

## § 10 Acción

*I. Introducción. II. Teorías: 1. Noción causal o natural. a. Teoría. b. Crítica. 2. Noción finalista. a. Teoría. b. Crítica. 3. Noción social. a. Teoría. b. Crítica. 4. Noción personal. a. Teoría. b. Crítica. 5. Noción negativa. a. Teoría. b. Crítica. 6. Noción funcional. 7. Situación actual. III. Legislación nacional. IV. Ausencia de acción.*



## I. Introducción

El hecho punible, en el derecho penal europeo continental, ha sido siempre considerado como una acción humana. Por la influencia anglosajona, desde hace unas décadas ha comenzado a admitirse la responsabilidad penal de la persona jurídica o empresa. Este cambio substancial está en pleno desarrollo y consolidación<sup>44</sup>. 1030

En el Código, se ha mantenido el criterio de la exclusiva responsabilidad penal de las personas naturales. La referencia inicial de la reacción punitiva es, en consecuencia, la acción: hecho descrito en el tipo legal, objeto de la ilicitud penal y base de la declaración de responsabilidad del autor. El derecho penal es, en este sentido, un derecho de actos<sup>45</sup>. Resulta entonces necesario determinar bajo qué condiciones es de admitir que un comportamiento humano es una acción relevante para el derecho penal. 1031

En general, se considera que la noción de acción debe cumplir tres funciones esenciales<sup>46</sup>. Primero, constituir el fundamento de todas las formas en que puede presentarse el obrar humano (acción de comisión o de omisión, dolosa o culposa). Segundo, servir de elemento vinculante para los demás aspectos del delito. Debe ser autónomo en relación con cada uno de éstos y, al mismo tiempo, punto de referencia constante. Así, la acción será calificada sucesivamente de acción típica, acción ilícita y acción culpable. Tercero, permitir excluir, sin considerar los límites establecidos en los tipos legales, los simples sentimientos o ideas, los sucesos provocados por animales, los resultados causados por actos reflejos o automáticos, etc. 1032

---

<sup>44</sup> Cfr. *infra* N° 1837 ss.

<sup>45</sup> VILLAVICENCIO, 2006, p. 265.

<sup>46</sup> Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, 381 ss.; Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 226 ss.

- 1033 Los esfuerzos<sup>47</sup> 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 específico.

## II. Teorías

### 1. Noción causal o natural

#### a. Teoría

- 1034 La acción es concebida como un movimiento corporal voluntario que causa o no impide una modificación del mundo exterior (resultado)<sup>48</sup>; es decir, la comisión u omisión voluntaria. Su fase externa u objetiva supone el dominio sobre el cuerpo: activación o retención de los nervios motores. La “voluntariedad” constituye la fase interna o subjetiva<sup>49</sup>.
- 1035 Según este criterio, lo importante es determinar si la acción concretiza la voluntad del agente<sup>50</sup>. Empero, lo querido por éste o, mejor dicho, el contenido de su voluntad no constituye el factor decisivo para saber si se trata de una acción, pero sí para determinar la forma de culpabilidad (dolosa o culposa)<sup>51</sup>.
- 1036 Este planteamiento inicial fue modificado con la finalidad de superar las críticas que se le formulaban. Así, Baumann<sup>52</sup>, uno de sus principales representantes, afirmó que la acción sólo es conducta humana guiada por la voluntad, siendo superfluo que esté dirigida hacia un objetivo. En su opinión, esta concepción sólo puede ser calificada de “causal” si se considera que “la voluntad tiene que ser la causa de la conducta corporal”. En esta perspectiva, la acción ha sido definida como un “comportamiento humano generalmente factible de ser controlado por la voluntad”. Además, se ha sostenido que basta concebirla como un simple “comportamiento humano”, sin referencia a un factor común a los diversos tipos de acciones<sup>53</sup>. Por

---

<sup>47</sup> VILLAVICENCIO, 2006, p. 277 ss.

<sup>48</sup> VON LISZT, 1912, p. 122 ss.; SCHULTZ, 1982b I, p. 257 ss.

<sup>49</sup> BELING, 1930a, p. 14 ss.

