

INTRODUCCIÓN. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ACCIÓN, Y, SUS RELACIONES CON LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

Roberto Eljalch

RESUMEN

En el presente trabajo se hace un análisis sobre los orígenes filosóficos de la teoría de la acción y sus características en el área penal. Resalta la importancia del concepto filosófico de acción humana y de la acción en el derecho penal, estudiando el concepto jurídico de delito y el presupuesto de la acción en el mismo. El autor cita a varios doctrinantes universales sobre estos aspectos.

Palabras clave: acción penal, orígenes filosóficos, delito, derecho penal

ABSTRACT

In this paper the author refers to the philosophical origins of the theory of action and its elements in Criminal Law. Remarks how important is the philosophical concept of human action and the concept of crime action; studying the concept of crime and the hypothesis of crime action. The author cites some recognized authors on Criminal Law.

Key words: *crime action, philosophical origins, crime, criminal law.*

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2003.

SUMARIO

ACCIÓN Y CONDUCTA. SUS ORÍGENES FILOSÓFICOS

NOTAS DIFERENCIALES EN DERECHO PENAL

LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA EN EL CONCEPTO DE ACCIÓN HUMANA Y DE ACCIÓN EN DERECHO PENAL

CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO

EL PRESUPUESTO DE ACCIÓN EN EL DELITO

ESTADO ACTUAL Y FINAL DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN DERECHO PENAL

ACCIÓN Y CONDUCTA. SUS ORÍGENES FILOSÓFICOS

NOTAS DIFERENCIALES EN DERECHO PENAL

La teoría del delito ostenta como uno de sus principios fundamentales, el que ninguna persona deba ser penada si no ejecuta una acción; o lo que es lo mismo, si no despliega una conducta relevante para el derecho penal. Lo anterior, nos obliga a afirmar que hay distintos fenómenos que se pretenden excluir cuando ha ocurrido una acción como generadores de responsabilidad pero, con las siguientes exigencias:

- a. cuando esa supuesta conducta no es más que puros sucesos mentales; como más adelante veremos, no se penan meras intenciones o pensamientos;
- b. tampoco genera responsabilidad aquellas conductas producto de actos reflejos como cuando sentado en un balcón por un movimiento involuntario de la pierna pateo una maceta que le cae a algún transeúnte y lo mata; como tampoco generaría responsabilidad los denominados tics nerviosos;
- c. estados y circunstancias personales como el hecho de pertenecer a determinada raza, núcleo social, estar casado, etc., o, circunstancias de tumultos (al ser empujado en una procesión y como causa de ello hiera o lesione a alguien o haga caer a alguien, o dañe algún objeto).

Debido a esas circunstancias anteriores, los doctrinantes del derecho penal se han ideado un concepto de acción que sirva para contrastar y diferenciar no sólo

las conductas susceptibles de generar responsabilidad en materia penal, sino, también aquellas otras similares o parecidas que no generan responsabilidad a los primeros como los fenómenos que venimos de mencionar.

Ahora bien, las propiedades a las que los juristas penales recurren para definir ese concepto de acción, de modo tal que se logre los contrastes arriba mencionados son dos:

1. el que se den ciertos movimientos corporales del individuo siendo por lo tanto excluyentes los sucesos mentales y los estados o circunstancias en los que podría eventualmente encontrarse; y,
2. el que esos movimientos sean producto o consecuencia de la voluntad de realizarlos; es decir, que estén determinados y causados por la voluntad del agente con lo que se descalificaría aquellos actos reflejos y similares de que hablábamos anteriormente.

Lo dicho anteriormente no subsistiría sino existiese la filosofía aristotélica de la acción humana cuando dice que las mismas son cambios en el mundo producidos por agentes racionales.

En consecuencia, se puede hablar de un aspecto externo de la acción que,

“pone de manifiesto la eficacia del poder agencial (sujeto agente) y muestra a una persona actuando en el mundo que la rodea para controlarlo y ordenarlo”¹.

Por eso, entre nosotros, el profesor argentino EDGARDO GRAMAJO, dice que:

“a partir de la idea de que la simple causación física dé un resultado no es suficiente para caracterizar la acción humana, enunciado que, en rigor comparten hasta quienes aceptan las más estrictas tesis causalistas como VON LISZT, tesis estas que se han convertido en exigencia común a la doctrina más generalizada que sería de una cierta actividad psíquica que acompaña a la actuación ya porque pertenece a la misma acción, como “coeficiente psicológico”, ya como “voluntad”, porque de ese modo queda manifestada la personalidad del sujeto agente, ya, en fin, *porque es ese el único modo de apreciar la procedencia humana del acontecer típico*”².

Los europeos con EDMUNDO MEZGER a la cabeza se refieren a esa “voluntad” de que hablábamos, como un querer interno que designa el

1 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pág. 1109B 30-34.

2 GRAMAJO, EDGARDO, *La acción en la teoría del delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 35.

“acto interno anímico, por el cual el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado”³.

Como tampoco podría existir esto último *sin la ayuda de la filosofía* toda vez que ésta al mirar el aspecto interno de la acción la explica como:

“esa eficacia al concebir a la persona como un complejo de pensamientos y deseos ... a menos que se tome en cuenta el aspecto interno, no se podrá comprender la naturaleza de una acción porque esa naturaleza es definida por el propósito y el motivo del sujeto agente”⁴.

REINHARD FRANK piensa en cambio que la voluntad sí es requisito de la acción y para su existencia presupone y refiere la representación de sus efectos; más aún, según sus propias palabras:

“el elemento voluntario encuentra expresión bastante en el requisito de la acción, *de modo que no es necesario volverlo a traer en la definición del dolo*”⁵.

Como hemos visto entonces, estamos en presencia de una constante que nos muestra que fue la filosofía la que arrojó luz a la acción penal en su aspecto interno y externo ya que los teóricos del derecho penal por uno u otro motivo identificaban solamente a las acciones con los movimientos corporales, y, que al mismo tiempo sean visibles, de modo que los sucesos causados con esos movimientos sean considerados como resultado de los mismos; de la anterior manera es que se hace para poder distinguir entre aquellas acciones de *pura actividad*, como arrojar veneno o contaminar las aguas de un río, sin que ello dé lugar o produzca otro resultado levisio (homicidio); contrario a las acciones *de resultado*, que como su mismo nombre lo indica, requieren para su configuración un resultado por lo general externo, visible, según aquella descripción que traiga el tipo penal respectivo.

Como es obvio, esa exigencia de movimientos corporales de que hemos estado hablando, plantea problemas a aquellas consecuencias que se dan debido a una *omisión*. Por cierto que la mayoría de los doctrinantes admiten que podría darse el delito omisivo en aquellos casos que no se presta un auxilio, pedido o no, a otro que se encuentra en situación de peligro. Para lidiar con estos casos estos doctrinantes, se han visto en la necesidad de ampliar el concepto de acción: *hay acción no sólo cuando se realizan movimientos corporales voluntarios*,

3 MEZGER, EDMUNDO, *Tratado de derecho penal*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 215.

4 SULLIVAN R., *Morality and the good life*, edited in Memphis State University, Memphis, 1977, págs. 32 y 33.

5 FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Ed. B de F, Julio César Faira, editor, Buenos Aires, 2000, págs. 57 y 58.

externamente visibles, sino también cuando no se realizan movimientos corporales que por norma se podían y se debían realizar.

En todo caso, nos identificamos con el profesor ALEXANDER GRAF ZU DOHNA cuando decía que: “*TODO DELITO ES ACCIÓN*” ya que sólo la acción humana es susceptible de acarrear una sanción; lo anterior no significa que sea esencial para la existencia de algún delito que éste, tenga que mostrar un aspecto exterior del mismo para que impregne los sentidos y darnos cuenta de su existencia; si ello fuere así no podrían dar fe los delitos de omisión.

Por lo anterior, y, con muchísima autoridad científica el autor nombrado decía que:

“no son las características exteriores las que hacen afirmar que el delito es acción, pues acción es, esencialmente, concreción de voluntad. Esa voluntad puede ser dirigida a producir o evitar la actividad corporal. Tomadas en ese sentido, acción y omisión son las dos formas de manifestarse la acción”.

Para mayor claridad traemos a colación los siguientes ejemplos dados por este autor como:

“hay casos en los que la pena se vincula a una actividad sin voluntad, que ha conducido a un resultado de lesión (la madre que durmiendo al lado de su hijo pequeño, al darse vuelta, le impide respirar y el niño muere), o, también a una omisión involuntaria que haya producido o no un resultado de lesión (el vecino que en las mañanas de heladas no esparce ceniza sobre la escarcha de la cera para evitar accidentes)”.

Vemos con claridad que tanto para la acción como para la omisión lo importante y decisivo cuando en derecho penal se hable de acción es que ésta presuponga una *decisión de voluntad*⁶.

Ahora bien, los doctrinantes han clasificado esta clase de conductas omisivas en dos especies que profundizaremos más adelante:

1. omisiones propias que es la simple o la mera inactividad, y,
2. las impropias que es una inactividad que causa un resultado relevante como en el caso de la madre que produce la muerte de su hijo al no darle de comer.

6 GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, *La estructura de la teoría del delito*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 18 y 19.

