

LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD

MARÍA ACALE SÁNCHEZ

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Cádiz

Sumario

1. Introducción. 2. Definición negativa de los delitos de mera actividad a partir del resultado del que carecen. 3. Definición positiva de los delitos de mera actividad. 4. El tipo de injusto de los delitos de mera actividad. 5. La discutida legitimidad dogmática de los tipos penales de mera actividad de peligro abstracto. 6. ¿La parte general especial de los delitos de mera actividad? 7. ¿Es necesario seguir manteniendo la categoría de la mera actividad? 8. Bibliografía.

1. Introducción

Los delitos de mera actividad se contraponen en sedes doctrinal y jurisprudencial a los delitos de resultado; cada uno de ellos carece de sentido sin el otro, lo que determina, que el estudio de ambos no pueda realizarse si no es partiendo de la cuestión que los separa: básicamente, que los delitos de mera actividad carecen del resultado que define a los delitos de resultado. Como ha afirmado Antolisei, semejante distinción es una cuestión eminentemente teórica¹, si

¹ F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bérgamo, 1930, p. 90.

bien, como se verá posteriormente, tiene innumerables consecuencias prácticas.

Hasta aquí existe acuerdo, si bien, cuando se pregunta sobre la naturaleza de ese resultado la respuesta se complica porque a pesar de que la definición de los delitos de mera actividad permanezca inalterada, va cambiando el concepto de resultado que, al multiplicarse, complica la identificación de cual es el que define como propios a los delitos de resultado y del que carecen los de mera actividad².

Estas distintas acepciones del término resultado han sido utilizadas en no pocas ocasiones confusamente por la doctrina y la jurisprudencia, provocando su rechazo hacia los delitos de mera actividad que, ante tal situación, han terminado por convertirse en un cómodo cajón de sastre al que van a parar una serie de figuras delictivas de la parte especial del Código de distinta significación. Así, cuando el legislador ha tipificado meros injustos formales, o cuando falta un bien jurídico objeto de tutela o cuando se articula la tutela de bienes jurídicos excesivamente amplios no susceptibles de menoscabo efectivo, la doctrina se ha encargado de calificarlos y de manera automática, de justificarlos, como delitos de mera actividad. Puede comprenderse fácilmente que, ante esta situación, esta clase de delitos se haya convertido en algunos momentos en justificación dogmática de los excesos cometidos por el poder político, que ha visto en ellos una idónea tapadera legitimadora.

De esta forma, los propios delitos de mera actividad, esto es, los que carecen del resultado que define a los delitos de resultado, han terminado por confundirse con los delitos formales o sin bien jurídico o con formas inidóneas para afectar al mismo, hasta el punto que, finalmente, unos y otros se han unificado bajo una misma denominación: delitos de mera actividad peligrosa³. Lógicamente, todos ellos han corrido igual suerte.

Además de esta dificultad de partida, la doctrina y, de su mano, la jurisprudencia, ha articulado para ellos toda una discutida y discutible parte general especial, a través de la cual se pone de manifiesto que, a pesar de que su estudio sea una cuestión puramente teórica, como afirmaba Antolisei, tiene sin embargo una gran repercusión práctica. Así, se ha afirmado que no cabe la comisión por omisión⁴, la relación

² M. ACALE SÁNCHEZ, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000, p. 2.

³ N. GARCÍA RIVAS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998, pp. 50 y ss.

⁴ T. S. VIVES ANTÓN, «Comentario al art. 11», en T. S. Vives Antón (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 85.

de causalidad⁵, la imputación objetiva⁶, las formas imperfectas de ejecución⁷, la coautoría⁸, la autoría mediata⁹ ni la comisión imprudente¹⁰ de los delitos de mera actividad; a ello se ha añadido que son delitos de mano propia¹¹, de peligro abstracto¹², que carecen de objeto material¹³ y que no generan responsabilidad civil¹⁴.

Finalmente, también se discrepa sobre cuáles son los concretos delitos que han de ser caracterizados como de mera actividad y a los que aplicarles esta parte general especial: es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de trato degradante del art. 173.

Tamarit Sumalla ha afirmado que «en cuanto a su estructura comisiva, el delito de trato degradante es de mera actividad, admitiendo pues la tentativa sólo en su modalidad inacabada. Debe rechazarse la consideración del menoscabo grave a la integridad moral como resultado separado de la acción, dado que la referencia legal a la lesión del bien jurídico tiene como única función la de restringir la esfera de lo típico a aquellas conductas que, desde la perspectiva del objeto jurídico de tutela, merezcan la calificación de graves»¹⁵.

Frente a semejante argumentación, Portilla Contreras entiende que «al tratarse de un delito de resultado, se exige no sólo la realización de un trato degradante, sino que se produzca además una afección grave de la integridad moral. De esto se deduce que la práctica de un trato degradante que no afecte a la integridad moral, o que no la afecte gravemente, no podrá sancionarse entre los preceptos que atentan a la integridad moral, sino como un delito de injurias, coacciones, discriminación, a través de la falta del art. 620, etc. Nuevamente se pierde otra gran oportunidad de regular estos comportamientos como delitos

⁵ A. QUINTANO RIPOLLÉS, «Delito formal», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1975, Tomo VI, p. 587.

⁶ J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1988, p. 169.

⁷ L. RODRÍGUEZ RAMOS, «El resultado en la teoría jurídica del delito», *Cuadernos de Política Criminal*, 1977 (1), p. 169.

⁸ G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, J. M. PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1999, p. 312.

⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, p. 247.

¹⁰ G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, J. M. PRATS CANUT, ob. cit., p. 317.

¹¹ H. WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, 1976, traducción: J. BUSTOS RAMÍREZ y S. YÁÑEZ PÉREZ, p. 154.

¹² N. GARCÍA RIVAS, ob. cit., p. 50.

¹³ J. A. CANCINO MORENO, *El objeto material del delito*, Bogotá, 1979, pp. 21 y ss.

¹⁴ Vid. J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1976, p. 631.

¹⁵ J. M. TAMARIT SUMALLA, «Comentario al art. 173», en G. QUINTERO OLIVARES (coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 183.

de simple actividad sin necesidad de exigir la producción del resultado —afección a la integridad moral»¹⁶.

Estas opiniones de Tamarit Sumalla y de Portilla Contreras ponen de manifiesto cuál es el verdadero problema que plantean los delitos de mera actividad: no existe acuerdo sobre cuál es el resultado del que carecen.

Todo este «desorden» doctrinal y jurisprudencial en cuanto a las diferencias de los delitos de mera actividad con los delitos de resultado, a su denominación, a las características dogmáticas que de los mismos se predicán, así como a la clasificación de los tipos de la parte especial como delitos de mera actividad o como delitos de resultado, nos ha hecho plantearnos una cuestión: ¿es preciso seguir manteniendo la categoría de los «delitos de mera actividad» frente a la de los «delitos de resultado»? Más concretamente, ¿las diferencias que existen entre ellos son tan importantes como para separar el estudio del tipo de injusto de ambos? La adopción de semejante punto de partida en una investigación sobre el tipo de injusto en los delitos de mera actividad ha quedado completamente condicionada por la importancia histórica que al tema se ha otorgado, en la medida en que los delitos de mera actividad, en cuanto que categoría dogmática con nombre propio frente a los de resultado, han sido reconocidos como tales dentro de las teorías causal, final, social y funcional de acción, forzando junto a ésta, la omisión, el dolo y la imprudencia los cambios esenciales de toda la teoría del delito.

2. Definición negativa de los delitos de mera actividad a partir del resultado del que carecen

Como se sabe, para el causalismo la acción se definía como un movimiento corporal que producía un cambio en el mundo exterior¹⁷. De esta forma, el concepto clásico de acción ampliaba considerablemente su contenido en la medida en que se entendía como parte del mis-

¹⁶ G. PORTILLA CONTRERAS, «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en M. COBO DEL ROSAL (coordinador), *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 1996, pp. 295 y 296.

¹⁷ F. v. LISZT, *Tratado de Derecho Penal, II*, Madrid, traducción: QUINTILIANO SALDAÑA, p. 297.

