistema unitario *matizado*. Ello se debe a que, a pesar de que el apartado 1 del referido precepto dispone expresamente la consecuencia por antonomasia del concepto unitario de autor para las infracciones especiales (castigo de todos los intervinientes en el hecho especial —“*intranei*” y “*extranei*”— como autores), no es menos cierto que su apartado 4 determina una excepción a este planteamiento. La solución prevista por este apartado para el caso de que el elemento personal especial sirva para fundamentar la naturaleza *penal* (no la *sanción* en abstracto, que en todo caso se produciría) de la infracción parece más propia, en efecto, de un sistema diferenciador como el del StGB que de uno unitario como el de la OWiG.

De todos modos, esto último tampoco es completamente cierto. Y ello por dos motivos. En primer lugar, no es cierto que en un sistema

¹³⁶ Un análisis detallado del sistema unitario de autoría previsto en la OWiG con el sistema diferenciador del StGB alemán se encuentra en la tesis doctoral de TRUNK, *Einheitstäterbegriff ...*, cit., passim. Vid. también HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., p. 87.

unitario de autoría no quepan soluciones basadas en la imputación de elementos personales especiales únicamente a aquellos sujetos en quienes éstos concurren. A pesar de la frecuencia con que la doctrina atribuye al concepto unitario de autor, como una consecuencia necesaria del mismo, la articulación de soluciones consistentes en la imputación a *todos* los intervinientes en el hecho de los elementos personales especiales concurrentes al menos en *uno* de ellos, lo cierto es que lo que confiere a aquel concepto su carácter unitario y no diferenciador es la doble idea de que: cada uno de los intervinientes en el hecho deba responder como autor del mismo (supresión de la categoría de la participación) y de que su responsabilidad debe determinarse con independencia de la determinación de la responsabilidad de los restantes intervinientes (supresión del principio de accesoriadad). No existe obstáculo alguno para afirmar que tanto el efecto a) (supresión de la categoría de la participación) como el efecto b) (supresión de la categoría de la participación) puedan entrar en juego en el § 14.4 de la OWiG alemana. Es más: puede afirmarse que ésta ha sido, con toda certeza, la voluntad de la ley. En efecto, cuando el § 14.4 OWiG dice que “si la ley dispone que una acción que en otro caso sería una contravención al orden sea un hecho penal en caso de que concurren elementos personales especiales de autor, esto rige únicamente para el interviniente en el que concorra”, en modo alguno está obligando a castigar al “*extraneus*” como “partícipe atenuado” del “*intraneus*” (solución dispuesta por el § 28 StGB), sino, antes al contrario, a castigar al “*intraneus*” como autor del delito especial y al “*extraneus*” como autor de la contravención al orden común. Resultaría, en suma, una suerte de “autoría accesoria” derivada de la existencia de una dualidad de títulos de imputación. Existe un segundo motivo por el que resulta incorrecto afirmar que la solución del § 14.4 OWiG es patrimonio exclusivo de un sistema diferenciador. Este motivo viene representado por la circunstancia de que

también un sistema diferenciador puede disponer la conveniencia de que se extiendan al “*extraneus*” los elementos personales especiales únicamente concurrentes en el “*intraneus*”. Esto es lo que ocurre para los elementos personales especiales fundadores de la pena con el sistema diferenciador del StGB alemán en la forma de su § 28.1 StGB.

Algo parecido a lo acabado de apuntar en relación con el § 14 OWiG sucede con el art. 117 del Código penal italiano (“Cambio del título del delito para alguno de los concurrentes”). Según este precepto, “si, por las condiciones o las cualidades personales del culpable, o por las relaciones entre el culpable y el ofendido, cambia el título del delito para alguno de los que han concurrido en él, también los otros responden del mismo delito. Sin embargo, si éste es más grave, el juez puede atenuar la pena respecto de aquéllos en los que no se dan las condiciones, cualidades o relaciones antes mencionadas”. Del tenor literal del art. 117 del Código penal italiano de 1930 no se deduce necesariamente que el legislador italiano haya partido de un concepto unitario de autor. Este extremo tan solo puede deducirse después de un análisis detenido de los artículos contenidos en el Capítulo III (“Del concurso de personas en el delito”) del Título IV (“Del reo y de la persona ofendida por el delito”) del Libro Primero (“De los delitos en general”). Por lo que respecta a la cuestión relativa a la comunicabilidad de los elementos personales especiales a los sujetos no cualificados intervinientes en un hecho penal especial, el Código penal italiano no sigue un sistema demasiado distinto al elegido por el StGB alemán, texto legal que descansa, sin dudar, sobre la base de un sistema diferenciador. El art. 117 del texto legal que nos ocupa establece que en los supuestos en que un elemento personal especial fundamente la pena de un delito (que es precisamente lo que ocurre cuando “... por las condiciones o las cualidades personales del culpable, o por las relaciones

entre el culpable y el ofendido, cambia el título del delito para alguno de los que han concurrido en él ...”), todos los sujetos intervinientes en el hecho responden por el mismo delito. La solución consistente en hacer responder al “*extraneus*” por el delito especial no solo se encuentra prevista en el Código penal italiano, así como tampoco una solución que no pueda ser defendida desde un sistema diferenciador entre autoría y participación. Como ya se ha insinuado, también el § 28.1 del StGB alemán (“Si faltan en el partícipe (inductor) elementos personales especiales (§ 14.1) que fundamenten la punibilidad del autor, la pena de éste deberá atenuarse según el § 49.1”) parece obligar a hacer responder al sujeto no cualificado por un delito especial propio. Los dos preceptos que nos ocupan presentan, además, una segunda analogía. Tanto en uno como en otro texto legal, está prevista la atenuación de la pena para el “*extraneus*” (con la única diferencia de que, mientras el art. 177 del Código penal italiano dispone una atenuación *facultativa*, la atenuación del § 28.1 StGB es, en cambio, obligatoria). Pero aquí terminan las similitudes entre uno y otro precepto. Lo cierto es que entre ambos existe una diferencia fundamental que enlaza directamente con la esencia misma de la diferencia entre el concepto unitario y el concepto restrictivo de autor. La diferencia en cuestión es la siguiente: el § 28.1 StGB alemán parte del presupuesto de que para que el “*extraneus*” responda por un delito especial es necesario que exista un *autor “intraneus”*, mientras que el art.117 del Código penal italiano se limita a exigir la concurrencia de un “*intraneus*” para extender la imputación del elemento personal especial al resto de intervinientes en el hecho. Esta última solución solo se entiende a partir de la asunción de la idea (exclusiva de un concepto unitario de autor) de que todos los intervinientes causales en el hecho son —incluso en los delitos especiales— autores del delito. La solución del § 28.1 StGB alemán se asienta, en cambio, sobre la base del planteamiento consistente en que el

castigo de la intervención de un “*extraneus*” en un delito especial depende de la circunstancia de que se produzca la intervención, *a título de autoría*, de un “*intraneus*”. Esta idea no puede entenderse si no se parte de una doble premisa: a) un sistema diferenciador entre autoría y participación, en el que las intervenciones pertenecientes a esta última categoría son accesorias de las intervenciones de autoría; y b) un concepto restrictivo de autoría que impida ser autor de un delito especial a todo aquel sujeto en el que no concurren los elementos personales especiales exigidos por el tipo.

Similares observaciones cabe formular en relación con el § 14 del ÖStGB. El tenor literal de este precepto rige del modo siguiente: “(1) Cuando la ley haga depender la punibilidad o la magnitud de la pena de especiales propiedades o relaciones personales del autor que se refieran al injusto del hecho, se aplicará la ley a todos los intervinientes, incluso cuando estas propiedades o relaciones solo concurren en uno de ellos. Sin embargo, si el injusto del hecho solo depende de que el titular de las especiales propiedades o relaciones personales ejecute inmediatamente el hecho o colabore en él de otra manera determinada, debe cumplirse también este requisito. (2) Si por el contrario las especiales propiedades o relaciones personales afectan exclusivamente a la culpabilidad, se aplicará la ley solo a los intervinientes en que concurren estas propiedades o relaciones”.

También este artículo debe merecer la consideración de precepto que incorpora un concepto unitario de autor, ya que se caracteriza por prescindir tanto de la distinción entre aportaciones de autoría y aportaciones de participación, como de la idea de que las primeras deben ser accesorias de las segundas. En efecto, a pesar de que cabría invocar algún argumento que desmintiera este extremo, tampoco la imputación al

“*extraneus*” de los elementos personales especiales según el § 14 del ÖStGB exige que el sujeto en el que concurran deba realizar una aportación de autoría. El argumento en contra apuntado es el siguiente: al aludir a las “especiales propiedades o relaciones personales *del autor*”, el precepto que nos ocupa parece sentar la siguiente máxima: tan solo puede ser autor de un delito cualificado por un elemento personal especial aquél en quien concurre dicho elemento, mientras que el resto de intervinientes en el hecho deberán responder, a lo sumo, como *partícipes*. Pese a esta inicial apariencia diferenciadora, lo cierto, es, sin embargo, que la solución finalmente adoptada por el § 14 ÖStGB no es la de imputar a los “*extranei*” intervinientes en el hecho el elemento personal especial concurrente en aquel sujeto del que pueda decirse —naturalmente, de acuerdo con un sistema diferenciador— que se caracteriza por realizar una contribución de *autor*, sino la de hacer responder por el delito cualificado “a todos los intervinientes, incluso cuando estas propiedades o relaciones solo concurran en *uno* de ellos”. Ninguna relevancia concede el legislador, por tanto, a la efectiva entidad de la contribución de este *uno*. El único extremo cuya comprobación es relevante a los mencionados efectos es la concurrencia en su persona de los elementos personales especiales. También en el texto legal austríaco basta con que haya un sujeto cualificado para que todos los intervinientes en el hecho deban responder por el delito cualificado por el elemento personal especial. No importa, por el contrario, si desde un sistema diferenciador, la aportación del “*intraneus*” debería ser afirmada como una conducta de autoría o bien como una conducta de participación.

El sistema unitario de autor incorporado por el § 14 del ÖStGB no es, sin embargo, enteramente coincidente con el previsto en el § 14 OWiG alemana y el art. 117 del Código penal italiano. Respecto de estos dos

últimos preceptos, el § 14 del ÖStGB presenta, en efecto, una serie de particularidades. En primer lugar, el § 14 del ÖStGB no condiciona la imputación de los elementos personales especiales a todos los intervinientes en el hecho a la comprobación de si el elemento concurrente en el sujeto cualificado es un elemento fundamentador o modificador de la punibilidad. De ello parece deducirse que tanto en los casos de delitos especiales propios como en los de delitos especiales impropios, todos los sujetos intervinientes en el hecho responderán por el delito especial. En este extremo, el § 14 del ÖStGB no solo va más allá que otros preceptos comprometidos con un concepto unitario de autor —singularmente los mencionados § 14 OWiG alemana y art. 117 del Código penal italiano—, sino que también se distancia en mayor medida que éstos del sistema diferenciador impuesto por el § 28 del StGB alemán. Recuérdese que, a la luz del apartado primero de este último precepto, el partícipe “*extraneus*” tan solo responderá por el delito cualificado cuando el elemento personal cualificante fundamente la punibilidad del delito. Si la virtualidad de este elemento es, por el contrario, meramente modificadora de la pena, entonces éste tan solo regirá para el interviniente en el que concurra (§ 28.2 StGB). En segundo lugar, el § 14 del ÖStGB tiene la virtud (ausente tanto en los *unitarios* § 14 OWiG y art. 117 del Código penal italiano, como en el *diferenciador* § 28 StGB alemán) de circunscribir la comunicabilidad de elementos personales especiales a “*extranei*” al ámbito de las especiales propiedades o relaciones personales del autor que se refieran al *injusto* del hecho. Aquellas propiedades o relaciones personales que se encuentren referidas a la *culpabilidad* del sujeto tan solo podrán regir, en cambio, para aquel sujeto en el que concurran. Aunque ciertamente pueda resultar paradójico, con esta solución el § 14 ÖStGB parece asumir como propia una concepción cuya defensa únicamente tiene sentido en el marco de un sistema diferenciador entre autoría y participación: el fundamento de la

punibilidad del partícipe reside en su participación en el injusto del autor. Y en tercer lugar, por último, el § 14 ÖStGB establece, una excepción al principio general de acuerdo con el cual cualquier interviniente en el hecho puede ser autor de un delito cualificado por “especiales propiedades o relaciones personales *del autor*” para una determinada clase de delitos: los delitos de propia mano. Esta excepción no se encuentra presente ni en la OWiG ni en el Código penal italiano.

