

**CONSIDERACIONES SOBRE LA COAUTORÍA Y AUTORÍA MEDIATA EN LOS
DELITOS DE PROPIA MANO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

*Dr. Orlando Gómez González
Profesor de Derecho Penal
Instituto de Criminología
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El autor de un delito es el que realiza el tipo penal dominando la ejecución que puede efectuar por sí mismo (autoría directa o inmediata), conjuntamente de acuerdo con otros (coautoría) o a través de otros (autoría mediata). La imputación objetiva debe extenderse como el juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material

PALABRAS CLAVE: Autoría, Coautoría, Derecho Penal, Análisis doctrinal, Jurisprudencial etiológico del delito.

SUMARIO: I. AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA EN LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE PROPIA MANO. II. EN DEFENSA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO. III. LA TEORÍA DEL DELITO DE PROPIA MANO EN LA JURISPRUDENCIA. IV. BREVE VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

I.- AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA EN LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE PROPIA MANO.

Un sector doctrinal viene aseverando que tanto en los delitos de agresiones sexuales de los artículos 178 y 179 como en los delitos contra la seguridad del tráfico de los artículos 379 y 381 del Código Penal se pueden admitir las formas de intervención tanto de coautoría como de autoría mediata, y por consiguiente dejan de tener carácter de delitos de propia mano.¹⁸⁷

La regulación de las agresiones sexuales de los artículos 178 y 179 tipo básico y tipo cualificado ha sido consecuencia de las modificaciones de la figura de violación y en sentido general de los ambiguos y desfasados abusos deshonestos, quedando definitivamente establecidas las agresiones sexuales por la reforma operada en la L.O. 11/1999 de 30 de abril como delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Título VIII, Capítulo I del Código Penal español. Así, se dispone una descripción típica de carácter amplio, con una terminología de mayor alcance, que a nuestro juicio mejoró la política criminal existente hasta el momento, pues permite interpretar dentro del concepto de sujeto activo una amplia descripción al incluir a aquellos que no realizan el acto lúbrico o el acceso carnal por sí mismos,¹⁸⁸ y no se establece la obligación de que la agresión sexual tanto genérica como cualificada se efectúe por el sujeto activo, pues el mismo es completamente indiferenciado. «Cualquiera» puede atacar contra la libertad sexual de otro. El bien jurídico protegido se puede atacar directamente “por sí solo” (autor inmediato), “conjuntamente” (coautor) o “por medio de otro que le sirva como instrumento” (autoría mediata). La admisión de dicha posibilidad supone romper con la tesis mayoritaria tanto doctrinal como jurisprudencial que considera al delito de agresiones sexuales como de propia mano.

La teoría del dominio del hecho –como analizaremos más adelante– es de gran utilidad en la jurisprudencia para resolver problemas en el orden de autoría y participación y tiende de una manera cada vez más clara a dar fundamento a sus decisiones con apoyo de esta teoría. Ejemplo de ello lo tenemos en la problemática de los delitos de propia mano. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal

¹⁸⁷ Así, GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N°5 (UNED), Madrid, 1995, pp.297-316 y ss. En similar sentido, MORENO Y BRAVO, E., “La coautoría en el delito de violación del artículo 179 del CP español”, en *El Derecho*, N°1163, Madrid, 2000, pp.1-5; Ampliamente, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Ed.Dykinson, Madrid, 2004, pp.169 y ss.

¹⁸⁸ En este sentido, MORENO Y BRAVO, E., “La coautoría en el delito de violación ... Ob.cit., p.1; CARMONA SALGADO, S., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en *Compendio de Derecho Penal Español, Parte Especial dirigido por D. Manuel Cobo del Rosal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp.174 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de violación...* Ob.cit., pp.297 y 298; MORALES PRATS, F., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual”, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (dirigido por Gonzalo Quintero Olivares)*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p.440; CANCIO MELIÁ, M., “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *Revista ABZ* N°150, México, 2003, p.56.