Vid. al respecto de la polémica del concepto de acción por todos J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría del Delito / 1*, Madrid, 1997, pp. 27 y ss.

mo no sólo el movimiento corporal sino también el resultado que se producía en el mundo exterior; ambos unidos por la relación de causalidad. Así, el resultado se contagió del mismo carácter que se predicaba de la acción, es decir, fue también entendido como un resultado eminentemente natural, como el efecto natural causado por una acción natural, y esta característica fue precisamente la que individualizó al resultado dentro de la teoría causal del delito¹⁸.

Al margen de otros fracasos de sobra conocidos, partiendo de semejante concepto de acción, pronto los delitos de mera actividad despuntaron por la falta dentro de la acción del resultado y de la relación de causalidad. Para solventar estas deficiencias existían dos opciones: entender los delitos de mera actividad como delitos carentes de resultado y, por tanto, entender que la acción estaría conformada de forma defectuosa o, por el contrario, sostener ortopédicamente el concepto de resultado.

La primera vía fue rápidamente rechazada, pues suponía la negación del concepto causal por parte de sus propios partidarios. Descartada la primera sólo quedaba como solución corregir el concepto de referencia, si bien los esfuerzos realizados en este sentido fueron infructuosos pues con ellos se llegaba en última instancia a anular las diferencias entre delitos de mera actividad y de resultado a pesar de reconocer que los primeros carecen del elemento que define como propios a los segundos, esto es, a pesar de reconocer que son distintos. El primer intento de corregir el concepto de resultado fracasó pronto en la medida en que se sustituyó el efecto natural producido por la acción por la realización del propio comportamiento. Es decir, que se retrocedía a la causa para justificar y definir a su efecto. Con este nuevo concepto de resultado sin embargo tampoco los delitos de mera actividad adquirirían legitimidad dogmática dentro de los postulados del causalismo, pues seguía faltando la relación de causalidad, en la medida en que comportamiento y efecto no necesitaban unirse causalmente porque ya venían unidos, es decir, porque eran la misma cosa¹⁹.

Por eso, en defensa de la teoría causal del delito, se intentó por segunda vez sustituir el efecto natural por un nuevo concepto de resultado: el de realización del tipo²⁰. No obstante tampoco éste supo dar

¹⁸ R. MAURACH y H. ZIFF, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, 1994, traducción: J. BOFILL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON, p. 255.

¹⁹ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 48.

²⁰ F. v. LISZT, ob. cit., p. 297.

una respuesta a los delitos examinados pues al extenderse el resultado hasta la realización del tipo de un delito en particular, dejaba de ser el efecto natural de un comportamiento, es decir, la clave de la construcción del concepto causal de acción, convirtiéndose simplemente en el efecto de la decisión político criminal del legislador de intervenir en un particular ámbito; pero además tampoco podían entenderse comportamiento y realización del tipo como causa-efecto y menos aun que la unión entre ambos se llevara a cabo a través de la relación de causalidad pues ésta no sabe explicar si un determinado comportamiento constituye o no realización del tipo, sino sólo si un resultado es o no causado por un determinado comportamiento típico.

De esta forma, fracasados los dos intentos de corrección del concepto de resultado, sólo quedaba por reconocer que el resultado del que carecen los delitos de mera actividad y que define como propios a los delitos de resultado no es otro que el efecto causado en el mundo exterior por la acción u omisión, ambos unidos por la relación de causalidad. En este sentido, el concepto causal de acción, si bien enriqueció el debate doctrinal en torno a las posibilidades que ofrece el resultado dentro de la teoría del delito, no supo dar una respuesta desde sus presupuestos a los delitos de mera actividad; fue necesario reconocer que estos tipos penales no suponen tanto un problema de acción como de tipicidad, y para ello había que entender que el resultado no puede ser parte de la acción, sino un elemento más del tipo de algunos delitos²¹.

Esta acepción del resultado es pues la que sostiene *la diferenciación entre los delitos de mera actividad y los de resultado*; en este sentido, hoy se entiende que los delitos de mera actividad son aquellos en los que dentro del tipo delictivo en concreto, el legislador ha incluido un comportamiento pero no ha prestado atención, esto es, no ha incorporado como elemento típico, el efecto natural provocado y separable del mismo²².

²¹ Vid. G. MARINUCCI, *El delito como acción. Crítica de un dogma*, Madrid, 1998, traducción: J. E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, pp. 21 y ss.; M. ATIENZA, «Para una teoría general de la acción penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987 (1), pp. 5 y ss.; G. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1994 (3), traducción: M. CANCIO MELIÁ, pp. 98 y ss.; C. ROXIN, «Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca», en *Studi in Memoria de Giacomo Delitalia*, Tomo VIII, Milán, 1984, traducción: S. MOCCIA, p. 2104.

²² M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 49.

3. Definición positiva de los delitos de mera actividad

Esta es la definición negativa de los delitos de mera actividad y en torno a ella existe consenso doctrinal. Sin embargo, ese consenso se rompe al intentar definirlos positivamente a través de las funciones sistemáticas que se predicen por parte de la doctrina del resultado del que carecen los delitos de mera actividad.

Así, un sector doctrinal entiende que el resultado es el efecto de la acción sobre el objeto material del delito²³. 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, aquellos, como si de un silogismo se tratara, serían delitos sin objeto material; el razonamiento se presenta pues de forma escalonada: delitos de mera actividad como delitos sin efecto exterior, sin efecto sobre el objeto material, sin objeto material y, finalmente, como se verá, sin bien jurídico²⁴.

En nuestra opinión hay que partir de que el estudio sobre el objeto material se centra en la acción más que en el resultado: esto es, es el objeto material de la acción del autor, en virtud del cual se define la conducta típica²⁵. 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: en contra de lo mantenido por Pérez Álvarez y por Cancino Moreno, no es siempre un elemento esencial de todos los delitos²⁶.

Por ello, esa función del objeto de la acción como sustrato necesario del bien jurídico, no puede ser rechazada pero tampoco puede ser

²³ Vid. J. A. CANCINO MORENO, ob. cit., pp. 21 y ss.; en contra de este planteamiento: F. GIANNITI, *L'oggetto materiale del reato*, Milán, 1966, p. 64; H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 1993, traducción: J. L. MANZANARES SAMANIEGO, p. 217.

²⁴ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 109.

²⁵ F. GIANNITI, ob. cit., p. 22; J. M. CANCINO MORENO, ob. cit., p. 30.

²⁶ F. PÉREZ ÁLVAREZ, *Contribución al estudio de las categorías de «objeto material» del delito y de los delitos de «mera actividad», al hilo del concepto de resultado en Derecho Penal*, Salamanca, 1995, inédito, p. 16; J. A. CANCINO MORENO, ob. cit., p. 30.

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 jurídico. 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 interior²⁷, 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 menoscabado²⁸.

Este razonamiento no convierte al objeto material en un «comodín»; por el contrario, afirma su importancia sólo allí donde lo haya, pero siempre allí donde lo haya: esto es, el objeto material es un elemento esencial del delito pero no siempre es necesario, al igual que el resultado natural. Ahora bien, el que falte un resultado no supone que falte también el objeto material, en la medida en que el objeto lo es de la acción, y no del resultado²⁹.

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 ella³⁰. Así, si los delitos de mera actividad se siguen definiendo como delitos carentes de resultado relevante de la acción, serían delitos sin afección al bien jurídico a través del resultado y por tanto sostenidos exclusivamente en el desvalor de acción, «en la medida en que no se exige que el bien jurídico entre en ningún momento en contacto con la acción peligrosa, no parece que pueda afirmarse que ésta lo perturba de algún modo. En verdad con el requisito de la peligrosidad de la acción lo que se está exi-

²⁷ J. M. TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981 (63), p. 136.

²⁸ De esta forma, se superan las críticas que hace P. LAURENZO COPELLO (*El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992, p. 87) respecto a la imposibilidad de constatar la afección a los bienes jurídicos de carácter inmaterial.

²⁹ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 109.

³⁰ P. LAURENZO COPELLO, ob. cit., p. 183.

giendo es que exista una posibilidad de perturbación o, lo que es lo mismo, una posibilidad de producción de un resultado»³¹.