Todas las observaciones acabadas de exponer sirven para confirmar el extremo de que también en los delitos cualificados por elementos personales especiales, el concepto de autor que se encuentra en la base de las regulaciones representadas por la OWiG, el Código penal italiano y el ÖStGB, es el concepto unitario de autor. No obstante, esta circunstancia no constituye un argumento a favor de la idea de que el concepto unitario de autor aprehende correctamente la esencia de los delitos especiales. Antes al contrario, los conceptos unitarios *legales* ponen precisamente de manifiesto que es preciso seguir distinguiendo, de algún modo, entre conductas de autoría y conductas de participación. Así, aunque *formalmente* se estime preferible referirse a unas y otras como aportaciones de autoría, desde un punto de vista *material* sigue considerándose necesario practicar la referida distinción en ámbitos tales como la determinación de la pena, la regulación de la participación intentada y la intervención en delitos especiales. Esta circunstancia no hace sino poner de manifiesto un hecho que constituye, en realidad, algo más que una debilidad del concepto unitario de autor:¹³⁷ su propia incompatibilidad con el concepto de delito especial.

¹³⁷ En estos términos se expresa JESCHECK, *Niederschriften ...*, (2), AT, p. 98. Advierte también que uno de los mayores inconvenientes de un concepto extensivo de autor legal sería la imposibilidad de seguir distinguiendo —de acuerdo con su

III. INIDONEIDAD DEL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR PARA LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA EN LOS DELITOS ESPECIALES

1. Introducción

Según el concepto *extensivo* de autor, todo sujeto que intervenga en el curso causal de un hecho delictivo debe ser considerado autor del mismo.

El concepto extensivo de autor empezó a ser defendido en Alemania a finales de los años 20 y principios de los 30 del siglo XX. Hasta este momento, el concepto de autor defendido por la doctrina dominante había sido el concepto restrictivo de autor.¹³⁸

Desde esta perspectiva, los preceptos legales que describen formas de intervención en el curso causal del delito distintas a la autoría deben merecer la consideración de *causas de restricción de la punibilidad o de la tipicidad*. Como es fácilmente observable, el punto de partida del concepto extensivo de autor coincide ampliamente con el del concepto unitario. No en vano, un sector doctrinal cree posible referirse al concepto extensivo de autor en dos sentidos distintos, uno amplio y otro estricto, y entender incorporado en el primero también el concepto unitario de autor.¹³⁹ Los conceptos extensivo y unitario de autor no son, sin embargo, completamente coincidentes. Quienes defienden un concepto unitario de autor lo hacen normalmente *de lege ferenda*, o bien *de lege lata* sobre la

terminología— entre delitos de dominio, delitos de propia mano y delitos especiales ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 6ª ed., cit., p. 487.

¹³⁸ Vid. HAKE, *Beteiligtenstrafbarkeit ...*, cit., pp. 39 s.

¹³⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 255.

base de regulaciones legales que no distinguen entre autores y partícipes y que imponen expresamente una interpretación extensiva de los tipos de la parte especial que obliga a considerar como autores a todos aquellos intervinientes en el curso causal del delito. El concepto extensivo de autor, en cambio, es defendido casi siempre desde una perspectiva *de lege lata* en el marco de sistemas diferenciadores entra autoría y participación. Por este motivo, el concepto extensivo de autor se ve obligado a algo que el concepto unitario de autor por principio ignora: la búsqueda de criterios que permitan distinguir entre autoría y participación.¹⁴⁰

Pese a que es frecuente hallar en la doctrina referencias a que el concepto extensivo de autor se encuentra exclusivamente vinculado a la idea de que no es posible distinguir entre el autor y el partícipe desde un punto de vista *objetivo*, sino únicamente desde uno *subjetivo*,¹⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha advertido entre nosotros que no todos los conceptos extensivos de autor se apoyan en criterios de naturaleza subjetiva. En opinión de este autor, es posible distinguir entre dos clases de concepto extensivo de autor: a) un concepto extensivo-*objetivo* de autor, según el cual resulta posible distinguir entre autor y partícipe desde un punto de vista objetivo; y b) un concepto extensivo-*subjetivo* de autor, según el cual la distinción entre autor y partícipe debe operarse desde un punto de vista subjetivo.

Una de las más conocidas formulaciones del concepto extensivo-*objetivo* de autor es la defendida por Eberhard SCHMIDT. Según su planteamiento, la distinción entre autoría y participación no podía

¹⁴⁰ *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 255.

¹⁴¹ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., 14/12.

realizarse a partir del criterio de la existencia o no de relación de causalidad. A juicio de SCHMIDT, la naturaleza del concepto de autoría no es ontológica, sino normativa. La autoría era para SCHMIDT un juicio de desvalor penal. Este juicio y la responsabilidad penal que del mismo se deriva solo pueden referirse a aquél cuyo comportamiento lesione típicamente un bien jurídico, sea cual sea la configuración externa de su comportamiento. Los criterios jurídicos para la determinación de los conceptos de autoría y participación son —siempre según SCHMIDT— los conceptos de “realización del delito” (“*Deliktsrealisierung*”), “realización del tipo” (“*Tatbestandsverwirklichung*”), “lesión de intereses” (“*Interessenverletzung*”). Sería autor de acuerdo con este planteamiento, por tanto, el sujeto del que es posible afirmar que “realiza el delito”, “realiza el tipo” o “lesiona intereses”. Debería reconocérsele la condición de partícipe, por el contrario, a aquél que, pese a intervenir en el proceso causal interponiendo una causa sin la cual no se habría producido el resultado, ni “realiza el delito”, ni “realiza el tipo” ni tampoco “lesiona intereses”.¹⁴²

También propuso un concepto extensivo-objetivo MEZGER, según el cual “autor es el que por medio de su acción ha causado la realización del tipo, en la medida en que no su actividad no se presente como inducción o como complicidad”.¹⁴³ Es también habitual contemplar la ampliación de los casos de autoría mediata operada por SPENDEL (“si alguien induce dolosa y culposamente a otro para la comisión de un delito será, como “hombre de atrás”, autor mediato del delito cuando pudiera haber ejecutado el hecho por sí mismo y no se pueda castigar al hombre de delante como autor doloso por cualquier motivo, por ejemplo por una enfermedad mental, será inductor, por el contrario, cuando al hombre de delante se le pueda castigar como autor doloso”)¹⁴⁴ como un argumento en favor de su pertenencia al sector doctrinal que defiende un concepto extensivo-objetivo de autor.

¹⁴² Vid. Eb. SCHMIDT, “Die mittelbare Täterschaft”, en *FG-Frank*, (2), p. 117.

¹⁴³ Vid. MEZGER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., 1933, p. 415.

¹⁴⁴ Vid. SPENDEL, “Der “Täter hinter dem Täter” —eine notwendige Rechtsfigur?. Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft”, en *FS-Lange*, pp. 147 s.

El concepto extensivo-*subjetivo* de autor es, por su parte, el concepto de autor defendido por la mayor parte de los autores que se integran en el sector doctrinal y jurisprudencial partidario del concepto extensivo de autor. Según este concepto, será autor el que actúe con animo de autor (“*animus auctoris*”), y partícipe, en cambio, el que lo haga con ánimo de partícipe (“*animus sociis*”). El concepto extensivo-subjetivo de autor sembró su semilla con la concepción defendida en el marco de la doctrina clásica por von BURI, y, acogida por un amplio sector de la jurisprudencia del RG alemán, empezó a recoger sus frutos con algunas de las concepciones subjetivistas de la autoría sugeridas a la luz del abominable Derecho penal del régimen nacionalsocialista alemán, y ha venido ejerciendo su influencia sobre el pensamiento de algún penalista no definidamente partidario de un concepto extensivo de autor hasta la actualidad.

Es opinión generalizada en la doctrina penal española y alemana la idea de que el concepto extensivo-subjetivo de autor se fundamenta sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Ello se debe, principalmente, a que esta vinculación con la teoría de la equivalencia de las condiciones se encuentra presente en la construcción doctrinal del defensor del concepto extensivo-unitario de autor que mayor influencia ejerció en la doctrina y la jurisprudencia alemanas de finales del siglo XIX: Max von BURI. El razonamiento de von BURI es el siguiente: si el concepto extensivo-subjetivo de autor se ve obligado a distinguir entre autor y partícipe desde un punto de vista subjetivo es debido a que no resulta posible operar esta delimitación desde una perspectiva objetiva. Esto último se debería a que, partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, tanto la intervención del autor como la del partícipe representarían aportaciones al proceso causal consistentes en la interposición de causas sin las que no se habría producido el resultado. No obstante la imposibilidad de distinguir objetivamente entre autoría y participación, la propia ley obliga en muchos casos —en todas aquellas legislaciones que no incorporen un sistema unitario de autor— a practicar dicha distinción. Puesto que según el planteamiento expuesto, el referido criterio no podría ser uno de naturaleza objetiva, se impondría, entonces, un criterio de delimitación entre autoría y participación de naturaleza subjetiva. No obstante todo lo anterior, no es menos cierto que hay autores posteriores a von BURI que no fundamentan su construcción en la equivalencia causal de las aportaciones. E incluso otros que, pese a aceptar en

principio el fundamento en la equivalencia causal, rechazan expresamente el concepto extensivo de autor.