Supremo español muestra hasta qué punto se ha producido un cambio de puntos de vista respecto de delitos concretos.

En los delitos de propia mano el sujeto activo puede ser cualquiera. No es necesaria una especial calificación, pero se requiere la realización corporal. Son los delitos “que sólo pueden ser llevados a cabo mediante la propia ejecución corporal de las acciones típicas”.¹⁸⁹

Se ha admitido en la STS de 2 de noviembre de 1994 (RA 8386, ponente Bacigalupo Zapater), la posibilidad de coautoría, e inclusive la autoría mediata en el precitado delito. Basta que se atente contra la libertad sexual, pues lo determinante para el injusto –en este caso, libertad sexual– no es el movimiento corporal, sino la lesión al bien jurídico. La citada sentencia dispuso que «por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual que resulta vulnerado desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo como cuando se realiza a través de otro que opera como mero instrumento.» El quebrantamiento o lesión al bien jurídico libertad sexual no se produce sólo con el acceso carnal sino con la realización del mismo mediante el uso de la fuerza o intimidación en el caso del cualificado (artículo 179), y en el caso del básico o genérico del precepto 178 por el empleo de esos medios para lograr el acto de naturaleza sexual sin necesidad del acceso carnal.¹⁹⁰

Admitida la coautoría, nada obstaculiza la apreciación de una autoría mediata en quien ejerce la fuerza en el delito de agresión sexual cualificada. Ello supone excluir la clasificación de delito de propia mano. Para la teoría del dominio del hecho, autor será quien domina finalmente la ejecución del hecho. La citada STS de 02/11/1994 afirma la posibilidad de admitir la coautoría en este delito, cuando se ejerce la violencia para lograr el acceso carnal doloso, realizado por un tercero. Estas premisas permiten delimitar más certeramente el análisis de la coautoría en el marco de los artículos 178 y 179 del Código Penal. Así también la STS de 05/07/1995 (RA 5386). Como conclusión, aún cuando inicialmente se usara para fijar el concepto de

¹⁸⁹ En este sentido, MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, p.23 y ss.; ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p.443.

¹⁹⁰ Este criterio tiene la validez de un principio rector, debido a la previsión expresa de esta conducta con la utilización de violencia o intimidación como parte integrante de la realización típica. En estos casos, la conducta en cuestión adquiere relevancia típica y fundamenta el castigo del coautor. En este sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.472.

autor directo y material, en este momento sirve para delimitar entre clases de autoría.

La doctrina mayoritaria distingue claramente entre autoría mediata e inmediata. Así, Hernández Plasencia sostiene que la autoría mediata presenta un elemento en común con la directa, siendo el dominio del hecho.¹⁹¹ Por tanto, el autor mediato “realiza el tipo”, llevando a cabo la ejecución del tipo mediante otro. Evidentemente, está ejecutando el tipo penal.¹⁹² Esto no significa “ejecución” de propia mano, sino tan sólo una equivalencia valorativa de dicha ejecución. El sujeto *no responde* por lo que hace otro, sino por lo que él realiza mediante o a través de otro. Al autor mediato le «pertenece» su propio injusto, realiza el tipo, aunque no lo ejecute directamente. Puede hacerlo por medio de otro que le sirva de instrumento, teniendo el dominio de la voluntad. De hecho, la tentativa habrá de comenzar con la actividad del autor mediato y no con la del instrumento. La solución al comienzo de tentativa en la autoría mediata está dada cuando el autor mediato haya abandonado voluntariamente el control sobre el riesgo existente en la conducta del instrumento, es decir, abandono del control sobre el riesgo.¹⁹³