En el marco del injusto personal, no existirían excesivos problemas de justificación; si bien, desde el momento en que el desvalor de resultado entra 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 configurado³².

Estos autores, en contra del planteamiento de partida aquí mantenido, esto es, que los problemas que rodean a los delitos de mera actividad pertenecen y por ello mismo deben ser resueltos en sede de tipicidad, amplían la vigencia de la categoría de la mera actividad al injusto sobrepasando el de la estructura típica del delito en cuestión³³. 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 Laurenzo Copello que entonces «no sólo 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»³⁴.

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 los supuestos de intercambiabilidad del objeto material del delito pero sin afectar a la categoría del bien jurídico vulnerado o en los 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 direc-

³¹ *Idem*, p. 135.

³² M. ACALE SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 159.

³³ P. LAURENZO COPELLO, *ob. cit.*, p. 135.

³⁴ *Idem*, p. 177.

to para el bien jurídico. Pérez Álvarez, siguiendo en este punto a Gianiti, pone el siguiente ejemplo: «imaginemos la sustracción de un cuadro que se encuentra en una iglesia donde, debido a las condiciones del recinto se va deteriorando. Imaginemos, a su vez, que el sustractor va a colocar tal objeto en su «pinacoteca privada», donde las condiciones de conservación y de restauración se van a facilitar. ¿Tal cuadro está siendo lesionado o puesto en peligro? Y es que la visualización del objeto material no significa necesariamente una dirección hostil de la conducta hacia tal objeto»³⁵.

Así pues, si se rechazan estas dos opciones —el resultado como efecto sobre el objeto material y el resultado como efecto directo de la acción u omisión sobre el bien jurídico— 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-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 características del delito en particular examinado, porque es un concepto mínimo de resultado³⁶.

Como se ve, la definición positiva que acaba de formularse de los delitos de mera actividad coincide completamente con la negativa que de los mismos se dio al inicio de este trabajo porque ésta es la única diferencia que existe entre ambos.

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 otro³⁷.

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

³⁵ F. PÉREZ ÁLVAREZ, ob. cit., p. 68.

³⁶ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p.137.

³⁷ G. STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Madrid, 1982, traducción: G. ROMERO, p. 79.

resultado pueden o no coincidir porque operan sobre planos diversos. En este sentido afirma Stratenwerth 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 lesión³⁸.

Desde estas premisas, nada impide que un delito de mera actividad pueda ser de lesión o de peligro, precisamente porque la definición del resultado como efecto natural sólo condiciona la estructura típica pero no determina la construcción final del injusto que va a estar relacionada con otros parámetros³⁹.

4. El tipo de injusto de los delitos de mera actividad

Para encontrar justificación en sede de injusto a los delitos de mera actividad, sería fácil partir de una concepción monístico subjetivista que desplazara⁴⁰ —todo lo más— a la punibilidad al resultado y al desvalor de resultado, en la medida en que de esta forma, el prototipo delictivo sería precisamente el que presentan los delitos examinados. Sin embargo, en una teoría del delito que se enmarca en un Estado social y democrático de Derecho como el instaurado en la Constitución de 1978 sólo un injusto conformado objetiva y subjetivamente —como se decía anteriormente— puede pasar por encima del listón de las garantías allí consagradas. La cuestión ha de centrarse en este momento en torno a cuáles sean los parámetros que soporten los mencionados desvalores⁴¹. En este punto, tampoco existe acuerdo.

Un sector doctrinal entiende que los juicios normativos de desvalor de acción y de desvalor de resultado tienen como referentes los conceptos naturales de acción y de resultado⁴².

En este sentido, se afirma que, si no existe un resultado natural, no habrá desvalor de resultado y por tanto los delitos de mera actividad al ser calificados como delitos sin resultado natural carecerían de desvalor de resultado, lo que daría lugar a tipos penales sostenidos en el

³⁸ G. STRATENWERTH, ob. cit., p. 79.

³⁹ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 136 y ss.

⁴⁰ D. ZIELINSKI, «El resultado en el concepto final de ilícito», *Doctrina Penal*, 1988, traducción: M. SANCINETTI, p. 284; M. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 25.

⁴¹ S. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, p. 21.

⁴² N. GARCÍA RIVAS, ob. cit., p. 54; H. OSTENDORF, «Grünzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *Jus*, 1982 (6), p. 426; F. STELLA, *La «descrizione» dell'evento, I. La offesa e il nesso causale*, Milán, 1970, p. 70.

mero desvalor de acción o, como afirma Huerta Tocildo, siguiendo a Maurach, tendrían un desvalor de resultado neutro⁴³.

A ello hay que añadir que al considerar que la afección al bien jurídico en la forma de lesión o de peligro concreto se produce a través del resultado natural, los delitos de mera actividad serían siempre delitos de peligro abstracto, pues en éstos últimos no se puede deducir la efectiva afección al bien jurídico a través del resultado; las críticas a partir de este momento se refieren conjuntamente a los delitos de mera actividad y a los de peligro abstracto que, como se decía anteriormente, terminan convirtiéndose en una categoría única: los delitos de mera actividad peligrosa o de mera peligrosidad⁴⁴.

De esta forma, los delitos examinados se configurarían como delitos sin desvalor de resultado y, por tanto, sin afección al bien jurídico protegido por el resultado. En este momento, no obstante, las opiniones en torno a la legitimidad de estos delitos se bifurcan, según cuál sea el contenido que se predique del desvalor de acción.

Así, para aquellas corrientes que entienden el mencionado desvalor sólo como desvalor de la intención, esto es, como violación del imperativo contenido en la norma sin que de ella se derive valoración positiva alguna del interés a proteger, los delitos de mera actividad carecerían de fundamentación dogmática y que por tanto supondrían el castigo a una mera desobediencia.

Si, por el contrario, la referencia al bien jurídico se incluye dentro del desvalor de acción, se afirmará que los tipos de mera actividad estarían justificados dogmáticamente en cuanto la «idea» o la «referencia» al bien jurídico es parte del mismo. En este sentido se entiende que los delitos de mera actividad de peligro abstracto serían tipos con desvalor real de acción y con un desvalor potencial de resultado⁴⁵ y que sólo

⁴³ S. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, cit., p. 21.

⁴⁴ N. GARCÍA RIVAS, ob. cit., pp. 50 y ss.

⁴⁵ A. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981 (XXIII), p. 846; P. LAURENZO COPELLO, ob. cit., p. 180; T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 19; C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998, p. 110; J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1.º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)», en VV.AA., *Derecho de la circulación. Aspectos civiles y penales*, Madrid, 1993, p. 158; M. L. MAQUEDA ABREU, «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992», *Actualidad Penal*, 1994 (26-27), p. 287; W. GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», en *Festschrift für E. Heintz*, Berlín, 1972, p. 176.

podría admitirse su presencia en aquellos casos en los que por la importancia del bien jurídico sea imprescindible la intervención del Derecho Penal en un estado anterior a la efectiva afección al bien jurídico.

Ahora bien, esta equiparación de los delitos de mera actividad con los de peligro abstracto habrá de mantenerse siempre y cuando se entiendan conceptos paralelos acción y desvalor de acción, por un lado y, por otro, resultado y desvalor de resultado.

La forma de romper dicho paralelismo ha de ser subordinando el contenido de los desvalores de acción y de resultado a unos referentes más amplios que los ofrecidos por los meros comportamiento y resultado naturales⁴⁶.

Si partimos de que la norma penal es en primer lugar imperativa pero que ese imperativo contenido en la norma no es gratuito sino que se dirige a la protección de bienes jurídicos, se incorpora a su seno un aspecto valorativo que determina que el desvalor de acción haya de entenderse no como una simple actividad, sino como una actividad en su desvalor, eso es, en su relación con el bien jurídico: «desde el bien jurídico», afirman Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée⁴⁷.

Esto supone que además de una parte subjetiva, en la que se incluyen el dolo del autor (o la infracción de la norma de cuidado en el delito imprudente)⁴⁸ y, en su caso, otros elementos subjetivos del injusto, ha de identificarse dentro del desvalor de acción una parte objetiva en la que se incluya el conjunto de los elementos de esta clase hacia los que el autor dirige su intención delictiva.