Por lo demás, algunos autores, como BAUMANN, defienden un concepto de autor que, sin ser decididamente extensivo-subjetivo puro, se encuentra marcadamente influenciado por las teorías subjetivas de la autoría. El análisis que BAUMANN ha venido realizando hasta la fecha sobre el concepto de autor se ha venido asentando sobre la premisa, ya descubierta por MEZGER,¹⁴⁵ de que la delimitación entre el concepto extensivo y el concepto restrictivo de autor no tiene tanta importancia como a menudo tiende a considerarse.¹⁴⁶ Sentada la anterior premisa, lo cierto es, sin embargo, que el concepto de autor defendido por BAUMANN siempre se ha encontrado más próximo al concepto extensivo que al concepto restrictivo de autor. Ello se comprueba fácilmente a la luz de dos de sus primeros trabajos sobre autoría y participación: “Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH” (1962) y “Täterschaft und Teilnahme” (1963). En el primero de estos trabajos, BAUMANN defiende un concepto de autor que participa de alguna de las principales características de un concepto extensivo-subjetivo de autor puro. Esta circunstancia se refleja claramente en la siguiente cita: “si se ve el injusto penal, como nosotros lo hacemos, en la lesión y en la puesta en peligro de un bien jurídico, en la injerencia en la esfera jurídica ajena, entonces se llega a un concepto extensivo de autor. Autor del injusto penal lo es aquél que causa esta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, con independencia de que sea inductor o cómplice. Los §§ 48 y 49 StGB devienen causas de restricción de la pena, y esta limitación no puede residir en el campo de una mayor o menor proximidad de la intervención, o de una causalidad de mayor o menor intensidad. Con una toma de posición en favor de esta delimitación se está tomando partido también a favor del concepto personal de injusto”.¹⁴⁷ En el segundo de los trabajos citados, BAUMANN parece seguir partiendo de un concepto de autor próximo a un concepto extensivo-subjetivo de autor puro. Apunta BAUMANN: “(...), la delimitación subjetiva es la única que se me parece sostenible. Lo esencial no puede ser el dominio objetivo del suceso (¡equivalencia!), sino tan solo de la voluntad y de la energía activa del que actúa. No cabe duda de que esta voluntad de autor se da en general cuando es el que actúa el que ejecuta él mismo por completo la acción ejecutiva del tipo. En este caso, (el que actúa) quiere el hecho mismo, y que se le pueda imputar como propio. También es seguro que no es correcto contemplar el interés en el resultado como indicio único de la voluntad del autor. La voluntad de dominar el suceso (del que quizá existen otros indicios), esto es, la voluntad del dominio del hecho, es un indicio de la voluntad de autor por lo menos igual de valioso”.¹⁴⁸ No obstante esta

¹⁴⁵ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, 1938, p. 112.

¹⁴⁶ Vid. BAUMANN, *JuS* 1963, p. 127; BAUMANN / WEBER / MITSCH, *AT*, 10^a ed., cit., § 28, Rn. 32.

¹⁴⁷ Vid. BAUMANN, *NJW* 1962, p. 375.

¹⁴⁸ Vid. BAUMANN, *JuS* 1963, p. 59.

apariencia, lo cierto es, sin embargo, que el concepto de autor defendido por BAUMANN en esta trabajo se encuentra lejos de ser un concepto extensivo-subjetivo de autor puro. El concepto de autor sugerido por BAUMANN en 1963 es, en realidad, el resultado de la combinación de un concepto extensivo-subjetivo de autor con uno de los más característicos criterios objetivo-materiales: el criterio del dominio del hecho. Así, por ejemplo, en el ámbito de la delimitación entre coautoría y complicidad afirma BAUMANN: “si concluimos que la teoría del ánimo o del dolo son correctas en lo básico y vemos como indicio adicional para la concurrencia del animus auctoris que caracteriza a la coautoría, junto al interés en el resultado, la voluntad del dominar el hecho, se llega por regla general a soluciones idóneas”.¹⁴⁹ No obstante ello, el mantenimiento de la tendencia del concepto de autor defendido por BAUMANN hacia uno extensivo-subjetivo sigue apreciándose al advertirse claramente que este autor se muestra en contra de un concepto de autor que se limite a poner el acento exclusivamente en el dominio del hecho, o que conciba este último factor como un criterio adicional que debe añadirse al de la voluntad de dominio del hecho en relación con la delimitación entre autoría e inducción.¹⁵⁰

En la actualidad, BAUMANN / WEBER / MITSCH, a pesar de mostrarse inicialmente críticos con el concepto extensivo (por entender que no explica correctamente la circunstancia de que para la complicidad no causal, así como para la participación en los delitos de propia mano y los delitos especiales, los §§ 26 y 27 del StGB alemán no constituyen causas de restricción, sino causas de extensión de la punibilidad), acaban defendiendo la idea de que no es posible delimitar la autoría de la participación sin partir de la teoría subjetiva de la participación.¹⁵¹ En favor de esta teoría concurriría el argumento de que, a la vista de que todas las condiciones tienen la misma importancia en relación con la producción del resultado, el único modo de distinguir entre las contribuciones de autoría y contribuciones de participación sería a partir de un criterio subjetivo.¹⁵² De acuerdo con a este criterio, la contribución del autor se caracteriza por realizarse con ánimo de dominar el hecho y con interés por la producción del resultado.¹⁵³

El estado actual de la discusión doctrinal sobre el concepto de autor tanto en España como en Alemania sitúa al concepto extensivo de

¹⁴⁹ *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p. 89.

¹⁵⁰ *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p. 97.

¹⁵¹ *Vid.* BAUMANN / WEBER / MITSCH, AT, 10ª ed., cit., § 28, Rn. 32.

¹⁵² *Vid.* BAUMANN / WEBER / MITSCH, AT, 10ª ed., cit., § 29, Rn. 59.

¹⁵³ *Vid.* BAUMANN / WEBER / MITSCH, AT, 10ª ed., cit., § 28, Rn. 47.

autor en el estadio de los conceptos dogmáticos esencialmente superados. Dada la similitud existente entre el concepto extensivo y el concepto unitario de autor, no puede sorprender que también las críticas que vertidas por la doctrina contra el primero puedan hacerse extensivas también al segundo.¹⁵⁴ Diversas dificultades político-criminales de importancia no desdeñable aconsejan el rechazo en la presente investigación de un concepto *extensivo* de autor en favor de otro *restrictivo*. Estas dificultades se refieren, principalmente, a una doble circunstancia: a la luz del concepto extensivo(-subjeto) de autor es posible castigar como autor a un sujeto que, pese a haber actuado con “ánimo de autor”, en realidad no ha intervenido materialmente en el hecho delictivo; y castigar, por el contrario, como partícipe a un sujeto que, pese a haber realizado por sí mismo todos los elementos del tipo, no lo ha hecho, sin embargo, con “*animus auctoris*”.¹⁵⁵

2. Consideraciones críticas en torno a la idoneidad del concepto extensivo de autor

2.1. Introducción

Incluso en el ya negado supuesto de que fuera obligado admitir la corrección del concepto extensivo de autor, su defensa debería entrar forzosamente en crisis en relación con algunas clases de delitos. Unas constelaciones delictivas viene representada por la categoría de los delitos

¹⁵⁴ *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., p. 271. Para un análisis detallado de las críticas contra el concepto extensivo de autor (en especial de las que tienen por objeto su fundamento) *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *op.cit.*, pp. 271 ss.

¹⁵⁵ *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 14/13.

especiales. Dada la similitud existente entre el concepto unitario y el concepto extensivo de autor, así como la analogía de las críticas doctrinales a una y otra teoría, cabe inferir razonablemente que bastaría una mera remisión en bloque a los argumentos defendidos en el apartado anterior en relación con la inidoneidad del concepto unitario de autor en los delitos especiales para confirmar que tampoco el concepto extensivo de autor se adecua correctamente a esta clase de delitos. No obstante ello, en el presente apartado se hará referencia a ulteriores argumentos críticos que confirmarán el pronóstico inicial ya enunciado: el concepto extensivo de autor es inidóneo para los delitos especiales.

2.2. Exposición y valoración crítica de las tesis de von LISZT, von HIPPEL y MEZGER

2.2.1. Introducción

Desde un planteamiento que parta exclusivamente de la idea de que la condición de autor debe atribuirse a todo aquél que interponga una causa del resultado sin la que éste no se habría producido y que obre con ánimo de autor, carecería de toda lógica afirmar que en todos los supuestos de delitos especiales solo el “*intraneus*” del delito puede ser su autor. Resultan perfectamente imaginables, en efecto, supuestos en que el “*intraneus*” no sea el único sujeto interviniente en el hecho que interponga alguna causa del resultado con ánimo de autor. Teniendo en cuenta esta circunstancia, un concepto extensivo-subjetivo de autor con un mínimo de coherencia interna debería reconocer la posibilidad de que también un “*extraneus*” que induzca a un “*intraneus*” funcionario a la ejecución de la conducta típica de un delito propio de funcionario, o un sujeto no cualificado que induzca a un médico a que revele un secreto profesional,

podrían ser autores de estos delitos especiales en caso de obrar con ánimo de autor. Éste es el razonamiento que parece estar en la base del planteamiento, propuesto por un sector de la doctrina clásica alemana, de acuerdo con el cual también un “*extraneus*” puede ser autor mediato de un delito especial. Esta solución también podría deducirse de la propia definición de delito especial propuesta por algún otro autor de la doctrina clásica.

Este es el caso de NAGLER. Este autor define los delitos especiales como aquellos “tipos de delito formulados por el Derecho penal de tal modo que no puedan ser realizados directamente por todo sujeto de derecho”.¹⁵⁶ De esta definición parece inferirse que también NAGLER se mostró partidario de defender la posibilidad de castigar al “*extraneus*” como autor mediato de un delito especial. Esto no es, sin embargo, cierto. El propio NAGLER se encargó de desmentir este extremo en diversos lugares de su obra. Baste como muestra de ello la siguiente cita de NAGLER: “El bien jurídico también deviene accesible para el “*extraneus*”, pero no en el sentido de la causación del resultado delictivo, sino, antes bien, en el de interposición de condiciones. Ante esta intervención en la transformación del mundo exterior sentida como delictiva, el ordenamiento jurídico no puede permanecer impasible. En interés de la protección de bienes jurídicos y, consiguientemente, del Estado-providencia —*Staatswohlfahrt*—, (*scil.* el ordenamiento jurídico) debe prohibir también las actuaciones voluntarias que, pese a no proceder de ninguno de los sujetos pertenecientes al grupo de personas (directamente) conectado, sí que contiene, sin embargo, un ataque adecuado al bien de la vida protegido. En la medida en que, según esto, los sujetos de derecho con capacidad para delinquir no se encuentren directamente obligados por los preceptos legales, estarán también vinculados al menos de forma secundaria—esto es, bajo el presupuesto de la autoría de un obligado de forma primaria—. A aquél a quien le falte la cualidad personal especial a la que está vinculada la manifestación legal especial, para él no existe prohibición alguna de la causación del resultado delictivo, ya que esta prohibición carece para él de objeto. Pero si se pone en relación con el delito de un vinculado de forma primaria, entonces interviene activamente en una esfera que, en sí y por sí, le resulta extraña, pero en la que —aunque de modo subordinado— puede desarrollar un comportamiento nocivo para la comunidad (“*ein gemeinschädliches Verhalten*”). Poniéndose en contacto con la vulneración del derecho cometido por otra persona, crea una situación que deroga todas las razones en virtud de las cuales el ordenamiento jurídico le había eximido, en primera instancia, de la observancia de sus imperativos. Su acción, que se mueve bajo estas circunstancias en la dirección del bien jurídico concreto, ya no puede siendo indiferente desde un punto de vista jurídico. Por medio de la

¹⁵⁶ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 1.

conexión con la empresa del sujeto perteneciente al círculo especial de sujetos, la acción ha adquirido el carácter de la nocividad a la colectividad. Pero estos ataques al mundo de los bienes jurídicos los ha incorporado desde el principio a su seno la prohibición legal. Según esto, también el “*extraneus*”, en la medida en que pueda intervenir en el resultado delictivo y responder por él, esto es, por tanto, en segundo línea, también es alcanzado por el precepto prescriptivo. En la medida en que su ataque al bien jurídico sea serio, también tiene el deber de mantenerse en consonancia con la voluntad exteriorizada del ordenamiento jurídico. También a él le comprende, por tanto, en esta medida, su pretensión de obediencia. Según todo lo anterior, también el “*extraneus*” se encuentra sujeto a las disposiciones del delito especial — ciertamente, el deber de obediencia meramente secundario se expresa ofreciéndosele la forma de delito incompleta de la participación”.¹⁵⁷

Sin embargo, debe afirmarse que sus tres representantes más destacados fueron von LISZT, von HIPPEL y, aunque limitadamente, MEZGER.

