

Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural

María Acale Sánchez

Sumario: I. Introducción. II. Principales consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural. 1. Introducción. 2. Comisión por omisión y delitos de mera actividad. 3. Delitos de mera actividad y relación de causalidad. 4. Delitos de mera actividad e imputación objetiva. 5. Delitos de mera actividad y autoría. 6. Mera actividad y tipo subjetivo. 7. Delitos de mera actividad e iter criminis.

I. Introducción

(p. 74) Los delitos de mera actividad se contraponen a los delitos de resultado, hasta el punto que cada uno de ellos carece de sentido sin el otro; esto determina que el estudio de cualquiera de los dos no pueda realizarse si no es a partir de la cuestión que los separa: esto es, la falta del resultado que define a los delitos de resultado en los de mera actividad. Como afirma Antolisei, la distinción entre ambas clases de delito es una cuestión puramente teórica¹; si bien doctrina y jurisprudencia han articulado una serie de (p. 75) consecuencias prácticas de indudable importancia en torno de dicha diferenciación. Sin embargo, como se comprobará a lo largo de las páginas que siguen, las supuestas características dogmáticas de los delitos de mera actividad que determinan la articulación para ellos de una supuesta parte general especial quedan en entredicho cuando se lleva a cabo un estudio comparado del derecho positivo, en este caso, de los Códigos penales español y del peruano.

Ciertamente los problemas dogmáticos que plantean los delitos de mera actividad no se deben a la estructura que los mismos presentan, sino a las características que se predicen del resultado del que carecen, cuestión ésta ampliamente discutida. Así, sin modificar la definición positiva de los delitos de mera actividad (delitos que carecen del resultado que define a los delitos de resultado), su fisonomía va a ser completamente diferente según el parámetro de referencia, esto es, según se entienda que son delitos sin resultado natural o sin afección al bien jurídico. Esto significa que el estudio de los delitos de mera actividad es un estudio en negativo sobre el polimórfico concepto de resultado en Derecho penal².

En primer lugar, un sector doctrinal entiende que el resultado es el efecto de la acción sobre el objeto material del delito³. De esta forma, si los delitos de mera actividad se definen como delitos sin resultado y éste como el efecto de la acción sobre el objeto material, aquéllos, como si de un silogismo se tratara, serían delitos sin objeto material. Sin embargo, si se parte de que el estudio sobre el objeto material se centra en la acción más que en el resultado en virtud del cual se define la conducta típica, el silogismo se rompe. Al serlo de la acción y al ser definidos los delitos de mera actividad como delitos de acción carentes de resultado natural, no hay por qué hacer afirmaciones categóricas al respecto, pues solucionan poco. Esto significa que a priori el objeto material nada condiciona en este sentido a la categoría de los delitos de mera actividad que pueden tener objeto material de la acción al igual que los delitos de resultado pueden carecer del mismo; así se relativiza a la vez la importancia sistemática del objeto material pues deja de ser un elemento esencial del tipo que, en contra de lo mantenido por Cancino Moreno, no es siempre un elemento esencial de todos los delitos⁴. (p. 75) Por otro lado, la función que se predica por parte del autor citado del objeto de la acción como sustrato necesario del bien jurídico no puede ser rechazada, pero tampoco puede ser asumida totalmente: todo dependerá de que sea posible identificar un objeto material típico en el que se pueda decir que a su vez, se encuentre reflejada siquiera sea la faceta pasiva o estática del bien jurídico⁵.

¹ Antolisei, 1930, p. 30.

² Sobre la pluralidad del término *resultado* en Derecho penal, véase Lorenzo Copello, 1992.

³ Cancino Moreno, 1979, pp.21 y ss.

⁴ Acale Sánchez, 2000, p. 109.

⁵ EN EL MISMO SENTIDO BONETTO/BUTELER/COSTA/LASCANO/PIÑERO/SUÁREZ., 2000, p. 290.

En este sentido, si es posible visualizar la afección al bien jurídico a través del menoscabo del objeto material, en la medida en que sobre éste se refleje aquél como si de un espejo se tratara, no hay por qué ignorar dicho efecto e intentar deducir la afección por otras vías dogmáticas pues materialmente ya viene solucionado el problema; por eso también los bienes jurídicos que sean inmateriales, o aquellos otros en los que a pesar de tener objeto de la acción no pueda decirse que éste represente al bien jurídico, podrán ser lesionados o puestos en peligro atendiendo a la ruptura del equilibrio de los intereses que se resuelve en su interior⁶, ruptura que también se da en los delitos en los que el bien jurídico se corporativiza en un objeto material, pero en estos casos la afección se visualiza ya a través de la fisonomía del propio objeto material menoscabado⁷. Este razonamiento no convierte al objeto material en un «comodín»; por el contrario, afirma su importancia, pero sólo allí donde lo haya: esto es, el objeto material es un elemento esencial del delito que no siempre es necesario, al igual que sucede con el resultado natural. Ahora bien, el que falte esta clase de resultado no supone que falte también el objeto material, en la medida en que el objeto lo es de la acción, y no del resultado⁸.

En las antípodas de estas afirmaciones se encuentran las de aquel sector doctrinal que parte de que el resultado es el efecto directo de la acción sobre el bien jurídico y separable de ella⁹. Así, si los delitos de mera actividad se siguen definiendo como delitos carentes de resultado, serían delitos sin afección al bien jurídico a través del resultado y por tanto sostenidos exclusivamente en el desvalor de acción¹⁰. En este sentido, en el marco del injusto personal, no existirían excesivos problemas para justificar la **(p. 76)** existencia de estructuras típicas de mera actividad¹¹; si bien, desde el momento en que el desvalor de resultado coadyuva a configurar el injusto, los delitos de mera actividad se convertirían en delitos «cojos» o, en todo caso, ortopédicamente sostenidos, esto es, delitos cuyo injusto estaría insuficientemente configurado¹².

Estos autores amplían la vigencia de la categoría de la mera actividad al injusto sobrepasando el de la estructura típica del delito en cuestión¹³. Consecuencia directa de ello es que ni los delitos de lesión, ni los de peligro concreto ni los de peligro abstracto como peligro potencial para un bien jurídico podrían ser considerados delitos de mera actividad, categoría que quedaría reducida a aquellos delitos en los que no es posible identificar bien jurídico protegido alguno. En este sentido afirma Lorenzo Copello que entonces «no solo estaremos ante un delito sin resultado sino también, ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado. Serían pues delitos de mera desobediencia y rebasarían los límites dentro de los cuales el Derecho Penal está legitimado para actuar. Estos delitos, tal vez los únicos que inequívocamente pueden calificarse como de 'simple actividad' carecen de toda justificación en un ordenamiento penal orientado a la protección de bienes jurídicos»¹⁴.

Pero al margen en este momento de que desde estas premisas el bien jurídico pierda su función crítica, ¿puede realmente afirmarse que el resultado de la acción es el efecto sobre el bien jurídico? Es decir, ¿son los bienes jurídicos entidades reales directamente lesionables? Si se piensa en el supuesto en el que como consecuencia de la realización del comportamiento típico el objeto material del delito no resulta menoscabado sino que, por el contrario, resulta mejorado, parece por lo menos discutible la afirmación de que el resultado de la acción sea la lesión o el peligro directo para el bien jurídico.

Así pues, si se rechazan las dos opciones anteriores hay que entender que el resultado del que carece esta clase de delitos y que define como propios a los de resultado ha de ser un efecto «natural», separable espacio-**(p. 77)** temporalmente de la acción y que por decisión del legislador es un elemento típico de determinados delitos, con independencia de que exista o no un objeto material y con independencia de que, frente al bien jurídico, suponga su lesión o su puesta en peligro: por ello, no condiciona ni adelanta otras

⁶ Terradillos Basoco, 1981, p. 136.

⁷ De esta forma, se superan las críticas que hace Lorenzo Copello (1992, p. 87) respecto a la imposibilidad de constatar la afección a los bienes jurídicos de carácter inmaterial.

⁸ Acale Sánchez, 2000, p. 109.

⁹ Lorenzo Copello, 1992, p. 183.

¹⁰ Lorenzo Copello, 1992, p. 135.

¹¹ Zielinski, 1988, pp. 283 ss.

¹² Acale Sánchez, 2000, p. 159.

¹³ Lorenzo Copello, 2000, p. 135.

¹⁴ Lorenzo Copello, 1992, p. 177. En el mismo sentido Bonetto/Buteler/Costa/Lascano/ Piñero/Suárez, 2000, p. 290.

características del delito en particular examinado, porque es un concepto mínimo de resultado¹⁵.

Esta acepción del término resultado como efecto natural de la acción o de la omisión no puede ser confundida con otras interpretaciones del mismo, especialmente con la que entiende el resultado como la afección del bien jurídico, esto es, el desvalor de resultado o resultado jurídico, y que da lugar a la distinción entre delitos de lesión y de peligro: si se confunden, carece de sentido la separación de los delitos de mera actividad de los de resultado, por un lado y de los delitos de lesión y de peligro, por otro¹⁶. La diferencia esencial que existe entre ambas acepciones del término resultado es que, frente al denominado jurídico que existe siempre, el natural, como se ha visto, sólo existe como un elemento más del tipo de determinados delitos. Esto significa que los dos conceptos de resultado pueden o no coincidir porque operan sobre planos diversos. En este sentido afirma Stratenwerth que existen delitos de mera actividad y de peligro, de mera actividad y de lesión, de resultado y de peligro y, finalmente, de resultado y de lesión¹⁷; y ello precisamente porque la definición del resultado como efecto natural solo condiciona la estructura típica pero no determina la construcción final del injusto que va a estar relacionada con otros parámetros¹⁸: si se reduce el juicio normativo en que consiste el desvalor de resultado al resultado natural no se abarca el total de los efectos producidos, pues existen una serie de circunstancias ricas en matices que acentúan la ofensividad de la conducta típica y que quedarían ayunas de valoración en sede de injusto¹⁹. Parece por ello más oportuno entender que, lo que se desvalora (o valora en el caso de que concurra una causa de justificación) no es sólo ese resultado material producido por la acción y seleccionado por el legislador en el tipo, sino el cambio en el estado de las cosas en el que se incluye el resultado natural en los delitos de resultado, esto es, se **(p. 78)** procede a comparar los momentos anteriores y posteriores a la realización de la conducta típica por parte del autor.

En un delito de resultado como el homicidio, en el que coincide el resultado natural con el jurídico, se procede a comparar la situación ex post a la conducta típica —B está muerto— con la situación ex ante —B estaba vivo—: en este caso existe un cambio de situaciones fácticas que coincide con el resultado natural exigido por el tipo que además es el resultado típico del delito de homicidio (Art. 138 del CPE y 106 CP).