Desde esta perspectiva, la parte objetiva del desvalor de acción ha de referirse a la realización del propio comportamiento, a los medios empleados por el autor, las circunstancias especiales de autoría cuando las haya⁴⁹, las de lugar y tiempo, así como a la producción del resultado natural en aquellos tipos penales en los que el legislador exija que éste sea un elemento típico y que por tanto deba ser abarcado por el dolo⁵⁰.

⁴⁶ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 166.

⁴⁷ J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Madrid, 1999, p. 37; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, «Imputación objetiva y principio de lesividad», en VV.AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torto López*, Granada, 1999, p. 414.

⁴⁸ E. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984, p. 98.

⁴⁹ G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, J. M. PRATS CANUT, ob. cit., pp. 293 y ss.

⁵⁰ W. GALLAS, «La struttura del concetto di illecito penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982 (2), traducción: F. ANGIONI, p. 460.

Todos estos elementos objetivos *determinan* el desvalor de intención del autor⁵¹, es decir, forman parte del dolo, pues sabido es que éste ha de abarcar todos los elementos objetivos del tipo, siendo el error sobre uno de ellos un error sobre un elemento de la parte objetiva del desvalor de acción que determinará en el caso en el que siga existiendo desvalor subjetivo de acción, esto es, infracción de la norma de cuidado, el castigo por imprudencia (siempre y cuando el castigo de ésta esté expresamente previsto en atención a la nueva regla de punición de las conductas imprudentes del art. 12 del Código)⁵².

Por otro lado, el desvalor de acción en la tentativa acabada y en la consumación no se distinguen según su parte subjetiva —que es idéntica—, sino con relación a la parte objetiva pues en la primera sólo existe una mera externalización de la intención delictiva, mientras que en la consumación además se produce la efectiva realización de la intención delictiva⁵³: por ello, a menor desvalor de acción, siquiera sea en su vertiente objetiva, la pena del delito intentado ha de ser inferior a la del delito consumado, en contra de lo mantenido por los seguidores de la teoría de la fundamentación monístico-subjetivista del injusto, para los cuales el castigo de la tentativa y de la consumación ha de ser idéntico⁵⁴.

El desvalor de acción de los delitos de mera actividad y de resultado es distinto en atención a una parte del contenido volitivo del dolo del autor y por tanto a una parte del desvalor subjetivo de acción: si el resultado ha de ser abarcado por el dolo en los delitos de resultado de forma que la realización o la consecución del mismo dirige la actuación del sujeto activo, en los delitos de mera actividad el dolo del autor ha de abarcar la realización de la conducta típica. Eso no significa que tengan un desvalor de acción aminorado, sino sólo que tienen un desvalor de acción *distinto*; distinto en la parte subjetiva porque el dolo se completa con la conciencia y voluntad de realizar la conducta típica y distinto en la parte objetiva porque el resultado no forma parte de la misma pero sí el resto de los elementos objetivos sobre los que aquél ha de proyectarse. El hecho de que el desvalor de acción de los delitos de mera actividad se delimite de esta forma no significa que baste con que el autor quiera realizar la conducta típica, sino que además, es preciso que quiera realizar esa conducta asumiendo su lesividad o su peligrosidad para el bien jurídico: en los casos de los delitos de mera acti-

⁵¹ E. BACIGALUPO ZAPATER, ob. cit., p. 98.

⁵² M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 167.

⁵³ W. GALLAS, ob. cit., p. 449.

⁵⁴ D. ZIELINSKI, ob. cit., pp. 284 y ss.; M. SANCINETTI, ob. cit., p. 25.

vidad de peligro abstracto, por tanto, la parte subjetiva del desvalor de acción ha de incorporar la peligrosidad de la propia conducta⁵⁵. Por ello, hay que criticar aquellas propuestas que entienden que el peligro no es elemento del tipo en los delitos de peligro abstracto, de forma que para proceder al castigo de estas conductas, no es necesario que el dolo del autor abarque la peligrosidad de la acción, es decir, hay que criticar aquellas propuestas que convierten a los delitos de peligro abstracto en delitos imprudentes⁵⁶: también éstos requieren dolo pues el autor ha de querer realizar la conducta peligrosa como propia. Cosa distinta es que además se castigue la comisión imprudente de los delitos de peligro abstracto. Como establece Rodríguez Montañés: «el autor actúa con dolo respecto del peligro abstracto»⁵⁷.

Así, considerada la norma penal como imperativa desde el cual se deriva la valoración positiva de los bienes a proteger, incluyendo dentro del mismo no sólo la intención del autor sobre la acción típica sino sobre el conjunto de los elementos objetivos del tipo, se rompe el tándem acción-desvalor de acción.

Con relación al segundo de los binomios mantenidos por aquél sector doctrinal que condenaba apriorísticamente a los delitos de mera actividad a ser delitos sin desvalor de resultado por ser tipos sin resultado natural, puede decirse que esto será así siempre que el desvalor de resultado se limite a valorar o a desvalorar el resultado natural típico: en nuestra opinión, se puede romper semejante paralelismo, construyendo un desvalor de resultado relativamente independiente⁵⁸ del resultado natural.

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 acenúan la ofensividad de la conducta típica y que quedarían ayunas de valoración en sede de injusto⁵⁹. 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*

⁵⁵ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 167.

⁵⁶ T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, ob. cit., p. 246.

⁵⁷ *Idem*, p. 317.

⁵⁸ W. GALLAS, «La struttura del concetto di illecito penale», cit., p. 460; N. MAZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milán, 1983, p. 165; S. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, cit., p. 24; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 73.

⁵⁹ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 171.

el estado de las cosas en el que se incluye el resultado natural en los delitos de resultado, esto es, se procede a comparar los momentos anteriores y posteriores a la realización de la conducta típica por parte del autor. En este mismo sentido afirma Cadoppi: «antes de la conducta activa la realidad naturalística era por fuerza distinta: si no fuera así la conducta no podría decirse activa o positiva, sino más bien pasiva o negativa, siendo esta última la conducta humana única improductiva de cualquier modificación de la realidad»⁶⁰.

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 del art. 138.

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, 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 colectividad⁶¹.

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, es decir, tanto los de mera actividad como los de resultado natural: se rompe así también el tándem resultado-desvalor de resultado.

En virtud de ello, los delitos de mera actividad no son equivalentes a los de peligro abstracto: 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 parámetro del que deducir el desvalor de resultado, esto es, el juicio normativo relativo a la noci-

⁶⁰ A. CADOPPI, «'Non evento' e beni giuridici 'relativi': spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività», *L'Indice Penale*, 1989 (2), p. 379.

⁶¹ M. ACALE SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 172.

vidad de la conducta típica sobre el bien jurídico. Por tanto, ya no se puede decir que los delitos de mera actividad sean equivalentes a peligro abstracto 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.

Esta es la construcción del tipo de injusto de los delitos de mera actividad y en él, el papel de aquel resultado del que carecen los delitos examinados, es decir, del resultado natural causado por y separable de la acción, es indiferente: son problemas distintos, por lo que en buena lógica, nada impide establecer todas las combinaciones posibles⁶².

Así, es un delito de mera actividad de lesión del bien jurídico el de trato degradante del art. 173. 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.

Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto el tipificado en el art. 341, en el que se castiga al que «libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión».

Es un delito de mera actividad y de peligro concreto el contenido en el art. 261, en el que se castiga al que «en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al establecimiento contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquellos. 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.

Ejemplo tradicional de delito de resultado y de lesión del bien jurídico es el homicidio, en el que al propio resultado natural muerte sin el consentimiento del sujeto pasivo, le sucede el menoscabo coetáneo del bien jurídico vida.

⁶² G. STRATENWERTH, ob. cit., p. 79.

Es un delito de resultado y de peligro concreto el contenido en el art. 346 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.