LA IMPORTANCIA DE LA FILOSOFÍA EN EL CONCEPTO DE ACCIÓN HUMANA Y DE ACCIÓN EN DERECHO PENAL

Es importante el concepto de acción, tanto en filosofía como en derecho penal ya que en ella, la acción humana se integra a la definición de delito que a su vez tiene una pretensión cual es la de señalar una exigencia básica de todas las figuras penales; será legítimo entonces aquel estudio que procure realizar la descomposición de ese concepto de acción que ha sido construido para la elaboración de un sistema científico que tienda entre otras cosas a recoger y precisar aquel conjunto de circunstancias que conllevan una sanción penal.

Ahora bien, esto último que acabamos de decir sobre la acción humana, es bien difícil, ya que para encarar esta materia que entre otras no se ha desarrollado como una disciplina autónoma, sino como una especie de patio común donde vierten diversos departamentos del conocimiento, muestra como el interés por la acción humana ha surgido en la historia de la filosofía en muchas ocasiones, como antecedente o como prolongación de cuestiones o disquisiciones que aparecen en áreas tan dispares como la ontología, la lógica, la filosofía del lenguaje, la filosofía de la ciencia, de la ética del derecho hasta llegar a lo penal que es lo que nos interesa en esta investigación.

El concepto de acción en derecho penal es un significado que apareja *ad latere* el mismo concepto de delito; por ello se dice que el delito es acción, esto es, aquel despliegue *de poder proyectar sobre el mundo las propias decisiones* pero transformando la realidad externa prohibida.

El poder a que nos referimos es un poder específicamente humano, creador de situaciones y de cosas y modificador de las mismas; lo sigue siendo aún, cuando asume la forma negativa y destructiva en que el delito se da, porque éste como buena acción que es, cambia de modo irreversible la situación preexistente del mundo⁷.

Por eso es que todas las acciones se encuentran intrínsecamente conectadas con los *hechos que ocurren en el mundo* ya que toda figura delictiva está construida invariablemente sobre la base de definir una acción humanamente realizable, una acción suficientemente determinada.

El desarrollo de una teoría sobre la acción humana ha ocupado la atención de estudiosos de disciplinas distintas y que no son propiamente consideradas como filosóficas, tal sería el caso de la psicología del derecho penal. Por lo mismo, me

7 SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, t. I, 1978, pág. 242.

voy a permitir hacer una referencia con la mayor brevedad y síntesis posible, de las elaboraciones más importantes que se han hecho en torno a ese concepto, ya que resulta muy concluyente percibir, cómo alguno de los mismos problemas que atañe y han preocupado a los filósofos, se les ha encarado en forma independiente y, diversa, con ocasión de tener que resolver cuestiones penales; como la de si corresponde o no imputar una conducta y, aplicar una pena cuando se dan ciertas circunstancias, y, se reúnen ciertos requisitos.

Lo que aquí nos proponemos es que sustituyamos el yo pienso algo por el yo hago algo como punto de partida y centro de referencia; y pensar desde el punto de vista de la acción específica que vamos a desarrollar. Claramente debemos preguntarnos de una vez qué puede significar esto y cuáles son sus implicaciones.

Esa exigencia de especificidad al decir del profesor SEBASTIÁN SOLER, no queda suficientemente destacada cuando se define al delito como una “conducta” ya que según este autor, el término conducta implica una referencia indeterminada, no específica del comportamiento ordinario común y general de una persona:

“La conducta, más que una acción, es una especie de promedio o balance de muchas acciones, y por eso adoptar esa expresión para definir el delito, resulta equívoco y, por lo tanto, peligroso políticamente”⁸.

Además, el empleo de dicha expresión (conducta) sirve para dar razón a algunos delitos que MANZINI denomina delitos de sospecha que, según el profesor BIAGGIO PETROCELLI, constituyen una

“supervivencia de viejas leyes de policía con todos los defectos técnicos y el estilo de éstos. En ellos según este último autor, se encuentran los peligros políticos de estos pretendidos delitos de estado y sin acción”⁹.

Hay que resaltar sin embargo que no todos los autores y doctrinantes del derecho penal son partícipes de los anteriores razonamientos, ya que en su haber encontramos criterios distintos a los planteados por el profesor SOLER, en la medida que la existencia de un delito ontológicamente hablando, exige un previo comportamiento humano; y, al cual, suelen frecuentemente referirse como “acto, hecho, acción o actividad”.

Como más adelante veremos, el profesor MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, prefiere la expresión conducta, en cuanto que es un término más adecuado para recoger

8 SOLER, SEBASTIÁN, *ob. cit.*, pág. 245.

9 PETROCELLI, BIAGGIO, *Principii di diritto penale*, 1955, pág. 269.

conceptualmente en su contenido, las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior; sino que además,

“por reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integran un comportamiento dado”¹⁰.

CONCEPTO JURÍDICO DEL DELITO

En toda sociedad, sea grande o pequeña, sea ordenada o desordenada, blanca o negra, heterogénea u homogénea, con ejercicio de autoridad o sin ella, necesita para su supervivencia, de un conjunto de bienes que la mantengan en pie facilitando la interacción social. Requiere por lo mismo, de un mínimo de potestad sobre aquellos objetos mediante los cuales hace descansar la existencia misma de esa sociedad; objetos estos denominados jurídicamente “bienes” indispensables para su desarrollo que, por lo mismo, tiene que cuidar si desea permanecer como grupo socialmente organizado.

Desde épocas inmemoriales, los doctrinantes y estudiosos de las ciencias penales, se vienen preguntando quién posee el derecho de castigar; como también cuándo, cómo, y porqué se castiga; ¿cuál el patrón para crear y distinguir entre sí, aquellas normas que inciden en la convivencia social? Al parecer, la diferencia del buen actuar, descansa en el derecho positivo; siendo por lo mismo, obligatoria y, jurídicamente, la única manera como se perfila la noción de delito.

Tendríamos entonces, y, frente a una *teoría general del delito*, éste, “emerge” de un derecho positivo; donde se niega lo moral y lo religioso; cuya estructura participa de elementos comunes a todas las figuras que, como delictivas va creando el legislador.

Aparece entonces el delito como una “unidad”, encerrada en un tipo y formada por varios “elementos”, cuya función principal es la relación “armónica” entre ellos; evitando de esa forma contradicciones internas que, lleven a situaciones de incoherencias en el sistema o conjunto así formado.

Por decir lo menos, y frente a un caso concreto cualquiera, la teoría general del delito, exige resolver la existencia jurídica del delito, de acuerdo a un orden lógico previamente establecido que, necesariamente debe comenzar con la “acción” humana, y, terminar con la posterior evaluación de las restantes características. En

10 JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *Panorama del delito*, nullum crimen sine conducta, Imprenta Universitaria, México, 1950, págs. 7 y 8.

pocas palabras y sintetizando, la existencia del delito se deduce de la descripción hecha en la norma, descripción que necesita además realizarse en todos los elementos que la componen; y cuya falta, (cualquiera de ellos), daría lugar a su inexistencia.

EL PRESUPUESTO DE ACCIÓN EN EL DELITO

Se afirma por lo general de la *acción*, como el elemento fundamental de la teoría general del delito. Es definitivamente su elemento más importante; como que sin él no existiría siquiera el delito. Es, como dicen algunos, el sustantivo al que pueden atribuirse los predicados de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad.

De donde concurda y por lo mismo resulta lógica la definición que al respecto nos brinda el tratadista y profesor alemán HANS HEINRICH JESCHECK, al decir:

“La reunión de los elementos de la acción punible en un sistema se consigue en la *definición clásica del concepto de delito como acción típica, antijurídica y culpable*”,

definición en lo esencial indiscutida históricamente.

Son múltiples las definiciones que la doctrina penal ha dado sobre el concepto de delito. Entre nosotros, una que compagina claridad con objetividad, es la del insigne y emérito profesor de derecho penal de la Universidad de Cartagena, VÍCTOR G. LEÓN MENDOZA al decir que:

“el delito es una violación de la ley penal porque existe una contrariedad entre el acto que ejecuta el ser humano y el precepto de la ley”,

dejando así firmemente establecido que para procurar la “seguridad y la armonía social” *se debe expedir una ley, una norma*, que recoja y resuma lo valorativo de la misma frente a la conducta desplegada.

Más adelante resalta la idea de la siguiente manera:

“sólo mediante el conocimiento de la ley por parte de los asociados pueden éstos saber qué les está permitido y qué les está prohibido, cuál es el límite entre lo lícito y lo ilícito, entre lo jurídico y lo antijurídico”¹¹.

Pero no todos los autores fijaron su posición desde una perspectiva instrumental como el que acabamos de ver; es decir, como un derecho sin contenidos absolutos

11 LEÓN MENDOZA, VÍCTOR G., *Derecho penal general*, 3ª edición, Ed. Temis, 1991, pág. 71.

que es el único científicamente aceptable, como sucedió con la aparición de normas que establecieron prohibiciones de todas aquellas cosas que destruyen la convivencia de los hombres, sino, y sobre todo, la influencia ejercida por la filosofía tomista, que dio relevancia, solamente a los actos y normas que se encuentran dirigidos al bien común.

Participaba de dicha postura el maestro FRANCESCO CARNELUTTI, cuando dijo que en toda sociedad:

*“acaecen hechos contrarios al bien común: homicidios, hurtos, peculados. Provisionalmente, podríamos dar a éstos el nombre de delitos. Su misma naturaleza, fundada en la oposición al bien común, demuestra que la sociedad si quiere sobrevivir, tiene que reaccionar contra ellos; desarrollando en ese propósito, una verdadera lucha, como ocurre con las enfermedades”*¹².

El mismo autor en otra obra define el delito como:

*“un modo de ser de la sociedad no del individuo”*¹³. No hay error en la comparación del delito con la enfermedad, pero a condición de referir la enfermedad, no al individuo sino a la sociedad”.