Sin embargo, en otros delitos en los que el legislador castiga sólo la realización de un comportamiento sin incluir un elemento natural de resultado en el tipo causado por aquél, también puede fácilmente diferenciarse un antes y un después de la conducta típica: en el delito de construcción no autorizada en zona verde del Art. 319 CPE, por ejemplo, antes de la realización de la construcción existía un lugar público de uso general para el esparcimiento de la comunidad, desde el cual podía divisarse el paisaje urbano; con posterioridad a ello existe una construcción sobre un suelo público que impide su disfrute a la colectividad²⁰.

Por su parte, el art. 311 del CP castiga al que utiliza tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola con fines de expansión urbana²¹. En este precepto el legislador centra su atención en los fines de expansión urbana, esto es, las construcciones ilegales —que son precisamente la conducta castigada en el Art. 319.1 del CPE— como idóneas para afectar al bien jurídico ecología a través del uso indebido de las tierras. En este punto se encuentra una de las mayores diferencias entre los Códigos español y peruano en la regulación de sus respectivos delitos urbanísticos: en el primero, la construcción no autorizada es un elemento objetivo del tipo; en el segundo, no es más que un elemento subjetivo especial del tipo de injusto que acompaña a la conducta típica: utilizar indebidamente tierras destinadas por autoridad competente al uso agrícola, es decir, «aquéllas destinadas exclusivamente, a partir de consideraciones de carácter técnico, a la producción de alimentos vegetales»²². Se está pues ante un tipo penal incoherente por exceso subjetivo de los de resultado cortado: como se verá a continuación, **(p. 79)** los delitos de resultado cortado son delitos de mera actividad con un tipo subjetivo cargado.

El parámetro que soporta el juicio normativo y que se conoce como desvalor de resultado es pues ese nuevo estado de las cosas, el cambio real producido por la realización del comportamiento típico. Por ello, a priori, todos los delitos han de tener desvalor de resultado: se rompe así también el tándem resultado-desvalor de resultado.

¹⁵ Acale Sánchez, 2000, p.137.

¹⁶ Stratenwerth, 1982, p. 79.

¹⁷ Stratenwerth, 1982, p. 79.

¹⁸ Acale Sánchez, 2000, pp. 136 y ss.

¹⁹ Acale Sánchez, 2000, p. 171.

²⁰ Acale Sánchez, 2000, p. 172.

²¹ Junto a los fines de extracción o elaboración de materiales de construcción u otros usos específicos.

²² Caro Coria, 1999, p. 345.

Por tanto, ya no se puede decir que los delitos de mera actividad sean equivalentes a peligro abstracto²³ ni que éstos no supongan afección a un bien jurídico: que en algunos supuestos puedan coincidir no debe convertirse en regla general, pues también puede haber delitos de mera actividad de lesión o de peligro concreto en tanto en cuanto el resultado natural no es el único ni el esencial parámetro del que deducir el desvalor de resultado, esto es, el juicio normativo relativo a la nocividad sobre el bien jurídico.

Así, es un delito de mera actividad de lesión del bien jurídico el de trato degradante del Art. 173 CPE. En él se castiga al que «infligiere a otra persona un trato degradante», sin que sea preciso resultado natural distinto de dicha acción, por ejemplo, la existencia de sufrimientos físicos o mentales de la víctima. Esa acción indeterminada ha de lesionar el bien jurídico integridad moral pues es exigencia típica su menoscabo que, por otro lado, ha de ser grave.

Por el contrario es un delito de resultado de lesión del bien jurídico integridad moral el delito de torturas del Art. 174 CPE cuando el funcionario o autoridad somete a condiciones o procedimientos a una persona que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le suponen —es decir, le causan como resultado natural— sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión lesionando de esta forma su integridad moral²⁴. **(p. 80)**

El CP, que carece de un delito de trato degradante común equivalente al contenido en el Art. 173 del CPE, tipifica en su Art. 321 el delito de torturas. En él se castiga al funcionario o servidor público o a cualquier persona que con el consentimiento de aquél «inflija a otro dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica». Se trata también de un delito de resultado (es necesario que las condiciones o métodos anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental) de lesión del bien jurídico en este caso considerado delito contra la humanidad.

Un ejemplo peruano de delito de mera actividad de lesión del bien jurídico es el delito de bigamia del Art. 139 en el que se castiga al «casado que contrae matrimonio». En él no se exige, por ejemplo, que con dicho matrimonio se cause perjuicio ajeno, como exige el Art. 143. De esta forma, del simple acto de contraer segundo matrimonio se lesiona el bien jurídico «familia» que protege el Título III en el que se ubica²⁵.

Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto en ambos textos punitivos la conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de los arts. 379 CPE y 274 CP²⁶. Los preceptos citados castigan la mera conducción en este estado si bien el legislador español, dentro de la seguridad colectiva (bien jurídico protegido en el Título XVII en el que se incluye el delito examinado) ha identificado una específica parcela del mismo al que denomina «seguridad del tráfico»²⁷.

Es un delito de mera actividad y de peligro concreto el contenido en el Art. 261 CPE, en el que se castiga al que «en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, **(p. 81)** datos falsos relativos al establecimiento contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquellos»²⁸. En el momento de la presentación de los datos falsos se pone en peligro el bien jurídico en los delitos societarios, esto es, los derechos de los acreedores²⁹.

²³ Ostendorf, 1982, p. 428 García Rivas, 1998, p. 50.

²⁴ Este delito presenta la particularidad de que además de los resultados naturales que describe añade: «o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral», con lo cual, se puede entender que ha de tratarse de cualquier otra clase de resultado semejante a los anteriores, o bien, que no sea necesario que a los actos a los que se somete al sujeto le causen semejantes resultados, bastando con el sometimiento a condiciones o procedimientos de otra clase. Véase Rodríguez Mesa, 2000, pp. 231 y ss.

²⁵ En opinión de Bramont Arias/Bramont-Arias Torres (1995, p. 352) «se pretende con esto, de un lado, proteger el origen legítimo de la familia, basada en el matrimonio monogámico y, de otro lado, impedir la introducción de miembros ajenos a ella. De ahí que se argumente que el bien jurídico protegido es de naturaleza jurídico-pública, sin que pueda disponer el sujeto de él, lo que hace que sea irrelevante el consentimiento como causa de justificación ya que estos delitos interesan más al orden social que al individual». Véase también Bramont-Arias Torres (1995, p. 101).

²⁶ Véase Bramont Arias/Bramont-Arias Torres (1995, p. 182).

²⁷ Sobre la necesidad de probar también en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad efectiva de la conducta véase Ostendorf, 1982, p. 427.

²⁸ Si se observa, en este precepto se encuentra tipificado un delito de resultado cortado, en la medida en que el autor no ha de realizar ninguna acción más que las que ya ha llevado a cabo para conseguir su finalidad lo que llevaría a calificar este precepto como un delito mutilado de dos actos.

²⁹ Como afirma Terradillos Basoco (2001, p. 166) «la mera introducción de datos falsos en la contabilidad—a no ser que entrara en el ámbito del Art. 290— sería, en general atípica, como modalidad de falsedad despenalizada por el Código Penal de 1995».

Por su parte, el Art. 245 del CP castiga a determinados sujetos que operan con fondos públicos «con el propósito de ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia de la institución, omita o niegue proporcionar información o proporcione datos falsos a las autoridades de control y regulación». El legislador adelanta la consumación del delito al momento en que se omita o niegue o proporcione datos falsos, conductas que no obstante para ser típicas tienen que llevarse a cabo con el propósito de ocultar situaciones de iliquidez o insolvencia de la institución». Esta conducta no puede más que poner en peligro concreto el «sistema crediticio»³⁰.

Es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el Art. 346 CPE en el que se castiga a los que «provoquen explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, etc. cuando los estragos comportaren necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas». Es preciso llevar a cabo esas acciones que produzcan los resultados típicos recogidos en el precepto siempre que además supongan un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas.

También es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el Art. 276 del CP en el que se exige que se cause estragos —resultado natural— «por medio de inundación, desmoronamiento, derrumbe o por cualquier otro medio análogo» de forma que se cause un peligro común para la seguridad pública.

Finalmente, es un delito de resultado y de peligro abstracto el contenido en el Art. 354 CPE, en el que se castiga al «que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos». (p. 82)

Como ejemplo de delito de resultado de peligro abstracto en el CP puede verse el delito de contaminación del medio ambiente del Art. 304 en el que se castiga al que infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente «lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos», y que causen o «puedan causar» perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos». Es necesario el resultado típico de la contaminación³¹, sin que baste el llevar a cabo los vertidos que por otro lado, puedan causar perjuicios a los elementos naturales flora, fauna y recursos hidrobiológicos a través de los cuales se pone en peligro abstracto el bien jurídico «ecología»³².

II. Principales consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural

1. Introducción

Como se decía anteriormente, si bien la distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado es de carácter eminentemente teórico, la doctrina —y de su mano la jurisprudencia— ha elaborado —y aplicado— toda una parte general especial sobre los delitos de mera actividad que ha de ser examinada.

No se analizarán de forma autónoma las cuestiones relativas al tiempo y lugar de realización del delito ni las relacionadas con su prescripción, porque los de mera actividad no plantean problemas con relación a ellas, problemas que en todo caso deberían ser examinados en los delitos de resultado y sólo en aquéllos en los que éste se produzca en un momento y en un espacio distinto del que se llevó a cabo el comportamiento activo u omisivo del autor. Así, según el Art. 7 del CPE: «a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar». Por su parte, el Art. 9 del CP establece que (p. 83) «el momento de la comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en el que el resultado se produzca».

Tampoco se plantean especiales interrogantes en lo que toca al lugar de realización del delito en los de mera actividad, pues es opinión dominante que ante el silencio del CPE así como de la LOPJ en este punto hay que atender al principio de ubicuidad, con arreglo al cual, puede considerarse realizado el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado³³. Esta es la solución adoptada por el Código peruano en su Art. 5: «el lugar de comisión de un delito es aquél

³⁰ Bramont Arias/Bramont-Arias Torres, 1995, p. 460.

³¹ Por el contrario, Bramont Arias/Bramont-Arias Torres (1995, p. 182) entiende que es un delito de mera actividad.

³² El Art. 325 CPE es por el contrario un delito de mera actividad de peligro abstracto. Véase al respecto: Terradillos Basoco, 1997, p. 48.

³³ Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 163.

en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos».