También se puede apreciar la coautoría cuando se ejerce la fuerza, aunque no se realice el acceso carnal por ser un delito compuesto por varios actos: acceso carnal, fuerza o intimidación, que no necesariamente debe realizarse por la misma persona. Nadie duda de que la coautoría es también autoría¹⁹⁴. En esta figura el comienzo de la tentativa está dado en el inicio conjunta y simultáneamente de la ejecución del hecho. En virtud de esta organización conjunta de la realización delictiva, y partiendo de la teoría del dominio funcional del hecho que poseen todos los coautores, cada coautor no sólo tiene dominio de su parte, sino de la totalidad del hecho.¹⁹⁵ En la coautoría se da una relación de coejecución material de imputación recíproca entre

¹⁹¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Ed.Comares, Granada, 1996, p.88. En el mismo sentido, BOLEA BARDÓN, C., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp.63, 134 y ss.

¹⁹² Así, GONZÁLEZ RUS, J., “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en «*Problemas de autoría*», *Cuaderno de Derecho Judicial (CGPJ)*, Madrid, 1994, p.108; SÁNCHEZ VERA, J., “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica “trascendencia”, en *Revista Iberoamericana de Ciencias Penales*, N°3, mayo/agosto, Porto Alegre, 2001, p.139; BOLEA BARDÓN, C., *La autoría ...*, Ob.cit., p.57.

¹⁹³ Ampliamente, ALCÁCER GIRAÓ, R., *Tentativa y formas de autoría (sobre el comienzo de la realización típica)*, Edisofer, Madrid, 2001, pp.161, 171 y ss.; en similar sentido, MIR PUIG, S., *DP PG*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1996, pp.378 y 379. En similar sentido, BOLEA BARDÓN, C., *La autoría ...* Ob.cit., pp.159 y 160; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Ob.cit., p.104 y ss. Anteriormente se planteó que el principio de ejecución de la tentativa comienza con la actuación sobre el instrumento. Así,; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Autor mediato en Derecho Penal Español”, en *ADPCP*, Madrid, 1969, p.465; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *DP PG*, Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 1990, p.574.

¹⁹⁴ Así, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed., Madrid, 1997, p.365; PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, p.210 y ss. “Podría definirse al coautor como aquel que lleva a cabo en fase de ejecución una prestación imprescindible, conforme al principio de división del trabajo acordado en común y orientada a la realización del plan global del hecho típico. De esta definición se deducen dos elementos: uno de carácter objetivo, la ejecución conjunta del hecho y otro de carácter subjetivo, la decisión conjunta del hecho.”

¹⁹⁵ Así, PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1998, 206 y ss. En el sentido del comienzo de la tentativa en la coautoría, ALCÁCER GIRAÓ, R., *Tentativa...* Ob.cit., p.210 y ss.

los intervinientes de manera que lo realizado por cada uno de ellos se atribuirá como parte de la acción colectiva.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la coautoría en estos delitos como se refleja en las STS de 4 de junio de 1952, STS de 28 de mayo de 1983, STS de 16 de febrero de 1985, STS de 14 de abril de 1987. Antes de la reforma penal de 1989 (L.O. 3/1989 de 21 de junio) la intervención de una mujer en la realización del hecho ejerciendo fuerza e intimidación se consideraba como cooperación necesaria al no considerarla como sujeto activo, pero idéntico comportamiento –afirma Gómez Pavón- era tratado como coautoría si el sujeto era hombre.¹⁹⁶ La anteriormente citada STS de 2 de noviembre de 1994 al referirse al delito de violación dispone «.... La estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la posibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se pueda lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia, por lo que no existe inconveniente alguno en considerar autor al autor mediato o al coautor que ejerce la fuerza o intimidación, aunque no realice el acceso carnal personalmente.» A la par de la jurisprudencia la doctrina dominante considera que el precepto no exige que la violencia haya de ser ejercida por el mismo sujeto que realiza el contacto sexual bastando que se aproveche de la violencia ejercida por un tercero.¹⁹⁷