Haciéndole de esa forma “eco” a lo dicho por el abanderado del positivismo jurídico ENRICO FERRI muchísimo tiempo atrás, de que solamente ha de tenerse en cuenta la responsabilidad social, en cuanto

“el hombre es responsable de sus acciones delictivas sólo porque vive en sociedad y mientras viva en ella”.

Para ese entonces, la filosofía tradicional del derecho presentó a éste como una normativa destinada a modelar a la sociedad sobre la base de ciertos principios y fines que le eran inherentes. El derecho tendría por objetivo entonces, introducir en la vida social: la justicia, la seguridad o el *bien común*. Correspondería al derecho, por ende, decidir sobre qué bases y cómo habría de cumplirse un ordenamiento social. Lo anterior significaba que el derecho contenía principios absolutos que debían ser alcanzados e impuestos por medio de sus normas.

La anterior posición no podría de ninguna forma ser aceptada por la doctrina penal, ya que equivaldría a nada más y nada menos que, *a la etización del derecho penal*. Aparecería entonces y afortunadamente, la tesis de HANS KELSEN, quien formulara su *Teoría pura del derecho*, estableciendo que este último debe ser

12 CARNELUTTI, FRANCESCO, *Teoría general del delito*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 2.

13 CARNELUTTI, FRANCESCO, *Lecciones de derecho penal. El delito*, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1952, pág. 3.

separado de todo aquello que le sea extraño; en especial de lo político; *el único objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo*. Derecho este totalmente autónomo de la moral:

“y a él no le corresponde dar soluciones justas a los conflictos, pues la justicia es una idea moral que está más allá de toda experiencia y su contenido varía al infinito”.

Desde hace siglos, tanto la doctrina penal como el mismo pensamiento filosófico, han hecho ingente esfuerzo por delimitar lo más preciso posible, las fronteras del derecho frente a la influyente moral; *ya que el fundamento del proceso penal, no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal, como nos lo impone la tradicional religión; sino adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia* que, permita el mejor desarrollo humano en lo individual y en lo social.

Muy a pesar de lo anterior, el gran penalista clásico, el inmortal FRANCESCO CARRARA, presupone aceptada la doctrina del libre albedrío y, también, la de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edifica la ciencia criminal, “que mal se construiría sin aquella”.

Siendo el más representativo de la llamada escuela clásica, el maestro CARRARA definió el delito como:

“la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”¹⁴.

Dentro de la gama de precursores, que contribuyeron de una u otra manera a la evolución y, *definición del delito*, es evidente que pueden destacarse muchos nombres; de todos ellos, no obstante, merece un puesto especial, el nombre de PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH, ejemplo distinguido de penalista del iluminismo alemán de final de siglo XVIII.

Mucho más que en la obra de autores posteriores a FEUERBACH, es en él donde podemos encontrar los primeros verdaderos indicios de un *concepto analítico de delito*, en contraposición al *concepto unitario*, cuando este último mira al delito como “acción”, y lo define como *acción antijurídica*, conminada en una ley penal.

FEUERBACH como sabemos, era adepto a la filosofía kantiana y además, férreo defensor de la legalidad en la aplicación de las sanciones penales; concibió la tesis

14 CARRARA, FRANCESCO, *Programa de derecho criminal*, Ed. Temis, Bogotá, 1971, vol. I, n° 21, pág. 60.

que la ley penal, al contrario de lo que sucede con la ley moral, sólo le importan las “acciones humanas”, y, *no el pensamiento del agente*.

Tal vez, a ello se deba que el maestro de Pisa fuera preciso al decir, refiriéndose al delito que éste: “resulta de acto externo del hombre”, toda vez que el mismo es mirado desde una perspectiva eminentemente jurídica; *es un acontecimiento que se realiza en el mundo exterior; ya que existencialmente, la persona se encuentra en sus actos; en el comportamiento que despliega*. Por eso, el acto psíquico que le sirve de motivo o impulsador de la acción, que no se traduzca en un comportamiento externo, no puede jamás ser punible. De allí el significado perentorio de la antigua máxima de ULPIANO:

“*cogitationis poenam nemo patitur*”.

Ahora bien, todas las concepciones o construcciones sobre la teoría del delito, pueden reducirse en últimas a teorías sobre la *acción*. *Este concepto, el de acción, no tiene una existencia autónoma en derecho penal. Su importancia radica exclusivamente en que sirve de fundamentador en la construcción del delito*.

Como también sirve de medio de enlace entre los diversos estadios de valoración, ya que es al mismo tiempo, un elemento *indispensable* y, dependiente, de la norma incriminadora.

Pienso que el concepto de *acción*, sólo vale para el derecho penal, desde un punto de vista *material*; alertando con ello al intérprete de que, en definitiva, el delito es *una conducta humana* y, no como lo decía el maestro de Pisa, “un ente absolutamente abstracto”.

A ello se debe, el encontrarnos totalmente de acuerdo con el antiguo profesor de derecho penal de la Universidad Nacional del México, MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, cuando al referirse al tema, solía emplear mejor la expresión *conducta*,

“no solamente por ser un término más adecuado para recoger en su contenido conceptual las diversas formas en que el hombre se pone en relación con el mundo exterior, sino también por reflejar mejor el sentido finalista que es forzoso captar en la acción o inercia del hombre para poder llegar a afirmar que integran un comportamiento dado”¹⁵.

La expresión *conducta* sigue diciendo este mismo autor:

“es gramaticalmente lo suficiente amplia para recoger en su contenido con exactitud las diversas formas en que el hombre manifiesta externamente su voluntad, esto es, tanto

15 JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *Panorama del delito*, Nullum crimen sine conducta, México, 1950, págs. 5 y 6.

las formas positivas que exigen actividad muscular, como aquellas otras que implican inactividad, inercia o inacción. Resulta paradójico que esta segunda forma que puede revestir el primer elemento del delito –caracterizada por una inactividad o ausencia de acción forme parte de un concepto general denominado– “acción” o “actividad”.

La exigencia de actividad muscular o si lo prefieren de movimientos corporales (tesis mecanicista), planteó problemas con relación a aquellos casos que tratan de “omisiones”. La forma como se salió de este atolladero teórico, *fue recurriendo a la extensión del concepto de acción*, manifestando que no sólo hay acción para el derecho penal con los *movimientos corporales voluntarios*, sino también cuando estos mismos movimientos no se realizan pudiendo y debiendo hacerlos.

Por eso la expresión *adoptada* por el ilustre inmigrante, resulta más apta para designar el primer requisito de la infracción; entendida ésta, como modo o forma de comportarse externamente una persona o, como el *Diccionario de la Academia Española* enseña:

“manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones”.

Contrario a la anterior posición, y, partiendo de la misma consideración natural de “movimiento corporal” como exigencia óptica del concepto de “acción”, el filósofo alemán GUSTAV RADBRUCH sostiene que *el concepto de acción, no puede a su vez acoger su negación*; y en el mismo sentido se expresó WELZEL cuando dijo:

“Desde el punto de vista ontológico, la omisión, puesto que constituye la omisión de una acción, *no es acción*”.

Si como se dice por allí, en la teoría general del derecho, éste tiene la particular virtud de volver lo cuadrado en redondo, y, siendo naturalística y ontológicamente la “omisión” lo contrario de “acción”, la ficción “intangibile” pero jurídicamente imaginable y realizable, que crea el derecho, al hacer extensivo el concepto de acción y abarcar la omisión; se predica no sólo teniendo en cuenta la conducta omisiva *en sí*, sino el hecho valorativo *de no haber realizado el agente una actividad esperada*; (“lesión del deber”) o sea, aquello que el sujeto tenía obligación jurídica de hacer, que como bien lo dijéramos anteriormente, *aquí, la valoración de la omisión como acción, depende exclusivamente de la norma incriminadora*.

Y no como lo sustenta WILHEM GALLAS, al decir:

“todos los intentos, pues, que se hallan en la línea de un concepto de la “acción en sentido amplio”, están condenados al fracaso. Y ello es debido a que no se puede extraer

de la estructura del delito omisivo propio de un sustrato susceptible de servir de objeto a la valoración jurídica”¹⁶.

Remitiéndose además a un autor italiano DALL’ORA, quien a su vez decía:

“Sin embargo no se tiene en cuenta el que con esta constatación se compara una conducta observada objetivamente y un comportamiento *imaginado*, y que este cotejo sólo puede realizarse, una vez averiguado el contenido de la conducta pensada; o sea, en el caso del delito de omisión, lo que el sujeto tenía obligación jurídica de hacer”¹⁷.

La anterior referencia la trae WILHEM GALLAS, al adoptar éste la posición de “inexistencia” de un sustrato susceptible de servir de objeto a la valoración jurídica de los comportamientos omisivos, pero aceptando en todo caso, un sustrato que el califica de “natural”, en torno a la voluntad del sujeto autor de la omisión.

En todo caso, y, desde una perspectiva de “injusto material”, el error del insigne profesor, radica, en una visión corta del alcance conceptual del término acción - omisión, en cuanto resalta la necesidad en estos delitos, de una *actividad esperada*; imaginémosnos entonces la abstención del guardia de vías de ferrocarril, quien conscientemente “omite” bajar la palanca del cruce del mismo, con el objeto de producir una colisión a determinada hora, evento que no se da por motivos técnicos en uno de los trenes, que pasa por el lugar minutos más tarde que el otro. ¿Se podría hablar aquí, al no producirse el resultado nefasto, de un delito omisivo?; si el legislador hubiese descrito la conducta arriba mencionada como comportamiento “formal”, es decir, sin resultado alguno, ¿sería ello catalogado también como un delito omisivo?