Finalmente, el Art. 132 CPE señala que el plazo de la prescripción de los delitos y faltas comienza desde el día en que se haya cometido la infracción punible, entendiéndose por tal, el día en el que se haya consumado el delito, momento que en la mayoría de los delitos de mera actividad coincidirá con aquél en el que el autor lleva a cabo el comportamiento típico, pues aquí no es preciso que se afecte al bien jurídico a través de un intermediario natural; esto es, el resultado natural, a tener en cuenta, de nuevo sólo en los delitos de resultado, sino que la afección al mismo se lleve a cabo directamente mediante la realización de aquélla. Por su parte, el Art. 82 del CP —más prolijo en su regulación— establece que se inicia la prescripción en el delito instantáneo «a partir del día en que se consumó».

2. Comisión por omisión y delitos de mera actividad

El CPE de 1995 ha introducido por primera vez en el ordenamiento jurídico español una cláusula general de punición de la comisión por omisión en su Art. 11 que, ciertamente, ha venido a recibir innumerables críticas, provenientes tanto de aquel sector doctrinal que venía reclamando su incorporación al texto punitivo³⁴ como de aquél otro que opinaba —y sigue opinando— (p. 84) que era —y lo es— innecesaria³⁵. También el CP ofrece una regulación positiva del instituto examinado en su Art. 13. Al margen de otras cuestiones, la mayor diferencia que existe entre ambas respuestas legales al problema de la comisión por omisión está en la previsión de una atenuación facultativa de la pena en el Código peruano con lo que se pone de manifiesto la falta de equivalencia valorativa entre el hacer y el no hacer, en la línea de lo dispuesto en el parágrafo 13 StGB y del Art. 10 del Código Penal portugués³⁶.

En la medida en que el Art. 11 CPE ha dado una respuesta legal al problema de la comisión por omisión, de ella hay que partir a la hora de identificar a qué tipos de delitos puede ser aplicada. La primera característica de esta nueva regulación es, como afirma Vives Antón, que el nuevo texto punitivo señala unas pautas muy precisas al respecto presentando un ámbito muy restringido para la aplicación de la fórmula³⁷. En este sentido, además de los problemas relacionados con las distintas fuentes de la posición de garante a las que hace expresa referencia el número 2 del Art. 11³⁸, en lo que a los delitos de mera actividad se refiere es necesario analizar el número 1, en la medida en que sólo si se dan los elementos en éste contenidos, habrá que pasar a examinar el número 2.

En efecto, el número 1 del Art. 11 CPE establece: «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación [...]»³⁹. El precepto establece dos limitaciones esenciales: la primera es que sólo los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán ser realizados en comisión por omisión; la segunda es que, de entre ellos, cabrá tal comisión siempre y cuando la omisión sea equivalente a la acción «según el sentido del texto de la ley». (p. 85)

Ciertamente el precepto no indica que «sólo» semejantes delitos puedan ser cometidos en comisión por omisión, lo que podría plantear la duda sobre si el mecanismo de este Art. 11 haría referencia exclusiva a la admisión legal de la comisión por omisión para esa clase de delitos dejando, de nuevo, en manos del intérprete su admisión respecto de los delitos que no están descritos en el mismo, es decir, de los delitos que «no consistan» en la producción de un resultado.

Sin embargo, si el legislador ha incluido semejante cláusula en el articulado del Código ha sido con la intención de restringir el número y la clase de delitos que pueden entenderse producidos en comisión por

³⁴ En este sentido, por ejemplo, Huerta Tocildo (1997, p. 19 y ss.) critica esta fórmula porque a su entender, es errada, a pesar de ser preferible al vacío existente al respecto en el Código Penal derogado pues, en su opinión, se hubiera conseguido más eficazmente la finalidad perseguida por medio de un señalamiento expreso en la parte especial de cada uno de los delitos que son posibles de comisión por omisión.

³⁵ Silva Sánchez, 1997, p. 61; Vives Antón, 1996, p. 84.

³⁶ Véase Gracia Martín, 2001, p. 411 y ss.

³⁷ Vives Antón, 1996, p. 85.

³⁸ Gimbernat Ordeig, 1996, p. 20; Gracia Martín, 1995, p. 683 ss.

³⁹ Por su parte el parágrafo 13 del StGB establece en su número 1º: «el que omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal, será punible según esta ley sólo si tenía que responder jurídicamente de que el resultado no se produjera y la omisión corresponde a la realización del tipo legal por un hacer». Véase Silva Sánchez, (1997, p. 74, nota 188) sobre las diferencias existentes entre el Art. 11 del Código Penal español y el parágrafo 13 del StGB y la discusión allí reflejada en la doctrina alemana sobre la interpretación del término «resultado» en el mismo.

omisión: esta es pues la ratio del precepto. Por ello hay que entender que, a pesar del tenor literal del Art. 11, sólo los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán ser realizados en comisión por omisión por lo que la aceptación de la aplicación de este mecanismo a los delitos de mera actividad va a depender de cuál sea el «resultado» al que se refiere el propio Art. 11.

¿Sería operativo, a los fines propuestos por el legislador, esto es, limitar el mecanismo de la comisión por omisión, restringir la aplicación de semejante instituto a los delitos que consistan en la realización de un resultado? Es decir, aquel resultado que existe en todos los delitos⁴⁰, en el entendimiento en los que, como se decía, ex ante y ex post existe un cambio de la realidad, cambio que es el que se toma en consideración en sede de injusto para saber si se está ante un delito de lesión o ante uno de peligro.

Esta acepción de resultado es distinta a la que se incluye en el Art. 11 del Código por dos motivos. El primero es que el legislador hace referencia a delitos que consistan en la producción de un resultado y la acepción de resultado que se está examinando en este momento se refiere a la creación de un estado, distinto por tanto a la producción.

Como indica Silva Sánchez, con la producción de un resultado, el Art. 11 del Código parece entender que sólo los delitos en los que sea necesario establecer una relación de causalidad se puede decir que se produce un resultado⁴¹. Además, porque poco podría servir de mecanismo de restricción (**p. 86**) de la comisión por omisión en el CPE si ésta se admitiera para todos los delitos pues de ella sólo se excluyen los delitos de omisión pura que, por otro lado, son también formas pasivas del comportamiento.

En definitiva, no se puede interpretar el resultado del Art. 11 CPE en este sentido porque sólo servirá como declaración de principio aplicable a cualquier delito, carente, por tanto, de tenor restrictivo.

¿Puede entenderse, desechada la anterior, la referencia al «resultado» en el Art. 11 CPE como lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido?

En este sentido, es preciso señalar que el Art. 10 del Proyecto de Código Penal español de 1992 establecía: «los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión [...]». Este precepto, además de no injertar una declaración de las distintas posiciones de garantes, no venía a limitar en forma alguna la apreciación de la comisión por omisión⁴². Entre el Art. 10 del Proyecto y el actual Art. 11 CPE existe —en lo que aquí interesa— una diferencia esencial: en el Proyecto se hacía referencia a los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro, mientras que el Art. 11 sólo se refiere a los delitos que consistan en la producción de un resultado, sin adjetivar en forma alguna a éste último.

Así, si se interpreta que el resultado al que hace referencia el Art. 11 del Código actual es el resultado jurídico, obviamente no existiría impedimento alguno para admitir la comisión por omisión de un delito de mera actividad, en la medida en que se entienda —como aquí se hace— que estos delitos pueden ser de lesión o de peligro, al igual que los delitos de resultado natural. En este sentido, Martínez-Buján Pérez afirma que el Art. 11 del Código se está refiriendo a los delitos de lesión o de peligro concreto puesto que entiende que en su virtud, no cabe la comisión por omisión de los delitos de aptitud (esto es, de los delitos de peligro abstracto) ni de los delitos de peligro hipotético⁴³. A ello añade que tampoco cabría la comisión por omisión de los delitos de mera actividad⁴⁴. Ahora bien, ¿qué sentido tendría admitir que la fórmula del Art. 11 se refiere a los delitos que consistan en un resultado de lesión o de peligro? De ser así, todos los delitos (**p. 87**) podrían realizarse en comisión por omisión, en la medida en que todos los delitos, incluidos los delitos de peligro abstracto tienen ese resultado: como se ve, tampoco esta acepción del término serviría para llevar a cabo una interpretación restrictiva del mecanismo de la comisión por omisión.

De esta forma, si el «resultado» al que se hace referencia en el Art. 11 no puede ser entendido ni como creación de un estado distinto a la realización de la acción por parte del sujeto activo, ni como afección al bien jurídico protegido, la única posibilidad que queda es afirmar que el resultado al que hace referencia el Art. 11 del Código no es otro que aquél del que carecen los delitos de mera actividad. Por tanto, hay que afirmar que no cabe la comisión por omisión de los delitos de mera actividad porque son delitos «que no

⁴⁰ Con la única excepción de los delitos de omisión pura en los que, como indica Cadoppi (1989, p. 374) son los únicos delitos en los que no existe dicho resultado, si bien la afectación al bien jurídico protegido se calcula en atención precisamente a la falta de producción de un resultado que el ordenamiento jurídico esperaba que se produjera (por ejemplo, el auxilio en el delito de omisión del deber de socorro).

⁴¹ Silva Sánchez, 1997, p. 60.

⁴² Huerta Tocildo, 1997, pp. 22 y ss.

⁴³ Martínez-Buján Pérez, 1999, p. 206.

⁴⁴ Martínez-Buján Pérez, 1999, p. 207.

consisten en la producción de un resultado»⁴⁵ así como, de igual forma, tampoco podría admitirse la comisión por omisión de delitos que no consistan sólo en la producción de un resultado, sino además en la realización del mismo a través de unos medios determinados exigidos por el precepto penal⁴⁶. Esta parece ser la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo del nuevo Art. 11 en su Sentencia de 12 de enero de 1998, en la que a la hora de señalar los distintos elementos de la comisión por omisión tal como allí ha quedado regulada señala entre ellos: «la producción de un resultado perteneciente al tipo penal de un delito de comisión tipificado en una ley penal». En este sentido afirma Silva Sánchez que

[...] el Art. 11 parte de que hay delitos que no consisten en tal resultado, lo que excluye la hipótesis de la interpretación del término resultado del Art. 11 en clave jurídica, pues, dejando probablemente aparte la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto, de todo delito puede predicarse la concurrencia de un resultado de lesión o de peligro. Si a ello se añade que el juicio de equivalencia del Art. 11 se realiza entre una 'no evitación (del resultado)' y su 'causación', todo parece abonar una restricción del ámbito del precepto a los delitos de resultado material. Pues causación en sentido estricto solo la hay en los delitos de resultado material⁴⁷. (p. 88)

Ahora bien, criminalmente político, qué sentido tiene que el legislador restrinja la aplicación de este mecanismo a esta clase de delitos. Parece que poco: por ello no resulta aventurado solicitar la reforma de este precepto eliminando la referencia en el Art. 11 del Código a «los delitos que consistan en la producción de un resultado». Mientras tanto, no podrán castigarse más que la comisión activa de los delitos de mera actividad.