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

5. La discutida legitimidad dogmática de los tipos penales de mera actividad de peligro abstracto

Una vez constatado el cruce de variables a partir de los dos conceptos de resultado examinados, en sede de injusto, los mayores problemas de legitimidad se han planteado en la aceptación de los delitos de mera actividad de peligro abstracto por la doble falta de un resultado natural y de una efectiva o real afección al bien jurídico que simplemente ve consternada su seguridad. En este sentido, sólo si se realiza una lectura en clave ofensiva de estos delitos quedará legitimada dogmática y político criminalmente su existencia.

Es necesario tener en cuenta que al igual que el concepto de lesión es único, ya se refiera a bienes jurídicos de carácter individual o de carácter colectivo, también el concepto de peligro ha de ser entendido en un único sentido. De esta forma, partiendo de un concepto penal normativo de peligro como la probabilidad de la producción del mal⁶³, habrá que afirmar que las diferencias entre el peligro abstracto y el peligro concreto no pueden ser establecidas en torno al propio concepto de peligro, porque ambos son peligro⁶⁴.

⁶³ J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción», en J. M. TERRADILLOS BASOCO y P. DE LA CUESTA AGUADO (coordinadores), *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, Cádiz, 1998, p. 19; del mismo, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, 1999 (62), p. 70; del mismo, «Peligro abstracto y garantías penales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coordinadores), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001, p. 790; J. M. ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 25.

⁶⁴ Como entiende H. OSTENDORF (ob. cit., p. 426) o CRAMER, para los cuales lesión significa la producción de un perjuicio, peligro concreto la probabilidad de una lesión

De ello se deduce la necesaria lesividad de las conductas típicas, en esta primera fase de la definición de lo que por peligro se entiende, que excluye el castigo de injustos formales como la actuación sin autorización, la mera desobediencia o la intervención penal en la consagración de determinados valores ético-sociales⁶⁵.

Definido el peligro, la diferencia entre el peligro concreto y el peligro abstracto no puede estar en la idoneidad de la conducta para afectar al bien jurídico, que es exigencia necesaria del principio de ofensividad sino en el referente del mismo así como en el momento en el que se realiza ese juicio de idoneidad —esto es, la base del juicio—. Estaremos ante delitos de peligro concreto cuando sea el propio bien jurídico el que se ponga en situación de proximidad a la lesión. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto, en los que el concepto de peligro es idéntico, lo que cambia es el referente que ya no es el bien jurídico en sí mismo considerado sino su propia seguridad. En los delitos de peligro abstracto en los que además el legislador castiga la realización de un mero comportamiento el juicio de idoneidad ha de practicarse sin tener en consideración los factores producidos más allá de la propia conducta pero eso sí, valorando todos los elementos de la misma hasta ese momento y comprobando que esa conducta ponía en peligro efectivo la seguridad del bien jurídico protegido. Estamos en los delitos de peligro abstracto ante supuestos de peligrosidad posible, no de peligro presunto⁶⁶.

¿Eso significa que en el caso concreto, el juez queda exento de realizar la prueba de la idoneidad de la conducta para afectar al bien jurídico protegido? Parece que esto es ir demasiado lejos: «la acción ha de ser incuestionablemente peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido por el legislador»⁶⁷. El juez también en los delitos contra la seguridad del tráfico, por ejemplo, tendrá que comprobar si efectivamente el sujeto se encontraba bajo los efectos de bebidas alcohólicas y si a consecuencia de ello se ha puesto en peligro la

y peligro abstracto la probabilidad de un peligro concreto; éste último citado por F. HERZOG, «Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales», *Poder Judicial*, 1993 (32), traducción E. LARRAURI PIJOÁN y F. PÉREZ ÁLVAREZ, p. 84.

⁶⁵ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 200.

⁶⁶ *Idem*, p. 204.

⁶⁷ A. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», cit., p. 842; J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, cit., p. 70; del mismo, «Peligro abstracto y garantías penales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coordinadores), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 790.

seguridad del tráfico⁶⁸. Y eso lo va a comprobar desde la propia entidad del bien jurídico protegido: si el sujeto ha bebido pero a pesar de ello, por su corpulencia o por lo habituado que está a consumir ese tipo de bebidas, no puede decirse que su conducción sea peligrosa para el bien jurídico seguridad del tráfico, no se podrá dictar una sentencia condenatoria, por mucho que se afirme que se trata de un delito de peligro abstracto, porque además de ir en contra del principio de presunción de inocencia, supondría una violación del principio de ofensividad; han de regir por ello las reglas generales para los casos de bagatela. Por tanto, una cosa es que el juez no discuta la peligrosidad de la conducta, porque ya se lo da hecho el legislador, en virtud de un juicio basado en la experiencia y otra que mediante los principios penales tradicionales compruebe que los hechos que se han producido son conformes a la letra de la ley: como afirma Terradillos Basoco, hay que distinguir pues una mera realización aparente y una realización efectiva del tipo y esta labor se realiza mediante una interpretación teleológica del precepto, esto es, desde el bien jurídico⁶⁹.

Y en aquellos casos en los que se hayan tipificado una serie de conductas que ni si quiera en abstracto afecten al bien jurídico, entonces sí que habrá que exigirse la derogación de dicho precepto, pero no porque sea de peligro abstracto sino porque esa conducta no es peligrosa, es decir, no soporta el juicio crítico del principio de ofensividad⁷⁰.

La admisión de los delitos de peligro abstracto, con independencia de la estructura típica del delito en cuestión, pasa por tanto por definir el peligro en términos de ofensividad, en limitar el uso de esta clase de delitos y en buscar correctores dogmáticos que impidan el castigo de aquellas conductas que, a pesar de ser formalmente subsumibles dentro de la letra de la ley, no supongan una afección real al bien jurídico: exigir, junto a la situación de peligro, la concurrencia, por ejemplo, de una condición objetiva de punibilidad; la incorporación de elementos normativos; una mayor taxatividad posible de la descripción típica; un incremento del desvalor de acción estrictamente considerado a través de la inclusión de especiales modalidades de conducta o la inclusión de una prueba negativa sobre la falta del peligro, como se pro-

⁶⁸ J. M. SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1.ª del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas)», cit., p. 155.

⁶⁹ J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, cit., p. 70; del mismo, «Peligro abstracto y garantías penales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 790.

⁷⁰ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 211

ponía en el Proyecto Alternativo alemán, pueden venir a apoyar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto⁷¹.

Junto a ello, también pueden utilizarse, como complemento no como sustitutivos, tipos subjetivos cargados⁷². Y se puntualiza el carácter «complementario» de esta opción para evitar centrar el injusto en una pura subjetividad⁷³. Además, esto lleva a afirmar que los delitos de resultado cortado no son más que delitos de mera actividad de peligro pues «se corta» el resultado a los efectos de la consumación del tipo. En ellos existe un elemento subjetivo que ha de ser evaluado en sede de injusto en el que se constata la intención del autor de conseguir un resultado que aunque no pertenezca al tipo ni tampoco sea una condición objetiva de punibilidad, concreta más la figura delictiva. En el momento en el que se realice la finalidad propuesta por el autor, se habrá constatado la producción de un resultado natural a partir del cual se producirá la efectiva lesión del bien jurídico protegido. De esta forma, como el legislador da por consumado el delito desde el momento en el que el autor lleva a cabo la acción dirigida a una finalidad concreta, estaremos ante delitos de mera actividad de peligro.

Llegados a este punto de la investigación, lejos quedan ya las formulaciones realizadas por aquel sector doctrinal que condenaba *ex ante* a los delitos de mera actividad a ser siempre delitos de peligro abstracto⁷⁴: una cosa es que en el tipo no se incluya el elemento «resultado natural» y otra que en el juicio de antijuricidad la situación creada por la realización de la conducta típica pueda ser calificada de lesión, de peligro concreto o de peligro abstracto.

6. ¿La parte general especial de los delitos de mera actividad?

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.

⁷¹ Vid. al respecto: J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, cit., pp. 74, 76 y 93; del mismo, «Peligro abstracto y garantías penales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coordinadores), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., pp. 799, 801 y 813; G. GRASSO, «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986 (3), p. 727; C. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, ob. cit., p. 116.

⁷² M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 211.

