

Evolución Dogmática de las Teorías del Concepto Jurídico Penal de Acción

(*) Karl Andrei Borjas Calderón
Universidad Nacional Federico Villarreal

SUMARIO: I. Introducción. II. Diferencias entre el hecho y la acción como conceptos prejurídicos. III. Funciones del concepto de acción en el Código Penal peruano. IV. Análisis. V. Concepto preclásico de la acción. VI. Principales formulaciones del concepto de acción. 1. Concepto Causal – Naturalista. 2. Concepto Causal - Valorativo: Neokantismo. 3. Teoría finalista del concepto de acción. 4. Teoría social del concepto de acción. V. Principales formulaciones contemporáneas del concepto de acción. 1. Concepto adscriptivo de acción. 2. Concepto negativo de acción. 3. El concepto funcional – social de acción. 4. El funcionalismo y el concepto de acción. 4.1. Teoría personal de acción. 4.2. Teoría de la evitabilidad individual. 5. Teoría cognitiva de la acción. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El concepto jurídico penal de acción ha sido la piedra angular del sistema de la teoría del delito y lo principal como diseño en la estructura de la dogmática penal en estudio de las distintas escuelas de Derecho penal, anteriores al normativismo. Los esfuerzos efectuados para elaborar la noción de acción se han materializado en las denominadas teorías de la acción y caracterizado, sobre todo, por el afán de determinar un factor específico¹.

Tradicionalmente la acción fue siempre considerada el primer elemento del delito y, consiguientemente, el punto de partida de la doctrina dedicada a su estudio. Los demás presupuestos de punibilidad fueron así apreciados como características que necesariamente debían estar referidas al concepto de acción.

En el Derecho penal contemporáneo, esta concepción suele ser abandonado por quienes prescinden de la elaboración de un concepto previo de la acción, para comenzar a estudiar el delito directamente por criterios normativistas. La acción debe entenderse como un concepto que se halla determinado por la imputación, la acción así se convertirá en lo que debe ser: una toma de postura

Universidad Nacional Federico Villarreal. Asistente del área de Derecho penal de las revistas Jus Doctrina & Práctica y Jus Jurisprudencia.

El presente trabajo está dedicado al Prof. José Antonio Caro John a quién no me cansaré de agradecerle por todo su apoyo incondicional y por el ejemplo de vida que debo seguir. A mis grandes amigos Justo Nieves-Chero y a Luís Miguel Mayhua Quispe, dos penalistas brillantes en ciernes.

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 118.

relevante en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante², siendo esta la posición a la que nos vamos a ceñir en este presente estudio, pero ante todo, lo principal, es poder describir la evolución del estudio del concepto de acción en las distintas escuelas de pensamiento penal a lo largo de la historia del Derecho penal global, para tener un mayor enfoque sobre nuestra posición.

Compartimos la idea de que la discusión actualmente se está produciendo, bajo el nombre de la imputación objetiva, acerca de la relevancia jurídica de actos causales es la prolongación o, mejor dicho, la precisión de la controversia relativa al concepto de acción.

2. Diferencias entre el hecho y la acción como conceptos prejurídicos

Como paso previo al estudio del concepto jurídico penal de acción en la teoría del delito se hace necesario distinguir lo que es un *hecho* y una *acción* como conceptos prejurídicos respecto al Derecho penal. Ya que la ciencia y la semántica demuestran claramente las diferencias de estas denominaciones. El hecho es un concepto estricto y se diferencia substancialmente de la acción, empleado en su sentido amplio y extensivo puede considerarse que abarca a la acción, entendida como una subcategoría de aquél, que en todo caso tiene un contenido propio y es substancialmente distinta del mismo; los hechos no son mas que acontecimientos externos cuya incidencia en el Derecho es inexistente. En orden a la determinación o concreción de las acciones típicas. Es decir que una conducta es un hecho humano voluntario, la acción viene a ser una de las especies del hecho, solo las acciones desde este plano son relevantes para el Derecho y en especial para el Derecho penal como bien lo definió el finalismo.

Los eventos externos que contienen una manifestación de voluntad de la persona y que en el ámbito de la relación social aparecen dotadas de relevancia siendo susceptibles de valoración jurídica, dejan de ser hechos, y pasan a ser acciones humanas.

La acción por tanto, integra una noción distinta a la del hecho y por ello no deben identificarse (primer punto establecido).

El concepto de comportamiento humano ha sido uno de los que ha despertado mayores polémicas en la evolución de la ciencia del Derecho penal. De él dependen o han dependido, en mayor o menor medida, las distintas construcciones dogmáticas, esto es, las distintas teorías del delito³

3. Funciones del concepto de acción en el Código Penal peruano⁴

² GÜNTHER JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 114.

³ BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio, et. al., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, España, 1996, p. 135.

⁴ Hacia 1930 Radbruch había llegado a la conclusión de que el concepto de acción no cumple ninguna función en la teoría del delito sin embargo planteó ideas como la de analizar el hecho punible en la categoría de la tipicidad la cual ha tenido mucha influencia. En este sentido treinta años después Armin Kaufmann, por otras vías, llegaba prácticamente a la misma conclusión después de escribir su obra fundamental sobre la

Según Cerezo Mir el concepto de acción ha de cumplir funciones, como elemento básico, unitario, de la teoría del delito, al que se añadan, como atributos o predicados valoraciones que derive la necesidad de que el concepto de acción sea suficientemente amplio para que comprenda todas las formas de conducta relevantes para el Derecho penal, además añade una segunda función que deriva la exigencia de su neutralidad descriptiva y valorativa; es decir, el concepto de la acción ha de ser formulado de tal modo que no prejuzgue alguno de los siguientes elementos del concepto del delito⁵.

Criticando la función de neutralidad de la acción, el ilustre maestro español Polaino Navarrete manifiesta que no es posible la construcción de un concepto de acción valorativamente neutral, que se conforme con independencia de los estratos valorativos que definen el delito y sin los cuales el concepto de acción es ficticio, irreal e incompleto, esto es, no es un concepto jurídico-penal de acción, sino uno naturalístico o prejurídico que nada aporta a la configuración ni a la descripción del sistema jurídico-penal, en tanto que ni siquiera se tienen en cuenta para su construcción los atributos básicos del concepto de hecho punible.

Después de comentar las funciones de la acción señaladas por Cerezo Mir, dejamos en claro que este autor acoge la teoría del concepto de la acción dentro del finalismo, pero una cosa clara es que ya la acción en nuestro sistema jurídico penal peruano, en estos días, pertenece dentro del tipo, es decir, que el legislador es él quien va a valorar que comportamientos pueden ser imputados y que comportamientos son rechazados por la sociedad.

Frecuentemente en nuestro país distinguimos que siempre se busca *acusar o encontrar* a un autor de un comportamiento despreciable, así no lo hubiese se inventaría, nuestro código penal busca sancionar las acciones cometidas por los sujetos y no las infracciones de alguna norma que mantiene la evitabilidad del actuar de cada ciudadano dentro de los parámetros señalados en sociedad. Recordaremos que desde el control social informal de la sociedad, como es la familia, las interrogantes ¿quién lo hizo?, ¿quién fue?, ¿a quien acusamos? se han convertido en las principales fuentes de acusación para demostrar pedagógicamente la manera de guiar un comportamiento adecuado. Ya es momento de pasar a un aspecto más racional de la sanción en el punto crítico de conocer la evitabilidad del comportamiento del sujeto, preguntándonos ahora ¿por qué lo hizo?, ¿por qué acusamos?, ¿pudo evitar ese comportamiento?, ¿qué le motivó actuar de esa manera? Este análisis de la

omisión en 1959 al tomar como punto de partida de la teoría del delito la noción de "capacidad de acción", esbozo que no tuvo mayor influencia en la doctrina. En nuestra doctrina peruana, Hurtado Pozo señala que la noción de acción debe cumplir tres funciones esenciales: el de constituir el fundamento de todas las formas en que puede presentarse el obrar humano, segundo el de servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito y por último permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los sentimientos o ideas, los sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc. Estas funciones las recoge de Zaffaroni.

⁵ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, Vol. II, p. 148.

acción tiene como fuente la evitabilidad desde el aspecto normativo-funcional del la sociedad en Derecho.

Dentro del estudio del Derecho penal peruano ya no podemos seguir estudiando y analizando a la acción como un criterio prejurídico, según nuestra opinión deberíamos trasladarnos al punto de análisis dominante científico basado en el normativismo del Derecho penal y así poder responder a la mayoría de nuestras interrogantes con un plano metodológico, racional y más coherente, con normas y leyes penales estableciendo sanciones responsables al entornarlas en la sociedad.

Es necesario señalar las funciones que cumple este concepto en nuestro Código penal, este se refiere a tres funciones principales –no descartando que existan más funciones– que a continuación señalamos:

FUNCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE ACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

a) Delimitación: Los tipos penales en nuestro Código contienen todos los elementos necesarios para excluir de toda consideración aquellas conductas de los seres humanos que carecen de toda relevancia para el Derecho penal peruano. A consideración de Silva Sánchez existen ciertos procesos que son desechados porque nunca llegarán a ser relevantes penalmente. Se refiere a excluir de la consideración penal aquellos procesos que son meramente explicables en términos causalistas naturalísticos.⁶

b) Referencia: Supone que debe ser suficiente como para permitir que los demás elementos del tipo se le refieran, agregándoles una característica. Ello supone una exigencia al concepto de acción no debe faltarle ningún elemento que impida adicionarle las categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

El maestro Polaino Navarrete describe a esta función como *definición* siendo de este modo, el concepto de acción la base o fundamento objetivo (material) del cual se predicen varias cualidades adicionales o específicas: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad. Esta función de definición sería acorde a la máxima aristotélica confirme a la cual *definitio fit per genum proximum et differentias específicas*.⁷

Conforme a esta tarea, la acción habría de designar el común denominador a que cabe reducir todas las formas de delito o manifestaciones de la conducta punible: tanto los delitos de acción como de omisión, los delitos dolosos como los imprudentes, los delitos consumados y los tentados, etc.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 31.

⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel y JAKOBS, Günther, "Las condiciones de juridicidad del sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico– penal de acción en una perspectiva funcionalista", en *Libro homenaje a la investidura de Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal*, Grijley, Lima, 2006, p. 88.

c) Enlace: El concepto de acción en nuestra legislación penal no anticipa ningún elemento del delito, pues ello supondría confundirlos. Así, si le falta un elemento ese defecto le impide cumplir su función de referencia. Precisamente en virtud de ese cometido de enlace, la acción se constituiría en la “columna vertebral” de todo el sistema jurídico penal, pues constituye el fundamento sobre el que se asientan diversos predicados valorativos, y además porque el concepto de acción ha de estar presente en toda la construcción del sistema como elemento material imprescindible.

En el análisis que la teoría del Derecho hace de la construcción de imputación “delito”, se recurre al concepto de acción en tres funciones claramente diferentes. En primer lugar, la imputación de un delito tiene como presupuesto una conducta que siquiera pueda ser el punto de partida de un reproche. La moderna teoría de la imputación objetiva intenta precisar en términos específicamente penales la idea de la relevancia social del comportamiento: por un lado, la conducta ha de superar los límites de lo socialmente adecuado y de los riesgos generales de la vida; por otro lado, es necesario que en las consecuencias lesivas a imputar se hayan realizado precisamente aquellas cualidades del comportamiento en cuestión que fundamentan los riesgos socialmente inadecuados e intolerables. Pero sobre todo es necesario que las consecuencias entren en el ámbito de competencia respecto de riesgos. En segundo lugar a través de una consecuencia lesiva con una conducta socialmente relevante, llevada a cabo por vía de la imputación objetiva, sin embargo, tan solo se identifica el objeto de la responsabilidad, es decir, la relevancia jurídica de la causación de un suceso por un agente. Dicho de otro modo, se trata del valor explicativo objetivo de la contradicción de la norma, del objeto del reproche jurídico – penal. Aún queda sin resolver la cuestión de si el causante disponía de alternativas de conducta. La imputación objetiva, es decir, la imputación a un sujeto que puede decidir él mismo acerca de su comportamiento y que por ello puede ser hecho responsable por su decisión errónea, sin embargo, tiene como presupuesto un concepto de acción que remita, más allá de la relevancia social de un comportamiento, a la posibilidad de optar por conductas alternativas. Y por último la infracción de la norma es algo más que un mero comportamiento no permitido evitable; también es una contradicción de la norma: la infracción de la norma es una conducta mediante la cual el agente expresa que la norma no rige para él, que no quiere reconocerla, de modo efectivo en la configuración de su actuar, como máxima válida para él. En este sentido, la acción es una conducta comunicativamente significativa, es decir, una toma de postura expresiva en relación con la norma. Y a esta contradicción el Derecho penal contesta con la sanción, cuya imposición, a su vez, expresa de modo comunicativamente relevante que la declaración del autor es irrelevante.

Adelantándonos a la idea principal, en la formulación de Jakobs, acción es “adquirir culpablemente competencia por un daño en la vigencia de la norma”.

4. Análisis

Debemos recordar que la conducta humana en nuestro código penal tiene dos formas de manifestarse, las cuales son recogidas en forma expresa en el artículo 11° del Código Penal vigente que señala: *son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*; de aquí entonces que estas formas son: por acción y omisión. Es preciso mencionar que el legislador peruano no tiene la idea clara de un concepto de acción es por ello que la doctrina y la literatura penal, le da contenido.

Luis Miguel Bramont-Arias Torres, recordado maestro, en sus inolvidables clases en las aulas villarrealinas nos señalaba que la acción desde el punto de vista de nuestro Código, es aquella que se manifiesta por un actuar que produce un cambio o alteración en la realidad, el que está destinado a la afectación de un bien jurídico penalmente protegido y omisión es dejar de hacer algo que se debía hacer.⁸ Con esta postura del finalismo en nuestras actividades académicas han servido de base para ampliar una nueva visión del Derecho penal y dejar de lado el plano prejurídico y neutral del concepto penal de acción.

La función que debemos añadir en nuestro sistema jurídico penal es la función de la imputación que aporta de por sí una perspectiva sugerente, no solo se trata de relacionar persona y mundo circundante sino que, para ello, se requiere de un código valorativo que ha elaborado minuciosamente la llamada "Teoría de la imputación objetiva".

No cabe duda que la evolución de la teoría del delito no ha sido pacífica. Un somero análisis nos demostrará que lo comentado es cierto. Y las distintas escuelas han diseñado conceptos diferentes como a la perfección de las anteriores y el debate sigue en pie actualmente, pero contemporáneamente la acción queda desplazada como elemento principal de la teoría del delito y estas funciones se descartan de la nueva dogmática peruana que deseamos plantear ya que la acción no podría ser más la columna vertebral del sistema del delito, cuando lo que precisamente su construcción llevaría en la práctica a la defensa de un concepto prejurídico-penal de acción, donde está fuera completamente neutral e inmune a la tipicidad, a la antijuricidad y a la culpabilidad.

Como manifiesta Polaino Navarrete difícilmente puede sostenerse que la acción es la columna vertebral del sistema del delito, si el concepto de acción se construye con anterioridad y con neutralidad absoluta de conceptos fundantes del concepto de acción como la tipicidad.

Espero aportar en este trabajo la descripción del desarrollo histórico-crítico de la evolución del concepto jurídico penal de la acción en las principales corrientes penales a través de la historia y tomar mi posición acerca de la acción. Navegaremos desde la idea de Liszt- Beling hasta la posición principal del maestro de Bonn Günther Jakobs.

5. Concepto preclásico de la acción

⁸ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Eddili, Lima, 2002, p. 153.

La concepción de la acción tuvo sus raíces constructivas en la antigua filosofía griega, apareciendo con mayor énfasis en la obra de von Pufendorf en el siglo XVIII, aunque, quien introduce este elemento al Derecho penal fue von Böhmer. La concepción moderna de la acción se origina con Hegel, en el siglo XIX, que incluye a la imprudencia dentro del concepto de acción, sin lograr alcanzar la diferenciación con el concepto de imputación.

La acción para Hegel es la exteriorización de la *voluntad moral*. Se trata de un concepto valorizado que comprende prácticamente toda la imputabilidad penal; solo si hay acción también hay imputación, y si hay imputación hay acción, como puede comprenderse, este concepto plantea dificultades para su aplicación a la culpa, pues en esta no hay voluntad ajena; el resultado no es querido en casos de culpa⁹. Pero no solo se presenta este inconveniente además, las conductas de los inimputables no se pueden considerar acciones, pues no cabe distinguir entre acción culpable y acción no culpable; todas las acciones son culpables.

El concepto de acción de los hegelianos resultaba muy estrecho y difícilmente podía permitir alcanzar aquellos supuestos. Hasta la década del ochenta en el siglo XIX predominó el concepto hegeliano de acción, pero después fue abandonado y reemplazado por el concepto causal, pues no pudo adaptarse a las exigencias del desarrollo dogmático, dada la identidad que mantenía entre la acción y la culpabilidad.

En realidad, el concepto de acción de los hegelianos lo ilícito y la culpabilidad eran inseparables, pues la norma no podía dirigirse a los incapaces de culpabilidad, ambas categorías constituían un *todo*.¹⁰

Mención aparte sucede con el trabajo realizado por el no hegeliano Luden quien logró sorprendentemente una división del delito (1840) que se aproxima a los proyectos sistemáticos del siglo XX, al diferenciar un fenómeno delictivo provocado por una acción humana, de la antijuricidad de esa acción y de la cualidad dolosa o culposa de esa acción, si bien es cierto no separa aún la acción y el tipo, pero ya prefiguraba la tripartición –que caracteriza al sistema penal peruano actual–, apartándose posteriormente de esta vía.

En los primeros tratados de Derecho penal entre los que destaca el clásico von Feuerbach, a quien se debe precisamente el primer Código Penal liberal, esto es, el Código bávaro de 1813, la acción no era considerada objeto de especial análisis, quizás porque se consideraba algo tan obvio que no merecía la pena detenerse en su estudio. La teoría del delito no conocía sino la rudimentaria distinción entre imputación objetiva y subjetiva, dominante hasta mediados del siglo XIX. Había que esperar al siglo XX para hallar en la dogmática (llamada clásica), y gracias a las construcciones de Binding, Beling, Von Liszt y

⁹ ABEGG, KÖSTLIN, BERNER Y HÄLSCHENER, discípulos penalistas de Hegel, incluyen prácticamente la imprudencia en el concepto de acción, pero la división entre la acción e imputación al hecho total (entre acción y acción punible) se va efectuando muy lentamente y solo en sus primeros pasos.

¹⁰ JAÉN VALLEJO, Manuel, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994, p. 20.

Radbruch, la concepción tripartita del delito, como acción típica, antijurídica y culpable¹¹.

6. Principales formulaciones del concepto de acción

6.1. Concepto causal-naturalista

Para lograr proporcionar una concepción práctica del delito ante las dificultades de los autores hegelianos y de los teóricos de los imperativos, se dio lugar a que rápidamente se difundiera el pensamiento positivista que dominó Alemania desde el último tercio del siglo XIX. El pensamiento filosófico del positivismo naturalista, es un pensamiento mecanicista y causalista.