Que es un problema de regulación positiva del instituto de la comisión por omisión lo pone de manifiesto el CP. En efecto, en su Art. 13 señala que

[...] el que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado: 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer».

«Hecho punible» es cualquiera que haya sido tipificado por la ley, con independencia de que se trate de un delito de mera actividad o de otro de resultado⁴⁸.

3. Delitos de mera actividad y relación de causalidad

De la mano del causalismo —naturalístico primero y valorativo después—, a la acción llevada a cabo por el sujeto activo ha de unirse un resultado. Y para constatar cuándo existe esa relación entre causa-efecto se acude a una serie de teorías causales⁴⁹. Por ello mismo, porque dichas teorías vienen a explicar la relación existente entre el comportamiento humano y el resultado producido por ella, parece lógico que no existan problemas causales en los delitos de mera actividad, en la medida en que éstos carecen del resultado que se relaciona causalmente con la acción en los delitos de resultado. En este sentido, la doctrina viene a coincidir en que la relación de causalidad es una teoría que sólo «se aplica» a los delitos de resultado natural⁵⁰, si bien, para Reyes Alvarado y Pérez Álvarez, la relación de causalidad también «ha de ser aplicada» a los delitos de mera actividad.

El primero de los autores citados afirma que «resulta innegable la existencia de una relación de causalidad en los delitos de mera actividad»⁵¹, y (p. 89) pone el siguiente ejemplo: «cuando alguien vierte sustancias químicas corrosivas en depósitos de agua destinada al consumo humano ha generado sin duda alguna una modificación del mundo exterior (resultado) que además es consecuencia de su actuación; cualquier perito que se designara para el análisis posterior del líquido debería reconocer que la introducción de determinadas sustancias ha generado una contaminación de las aguas, es decir que la acción de alguien ha

⁴⁵ Romeo Casabona, 1999, p. 929; Hormazábal Malarée, 1999, p. 419, nota 28. En este sentido, Silva Sánchez, (1986, p. 351) afirma: «si los delitos de mera actividad se caracterizan por la ausencia de un resultado trascendente que sea preciso vincular con la conducta a través de la relación de causalidad se comprende al pronto la inadecuación estructural de la comisión por omisión a las peculiaridades de la realización típica de estos delitos».

⁴⁶ Vives Antón, 1996, p. 84; Huerta Tocildo, 1997, p. 50 (nota 65).

⁴⁷ Silva Sánchez, 1997, p. 74.

⁴⁸ Bramont Arias/Bramont-Arias Torres (1995, p. 141) refieren sin embargo la comisión por omisión a los delitos de resultado.

⁴⁹ Véase por todos Gimbernat Ordeig, 1990, pp. 25 y ss.

⁵⁰ Véase Acale Sánchez, 2000, p. 254 y la bibliografía allí citada.

⁵¹ Reyes Alvarado, 1994, p. 39.

causado un resultado»⁵². El problema es que el delito que examina como delito de mera actividad no es tal. Efectivamente, si con el ejemplo se está refiriendo al delito de contaminación de las aguas del Art. 347.2 del CPE derogado, en él se castigaba una conducta de resultado material (consistente en la contaminación de las aguas) y de peligro para la salud de las personas. Por ello parece obvio que para determinar la puesta en peligro del bien jurídico «salud de las personas» se deba acreditar si se ha producido el resultado de contaminación exigido por el precepto por medio de la relación de causalidad.

Como se decía, Pérez Álvarez también se muestra partidario de la aplicación de la relación de causalidad a los delitos de mera actividad, distinguiendo entre «exigencia de relación causal» frente «a la afirmación de que tal requisito no plantea problemas en su verificación»⁵³. Efectivamente, como se acaba de mantener, los delitos de mera actividad no plantean problemas de relación causal, pero según el autor eso no significa que no existan. En este sentido, entiende que: «si la relación de causalidad existe, aunque carente de problemas, tal relación, necesariamente, se decide sobre acción y resultado, elemento éste que no puede faltar y que, por tanto, desempeña su función límite»⁵⁴. Además, parte de que el legislador tipifica «causas», de lo cual deduce que «causa es lo que produce un efecto», es decir: «la naturaleza de la causa deviene por el sentido del efecto. Si el efecto no se produce, en modo alguno podrá hablarse de que un comportamiento es causa, consiguientemente la relación de causalidad será de obligada confirmación precisamente para determinar que el comportamiento en el que está interesado el legislador mantiene la hipotética condición de causa que el propio legislador ha previsto»⁵⁵. Sin embargo, **(p. 90)** el legislador no siempre tipifica causas, sino comportamientos, a los que causalmente por exigencia típica de determinados delitos (los resultativos), une un efecto o resultado; pero semejante resultado sólo puede ser de carácter natural. Es decir, sólo el resultado como efecto natural producido por la acción es necesario para determinar si el comportamiento llevado a cabo por el autor es la causa del mismo. En sentido contrario, Pérez Álvarez entiende que el resultado que ha de ser unido a la acción mediante la relación de causalidad no es otro que el concepto de resultado significativo manejado por Pagliaro⁵⁶. Sin embargo, las teorías causales no saben responder a esta pregunta, porque es muy difícil dar una respuesta natural a lo que no es más que pura decisión del legislador⁵⁷.

Por tanto, si se entiende que el resultado que se une a la causa mediante la relación de causalidad es el resultado entendido como efecto natural producido por el comportamiento humano, es decir, el que sirve para excluir la comisión por omisión en estos delitos, hay que seguir manteniendo con la doctrina tradicional que los delitos de mera actividad no plantean problemas causales, y ello fundamentalmente porque a la hora de la configuración del tipo el legislador los ignora indirectamente al ignorar directamente el resultado natural.

En el delito de falso testimonio del número 1 del Art. 458 del CPE, por ejemplo, es típica la conducta del testigo que falta a la verdad en causa judicial, con independencia de que su testimonio haya sido contradicho por otras pruebas, por ejemplo. Al no ser necesario ningún otro requisito relacionado con el falso testimonio porque no se exige que se cause ningún resultado, ¿para qué servirá la relación de causalidad si falta el parámetro esencial de referencia, es decir, falta un resultado típico causado por la acción? Distinta es no obstante la situación con relación al número 2 de este mismo precepto en el que se impone una pena más grave si «el falso testimonio se diera en contra de reo en causa criminal si a consecuencia del mismo hubiera recaído sentencia condenatoria»: en este caso, sí será preciso comprobar si el resultado «sentencia condenatoria» es consecuencia de la acción «faltar a la verdad en causa criminal en contra de reo» a través de la relación de causalidad de forma que ésta quedaría excluida si la sentencia condenatoria no se basa en el falso testimonio, sino en otras pruebas testificales, periciales, etc. **(p. 91)**

4. Delitos de mera actividad e imputación objetiva

Mayores discrepancias se producen en sede doctrinal en torno de la admisión o no de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad. Al igual que ocurriría con la admisión de la comisión por omisión y de la relación de causalidad en los delitos de mera actividad, la aplicación de la imputación objetiva a éstos últimos depende de lo que por tal imputación se entienda: es decir, no es un problema de los delitos de mera actividad sino del contenido, del alcance, de la propia imputación objetiva pues no existe una única

⁵² Reyes Alvarado, 1994, p. 39.

⁵³ Pérez Álvarez, 1995, p. 140.

⁵⁴ Pérez Álvarez, 1995, p. 138.

⁵⁵ Pérez Álvarez, 1995, p. 140.

⁵⁶ Pagliaro, 1980, p. 354.

⁵⁷ Morselli, 1991, p. 831; Frisch, 1994, p. 177.

teoría sino que cambia considerablemente según el autor que la formula: «estas propuestas proceden de muy distintos orígenes sistemáticos y ni siquiera coinciden siempre en sus resultados, de modo que no puede hablarse aún de que exista una teoría de la imputación objetiva»⁵⁸.

Como se sabe, esta teoría nació con la finalidad práctica de corregir con criterios jurídicos los excesos provocados por la aplicación mecánica de las teorías causales⁵⁹. Pero desde estos orígenes tan concretos hoy puede decirse que las modernas teorías de la imputación objetiva han terminado por superar a aquella⁶⁰ de forma que la relación de causalidad ha pasado a ser sólo uno de sus elementos y, ni siquiera, el más importante. En este sentido afirma Mir Puig: «no se trata sólo de un correctivo a veces necesario de la causalidad, sino de una exigencia general de la realización típica. Es más, lo que no siempre es necesario es la relación de causalidad, que no es precisa en los delitos de comisión por omisión, los cuales también requieren, en cambio, la imputación objetiva del resultado a la omisión»⁶¹. En sus originarias formulaciones, la imputación objetiva había de tener vigencia, por tanto, allí donde regía la teoría de la causalidad. Desde estas premisas se entiende que, en sentido estricto, la imputación objetiva no es más que la imputación del resultado producido a la acción con criterios jurídicos: como en los delitos de mera actividad el legislador no presta atención al resultado, no ha de tener significado alguno la relación de causalidad ni tampoco (p. 92) el corrector jurídico de ésta, es decir, la imputación objetiva. Ahora bien, si se entiende la imputación objetiva en sentido más amplio, ciertamente las conclusiones han de ser distintas. En este sentido, Mir Puig la define no como la imputación jurídica del resultado natural a la acción, sino como «un juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material»⁶².

Efectivamente, en relación con la aplicación de la imputación objetiva a los delitos de mera actividad Mir Puig afirma que «también en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva. De la misma forma que el resultado materialmente causado por una conducta puede no ser imputable a esta conducta —por ejemplo, por no ser en absoluto previsible ex ante que ésta causare aquel resultado—, también en los delitos de mera actividad puede suceder que no fuera previsible ex ante que la práctica de unos actos corporales determinados iban a suponer la realización de la conducta típica»⁶³. De esta forma, se amplía considerablemente la imputación objetiva, pues más que una teoría que viene a comprobar cuándo un resultado es imputable jurídico penalmente al comportamiento llevado a cabo por el autor, en la misma al incluirse todos los elementos objetivos del tipo así como el proceso dogmático en virtud del cual se imputan al autor, lo que se consigue es reordenar bajo una nueva denominación los criterios que con anterioridad se solventaban a través de la teoría del delito. ¿Significa esto que la teoría de la imputación objetiva viene a reemplazar a la teoría del delito? En sus formulaciones más amplias la respuesta parece ser afirmativa⁶⁴: despliega, como afirma Struensee «el efecto de un remolino que atrae y ahoga en su seno a todo el tipo objetivo»⁶⁵.