2.2.2. *Exposición de la tesis de von LISZT, von HIPPEL y MEZGER*

a) *La tesis de von LISZT*

En opinión de von LISZT, “la instigación y la complicidad en un delito puramente de funciones deben ser juzgadas según las disposiciones dadas para éste, mientras que no hay, en realidad, un delito cuando el funcionario es instigador o cómplice y el autor es un individuo que no es funcionario, pues el que no es empleado solo puede cometer un delito de funciones como autor mediato, pero no como autor inmediato. Lo mismo ocurre en caso de participación de personas civiles en un delito militar”.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Vid. NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., pp. 115 s.

¹⁵⁸ Vid. von LISZT, *Tratado de Derecho penal* (traducción de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adiciones de Derecho penal español por Quintiliano Saldaña), III, p. 101.

b) *La tesis de von HIPPEL*

En la misma línea articuló su tesis von HIPPEL. En opinión de este autor, los delitos especiales son aquellos que consisten en que “tan solo determinadas personas pueden ser autores físicos”.¹⁵⁹ De esta definición de delito especial se infiere fácilmente que la imposibilidad de que el “*extraneus*” sea autor de un delito especial se encuentra únicamente circunscrita a la autoría *física*. Por si ello resultase dudoso, von HIPPEL señala expresamente que “en el delito especial (por ejemplo, en el delito propio de funcionario) tan solo puede ser autor *físico* una determinada persona. Pero la tentativa de tercero es aquí posible en autoría mediata”.¹⁶⁰

La referencia de von HIPPEL a la clásica distinción doctrinal entre autoría intelectual y autoría física como equivalente a la actual separación entre autor directo y autor mediato se encuentra igualmente presente en su *Lehrbuch des Strafrechts*: “Debe castigarse por principio a todo aquél que haya causado dolosamente la acción ejecutiva, haya sucedido esto personalmente (autor físico) o bien por medio de la determinación de un tercero (autor intelectual). Según la doctrina actual, la inducción comprende, tal y como ya se ha expuesto, únicamente una parte de estos últimos casos (hecho principal doloso punible). De esto se desprende: todo supuesto de autoría intelectual que no pueda ser incluido en el concepto de inducción debe ser castigado, por tanto, como la llamada autoría mediata. Expresado de otro modo: la autoría mediata es la autoría intelectual menos la inducción. Según esto, (*scil.* la autoría mediata) concurre, en especial, en los supuestos en que se produce la determinación antijurídica dolosa de un autor que actúa sin antijuricidad o sin dolo o sin imputabilidad que conduzca a la comisión de la acción de ejecución por medio de éste”.¹⁶¹

c) *La tesis de MEZGER*

¹⁵⁹ *Vid.* von HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 168.

¹⁶⁰ *Vid.* von HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 161.

¹⁶¹ *Vid.* von HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 166.

En 1938 MEZGER definió los delitos especiales como aquéllos “en los que la posibilidad de la autoría inmediata se encuentra limitada a un determinado círculo de personas”¹⁶². De la definición propuesta por MEZGER parece deducirse que, al igual que sucede con von LISZT y von HIPPEL, para ser autor mediato de un tal delito no es necesario ser un “*intraneus*”. También un “*extraneus*” podría ser, por tanto, autor mediato de un delito especial. MEZGER no se decide a dar, sin embargo, ese paso. En su opinión, para decidir si un “*extraneus*” puede ser autor mediato de un delito especial es preciso distinguir entre dos clases de hechos delictivos especiales: los propios o conectados al autor (*eigentliche oder tätergebundene Sonderstrafataten*) y los impropios o conectados al resultado (*uneigentliche oder erfolgsgebundene Sonderstrafataten*). La diferencia entre una y otra clase de delitos especiales consiste para MEZGER en lo siguiente: mientras que los delitos especiales propios se caracterizan por que no pueden ser cometidos por el “*extraneus*” ni como autor mediato ni como coautor,¹⁶³ los delitos especiales impropios se distinguen, por el contrario, por no poder ser cometidos en autoría mediata o coautoría por el sujeto no cualificado.¹⁶⁴ MEZGER consideró que formaban parte del primer grupo de delitos especiales todos los delitos de funcionario y los delitos militares.¹⁶⁵ Ejemplos de delitos especiales impropios eran para

¹⁶² Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., pp. 44, 113 y 120.

¹⁶³ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 120.

¹⁶⁴ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 121.

¹⁶⁵ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., pp. 115 y 120. Tampoco el delito de documentación falsa cometida por funcionario prevista en el § 348.1 StGB constituye, desde la perspectiva adoptada por MEZGER, una excepción a su planteamiento. Aunque ciertamente el no funcionario que induce a un funcionario a realizar una documentación falsa podrá responder como autor mediato de una documentación falsa, esta solución no resultará, sin embargo, del § 348.1 (delito especial de documentación falsa cometida por funcionario), sino del § 271 (delito común de documentación falsa) StGB.

MEZGER, en cambio, el delito de abuso sexual de enferma mental (antiguo § 176.2 StGB) y el delito de relaciones sexuales entre hermanos (§ 173.2 StGB).¹⁶⁶

Según este último precepto “el que mantenga relaciones sexuales con un pariente carnal de línea ascendente, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o con pena de multa; esto rige también cuando la relación de parentesco se ha extinguido”. Del mismo modo serán castigados los hermanos carnales que mantengan relaciones sexuales entre sí”. MEZGER se refiere como ejemplo de este delito al famoso “caso del marinero”. En este supuesto, un sujeto (regenta de una casa de citas), conocedor de la relación de parentesco que unía a un marinero (cliente del local) con su hermana (empleada en el negocio), induce al primero a mantener relaciones sexuales con la segunda, cosa que finalmente se produce. En opinión de MEZGER, en el supuesto planteado debe castigarse a la regenta como autora mediata de un delito de incesto, ya que, a juicio de aquel autor, el injusto del delito de incesto se caracterizaba por la causación de un resultado consistente en que determinados parientes mantengan relaciones sexuales entre sí, y no existe razón alguna para negar que la regenta ha producido mediatamente dicho resultado.¹⁶⁷

El motivo por el que los delitos especiales impropios admiten la autoría mediata y la coautoría de sujetos no cualificados es, a juicio de MEZGER, el siguiente: los delitos especiales impropios se caracterizan por que en ellos la ley tiene por finalidad evitar la producción de un resultado. La prohibición de abusar sexualmente de una enferma mental persigue la evitación del resultado consistente en dicho abuso. La prohibición de mantener relaciones sexuales entre hermanos persigue, igualmente, evitar que se produzca un resultado de incesto. De este modo, quien produzca este resultado y no presente la cualidad exigida por el tipo (así, por ejemplo, una mujer), pese a no poder ser autor inmediato del delito, sí podrá ser, en cambio, autor mediato o coautor. Ello rige especialmente para los delitos que MEZGER conoce con el nombre de “hechos delictivos especiales

¹⁶⁶ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 121.

¹⁶⁷ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 115.

mixtos” (*gemischte Sonderstraftaten*), entre los que se cuenta el delito de violación del antiguo § 177 StGB.¹⁶⁸

2.2.3. Valoración crítica de las tesis de von LISZT, von HIPPEL y MEZGER

Von LISZT, von HIPPEL y MEZGER definen los delitos especiales, en suma, como aquellos delitos en los que solo el sujeto cualificado puede ser autor inmediato (von LISZT y MEZGER) o físico (von HIPPEL). De esta clase de definición se desprende, a contrario, que el sujeto no cualificado podría ser, en cambio, autor mediato (von LISZT y MEZGER) o intelectual (von HIPPEL). En lo concerniente con la intervención del “*extraneus*”, el planteamiento defendido por von LISZT, von HIPPEL y MEZGER viene a poner de manifiesto, en realidad, la existencia de una confrontación entre dos distintas clases de autoría: la autoría directa, inmediata o física, por una parte, y la autoría indirecta, mediata o intelectual, por otra. El “*extraneus*” puede ser lo segundo (autor mediato), pero no lo primero (autor directo). Esta posibilidad contradice, sin embargo, uno de los principios básicos que ha reinado de un modo más indiscutido en materia de autoría hasta la actualidad: quien no puede ser autor directo de un delito, tampoco puede ser su autor mediato o su coautor.¹⁶⁹ Este principio rector de la autoría constituye, en realidad, una

¹⁶⁸ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., pp. 115 s. y 121. En la terminología de MEZGER, los delitos mixtos son aquéllos en los que tan solo una parte del tipo presupone una especial cualidad personal. En el ejemplo del delito de violación del antiguo § 177 StGB se aprecia claramente esta circunstancia. Así, mientras que el empleo de la fuerza puede ser acometido por cualquiera, el acceso carnal tan solo puede ser realizado por un hombre. Vid. MEZGER, *op.cit.*, p. 113.

¹⁶⁹ Vid. MEZGER / BLEI, *AT*, 15ª ed., cit., p. 279 (“El autor mediato es autor, según esto también debe presentar en todo caso los especiales elementos de autor presupuestos por el tipo concreto”) y BAUMANN / WEBER / MITSCH, *AT*, 10ª ed., cit., § 29, Rn.13 (“toda forma de autoría presupone que el que actúa también puede ser autor en solitario

consecuencia del principio de legalidad. Allí donde la ley exige para la autoría la concurrencia de alguna cualidad o relación especial debe entenderse que dicha exigencia es predicable en relación con cualquier clase de autoría. La imposibilidad de que un sujeto sea autor directo, mediato o coautor constituye, por tanto, una consecuencia derivada de la propia ley. Salvo que ésta disponga expresamente alguna excepción, a la luz de una estricta observancia del principio de legalidad debe afirmarse que la solución propuesta por von LISZT, von HIPPEL y MEZGER resulta completamente insatisfactoria. Cualquier teoría que permita castigar al “*extraneus*” como autor de un delito especial debe ser rechazada como criterio válido de determinación de la autoría en esta clase de delitos.