Se elaboró en los albores del siglo XIX y a principios del siglo XX con un enfoque científico-naturalista de la metodología jurídico-penal, cuyos principios científicos inspirados hundían sus raíces en la filosofía positivista-naturalista kantiana. Debe precisarse, en fin, que este concepto causal clásico de acción sustenta estrecha conexión con una doble corriente ideológica y científica delimitada con precisión: de una parte, con el fundamento filosófico Kantiano, que aboca a un entendimiento determinista de la conducta humana, y de otra con los postulados de la física mecánica de Newton, que trata de explicar la dinámica del comportamiento humano¹².

En este sistema se comienza a utilizar el método analítico del positivismo científico, donde se distingue y se identifica claramente los elementos generales del delito buscando en cada uno de ellos su base empírico-descriptiva, diferenciando las características objetivas de las subjetivas¹³.

Este concepto de acción se denomina “causal” por que la voluntad únicamente es concebida en su función determinante del resultado, pero no como fuerza directora del curso del acontecimiento. Los dos principales autores que elaboraron esta teoría fueron Franz von Liszt y Ernst Beling, donde cada uno conceptualizó la acción de igual semejanza en su contenido; pero a la vez Radbruch en sus monografías desarrolla ampliamente este concepto, siendo luego crítico sobre las explicaciones del causalismo naturalista.

Franz von Liszt pone como fundamentación sistemática la distinción entre el aspecto objetivo y subjetivo: en el primero encontramos la acción, al tipo y a la antijuricidad; y en el segundo, a la culpabilidad.¹⁴

¹¹ JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 19.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, Vol. I, p. 236.

¹³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Universitas, España, 1999, T. I, p. 228.

¹⁴ Von Liszt no abandona la escuela clásica italiana donde el delito se enfoca como un fenómeno matizado normativamente, donde el delito es, sobre todo, una conducta acompañada por tres atribuciones: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, 2005, p. 235).

Von Liszt sostiene que la acción es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo.¹⁵. Es decir la acción como un proceso causal que nace de la voluntad humana y modifica el mundo exterior; para Liszt existen tres bases necesarias para que se de la acción:

BASES DEL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE ACCIÓN SEGÚN FRANZ VON LISZT

- 1) Manifestación de voluntad: que a palabras de von Liszt, es el acto de la voluntad objetivada y puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo. Al señalar von Liszt, manifestación de voluntad, esta se define fisiológicamente como enervación y psicológicamente como proceso de conciencia por el que se ponen en acción causas por parte del sujeto.

- 2) Modificación del mundo exterior, esto es, el *resultado*: La voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior. El concepto del acto exige pues, la aparición de un cambio en el mundo exterior. Llamado por von Liszt resultado a este cambio, perceptible por los sentidos.

- 3) Relación de causalidad: que debe reunir las diferentes partes en un todo. La relación del resultado con la manifestación de voluntad puede existir una relación objetiva (dolo) y subjetiva (culpa).

El concepto de acción en el casualismo natural, se trata de un concepto unitario, comprendido tanto de la acción en sentido estricto como de la omisión, pero en cualquier caso, que provenga de la voluntad. Según von Liszt la volición que caracteriza la manifestación de voluntad y por consiguiente, el acto, significa simplemente, el impulso de la voluntad. Basta el impulso voluntario, causante de una modificación en el mundo exterior, perceptible por los sentidos, luego no importa el contenido de la voluntad; ya no interesa a la acción lo que el autor quería, sino la mera causación de unas consecuencias por un acto voluntario, cuyo contenido no tienen importancia.

La acción humana, como ataque de un bien jurídico, constituía la piedra básica sobre la que se edificaba el delito y por ello mismo debía tener la suficiente amplitud, objetividad y neutralidad, a fin de abarcar todos los posibles ataques humanos a un bien jurídico¹⁶.

Ernst Beling entiende que acción es un comportamiento corporal (fase externa) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular), (fase interna); ello es, un comportamiento corporal voluntario, consistente ya en un hacer ello es un movimiento corporal, y a un no hacer (omisión), ello es,

¹⁵ VON LISZT, Franz, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Reus, Madrid, 1927, T. II, p. 285.

¹⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, ARA, Lima, 2005, T. I, p. 396.

distensión de los músculos. En palabras de Beling: la acción es una cadena causal, puesta en funcionamiento por una manifestación de voluntad, que es configurado como expresión de un fenómeno de enervación muscular.

Este concepto naturalista de acción pretendía ser un concepto unitario aplicable tanto a la acción como a la omisión; ya como hemos visto para von Liszt la omisión era una forma de acción, esta unión hace difícil la comprensión; por esta razón Radbruch entendió que en el marco del concepto causal, que él también defendía, no era posible la defensa de un concepto unitario de acción, fundamentando entonces la dualidad de la acción y la omisión.

Esta posición de determinación de relación de causalidad deviene justamente por la influencia de los avances que tenía en su momento el desarrollo de las ciencias naturales, es por ello que se adoptaban posturas naturales a la determinación de la responsabilidad penal.

Pero al concepto naturalístico de acción se puede objetársele además que al apoyarse en unas leyes causales de índole mecanicista, se muestra incapaz de explicar la omisión en la que por definición, falta la causalidad entendida de manera física-mecánica¹⁷. Es decir, que a este planteamiento se conducía a una concepción muy insatisfactoria de la omisión, que no es movimiento corporal que cause una modificación en el mundo exterior.

Esta tesis no es completamente idónea como elemento básico, toda vez que su explicación no convence en lo que respecta a la omisión e incluso en la omisión por imprudencia inconsciente. La teoría de la acción causal desconoce la función constitutiva de la voluntad como actor de dirección para la acción, convirtiéndola en un proceso causal liberado por un acto voluntario cualquiera, desconociéndose así que la acción es obra de la voluntad humana que dirige el suceder causal.

Sus principales críticas se basan en que el concepto causal se muestra inadecuado para delimitar correctamente las modalidades conductuales jurídico-penalmente relevantes.

La teoría causal de la acción también traía ciertos problemas acerca de la tentativa, por no llevar un contenido dentro de la voluntad de la manifestación de voluntad, es decir que no se podría saber si este impulso tenía una finalidad a un resultado que se deseaba.

El Concepto causal de acción, con su distinción entre el proceso causal externo, independiente de la voluntad, constituyó la base del sistema conocido hoy comúnmente como sistema *clásico* del Delito.

Algunos autores denominan el concepto causal de la acción como concepto clásico, entre los que destacan Miguel Polaino Navarrete y Hans-Heinrich Jescheck.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 370.

6.2. Concepto causal-valorativo: Neokantismo

Surge en la década de los treinta del siglo pasado, cuando se renovaba el pensamiento de Kant dejando de lado la teoría causal - natural de la acción.

Ya en las postrimerías del siglo XIX, Dilthey señaló, desde una perspectiva historicista, el carácter autónomo de las ciencias del Espíritu, frente a las ciencias naturales. A principios del siglo XX el renacimiento de Kant en Alemania, a través de dos posiciones Neokantianas (la escuela de Marburgo y la escuela sudoccidental alemana) planteó la misma problemática, desde una perspectiva valorativa, de la ciencia de los valores. Si bien los planteamientos de la escuela de Marburgo (también llamada "Logicista", representada en el ámbito de la filosofía por Cohen, Notarp y especialmente por Stammler) tuvieron una gran trascendencia en el campo de la metodología del Derecho, en el Derecho penal tuvieron escasa repercusión. Diferente es en cambio la situación respecto de la escuela Sudoccidental Alemana (también llamada Baden o escuela de los valores representada por Rickert, Windelbond y Lask), para la cual lo distintivo de las ciencias de la cultura frente a los naturales es el concepto de valor y en tal sentido, el Derecho como tal, aparece como una rama de las ciencias naturales empíricas y la jurisprudencia justamente como un método referido al valor¹⁸. Esta dirección tuvo una gran influencia en Edmund Mezger y Max Ernst Mayer, siendo Mezger el máximo representante del Neokantismo o de la teoría del concepto causal - valorativa de la acción.

La consecuencia para el concepto de acción es que ya no podía contentarse con ser un hecho naturalístico ajeno al valor, sino que debía ser susceptible de soportar los juicios de valor (disvalor) representados por las categorías de antijuricidad y culpabilidad¹⁹.

Pues el Neokantismo sigue teniendo la idea de causalismo porque lo esencial de la acción radica en la causación procedente de la voluntad, pero diferenciada de las ciencias naturales a poner de relieve la valoración en la acción. Mezger asume los conceptos fundamentales que componen la noción de acto en el Derecho penal: el comportamiento humano que expresa el "querer personal" de un sujeto, aparecen unidos entre sí por una conexión de causalidad.

La valoración que lleva a cabo la doctrina neoclásica en el seno del concepto de acción puede calificarse como una valoración provisional, por cuanto denota una valoración incipiente, tenue, que no prejuzga las características de la antijuricidad del acto ni la culpabilidad del autor, y que solo requiere la constatación de la presencia de voluntariedad en la conducta, pero sin entrar a valorar, en verdad el contenido de esa voluntad²⁰.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., PPU, Barcelona, 1994, p. 342.

¹⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Reppertor, Barcelona, 2004, p. 180.

²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Bosch, España, 2000, T. II, Vol. I, p. 225.

Para el concepto causal neoclásico, son elementos de la acción, de un lado, la manifestación exterior de la voluntad (expresiva de que un sujeto actúa voluntariamente), y de otro lado, todos los efectos derivados de la misma (esto es el resultado, indicativo de todo lo producido como efecto causal del querer humano)²¹.

Para Mezger, la acción es la “conducta corporal dominada por la voluntad” que pasó a determinar a la acción como *comportamiento humano*, von Hippel también denominó a la acción como comportamiento voluntario y Mayer como realización de la voluntad de un ser humano.