Mir Puig pone como ejemplo de delito de mera actividad en el que no es imputable la conducta al autor por falta de imputación objetiva el delito de allanamiento de morada que «se comete por la entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador (Art. 202.I primer inciso del CPE); supongamos que atendidas las circunstancias nadie hubiera podido suponer que la morada en la que se entra es ajena o que el morador se opone a tal (p. 93) entrada»⁶⁶. Sin embargo, también puede afirmarse que no existe un delito de allanamiento de morada en este caso porque falta el dolo del autor, por la existencia de un error sobre un elemento del tipo, esto es, sobre la «ajenidad» de la morada o sobre el «consentimiento» del morador, sin que sea necesario ampliar sobremanera la teoría de la imputación objetiva. De todas formas, el autor reconoce que en los supuestos de los delitos de mera actividad, «lo que ocurre es que, ciertamente, serán mucho más raros los actos en que esto suceda, al coincidir espacio-temporalmente los actos corporales y la

⁵⁸ Véase Suárez González/Cancio Meliá, en Jakobs, 1996, pp. 21 y ss. En el mismo sentido, Terradillos Basoco, 1998, p. 19.

⁵⁹ Martínez Escamilla, 1994, p. 7; Wolter, 1994, p. 66.

⁶⁰ Como sucede en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs, 1997, pp. 224 y ss; del mismo, 1996, pp. 89 y ss; Mir Puig, 1996, p. 237; Torío López, 1986, p. 42; Reyes Alvarado, 1994, pp. 35 y ss.; Luzón Peña, 1996, p. 387; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, 1999, p. 60; Hormazábal Malarée, 1999, p. 418.

⁶¹ Mir Puig, 1996, p. 231.

⁶² Mir Puig, 1996, p. 236.

⁶³ Mir Puig, 1996, p. 237.

⁶⁴ Véase Jakobs, 1998, pp. 304 y ss.

⁶⁵ Struensee, 1991, p. 449.

⁶⁶ Mir Puig, 1996, p. 237.

conducta típica que constituyen. Por de pronto, ello supone que no es preciso comprobar el primer elemento de la imputación objetiva en los delitos de resultado: la relación de causalidad. Por otra parte, la realización material de la conducta conllevará generalmente los otros dos elementos de la imputación objetiva: la relación de riesgo y la relación de autoría»⁶⁷. Es decir, que lo que hace el autor es afirmar que desde el punto de vista de su teoría de la imputación objetiva, los delitos de mera actividad no plantean problemas. Es una propuesta parecida a la realizada por Pérez Álvarez sobre la aplicación de la relación de causalidad a los delitos de mera actividad: no es que no exista, sino que no plantea problemas, y si no plantea problemas y si los problemas que se pudieran plantear pueden ser resueltos atendiendo a los tradicionales instrumentos que la teoría del delito ha venido manejando, ¿existe imputación objetiva en los delitos de mera actividad? La constante ampliación de la teoría de la imputación objetiva parece que tiende a sustituir a la propia teoría del delito.

Como afirma Martínez Escamilla, «en principio no existe ningún obstáculo para intentar aplicar los principios básicos diseñados por la doctrina de la imputación objetiva a los delitos de actividad o a los delitos omisivos, siempre, claro está, que se adapten a las peculiaridades de estas formas de aparición del delito. Ahora bien, en esta tendencia se observa el peligro de confundir método o forma de proceder con objeto de la teoría de la imputación objetiva. Ésta se caracteriza por la utilización de un método normativo-teleológico en la averiguación de si un resultado es o no objetivamente imputable (p. 94), pero evidentemente este método no es exclusivo de la relación acción-resultado, sino que es aplicable en el análisis de cualquier institución, lo que no quiere decir que cualquier institución definida normativo-teleológicamente tenga que ser objeto de la doctrina de la imputación objetiva»⁶⁸. De esta forma, ya se siga el concepto estricto o el concepto amplio, hay que afirmar que los delitos de mera actividad no necesitan la prueba de la imputación objetiva precisamente porque el punto central y más controvertido de esta teoría es negar o afirmar la relevancia típica de un resultado producido por una acción, resultado natural que es del que carecen los delitos de mera actividad.

5. Delitos de mera actividad y autoría

Los problemas esenciales que se han planteado en la doctrina con relación a los delitos de mera actividad en esta materia se refieren a la admisión o no en estos delitos de la coautoría y la autoría mediata, y si son delitos de propia mano con la consiguiente imposibilidad de aplicarles también la teoría de la *actio libera in causa*.

Afirman Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut que es una característica de los delitos de mera actividad que «no permiten concebir más que un sólo autor»⁶⁹, precisamente porque «determinados bienes jurídicos sólo pueden ser ofendidos por una simple conducta del autor»⁷⁰, condenándolos a ser siempre delitos con autoría individual, o lo que es lo mismo, excluyendo la coautoría en ellos.

Este razonamiento general es aplicado por Quintero Olivares/Morales Prats al delito de calumnias (Art. 205 PPE o 131 del CP) respecto del cual afirman, en coherencia con sus planteamientos, que «por su condición de delito de simple actividad, no permiten concebir más que un solo autor»⁷¹. Estos autores califican jurídicamente la conducta de quien engaña a otro que sería el informador o difusor, suministrándole una información calumniosa de la siguiente forma: «si la información, por su precisión y por la persona que la suministra reviste la condición de creíble o verosímil es evidente que no se podrá fundamentar el dolo propio del delito en la segunda secuencia de difusión (siempre que se haya cumplido con el deber de comprobación de la información y de su fuente), pero en cambio no habría obstáculo alguno en imputar la calumnia al que suministró inicialmente (p. 95) la información falsa»⁷². Con independencia en este momento de que sea acertada la clasificación del delito de calumnias dentro de los de mera actividad (en la medida en que la afección al bien jurídico honor, al igual que en el delito de injurias, es preciso que alguien conozca el contenido de la imputación calumniosa del hecho delictivo, es decir, es necesario un resultado separado de la acción de proferir la expresión calumniosa) puede imaginarse el supuesto en el que sean dos personas las que, previo acuerdo y con intención de imputar un delito a alguien con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad sean las que profieran la calumnia: ¿no existiría

⁶⁷ Mir Puig, 1996, p. 237.

⁶⁸ Martínez Escamilla, 1992, p. 48; de la misma, 1994, p. 83 (nota 1ª).

⁶⁹ Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut 1999, p. 317; en sentido contrario Arzt (1990, p. 175) afirma que cabe la coautoría en los delitos de mera actividad.

⁷⁰ Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999, p. 275- 481.

⁷¹ Quintero Olivares/Morales Prats, 2001, p. 1029.

⁷² Quintero Olivares/Morales Prats, 2001, p. 1029.

coautoría o coejecución, en la terminología preferida por los autores? Sería el supuesto, por ejemplo, de la noticia calumniosa publicada en un periódico que viene firmada por dos periodistas.

A mayor abundamiento, si se modifica el ejemplo propuesto por Quintero Olivares/Morales Prats, en el sentido de afirmar que «A» pone en conocimiento de «B» una información que es calumniosa y éste al conocerla convence a «A» para hacerla pública: ¿en este caso, cuál sería la calificación jurídico penal? no existirían inconvenientes para castigar a «A» y a «B» como coautores de un delito de calumnias, en la medida en que se atiende a las reglas generales del CPE pues en este punto, los delitos de mera actividad no plantean especificidad alguna. Sólo hay que pensar, por ejemplo, en el delito de construcción no autorizada del Art. 319 CPE, calificado por Morales Prats/Tamarit Sumalla, como delito de mera actividad⁷³, en el que el legislador, expresamente ha entendido que van a ser autores del mismo «el promotor, el técnico director y el constructor» y por ello mismo, en el supuesto en el que dicha construcción con las características allí señaladas sea llevada a cabo por todos ellos, se estará ante un único delito de construcción no autorizada con tres coautores o coejecutores.

Pero volviendo a los términos del ejemplo planteado por los autores: quien suministra la información y se vale de otro como instrumento responde como autor, pero ¿como autor inmediato o mediato? Quintero Olivares/Morales Prats no toman partido al respecto; esta neutralidad parece deberse a que, atendiendo a las reglas generales, se estaría ante un supuesto de autoría mediata con instrumento no doloso (que, por otro lado, es la única forma de autoría mediata que admiten los autores stricto sensu⁷⁴). **(p. 96)**

Esto nos sirve para enlazar con la siguiente forma de autoría discutida en los delitos de mera actividad: ¿cabe la autoría mediata en los delitos de mera actividad?

La respuesta al primer interrogante dependerá de si se considera o no delitos de propia mano a los de mera actividad (y siempre que se entienda que no cabe la autoría mediata en los delitos de propia mano⁷⁵). De igual forma, también de esta equiparación dependerá la posible aplicación de la actio libera in causa a los mismos.

Por ello es necesario comenzar analizando la consideración de la mera actividad como delitos de mano propia, esto es, de una serie de delitos que sólo pueden ser realizados en primera persona.

Las posiciones doctrinales son bien diversas, pero todas ellas giran en torno a la estrecha relación existente entre los delitos de mera actividad y de mano propia (STS español de 24 de marzo de 1997).

En primer lugar, existe un sector doctrinal que entiende que los delitos de propia mano son delitos de mera actividad o, a la inversa, que los delitos de mera actividad son de propia mano. En este grupo puede incluirse a Gómez Pavón, para quien el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, etc. del Art. 379 CPE

[...] puede considerarse como de propia mano, ya que sólo es posible la realización directa y personal de la acción típica; en ellos el autor no puede serlo más que el que esté en situación de ejecutar, inmediata y corporalmente la acción prohibida. Son delitos de mera conducta en los que el resultado es totalmente indiferente para el derecho, basándose el desvalor en la circunstancia de que la ejecución de la acción esté prohibida precisamente al autor⁷⁶.

Esta afirmación lleva aparejadas una serie de consecuencias: la primera es que todos los delitos de propia mano han sido configurados por parte del legislador prescindiendo del resultado causado por el comportamiento típico; la segunda es que en ningún caso, los delitos de mera actividad podrían ser realizados en autoría mediata, y por el mismo motivo, tampoco se les podría aplicar la teoría de la actio libera in causa.

En segundo lugar, dentro de la doctrina, existen autores que consideran que los delitos de propia mano pueden ser o de mera actividad o de resultado. **(p. 97)** En este grupo se puede incluir a Luzón Peña para quien los delitos de propia mano «generalmente serán delitos de mera actividad, pero también pueden darse en los de resultado con modalidades limitadas de acción, el tipo exige que la conducta típica se realice personalmente, sin intermediarios»⁷⁷. Este posicionamiento del autor se oscurece a continuación cuando afirma que «en cambio, no son delitos de propia mano los abusos o agresiones sexuales, que

⁷³ Morales Prats/Tamarit Sumalla, 2001, p. 1533.