<sup>50</sup> MEZGER, 1950, p. 12 ss.

<sup>51</sup> GRAVEN/STRÄULI, 1995, p. 59.

<sup>52</sup> BAUMANN, 1973, p. 97; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 13 22 ss.; HEIMANN/TROSIEN, 1978, N° 31.

<sup>53</sup> DREHER/TRÖNDLE/FISCHER, 1999, §13, N° 2 ss. Cfr. WESSELS/BEULKE, 2001, N° 93.

último, se ha dicho que, en realidad, nadie ha sostenido la teoría causal en su estado puro, en la medida en que el elemento de voluntariedad ya se refiere, sin duda alguna, a la finalidad.

### **b. Crítica**

Se le reprocha de no explicar de manera conveniente los comportamientos de omisión, que no provocan un cambio en el mundo exterior, ni tampoco los casos en los que no existe un impulso de voluntad (las omisiones inconscientes o los olvidos). Por ejemplo, el chofer que se duerme conduciendo su vehículo y provoca un accidente, produciendo así la muerte de su acompañante. De modo que esta noción causal no puede servir de base a todos los tipos de delitos. Así mismo, la simple voluntariedad considerada como factor decisivo para delimitar el comportamiento no permite identificar con suficiente nitidez la acción respecto a los casos de actos reflejos o de reacciones automáticas. Además, en la medida en que es presentada como una noción acromática, termina siendo un concepto espectral y, por lo tanto, inútil como elemento vinculante de los demás elementos de la infracción<sup>54</sup>.

La noción causal es demasiado amplia, ya que, por ejemplo, el hecho de lesionar a una persona podría ser considerado como una acción de matar debido a que la víctima muere tiempo después. A pesar del nombre que se le da (“causal o natural”), este criterio no describe, en realidad, la “naturaleza” de la acción. Se trata más bien de una noción normativa: la voluntariedad causal es elegida como nota distintiva a pesar de que no es propia sólo del comportamiento humano<sup>55</sup>. Éste puede ser, y de hecho es, considerado desde otras perspectivas.

## **2. Noción finalista**

### **a. Teoría**

La acción, según esta teoría, presenta dos fases. La primera se da en la mente del autor y comprende, por un lado, la selección del fin que quiere alcanzar y, por otro, la elección (con arreglo a su saber causal) de los medios necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales

<sup>54</sup> ROXIN, 2006a, § 8 N° 17.

<sup>55</sup> ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 94.

considerados junto al logro del fin. La segunda fase se desarrolla en el mundo exterior y consiste en el hecho de que el agente, después de haber efectuado las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, conforme a un plan, los medios (factores causales) elegidos con anterioridad. El resultado es el logro del objetivo y los efectos concomitantes comprendidos en el complejo total.

- 1040 Welzel<sup>56</sup> trata de aclarar su concepción mediante el siguiente ejemplo: Pedro y Pablo se proponen robar a Juan, inhabilitándolo antes para que no ofrezca resistencia. Con este fin, deciden –en un inicio- utilizar un cinturón para sujetar a la víctima por el cuello; luego, estimando que Juan podría morir asfixiado, proyectan aturdirlo golpeándolo con una cachiporra. Así, los autores han escogido una meta, seleccionado el medio idóneo y calculado los efectos concomitantes de su acto. Al pasar a la acción, no logran aturdir a la víctima golpeándola con la cachiporra; por eso recurren entonces al medio en el que habían pensado en primer lugar. Estrangulan a Juan con un cinturón hasta hacerle perder el conocimiento, dejándolo apretado en el cuello de la víctima. Cuando, después de haberse apoderado del botín, aflojan el cinturón, constatan que Juan ha fallecido asfixiado. En esta segunda fase, los delincuentes han concretizado su plan de robar a Juan después de haberlo reducido a la impotencia. Al modificar la dirección originaria de su acción -destinada a evitar la muerte de la víctima-, han considerado los posibles efectos concomitantes como formando parte del resultado global a realizar para lograr su objetivo.
- 1041 La finalidad, así comprendida, no es lo mismo que la voluntariedad destacada por la teoría causal. En oposición a ésta, el contenido de la voluntad, dirigida hacia la meta escogida y rectora del suceso causal, constituye la columna vertebral de la acción.
- 1042 En el caso de los delitos dolosos, la voluntad de actuar orientada hacia un fin determinado (fundamento de la acción, finalidad), es identificada con el dolo (despojada de todo contenido ético), ya sea que se agote en éste o lo comprenda como parte de sí misma<sup>57</sup>. Así, pues, el dolo no es una forma de culpabilidad, sino un elemento subjetivo de la acción descrita en el tipo legal y, por lo tanto, del ilícito.