Lo que pasa en estos casos de delitos omisivos, la mentada “actividad esperada”, se hace inane para el derecho penal, en la medida que la misma no constituya una *lesión al deber*. Luego, el delito es injusto no sólo como lesión de bienes o intereses jurídicos, sino previa y, especialmente, como una lesión al deber, sea éste esperado o no, sea éste producido o sin resultado alguno. Traemos el ejemplo del odontólogo que no inoculó suficiente anestesia, (se esperaba eso) y, a pesar de ello, el paciente no se quejó; se pregunta uno, ¿tenemos que esperar la queja o la debida conducta? que en la primera bien podría darse porque de todas maneras y objetivamente considerada la conducta, en punto a la anestesia inoculada, ésta, no era suficiente para el paciente o para cualquier otro ser humano; debido a esa infracción del deber profesional, junto al hecho de no haberse quejado de dolor el paciente ¿podríamos decir por esta especialísima circunstancia que nos encontramos en

16 GALLAS, WILHEM, *La teoría del delito en su momento actual*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, pág. 16.

17 GALLAS, WILHEM, *La teoría del delito en su momento actual*, pág. 17.

presencia de la debida conducta profesional? o es mejor hablar de lesión al deber, ya que la omisión por no inocular suficiente anestesia se convertiría objetivamente hablando en una lesión al deber de actuar eficaz y eficientemente.

El *impasse* lo resolvió genialmente WELZEL de la siguiente manera:

“Por eso, la ciencia y la práctica del derecho penal han exigido unánimemente la “voluntariedad” de la conducta humana como presupuesto esencial del juicio jurídico-penal, sin que pueda limitarse el concepto de voluntariedad a la ejecución efectiva de una acción voluntaria, sino que ésta, ha de entenderse como *la posibilidad de dominio de la actividad o pasividad corporal a través de la voluntad (esto es, a través de la capacidad para un querer final)*¹⁸.

“Objeto de las normas penales es la conducta humana, esto es, la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción, esto es, *el no ejercicio de una actividad final posible*”¹⁹.

No comparte lo anterior el tratadista YESID REYES ALVARADO, al decir éste:

“si hacemos exclusiva referencia al factor de intencionalidad propuesto por el finalismo como mecanismo de distinción entre la “causalidad ciega” y la conducta que interesa al derecho penal, debe decirse que si bien con ello logró un deslinde entre los hechos naturales y los actos del hombre, no abandonó en modo alguno el ámbito naturalístico, puesto que la intencionalidad de la acción *no es un atributo jurídico de la conducta humana sino una de sus principales características ónticas*. Por eso puede serle igualmente reprochada al finalismo su insistencia en pretender construir un sistema normativo de control social (el derecho penal) con el empleo de conceptos naturalísticos; esa es la explicación de que su noción óntica de conducta intencional le haya generado tantos problemas en el campo de los delitos de omisión y en los delitos culposos, puesto que siendo estas dos modalidades delictivas una clara construcción normativa, no podían ser reguladas por nociones naturalísticas; ya que no existen leyes naturales para regir las omisiones o la imprudencia porque en la naturaleza no hay ni imprudencia ni omisiones”²⁰.

Si bien admitimos la posición del tratadista REYES ALVARADO, en el sentido que la “intencionalidad” no sea atributo “jurídico” de la conducta humana, sino una característica óntica, no podríamos por ello dejar pasar su comentario, sin precisar

18 WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, 1976, pág. 51.

19 WELZEL, HANS, misma edición, pág. 52.

20 REYES ALVARADO, YESID, *Imputación objetiva*, Ed. Temis, 1996, pág. 60.

que la posición de WELZEL obedece a que en materia penal el comportamiento (conducta) que es sustento en la configuración del ilícito penal, es visto en su estructura ontológica *tal como ella es*, de forma tal que se pueda afirmar que parte del esquema legal *es como es, porque jurídicamente no puede ser de otra forma*; veamos:

Lo explicaba el famoso filósofo del derecho GUSTAV RADBRUCH, cuando dijo que:

“Llamamos ciencias jurídicas a las ciencias que tienen al derecho por objeto, pero, entre ellas, ciencias jurídicas en sentido estricto sólo a aquella ciencia que elabora el derecho por medio de un método específicamente jurídico. Esta ciencia del derecho propiamente tal, dogmática y sistemática, puede definirse como la ciencia que se ocupa del sentido objetivo de una ordenación jurídica positiva”²¹.

Por eso con mucho tino el mentado filósofo *era de la opinión de fundamentar la ciencia jurídica en sentido estricto, esto es, sobre la base de un derecho positivo*, existiendo además la consideración de que el *derecho positivo* se encuentra cimentado, y, por lo mismo, no puede contrariar los principios que se encuentran en el derecho, y por lo mismo conforman la verdadera ciencia jurídica.

Ya que como bien sabemos, el ordenamiento penal se halla constituido no sólo por un conjunto de normas ordinarias sino y también por aquéllas que encierran una categoría especial donde se guardan los principios generales del derecho, encontrándose en la cúspide misma del ordenamiento jurídico²².

Ahora bien, es muy cierto que la intencionalidad *no es atributo jurídico de la conducta*, como bien lo señala el tratadista REYES ALVARADO; pero también es cierto cuando se mira el derecho con la óptica realista, como ha sido siempre la exigencia de un derecho positivista; ésta resalta necesariamente las dos grandes corrientes del derecho que influyen en cualquier sistema jurídico: el derecho natural y, el derecho positivo.

Por lo mismo reiteramos que si bien la intencionalidad no es atributo jurídico de la conducta, esta última en cambio, es *SUSTENTO en la configuración del delito*; y, *aparece como una estructura ontológica IMPERATIVA*; lo que consecencialmente indicaría una imposibilidad por parte del derecho el desconocer dicha realidad óptica.

21 RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 11, también en *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pág. 9.

22 RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA, *¿Derecho natural o axiología jurídica?*, Ed. Tecnos, 1981, pág. 50.

Lo anota el profesor CEREZO MIR al decir:

“En el mundo de la realidad jurídico-penal todas las acciones son finales y esta estructura ontológica de la acción humana no puede ser alterada por el legislador”²³.

Por eso ha sido muy claro el autor RONALD DWORKIN *cuando hacía la distinción entre norma y principio* en que estos últimos contienen una dimensión que no poseen aquéllos: la de peso o importancia.

“...cuando los principios se interfieren quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular, es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido, qué importancia o qué peso tiene...”²⁴.

De allí la concepción y posición de WELZEL, cuando decía refiriéndose al tema:

“*La dogmática jurídica es la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o de alguna de sus partes...*, la dogmática jurídica aísla los principios jurídicos implícitos en un orden jurídico, expone los diversos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y permite así entender el orden jurídico o sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad”²⁵.

En efecto, se tiene al derecho positivo como el resultado de la tarea legislativa, pero esa labor con mayor razón que muchas otras, por lo delicada de su función, tiene o presenta barreras “infranqueables”, impuestas a su vez por los principios mismos que integran la dogmática jurídico-penal; en este sentido, no se trata de que la “dogmática” señale, ni siquiera sugiera, cómo deba estructurarse la culpabilidad culposa, pues ello es parte del arbitrio legislativo, sino que indique aquellos requisitos mínimos que el mismo legislador tiene que respetar para que su función sea considerada como legítima y como jurídica; a la vez se podría predicar lo mismo de la omisión propia e impropia.

El legislador puede estructurar como desee la culpabilidad culposa o las distintas conductas que se encierran en las omisiones, pero en todo caso, necesariamente tendrá que referir esas modalidades de conductas delictivas *al ser humano, nunca*

23 CEREZO MIR, JOSÉ, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Ed. Tecnos, 1982, pág. 31.

24 DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, págs. 77 y 78, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.

25 WELZEL, HANS, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Ed. Aguilar, Madrid, 1979, pág. 193.

a las cosas ni a los animales y, además, tendrá que referirlo a comportamientos externos y jamás a las manifestaciones internas del individuo.

Por eso se dice que la filosofía del derecho que necesariamente nutre el derecho penal, descansa en parte sobre la “naturaleza” del hombre y en parte sobre la “naturaleza de las cosas”; en parte sobre la idea del derecho y en parte sobre la materia de éste. La naturaleza del hombre es el factor constante y la naturaleza de las cosas el factor variable en la filosofía del derecho.

La importancia que la naturaleza de las cosas tiene para el legislador no obedece, en última instancia, solamente a las exigencias de lo realizable y a los límites históricos que circunscriben la formación de las ideas, sino a la esencia de la idea misma del derecho. Toda idea de valor dice RADBRUCH se encuentra destinada a una determinada materia y se halla también por lo tanto, determinada por ella.

Lo explica mejor CEREZO MIR de la siguiente forma:

“... Los aspectos y grados a la vinculación del derecho a la realidad que ha de configurar son variadísimas. No hay duda, por ejemplo, de que el derecho ha de vincular las consecuencias jurídicas a circunstancias (o tipos) que puedan presentarse en la realidad. De lo contrario, no sería susceptible de realización.

El objeto de los mandatos y prohibiciones del derecho ha de circunscribirse asimismo, necesariamente, a la conducta humana posible”²⁶.