⁷³ En el mismo sentido: N. MAZZACUVA, ob. cit., p. 127.

⁷⁴ N. GARCÍA RIVAS, ob. cit., pp. 50 y ss.

No se analizarán de forma autónoma las cuestiones relativas al tiempo y lugar de realización y a la prescripción del delito porque los de mera actividad no plantean problemas en este sentido, problemas que en todo caso deberían ser examinados y solventados en los delitos de resultado en los que además éste se produzca en un momento y en un espacio distinto a aquél en que se llevó a cabo el comportamiento activo u omisivo del autor⁷⁵.

En primer lugar, es una cuestión discutida la admisión de la comisión por omisión de un delito de mera actividad. Esta discusión existía con anterioridad al Código Penal de 1995 por la falta de regulación expresa de semejante instituto, pero se mantiene en la actualidad, con lo cual parece que el nuevo art. 11 no ha sido capaz de resolver todas las dudas que, con anterioridad a su vigencia, se planteaba la doctrina, lo que nos hace cuestionarnos si tiene sentido la inclusión en el Código de una respuesta legal a un problema doctrinal que no queda resuelto⁷⁶. En virtud de esta fórmula hay que afirmar que sólo cabe la comisión por omisión de los delitos de resultado de medios indeterminados que reúnan el resto de los requisitos allí establecido: esto es, quedan fuera los delitos de mera actividad y los delitos de resultado de medios determinados⁷⁷.

Ahora bien, político criminalmente, poco sentido tiene que el legislador restrinja la aplicación de este mecanismo a éstos últimos, en la medida en que se está consagrando expresamente vacíos legales de impunidad. *De lege ferenda*, no parece aventurada la reforma del art. 11 del Código que elimine la referencia que se hace en el mismo a «los delitos que consistan en la producción de un resultado», huérfana de justificación político criminal. Mientras tanto, no podrá castigarse más que la comisión activa de los delitos de mera actividad, por imperativo del principio de legalidad⁷⁸.

Un segundo bloque de cuestiones discutidas gira en torno a la admisión de la relación de causalidad. Pero precisamente porque dichas teo-

⁷⁵ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 230.

⁷⁶ Vid. S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, pp. 19 y ss.; J. M. SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la 'comisión por omisión' (art. 11)», en J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 61; T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 84.

⁷⁷ T. S. VIVES ANTÓN, ob. cit., p. 85; S. HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, cit., p. 50, nota 65 (vid. bibliografía allí citada).

⁷⁸ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 247.

rías vienen a explicar la relación existente entre el comportamiento humano y el resultado por él producido, parece lógico que no existan problemas causales en los delitos de mera actividad, y ello fundamentalmente porque a la hora de la configuración del tipo el legislador los ignora indirectamente al ignorar de forma directa el resultado⁷⁹: cosa distinta es que fuera del ámbito típico, efectivamente la acción produzca un efecto natural y, si se quiere, se aplique la relación causal a la hora de determinarlo. Pero fuera ya de los elementos típicos y por tanto, sin relevancia en el ámbito de la tipicidad⁸⁰.

Mayores discrepancias existen sobre la admisión o no de la imputación objetiva en los delitos de mera actividad, teoría que cambia considerablemente según el autor que la formula: todo dependerá de lo que por tal imputación se entienda. Afirma Suárez González/Cancio Meliá, «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»⁸¹.

Como se sabe, esta teoría nació con la finalidad práctica de corregir con criterios jurídicos los excesos provocados por la aplicación mecánica por parte de los tribunales de las teorías causales.

Pero desde estos orígenes tan concretos, esto es, delimitar el hecho en su totalidad del suceso meramente causal, hoy puede decirse que las modernas teorías de la imputación objetiva han terminado por superar a aquélla de forma que la relación de causalidad ha pasado a ser sólo uno de sus elementos y, ni siquiera, como afirma Mir Puig, el más importante⁸².

Así, 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 en ellos el corrector jurídico de la relación de causalidad.

Ahora bien, si se entiende la teoría examinada en un sentido más amplio, ciertamente la conclusión ha de ser distinta, pero al extenderse de esta forma la imputación objetiva, más que una teoría que viene

⁷⁹ J. CEREZO MIR, ob. cit., p. 49.

⁸⁰ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 260.

⁸¹ C. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ, «Estudio preliminar», en G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1996, traducción: C. SUÁREZ GONZÁLEZ y M. CANCIO MELIÁ, pp. 21 y ss.; en el mismo sentido: J. M. TERRADILLOS BASOCO, «Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción», cit., p. 19.

⁸² S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1999, p. 231.

a comprobar cuándo un resultado es imputable jurídicamente al comportamiento llevado a cabo por el autor, lo que se consigue es reordenar sistemáticamente bajo una nueva denominación, los criterios que con anterioridad se solventaban a través de la propia *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 afirmativa⁸³.

En esta tendencia, como ha afirmado Martínez Escamilla, se corre el peligro de confundir «método o forma de proceder» con «objeto de la teoría de la imputación objetiva»⁸⁴. Esta se caracteriza por la utilización de un método normativo-teleológico en la averiguación de si un resultado es o no objetivamente imputable, 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 objetiva⁸⁵.

En nuestra opinión, ya se siga el concepto estricto o amplio de imputación objetiva hay que afirmar que los delitos de mera actividad no necesitan su prueba 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 actividad⁸⁶.

El tercer bloque de problemas que plantean los delitos de mera actividad gira en torno al concepto de autor y a la admisión o no de la autoría mediata y de la coautoría en ellos. El origen del problema se encuentra en la consideración de los delitos de mera actividad como delitos de propia mano⁸⁷.

En este sentido, se destaca que si el legislador ha articulado la tutela de determinados bienes jurídicos a través de estructuras típicas de mera actividad, lo habrá hecho porque lo esencial es la actuación de «ese» sujeto activo con relación a «ese» bien jurídico. En este sentido afirma Maqueda Abreu que «si el autor es quien realiza la acción de

⁸³ Vid. M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 267.

⁸⁴ M. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, p. 48.

⁸⁵ *Idem.*, p. 48.

⁸⁶ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 271.

⁸⁷ Por todos: M. L. MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.; G. ARZT, «Erfolgssdelikt und Tätigkeitsdelikt», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1990 (2), p. 182: ambos autores llegan a defender la desaparición de la categoría de los delitos de propia mano.

ejecución típica y, en los delitos de simple actividad, aquélla consiste en la realización de una conducta, sólo podrá ostentar en ellos esa condición de autor quien realiza esa conducta por sí misma, pues en otro caso no llevaría a cabo la acción de ejecución»⁸⁸.

El problema de fondo no es otro que el propio concepto de autoría. Desde un punto de vista objetivo formal⁸⁹, ha de primar la realización de la acción típica, de forma que sólo cabría en los delitos de mera actividad la autoría directa, argumento utilizado por el sector doctrinal que considera a los delitos examinados como delitos de propia mano.

Pero desde uno objetivo material⁹⁰, lo esencial será quién sea el responsable de la afección sufrida por el bien jurídico, supuesto éste en el que no habría impedimento para apreciar la autoría mediata en el mismo, con independencia de que se trate de un delito de mera actividad o de resultado.

En nuestra opinión puede entenderse que tanto los delitos de mera actividad como los 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 y, por ello, no en todos ellos ha de estar *a priori* excluida la autoría mediata⁹¹.

Desechada la equiparación entre mera actividad y propia mano puede preguntarse si cabe la autoría mediata en ellos. En este punto han de regir las reglas generales sin incluir por tanto ninguna especialidad en lo que toca a los delitos de mera actividad: la afección al bien jurídico intimidad en el delito de allanamiento de morada se produce desde una perspectiva objetivo material tanto en el supuesto en que A personalmente entra en la morada ajena sin el consentimiento del morador, como cuando hace entrar en ella a un sujeto al que previamente ha convencido de que la morada le pertenece o cuando utiliza a un inimputable, sirviéndose tanto del que actúa en error como del inimputable como instrumentos.

Por el mismo motivo, parece que no existe inconveniente en admitir la coautoría en los delitos de mera actividad, cuando, por seguir con el ejemplo, fueran dos los sujetos que en un mismo instante, y previo acuerdo, decidan allanar la morada ajena.