---

<sup>56</sup> WELZEL, 1969, p. 3.

<sup>57</sup> BUSCH, 1992, p. 19.

**b. Crítica**

La idea básica del finalismo es criticada afirmándose que la finalidad del comportamiento humano depende del sistema normativo. Éste condiciona la manera de como se caracteriza la finalidad de la acción. La noción de acción de la teoría finalista no sería, entonces, en contra de sus afirmaciones, una noción ontológica y prejurídica, sino más bien normativa. De modo que no es necesario recurrir a la noción de “estructuras lógico-objetivas” para justificar el análisis de la infracción. 1043

Las personas, aunque capaces de proponerse fines y de orientarse hacia éstos, no siempre actúan de esta manera. Por lo que “la acción final sólo es un tipo”, un “modelo” de conducta humana, “una forma excepcional de acción”<sup>58</sup>, pero no la regla general que ha de verificarse en todos los casos. 1044

La noción de finalidad no explica de modo suficiente los actos automáticos que constituyen un aspecto esencial de la conducción de vehículos y, por tanto, de los delitos de tránsito. Por ejemplo, cuando ante un suceso imprevisto se frena o gira el timón bruscamente, no hay control consciente del acto. Para superar esta dificultad, se habla de “finalidad inconsciente” (porque falta el momento voluntario en el sentido tradicional de la teoría de la acción) y, “no obstante su carácter inconsciente, se les considera acciones dirigidas de tal modo que pueden resultar conscientes”<sup>59</sup>. De esta manera, se trata de explicar que algunos actos inconscientes puedan ser dirigidos hacia un fin y que, sólo en la medida en que lo sean, deberían entonces ser comprendidos como objeto posible de la valoración jurídico penal. Esta explicación supone, en realidad, el abandono de la premisa fundamental del finalismo<sup>60</sup>. 1045

El concepto finalista de la acción tampoco explica cabalmente la acción culpable. La meta del autor en estos casos constituye un proceso psicológico real referido a un resultado no previsto en un tipo legal (en general sin relevancia penal)<sup>61</sup>. Por esto, Welzel<sup>62</sup> calificó de finalidad real la de las acciones dolosas y de finalidad posible (potencial) la de las culpables. Por ejemplo, conducir un automóvil para llegar a un lugar determinado es una 1046

<sup>58</sup> ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 94, 108; Cfr. BOCKELMANN, 1979, p. 48.

<sup>59</sup> STRATENWERTH, 1974, p. 289.

<sup>60</sup> Cfr. ROXIN, 2006a, § 8, N° 23 ss.

<sup>61</sup> Cfr. SCHULTZ, 1982b I, p. 260 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 7, N° 8; DONATSCH, 1987, p. 30 ss.; Cfr. ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 95.

<sup>62</sup> WELZEL, 1967, p. 124.

acción “realmente finalista”; y el atropello sobrevenido, a causa de una imprudencia del conductor, implica una “finalidad potencial” que condiciona la valoración jurídico-penal. Pero esta “finalidad potencial”, por definición, no es una finalidad presente. En consecuencia, la finalidad no es el elemento específico común de los diferentes tipos de acciones<sup>63</sup>.