Lo anterior lleva a la conclusión en el ejemplo presentado por este autor en el sentido que el legislador tiene que respetar las leyes tanto físicas, químicas o de la naturaleza, ya que el derecho no puede exigir que los vehículos con motor de gasolina, circulen sin combustible, o que todos los ciudadanos se mueran a determinada edad.

De todas formas, lo importante aquí, es tener una idea clara de la noción de acción, noción esta que para el derecho penal, como dijéramos anteriormente, *alude siempre a un comportamiento intencional; y que además, él mismo se pueda verificar externamente; es decir, aprensible por los sentidos; o en sentido contrario, no se pueda verificar externamente como un cambio en el mundo, pero que la actitud o inercia asumida por el omitente, indiquen indubitablemente que el tipo penal aplicable, haga referencia a su deseo, ya que se vincula con el resultado aparecido.*

26 CEREZO MIR, JOSÉ, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Ed. Tecnos, 1982, pág. 41.

Conforme con lo anterior, el que el delito aparezca como una conducta, preñada ésta de intencionalidad, en sus modalidades omisivas o culposas, se constituye en un principio o dogma que no puede ignorarse, ni tampoco contrariar aquel que elabora las leyes que integran un derecho positivo dado. Éstos y otros, son los principios que conforman la *dogmática jurídico penal*, a cuyo estudio debe abocar la misma.

Por eso se dice que no todo lo que un agente hace por iniciativa propia puede atribuírsele como una acción suya. La acción del agente tiene que ser voluntaria, no sólo en el sentido de ser producida por él, sino en ese otro de ser realizada de manera INTENCIONAL, bien lo decía ARISTÓTELES:

“Lo voluntario parece ser aquello en que la iniciativa está en el agente, que conoce las circunstancias concretas de la acción ... siendo involuntaria la acción que se hace por fuerza o por ignorancia²⁷.

Sobre el punto, y, tratándose de la acción final exponía WELZEL lo siguiente:

“En cierta medida, el ordenamiento jurídico se ocupa también de acciones finales no tanto respecto al fin, sino en cuanto *el actor confíe en la no producción de determinados resultados* socialmente no deseados, o no piense en ellos. El ordenamiento jurídico espera que el actor emplee en la elección y en la aplicación de sus medios de acción *un mínimo de dirección final*, esto es, *el cuidado requerido en el ámbito de relación*, para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados. Por ello, prohíbe la ejecución de acciones *cuya realización prescinda del cuidado requerido en el ámbito de relación* –para evitar efectos sociales no deseados–, y las conmina con una pena por regla general, es cierto, sólo cuando el resultado no deseado se ha producido. *Estos son los delitos culposos de comisión*”²⁸.

Reiteramos, para el derecho penal, lo importante de un comportamiento humano estriba en la impronta que deja en el mundo exterior; *materialmente o como resultado de un deber legal de actuar*; sobre el cual debe apoyarse toda la construcción teórica y legal del concepto de delito. Por lo tanto, no se pueden considerar como actos o acciones humanas aquellas que sólo se desenvuelven en el ámbito de la conciencia. Lo anterior constituye la fundamentación del principio penal denominado de *materialidad* o de *exterioridad* o mejor conocido como *principio del hecho*. Se necesita una “causalidad ciega” y, unos ojos también ciegos, para no darse cuenta que la acción desde una creación o perspectiva jurídica, recoge también como lo hemos visto los hechos omisivos. Debemos entonces preguntarnos ¿si la valoración jurídica deba referirse tanto a lo uno como lo otro?

27 ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, 1111, 23-23.

28 WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pág. 59.

Pero sigamos con FEUERBACH, cuando destacamos su contribución más importante a la ciencia del derecho penal: *la estructura del delito y, su consonancia con la coacción psicológica*, comentada en sus dos principales obras²⁹; así como en trabajos legislativos varios que terminaron con la expedición del famoso Código Penal bávaro de 1813, convertido por su sencillez y concisión en el modelo de donde partieron tanto el Código Penal prusiano de 1851 como el expedido en el año 1871 denominado Código Penal Imperial.

Con la promulgación de este último Código Penal se dio nacimiento y desarrollo a una intensa búsqueda de un derecho penal científico, cuyas bases florecieron con la aparición de las dos escuelas más importantes: la clásica y la moderna.

La denominada escuela clásica con KARL BINDING³⁰ (1841-1920), a la cabeza muestra en su inmortal obra *Las normas y su infracción*, la distinción importante que debe existir entre la norma propiamente dicha y la ley penal. La primera (la norma) es la base, o sea, el fundamento de donde toma el Estado el derecho a ser obedecido y su contrapartida la del súbdito, con su deber de obediencia; la lesión o infracción que se derive de allí, constituye el presupuesto decisivo de la pena.

“BINDING pertenece a aquellos escritores criminalistas que exigen del modo más terminante la derivación de los conceptos penales de los preceptos del derecho positivo, y que, en verdad, lo realizan del modo más resuelto y consecuente”³¹.

Retomemos nuevamente a FEURBACH cuando divide el delito en dos partes: una objetiva que alude a la acción externa, y, otra subjetiva que toca la culpabilidad, entendida ésta, como causa del hecho externo por el deseo antijurídico del sujeto.

Concluye asimismo, exigiendo para la punición del agente, (y, dicho por *primera vez*), que el mismo haya actuado con: “conciencia de la antijuridicidad y de la punibilidad de la conducta” convirtiéndose en el “precursor” de la concepción normativa de la culpabilidad, y no, como muchos piensan, fuera REINHARD FRANK.

Nos damos cuenta entonces, lo difícil que es trazar el origen de la teoría del delito, no sólo por la falta de estudios históricos sobre ella, sino también, porque surgió de las obras y trabajos de muchos juristas, especialmente alemanes, que fueron incorporando sus suposiciones básicas, sus preocupaciones, sin un

29 VON FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER, *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo*, 1799, y, *Tratado del derecho penal común vigente en Alemania*, 1801, *Crítica del proyecto de Kleinschrod*, 1804.

30 BINDING, KARL, *Die normen uno ihre uebertretung* (Leipzig).

31 MEZGER, EDMUNDO, *Tratado de derecho penal*, t. I, pág. 53.

reconocimiento explícito de las mismas que hubiese mostrado las distintas teorías que se dieron o tuvieron en cuenta para la formación de un “sistema”, así fuera éste incipiente.

Ahora bien, sobra agregar que esa preocupación no carecía de antecedentes en otras partes del mundo. Mucho antes que la gran mayoría de los doctrinantes teutones, el maestro de maestros FRANCESCO CARRARA, imbuido en las ideas del derecho natural, había confeccionado un “programa” completo del derecho penal, en extensísimo y fascinante tratado: *Programma del corso di diritto criminale* aparecido en 1859.

La obra del maestro CARRARA se encontraba destinada en principio a establecer claramente y, sin ambigüedades, las condiciones que deben satisfacer la imputación de la “responsabilidad penal”, con el fin de *fixar los límites perpetuos de lo ilícito*.

Sin embargo, los doctrinantes alemanes, desafortunadamente no pudieron ser influidos por las ideas del maestro italiano, especialmente por el desdén que siempre han sentido hacia lo extranjero, y, también, por el enfoque diferente que les dieron a las teorías clásicas del derecho natural, que como sabemos, habían penetrado profundamente en el pensamiento del maestro.

Lo que parece importante decir, sin menospreciar con ello el papel decisivo que jugó la doctrina italiana en la construcción y posterior evolución de la teoría jurídico penal, fueron el orden y la mayor contribución sistemática que brindó la escuela alemana en la construcción del delito.

Así, para la misma época del maestro CARRARA, ya se distinguía en la doctrina alemana, entre *injusto e imputación del hecho*. STÜBEL, profesor de la Universidad de Wittenberg, a comienzos del siglo XIX, empezaba a desbrozar la parte, tal vez, más difícil y fascinante de la teoría del derecho penal: El injusto penal.

Este doctrinante enseñaba que *–el injusto–*, era un mero atributo del hecho con el orden jurídico imperante; y, *–la imputación–*, era la relación de causalidad objetiva y subjetiva que unía al agente con el resultado.

Fue así, con la tesis anterior, como se dio inicio a la desviación y posterior superación de la tesis propuesta por la doctrina italiana de la imputación física y legal, adoptada también por el maestro de Pisa, cuando en el número 8 de su *Programa*, distinguía entre imputación de un delito desde un punto de vista físico (*tú lo hiciste*) desde un punto de vista moral (*tú lo hiciste voluntariamente*) y desde un punto de vista legal (*tu obraste contra la ley*). Más adelante en los números 23 y 25 del Programa, reitera la misma posición.

Más aún, antes de la edición de su *Programa*, existía ya una concepción analítica del delito, diseñada por un profesor de la Universidad de Heidelberg de nombre LUDEN (1810-1880), quien ya para 1836 había definido el delito como *acción antijurídica y culpable*. Como bien lo podemos notar, esa definición se usaría posteriormente, en la reformulación del delito que hicieran sus coterráneos ERNST VON BELING y FRANZ VON LISZT con su noción tripartita del delito como acción típica, antijurídica y culpable.

Y, no como lo quiere hacer ver el autor y profesor chileno EDUARDO NOVOA MONREAL, al decir:

“Los penalistas de origen latino sabemos, en cambio, que FRANCESCO CARRARA hacía claramente esa separación varios años antes, en su monumental *Programa*”³²

En el mismo sentido FERREIRA DELGADO, en su *Teoría general del delito*³³.