En cuanto a los delitos de conducción, es decir, contra la seguridad del tráfico, en los artículos 379 y 381 del Código Penal, se han catalogado como delitos de propia mano, ya que sólo sería posible la realización directa y personal de la acción típica. En ellos, el autor será quien esté en situación de ejecutar inmediata y corporalmente la acción prohibida. Sólo la persona que realiza actos considerados de conducción de vehículo de motor o ciclomotor podrá considerarse autor del delito.¹⁹⁸ Por otra parte, un sector doctrinal valora la posibilidad de coautoría y autoría mediata en estos delitos.¹⁹⁹ Actualmente, porque se reconoce esta forma de intervención, se pone en duda la cualidad de propia mano de estos delitos. Así, Sánchez-Vera afirma

¹⁹⁶ GÓMEZ PAVÓN, P., *La violación ...*, Ob.cit., p.320.

¹⁹⁷ En este sentido, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexual", en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Dirigido por Quintero Olivares)*, Aranzadi, 2ª edición, Pamplona, 1999, p.243.

¹⁹⁸ Así, GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1998, pp.167, 168 y 171; TAMARIT SUMALLA, J.M., "Delitos contra la seguridad del tráfico", en *Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal (Dirigido por Quintero Olivares)*, Aranzadi, Pamplona, 1999, 2ª ed., p.1080.

¹⁹⁹ En esta línea, CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Vol.III, Barcelona, 1978, p.1253. Plantea que no hay razón alguna para excluir la posibilidad de que el tipo sea conjuntamente realizado por varias personas, pues tanto el que conduce como el que dirige y controla la marcha de un vehículo de motor a través de un individuo que opera como instrumento puede llevar a cabo la acción. Y así hace referencia a la STS de 5 de junio de 1957; SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado "delito de propia mano"...*, Ob.cit., pp.171-173.

que la categoría de los llamados delitos de propia mano queda vacía de contenido propio, pues demuestra que algunos de los delitos pertenecientes a esta categoría son en realidad delitos de infracción de deber,²⁰⁰ y los que supuestamente son de propia mano y no pueden ser considerados como infracción de deber, por carecer de un deber especial, los cataloga en un grupo de delitos que denomina *delitos fácticamente calificados*, incluyendo entre ellos los de agresiones sexuales y los delitos contra la seguridad del tráfico.

En este caso afirma que el hecho de conducir un vehículo o lo que es lo mismo ser conductor es simplemente una circunstancia fáctica transmisible de un hombre de delante a un hombre de detrás. Por lo que la formulación de los artículos 379 y subsiguientes del CP «el que condujere un vehículo de motor» no se diferencia de la acción típica «el que matare» del artículo 138. Por tanto, desde una interpretación teleológica este autor llega a la conclusión de que la presunta cualidad de propia mano en estos delitos que nos ocupan es simplemente una cualidad fáctica que no excluye la posibilidad de una autoría mediata.²⁰¹ Tampoco existe inconveniente para afirmar la realización de estos delitos en coautoría, porque conducir es una conducta divisible en varios actos, o mejor dicho, acciones u omisiones como son acelerar, frenar o no, cambiar de velocidades, girar el volante a un lado a otro. No sólo pueden realizarse estas acciones por la misma persona, accediendo también al quebrantamiento del bien jurídico protegido seguridad del tráfico.

II. EN DEFENSA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La teoría del dominio del hecho explica de modo satisfactorio la autoría mediata y la coautoría, tanto en su aplicación en la teoría científica como en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo español.

Desde la óptica de la teoría objetivo formal de la autoría no se puede dar una correcta respuesta a la autoría mediata. Esta construcción se sustenta sobre la base de la redacción típica en la que autor es aquel que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descritas en los tipos descritos de la parte especial.

²⁰⁰ Sobre esta categoría de delitos, SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado "delito de propia mano"...*, Ob.cit., p.163,168 y ss.; del mismo autor, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2002, pp.30,215 y ss.