⁷⁴ Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999, p. 614 y ss.

⁷⁵ Gimbernat Ordeig, 1966, p. 247.

⁷⁶ Gómez Pavón, 1998, p. 167. Críticamente con esta afirmación Maqueda Abreu, 1992, p. 104; Silva Sánchez, 1993, p. 172.

⁷⁷ Luzón Peña, 1996, p. 308.

admiten la posibilidad de obligar al sujeto pasivo a realizar o soportar actos sexuales, y ello se puede conseguir utilizando a terceros en la violencia»⁷⁸: en este sentido, la regla general establecida, esto es, que los delitos de mera actividad son delitos de propia mano, tiene sus excepciones, con lo cual se relativiza notablemente el debate.

Y, finalmente, existe un tercer sector doctrinal que entiende que la categoría «abrazadera» es la de la mera actividad, en virtud de la cual, éstos últimos pueden ser o de propia mano o de mano ajena. En este sentido, todos los delitos de propia mano son de mera actividad, pero no todos estos últimos son de propia mano. Así Gimbernat Ordeig entiende que los delitos de propia mano constituyen «una categoría especial de delitos de mera actividad» en los que «sólo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la actividad típica»⁷⁹. Este mismo planteamiento es seguido por Maqueda Abreu y por Silva Sánchez⁸⁰. Este argumento plantea problemas en los supuestos en los que el legislador haya incluido a la hora de definir la conducta típica no sólo un resultado, sino también una forma específica de acción, a llevar a cabo por el autor; así, en estos supuestos, el mismo razonamiento realizado con respecto a la mera actividad habría de ser traspuesto aquí.

Como se ve, las tres teorías mencionadas pueden ser criticadas desde una u otra perspectiva. Por ello, parece más ajustado entender que los delitos de mera actividad y los delitos de resultado pueden ser o bien de propia mano o bien de mano ajena, pero sin subordinar ninguna de estas categorías a las demás. De esta forma, no todos los delitos de mera actividad han de ser de propia mano, con lo cual en el ámbito de principios, no en todos los delitos de mera actividad ha de estar a priori excluida la autoría mediata. **(p. 98)**

Pero lo más importante en este sentido y es algo que escapa a los objetivos de este trabajo, qué interés tiene la existencia de los delitos de propia mano, pues con ellos lo único que se consigue es crear determinados espacios legales de impunidad, al no poder hacer responsable en autoría mediata al hombre de atrás, es decir, al que tiene el verdadero dominio final del hecho.

En estos supuestos, no sería solución castigar como inductor o como cooperador necesario al hombre de atrás, esto es, al autor mediato en sentido estricto, pues la teoría de la accesoriedad de la participación excluye dogmáticamente esta posibilidad. En este sentido afirma Maqueda Abreu que los delitos de mano propia «no significa otra cosa, en definitiva, que se trata de delitos especiales en los que, como dice Schall 'la lesión del bien jurídico tiene que alcanzar la lesión de un deber especial que se encuentra en un determinado grupo de personas'»⁸¹.

Finalmente,

[...] la consecuencia de este planteamiento, desde una concepción objetivo-final de la autoría como la que aquí se sigue, va a ser la de negar para todos los delitos cualquier limitación a la autoría mediata en el ámbito de estructuras típicas 'objetivas' —con elementos, pues, susceptibles de dominio- y 'materiales' caracterizadas por la lesión de un bien jurídico—. Pues el 'hombre de atrás' podrá cumplir todos esos elementos —la violencia, el abuso sexual, la conducción de un vehículo de motor o cualquier otro [...]— con sólo dominar la voluntad del instrumento que lo ejecute, dado que, para lo injusto de esos delitos, resulta indiferente si la acción de ejecución se realiza personalmente o a través de un tercero jurídicamente irresponsable»⁸².

En el mismo sentido afirma Arzt que los delitos de propia mano (dentro de los cuales sitúa a los delitos de mera actividad) se constituyen a través de unas acciones típicas determinadas: «estos delitos de propia mano tienen por ello iguales consecuencias para la autoría/participación y omisión que los restantes delitos especiales, en los que el círculo de los autores está restringido a una serie de personas con determinadas características o referidas a la víctima»⁸³. **(p. 99)**

Tanto Maqueda Abreu como Arzt, terminan defendiendo «la extinción omnipotente de los delitos de propia mano»⁸⁴. De esta forma, al haber considerado ambos autores a estos delitos como una clase de delitos de mera actividad, están solicitando a su vez, al menos en esta parte, la extinción omnipotente no ya de los

⁷⁸ Luzón Peña, 1996, p. 308.

⁷⁹ Gimbernat Ordeig, 1966, p. 300.

⁸⁰ Maqueda Abreu, 1992, p. 133; Silva Sánchez, 1993, p. 38.

⁸¹ Maqueda Abreu, 1992, p. 128.

⁸² Arzt, 1990, p. 182.

⁸³ Arzt, 1990, p. 182.

⁸⁴ Arzt, 1990, p. 182; Maqueda Abreu, 1992, p. 128.

delitos de mera actividad, sino de la distinción entre éstos y los delitos de resultado⁸⁵.

Ahora sí puede responderse a la pregunta que preside este apartado: ¿cabe la autoría mediata en los delitos de mera actividad? En este punto, y siguiendo a Arzt, Maqueda Abreu, Silva Sánchez y a Pérez Álvarez⁸⁶, han de regir las reglas generales sin incluir por tanto ninguna especialidad con relación a los delitos de mera actividad⁸⁷: la afección al bien jurídico intimidad en el delito de allanamiento de morada se puede producir en el supuesto en que A personalmente entre en la morada ajena sin el consentimiento del morador, así como cuando hace entrar en la misma morada a un sujeto al que previamente ha convencido de que la morada le pertenece o cuando, para vulnerar la intimidad ajena, utiliza a un inimputable al que determina su voluntad y le hace entrar en la misma.

Con relación a este delito de allanamiento de morada, a su consideración como delito de mera actividad y a la admisión o no de la autoría mediata, Maqueda Abreu citando Frühauf entiende:

[...] que en los casos en que la acción de ejecución —v. gr. entrar en casa ajena— podría representar la consumación de un delito de mera actividad (allanamiento) o la tentativa de un delito de resultado (robo en casa habitada), (y) tiene razón este autor cuando concluye que hacer depender en el caso concreto su intención, resulta desde luego inconsecuente o, cuanto menos, equívoco⁸⁸.

Así, en referencia al delito de conducción bajo los efectos del alcohol, drogas tóxicas, etc., afirma Silva Sánchez que cabe autoría mediata: «estimo que el injusto específico del delito lo realiza también el sujeto que crea el riesgo típico a través de dominar (por coacción, por ejemplo) la conducción bajo la influencia de drogas realizada por un tercero»⁸⁹. **(p. 100)**

De esta forma, si no hay problemas particulares para admitir la autoría mediata en los delitos de mera actividad, sean o no de propia mano (en tanto en cuanto se entiendan estos últimos como verdaderos delitos especiales), tampoco han de existir resistencias dogmáticas para admitir la actio libera in causa.

6. Mera actividad y tipo subjetivo

El desvalor de acción en los delitos de mera actividad y de resultado se distingue en atención a una parte del contenido volitivo del dolo del autor y, por tanto, a una parte del desvalor subjetivo de acción⁹⁰: si el resultado ha de ser abarcado por el dolo en los delitos de resultado de forma que la realización o consecución del mismo dirige la actuación del autor, en los delitos de mera actividad el dolo ha de abarcar la realización de la conducta típica⁹¹. De aquí se deduce que el desvalor de acción es distinto en los delitos de mera actividad y en los de resultado: en su parte subjetiva, porque el dolo se dirige a la realización de la conducta típica y en la objetiva, porque el resultado no forma parte de la misma pero sí el resto de los elementos objetivos sobre los que ha de proyectarse el dolo del autor⁹².

De esta forma, no hay más diferencias entre los delitos dolosos de mera actividad y de resultado de manera que parece excesiva la afirmación que realiza Gómez Benítez que le lleva a predicar un cambio en el propio concepto de dolo, en el entendimiento de que éste es igual a finalidad, es decir, voluntad de realizar resultados típicos:

[...] pero como quiera que en Derecho Penal no sólo existen delitos de resultado [...], sino también son punibles algunos delitos de mera actividad [...], el dolo puede definirse más ampliamente como finalidad dirigida hacia la realización del tipo penal, ya sea de resultado, ya sea de mera actividad⁹³.

Por lo que respecta a la comisión imprudente de un delito de mera actividad no existen excesivas discrepancias en sede doctrinal en su aceptación⁹⁴. Sin embargo, Quintero Olivares/Morales Prats/Prats

⁸⁵ Arzt, 1990, p. 182.

⁸⁶ Arzt, 1990, p. 182; Maqueda Abreu, 1992, p. 128; Silva Sánchez, 1993, p. 172; Pérez Álvarez, 1995, p. 178.

⁸⁷ En contra Gimbernat Ordeig, 1966, p. 247; Gómez Pavón, 1998, p. 167.

⁸⁸ Maqueda Abreu, 1992, p. 32.

⁸⁹ Silva Sánchez, 1993, p. 168.

⁹⁰ Gallas, 1982, p. 460.

⁹¹ En extenso: Acale Sánchez, 2000, pp. 159 y ss.

⁹² Acale Sánchez, 2000, p. 280 y ss.

⁹³ Gómez Benítez, 1984, pp. 70-71.

⁹⁴ Por todos, *vid* Lorenzo Copello, 1992, p. 22 y la bibliografía allí citada.

Canut afirman **(p. 101)** que los delitos de mera actividad sólo admiten el dolo⁹⁵, en la medida en que en ellos [...] tiene singular importancia la dirección de la voluntad del sujeto, de manera que estos delitos no admiten otra forma comisiva que la dolosa. Y ello es así porque la orientación o propósito de la conducta son determinantes del daño al bien jurídico. Por ejemplo, en el falso testimonio, el propósito de alterar el correcto funcionamiento de la prueba⁹⁶.

Ciertamente, en aquellos delitos de mera actividad en los que el legislador incluya un elemento subjetivo especial distinto al dolo —esto es, en los delitos de resultado cortado— estará limitada la comisión imprudente, con independencia de que con la cláusula cerrada de punición de la misma en los Códigos penal y peruano, se excluya a priori en todos aquellos delitos en los que no haya sido expresamente tipificada, ya sean de mera actividad o de resultado.