- 1047 Para superar estas críticas, Welzel<sup>64</sup> se refirió a la noción de acción cibernética, estimando que este término se adecua más a la peculiaridad determinante de la acción (es decir, su dirección y encauzamiento). La acción sería entonces un suceso controlado por la voluntad. El factor control sería, por lo tanto, común a sus diferentes formas (comisión u omisión, dolosa o culposa), en la medida en que el comportamiento resultaría así identificado con la capacidad de actuar o permanecer corporalmente pasivo bajo la dirección de la voluntad orientada hacia un fin<sup>65</sup>.
- 1048 En buena cuenta, hay que admitir que la “historia de la teoría finalista es la historia de sus diversos y cambiantes intentos para explicar los delitos culposos”<sup>66</sup>. Si bien es cierto que la acción, en un comportamiento culposo, también es un comportamiento final; sin embargo su finalidad es irrelevante en el ámbito penal (por no constituir un perjuicio o peligro típico). Por consiguiente, ésta tampoco es objeto de las valoraciones penales (antijuricidad y culpabilidad)<sup>67</sup>.
- 1049 Respecto a la omisión, la noción finalista es, igualmente, insatisfactoria. Si la abstención es la causa del resultado, el agente no tiene que controlar relación de causalidad alguna y, en consecuencia, no actúa para alcanzar un fin determinado<sup>68</sup>.
- 1050 Señalemos, por último, que la teoría finalista también es criticada, por un lado, por concebir el dolo como algo natural (considerándolo sólo como fenómeno psicológico, intención) y, por otro, porque la manera como comprende la finalidad no permite explicar el denominado dolo eventual, en el que el agente no persigue alcanzar el resultado sino sólo lo asume<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 21.

<sup>64</sup> WELZEL, 1975, p. 35.

<sup>65</sup> WELZEL, 1969, p. 31.

<sup>66</sup> ARTHUR KAUFMANN, 1966b, p. 95.

<sup>67</sup> BOCKELMANN, 1979, p. 59.

<sup>68</sup> HIRSCH, 1981, p. 851.

<sup>69</sup> Cfr. *infra* N° 1251 ss.



### 3. Noción social

#### a. Teoría

Según los partidarios de esta concepción, el criterio común que permite 1051 concebir un concepto único de acción (comprensivo del hacer y del omitir) es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano<sup>70</sup>. Este planteamiento se presenta como una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros.

Así, se considera como comportamiento cada respuesta del ser humano a 1052 las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción que, de acuerdo con su libertad, tiene a su disposición. Esta respuesta puede consistir en la ejecución de una actividad final (orientada hacia un fin determinado); en la no realización (abstención) de un acto ordenado (no siempre por la ley); o, en ciertos casos límites, en la producción de un resultado mediante un hecho normalmente controlable (causalidad). El carácter socialmente importante del comportamiento humano implica la relación del individuo con su entorno, el cual es afectado por los efectos de su conducta. Por eso es necesario que ésta sea eficaz hacia el exterior. En el caso de la omisión, basta la no producción de los efectos que hubiese ocasionado la acción que debió ejecutarse. De esta manera, se intenta, corrigiendo las deficiencias de la noción causal, comprender las diversas formas de comportamientos.

La tesis de la acción social -continuadora de la teoría causal- también es un 1053 criterio normativo que tiene que dejar de lado el substrato fáctico del comportamiento a fin de constituir una noción unitaria y general. Así, determinar la importancia de la acción supone adoptar un punto de referencia que es, por supuesto, de naturaleza normativa. Un ejemplo claro es el de la omisión. Esta forma de acción se explica sólo con referencia al comportamiento omitido; es decir se espera que alguien realice una acción determinada y esta expectativa está prevista por una norma.

#### b. Crítica

La buena aceptación que tuvo esta concepción se debió, sobre todo, al he- 1054 cho de que respondía mejor a la búsqueda de un concepto que compren-

<sup>70</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 23 VI 1; MAURACH/ZIPF, 1992, § 16, N° 13; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 91.

diera las diversas formas de acción. Sobre todo cuando sus defensores afirmaban que la nota específica de la acción era simplemente la circunstancia que constituía una respuesta a las diversas posibilidades de actuar.