Mezger señala que la acción no debe verse como un concepto puramente causal, que pertenece al mundo del ser, sino que pertenece al mundo de los valores. Añade Mezger que el concepto de acción solo puede presentar exclusivamente las posibilidades ontológicas de valuación a las que es posible concertar una selección normativa ulterior, por ello afirma Mezger que el concepto de acción es un concepto ontológico, el ser jurídico²².

Para concluir en palabras de Mezger, él sostiene que el concepto de acción señala en la conducta humana un acontecimiento natural-real en el mundo de la experiencia, indicando lo que debe ser castigado con pena, y sirviendo -afirma- para la apreciación de determinadas finalidades humanas. Pero es siempre -la acción- un concepto realista, y por consiguiente ontológico, el ser jurídico (esencial). La apreciación normativa (el deber ser jurídico) de sus distintos elementos, no tiene lugar en la acción, sino en sus elementos atributivos de la antijuricidad y de la culpabilidad, de ahí que sea un elemental error metódico el querer deducir de los elementos ontológicos de la acción, orientaciones para la estructuración normativa de la antijuricidad y culpabilidad. De ahí se deduce, que el concepto de acción, al tener que proporcionar y contener una descripción "neutral" de todo acontecimiento que se tome en cuenta, no debe ser recargado de antemano con valoraciones innecesarias.

6.3. Teoría finalista del concepto de acción

Hans Welzel es el indiscutible jurista que da nacimiento a la llamada teoría finalista de la acción que plantea una sistematización de la dogmática jurídico penal que se aparta del causalismo; la formulación de dicha doctrina se remonta a un memorable trabajo de Welzel, titulado “Causalidad y acción”, aparecido en el año 1931. A partir de entonces, y a través de sucesivas formulaciones, el introductor del finalismo en el Derecho penal, por medio de la formulación de la teoría finalista de la acción, con transcendencia en todo el sistema jurídico-penal, eleva la noción de acción a concepto central de la teoría del delito. Este autor sostiene que la fusión entre elementos ópticos y axiológicos se encuentra en las estructuras lógico objetivas del mundo (impregnado de por la vida comunitaria), que no son otra cosa que constantes antropológicas que preceden al derecho y que el legislador no puede modificar; en el caso del Derecho penal la acción humana constituye la estructura lógica

²¹ Ibídem, p. 227.

²² MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1995, T. I, pp. 165 y ss.

objetiva fundamental, la misma que esta orientada a un fin determinado, es así que toda persona es capaz de prever los efectos posibles de sus actividades, esto debido a su conciencia de la causalidad, a los efectos posibles de su actividad, a que se propone lograr diversos fines y es capaz de dirigirla según su plan hacia un objetivo previsto.

La teoría finalista de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del Derecho penal a principios del siglo XX, en lo que consistía otorgarle un contenido a la voluntad. Pues esta teoría plantea que la acción desde un plano óptico, la acción vendría hacer una conducta dirigida hacia un fin, con una anterioridad psíquica.

Así Welzel afirma que la acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme su plan, a la consecución de estos fines²³.

Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello vidente, la causalidad ciega.

Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente.

La acción, para los finalistas tiene dos fases, a) La fase Interna, es la que se realiza en el pensamiento del autor cuando se propone un fin (lesionar, matar, etc.), empieza con la anticipación del ponerse el fin que el autor quiere realizar, luego selecciona los medios necesarios para su realización. Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. Por último se tiene que considerar también los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin²⁴; b) la fase externa consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la norma y usual capacidad humana de previsión, es decir pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de la acción anteriormente elegidos (factores causales), cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que han sido incluidos en el complejo total a realizar²⁵.

Este concepto de acción, es de naturaleza óptica, como ya lo habíamos manifestado antes, porque es el que se da en la realidad, es para el finalismo el concepto que de la misma manera debe manejarse en Derecho penal. Ello se debe a que el derecho regula conductas y por eso, como cualquier técnica que quiere dominar algo, no puede desconocer la naturaleza de lo que pretende

²³ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 53.

²⁴ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 42.

²⁵ *Ibidem*, p. 43.

regular. De ahí que el legislador se encuentre vinculado necesariamente al concepto óntico de conducta (esto es lo que Welzel llama “estructuras lógicas-objetivas”)²⁶.

La finalidad no debe ser confundida con la voluntariedad a que se refieren los causalistas. La voluntariedad significa un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidas a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias quería originar el autor. Para el finalismo, no es suficiente la mera voluntariedad, sino que es necesario determinar su contenido, y ello es posible solo en relación a un determinado resultado querido. “A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda solo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado”²⁷.

Argumenta Welzel que con la explicación de los causalistas el acto aparece condicionado por la cadena infinita del acontecer; pero tal acontecimiento no estaba dirigido finalmente a ese objetivo. Por el contrario, la explicación finalista de la acción descansa en la realidad, pues, lo cierto es que el sujeto domina o intenta dominar los factores causales y hacerlos concurrir en la forma apetecida para la obtención de una meta. La persona humana al querer algo dirige finalísticamente su acción hacia dicha meta, con arreglo a un plan previamente realizado. El hombre sobredetermina el proceso causal en función de sus conocimientos, con la idea de llegar a un fin.

El concepto final de acción logró adeptos como por ejemplo: Armin Kaufmann, Maurach, Niese, Schaffstein, Stratenwerth y von Weber, en Alemania; y Cerezo Mir, Córdova y Beraistain, en España²⁸.

Una de las principales críticas fue la de Engisch, pues él se refirió a las dificultades de comprender dentro del concepto propuesto por Welzel no solo a la culpa, sino también al dolo indirecto y al dolo eventual, porque en ninguno de estos casos el autor dirige directamente su acción a un fin determinado.

La teoría finalista resolvió adecuadamente los problemas del delito de acción, pero tuvo grandes problemas en el ámbito de la imprudencia y en el de omisión. En efecto, en la omisión no existe una dirección final de un proceso causal, y en los delitos imprudentes la finalidad no es la causación del resultado producido.

La tercera crítica principal fue la de Stratenwerth, respecto a su reacción automatizada.

Jakobs por su parte refiere como crítica a su maestro, que la finalidad, como dirección consciente e intencional de las consecuencias de la ejecución de la acción, no se extienden a las consecuencias secundarias, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las consecuencias realizadas

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 16, 1982, pp. 983-984.

²⁷ WELZEL, HANS, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, cit., p. 28.

²⁸ JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 40.

imprudentemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se refiere abreviándolas, a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más.

Durante la vida de Welzel, su sistema fue objeto de importantes críticas, básicamente deben destacarse las realizadas por Engisch, Bockelmann, Mezger, Stratenwerth y Maihofer. Estas críticas hicieron reflexionar a Welzel y su pensamiento fue, en parte, modificándose en algunos extremos. Así pues, el concepto final de acción es un concepto evolutivo en el que es observable que ha pasado por diversas formulaciones^{29/30}.

6.4. Teoría social del concepto de acción

A esta Teoría se le suele decir que es una síntesis entre el concepto causal y el concepto final de acción porque su objetivo exclusivo es ofrecer un concepto unitario de acción, en el que habrían fracasado tanto los causalistas como los finalistas, y no una estructura sistemática del delito.

Esta teoría procede de Eberhard Schmidt, quien hizo verdaderos esfuerzos por superar el puro concepto naturalístico de la acción, primero en la última edición, póstuma, que realizó del tratado de su maestro Franz von Liszt (1932), y después, principalmente, en el Homenaje a Engisch. Fue el primero en resaltar la importancia de lo social para comprender el concepto de acción.

La acción, según Schmidt, es un comportamiento proveniente de la voluntad en relación al mundo social exterior, luego, se trata de un concepto valorativo, en el que el sentido social de la acción debe determinarse de un modo objetivo, de acuerdo con las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social.³¹

El concepto social de acción fue desarrollada por Engisch y Maihofer. El primero trata de insertar la teoría de la causalidad adecuada en la teoría de la acción, entendiendo que la acción, como concepto natural-social, comprende todas aquellas consecuencias que, según la experiencia, son adecuadas, es decir define el actuar como “la producción voluntaria de consecuencias calculables socialmente relevantes”, en dicha definición abarcaba tanto a las acciones dolosas finales como a las imprudentes.

²⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, T. I, p. 99.

³⁰ WELZEL en un primer momento acentúa la importancia del sentido social del concepto de acción como expresión de sentido; posteriormente sostiene que la “acción humana es ejercicio de la actividad final” (naturaleza de las cosas), con esto intenta situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho penal y devolverle de este modo la base de las leyes del ser que había sido demolida por el concepto natural de acción. Indica que a la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas, sin ella queda solo la voluntariedad que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado; es por eso, que la acción final se produce no solo en el caso de que el resultado fuera el fin de la conducta voluntaria, sino también cuando era el medio para un fin ulterior, o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de la realización. Ante las dificultades que presentaba esta teoría en especial para referirse a la acción culpable, en la que la finalidad no es un elemento específico común de los diferentes tipos de acciones; Welzel optó por sustentar el *concepto de acción cibernética* para la dirección y encauzamiento de la acción.

³¹ JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 57.

Según Maihofer, la acción es todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible³². ÉI parte de la consideración de la acción como fundamento del delito.

Jeschek en su tratado manifiesta que la acción es toda “conducta humana socialmente relevante”, para lo cual sostiene que conducta es toda respuesta del ser humano a una exigencia conocida o al menos cognoscible a través de una posibilidad de reacción a su disposición. Esta conducta humana puede consistir en el ejercicio de la actividad final y también puede asimismo limitarse a la causación de consecuencias intencionadas en la medida en que el acontecimiento puede ser dirigido con la intervención de la finalidad (imprudencia) y por último presupone la concurrencia con carácter general de la posibilidad de dirección (omisión).