Cuando el legislador castiga un comportamiento humano sin atender al resultado producido por el mismo, es evidente que ese comportamiento tiene una específica finalidad; por ejemplo, en el delito de construcción no autorizada del Art. 319, sus autores actúan por un ánimo tendencial, el ánimo de lucro, que es precisamente el que les impulsa a actuar de esa forma y no de otra, es decir, sin ajustarse a las normas urbanísticas vigentes. Lo que ocurre es que si el legislador no ha incluido el resultado causado por la acción, y tampoco el elemento subjetivo especial dirigido al mismo, no hay por qué tenerlos en consideración: en este sentido, el propósito de alterar el correcto funcionamiento de la prueba en el delito de falso testimonio no sería más que el contenido del dolo propio de ese delito y no elemento subjetivo especial del tipo de injusto.

Esto lleva a la afirmación de que todos los delitos de resultado cortado son tipos de mera actividad, en la medida en que como su propio nombre indica, el legislador considera consumado el delito en el momento en que el autor lleva a cabo determinados comportamientos dirigidos por una clara finalidad, a saber, la consecución del mencionado resultado, finalidad ésta que es la que sirve para delimitar las conductas típicas de las que no lo van a ser, pero con independencia de que la misma se realice o no: esto es, la consecución efectiva del objeto propuesto no pertenece al tipo. De esta forma, **(p. 102)** no podría aceptarse la comisión imprudente de un delito de resultado cortado, por ello mismo, de mera actividad, en tanto en cuanto la actuación del sujeto ha de entenderse regida por dicha finalidad que es precisamente incompatible en el ámbito de su configuración teórica con los delitos imprudentes: estos serían por tanto los únicos delitos de mera actividad que no podrían inculparse en su forma imprudente⁹⁷.

Si se observa, el autor está considerando delitos formales a los delitos de resultado cortado y delitos de simple conducta a los delitos de mera actividad con un tipo subjetivo no cargado de elementos especiales.

Ahora bien, el hecho de que todos los delitos de resultado cortado sean delitos de mera actividad, no significa que a efectos típicos (cosa distinta es lo que ocurre precisamente fuera del tipo, igual que con el resultado) todos los delitos de mera actividad sean de resultado cortado. Para ello es necesario que el legislador incluya un elemento subjetivo distinto al dolo que abarque el resultado al que se dirige la conducta del autor aunque éste en sí mismo no sea elemento típico. Por ello es criticable la línea jurisprudencial que equipara los delitos de mera actividad con los de resultado cortado. Así, la STS español de 31 de enero de 1997, respecto al delito de alzamiento de bienes, afirma que en él concurre

[...] un elemento subjetivo específico, tendencial, consistente en la intención de causar un perjuicio al acreedor, bien entendido no obstante que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad, de riesgo, de resultado cortado, con lo cual basta con que se lleve a cabo la ocultación de bienes, como resultado exigido por el tipo con relación a la simple intención de perjudicar, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfeccionamiento sino a la de su agotamiento (SSTS 8 de octubre de 1996, 20 de enero y 19 de febrero de 1983, 26 de junio y 7 de abril de 1992).

También equiparan los delitos de mera actividad con los de resultado cortado las SSTS de 26 de junio, 16 de marzo, 3 de junio, 11 y 14 de diciembre, 11 de mayo y 22 de octubre de 1992⁹⁸.

Pero junto a estos delitos, hay otros de mera actividad en los que no se hace referencia expresa a elemento subjetivo especial alguno, de forma que si no están incorporados a la letra de la ley, no hay por qué reducir su comisión a la dolosa, y menos aún, al dolo directo: cabrá el dolo eventual y, **(p. 103)** en aquellos supuestos en los que el legislador haya previsto expresamente el castigo de las conductas imprudentes (de acuerdo con la punición de las conductas imprudentes en el Art. 12 de los Códigos español y peruano),

⁹⁵ Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999, p. 317.

⁹⁶ Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999, p. 317.

⁹⁷ Acale Sánchez, 2000, p. 280 y ss.

⁹⁸ Acale Sánchez, 2000, p. 280 y ss.

también podrá castigarse ésta.

Y es precisamente respecto a estos últimos sobre los que se plantea la posible comisión imprudente, posibilidad que ha sido tradicionalmente admitida por la doctrina con la excepción señalada de Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut.

Ciertamente, la teoría de la imprudencia se ha desarrollado, con Mazzacuva, singularmente teniendo siempre presente el esquema del delito de resultado (naturalístico)⁹⁹ de forma que si ese esquema se traspasa automáticamente a los delitos de mera actividad, se suscitarán problemas¹⁰⁰: en los delitos imprudentes de resultado es preciso que, junto al desvalor de acción —la infracción de la norma de cuidado— se produzca el desvalor de resultado que en los tipos de resultado incluye la producción del resultado material separado de la acción. Si estas características se intentan traspasar a los delitos imprudentes de mera actividad, no cabría su comisión imprudente en tanto en cuanto carecen del mencionado resultado.

Pero, el resultado que se tiene en consideración para proceder al castigo de un delito imprudente no es ese, es decir, el resultado de la acción y separable de ella sino aquel efecto-resultado que producía en el mundo exterior la realización de la conducta típica distinto al que existía con anterioridad a esa realización y que en los delitos de resultado natural se constata a través de éste mientras que en los delitos de mera actividad se constata a través del efecto distinto que se provoca en el mundo exterior por la realización de la conducta típica¹⁰¹. **(p. 104)**

Así puede entenderse haciendo abstracción de los delitos en particular que todos los delitos imprudentes se configuran como delitos de resultado, en los que la acción típica es siempre la misma, esto es, la infracción de una norma de cuidado, a la que ha de seguir un resultado que no es otro que la realización de un tipo penal. Por ello, también los delitos de mera actividad han de interpretarse en clave resultativa pues lo que con relación a la conducta dolosa es el comportamiento activo u omisivo típico, en la configuración imprudente del mismo pasa a ocupar el lugar del resultado cediendo su puesto a la infracción de la norma de cuidado.

Este esquema se repite en la comisión imprudente de un tipo de resultado, con lo cual, aquí a la inversa, se produce una lectura en clave de mera actividad de los delitos de resultado, en la medida en que la acción —de nuevo— vendría constituida por la infracción de la norma de cuidado y el resultado por la realización de los elementos del tipo de resultado que concretamente se hubiera producido, absorbiéndose dentro de ésta como un elemento más, el resultado natural. Por ello se discute en éstos últimos qué papel ocupa el resultado natural unido causalmente a la acción. En este sentido afirma Mazzacuva:

[...] parece evidente el nexo entre comportamiento culposo y resultado en el mismo: del todo explícito resulta tal unión en la hipótesis descrita en el Art. 355 del Código Penal italiano (quien no cumpliendo las obligaciones... hace faltar), pero igualmente revisable en las otras figuras delictivas, en las que de manera evidente y precisa la pasada inobservancia o la pasada revelación de secreto parece constituir la 'consecuencia' de un comportamiento culposo no descrito¹⁰².

Puede decirse, por tanto, que los problemas para admitir la comisión imprudente son mayores en los delitos de resultado que en los delitos de mera actividad, pues en ellos hay de investigar por qué se exige la producción del resultado y qué lugar ocupa éste en la estructura del tipo imprudente.

En este sentido afirma Stratenwerth, que:

[...] los casos más sencillos se encuentran entre los delitos culposos de actividad que, de todos modos, son raros y podemos ejemplificar en el falso testimonio culposo (parágrafo 163). Aquí se nos presenta una caracterización completa de la acción del hecho y la única cuestión es la de saber si la sola ejecución de esta acción realiza por sí misma el supuesto de hecho típico¹⁰³. **(p. 105)**

⁹⁹ Mazzacuva, 1983, p. 303.

¹⁰⁰ Mazzacuva, 1983, p. 304.

¹⁰¹ En este sentido afirma Mir Puig (1996, p. 280) que «la infracción del deber de cuidado ha de tener como resultado la realización de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso. Dicho resultado puede consistir tanto en un resultado separado de la conducta ('resultado' en el sentido estricto de los delitos de resultado, que constituyen la inmensa mayoría de los delitos imprudentes), como en la parte objetiva de una conducta descrita en un tipo doloso de mera actividad. En ambos casos es necesario que el hecho resultante haya sido causado por la infracción del deber de cuidado y pueda imputarse objetivamente a la misma».

¹⁰² Mazzacuva, 1983, p. 311.

¹⁰³ Stratenwerth, 1982, p. 320.

Y es precisamente este efecto al que se refiere tanto el viejo Art. 565 como el nuevo Art. 12. Así el Art. 565 del Código de 1973 establecía «el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo[...]», y el Art. 12 del nuevo texto punitivo señala «las acciones u omisiones imprudentes solo [...]». De esta forma, puede decirse que de la previa calificación de un tipo como delito de mera actividad o de resultado hace depender los requisitos para el castigo de la conducta imprudente¹⁰⁴.

7. Delitos de mera actividad e iter criminis

Es cuestión debatida y, además, generalmente discutida¹⁰⁵ en sedes doctrinal y jurisprudencial¹⁰⁶ la relativa a las distintas formas del iter criminis en los delitos de mera actividad. La aceptación o no de las formas del iter criminis anteriores a la consumación en los delitos de mera actividad no puede realizarse sino partiendo de las singularidades de cada una de ellas presentes en el Código, no ya de las singularidades de los delitos de mera actividad.

El Art. 15 CPE señala que, como regla general, son punibles el delito consumado y la tentativa de delito (el CP carece de un pronunciamiento genérico como éste, pero no cabe duda de que son ambas las formas de iter criminis que castiga). Ahora bien, ello no significa que todos los delitos se castiguen en su forma intentada ya que el Art. 15 no impone el castigo de todos los delitos en grado de tentativa, simplemente lo permite.

En este sentido, la admisión de la tentativa, acabada o inacabada, de nuevo, ha de partir del concepto de resultado incluido en el Art. 16: éste es el resultado jurídico, por lo que teóricamente no ha de suponer límite específico (**p. 106**) alguno con relación a los delitos de mera actividad. Por tanto, la cuestión pasa del ámbito teórico al análisis de cada delito de mera actividad en particular y ésta ha de ser la perspectiva a tener en cuenta para negar o afirmar la tentativa en estos delitos. Pero, como se verá, ésta ha de ser también la regla imperante en lo que a los delitos de resultado respecta.

El Art. 16.1 CPE señala:

[...] hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

El Art. 16 CP señala que «en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo».