⁸⁸ M. L. MAQUEDA ABREU, *Los delitos de propia mano*, cit., p. 27.

⁸⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pp. 19 y ss.

⁹⁰ *Idem*, p. 117.

⁹¹ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 280 y ss.

Pero dejando al lado el tipo objetivo, también el tipo subjetivo ha sido discutido en sede doctrinal, negándose la comisión imprudente de los delitos de mera actividad⁹².

Ciertamente, en aquellos delitos de mera actividad en los que el legislador incluya un elemento subjetivo especial en el tipo de injusto 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 el Código de 1995, se excluya *a priori* en todos aquellos delitos en los que no haya sido expresamente tipificada, ya sean de mera actividad o de resultado.

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, en aquellos supuestos en los que el legislador haya previsto expresamente el castigo de las conductas imprudentes, también podrán castigarse éstas⁹³.

En los delitos imprudentes es preciso que, junto al desvalor de acción — esto es, la infracción de la norma de cuidado— se produzca el desvalor de resultado que, como se ha visto, 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, es obvio que ésta no sería aceptada pues carecen del mencionado resultado.

No obstante el resultado que se tiene en consideración para proceder al castigo de un delito imprudente es aquel efecto-resultado que producía en el mundo exterior la realización de la conducta típica distinto al que existía con anterioridad a ella misma 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 produce en el mundo exterior por la realización de la conducta típica⁹⁴.

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 concreto tipo penal.

⁹² En contra: G. QUINTERO OLIVARES, F. MORALES PRATS, J. M. PRATS CANUT, ob. cit., p. 317.

⁹³ Por todos: P. LAURENZO COPELLO, ob. cit., p. 22.

⁹⁴ M. ACALE SÁNCHEZ, ob. cit., p. 289.

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 un concreto delito de resultado, absorbiéndose dentro de éste como un elemento más, el resultado natural.

No hay por qué excluir, pues, la comisión imprudente de los delitos de mera actividad: han de regir también en esta materia las reglas generales.

Por otro lado, es cuestión debatida y, además, generalmente discutida la relativa a las distintas formas del *iter criminis* que admiten los delitos de mera actividad. En este sentido afirma Spitéri que la distinción entre «delitos formales» y «materiales» «se encuentra en el esquema del *iter criminis* que en los primeros es más corto que el de la infracción material, porque ésta última necesita para la consumación que sobrevenga un resultado»⁹⁵.

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 del Código: éste es el resultado jurídico, por lo que teóricamente no ha de imponer límite específico alguno 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 también regla imperante en lo que a los delitos de resultado se refiere. En este sentido afirma Serrano Piedecabras-Fernández que en la medida en que el art. 16 del Código se refiere al resultado entendido como afección al bien jurídico protegido «se abre la posibilidad de ampliar el régimen de la tentativa a los delitos de mera actividad»⁹⁶.

Con relación a la tentativa inacabada no existen 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 delito⁹⁷.

Ciertamente que todos los delitos, no sólo los de mera actividad, son divisibles en varios actos, unas veces por que así se deriva de la letra

⁹⁵ P. SPITÉRI, «L'infraction formelle», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1966 (3), p. 502.

⁹⁶ J. R. SERRANO-PIEDECABRAS FERNÁNDEZ, *Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal*, en prensa, Las Palmas, 1998, p. 84.

⁹⁷ G. ARZT, ob. cit., p. 175.

de la ley y otras porque así se deriva del plan 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 su admisión pero que en el caso concreto, sea el plan diseñado por el autor el que haga posible esta fase de imperfecta ejecución; igualmente es posible comprobar 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.

Mayor discrepancia ha planteado la aceptación de la tentativa acabada.

El problema que se suscita con relación a 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 pues la realización del último acto ejecutivo supone consumación y afección al bien jurídico, por lo que no existe un nexo que interrumpirse por factor extraño alguno⁹⁸.

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 legalidad, se tiene en cuenta el plan ejecutivo diseñado por el autor, puede que una vez que haya llevado a cabo todos los actos que necesariamente han de producir la 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 arrepentimiento⁹⁹.

Por ejemplo, el testigo protegido que falta a la verdad en su testimonio en causa judicial enviando un escrito al juez por correo. Si una vez pone la carta en el buzón, se arrepiente de lo que allí dice y se dirige a su destinatario para confesarle 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 arre-

⁹⁸ Vid. al respecto la jurisprudencia contenida en E. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 202-204.

⁹⁹ En este sentido, P. SPITERI, ob. cit., p. 438.

pentimiento activo de su autor: si cabe arrepentimiento activo es que existe tentativa acabada, esto es, realización de todos los actos ejecutivos que deberían producir como consecuencia el resultado pero que en el caso concreto no se produce por la voluntad del autor.

No existen por tanto diferencias entre la tentativa acabada e inacabada según que el tipo objetivo del delito en particular haya incluido o no un elemento típico «resultado» en la medida en que el parámetro 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.

Finalmente, es también una cuestión discutida si los delitos de mera actividad pueden generar responsabilidad civil. Ello, de nuevo, va a depender del resultado al que el artículo 109.1 del Código haga referencia.

La STS de 15 de abril de 1991 entiende que «la responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige, como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos —*vid* Sentencias de 10 de febrero de 1955 y de 4 de noviembre de 1981—. Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas en las que el hecho, además de ser constitutivo de delito, por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente; por lo cual, algunos mantienen la opinión de que los delitos formales o de peligro no son susceptibles de generar responsabilidad civil (Sentencia de 4 de noviembre de 1981)».

También niega la responsabilidad civil en los delitos de mera actividad la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de octubre de 2000, en la que se liquidan responsabilidades penales en el conocido «asunto de las camisetas» que sentó en el banquillo de los acusados al alcalde de Marbella y presidente de la entidad deportiva Atlético de Madrid. En la misma se establece: «en orden a la responsabilidad civil ‘ex delicto’... hemos de manifestar que no cabe establecer reparación económica de condena por delitos que no producen lesión de esta índole, pues ya se dijo que la prevaricación es un delito de mera actividad y no de resultado lesivo, y si en algún sentido cabe así considerarle es por la lesión que produzca a la Función Pública, bien jurídico de naturaleza ideal que no se corporiza en nada, matizándose que el tipo del delito de tráfico de influencias alude a la obtención de un beneficio económico (no habla de ilícito) que la Sala estima que no ha quedado precisamente acreditado, pues las cantidades

pagadas obedecen a una prestación efectivamente realizada, reservándose a la Vía de la Jurisdicción Administrativa u otra que proceda, la posibilidad de pronunciarse en su caso, sobre esta cuestión si procede y sobre la validez o nulidad de las contrataciones efectuadas».

No obstante, si en el art. 109.1 se refiere a los «daños y perjuicios por él causados» como los derivados del efecto separado de la acción y contenido en determinados tipos penales, los delitos de mera actividad no podrían dar lugar a responsabilidad civil, en la medida en que el legislador no presta atención en estos tipos a semejante efecto. Sin embargo, esta relación de causalidad entre el «hecho previsto en la Ley» y los perjuicios por él causado no puede entenderse como relación entre resultado natural y comportamiento. El legislador emplea una técnica lo suficientemente amplia, al referirse a «hechos», como para dar cabida en su interior a cualquier comportamiento delictivo que efectivamente genere daños o perjuicios económicamente resarcibles.

En este sentido, también los delitos de mera actividad pueden dar lugar a responsabilidad civil, no sólo por daños morales sino también por daños materiales, en la medida en que el art. 109.1 está refiriéndose al daño al bien jurídico.

Ahora bien, dicho daño no ha de entenderse tampoco como «lesión» al bien jurídico, lo que supondría negar la responsabilidad civil en aquellos supuestos en los que no se constatará esa forma de afección al interés protegido. Por el contrario, también los delitos de peligro o la tentativa de delito¹⁰⁰ pueden dar lugar a la responsabilidad criminal si de la puesta en peligro se han deducido daños morales o materiales resarcibles económicamente.