El contenido del término “socialmente relevante” significa que afecta a la relación del individuo con su mundo circundante que le manifiesta como “persona social”.

La finalidad y la posibilidad de la finalidad serán los dos criterios que, junto al de trascendencia exterior, concederán relevancia social a un comportamiento humano: la finalidad en los hechos dolosos, y la posibilidad de finalidad en la imprudencia, porque el hecho causado podía haberse evitado mediante la conducción final del proceso, y en la omisión, porque también el no hacer lo esperado podía haberse evitado finalmente.

A palabras de Hans-Heinrich Jescheck el hacer positivo y la omisión pueden integrarse en un concepto acción unitario cuando se alcanza a encontrar un punto de vista superior de carácter valorativo que aúne en el ámbito normativo los elementos que, por su esencia material, resultan incompatibles. Esta síntesis debe ser buscada en la relación del comportamiento humano con su entorno entonces con ello la acción es un comportamiento humano con trascendencia social³³.

Respecto a esta teoría, Muñoz Conde³⁴ dice: “puede ser aceptada en la medida en que solo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción. Pero a este concepto de relevancia social es excesivamente ambiguo y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a este le interesa es, en definitiva, la relevancia típica”.

Según Mir Puig la teoría Social de la acción entiende que la única forma de encontrar un concepto común a los delitos dolosos, culposos y los de omisión, es remontarse a un denominador común que pueda aglutinar las distintas modalidades de comportamiento que dan lugar a cada una de aquellas clases de delitos. Para reunir estas categorías en un concepto unitario de acción hay

³² Loc cit.

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, 5ª ed., Granada, 2002, p. 785.

³⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*, Temis, Bogota, 1989, p. 27.

que remontarse a un punto de vista superior de naturaleza valorativa, que aúne lo incompatible en la esfera del ser. Tal punto de vista ha de ser la perspectiva social: será todo comportamiento humano socialmente relevante”³⁵.

El concepto social de acción engloba con ello todas las modalidades de conducta que se tienen en cuenta para el enjuiciamiento penal. Además, encierra los contornos de una definición que no solo describe abstractamente la acción sino que también lo hace en su esencia material de una forma concreta; de este modo, pueden ser mejor determinados, sin necesidad de anticiparlos, los elementos generales del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). Finalmente, excluye aquel tipo de comportamientos que no pueden tener significado alguno desde una perspectiva penal³⁶.

En conclusión nos referimos al gran precursor de esta teoría, Hans Heinrich Jescheck, gran defensor de esta teoría; para este autor se debe buscar una síntesis en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Este es, el sentido del concepto social de la acción. Acción es por ello, comportamiento socialmente relevante se entiende reiteradamente que el “comportamiento” es toda respuesta del hombre a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que se dispone gracias a su libertad. Un comportamiento humano es “socialmente relevante”, si atañe a la relación del individuo con el mundo que le rodea y le afecta por sus consecuencias. Para ello se requiere que el comportamiento se haya proyectado hacia el exterior, siendo suficiente, en caso de omisión, la ausencia de los efectos que hubiera tenido el hacer esperado y dirigible.³⁷

Se deduce del concepto social de acción, que no todas las conductas son tenidas en cuenta para la imputación penal.

- No constituye acción los reflejos corporales, movimientos corporales en situación de inconsciencia y la fuerza irresistible.
- Cuando alguien permanece frente a una expectativa de acción por faltarle la capacidad de acción.
- Las múltiples actividades que se desarrollan por parte de las agrupaciones de personas.

³⁵ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 187. El comportamiento de acción que importa al Derecho penal no puede obtenerse de la sola contemplación de la realidad de los hechos humanos, sino que depende también de las exigencias del Derecho penal. Del concepto de acción no puede, pues, seguirse ninguna consecuencia para el contenido del injusto, sino que, al contrario, son las exigencias del injusto las que permiten delimitar el concepto de comportamiento que importa al Derecho Penal (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, cit., p.189).

³⁶ Ibídem, p. 186.

³⁷ JESCHECK y WEIGEND, *Derecho penal*, cit., pp. 201-202. Para estos autores el concepto social de la acción abarca así todas las formas de comportamiento humano que de alguna manera son tomadas en cuenta para el juicio de imputación. Encierra, además, los perfiles de una definición que, siendo no solo abstracta, sino concretamente descriptiva del modo de ser de la acción, puede determinarse con mayor precisión mediante los elementos generales del delito, sin anticiparlos por ello. Se excluye, por último, aquellas formas de comportamiento que carecen de importancia para una consideración jurídico penal.

- Por último todos aquellos sucesos que tienen lugar exclusivamente en el interior de la persona.³⁸

Entre las principales críticas contra esta teoría se sostiene que el concepto de “relevancia social” no es conveniente como elemento sistemático de unión, ya que en ella no se trata del sustantivo al que hay que agregar los predicados jurídicos valorativos, sino que con la misma se designa ya una cualidad de importancia solo en la valoración del injusto y que la relevancia social es una cualidad que la acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino solo su importancia social.

Cerezo Mir manifiesta que se trata de una doctrina de la acción valorativamente neutra, al ser criterio de peligro concreto, y para la determinación del cuidado objetivamente debido, elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes. Alude, asimismo, a la escasa utilidad del concepto debido a su carácter sumamente abstracto³⁹.

Silva Sánchez crítica al concepto social, porque este toma como única perspectiva al Derecho penal y, a partir de ahí, que ensamblara las decisiones acerca de si un determinado hecho tiene algún sentido (es interpretable) o no (es simplemente explicable) con la del sentido concreto del ilícito que habría que atribuirle eventualmente⁴⁰.

7. Principales formulaciones contemporáneas del concepto de acción

Fruto de la evolución doctrinal han ido surgiendo a lo largo del siglo pasado diversas posturas en torno al concepto de acción que trataron de completar a las anteriores corrigiendo con mayor o menor acierto los defectos que se habían ido observando en ellas. De entre todas podemos destacar, al menos, las siguientes

7.1. Concepto adscriptivo de acción

El profesor alemán Joachim Hruschka partiendo de planteamientos semióticos de la filosofía del lenguaje sostiene un concepto adscriptivo de acción, por cuanto la define como conducta reglamentada, es decir regulada por la norma, que ha de ser determinada justamente *por mor* de la aplicación de la regla apreciada por un sujeto. Según este concepto, la acción no consiste en la verificación de un hecho, sino en una interpretación normativa, esto es, fundamentada de la aplicación de una regla.

7.2. Concepto negativo de acción

Según esta teoría, la acción consiste en el hecho de no evitar lo que puede ser evitado, cuando se está obligado a actuar y se tiene la posibilidad de hacerlo.

³⁸ Ibídem, pp. 240-241.

³⁹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 2002, T. I, p. 125.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?”, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, N° 4, Lima, 2003, p. 385.

Dicha obligación no concierne solo a los delitos de omisión, sino también a los de comisión. En este último caso, consiste en evitar el peligro creado por la acción de comisión. Se considera el hecho de “no evitar” como el rasgo común de las dos formas de acción⁴¹.

La búsqueda de un concepto que ubique un denominador común entre la acción y la omisión, ha originado al denominado modelo conceptual negativo de acción, que entiende no solo la omisión, sino también la comisión como no evitación de un resultado pudiendo hacerlo, basándose por ello en el denominado “principio de evitabilidad”. Siguen esta tendencia Kahrs (1968), Herzberg (1972), Behrendt (1979).

Una inicial definición de este concepto se atribuye a Kahrs: “Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía. Solo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio al tipo⁴².”

Por su parte fue Herzberg quien utilizó por primera vez este principio como fundamento del concepto de acción que denomina “negativo” y que abarca por igual la comisión y la omisión al sostener “la acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante”, pues para él no solo el autor de un hecho omisivo podía haber evitado el resultado típico con su intervención, sino que también podía haberlo evitado el autor de un hecho comisivo desistiendo de hacerlo. La posición de garante, que se elaboró para la omisión con el objeto de eludir la enorme amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica, se generaliza y extiende también a la actividad, entendiendo que cualquier persona actualiza su peligrosidad para bienes con un movimiento físico delictivo y, por ello, en función de una conducta precedente, asumiría la posición de garante. No obstante, el concepto así formulado deja fuera de su ámbito los tipos que no exigen la posición de garante, como es claro en las llamadas omisiones propias, que se reconocen como excluidas del concepto⁴³.

Behrendt, caracteriza a la acción desde una perspectiva psicoanalítica, como una “contraconducción omitida”. Define a la acción y a la omisión como el “no evitar evitable de la adecuación típica” o “no emprendimiento de una acción evitadora del peligro”.

Estas posiciones son sujetas de cuestionamientos en el sentido de que son rechazables al ser totalmente normativas y concretamente jurídicopenalmente normativas, por solo se centra en delitos (exclusivamente en los de resultado) y en el significado de los delitos de comisión o de omisión respecto de la producción de un resultado típico, y no en la simple conducta como tal, con independencia de sus ulteriores características relativas a la producción de resultados típicos; de otro lado, en el concepto negativo de acción no se ha introducido la razón específica de la inevitabilidad que excluye no solo la imputación jurídicopenal en cualquier peldaño de la valoración, sino precisamente la imputación a la acción.

⁴¹ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, T. I., p. 392

⁴² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 286.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 410.