²⁰¹ SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado delito de propia mano ...*, Ob.cit., p.162 y ss. Previamente a esta magnífica investigación ya este penalista se había referido a la equiparación entre autoría mediata e inmediata al considerar que se pretende poner en duda la corrección de una separación radical entre autoría mediata e inmediata con la lógica consecuencia de hacer tambalearse la hasta ahora sólida teoría del delito de propia mano. "Sobre la figura de la autoría mediata y su tan fenomenológica trascendencia", en *Revista Iberoamericana de Ciencias Penales* N°3, mayo/agosto 2001, Porto Alegre, Brasil, pp.113 y ss.

Todos los demás intervinientes serán inductores o cómplices.²⁰² Por lo que si autor es sólo aquel que realiza el tipo, el hombre de atrás (autor mediato) no podrá ser nunca considerado como autor.²⁰³

El concepto de autor debe basarse más en la idea del dominio que en la primitiva idea de la ejecución. Precisamente, el autor de un delito es el que realiza el tipo penal dominando la ejecución que puede efectuar por sí mismo (autoría directa o inmediata), conjuntamente de acuerdo con otros (coautoría) o a través de otros (autoría mediata). Dicho concepto lo debemos buscar en la realización de dominio y no en la ejecución. Ésta por sí sola no fundamenta el conjunto de todas las formas de autoría, mientras que el dominio, prescindiendo de la ejecución de propia mano, fundamenta siempre, salvo en determinadas clases de delitos (en los delitos de infracción de deber), la autoría. De esta forma, puede decirse que existen sujetos que sin ejecutar de propia mano un tipo penal son autores si son titulares del dominio del hecho.²⁰⁴

Por estas razones, la teoría del dominio del hecho explica eficazmente la autoría mediata y la coautoría con su carácter esencialmente objetivo, sobre la base de una interpretación restrictiva. El concepto restrictivo de autor encuentra su fundamento en la realización del tipo penal, reconociendo que todos los intervinientes en el delito no son autores, sino que unos pueden actuar en calidad de autores y otros en la de partícipes. Los primeros realizan el hecho y los segundos sólo contribuyen a su realización. De hecho, se puede interpretar en la regulación vigente en el artículo 28 del Código Penal español. Así la circunstancia de quien utilice a otra persona como instrumento para realizar un delito o que haya intervenido en el hecho en unión de otros desarrollando actos ejecutivos, son excepciones necesarias y extraordinarias a un concepto restrictivo de autor que aparecen fundamentadas en criterios de política criminal.²⁰⁵

²⁰² ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p.52.

²⁰³ En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, p.32 y 35; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, p.466; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Ob.cit., p.23; RUIZ ANTÓN, L.F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1982, p.159; BOLEA BARDÓN, C., *La autoría ...* Ob.cit., p.161 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de violación ...* Ob.cit., p.323; MORENO Y BRAVO, E., *La coautoría en el delito de violación*, Ob.cit., p.5; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal Parte General*, Ob.cit., p.358; MIR PUIG, S., *Derecho Penal parte General*, 4ª ed., Ob.cit., pp.362 y 363; ALCÁCER GIRAÓ, R., *Tentativa y formas de autoría*, Ob.cit., pp.124 y 125; GÓMEZ GONZÁLEZ, O., *Participación Criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2001, pp.53 y ss.

²⁰⁴ GÓMEZ GONZÁLEZ, O., *Participación criminal...* Ob.cit., pp.55 y 56; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata*, Ob.cit., pp.63, 64, 67 y ss.; ALCÁCER GIRAÓ, R., *Tentativa y formas de autoría...* Ob.cit., p.126; MIR PUIG, S., *DP PG*, 5ª ed., Barcelona, 1998, p.367; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, p.363 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría ...* Ob.cit., pp.57 y 58.