- 1055 Este criterio no permite, sin embargo, excluir del campo punitivo sucesos que, bajo ciertas circunstancias tienen significación social, pero que deberían quedar fuera del derecho penal; por ejemplo, los actos reflejos, algunos hechos cometidos bajo la influencia de la fuerza física absoluta<sup>71</sup>.
- 1056 Además, la definición de lo que es “socialmente relevante” está en gran parte fundada o muy influenciada por la constatación de si el acto es o no conforme al tipo legal. Esto determina una relación de estrecha dependencia entre la noción de acción y la noción de tipicidad. Una acción puede ser típica o no, socialmente importante o insignificante: el criterio escogido por los defensores de la teoría de la acción social es, pues, una calidad propia a algunas conductas humanas, pero no el elemento común a todas ellas<sup>72</sup>.

#### **4. Noción personal**

##### **a. Teoría**

- 1057 Según Arthur Kaufmann<sup>73</sup>, la “acción humana” es una configuración de la realidad llevada a cabo de manera responsable y plena de sentido mediante efectos causales que la voluntad puede dominar y que son, por lo tanto, imputables al autor. Sin embargo, es difícil imaginar que la omisión constituya una “configuración de la realidad” o, así mismo, admitir que la configuración del mundo practicada por un enfermo mental no constituya una acción por carecer de sentido y no ser responsable<sup>74</sup>.
- 1058 Roxin<sup>75</sup> ha tratado de sistematizar y completar los diferentes esfuerzos realizados desde esta perspectiva. Con este objeto, ha propuesto, según su propia terminología, un “concepto personal de la acción”. En su opinión, el elemento específico de toda acción humana es el hecho de que ésta siempre constituye “una expresión de la personalidad”. Es, pues, acción todo suceso que pueda ser atribuido a una persona en calidad de centro psíquico y espiritual de

---

<sup>71</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 30; JAKOBS, 1991, I/12 ss., en particular, I/16 ss.

<sup>72</sup> Cfr. STRATENWERTH, 2005, § 7, N° 11.

<sup>73</sup> KAUFMANN, 1966b, p. 116.

<sup>74</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 51.

<sup>75</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 44 ss.

actividad. 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 sólo 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.

### **b. Crítica**

El criterio de valor, “expresión de la personalidad” del autor, bien puede 1059 constituir un factor para comprender todas las formas de acción penalmente relevantes. Sin embargo, se ha objetado que no es suficiente para concebir la acción como categoría plenamente autónoma. Así, aun cuando averiguar si se trata o no de una acción es independiente de la conformidad del acto a un tipo legal, hay que admitir que se dan casos en los que la determinación de si existe o no, por ejemplo, una omisión depende de lo que disponga una disposición legal<sup>76</sup>. De modo que dicho criterio de valor sólo podrá ser determinado teniendo en cuenta el correspondiente tipo legal.

Frente a estas objeciones, es de señalar que Roxin considera, globalmente, 1060 que el concepto personal de acción satisface la función de elemento básico de la noción de delito, así como también la de límite respecto a otros sucesos y la de vínculo de los demás elementos de la infracción. Respecto a la primera, el criterio de “expresión de la personalidad” no sólo permite identificar todos los tipos de acción penalmente relevantes (omisión, comisión, dolosa, culposa), sino también los que se encuentran fuera del ámbito del derecho penal<sup>77</sup>. En relación con la función de límite, además de las ideas y de los deseos, las actividades de las personas jurídicas no podrían ser consideradas como acciones cometidas por éstas (por carecer de instancia psico-espiritual) sino por sus “órganos”, es decir personas que actúan a nombre de las primeras. En relación con la función de elemento vinculante, el criterio personal lo cumple debidamente porque es conforme a la comprensión de la acción en un nivel previo al del derecho penal; lo que explica que la noción propuesta no se oriente hacia el naturalismo o el normativismo. Según Roxin, corresponde a la realidad de la existencia humana que el sentido de las manifestaciones de la personalidad sean determinadas no sólo por

<sup>76</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 58 ss.

<sup>77</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 57 ss.

elementos corporales y síquicos, sino también por categorías valorativas de orden privado, social o jurídico<sup>78</sup>.