Por todo ello, es preferible no hacer afirmaciones categóricas, en la medida en que como afirma Córdoba Roda, resulta incorrecto afirmar que en ningún caso estos delitos puedan dar lugar a responsabilidad civil¹⁰¹.

¹⁰⁰ En sentido contrario, la STS de 13 de febrero de 1990 niega la responsabilidad civil en un delito en grado de tentativa: «El daño civil o económico en los delitos contra la propiedad de modalidad no violenta no se produce cuando ha quedado abortada la maniobra delictiva sin haber conseguido el desplazamiento patrimonial pretendido».

¹⁰¹ J. CÓRDOBA RODA y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 959; C. ALASTUEY DOBÓN, en L. GRACIA MARTÍN, M. A. BOLDOVA PASAMAR y M. C. ALASTUEY DOBÓN, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1996, p. 475.

7. ¿Es necesario seguir manteniendo la categoría de la mera actividad?

Después de analizar el tipo de injusto de los delitos de mera actividad y de haber relativizado la supuesta parte general especial aplicable a los mismos, ha llegado el momento de hacer frente a la pregunta que se formuló al inicio de este trabajo: si es preciso seguir manteniendo la categoría de los delitos de mera actividad frente a los de resultado, es decir, si las diferencias que existen son tan importantes como para separar el estudio del tipo de injusto de ambos. La cuestión puede plantearse de otra forma: ¿se merecen un nombre propio aquellos delitos que carecen de un resultado natural típico causado por la acción y unido a ella por medio de la relación de causalidad que tampoco existe?

La respuesta debería ser afirmativa si todos los delitos de resultado plantearan problemas causales: pero esto no ocurre siempre. Hay delitos de resultado en los que la relación causal entre la acción y el resultado tampoco se discute, por ejemplo, porque el resultado es coetáneo a la acción. Esto significa que si ni siquiera en estos últimos siempre existen problemas para imputar un resultado a una acción ¿no será que se está hipervalorando el problema causal?

Como ha señalado un sector doctrinal dicho problema se ha exagerado tanto cuantitativa como cualitativamente. Cuantitativa porque afecta a muy pocos delitos («al homicidio y al delito de lesiones, o a aquellos en los que estos resultados aparecen como cualificación de un delito base»). Cualitativamente «porque con independencia de la teoría causal que se siga, la afirmación de una relación de causalidad no es todavía suficiente para imputar objetivamente un resultado al que lo ha causado» y todo ello porque históricamente la teoría causal nace con la finalidad de evitar la responsabilidad objetiva, el *versari in re illicita*¹⁰².

Por tanto, si se quiere denominar delitos de mera actividad a aquellos que carecen de resultado natural y de los problemas causales que éste conlleva, que así se haga, igual que también se distinguen los delitos comunes frente a los delitos especiales o los delitos con víctimas frente a los delitos sin víctimas. La clasificación entre delitos de mera actividad y resultado ha de tener un sentido eminentemente escolástico, esto es, a la hora de clasificar los tipos penales según los elementos de mismo: pero nada más.

¹⁰² F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2000, p. 249.

Quizás la distinción entre delitos de mera actividad y de resultado habrá de seguir manteniéndose hasta que la relación causal y el resultado estructural, naturalístico o resultado separable de la acción sigan entendiéndose como problemas pertenecientes a la parte general del Derecho Penal y no como un especial problema de la parte especial, esto es, de cada uno de los delitos de resultado tipificados en el Código Penal.

8. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, 2000.
- ANTOLISEI, F., *L'offesa e il danno nel reato*, Bérgamo, 1930.
- ARZT, G., «Erfolgsdelikt und Tätigkeitsdelikt», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1990 (2).
- ATIENZA, M., «Para una teoría general de la acción penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1987 (1).
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, 1999.
- CADOPPI, A., «'No evento' y beni giuridici 'relativi': spunti per una reinterpretazione dei reati omissivi propri in chiave di offensività», *L'Indice Penale*, 1989 (2).
- CANCINO MORENO, J. M., *El objeto material del delito*, Bogotá, 1979.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría Jurídica del delito/1*, Madrid, 1997.
- CÓRDOBA RODA, J., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1976.
- ESCRIBÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- GALLAS, W., «Abstrakte und konkrete Gefährdung», *Festschrift für Heinitz*, Berlín, 1972.
- «La struttura del concetto di illecito penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982 (2), traducción: F. ANGIONI.
- GARCÍA RIVAS, N., *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.

- GIANNITI, F., *L'oggetto materiale del reato*, Milán, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1988.
- GRACIA MARTÍN, L., BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Valencia, 1996.
- GRASSO, G., «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986 (3).
- HERZOG, F., «Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales», *Poder Judicial*, 1993 (32), traducción: E. LARRAURI PIJOÁN y F. PÉREZ ÁLVAREZ.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H., «Imputación objetiva y principio de lesividad», en VV.AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999.
- HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997.
- *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984.
- JAKOBS, G., «El concepto jurídico-penal de acción», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 1994 (3), traducción: M. CANCIO MELIÁ.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 1993, traducción: J. L. MANZANARES SAMANIEGO.
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Valencia, 1992.
- LISZT, F.v., *Tratado de Derecho Penal*, II, Madrid, traducción: QUINTILIANO SALDAÑA.
- MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992.
- «La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992», *Actualidad Penal*, 1994 (26-27).
- MARINUCCI, G., *El delito como acción. Crítica de un dogma*, Madrid, 1998, traducción: J. E. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia, 1998.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- MAURACH, R., ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, 1994, traducción: J. BOFIL GENZSCH y E. AIMONE GIBSON.
- MAZZACUVA, N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milán, 1983.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2000.
- OSTENDORF, H., «Grundzüge des konkreten Gefährdungsdelikts», *Jus*, 1982 (6).

- PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Contribución al estudio de las categorías de «objeto material» del delito y de los delitos de «mera actividad», al hilo del concepto de resultado en Derecho Penal*, Salamanca, 1995 (inédito).
- PORTILLA CONTRERA, G., «Torturas y otros delitos contra la integridad moral», en M. COBO DEL ROSAL (coordinador), *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., «Delito formal», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 1975, Tomo VI.
- QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F., y PRATS CANUT, J. M., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El resultado en la teoría jurídica del delito», *Cuadernos de Política Criminal*, 1977 (1).
- ROXIN, C., «Il concetto di azione nei più resenti debati della dommatica penalistica tedesca», en *Studi in Memoria di Giacomo Delitalia*, Tomo VIII, Milán, 1984, traducción: S. MOCCIA.
- SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R., *Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal*, en prensa, Las Palmas, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)», en VV.AA., *Derecho de la circulación. Aspectos civiles y penales*, Madrid, 1993.
- «La regulación de la ‘comisión por omisión’ (art. 11)», en J. M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- SPITÈRI, P., «L’infraction formelle», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1966 (3).
- STELLA, F., *La «descrizione» dell’evento I. La offesa e il nesso causale*, Milán, 1970.
- STRATENWERTH, G., *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible*, Madrid, 1982, traducción: G. ROMERO.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C., y CANCIO, M., «Estudio Preliminar», en G. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1996.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comentario al art. 173», en G. QUINTERO OLIVARES (coordinador), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999.

- TERRADILLOS BASOCO, J. M., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981 (63).
- «Teoría del delito. Nuevos planteamientos. Acción», en J. M. TERRADILLOS BASOCO y P. M. DE LA CUESTA AGUADO (coordinadores), *Cuestiones fundamentales del Derecho Penal*, Cádiz, 1998.
- «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal*, 1999 (62).
- «Peligro abstracto y garantías penales», en G. QUINTERO OLIVARES y F. MORALES PRATS (coordinadores), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, 2001.
- TORÍO LÓPEZ, A., «Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981 (XXIII).
- VIVES ANTÓN, T. S., «Comentario al art. 11», en T. S. VIVES ANTÓN (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 1976, traducción: J. BUSTOS RAMÍREZ y S. YÁÑEZ PÉREZ.
- ZIELINSKI, D., «El resultado en el concepto final de ilícito», *Doctrina Penal*, 1988, traducción: M. SANCINETTI.