²⁰⁵ En este sentido, OLMEDO CARDENETE, M.D., "Comentarios a los artículos 27, 28 y 29", en *Comentarios al Código Penal (Dirigido por Manuel Cobo del Rosal)*, T-III, Edersa, Madrid, 2000, p.215.

Por tanto, la teoría del dominio del hecho tiene ventajas sobre la formal objetiva, pues no está sustentada sobre criterios formales, sino en el elemento objetivo material de la ejecución del tipo, estableciendo con claridad que el tipo penal no sólo tiene que ser llevado a cabo de propia mano, sino que puede ser ejecutado con ayuda de otro que sirva como instrumento o conjuntamente en ejecución por división del trabajo (coautoría).²⁰⁶ En fin, somos partidarios de la opinión de que los delitos de propia mano se muestran como los últimos rescoldos de la teoría formal objetiva y, son por ello, ajenos a la moderna teoría del dominio del hecho.²⁰⁷

III. LA TEORÍA DEL DELITO DE PROPIA MANO EN LA JURISPRUDENCIA

La decadencia de la construcción de los delitos de propia mano no sólo se está evidenciando en la doctrina. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha venido reconociendo la posibilidad de coautoría y autoría mediata en delitos de esta categoría, principalmente en las agresiones sexuales. Tras un complejo y largo proceso que naturalmente viene afectando a la autoría y participación se nota el avance de la doctrina del TS ante la certera crítica dogmática.

Este esperanzador avance de la jurisprudencia española se ha centrado fundamentalmente en torno al primer problema que atañe a la teoría de la participación, es decir, la delimitación entre autoría y participación. Con independencia de que se compartan o no, se han aplicado con corrección dogmática diversas teorías generales sobre la autoría, como la teoría del dominio del hecho. Así, en la STS de 15/04/1988 (RA 2781), ponente Bacigalupo Zapater, se aplica correctamente esta teoría al disponer que «no resulta discutible que quien ha realizado una parte de la acción ejecutiva del delito y ya ha decidido la realización del hecho en igualdad de condiciones con los demás partícipes, ha obrado con el dominio funcional del hecho.» Se reafirma un rechazo hacia la postura formal-objetiva de la autoría cuando se establece que «.. un criterio formal-objetivo para la delimitación de la autoría resulta inconciliable con los presupuestos valorativos de la ley y los fines político-criminales del legislador, dado que ni la autoría mediata ni la coautoría se pueden explicar satisfactoriamente con tal punto de vista, a pesar de ser sucesos cuyos sentido jurídico no difiere esencialmente de la autoría...» Esto permite afirmar que «tomar parte directa en la ejecución del hecho» no significa

²⁰⁶ El dominio del hecho se puede analizar desde tres aspectos: el dominio de la acción, de la voluntad y el dominio funcional. MIR PUIG, S., *DP PG*, 4a ed., Ob.cit., p.364; JESCHECK, H., *Tratado de DP PG*, Bosch, Barcelona, 1981, p.898; ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho...*, Ob.cit., pp. 306, 321 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", en *ADPCP*, N°3, Madrid, 1984, p.110 y ss.

exclusivamente realizar una parte de la acción típica o un aspecto de la misma, sino también llevar a cabo un comportamiento de especial significación en el concepto de la comisión en el delito. Así, STS de 20/10/1988 (RA 8375), STS 21/10/1988 (RA 9680). Por su parte, en la sentencia de 25/04/1988 (RA 2872, ponente Bacigalupo Zapater), se señala que la teoría subjetiva “se opone a la orientación de la jurisprudencia de esta Sala, cada vez más definida en la dirección de la teoría del dominio del hecho.”

En STS de 17/06/1988 (RA 5032), del mismo ponente, sin mencionar expresamente la teoría del dominio del hecho, se hace alusión a los elementos atribuidos al dominio funcional para caracterizar la coautoría. La STS de 27/01/1988 (RA 5385), ponente Montero Fernández Cid, se refiere al dominio funcional del hecho, al igual que la STS de 10/10/1988 (RA 7721).