7.3. El concepto funcional–social de acción

El profesor español Miguel Polaino Navarrete, en un día inolvidable para la Universidad Nacional Federico Villarreal (09/06/2006), cuando recibe el grado de *Doctor Honoris Causa* nos regala con su basto conocimiento en las ciencias penales, su posición respecto al concepto jurídico penal de acción. El maestro español defiende un concepto funcional-social de la acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en su segundo plano, y en el que el aspecto de la Sociabilidad es plenamente constitutivo. Expone que si un sujeto viviera aislado de forma absoluta del mundo social, y cometiera un delito, no sería necesario recriminar dicha conducta, es decir si por ejemplo “A” cometiera un delito de hurto o robo en estas circunstancias, se exigiría primero la existencia del derecho de propiedad, y este es un derecho social, o mejor dicho personal – social: esto es interpersonal. Ello quiere decir que ese derecho lo disfruta una persona, pero existe pro convención social⁴⁴.

8. El funcionalismo y el concepto de acción

El concepto de acción sigue siendo válido en cualquiera discusión científica, especialmente en el Derecho. Sin embargo, lo que debe orientar la discusión no es si debe ser adoptado por este o aquél concepto de acción, sino como un concepto de acción puede ser configurado en función del sujeto como ser responsable, como etapa límite del proceso de imputación⁴⁵

Para enfocarnos a esta parte del trabajo, desarrollaremos el estudio del funcionalismo jurídico-penal dividido en el enfoque de los dos grandes penalistas contemporáneos del Derecho penal, Claüs Roxin con la teoría del funcionalismo moderado y el maestro de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, con la doctrina del funcionalismo sistémico o radical.

Estas dos escuelas tienen diferentes posiciones de analizar el concepto de acción, pero ante ello, analizaremos las bases sociológicas y el contexto histórico del funcionalismo, para dar mayor esbozo a estas nuevas tendencias y así desarrollar las dos posiciones referidos a la acción.

A partir de los años 70 del siglo pasado comenzaron los ensayos de una construcción sistemática funcional, según la cual los conceptos jurídicos penales no pueden prescindir de sus fines penales (políticos-criminales o políticos en general) ni tampoco están dispuestos por la naturaleza ni por datos ónticos, sino que se construyen exclusivamente en función de los objetos penales prefijados. Se trata de una corriente que recibe fuerte influencia del funcionalismo sistémico sociológico, y sus autores reconocen haber tenido su punto de partida en Welzel, aunque luego se apartan considerablemente de él.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?*, Grijley, Lima, 2007, p. 101.

⁴⁵ TAVARES, Juárez, “Algunas reflexiones sobre un concepto comunicativo de conducta en sistemas penales iberoamericanos”, en JAÉN VALLEJO, Manuel (dir.) y REYNA ALFARO, Luis Miguel (coord.), *Libro homenaje al profesor Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Ara, Lima, 2003, p. 123.

Roxin afirma que su teoría es un desarrollo del modelo sintético neoclásico-finalista, mientras que Jakobs dice partir del funcionalismo ético del finalismo.

Roxin denomina a su sistema funcional o racional conforme a objetivos, siendo una de sus características particulares su teoría de la imputación objetiva. Y sostiene que la dogmática es una herramienta para resolver problemas, resultando imprescindible acudir a la política criminal, que debe impregnar todas las categorías del delito. Los fines del Derecho penal son los de la política criminal y cada una de las categorías del delito cumple funciones político-criminales.

Se trata entonces de orientar las categorías de la teoría del delito a la función del Derecho penal en la sociedad moderna, centrando la cuestión en los fines que debe cumplir el sistema.

Roxin normativiza la concepción de acción aduciendo que no puede ser solamente un concepto ontológico, pues en alguna medida depende de valoraciones que la dotan de sentido. Va más allá de un proceso causal y su sentido es determinado social y jurídicamente. Es la manifestación de la personalidad, entendiendo por ella (acción) todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual.

Y luego revisa todo el sistema del delito, puntualizando el carácter dinámico que adquieren cada uno de sus elementos a la luz de los criterios político-criminales. Para la tipicidad, el criterio básico es el de la determinación legal; para la antijuricidad, es el de la solución social a los conflictos; y para la culpabilidad, es el de los fines de la pena.

En función del criterio *ut supra* referido, el tipo consiste en la plasmación del principio de legalidad; con la noción de antijuricidad queda garantizada la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico; y en cuanto a la culpabilidad es condición de cualquier pena, no basta para su imposición pues debe establecerse si el autor del injusto merece una pena. La culpabilidad es necesaria pero no suficiente para imponer la pena. Debe mediar para esto una necesidad preventiva (general y especial) de punición, en forma tal que, los requerimientos de la culpabilidad y de la prevención se limiten recíprocamente, surgiendo de su efecto conjunto la responsabilidad personal del autor.

Jakobs, a partir de su tratado emprende una tarea de refundación normativa de los conceptos sistemáticos del Derecho penal, abarcando la teoría del delito y el método dogmático en general. Su posición ha sido considerada como una radicalización extrema del funcionalismo.

Niega las estructuras lógicas-objetivas de Welzel y dice que el contenido de la totalidad de los conceptos dogmáticos debe llenarse a partir de las funciones del Derecho penal, que él las orienta hacia los fines de la pena, que residen en la prevención general positiva.

Así sostiene que la pena tiene como objeto restablecer el equilibrio normativo alterado por el delito, y que su función es tender a sustentar la confianza de la

sociedad en el cumplimiento de las expectativas creadas por el ordenamiento jurídico, o sea las normas. Procura en síntesis, reafirmar la vigencia de la norma.

El fin esencial del Derecho penal no es entonces la protección de los bienes jurídicos sino la protección de la norma, que es el verdadero bien a tutelar. El delito es disfuncional no porque lesione o ponga en peligro un bien jurídico, sino porque significa una falta de fidelidad hacia el derecho, lo que viene a ser reparado por la pena.

Para Jakobs, la acción no es un concepto ontológico sino jurídico y consiste en el reconocimiento de la vigencia de la norma, renormativizando el concepto del tipo a través de la teoría de la imputación objetiva.

Concluimos esta parte señalando que para Jakobs la culpabilidad no es más el reproche por no haberse motivado en la norma: culpabilidad es haberse comportado de un modo que no se puede tolerar si se quiere mantener la vigencia de la norma.

8.1. Teoría personal de acción

La concepción personal reacción está reflejada en la propuesta de Kaufmann (1966) quien la define como la objetivización de la persona, y en Rudolfhi con su teoría de la atributabilidad personal (1987). Sin embargo, ha sido Roxin, influido en parte por el psicoanálisis de Sigmund Freud plantea un concepto de acción ajustada a sus funciones, entendiéndola como una manifestación de la personalidad⁴⁶. Esto significa que la acción es todo lo que se puede atribuir a un ser humano como anímico-espiritual de acción, es decir que la conducta esté sometida al control del “yo”, a la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano, de la “persona” lo que no pasa en los efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre o “del ámbito material, vital y animal del ser” sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano; y para que se trate de una “manifestación” de la personalidad requiere que el pensamiento o la voluntad salgan de lo interno y se pongan en relación con el mundo exterior⁴⁷.

Este concepto está basado en la afirmación según la cual el elemento específico de toda acción humana es el hecho de que esta siempre constituye “una expresión de personalidad”.

Es, pues, acción todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de actividad.

⁴⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 288, referido a la concepción de Roxin del concepto de acción.

⁴⁷ GIMBERNAT influido por las concepciones psicoanalíticas, al igual que Roxin, define a la acción como la “relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (incidiendo en la alteración los procesos causales, evitando que estos sigan su curso o evitando que su inicio) contiene, asimismo, un concepto que le viene dado desde fuera del Derecho penal.

No lo son, por el contrario, aquellos que escapan al control de la instancia psíquica y espiritual y que corresponden más bien a la esfera solo somática, instintiva, material del individuo (actos reflejos, hechos realizados en estado de delirium o inconsciencia, etc.). Tampoco constituyen acciones las ideas o los deseos, aunque pertenecen a la esfera psico-espiritual de una persona, mientras no se concreten en el mundo exterior.

El concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como “acciones”. Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición como obra suya; si no se pudiera, no sería posible tampoco fundamentar la antijuricidad o incluso la punibilidad de aquélla⁴⁸.

Es así como Roxin manifiesta este concepto como elemento básico dentro de la teoría del delito en su totalidad, pero además en el enjuiciamiento del suceso como manifestación de la personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y solo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo.

El concepto de la manifestación de la personalidad enlaza con la forma prejurídica de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el movimiento muscular) o normativista (como la no evitación evitable), y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración jurídica.⁴⁹

EL CONCEPTO DE MANIFESTACIÓN DE PERSONALIDAD DESCRIBE TAMBIÉN EL CRITERIO DECISIVO PARA LA DELIMITACIÓN ENTRE ACCIÓN Y FALTA DE ACCIÓN.

- No son acciones los efectos que proceden de animales.
- No son acciones los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquica-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas.
- No son acciones los meros pensamientos, actitudes internas,

⁴⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 252.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 256. El concepto de manifestación de la personalidad no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica.

disposiciones de ánimo y todos los afectos que permanezcan en la esfera interna.⁵⁰

- También falta una manifestación de la personalidad y por tanto una acción allí donde el cuerpo humano funciona solo como masa mecánica, sin que el espíritu y la psique hayan participado de algún modo o hayan tenido oportunidad de intervenir en el suceso.
- En una zona discutida a palabras de Roxin se penetra en el caso de los movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez sin sentido.

No obstante, hay que tener claro que acción y falta de acción no están separadas mediante una cesura precisa, sino que son fluidos los casos de transición, dado que los productos de la adaptación del aparato psíquico pueden ser tan reducidos que ya no valgan como manifestaciones de la personalidad⁵¹.