## 5. **Noción negativa**

### a. **Teoría**

1061 Según esta concepción, 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<sup>79</sup>. Este evitar algo que es evitable es considerado como el factor que permite comprender las dos formas básicas de acción. En cuanto a la comisión, se trata de evitar crear el peligro mediante la realización del comportamiento.

### b. **Crítica**

1062 Las críticas conciernen a este factor supuestamente compartido por las diversas formas de acción. Así, se destaca que no se presenta de la misma manera en ambas. Respecto a la comisión, se trata de un “no no – hacer”; es decir, de un “no omitir”. Mientras que en el caso de la omisión, se trata de un “no hacer”; dicho de otra manera, de una real omisión. Así, se considera frente a una “no omisión” (comisión) una “omisión”. Además, se afirma que la descripción de la comisión como un “no no – hacer” no concuerda con la manera cómo la acción es descrita en los tipos legales relativos a los delitos de comisión. Esta situación pone en evidencia un juicio negativo de valor que se confunde entonces con el expresado mediante la antijuricidad (ausencia de causa de justificación). Así mismo, se afirma que los procesos intelectuales también pueden ser considerados como un “no evitar”, de modo que la noción negativa de acción no es apropiada para excluir los sucesos que no deben ser considerados como acciones.

1063 Según la noción negativa de acción, en el caso de la acción de comisión, el autor debía haberse abstenido de obrar. Tratándose de la omisión, debía haber intervenido realizando la acción esperada. Esta formulación constituye más bien una manera de afirmar que el acto es objetivamente imputable al agente, pero no es ésta una función de la noción de acción<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 59 ss.

<sup>79</sup> HERZBERG, 1972, p. 177.

<sup>80</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 40.

## 6. Noción funcional

### a. Teoría

En el contexto de su concepción general del derecho penal, Jakobs considera 1064 que no es satisfactoria la idea dominante de considerar la acción como producción de un resultado que puede ser evitado individualmente. Destaca, en particular, dos objeciones contra esta manera de concebir la acción: por un lado, que es incompleta por no comprender tanto las acciones sin resultado (tentativas) como las omisiones, debido a que no consisten en el hecho de evitar un resultado y, por otro, que dicha concepción sólo tiene en cuenta el aspecto “individual antropológico” del problema y, así, ignora su dimensión social.<sup>81</sup>

Jakobs establece la noción de acción en derecho penal con referencia al sentido global del hecho para dar unidad a la imputación penal (evitabilidad y culpabilidad). La define, en principio, como “comportamiento exterior evitable”<sup>82</sup>. Precisa su pensamiento, diciendo que, considerando que la finalidad del derecho penal es restituir la estabilidad de la norma, defraudada por el comportamiento del agente, la acción debe ser percibida como “comunicación de un ciudadano” que no respeta una expectativa normativa de carácter esencial. De esta manera, estima, que la noción de acción tiene como contenido comunicativo-simbólico: el no reconocimiento de la vigencia de una norma mediante un comportamiento, ya sea de comisión o de omisión. Así, el aspecto decisivo es el sentido jurídico-penal atribuible al comportamiento como quebrantamiento de una norma o defraudación de expectativas normativas esenciales. En breve y con expresiones propias a Jakobs, la acción debe ser concebida como la “objetivación de la falta de reconocimiento de la vigencia de la norma”<sup>83</sup>. En esta perspectiva, entre las ventajas de este modo de concebir la acción en derecho penal, hay que destacar que la noción de acción quedaría liberada de las referencias a los fenómenos subjetivos del individuo y constituiría la culminación de un proceso de atribución de sentido según ciertos criterios normativos. 1065

### b. Crítica

El hecho de que la idea de Jakobs sobre la noción de acción supone tomar 1066 en cuenta el significado de las demás condiciones de punición, comporta

<sup>81</sup> JAKOBS, 1997, p. 111 ss.

<sup>82</sup> JAKOBS, 1974b, p. 307 ss.