Ya en STS de 21/12/1988 (RA 9680) se menciona el condominio del hecho, refiriéndose al dominio funcional del hecho cuando dispone que «todos los criterios postulados para distinguir la participación de la autoría y, por tanto, a la coautoría, persiguen, como es sabido, establecer cuáles son las circunstancias determinantes de este papel principal. La jurisprudencia de esta Sala ha subrayado constantemente que una decisión común (frecuentemente designada como “acuerdo previo”) es un elemento básico de la coautoría. Sin embargo, en los precedentes más recientes la jurisprudencia ha considerado que el mero acuerdo, por sí solo, es insuficiente para caracterizar la coautoría, dado que es posible un acuerdo en el que la distribución del trabajo se lleve a cabo otorgando a alguno de los partícipes papeles principales y a otros tareas subordinadas, que no permitirían fundamentar la coautoría». La observación que hace Gómez Benítez a la doctrina del acuerdo previo, en el momento de estudiar el dominio funcional del hecho puede erróneamente confundirse con la desfasada y subjetiva teoría. Se trata de la parte no ejecutiva de los intervinientes. Es necesario destacar que la doctrina no recoge nunca a los meros preparadores del hecho. Se refiere a los sujetos que realiza actos de ejecución de la acción típica. Si se dice de alguien que sólo se ha limitado a “ponerse de acuerdo” en la preparación de un hecho delictivo, esto no quiere decir que pueda dominar realmente los acontecimientos y el transcurso de ellos. Debe quedar claro que el dominio del hecho en la coautoría ha de constatarse en la fase de realización o

²⁰⁷ Ampliamente, SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado “delito de propia mano”...*, Ob.cit., p.105.

ejecución del mismo, con un contenido objetivo.²⁰⁸ En función de estas consideraciones se viene sosteniendo que «junto a la decisión común al hecho se precisa para la coautoría una ejecución común que será de apreciar cuando el sujeto en cuestión haya dispuesto el condominio del hecho, es decir, cuando haya compartido con los otros la dirección del hecho típico.» En la misma línea destacan la STS de 21/02/1989 (RA 1619), ponente Bacigalupo Zapater, en la que se defiende el dominio funcional del hecho, la STS de 20/12/1989 (RA 9728), así como la STS de 22/09/2003 (RA 1187) con la aplicación de la teoría del dominio del hecho, específicamente el codominio del hecho, estableciendo además la distinción entre coautoría y cooperación necesaria.

Por otra parte, la STS 950/2000 de fecha 4 de junio, ponente José Antonio Martín Pallín, sobre un delito contra la seguridad del tráfico, niega poder imputar al acompañante del conductor una coautoría –en un delito, concretamente de conducción temeraria del artículo 381 del CP– al no considerar ningún elemento fáctico ni un *pacto previo* o consenso criminal para incriminar al acompañante del conductor, pues este sólo se limitó a viajar a su lado y no constar que incitara a los mismos o apoyara su comisión. Con independencia de los elementos fácticos en que se basa esta resolución no se hace una alusión a la teoría del dominio del hecho.

Parte de la doctrina considera deseable la orientación de la jurisprudencia hacia la teoría del dominio del hecho, lo cual se viene incrementando en las sentencias del Tribunal Supremo en los últimos años, quizás su posición dominante en la ciencia y su pronunciamiento en contra de las teorías subjetivas. Es natural que este incremento de la aplicación del dominio del hecho en la jurisprudencia, previsiblemente no va a hacerlo en forma de ruptura brusca con la línea anterior, sino que lo hará continuando la evolución de los puntos de partida de una concepción objetivo material o normativa del Derecho Penal.

IV. BREVE VALORACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La figura del delito de propia mano no sólo no se corresponde con un correcto entendimiento con la autoría mediata y la coautoría como una simple forma fenomenológica de aparición de la autoría –como asevera Sánchez Vera–, sino que además también se opone, en general, a la hoy imperante concepción normativa del

²⁰⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *ADPCP* 3, Madrid, 1984, p.110 y ss.