La cuádruple circunstancia de que, por ejemplo, en los delitos propios de funcionario, el autor solo puede serlo un funcionario, autor de un delito de revelación de secreto profesional solo puede serlo el profesional a quien le ha sido confiado el secreto, para ser autor de un delito de administración desleal es preciso que el sujeto se encuentre obligado por virtud de una relación de fidelidad, y, por último, solo pueda ser autor de un delito de omisión impropia el sujeto que se encuentre obligado a la evitación de un resultado por encontrarse en posición de garante, constituye una exigencia del principio de legalidad. Pero como pone de manifiesto la solución consistente en que un “*extraneus*” sea autor de un delito especial defendida por el sector doctrinal de referencia, las soluciones señaladas *supra* pueden no coincidir, sin embargo, con las

(*Alleintäter*) del correspondiente delito. Donde falte esta posibilidad, no será posible ni la coautoría, ni la autoría mediata o la autoría accesoria”). En opinión de estos autores, la “posibilidad de autoría en solitario” es, junto a las “comisión de un hecho delictivo propio” y la “posibilidad de una intervención de autoría”, uno de los presupuestos fundamentales de toda clase de intervención de autoría. *Vid.* BAUMANN / WEBER / MITSCH, *op.cit.*, § 29, Rn. 9 ss.

alcanzadas a la luz de un concepto extensivo-subjetivo de autor que se muestre escrupulosamente coherente con las premisas de que parte. Salvo que la ley disponga expresamente lo contrario, convertir a un sujeto no cualificado en autor de uno de aquellos delitos en que la ley misma se encarga de limitar el círculo de posibles autores a los sujetos cualificados por el tipo (delitos especiales) constituye una evidente vulneración del principio de legalidad.

El planteamiento defendido por MEZGER en su *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss* (1938) no representa la única posición defendida por este autor en relación con los delitos especiales. A decir verdad, la definición de delito especial formulada por MEZGER en la obra de referencia es completamente distinta a la que se encuentra presente en el resto de su obra. Ya en 1933, MEZGER definió los delitos especiales como aquéllos en los que “un “*extraneus*” nunca puede cometer el delito como autor inmediato ni mediato”.¹⁷⁰ Esta definición, que se asimila por completo a lo que podría denominarse un concepto “tradicional” de delito especial, constituye, en realidad, el concepto defendido por MEZGER — con la única excepción del ya referido compendio de 1938— a lo largo de toda su obra.¹⁷¹ Habida cuenta la incompatibilidad existente entre el principio según el cual para ser autor mediato de un delito es necesario poder ser también autor directo y la posibilidad de que un “*extraneus*” sea autor mediato de un delito especial, la prueba más inequívoca de que la inidoneidad del concepto de delito especial defendido en 1938 por

¹⁷⁰ Vid. MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed, p. 420; el mismo, *Tratado de Derecho penal. Tomo II* (traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de derecho español por Rodríguez Muñoz, 3ª ed., 1957, adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés), p. 301.

¹⁷¹ Vid. MEZGER / BLEI, *AT*, 15ª ed., cit., pp. 63, 283 (autoría mediata) y 297 (coautoría).

MEZGER consiste en que el propio autor reconoce que “por principio deben concurrir en la persona del autor mediato aquellas cualidades que la ley presupone en el autor directo para la comisión del delito por su parte. Esto rige también para los delitos especiales”.¹⁷² A la vista de lo anterior, resulta obvio que en el planteamiento del MEZGER de 1938 se advierte una importante contradicción. Para que un sujeto pueda ser autor mediato de un delito especial, es necesario, en principio, que presente las “cualidades que la ley presupone en el autor directo para la comisión del delito por su parte”. Pero al concebir los delitos especiales como aquellos delitos “en los que la posibilidad de la autoría *inmediata* se encuentra limitada a un determinado círculo de personas”, MEZGER parece admitir, en cambio, la posibilidad de que cualquier persona pueda responder como autor *mediato* de un delito especial.

La contradicción de MEZGER tiene, sin embargo, una explicación. En opinión de este autor, en el ámbito de los delitos especiales existe una tipología delictiva (la correspondiente a los delitos especiales *impropios*) caracterizada por admitir la autoría mediata. MEZGER pretendió incorporar los delitos especiales impropios al concepto mismo de delito especial. El modo en que ello se produjo fue el siguiente: MEZGER flexibilizó el principio según el cual “las propiedades que la ley presupone en el autor inmediato para la comisión del hecho por su parte deben concurrir en la persona del autor mediato”¹⁷³ al reconocer que “lo dicho tan solo rige en principio, y no bajo toda circunstancia: donde la ley o una interpretación conforme a su sentido permitan advertir que lo esencial no es la comisión precisamente por medio del cualificado como autor, puesto que

¹⁷² Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 115.

¹⁷³ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 115.

también puede ser autor mediato un no cualificado”.¹⁷⁴ Esta flexibilización encontró su reflejo en la propia definición de delito especial de MEZGER, contribuyendo decisivamente, de este modo, a un incremento de su propia incoherencia lógica y a un empleo sin duda equívoco de los términos *propio* e *impropio* en la elaboración de la clasificación de los delitos especiales.

La clasificación de los delitos especiales en propios e impropios que se encuentra en la concepción del MEZGER de 1938 adolece, ciertamente, de un no desdeñable grado de confusión terminológica. De la definición de delitos especiales como aquéllos “en los que la posibilidad de la autoría inmediata se encuentra limitada a un determinado círculo de personas” propuesta por MEZGER¹⁷⁵ parece poder extraerse el siguiente principio: un “*extraneus*” puede ser autor mediato de un delito especial. Sentada esta premisa, MEZGER distingue entonces entre dos clases de delitos especiales: los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios. Por medio de este expediente, MEZGER abraza la más tradicional y mayoritariamente defendida clasificación de delitos especiales: la que atiende al criterio consistente en la inexistencia o existencia, respectivamente, de un delito paralelo en la esfera de los delitos comunes. El empleo de los términos “propios” e “impropios” en este contexto por parte MEZGER es, sin embargo, equívoco. MEZGER no repara en que con aquél está contradiciendo, en realidad, los términos de su propia definición de delito especial. Cuando se define algo, y posteriormente se clasifica el objeto del género en especies *propias* e *impropias*, la *propia* debe ser la especie que refleje de un modo más

¹⁷⁴ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 115.

¹⁷⁵ Vid. MEZGER, *Deutsches Strafrecht*, cit., pp. 44 y 120.

acabado las características esenciales del género. Esto es, debe ser la *regla*. La especie *impropia* debe ser, en cambio, la que participe de alguna de ellas, pero también de otras ajenas al género, que la convierten en una suerte de *excepción parcial* al principio general sentado por este último. Tan solo en un sentido amplio podrá decirse que la especie impropia pertenece al género. Concretando en el plano de los delitos especiales: si el género viene representado por los delitos especiales como aquel conjunto de delitos que se caracterizan por que solo puede ser autor aquél sujeto en quien concurren los elementos, circunstancias o relaciones requeridos por el tipo, serán especies *propias* de aquel género todos aquellos delitos en los que el “*extraneus*” no puede ser autor de ningún delito, ni especial ni común. El “*extraneus*” no solo no puede cometer como autor el delito especial, porque no está cualificado, sino que tampoco puede ser autor de un delito común paralelo, porque éste en realidad no existe. El “*extraneus*” no puede ser *en absoluto* autor de un delito. Esta clase de delitos especiales responde fielmente, en un sentido *propio*, a la definición de delito especial como delito del que no puede ser autor un sujeto no cualificado. Serán, por el contrario, especies *impropias* del conjunto representado por el género de los delitos especiales aquellos delitos en los que el sujeto no cualificado, si bien no puede ser autor del delito especial, sí puede serlo, en cambio, del delito común paralelo. Es como si, en su condición de posible autor de su delito común paralelo, el “*extraneus*” también pudiera ser, *en cierto sentido* (en un sentido *impropio*), autor de un delito especial. La caracterización de esta clase de delitos como “especiales impropios” pone de manifiesto la existencia de una zona común con el género de los delitos especiales y de una zona ajena al mismo. La zona común, lo que convierte a los delitos especiales impropios en delitos especiales, consiste en que tan solo el “*intraneus*” puede ser autor del delito especial. La zona ajena consiste, por su parte, en que el “*extraneus*” también puede ser autor,

aunque no del delito especial, sino del común paralelo. Tan solo en un sentido amplio es posible considerar a los delitos especiales impropios como delitos especiales. En suma: el empleo de los términos “propio” e “impropio” en el sentido acabado de mencionar parece ser congruente, por tanto, con la definición tradicional de delito especial.

No obstante esta aparente congruencia, la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios no puede ser, sin embargo, compartida. Sin perjuicio de que se abunde infra en esta cuestión con motivo del análisis y reelaboración de los criterios clasificatorios de los delitos especiales, lo cierto es que en contra de la distinción entre delitos especiales propios e impropios ya puede ser formulada una primera objeción: la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios presupone que el delito especial no es un delito distinto al delito común paralelo. Esto es, que la relación en que se encuentran el delito especial y el delito común paralelo es una relación de inclusión del segundo en el primero. A esta conclusión se llega a través del siguiente razonamiento: si sólo en un sentido amplio puede decirse que los delitos especiales impropios son delitos especiales, ello se debe a que, al permitir que el “*extraneus*” sea autor del delito especial, representan una excepción del concepto mismo de delito especial como clase de delito que se caracteriza por no poder tener como autor al “*extraneus*”. Este razonamiento, que sin duda se encuentra en la base del planteamiento propuesto por MEZGER, encuentra su más clara expresión en la concepción de los delitos especiales defendida por MAURACH. En opinión de este autor, en los delitos especiales es posible distinguir entre los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio. Según MAURACH, los primeros se caracterizan por que tienen una esfera de autores limitada por la ley, mientras que los segundos pueden ser cometidos por cualquiera, pero motivan una punición agravada de ser realizados por una determinada esfera de autores.¹⁷⁶

Este planteamiento no puede ser, sin embargo, aceptado. No es correcto afirmar que autor de un delito especial impropio puede serlo cualquiera, de modo que también el “*extraneus*” pueda ser autor de un delito especial, ya que el sujeto no cualificado tan solo puede ser autor del delito común paralelo. Y tampoco puede decirse que pudiendo ser autor del delito común paralelo, también lo es, en sentido amplio o impropio, del delito especial en el que supuestamente se encuentra incluido. Como se demostrará en un lugar más avanzado de la presente investigación, el delito especial impropio no consiste en una mera variedad típica de un delito común, sino en un delito distinto a éste. A pesar que desde un punto de vista lógico-formal la relación existente entre el delito especial impropio y el delito común paralelo es una relación de inclusión, desde una perspectiva valorativa dicha relación es una

¹⁷⁶ Vid. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, I, cit., pp. 290 s.

relación de exclusión o alteridad. En un sentido valorativo, el tipo de injusto del delito especial impropio es cualitativamente distinto al del delito común paralelo. Por eso carece de sentido afirmar que, puesto que el “*extraneus*” puede ser autor de este último delito, también lo es, aunque en sentido impropio, de un delito especial que en realidad representa un delito “*sui generis*”.

Distinto es el caso, sin embargo, si el punto de partida es la definición de los delitos especiales como aquéllos “en los que la posibilidad de la autoría inmediata se encuentra limitada a un determinado círculo de personas” propuesta por MEZGER. A partir de la misma, parece que lo coherente sería concebir los delitos especiales propios como aquéllos que confirman plenamente la regla que parece sentar la definición de delito especial de MEZGER: el “*extraneus*” no puede ser autor inmediato, pero sí puede ser autor mediato. Los delitos especiales impropios deberían caracterizarse, por el contrario, por representar una excepción a aquella regla general, por permitir la autoría directa o impedir la autoría mediata de “*extraneus*”. Esto es, sin embargo, justo lo contrario de lo que en realidad sucede.