En conclusión de Roxin el concepto personal desarrollado es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que los terrenos fronterizos atienden a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa. Pero no es normativista, ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.⁵²

Como se ha visto, el concepto de acción defendido por Roxin proporciona un concepto general para todas las formas de apariencia del comportamiento delictivo, pero renuncia, como reconoce Roxin, a buscar la unidad terminológica en la unidad del substrato material; Roxin insiste en que el concepto de acción que defiende es capaz de acoger todas las anteriores formas de acción, sin necesidad de acudir al criterio de la finalidad inconsciente, y ello es posible porque mientras que tengamos que ver con actividades de adaptación del aparato mental a circunstancias y hechos del mundo exterior, existe una exteriorización de la personalidad.

La principal crítica es que la omisión como actuación objetivamente imperativa, apenas puede ser entendida como “expresión” de personalidad en los casos de desconocimiento de la situación de peligro, a pesar de lo cual puede ser un comportamiento punible (como hecho omisivo imprudente).⁵³

⁵⁰ En esta parte ROXIN señala diferente a la posición de Jakobs. También son acciones los cálculos mentales, reflexiones, etc. (Ibídem, p. 260).

⁵¹ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 264.

⁵² ROXIN en la esencia del concepto personal de acción, (Ibídem, p. 265).

⁵³ JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 238.

8.2. Teoría de la evitabilidad individual

Esta teoría, por primera vez, es desarrollada por Günther Jakobs, en el homenaje a Hans Welzel con motivo de su 70 aniversario en 1974 en la ciudad de Berlín; donde sustituye la finalidad por el requisito de la evitabilidad y la configura como la producción de un resultado individualmente evitable. Jakobs parte de la base de que la norma como pauta de comportamiento para el autor potencial, solo le resulta alcanzable aquel comportamiento que la persona desarrollaría si estuviera motivada para ello. Pero esta frase condicional no se dirige a la probabilidad psicológica o a la oportunidad de un comportamiento determinado, ni de la rectitud normativa del comportamiento, sino que es puramente hipotética⁵⁴. Como primer criterio establecido por Jakobs, un comportamiento es evitable si el autor, de haber tenido un motivo para evitarlo, hubiera podido realmente, en todo caso la posibilidad de una evitación sistemática está al alcance de su motivación.

Para Jakobs, existen comportamientos (el movimiento, el reposo) que pueden influenciarse por motivación; y los comportamientos que en el caso de una motivación dominante de evitación se “arreglarían” en el ámbito de la motivación son acciones, como por ej., la actividad inconsciente de frenar en una determinada medida ante la iluminación repentina de las luces de freno del coche precedente, mientras que los comportamientos que no requieren únicamente una actividad motivadora son omisiones, como los reflejos, cuya evitación requiere -si es que es posible- un esfuerzo del miembro del cuerpo que reacciona. En cambio, si la reacción se produce tan rápidamente que no queda tiempo para su influencia mediante la motivación, no procede la evitabilidad de la reacción, luego no habrá ni acción ni omisión⁵⁵.

En su manual, Jakobs, estudia a la acción como causación del resultado individualmente evitable.⁵⁶ En el primer punto, Jakobs excluye el control de los impulsos del concepto de acción y consiguientemente del injusto, ya que no tiene lugar forzosamente desde el punto de vista ontológico o de lógica objetiva, sino que es el resultado del intento de formular la clase de expectativas penalmente relevantes y de sus garantías en el contacto social. La imputación penal del injusto no puede permitirse tener en cuenta hasta tal punto la constitución de cada individuo, pues el Derecho penal debe posibilitar también la seguridad de la expectativa en contactos sociales poco asegurados y anónimos, es decir, en situaciones en que tener en cuenta el aspecto de los impulsos está descartado ya por falta de previsibilidad⁵⁷.

Respecto a la evitabilidad individual, Jakobs manifiesta que la garantía individualizadora tiene por contenido que las normas jurídicas siempre sean el motivo dominante. Lo que aparece en el individuo, sobre la base del motivo dominante, en cuanto a ejecución de acciones, depende de la capacidad individual para dirigir la acción. Si ya no se frustran las posibilidades de la

⁵⁴ JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, cit., p. 73.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 75.

⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Marcial pons, Madrid, 1997, p. 168.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 170.

dirección individual de la acción, como ocurre cuando el individuo causa inevitablemente (ni siquiera imprudentemente) un resultado, por ejemplo, una muerte, falta una expresión de sentido individual de que algo es más importante que respetar con carácter dominante la vida humana; falta pues, un proyecto no conforme a Derecho y la norma no resulta lesionada. Un acto no llega a ser “expresión de sentido individual” mediante propiedades psíquicas (o de otro tipo) *per se*, sino mediante la intelección de qué es un sujeto y cuándo este es responsable de las consecuencias de su organización. No se trata, por tanto, de un problema de Psicología, sino de teoría de la imputación. La interpretación de la norma orientada subjetivamente en tan gran medida no goza desde luego de validez general, sino que constituye el intento de una descripción de condiciones de interacción practicadas efectivamente en el ámbito del Derecho penal. La posibilidad de atender en la imputación a lo pretendido individualmente (dolo) o a lo pretendible individualmente (imprudencia), y no a lo realizado, presupondría que las interacciones no acaben en daño con alta probabilidad. Allí donde existe fundamento para una gran desconfianza, el concepto de acción se vuelve más objetivista, así como también en las interacciones ritualizadas⁵⁸.

En definitiva, pues, el control de los impulsos ha de excluirse del concepto de acción, pero la dirección de la acción ha de determinarse siempre en función de las capacidades individuales del autor. Solo así se puede garantizar que la expresión de sentido de la acción sea en todo caso expresión de sentido de un sujeto.

En la evitabilidad no importa si el autor puede conocer que está prohibida la ejecución de la acción en sí (delitos de mera actividad, tentativa) o por sus consecuencias (delitos de resultado). La evitabilidad es, pues, independiente de la cognoscibilidad de la regulación jurídica y tiene que ser así porque la cognoscibilidad no aporta nada en absoluto al poder del autor de realizar algo, sino que solo da un buen motivo al autor leal al Derecho para utilizar su poder a fin de evitar lo prohibido⁵⁹.

La evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, la habría evitado. Así pues, el motivo se da por supuesto meramente; cómo se desenvuelve, no interesa en el ámbito del injusto.

La causación del resultado individualmente evitable el supraconcepto que engloba el actuar doloso e imprudente. El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (en el dolo), o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción y, por tanto, al injusto. En el ámbito del solo, pues, no existe en definitiva diferencia alguna con el concepto final de acción; solo que el punto de vista se ha desplazado desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de la evitabilidad del resultado. Este cambio del punto de vista proporciona un concepto de acción que incluye genuinamente acciones

⁵⁸ Ibídem, p. 172.

⁵⁹ Ibídem, p. 173.

imprudentes, también como reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad⁶⁰.

Jakobs sostiene que no solo hay responsabilidad por causaciones, sino también por omitir evitar un suceso. También el delito de omisión presupone la evitabilidad, aunque frente a la comisión, en relación inversa con la motivación y con el movimiento corporal. En la comisión, una concurrencia de impulsos conscientes o inconscientes conduce a la formación de un motivo para el movimiento corporal y este causa un resultado; en la omisión se produce un suceso que no se habría producido si el autor se hubiera motivado a impedirlo y hubiese realizado los movimientos corporales necesarios. Así como en la comisión la evitabilidad es el dolo o la imprudencia de la propia conducta, del mismo modo también en la omisión la evitabilidad está vinculada a la propia conducta. Por eso no solo contiene el conocimiento o la cognocibilidad de las condiciones de la producción de un resultado, sino además que esas condiciones dependen de la propia conducta, es decir, la posibilidad propia de influir en el suceso.

La acción y omisión tiene en común el ser formas de conducta de la persona. En relación con la conducta delictiva: En la acción hay un motivo de más, y como consecuencia de este un movimiento corporal de más: el motivo delictivo (el autor ha causado algo prohibido, que habría debido omitir), en la omisión hay un motivo (etc.) de menos: el motivo de evitar el resultado delictivo (el autor no ha causado algo prohibido, pero habría debido actuar)⁶¹.

El maestro alemán a partir del concepto de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado, se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión.

Jakobs señala los problemas en supuestos límites que ocurren en su concepto de acción concurrendo los siguientes casos de no acción:

SUPUESTOS LÍMITES DE NO CONCURRENCIA DE ACCIÓN

- Falta acción si la realización del resultado ocurre inevitablemente, o sea, ni siquiera imprudentemente.

- Desarrolla el ámbito del problema de los automatismos.

- El hecho de que los movimientos corporales obtenidos mediante *vis absoluta* no son acciones es propio de la opinión general: Las modificaciones de la situación del cuerpo de un sujeto en que no cabe intervención susceptible de motivación no son acción; en caso de fuerza

⁶⁰ Ibídem, p. 175.

⁶¹ Ibídem, p. 176.

absoluta, no se pueden resolver mediante contraactividad, es decir, no son tampoco omisión.

- No constituyen acciones también las reacciones de sujetos en estados de sueño profundo y de total inconsciencia.

La culpabilidad como presupuesto de acción, Jakobs concluye que la acción en cuanto “asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma”, es la acción en un Derecho penal de culpabilidad. La versión más ampliada, también abarca la acción en un Derecho penal de responsabilidad pro resultado, y la versión aún más ampliada además abarca la responsabilidad por una situación de hecho. Las razones de la competencia en cada caso y el concepto de lesión de la vigencia de la norma pueden ser muy diversos, pero la construcción normativa siempre es la misma: se vincula una lesión de la vigencia de la norma con una persona y se compensa mediante una pena que se impone a esta persona. De esta manera, el concepto de acción se convierte en la llave maestra del Derecho penal de distintos sistemas sociales⁶².