Derecho Penal y a la noción de autoría que en ella descansa.²⁰⁹ Como hemos demostrado con la teoría del dominio del hecho podemos acercarnos a una breve valoración de la teoría de la imputación objetiva, porque a medida que la naturaleza objetivo-subjetiva del dominio del hecho se va tornando más objetiva en detrimento del aspecto subjetivo este dominio del hecho queda más ligado a consideraciones normativas y valorativas, afectando de este modo a los requisitos de las formas de autoría y participación, permitiendo unificar toda la teoría con independencia de datos naturalísticos. Así, “la teoría del dominio del hecho cambia su sentido originario si se pasa por el tamiz metodológico de la teoría de la imputación objetiva. Podemos entonces hacer referencia a una teoría normativa del dominio del hecho. Este dominio normativo del hecho nos permite primeramente la constatación de que el hecho es objetivamente incumbencia o competencia preferente de una persona ya sea exclusiva en el caso de la autoría inmediata, compartida en la coautoría o a través de otro en la autoría mediata”.²¹⁰ Seguidamente, habría que pasar a analizar si se dan los irrenunciables requisitos de la responsabilidad subjetiva o personal como es la infracción de la norma de conducta en los delitos dolosos o la infracción de la norma de cuidado en los delitos imprudentes.

Si además podemos aseverar que el problema de la autoría actualmente se trata desde la perspectiva de la imputación objetiva, es decir, desde el punto de vista normativo y no naturalístico, puede considerarse autor a aquel que con su acción u omisión ha desequilibrado el riesgo permitido y por tanto ha determinado que se convierta en riesgo jurídicamente desaprobado. La concepción del riesgo ha cobrado especial relevancia en el seno de la teoría de la imputación objetiva. Tal es así que sólo la creación de un riesgo ya sea de forma inmediata, mediata o conjunta, o una omisión equivalente a esa creación de riesgo fundamentaría la autoría. Por otra parte, los demás intervinientes en la obra delictiva (partícipe) sólo responderían de forma accesoria con su favorecimiento o ayuda a la aparición de dicho riesgo.

Verdaderamente, la teoría de la imputación objetiva *debe extender su alcance* más allá del problema del nexo que debe concurrir entre conducta y resultado en los delitos de resultado y en los de mera actividad. La imputación objetiva debe extenderse como el juicio que permite imputar *jurídicamente* la realización de la

²⁰⁹ Así, SÁNCHEZ-VERA, J., *El denominado “delito de propia mano”...*, Ob.cit., p.95.

²¹⁰ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en Derecho Penal español la participación imprudente y la participación en delito imprudente? I”, en *La Ley*, N°4972, Madrid, 2000, p.4.

parte objetiva del tipo a su ejecución material.²¹¹ Esto sería válido tanto para la autoría mediata como para la coautoría en la realización de los tipos de agresiones sexuales y en los delitos contra la seguridad del tráfico que nos ocupa. De manera que la teoría de la imputación objetiva no sólo hace relación a la producción de resultados, ni alude únicamente a la relación existente entre comportamiento típico y su resultado, ni es una simple agrupación de criterios. De acuerdo con una visión correcta debe decirse que un resultado podrá ser objetivamente imputado a un individuo cuando él haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya realizado en un resultado, por lo que la imputación objetiva tiene dos elementos: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado, entendiendo este último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas.²¹²

²¹¹ MIR PUIG, S., *DP PG*, 5ª ed., Ob.cit., p.236.

²¹² En este sentido, REYES ALVARADO, Y., "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en *ADPCP*, N°45, Madrid, 1992, pp.961 y 962. La imputación objetiva no debe limitarse a los delitos de lesión y mucho menos a los de resultado.