En la concepción de MEZGER, los delitos especiales propios son precisamente aquéllos que representan una excepción al principio de que cabe la autoría mediata de “*extraneus*”, porque éste no puede ser ni autor directo, ni autor mediato, ni coautor. Los delitos especiales impropios, por el contrario, respetan escrupulosamente este principio, ya que pueden ser cometidos en autoría mediata por un “*extraneus*”. Referirse a la clase de delitos especiales que suponen precisamente la excepción al principio general que se desprende de la definición misma de delito especial con el término “delitos especiales propios”, y a la clase de delitos especiales que sigue escrupulosamente aquel principio con el de “delitos especiales impropios” constituye, ciertamente, una paradoja difícilmente

comprensible que contribuye a incrementar considerablemente el nivel de confusión terminológica —que ya es en sí mismo elevado— existente en la materia.

La explicación de esta paradoja puede ser la siguiente: MEZGER confunde la definición de los delitos especiales con la cuestión relativa a los límites de la autoría mediata. Si, en opinión de MEZGER, los delitos especiales más característicos —esto es, los por él denominados “delitos especiales propios”— se distinguen precisamente por que el “*extraneus*” no puede ser ni autor directo, ni autor mediato, ni coautor, entonces habría sido más coherente definir los delitos especiales como aquellos delitos en los que la posibilidad de ser autor *de cualquier clase* se encuentra limitada a aquellos sujetos en los que concurren los elementos exigidos por el tipo. No hacerlo representaba, en realidad, una confusión entre dos cuestiones que se encontraban, en realidad, en planos distintos: la determinación de los delitos de propia mano como clase de delito en el que la autoría *directa* puede encontrarse limitada a un determinado círculo de sujetos y la definición de delito especial. No en vano, el propio MEZGER ya había dado muestras de haber advertido esta circunstancia, al definir en su Tratado de Derecho penal los delitos especiales como aquellos delitos en los que “un “*extraneus*” nunca puede ser autor inmediato ni mediato”¹⁷⁷ o en los que “la posibilidad de la autoría se encuentra vinculada a determinadas propiedades naturales o jurídicas”¹⁷⁸. Esta última definición se encuentra muy próxima al sentido acabado de apuntar en el texto.

¹⁷⁷ Vid. MEZGER, *Strafrecht*, cit., p. 420; el mismo, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 301.

¹⁷⁸ Vid. MEZGER / BLEI, *Strafrecht, AT*, 15^a ed., cit., p. 63.

La solución consistente en que el sujeto no cualificado solo pueda ser autor mediato de un delito especial, y no su autor directo, parece poner el acento en la ejecución directa y personal de la acción típica como un presupuesto necesario de la autoría. Este último elemento no es, sin embargo, un elemento paradigmático de los delitos especiales, sino, antes bien, una exigencia dimanante de otra clase de delitos: los delitos de propia mano. Es cierto que algunos delitos de propia mano son también delitos especiales. Pero no es correcto, sin embargo, confundir los primeros con los segundos. Esta aparente confusión entre delitos especiales y delitos de propia mano se encuentra presente de un modo particularmente evidente en el planteamiento de MEZGER. Los ejemplos de delito especial impropio a los que este autor acude para poner de manifiesto que en esta clase de delitos también un “*extraneus*” puede ser autor mediato (delitos de abuso sexual de enferma mental, relaciones sexuales entre hermanos) no son, en realidad, ejemplos de delitos especiales, sino, antes bien, ejemplos de delitos de propia mano.

Pero incluso aunque pudiera aceptarse que MEZGER asume la condición del abuso sexual de enferma mental y de las relaciones sexuales entre hermanos como delitos de propia mano, no puede obviarse, sin embargo, que MEZGER ve el fundamento de estos delitos en algo en cierto modo opuesto a la esencia misma de los delitos de propia mano. Así, mientras que para MEZGER el fundamento de los delitos de abuso sexual de enferma mental y de las relaciones sexuales entre hermanos como delitos especiales impropios debe encontrarse en la prohibición de la causación de un determinado resultado, el auténtico injusto de estas conductas como delitos de propia mano debe verse, antes bien, en la propia ejecución directa, física y personal de la conducta típica.

2.3. *Concepto extensivo-subjetivo de autor como concepto incoherente con sus propias premisas lógicas*

El atentado contra el principio de legalidad representado por la determinación de la autoría en los delitos especiales de acuerdo con un concepto extensivo-subjetivo de autor fiel a sus propias premisas lógicas acabado de exponer fue advertido por algunos de sus partidarios más incondicionales. De acuerdo con esta última línea de pensamiento apuntada, en los delitos especiales la autoría tan solo puede corresponderle a quien tenga la especial cualidad del sujeto. También para este sector doctrinal, los preceptos de los §§ 26 y 27 StGB serían para estos delitos, por tanto, causas de ampliación de la pena. Dos de los más destacados defensores de esta concepción fueron Edmund MEZGER¹⁷⁹ y Eduard KOHLRAUSCH.¹⁸⁰ Ambos autores convinieron que el principio de legalidad imponía al concepto extensivo de autor una serie de excepciones en forma de clases de delitos en los que el referido concepto no encajaba correctamente. Una de estas clases de delitos “excepcionales” venía representada por los delitos especiales. En opinión de MEZGER, un sujeto

¹⁷⁹ Debe advertirse, no obstante, que MEZGER no ignoró la circunstancia de que el concepto extensivo de autor fue objeto posterior y amplia superación por parte del concepto restrictivo de autor, por el que acabó mostrándose partidario en la continuación de su obra. *Vid.* MEZGER / BLEI, *AT*, 15ª ed., cit., pp. 274 ss.

¹⁸⁰ BAUMANN, *JuS* 1963, p.127, considera que el rechazo de la solución consistente en castigar como autor de un delito especial a un sujeto en quien no concurra el elemento exigido por el tipo no es patrimonio exclusivo de MEZGER o KOHLRAUSCH, sino, antes al contrario, un lugar común de todos los defensores de un concepto extensivo de autor. BAUMANN extrae incluso de esta premisa la conclusión de que “la lucha sobre los distintos conceptos de autor no puede considerarse que tenga gran importancia”, porque en muchas clases de delitos (así, por ejemplo, en los delitos especiales) ambas clases de concepto llegan a las mismas soluciones. La percepción de BAUMANN sobre el grado de aceptación de la solución apuntada por parte de los partidarios del concepto extensivo de autor parece, sin embargo, demasiado generalizadora. Baste como prueba de ello la referencia realizada supra sobre las posiciones defendidas por von LISZT y von HIPPEL.

no cualificado no podía cometer un delito especial a través de un sujeto cualificado “porque (...), por definición, un “*extraneus*” nunca puede ser autor directo o mediato (...)”.¹⁸¹

Como ya se ha apuntado, con la superación del concepto extensivo por el concepto restrictivo de autor MEZGER continuó considerando imposible que un “*extraneus*” cometiera un delito especial en autoría mediata, aunque ahora por motivos vinculados al concepto restrictivo de autor. A juicio de MEZGER / BLEI, uno de los principales criterios de determinación de la autoría de un delito (aunque no el único) era el criterio del dominio del hecho. A partir de esta constatación, MEZGER / BLEI consideran que un “*extraneus*” no puede ser autor mediato de un delito especial por dos motivos: a) porque le falta la cualidad de autor; y b) porque lo que desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho podría parecer una autoría mediata, puede que ni siquiera se encuentre castigado por la ley. MEZGER / BLEI se refieren a esta circunstancia por medio del siguiente ejemplo: un “*extraneus*” (A) induce a un médico a un error por el que este último le revela de buena fe un secreto profesional. Para aquellos autores, pese al ejercicio de dominio del hecho, la autoría mediata de A queda excluida no tan solo a causa de la ausencia de la cualidad de autor, sino también debido a que aquello que según el criterio del dominio del hecho podría aparecer como autoría mediata es algo cualitativamente distinto, a saber, una acción de espionaje de secreto profesional, que de manera consciente la ley ha dejado impune.

Tampoco en los delitos de propia mano resultaba fructífero para MEZGER el concepto extensivo de autor. En esta constelación de delitos, solo podrá ser autor aquel sujeto que ejecute inmediata y físico-corporalmente la acción típica. En los delitos especiales y en los delitos de propia mano, los preceptos sobre inducción y complicidad no serían causas de *restricción*, sino causas de *extensión* de la tipicidad o la punibilidad. Si estos preceptos sobre participación no existieran, no resultaría posible castigar ciertas intervenciones en el hecho ejecutadas por sujetos no cualificados o que no actúan de propia mano merecedoras de pena.

¹⁸¹ Vid. MEZGER, *Strafrecht*, 2ª ed., 1933, p. 420.

Advirtió KOHLRAUSCH, por su parte, que el concepto extensivo de autor —que también él estimó preferible— no resultaba aplicable, sin más, para todos los delitos, ya que en algunos casos la propia “configuración de los «tipos»” prohíbe llamar “autor” a todo interviniente en el hecho. Una de las clases de delitos en las que ello sucedía era la representada por la categoría de los delitos especiales. Así, por ejemplo, nunca podría decirse de un sujeto que no fuera funcionario que habría cometido un delito de funcionario como autor. No obstante, KOHLRAUSCH no vio problema alguna para que el “*extraneus*” respondiera, en su caso, como inductor o como cooperador del delito especial. Por ello considera KOHLRAUSCH que, pese a defender un concepto extensivo de autor, no resulta conveniente prescindir por completo de los conceptos “inducción” y “complicidad”.¹⁸²

Las observaciones de dos defensores del concepto extensivo de autor como MEZGER y KOHLRAUSCH ponen al descubierto una de las más evidentes debilidades del concepto extensivo de autor: su incapacidad para erigirse en criterio de determinación de la autoría válido para todas las clases de delitos. La afirmación por parte de algunos de los más destacados partidarios del concepto extensivo de autor —como los propios MEZGER y KOHLRAUSCH— de que la autoría en un delito especial constituye un patrimonio exclusivo del “*intraneus*” se contradice con la premisa de la que parte el concepto que nos ocupa: es autor todo sujeto que intervenga en el delito interponiendo una causa del resultado con ánimo de autor. El único modo de evitar esta contradicción reside en reconocer que la solución consistente en que solo el “*intraneus*” puede ser autor de un delito especial nunca puede ser el resultado de la aplicación del concepto extensivo de

¹⁸² Vid. KOHLRAUSCH, ZStW 1935, pp. 394 s.

autor a esta clase de delitos. En los delitos especiales no cabría, en suma, un concepto extensivo de autor, sino solo uno restrictivo. Solo de este modo se evitaría incurrir en una irresoluble contradicción interna. Pero obsérvese que el precio que debe pagarse con ello consiste precisamente en renunciar al empleo del concepto extensivo de autor mismo.