A ambos los contradice la obra del profesor ROBERT VON HIPPEL (*Derecho penal alemán*) al mencionar la existencia de un práctico del derecho en el siglo XVIII, cuyo nombre en español era BOEHMERO, (J.S. Fr. VON BÖHMER (1704-1772) quien ya para la época señalaba en su libro: *Elementa iuris criminalis*, aparecido en el año 1732, “la distinción” entre *la exclusión de la antijuridicidad y la exclusión del dolo*; siendo inclusive anterior al mismo VON IHERING (quienes muchos piensan fue el primero) en la utilización del término antijuridicidad³⁴.

Nos damos cuenta entonces cómo la teoría del delito fue, y continúa siendo preponderantemente, *made in Germany*. Su impulso y, ulterior desarrollo lo encontramos con la promulgación del Código Penal alemán de 1871, *en cuanto que la aparición del mismo, fomentó la preocupación de los doctrinantes por distinguir las diferentes posiciones que empezaban a vislumbrarse sobre la “responsabilidad penal”*.

Ya que el incipiente estado de conocimientos sobre el derecho penal para esa época, suscitó entre los distintos estudiosos del tema, aquella preocupación necesaria que ayudó a corregir los errores que impedían encontrar lo que buscaban: un sistema claro y coherente.

32 NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, Ed. Juricentro, Costa Rica, 1980, pág. 22.

33 FERREIRA DELGADO, *Teoría general del delito*, Ed. Temis, 1988, pág. 7.

34 VON HIPPEL, ROBERT, *Deutsches Strafrecht*, Berlín De Gruyter, 1930, vol. I, pág. 250 y sigs.

Lo anterior se debió a que en la primera mitad del siglo XVIII, la administración de la justicia penal de la Europa de ese entonces, presentaba el más triste y deplorable espectáculo: incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación.

“... los abusos habían llegado a su más alto grado, porque cada siglo había ido amontonando el funesto patrimonio que había heredado de los anteriores. Pero precisamente en el siglo XVIII la personalidad humana se levantó a pedir cuentas a la sociedad de la razón de ser de la pena, poniendo en tela de juicio la legitimidad de la acción social sobre los derechos del individuo, y examinando si tiene o no fundamento legítimo la institución social de la punición...”³⁵.

Por ello, es conveniente traer a colación lo que en el momento brillaba: el pensamiento iluminista. Posición intelectual esta que fundamentó un derecho penal producto del más puro humanismo como lo fueron las tesis que esbozaron VOLTAIRE, BECCARIA, ROSSEAU, MONTIÉSQUIEU, MARAT y JEREMÍAS BENTHAM, por cuanto las ideas que desarrollaron fueron plasmadas en las primeras codificaciones que a la sazón aparecían, fijando por primera vez, el objeto de estudio de lo que constituiría más tarde la moderna ciencia del derecho penal.

Ellos, señalaron el hito que dio nacimiento a ese movimiento de innovación, cuyo común principio es que el individuo, como fin del orden social, y partiendo del principio dominante de que la sociedad ha sido formada por el convenio de los individuos que las constituyen, los cuales han cedido sus derechos a la misma, fundó el derecho criminal sobre la cesión de la facultad de castigar, hecha en la libre convención social, por lo tanto, y como corolario de lo anterior, el individuo debía ser respetado en todas las formas de la vida, sin que la pena deba nunca borrar en él lo que le caracteriza como ser moral.

De allí la aparición del libro *Dei delitti e delle pene*, que anunciaba no sólo un momento en la historia del derecho como institución social, sino el anuncio de una revolución; como bien lo decía PESSINA:

“era la revolución misma, la cual, antes de atacar a la autoridad en su fundamento, la combatía en sus excesos que eran mucho más visibles”³⁶.

Luego, la carga ideológica y libertaria que floreció en las postrimerías del siglo XVIII llevaron a marcar la línea divisoria de la primera corriente científica que más tarde conoceríamos como la escuela clásica; cuyos postulados, como bien sabemos, habrían de prolongarse hasta nuestra época³⁷.

35 PESSINA, ENRIQUE, *Elementos de derecho penal*, Ed. Reus, 1936, págs. 125 y 126.

36 PESSINA, ENRIQUE, *Elementos*, pág. 126.

37 COSTA, F., *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, Ed. UTEHA México, 1953, págs. 88 y 103.

Pero regresemos al ciclo histórico de esta apasionante teoría; diez años después de la promulgación del Código Penal Imperial (1871), apareció la obra del famoso profesor de la Universidad de Berlín, FRANZ VON LISZT, cuyo título en el original germano era: *Lehrbuch des deutschen strafrechts (Tratado de derecho penal alemán)* corría el año de 1889.

VON LISZT, también como CARRARA, tenía su propio *Programa*; el conocido bajo el nombre de: *Marburg programm* (1882). No era sino el discurso inaugural, con el cual tomaba posesión como profesor de la cátedra de derecho penal, en la Universidad de Marburgo.

En sus clases inaugurales, el profesor LISZT hacía desde ya, una distinción importante para la teoría general del delito; se refería a la *antijuridicidad*, concepto este utilizado primero que el de *tipicidad*, tomado prestado del derecho privado, concretamente sacado del libro: *El espíritu del derecho romano (Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht)* escrito por RUDOLF VON IHERING.

Este libro tuvo una importancia inusitada para el derecho penal, en cuanto introdujo el concepto de *antijuridicidad objetiva*, concepto este formulado inicialmente para el derecho civil, cuya utilización en el mismo era ya una práctica inveterada.

VON IHERING dedujo entonces, al tomar el hecho tangible de las lesiones conscientes al derecho (*antijuridicidad objetiva*), que éstas generan consecuencias jurídicas; por lo tanto, era *irrelevante para el derecho, la investigación de la culpabilidad*.

Nos estaba diciendo con lo anterior que, *la sola infracción a la norma, resaltaba la culpabilidad del sujeto* (nacimiento de la responsabilidad objetiva, establecida como principio prohibitivo del derecho penal). Por eso escribía:

“la voluntad se juzga con arreglo al fin que se propone, el fin de la voluntad es el que caracteriza el acto como justo o injusto”.

Cuando VON IHERING dijo que: *el fin de la voluntad es el que caracteriza el acto humano justo o injusto*, es decir, ajustado a la norma o no, fue lo que puso a pensar a HANS WELZEL, al establecer en el mismo despliegue conductual, en el mismo accionar, el ánimo característico de la transgresión normativa, dando nacimiento a la teoría finalista de la acción.

Dicho de otra forma, el traslado genial de la ubicación tradicional del dolo de la esfera de la culpabilidad, y, el fijarlo apropiadamente en la tipicidad, al ser esta acción final, está indicando que el tipo penal que naciese, cualquiera que el fuere,

no sería más que una descripción de acción; para tener entonces a la acción final, como consecuencia de la voluntad del sujeto que desplegó la conducta y, esa voluntad, cobija tanto el dolo como la culpa.

Siendo lo anterior así, lo que queda en la esfera de la culpabilidad, es el juicio de reproche valorativo por el solo hecho de haberse ejercitado esa voluntad en contra de la exigencia normativa, encontrándose el agente en el momento de la infracción, con la posibilidad de haber actuado en forma distinta. En este punto se ve con claridad la distinción entre una culpabilidad nutrida psicológicamente de aquella otra que nos interesa: *la culpabilidad creada por el derecho; la culpabilidad normativa.*

Contrario a lo anterior, se encuentra la posición tradicional del causalismo en la explicación de la acción dentro de la teoría general del delito. Ahora bien, sabemos que el concepto de conducta es eminentemente “prejurídico”, como algo que pertenece a la naturaleza, y que se muestra como una realidad objetiva, independientemente de una legislación o de un previo ordenamiento jurídico, *por aquello que todas las conductas no pueden ser selectivas para el derecho penal, ya que de modo alguno se trata de que la acción humana haya cobrado materialización a través del sistema penal.*

Obsérvese al notar la diferencia de posiciones en lo dicho anteriormente, cuando la concepción finalista involucra al ser humano desde el mismo comienzo de la conducta, mientras que la posición tradicional mantiene la postura de algo físico, de algo “casual”, sin ningún ingrediente psíquico, y, por ende sin ninguna valoración.

Al parecer, la posición tradicional no se encontraba reñida con la realidad de las cosas, de que el actuar humano, como sería cualquier conducta, implicaría necesariamente una participación psíquica.

Tal vez lo que se buscaba con la posición tradicional de la teoría, que bien pudo haber sido confundida, al mirarse la conducta como un suceso provocado por fuerzas no humanas, era una mejor oportunidad lógica-conceptual para tener presente el aspecto psíquico.

En clara síntesis lo trae el profesor NOVOA MONREAL:

“La teoría clásica del delito realizó un esfuerzo muy serio para mantener a la conducta como algo situado dentro del plano físico, en el que no aparecía como determinante ningún ingrediente psíquico. El propósito era preservar una construcción teórica muy ordenada, sintetizadora y simétrica para el delito, pues la conducta, señalada como sustrato material, sería seleccionada mediante la tipicidad; luego valorada objetivamente conforme al ordenamiento jurídico, en la fase predicativa de la antijuridicidad, para

finalmente, efectuar la valoración de sus aspectos psíquicos en la verificación de su última característica, la culpabilidad”³⁸.

Era lo anterior una fiel remembranza del antiguo profesor de la Universidad de Munich: EDMUND MEZGER:

“...Un nuevo concepto de la “acción” no significa en realidad más que la vuelta al concepto de la acción de los hegelianos, refutado en el texto, en el que se confunden la acción y la imputación...”³⁹.