Jakobs termina de señalar algo que nos debe dejar bien en claro respecto a su posición y no desvirtuar la idea con falsas hipótesis; el concepto de acción que defiende Jakobs, es material en su relación con una determinada sociedad. Bien es cierto que fija de manera insuficiente de qué sociedad se trata, y por ello, su carácter material es derivativo; pero al menos deja en claro que se trata de la sociedad, y no de peculiaridades individuales⁶³.

9. Teoría cognitiva de la acción

Dentro de las últimas concepciones de la evolución de las teorías acerca de la acción, el profesor de la Universidad de Frankfurt Walter Kargl plantea un nuevo criterio de acción denominándola “Concepto cognitivo de acción”. Esta teoría evita los déficits de las teorías de la acción existentes hasta la actualidad y podría por ello tener la perspectiva de volver a despertar el interés de Luhmann por el “bajo vientre” (perteneciente a la teoría de la acción) de la teoría de los sistemas⁶⁴.

Walter Kargl afirma que las teorías de la acción existentes han fracasado por dos razones entrelazadas: Por un lado el voluntarismo de toda variedad de la (hoy todavía discutida) teoría de la acción y, por otro lado, su necesario anclaje en la ontología en la que se debe suprimir los valores y las valoraciones de la arbitrariedad humana.

Para bosquejar por lo menos los criterios centrales de la teoría cognitiva hay que volver a traer a colación el atributo central de los sistemas autorreferenciales, su determinabilidad de estado. Si se asume como verdad

⁶² JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 124.

⁶³ Ibidem, p. 125.

⁶⁴ KARGL, Walter, “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coord.), *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2005, p. 49.

que la conciencia se ve determinada decisivamente por sus estados interiores, la “voluntad” no puede ser algo que exista fuera de la adecuación a leyes del estado del sistema. La voluntad es más bien dicho estado mismo y precisamente como consecuencia de la historia conjunta de interacciones del ser humano con el entorno. La psicología evolutiva de Piaget y la biología del conocimiento de Maturana apoyan dichos puntos de partida. De acuerdo con ello se forman en paralelo a lo largo del desarrollo infantil tanto los esquemas cognitivos como los afectivos, que se jerarquizan de forma totalmente idéntica a las estructuras intelectuales. De esa manera surgen las estructuras afectivas e intelectivas de forma absolutamente conjunta, no pudiendo los sentimientos cursar instrucción alguna al sistema mental que no se encuentre ya en las cogniciones. Las referencias a la “voluntad libre” implican, sin embargo, la superioridad y preferencia de la voluntad sobre el conocimiento, poniendo a salvo la voluntad de las experiencias vitales y estilizándolas en una entidad transempírica que la convierte en fungible para cualquier fin que se quiera -para la libertad tanto como para el control-. En sentido contrario el concepto del sistema afectivo de referencia acentúa la igualdad de rango entre el conocer y el querer. Tal y como se organiza el conocimiento en jerarquías cognitivas de valores, el sentimiento desarrolla una jerarquía afectiva en la que los sistemas de referencia superiores dominan a los inferiores. La “voluntad” no es, por tanto, otra cosa que la articulación del tema de relación cognitivo-afectivo tomado como más importante en la correspondiente situación⁶⁵.

El sistema se encuentra estructuralmente acoplado a su entorno, aquél reacciona siempre “adecuándose”, es decir la conducta del organismo “se ajusta” a la conducta del medio. Si se quiere variar, la transformación del sistema tiene que concordar con la transformación del medio. Para aquél que se encuentra en el entorno del sistema ello tiene la consecuencia de que él tiene que cambiarse a sí mismo si quiere cambiar la conducta del sistema⁶⁶.

10. Conclusiones

1. El concepto de acción no se busca antes que la sociedad, sino dentro de ella. No es la naturaleza la que enseña que es acción. La acción debe entenderse como un concepto que se halla determinado por la imputación y no como un elemento natural como pretendía la escuela de Von lizst con su separación entre lo físico y lo psíquico. Tampoco puede extraerse el concepto de acción de la ontología, como lo planteaba Welzel, desde la finalidad del actuar humano; el concepto de acción ha de entenderse como una toma de postura relevante frente a la validez de la norma en el plano de la comunicación, una expresión de sentido comunicativamente relevante. Una acción jurídica penalmente relevante no reconoce ninguna norma que le impida actuar, bien porque no la conoce o porque conociéndola la quiere vulnerar. El autor expresa con su comportamiento que para él no rigen las expectativas generalizadas de conducta, desautoriza la vigencia de la norma como modelo de contacto social. Por eso, la acción es convertirse en culpable. Acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión a la vigencia de la norma.

⁶⁵ Ibídem, p. 52.

⁶⁶ Ibídem, p. 53.

2. La evolución del concepto de acción en el pensamiento penal, nos demuestra que esta institución ha ido mejorando en el recorrer del tiempo superando y abarcando el estudio de todos los presupuestos penales. Creemos que la acción, ya no puede seguir siendo la piedra angular del delito, pues se ha demostrado que el carácter prejurídico o natural nos lleva a contenidos irrelevantes para el Derecho penal.

3. Se debe incluir dentro de nuestro sistema penal peruano, la función de imputación que contiene la acción. Superando los criterios de responsabilidad anticuados e ineficientes, mas si acercarnos y establecer los fundamentos de la imputación objetiva como medio de solución en los casos de relevancia penal.

4. En la actualidad la discusión sobre la acción se debe ceñir en nuestro Código Penal, dentro de la imputación de los comportamientos reprochables de nuestra sociedad. El problema recae en que los tipos penales y su estudio en particular de cada uno, debe basarse en la evitabilidad de los comportamientos de las personas en sociedad, analizando los parámetros de la no evitación de los diversos delitos y no más bien en seguir criminalizando problemas de política legislativa.

5. La acción y la omisión –compartiendo esta posición del funcionalismo sistémico– tienen el mismo sentido de responsabilidad porque en las dos, la motivación de la evitabilidad del resultado delictivo es evidente.

6. Se debe llegar a una conclusión respecto a la relación de la interpelación de la acción y la omisión dentro del sistema normativo funcional moderno.

7. El estudio del concepto de acción en la actualidad se debe expandir al análisis de la responsabilidad de la persona jurídica, un tema muy importante de desarrollo dogmatico, y el estudio de las no acciones, que excluirían de imputación ciertos movimientos, para mejor solución en los operadores de justicia de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Berdugo De la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luís, Ferrè Olivè, Juan Carlos , Serrano Piedecabras, José Ramón, García Rivas, Nicolás. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. PRAXIS, 1ª ed., España, 1996.
 - Bramont-Arias Torres, Luís Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed., EDDILI. Lima, 2002.
 - Busato, Paulo César, *Derecho penal y acción significativa*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., España, 2007.
 - Bustos Ramírez, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, este libro se encuentra dentro de las OBRAS COMPLETAS, Tomo I de la Parte general publicada en ARA editores, Colección IUSTITIA. Lima, Perú, 2005.
- Manual de Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona-España, 1994. Editorial PPU
- Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Teoría Jurídica del Delito*. Volumen II, TECNOS, 6ª ed., España-Madrid, 2000
 - Polaino Navarrete, Miguel y Günther Jakobs. *Las Condiciones de Juridicidad del Sistema Penal, Derecho penal del enemigo y Concepto jurídico – penal de acción en una perspectiva funcionalista*, libro homenaje a la investidura de Doctores Honoris Causa por la Universidad Nacional Federico Villarreal, Grijley, Lima, 2006.
 - Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, *Teoría Jurídica del Delito*. Volumen I. BOSCH. 1ª ed., Febrero, 2000, España.
 - Jaén Vallejo, Manuel, *El Concepto de Acción en la Dogmática Penal*. Editorial COLEX. Madrid-España 1994.
 - Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial UNIVERSITAS, España, 1999
 - Franz von Liszt. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, Traducido por Luís Jiménez de Asúa y adicionado al Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, 2ª Edición, Madrid, 1927.
 - Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás. *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, corregido, aumentado y actualizada. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 1999.
 - Mir Puig, Santiago *Derecho Penal Parte General*, 6ª ed., Barcelona, Reppertor, 2004.

- Edmund Mezger, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Traducción española y notas de Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, nueva edición, revisada y puesta al día, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1995
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Traducción de alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Una Introducción a la doctrina de la acción finalista. Traducción y notas por José Cerezo Mir. Impreso en Argentina-Buenos Aires Junio del 2002.

- López Barja De Quiroga, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I Gaceta Jurídica, 1ª ed., Lima, 2004. Con anotaciones y referencias al Derecho penal peruano por el Dr. Luis Miguel Reyna Alfaro.
- Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote. 5ª ed., Granada, 2002. Editorial Comares.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*, Temis, Bogota, 1989.
- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos, *Manual de Derecho penal, Parte general, Tomo I*. Civitas, España, 2002.
- Silva Sánchez, Jesús María, “¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?”, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Lima, 2003.
- Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho penal, Parte general I*, 3ª edc., Grijley, Lima, 2005.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 2002.
- Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito. Traducción de la 2º edición alemana y notas por Diego Luzón Peña, Miguel Días y García Conllad y Javier Vicente Remesal. CIVITAS, 1997.
- Kargl, Walter, “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?”, en *Teoría de los sistemas y Derecho penal*, Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), Comares, Granada, 2005.
- Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte general I*, Hammurabi, 4ª ed., traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005.

- Gómez Benítez, José Manuel, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, España, 1984.
- Günther Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, traducción: Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª ed., Marcial pons, Madrid, 1997.

Estudios de Derecho Penal, traducción de Enrique Peñaranda, Carlos J. Suárez y Manuel Cancio Melía, 1ª ed., Civitas, España, 1997.

- Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, editorial Cuzco, Lima, 1990.

Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2005.