Con relación a la tentativa inacabada, no existen —en general— inconvenientes en su aceptación sobre todo en aquellos casos en que sea necesario la realización de varios actos «ejecutivos» para llegar a la consumación del delito¹⁰⁷; así lo viene entendiendo mayoritariamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. En este sentido, afirma Arzt seguido en España por Pérez Álvarez, todos los delitos de mera actividad son divisibles en varios actos¹⁰⁸, con lo cual la admisión de la tentativa inacabada en éstos no es ninguna excepción, sino que por el contrario es la regla general pues no existe ningún impedimento dogmático al respecto. De esta forma, también este criterio les sirve a los autores citados para defender que la distinción entre tentativa acabada e inacabada no tiene relación alguna con los delitos de mera actividad y de resultado, puesto que:

[...] podría sostenerse la distinción entre mera actividad y resultado si 'los delitos de resultado fueran caracterizados de tal manera que recorriesen siempre con anterioridad a la consumación el estadio de la tentativa acabada, mientras que, por el contrario, los delitos de mera actividad nunca pudieran alcanzar el estadio de la tentativa acabada'. Esta armonía no es por tanto accesible.

Por ello afirma que la diferencia entre tentativa y consumación «no depende de la clasificación de un delito

¹⁰⁴ Laurenzo Copello, 1992, p. 22.

¹⁰⁵ Spitéri, 1966, p. 502; Gómez Pavón, 1998, p. 175. Véase Acale Sánchez, 2000, p. 298 y la bibliografía allí citada.

¹⁰⁶ Así no admiten las formas imperfectas de un delito de mera actividad: el Auto del TS de 8 de mayo de 1998, con relación al delito de tráfico de drogas: «se sostiene en innumerables sentencias que estos tipos penales conforman un delito de consumación anticipada y de mera actividad que difícilmente admiten la tentativa»; las SSTs de 26 de mayo de 1998, 24 de enero de 1991; con relación al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas también rechaza las formas imperfectas la STS de 26 de abril de 1997: «no puede presentar formas comisivas imperfectas ni precisa para su consumación de la consecución por los agentes del hecho de los objetivos de forzamiento de los precios que se hubiera propuesto (STS de 26 octubre de 1988)».

¹⁰⁷ Gómez Benítez, 1984, p. 169.

¹⁰⁸ Arzt, 1990, p. 175; Pérez Álvarez, 1995, p. 147.

como de mera actividad o de resultado, sino de una concreta situación fáctica»¹⁰⁹. (p. 107)

Ciertamente todos los delitos y, no sólo los de mera actividad, son divisibles en varios actos, unas veces por que así se deriva de la letra de la ley y otras porque así se deriva del plan ejecutivo diseñado por el autor en el caso concreto: la conjunción de ambos factores es la que va a determinar el iter criminis de cualquier tipo penal de forma que habrá ocasiones en que si bien atendiendo a la letra de la ley sea posible la tentativa, por el contrario, en el caso concreto ésta haya de excluirse o a la inversa, que según el criterio legal se dificulte la admisión de la tentativa, pero que en el caso concreto, sea el plan diseñado por el autor el que haga posible esta fase de imperfecta ejecución; también podría comprobarse la admisión de la tentativa inacabada en sentido inverso: cabrá ésta siempre que sea posible evitar la afección al bien jurídico mediante el desistimiento del autor. De igual forma, cabrá la tentativa acabada cuando el autor por su propio arrepentimiento activo impida la producción del resultado jurídico, esto es, la afección al bien jurídico protegido.

Mayores problemas han planteado la aceptación de la tentativa acabada. Efectivamente, ésta supone inicio de ejecución y realización o finalización de los actos que, objetivamente deberían producir el resultado y éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor, esto es, por una causa distinta a su arrepentimiento activo. El campo esencial para la aplicación de la tentativa acabada es el de los delitos de resultado, en los que desde que el autor lleva a cabo su comportamiento hasta que se produce el resultado, puede transcurrir un período de tiempo que puede ser interferido por factores extraños a su voluntad para que se realice el resultado a través del cual se afecte al bien jurídico protegido.

El problema que se suscita con los delitos de mera actividad es que, desde el punto de vista legal, cuando el autor en primera persona y directamente lleva a cabo «todos» los actos que objetivamente deberían producir el resultado de afección al bien jurídico éste ya se ha producido, en la medida en que la realización del último acto ejecutivo supone consumación y afección al bien jurídico, por lo que no existe un nexo que interrumpirse por ningún factor extraño (STS español de 7 de julio de 1978). Esto es cierto siempre que se atienda exclusivamente para afirmar si un acto es o no ejecutivo al principio objetivo formal, esto es, a la interpretación del verbo típico. Ahora bien, si además de este criterio que es esencial, por imperativo del principio de legalidad¹¹⁰, se tiene en cuenta el plan ejecutivo diseñado (p. 108) por el autor, puede que una vez que éste haya llevado a cabo todos los actos que necesariamente han de llevar aparejado el resultado de afección al bien jurídico, éste no se produzca por una causa ajena a su voluntad (tentativa acabada), porque la acción sea inidónea (tentativa inidónea), por falta de objeto material (delito imposible) o que no se produzca por su propio y activo desistimiento¹¹¹. En este sentido, Frisch con relación a los delitos de mera actividad admite: la tentativa inidónea, la tentativa anterior a la verdadera acción típica, también supuestos en los que el autor se halla ya en el estadio de la verdadera acción típica; la tentativa inacabada; así como la tentativa acabada (según la representación del autor) sin que se dé la consumación, manifiestamente sólo en el sentido de un caso de divergencia entre representación y realidad¹¹².

Por ejemplo, el testigo protegido que falta a la verdad en su testimonio en causa criminal por escrito (por ejemplo). Una vez que el autor realiza la acción típica, el delito en condiciones normales, esto es, en los casos de testimonio directo ante el juez, ya estaría consumado. Pero como el autor ha diseñado su acción de esta forma concreta, si una vez que por escrito falta a la verdad, el documento no se lee ante el juez porque, por ejemplo, el funcionario de Correos se ha tomado unas vacaciones y no se ha recogido la correspondencia el día que debió hacerse, habrá tentativa acabada de un delito de falso testimonio. Y si una vez pone la carta en el buzón, el autor se arrepiente de lo que allí dice y se dirige en persona a su destinatario para decirle que en el documento que va a recibir a la vuelta de correo falta a la verdad y que quiere en ese momento antes incluso de que el juez conozca de la falsedad enmendar lo allí dispuesto, el delito de falso testimonio no se habrá producido por arrepentimiento activo de su autor: esto es exactamente lo que viene a reconocer el Art. 462 CPE, cuando exime de (p. 109) pena al autor del falso testimonio en causa criminal que «habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma,

¹⁰⁹ Arzt, 1990, p. 175.

¹¹⁰ Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 438.

¹¹¹ También Spitéri (1966, p. 505) admite la validez del desistimiento para afirmar que cabe la tentativa en los delitos de mera actividad, si bien, este autor, como adelanta el inicio de la ejecución (esto es, el inicio de la tentativa) a lo que no son más que actos preparatorios, tiene en consideración el propio desistimiento pero en relación con éstos últimos. Así afirma: «en la tentativa el agente se dispone a poner en funcionamiento este medio, está a punto de pasar a la ejecución propiamente dicha. En el envenenamiento, por ejemplo, la tentativa supone que el agente ha estado dispuesto antes de verter el veneno y mientras se preparaba para hacerlo. La tentativa reduce aún el esquema del *iter criminis*: se encuentra aquí, en efecto, en el último estado de los actos preparatorios, el agente se dispone a comenzar la ejecución».

¹¹² Frisch, 1994, p. 187.

manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate».

Aunque el delito de falso testimonio del Art. 458.1 CPE sea de mera actividad —en la medida en que basta con que se falte a la verdad en su testimonio en causa judicial (distinto es el tipo del delito de falso testimonio del número 2 del mismo artículo, en el que el legislador ha incluido un resultado, esto es, que a consecuencia de tal falso testimonio «hubiera recaído sentencia condenatoria»)—, podría ser castigada esta forma de iter criminis pues a pesar de que según la letra de la ley, no se incorpore al mismo ningún resultado, con lo cual no existe curso delictivo que interrumpir, atendiendo al plan preconcebido del autor en la realización material de este delito éste pone en marcha un procedimiento en virtud del cual se va a llegar a afectar al bien jurídico protegido: desde esta perspectiva, no deben existir impedimentos para admitir la tentativa acabada en un delito de mera actividad¹¹³.

En los supuestos comentados, el curso que se tiene en consideración para apreciar o no la tentativa no es ya solo el típico, sino el que particularmente haya diseñado el autor. Pero esta afirmación no sólo ha de realizarse con relación a los delitos de mera actividad, sino que además, es la pauta a partir de la cual han de interpretarse también las formas imperfectas de ejecución en los delitos de resultado: no existen por tanto diferencias entre la tentativa acabada e inacabada según si el tipo objetivo del delito en particular haya incluido o no un elemento típico «resultado» en la medida en que el «resultado» que define a dichas formas imperfectas de ejecución es la afección al bien jurídico protegido, esto es, el desvalor de resultado presente en todas las figuras delictivas.

En definitiva, caben las formas imperfectas de ejecución también en los delitos de mera actividad. Así afirma la STS español de 10 de febrero de 1997 con relación a los arts. 369.6 y 370: **(p. 110)**

[...] al tratarse los hechos enjuiciados de delitos de tráfico de drogas, la dificultad encontrada por la jurisprudencia para aplicar la continuidad a delitos de mera actividad y de peligro abstracto que se consuman por la ejecución de cualquiera de las conductas específicas legalmente descritas sin necesidad para la existencia del delito de que se hayan producido concretos resultados lesivos. Sólo aplica la continuidad delictiva a los delitos de tráfico de estupefacientes que sean parciales y fragmentarias ejecuciones, de un plan preconcebido que se pone en práctica y se desarrolla en diferentes ocasiones (STS 23 septiembre 1993).

Es preciso resaltar que las sentencias que mayoritariamente han venido a negar la realización imperfecta de los delitos de mera actividad lo han hecho con relación a tipos, como el de tráfico de drogas o el delito de inmigración ilegal del Art. 313.1 en el que las formas típicas son muy amplias, hasta el punto que se consideran consumados ambos delitos atendiendo a la letra de la ley ante actos que si no estuvieran expresamente tipificados no serían siquiera actos ejecutivos.

¹¹³ Gómez Pavón (1998, p. 180) se manifiesta también a favor de la punición de la tentativa de un delito de mera actividad: «en anteriores ediciones, se había mantenido la imposibilidad de sancionar la tentativa en este delito, [...] el actual Art. 71, posibilita su sanción, al no estar el juez o tribunal sujeto por los límites mínimos de cada pena»; sin embargo, dogmáticamente no parece argumento para negar la tentativa en el Código Penal derogado porque el juez no pudiera a los efectos de determinar la pena bajar de los límites mínimos.