2.4. *Exposición y valoración crítica de la tesis de BAUMANN*

2.4.1. *Exposición*

En defensa de la posibilidad de seguir extrayendo de forma coherente las conclusiones a las que conducen sus premisas sin necesidad de admitir como una consecuencia necesaria la insatisfactoria conclusión de que también pueda ser autor de un delito especial un interviniente no cualificado, el concepto extensivo-subjetivo de autor podría acudir, al menos teóricamente, a un argumento. Este argumento sería el siguiente: *un sujeto no cualificado nunca podrá actuar como autor (“animus auctoris”)* en un delito especial. Si ello fuera cierto, no existiría inconveniente alguno en seguir afirmándose que, en esta clase de delitos, tan solo el *“intraneus”* puede ser autor porque solo él podría actuar con el *ánimo* propio del autor. Según este planteamiento, un sujeto que no sea funcionario nunca podría actuar “como autor” en un delito de funcionario, del mismo modo que tampoco un sujeto que no fuera médico podría hacer lo propio en un delito de revelación de secreto profesional revelado por un médico. Este argumento encuentra acogida entre la doctrina penal alemana en la concepción defendida por Jürgen BAUMANN.

Según BAUMANN, si el Código penal no hubiese previsto preceptos específicos sobre el inductor o el cómplice, la mayor parte de los

casos de inducción y de complicidad (causal) deberían ser castigados, de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, en su calidad de contribuciones a la causación del hecho, como supuestos de autoría. En este caso, nada impediría renunciar al *animus auctoris* y a la dirección de la voluntad como elementos integrantes de la autoría. Una de las consecuencias de esta circunstancia sería —siempre según BAUMANN— que también el sujeto que no dispusiera de la cualidad exigida por la ley para esta clase de delitos podría ser autor de un delito especial o de un delito de propia mano.¹⁸³

Señala este autor que en ausencia del antiguo § 48 (actual § 26) StGB, en pura hipótesis, existirían, en realidad, dos alternativas: castigar al inductor “*extraneus*” como autor del delito especial propio o bien dejar su conducta sin castigo. Tanto una como otra solución deberían ser valoradas como claramente insatisfactorias. La existencia de un precepto como el actual § 26 StGB permite calificar la conducta del “*extraneus*” inductor de un delito especial propio del único modo completamente adecuado a su auténtico contenido de injusto: como inducción al delito especial propio. No en vano, el carácter de esta solución como única materialmente correcta ha sido reconocido tanto por los partidarios del concepto restrictivo como por los del concepto extensivo de autor. BAUMANN ilustra esta circunstancia con el siguiente ejemplo: “el no funcionario A induce al juez B a cometer una prevaricación (delito especial propio del § 336). Sin el precepto del § 48, aquí se ofrecerían dos posibilidades: podría defenderse la concepción de que A, que ha interpuesto una causa de la prevaricación de B, debe ser castigado por el § 336. Esto presupondría, sin embargo, que no solo se renuncie a una especial voluntad del autor, sino que también se deje de tener en cuenta la ausencia de la cualidad del sujeto. En una cadena de causantes, esta cualidad del sujeto debería concurrir solo en el último miembro de la cadena (en el juez prevaricador). Esta equiparación de causantes con personas de posición de deber superior nos parecería censurable. Pero si consideramos esta equiparación censurable, tan solo quedaría en pie la posibilidad de exigir para la autoría (*Urheberschaft*) la completa realización del tipo, esto es, también la cualidad del sujeto, con la consecuencia de que A quedaría sin pena”.¹⁸⁴

¹⁸³ *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p. 127.

¹⁸⁴ *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p.127.

En opinión de BAUMANN, ello no sería, sin embargo, correcto. También en los delitos especiales, el factor esencial para determinar la distinción entre autoría y participación es, a juicio de BAUMANN, la concurrencia de *animus auctoris* y *animus socii*, respectivamente. BAUMANN considera que el modo de saber cuándo puede decirse que la intervención de un sujeto en un delito especial se produce con ánimo de autor y cuándo tiene lugar con ánimo de partícipe es el siguiente: si el sujeto es un “*intraneus*”, entonces actúa con ánimo de autor; si es un “*extraneus*”, lo hace con ánimo de partícipe. Escribe BAUMANN en este sentido: “el que no es funcionario o no se encuentra en la especial posición de deber (por ejemplo, en el § 266), tampoco puede pretender razonablemente dominar el suceso en conocimiento de esta carencia (del mismo modo que en caso de que la importancia de la aportación al hecho, no se le puede negar el dominio objetivo del hecho bajo determinadas circunstancias)”.¹⁸⁵

En relación con la coautoría, BAUMANN señala en otro lugar: “En los casos de cualidad de autor, debe advertirse, además, que coautor tan solo lo es quien pueda tener razonablemente la voluntad en relación con el hecho propio”, confirmando este extremo por medio del siguiente ejemplo: “si el no funcionario A interviene en la falsificación de documento del funcionario B, entonces A no puede ser coautor del § 348.1 (documentación falsa de funcionario), sino tan solo cómplice. Le falta la cualidad de funcionario. En el caso de una falsificación documental podría concurrir, por el contrario, coautoría, debiendo ser castigado A por el § 267 (falsificación documental) y B por el § 348.2”.¹⁸⁶

Debe advertirse que, a pesar de que en este ejemplo BAUMANN parece deducir la negativa al sujeto no funcionario de la condición de coautor del delito especial del dato objetivo de que “le falta la cualidad de funcionario” —lo cual contradiría incluso la posibilidad de afirmar que este autor defiende un concepto extensivo-subjetivo de autor—, lo cierto es que el auténtico papel que el dato objetivo señalado desempeña en la concepción de BAUMANN es el de presupuesto del criterio (de naturaleza exclusivamente subjetiva) decisivo —siempre en su opinión— para la determinación de la

¹⁸⁵ Vid. BAUMANN, JuS 1973, p. 59.

¹⁸⁶ Vid. BAUMANN, JuS 1963, p. 86.

autoría: realizar el hecho como propio. En relación con la autoría mediata, BAUMANN considera que en los delitos especiales (y en los delitos de propia mano) no cabe esta figura. El razonamiento de BAUMANN es el siguiente: “pero la cualidad de autor del que actúa mediatamente siempre pertenece a la autoría mediata (como a todas las formas de autoría). Ésta solo se da si concurre animus auctoris. Quien tan solo pretende inducir a un hecho de otro, quien no pretende cometer un hecho propio, no es autor mediato, sino inductor. Puesto que en los casos de ausencia de la cualidad de autor del sujeto que actúa mediatamente o en los delitos de propia mano del que actúa inmediatamente no puede concurrir razonablemente animus auctoris, la autoría mediata queda excluida en los delitos especiales y en los delitos de propia mano”.¹⁸⁷

En el mismo sentido, incluso expresándose de modo todavía más drástico, se pronuncian BAUMANN / WEBER / MITSCH.¹⁸⁸ Según estos autores, “debe rechazarse el recurso a la autoría mediata, en todo caso, en los delitos de propia mano y en los delitos especiales, puesto que aquí el hombre de atrás nunca puede presentar la cualidad de autor”. Esta última afirmación no debe ser entendida, con todo, como la expresión de que estos autores consideran que la inidoneidad de la figura de la autoría mediata es predicable de todos los supuestos de delitos especiales. Este extremo es confirmado por el propio BAUMANN: “también en los casos de cualidad especial exigida de autor exigida por la ley puede concurrir autoría mediata tan solo cuando el que actúa mediatamente dispone de esa cualidad. No basta, por tanto, con que el intermediario tenga la cualidad especial del sujeto; al contrario, la cualidad subjetiva del intermediario no es, en absoluto, necesaria”.¹⁸⁹ El planteamiento de BAUMANN parece ser, en suma, el siguiente: se parte de una regla general de acuerdo con la cual la autoría mediata tan solo es posible allí donde la ejecución del hecho presupone propiedades o relaciones especiales, por lo que en los delitos con cualidad especial del sujeto (como por ejemplo la propiedad de funcionario fundamentadora de la pena), la autoría mediata está excluida; pero esta regla tiene una excepción: si el autor mediato tiene, por el contrario, la cualidad especial del sujeto, entonces también puede ser castigado por el correspondiente delito si al intermediario le falta esta cualidad.¹⁹⁰

En la concepción de BAUMANN, “*animus auctoris*” y “*animus socii*” son dos clases distintas de elementos subjetivos que siempre deben

¹⁸⁷ Vid. BAUMANN, JuS 1963, p. 92.

¹⁸⁸ Vid. BAUMANN / WEBER / MITSCH, AT, 10ª ed., cit., § 30, Rn.24.

¹⁸⁹ Vid. BAUMANN, JuS 1963, p. 94.

¹⁹⁰ Vid. BAUMANN, JuS 1963, pp. 95 y 131.

mantenerse *separadas*. Aunque hipotéticamente ello sería posible, BAUMANN considera altamente dudoso, sin embargo, que quepa acudir a la inducción como un instrumento de integración de lagunas (“*Lückenfüller*”) en aquellos supuestos en que, a pesar de que el sujeto de detrás actúa con ánimo de autor, no es pacífica la admisión de la autoría mediata. Ello sucede en los casos de delitos especiales con utilización de un “instrumento doloso no cualificado” y, sobre todo, en los casos de delitos de propia mano. En estas dos clases de delitos, si el recurso a la autoría mediata se considera discutible, una posible alternativa a la calificación jurídica objeto de crítica podría venir representada por el castigo de la conducta del sujeto de atrás a título de inducción. El razonamiento sería el siguiente: al menos en algunos supuestos, es posible afirmar que la voluntad de cometer un delito como propio, acoplada con la voluntad de provocar a otra persona para que cometa el delito, contiene también la voluntad de inducir a un hecho penal ajeno. El escepticismo de BAUMANN en relación con esta “transformación” de ánimo de autor en ánimo de partícipe se debe a dos motivos. En primer lugar, por medio de esta transformación parece ponerse en tela de juicio, al menos indirectamente, el principio “*nullum crimen sine lege*”. Y en segundo lugar, y lo que es más importante, la referida transformación vendría a confundir las diferencias estructurales existentes entre la autoría mediata y la inducción. En este caso, sería incluso preferible, dado el carácter problemático que esta delimitación presenta, renunciar por completo a la distinción entre inducción y autoría. Pero resulta evidente para BAUMANN que no ha sido esta la voluntad del legislador alemán. Una buena muestra de ello lo constituye la previsión en un párrafo del StGB (el antiguo § 48, actual § 26 StGB) de un tratamiento especial de la inducción. La solución de castigar como inductor al sujeto cualificado de detrás presupone, por lo demás, la concurrencia de aquellos elementos

requeridos por el propio Código penal para el castigo de la inducción. Uno de estos elementos consiste en que el hecho principal objeto de la inducción consista en un hecho doloso de autor.¹⁹¹ Pues bien: tanto en los supuestos de delito especial por medio de “instrumento doloso no cualificado” como en los casos de delito de propia mano, el elemento “hecho principal doloso de autor” brilla por su ausencia.¹⁹²

En los supuestos de “instrumento doloso no cualificado”, lo que falta es un hecho típico de autor. Estos supuestos se caracterizan precisamente por que el sujeto de delante, al no ser un sujeto cualificado, no realiza, en realidad, el tipo de autoría del delito especial. El sujeto de atrás no puede ser, en suma, castigado como inductor de un hecho principal de autor que en realidad no existe. La única clase de supuestos en que cabría imaginar que ello podría suceder viene representada por aquéllos en que la utilización de un “instrumento doloso no cualificado” tiene lugar en el marco de un delito especial impropio. En estos supuestos, aunque ciertamente el sujeto de delante siga siendo merecedor de la calificación de sujeto no cualificado en relación con el delito especial (circunstancia ésta que le incapacita, por tanto, para ser autor de dicho delito), no es menos cierto, sin embargo, que no existe problema alguno para que dicho sujeto sea autor del tipo doloso del delito común paralelo. Así, por ejemplo, en el marco del antiguo delito de parricidio, un posible supuesto de utilización de un “instrumento doloso no cualificado” sería aquél que consistiría en que A induce a B a matar a C, padre de A. No resulta en absoluto pacífico que en un supuesto como este quepa castigar a A como autor mediato de un delito de parricidio por utilización de un instrumento doloso no cualificado. En primer lugar, es mayoritaria la opinión de que no es correcto acudir a la estructura del “instrumento doloso no cualificado” para resolver casos como el planteado. Ello se debería a que —siempre según esta línea de pensamiento—, difícilmente podría decirse que B es, en realidad, un instrumento de A. Esta negativa trae causa de dos factores: a) B actúa con plena libertad; y, b) no existe ningún motivo por el que B deba quedar exento de responsabilidad criminal. Y, en segundo lugar, se considera que en estos supuestos, la solución consistente en castigar a B como autor de un delito de homicidio (o asesinato) y B como inductor al mismo resulta enteramente satisfactoria. En suma: según todo lo anteriormente expuesto sobre los casos en que un sujeto cualificado induce a otro no cualificado a la comisión de un delito especial, la única clase de supuestos en que el expediente —presuntamente integrador de lagunas de punibilidad— consistente en castigar al sujeto cualificado como

¹⁹¹ Según el § 26 del StGB alemán “como inductor será castigado igual que el autor aquél que haya determinado dolosamente a otro a su hecho antijurídico cometido dolosamente”.