Pensando de esa forma, el maestro de Munich le asignó a la acción, el carácter de un mero concepto: “natural”, libre de “valoración” y puramente “descriptivo”, que debe situarse a la cabeza de la teoría del delito.

Se llegó así a un perfil que se toma *como base del concepto de delito: la noción de “acción”, apartada del principio de imputación, que, más que jurídico penal, era de orden jurídico procesal; ya que a esta última le interesaba primordialmente el establecimiento de la responsabilidad penal, y, no la caracterización de la conducta misma, desplegada por el sujeto agente.*

La concepción “clásica” de la teoría del delito sostiene que para que exista una acción es suficiente con que los movimientos corporales del individuo sean atribuibles causalmente a su voluntad, *con independencia del contenido de ésta, es decir, con independencia de que esa voluntad constituya una intención* y, en ese caso, de cuál es el tramo de comportamiento abarcado por esa intención.

Por eso es que no se debe confundir la *voluntad* con la *intención* en el despliegue conductual: la voluntad del sujeto se encamina a la toma de decisión de hacer algo, de ejecutar los movimientos corporales, o a la toma de decisión de no hacer nada; a la abstención de movimientos corporales; la intención en cambio, se enfoca o dirige a la decisión del resultado buscado.

El concepto clásico de delito se compone de la “acción”, como carácter genérico, y de los atributos de la misma, típica, antijurídica y culpable, como caracteres específicos.

Según WILHELM GALLAS, acción significa para la teoría clásica, conducta volitiva, comportamiento humano derivado de una manifestación de voluntad, concebida

38 NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, Ed. Juricentro, Costa Rica, 1980, pág. 27.

39 MEZGER, EDMUNDO, *Tratado de derecho penal*, t. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 188.

esta última sólo en su función causal, esto es, tomando en cuenta, no lo que el sujeto quiere, sino la circunstancia de haber querido algo. (Parece que dijera con ROBERTO BOLAÑOS el productor del programa *–El Chavo del ocho–*: sin querer queriendo).

Lo anterior corresponde, según esa concepción, no a la averiguación de si hubo o no una “voluntad”, una clara intención, sino al aspecto externo “objetivo” de la acción, incluyendo sólo la descripción y valoración del acto como *mutación del mundo exterior*⁴⁰.

Ese esquema, fue duramente atacado por la llamada “teoría finalista de la acción”. Los partidarios de esta teoría, en especial HANS WELZEL, sostienen que la teoría “clásica” comete un “error ontológico” *al abstraer del concepto de acción la intención o finalidad del agente*: lo que distingue a las acciones humanas de otros eventos que acaecen en el mundo es, según esta teoría, el hecho de que en aquéllas el proceso causal está controlado por la finalidad del agente.

También lo señala el profesor boliviano JORGE FRÍAS CABALLERO quien acertadamente dijo:

“el delito tiene que traducirse forzosamente en un *acto o hecho humano* que trasciende la subjetividad del autor para proyectarse en el mundo objetivo. *Conducta humana en este sentido es subjetividad que se extrovierte u objetiviza*”⁴¹.

Luego la intencionalidad antes que ser jurídica, pertenece a la naturaleza humana, ya que no se concibe acción alguna sin fin específico; hasta el no hacer nada implica una finalidad.

Luego, tendríamos según esta teoría que la acción es necesariamente una acción *final*. Y el tipo penal, aquello que abarca o subsume esa acción final, es decir, necesariamente tendría entonces que describirse en el *tipo* una acción final.

Entonces, si el concepto de acción que se adopta es el causal, necesariamente el tipo que encierra esa acción, tendría que ser un *tipo objetivo*, porque si como lo dijimos, el tipo describe la acción, y, ésta es causal, mal podría llevar encerrado el contenido de la voluntad del sujeto.

Pero, si la acción constituye una dirección que la voluntad humana *le imprime al curso causal*, lógico es que el contenido de la voluntad (*la intención*) *debe estar*

40 GALLAS, WILHEM, *La teoría del delito en su momento actual*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, págs. 7 y 8.

41 FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Teoría del delito*, Ed. Livrosca, Caracas, 1996, pág. 6.

*incluido en el concepto de acción si éste quiere corresponder al ser de la acción (naturaleza de las cosas)*⁴².

Así lo dice WELZEL:

“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”⁴³.

Se basó WELZEL, al proclamar su teoría en la “naturaleza de las cosas” y, el hombre es por encima de todo, el objeto de la regulación del derecho. Luego, al no tenerse en cuenta esa condición, cuando de regulación normativa se trate, lo que el legislador haga irá en contravía de la lógica de las cosas.

De allí que WELZEL refiriéndose al legislador, en cuanto éste regula “acciones” no se puede apartar de la estructura ontológica de la misma acción; ya que ella es ejercicio de actividad final,

“y el legislador no puede ignorar ni modificar ese modo de ser finalista de la acción del hombre, porque ya de suyo ella es así”⁴⁴.

Luego, el concepto final de acción que acoge el finalismo, determina lo subjetivo en la antijuridicidad y, deja a la culpabilidad sin el contenido que le asignaban los clásicos y neoclásicos; es la doctrina finalista la que se encargará de dar un nuevo contenido a la culpabilidad, sobre la base del criterio de *reprochabilidad*.

Ahora bien, debemos ser enfáticos en resaltar la no interrupción de la discusión en torno a la construcción y comprensión de la teoría del delito; el hecho cierto es que, algunas soluciones han aparecido, logrando alcanzar una situación predominante durante un largo período de tiempo, como ha sido el binomio de VON LIZT y BELING, lo cual no significa que no hayan surgido nuevos y opuestos movimientos que han puesto en entredicho las conclusiones anteriores. En todo caso, es importante no perder de vista la naturaleza (dinámica) del objeto que se estudia; de allí su inestabilidad. Ello se explica en parte, a los contrastes tanto metodológicos como materiales, influidos especialmente por nuevas finalidades de la política estatal y, a la progresión de las ciencias en general.

42 VILLA ALZATE, GUILLERMO, citando a WILHELM GALLAS, en *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*, pág. 88.

43 WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 2ª edición, 1976., pág. 53.

44 VILLA ALZATE, GUILLERMO, *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*, Ed. Temis, 1991, pág. 87.

ESTADO ACTUAL Y FINAL DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN DERECHO PENAL

En este acápite, construiremos las bases necesarias que nos lleven, posteriormente, a desarrollar el clásico concepto de *acción* en materia penal, puesto que la pretensión final es emplear esta noción en el análisis concreto de aquellas *conductas relevantes al derecho penal, dentro del concepto unitario de delito*.

Consistirá, por lo mismo, en una revisión de los distintos significados con que se utiliza esta expresión, tanto en la discusión filosófica, como también en esa otra de carácter metalingüístico, porque sobre estos dos extremos nos apoyaremos, por lo menos inicialmente, para evaluar cuál de las dos alternativas, contribuye a la mejor construcción y comprensión del término *acción, desde una perspectiva de la teoría general del delito*.

La tarea planteada nos exigirá a lo largo de este trabajo, tener siempre presente, la distinción entre el uso, o el significado corriente del término *en el lenguaje de todos los días*, junto a aquel otro que le damos cuando lo utilizamos técnicamente; es decir, relacionado a otros objetos; como sería el de *conducta en derecho penal, referido como un elemento más en la construcción del concepto de delito*.

Normalmente, se da el significado de acción a *un cambio en el mundo, percibido éste en forma material, por la manera como se produjo el resultado, por ejemplo, el delito de homicidio; o también la denominan así, a otra clase de cambio que no se percibe materialmente (externo), como sería el delito de calumnia. Ambos tiene (lo que realmente importa) consecuencias jurídicas*.

En esa perspectiva, el concepto de acción debió satisfacer varios requisitos para poder cumplir con la función que le correspondía, dentro de la teoría del delito, razón esta más que suficiente, para que haya desencadenado tanta polémica.

De ahí, la dificultad de los juristas cuando, siendo partidarios de determinada escuela, miran el instituto (acción) de distintas maneras; y no se encuentran los autores de acuerdo con el significado que el dan al término, ya que lo hacen abarcar tanto la mutación externa, o lo que se ve, con lo interno, o lo que no se ve; tal sería el movimiento “invisible” de las conductas (acciones) omisivas.

A estas últimas, que son distintas a las comisivas, por tener, como ya vimos, una causa externa ciega, es decir, cuyo nexo causal no se encuentra externamente vinculado con el resultado, nos está indicando la existencia de una omisión, cuya relevancia en derecho penal se debe encontrar en la voluntad del legislador penal, bien sea explícitamente declarada, bien sea deducible claramente del sentido del tipo penal, para que de esa forma se pueda admitir la penalidad de aquello que no se hace.

De todas maneras, podemos afirmar que tanto las conductas cuyas acciones para obtener un resultado, como aquellas otras cuyos resultados se obtienen sin movimientos; requieren ambas, se hagan *intencionalmente*. Es decir, que no sea producto del azar o lo fortuito.

Luego, si esa mutación que deviene en algo concreto, como sería el resultado denominado hecho penal (delito), que es ópticamente el producto de un querer, de una voluntad; encontrándonos entonces, que el concepto encierra dos elementos: el elemento *intención* y el elemento *resultado*.

Pero es nuestro afán hablar primero de la *intención*, ya que la misma define por lo menos conceptualmente, aquellos comportamientos que, rotunda y categóricamente, entran en el dominio de la *voluntad*; como bien lo señala el profesor español JOSÉ CEREZO MIR, al atribuirle el resultado delictivo al sujeto agente “como una consecuencia de su propia acción”⁴⁵.