¹⁹² *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p. 131.

inductor podría tener carta de naturaleza sería la representada por los delitos especiales impropios. En los delitos especiales propios, esta posibilidad, por el contrario, no cabe. No es éste, sin embargo, el lugar más indicado para pronunciarse sobre la corrección de esta última solución, así como tampoco sobre si las críticas a la teoría del “instrumento doloso no cualificado” (singularmente, a su empleo en los delitos especiales impropios) están realmente justificadas.¹⁹³

En los delitos de propia mano, la posibilidad de castigar al sujeto de atrás como inductor pasa, igualmente, por la existencia de un hecho principal doloso de autor. Señala BAUMANN que también en relación con esta clase de delitos cabría preguntarse, en primer lugar, si el sujeto A no cualificado que induce con ánimo de autor a un sujeto B cualificado actúa también, en realidad, con ánimo de inductor. Esto es: si su *animus auctoris* incluye también un “*animus socii*”. La primera cuestión que BAUMANN pone en duda, hasta el punto de acabar negándola (partiendo de su perspectiva extensivo-subjetiva), es que sea en realidad posible afirmar en el marco de un delito de propia mano que un sujeto no cualificado pueda actuar con ánimo de autor. Pero es que, en segundo lugar, advierte BAUMANN, con razón, que los supuestos de delitos de propia mano que mayores problemas de punibilidad plantean son, precisamente, aquellos que se caracterizan por que la conducta del sujeto de delante tiene lugar con desconocimiento de su condición de sujeto cualificado. Un ejemplo clásico de esa clase de supuestos viene representado por el caso de la casera de la casa de citas (*Bordellwirtinfall*). En un supuesto como este, no es posible integrar la laguna de punibilidad existente castigando al sujeto de detrás como inductor, ya que falta un hecho principal doloso de autor.¹⁹⁴

2.4.2. *Valoración crítica*

Sin embargo, la argumentación de BAUMANN no puede ser compartida. Ello se debe a un doble motivo. En primer lugar, no es correcto afirmar que en un delito especial solo el sujeto cualificado pueda actuar con ánimo de autor, representarse el hecho como propio, u obrar por interés propio.¹⁹⁵ Piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en que un tercero,

¹⁹³ *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p. 131.

¹⁹⁴ *Vid.* BAUMANN, JuS 1963, p.131.

¹⁹⁵ Estas son tres de las distintas modalidades que el llamado “*animus auctoris*” presenta para la doctrina. Sobre la teoría del dolo y la teoría del interés como las dos principales

impulsado por intereses personales, económicos, o de cualquier otra índole, induzca a un profesional a la revelación de un secreto del que ha tenido conocimiento por razón precisamente de la profesión de este último. Pero incluso admitiendo como cierta la idea de que solo el sujeto cualificado pueda actuar con ánimo de autor, ello nunca podría constituir, en realidad, un factor determinante de la autoría. Esta diferencia en el plano subjetivo entre autor y partícipe no sería más que el reflejo de una diferencia ya existente en el plano *objetivo*. En los delitos especiales, la posibilidad de distinguir objetivamente entre autor y partícipe vendría reforzada, además, por la exigencia legal de que el sujeto activo del delito presente determinadas cualidades, relaciones, condiciones o deberes jurídicos. De este modo, y ya desde un punto de vista meramente *objetivo*, solo podrá ser autor de un delito especial el “*intraneus*”, mientras que el sujeto cualificado aspirará, a lo sumo, a la condición de partícipe del delito. Así, por ejemplo, si es posible afirmar que un sujeto que no es funcionario no puede actuar con ánimo de autor en un delito de funcionario, ello no se debe, en realidad, a que el sujeto no cualificado no pueda actuar “con ánimo de funcionario”. El motivo de aquella afirmación debe verse, antes bien, en el hecho de que el “*extraneus*” no se encuentra *objetivamente* en la situación de funcionario. Esto es, en el hecho de que no presente la cualidad, relación o condición de funcionario exigida por el tipo, ni recaigan sobre él los deberes jurídicos de funcionario que descansan en su base.¹⁹⁶

variantes del concepto extensivo-subjetivo de autor, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, cit., pp. 314 ss.

¹⁹⁶ En este sentido GALLAS, “Täterschaft und Teilnahme”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p.83; el mismo, *Niederschriften ...*, (2), cit., p. 96.

Dejando al margen la fundamentación subjetiva de la autoría mediata que se encuentra presente en su concepción, objeto de crítica en el texto, lo cierto es, sin embargo, que la percepción de los problemas de autoría mediata que plantean los delitos especiales sobre la que se asienta el planteamiento de BAUMANN es, en lo sustancial, correcta. El supuesto del “*extraneus*” que induce al “*intraneus*” que actúa sin dolo no es, en efecto, el único caso de autoría mediata que puede plantearse en los delitos especiales. Existen al menos otros dos supuestos donde ello sucede: a) el “*intraneus*” induce al “*extraneus*” (que actúa con dolo) a cometer un delito especial (se trata del discutido supuesto del “instrumento doloso no cualificado”); y b) un “*intraneus*” induce a otro “*intraneus*” (que actúa sin dolo, justificadamente o sin culpabilidad) a cometer un delito especial. En relación con el supuesto a), es cierto que esta constelación de casos constituye el objeto de una de las más arduas discusiones suscitadas tanto en la doctrina alemana como en nuestro país en el ámbito de los delitos especiales. La doctrina dominante en Alemania defiende la posibilidad de castigar al sujeto de detrás como autor mediato del delito, mientras que la tendencia mayoritaria de la doctrina española es la contraria.

Sin perjuicio de abundar sobre esta controvertida cuestión en un momento más avanzado de la presente investigación, es preciso señalar aquí lo siguiente: si existe un amplio sector de la doctrina española que rechaza los casos de “instrumento doloso no cualificado” como posible supuesto de autoría mediata en delitos especiales, es obvio que ello no se debe a que no concurren en el hombre de atrás los elementos exigidos por el tipo. Si la posibilidad de castigar como autor mediato al “*intraneus*” inductor en los casos en que el “*extraneus*” inducido actúa dolosamente es puesta en tela de juicio, ello se debe al siguiente argumento: al “*intraneus*” inductor de un supuesto de “instrumento doloso no cualificado” no se le

puede castigar como autor mediato porque *no domina el hecho*. Según esta posición crítica, para que la ausencia de este elemento se produzca en un supuesto de autoría mediata es necesario que el instrumento actúe sin libertad o con engaño. Ninguna de estas dos cosas sucedería, sin embargo, en los casos de “instrumento doloso no cualificado”.

Debido a su evidencia, tampoco resulta necesario abundar en la idea de que también el supuesto b) (“*intransus*” que induce a otro “*intransus*” —que actúa sin dolo, justificadamente o sin culpabilidad— a cometer un delito especial) se encuentra completamente libre de la posible objeción de que el que sujeto que actúa mediatamente disponga de la cualidad requerida por el tipo.

A la vista de lo anteriormente expuesto, parece obligado reconocer que, del mismo modo que sucedía con el concepto unitario, la aplicación del concepto extensivo de autor encuentra serias dificultades en el ámbito de los delitos especiales. No obstante, también en relación con el concepto extensivo de autor se produce el fenómeno —ya advertida *supra* en relación con el concepto unitario de autor— de que algunas legislaciones penales de nuestro entorno cultural han optado por tipificar los delitos especiales (o bien disponer esta posibilidad por medio de una cláusula general) de tal modo que también un sujeto no cualificado interviniente en el hecho pudiera ser su autor. Este último recurso de técnica legislativa no es, de hecho, inédito en la historia legislativa de nuestro contexto cultural. Así lo ponen de manifiesto preceptos tales como el art. 30 del Proyecto alemán de Código penal de 1919. Este artículo permitía expresamente la

posibilidad de castigar al “*extraneus*” en un delito especial como autor mediato del mismo.¹⁹⁷

No obstante ello, esta solución también está lejos de presentarse como una solución óptima. La expresa previsión legal de la posibilidad de castigar a un “*extraneus*” como autor de un delito especial permitiría salvar, ciertamente, la objeción de que defender un concepto extensivo-subjetivo de autor en los delitos especiales es contrario al principio de legalidad. Sin embargo, con dicha previsión legal expresa no se consigue resolver del modo más satisfactorio posible la determinación de la autoría y la participación en los delitos especiales. El concepto *legal* de autor plasmado en el referido art. 30 del Proyecto alemán de Código penal de 1919 es manifiestamente contrario al concepto *doctrinal* de autor que resulta preferible. En efecto, aunque el legislador tuviera a bien disponer que el sujeto no cualificado pueda ser autor de un delito especial, lo cierto es que, a pesar de ello, tanto desde un punto de vista *ontológico*¹⁹⁸ como desde un punto de vista *normativo*, debe seguir afirmándose que el castigo de la intervención en el hecho del “*extraneus*” solo se entiende partiendo de la idea de que el sujeto no cualificado *se adhiere* al hecho cometido por el “auténtico” autor, esto es, el “*intraneus*”. Así, por ejemplo, para que pueda decirse que un sujeto no cualificado interviene en un delito de funcionario, se precisa indefectiblemente de la intervención de un funcionario. La intervención del “*extraneus*” en el delito especial sería, así, una especie de forma *accesoria* de intervención, rasgo éste que, lejos de

¹⁹⁷ Vid. GALLAS, “Täterschaft und Teilnahme”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., p. 113 s., nota 64.

¹⁹⁸ Afirma expresamente que el concepto extensivo de autor desfigura la concepción natural —prejurídica— de la realidad ROXIN, *Autoría y dominio del hecho ...*, cit., p. 46.

caracterizar a las conductas de autoría, caracteriza, antes bien, a las de participación.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Vid. GALLAS, “Täterschaft und Teilnahme”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, cit., pp. 113 s.