Por eso los conceptos de voluntad final y de manifestación final son para muchos autores los que se engarzan en la “acción”. Pero tenemos que mientras esta última sea efectivamente dominada *por una voluntad rectora* que a su vez la apunte en determinada dirección con el único fin de obtener determinado “resultado”, y que éste, a su vez, como bien lo señala REINHARD MAURACH sea:

“...enteramente producto del legislador, permanece fuera de la acción y constituye el punto terminal del tipo; en realidad con la acción anticipa el autor en la esfera intelectual, un resultado...”⁴⁶.

El resultado pasa a ser entonces tanto para HANS WELZEL como para REINHARD MAURACH el condimento esencial de la teoría de la acción final, en el entendido que solamente importa “se haya querido algo”, una conducta dirigida a un fin es la pretendida base ontológica de la acción.

Pero esa base ontológica de que hablamos, frente al derecho positivo, se particulariza en aras a abarcar todo lo punible ya que la acción se debe separar de la realización del tipo penal concreto, o sea, como lo dice el propio MAURACH “la acción es conducta voluntaria relevante jurídicamente”.

De lo anterior se deduce la esencia de la escuela finalista, al establecer ésta que la dirección final gobernada por la voluntad, pero divorciada del resultado *que viene a ser una creación típica, obra del legislador, pasa a ser para el finalismo*

45 CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de derecho penal*, t. 2, Ed. Tecnos, 5ª edición, 1997, pág. 138.

46 MAURACH, REINHARD, *Tratado de derecho penal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1962, págs. 206 a 216.

una realidad óptica. Y, es con base en esta realidad óptica al valorar la conducta, que resulta adoptándose una posición que pertenece al ámbito de la “axiología”. Y, por ello es que se ha dicho, que tanto la “axiología” como la “teleología”, se encuentran limitadas por datos ópticos objetivos “pues sólo aquello para lo cual sería necesaria la dirección de la voluntad, puede ser inhibido por otra dirección correcta de la voluntad”.

Por eso nos encontramos totalmente de acuerdo con otro de los brillantes alumnos del inmortal WELZEL, ARMIN KAUFMANN quien dijera refiriéndose a la voluntad final y las normas lo siguiente:

“sólo los juicios de valor sobre las acciones finales serán fundamento de una norma”⁴⁷.

En pocas palabras, el resultado de la conducta desplegada, determina los límites de lo típico, situación esta que al mismo tiempo, servirá como punto de demarcación que utiliza el propio legislador para hacer diferente las conductas entre sí⁴⁸; es decir, el catálogo de tipos que organiza un Código Penal.

Pasa lo mismo con la intención que también encontramos en los tipos omisivos, al describir éstos una conducta de “abstención” *que implica por parte del sujeto omitente* EL NO CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL CONCRETO. Y no de aquellos otros comportamientos, no eventualmente queridos, es decir, *evitables*, pero de todas maneras producidos por un mal manejo de la prudencia o de la experiencia personal; lo que equivale a decir: *comportamiento culposo*.

Al hablar de *voluntad*, no solamente queremos significar la decisión de dirigir la conducta hacia determinado propósito, sino que se encuentra ínsito dentro del mismo concepto de *voluntad* aquel otro de *conocer*, es decir, de un *conocimiento previo del objeto* que se quiere conseguir con el comportamiento producido.

Ya los antiguos habían captado esa sutileza, al hablar de: *nihil volitum quin praecognitum* [no se quiere sino lo que previamente se conoce]. Cabe por lo mismo recordar la admisión de aquellos elementos psicológicos que integran la intención de un agente, para poder decir con propiedad que el resultado se encuentra causalmente conectado a la voluntad de la acción, y, que esta es finalista⁴⁹.

Entonces, nos debe quedar claro y, por lo tanto, no se debe considerar acciones en derecho penal, aquellos cambios que son valorados jurídicamente pero, a su

47 KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 141 y 142.

48 KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las normas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, págs. 141 y 142.

49 DÍAZ PALOS, FERNANDO, *Dolo penal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, pag. 8.

vez, y para efectos de su atribución, son producidos *involuntariamente*, háyanse denominados por el legislador como se hubiesen denominado; *ellos no son acciones*.

La falta de intención no hace de la conducta, una acción sin intención, sino que impide su identificación como tal para el derecho penal. Por eso encontramos muy difícil el aceptar la acción vacía de contenido, como bien lo señalara WILHELM GALLAS, al decir, que:

“la conducta volitiva es un comportamiento derivado, es decir; que se tiene en cuenta solamente para esta teoría su función causal, esto es, teniendo en cuenta, no lo que el sujeto quiere, sino la circunstancia de haber querido algo.

Lo anterior quiere significar que no se interesa esta teoría si existió o no la voluntad de hacer algo, sino el aspecto externo *objetivo* de la acción”⁵⁰.

Ahora bien, entendemos por *resultado*, no sólo el efecto o consecuencia de un hecho, como lo trae el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, sino y también, aquella concepción que denota *la realización de un cambio externo*, para diferenciarlos de aquellos otros cambios que suelen ocurrir y, de hecho ocurren, y que, son más bien, cambios internos en el agente.

En el punto anteriormente expresado, es necesario tener presente la distinción entre resultado y consecuencias de una acción. El resultado es una parte de la acción vinculada intrínsecamente a la acción misma. Las consecuencias, en cambio, son efectos de su resultado, pero sin constituir una fase conceptualmente unida a la acción. Por eso se dice que la acción tiene un resultado normativo o, es relevante para el derecho, por la sencilla razón que hace aplicables normas preexistentes.

Dicho de otra forma, se admiten, en la teoría penal, *la posibilidad de resultados internos, o realizaciones al interior mismo del sujeto agente*. Esta clase de “acciones” suelen ser denominadas “actos mentales”, que en derecho penal lo traducimos como comportamientos *omisivos, o de comisión por omisión*. *Queriendo resaltar que el cambio que se espera como acción, se da, pero internamente*. Cambio que repercute en el mundo jurídico, pero no en el externo, planteando una dificultad en la relación causa efecto.

Lo que sucede al darse un cambio interno en el agente, cuando en contra de lo que le exige la norma, asume actitud pasiva produciendo un resultado, que repercute en el mundo externo como una *consecuencia invisible en su causa*, y, que en el mundo jurídico se tiene como una omisión, tratándose por lo mismo de un

50 GALLAS, WILHELM, *La teoría del delito en su momento actual*, Ed. Bosch, Barcelona, 1959, págs. 7 y 8.

comportamiento como cualquier otro, cuyo perfil es la abstención; “evitable” *desde una perspectiva de la norma, cuyo resultado es más jurídico que óntico*, bien hizo WELZEL en llamarlo una “expresión de sentido”.

En todo caso para esta clase de delitos tanto el curso de la conducta omisiva, como el resultado de la misma, se encuentran dadas por la norma; en la medida que solamente la norma nos puede indicar la existencia o no, de una infracción a un deber legal de abstención.

Como bien lo señala GÜNTHER JAKOBS, se

“trata de la vinculación de un ser humano con un curso que conduce a un resultado”.

Para este último autor, acción significa, tanto para la comisión como para la omisión:

“convertirse de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado”.

Resultado este calificado como “determinante” por un esquema social de interpretación. En cambio, se refiere específicamente a la omisión, “como la atribución de un suceso a un ser humano”. Esa atribución de que habla autor, no puede recaer en cualquier persona, a menos que se admita el absurdo, de atribuir indiscriminadamente a cualquiera, la obligación de impedir ese resultado, “sino exclusivamente a una persona esencialmente implicada”.

¿Qué querrá significar para JAKOBS, la calidad que despierta en los delitos de omisión la denominación de personas esencialmente “implicadas”?

¿Sería lo anterior una calificación que se deriva de la situación de hecho de la misma conducta, o más bien debe buscarse en el sentido que trae la descripción normativa?

Cuando se habla de “implicados” para el caso concreto de comisión por omisión, se está valorando la posición de ese alguien, referida a una circunstancia personal, como cuando se es poseedor de una distinción jurídica *de facto*, calidad que lo hace diferente de los demás, por lo que lo convierte en el destinatario que como único reconoce la norma: es decir, la norma lo cataloga como *garante; que dicho de paso, son las personas esencialmente implicadas*.

Lo anterior se da, siempre y cuando esos comportamientos sean la consecuencia de un deber de conducta, o lo que es lo mismo, de una conducta esperada, exigencia esta plasmada es la norma. Categoría donde también ubicamos aquella máxima

latina “*cogitationis poenam nemo patitur*” (el pensamiento no delinque). Pero que diferenciamos con la omisión, no solamente por aparecer el sentido de la conducta en la mente del omitente, sino más bien por la inexistencia de resultado, al no poner en “movimiento”, activa o pasivamente lo pensado, es decir, al no darse la transformación que jurídicamente se espera; exigencia esta, en un derecho penal de acto.

De todas formas, lo importante aquí, es tener una idea clara de la noción de acción, noción esta que para el derecho penal, como dijéramos anteriormente, *alude siempre a un comportamiento intencional; y que además, el mismo se pueda verificar “externamente”, por ser aprensible por los sentidos; o en sentido contrario, no se pueda verificar externamente como un cambio en el mundo físico, pero que la actitud o inercia asumida por el omitente, nos indiquen indubitablemente que el tipo penal aplicable, hace referencia a “su deseo”, ya que lo vincula con el resultado aparecido.*