<sup>83</sup> JAKOBS, 1997, p. 118.

admitir que su concepción no se dirige a determinar, precisamente, esa noción sino más bien a delimitarla en consideración al significado global del hecho punible. Lo que ha dado lugar a que se le critique que, en realidad, no se limita a analizar la noción de acción sino que trata de presentar una visión integral del delito. Con lo que retorna, en cierta forma, a la concepción de imputación de Hegel, quien sostenía que la acción es la exteriorización de la voluntad, por lo que todas las acciones deben ser consideradas culpables. Un inconveniente de esta visión, también formulada contra el criterio hegeliano, es que diluye la separación entre ilicitud y culpabilidad. Separación que, hay reconocerlo, el mismo Jakobs considera como indispensable.

- 1067 Así mismo, se objeta a la noción dada por Jakobs de no ser apropiada para distinguir los hechos humanos penalmente relevantes para el derecho penal de los que no lo son. Objeción válida si se considera que ésta es una función tradicionalmente atribuida a la noción de acción. En el contexto de la concepción de Jakobs, por el contrario, podría sostenerse que tiene más bien la ventaja de armonizar el desarrollo de las categorías referentes a las condiciones de punición, las mismas que actualmente adolecen de una falta de simetría por no tenerse en cuenta el hecho punible como unidad globalmente integrada.

## **7. Situación actual**

- 1068 La evolución de la noción de acción, presentada a través de las diferentes teorías, ha progresado por una intensa confrontación de ideas, la misma que ha amainado, al menos, en la forma de oposición entre sostenedores de un criterio causal y defensores de la concepción finalista. Esto se ha debido a la adopción cada vez más amplia de una perspectiva de política criminal, en particular del fin atribuido al derecho penal. Este es el factor común a las explicaciones promovidas por Roxin (circunscritas a los límites de la tipicidad) y por Jakobs (abiertas a la aprehensión del delito globalmente).
- 1069 De la sucinta exposición que hemos presentado, es posible relevar que las diversas nociones de acción, en el fondo, son elaboradas con la intervención decisiva de elementos normativos. Es decir, que los hechos calificados como acciones, en el dominio del derecho penal, son finalmente aquellos considerados como tales por el sistema normativo jurídico. De modo que la acción no es el substrato general y previo de las categorías penales (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad). De la noción de acción causal (movi-

miento voluntario accionar) o de la noción de acción finalista (hecho humano dirigido hacia una meta) no se pueden deducir, de modo simple, las características y los alcances de dichos elementos de la infracción. Es más bien con la ayuda de éstos que se logra determinar lo que para el derecho penal constituye una acción; ya sea una actividad dirigida hacia un fin, la producción causal de un resultado o el simple hecho de no hacer algo determinado. Esto resulta también cierto tanto en relación con la noción social, como con la concepción personal de la acción; respecto a esta última, Roxin ha tenido que aceptarlo aunque de manera limitada. Y, de manera más evidente aún, con el planteamiento de Jakobs, que se dirige a precisar las condiciones en las que un hecho puede ser imputado a una persona que ha defraudado las expectativas sociales de un tercero. La comprensión de la problemática resulta facilitada si se tiene claramente en cuenta que el objetivo no es precisar la “acción natural” (suceso sicofísico), sino más bien los actos penalmente significativos para el derecho penal. Esta determinación es de orden normativo, pero es evidente que no se puede ignorar del todo que “en la concepción corriente de las personas” se tiene la convicción de que nuestro quehacer cotidiano consiste en efectuar acciones.

La diversidad de criterios se debe a que las distintas maneras que reviste la actividad humana no pueden ser definidas globalmente y de modo neutro, salvo que se recurra a una fórmula vacua o se adopte una visión integradora global. La elaboración de un concepto unitario resulta superflua<sup>84</sup>. Esto se deduce así mismo del hecho de que el legislador no fundamenta siempre la consecuencia penal en el mismo factor. Lo decisivo es saber cuando un hecho es imputado normativamente a una persona concreta. Esta afirmación supone que el legislador tiene una gran libertad para vincular un determinado suceso con una sanción penal. Lo que explica que su proceder no siempre sea correcto y justo. Aquí entran en juego criterios tanto axiológicos como de política criminal que deben ser discutidos abiertamente. 1070

En esta perspectiva, puede ser más conveniente considerar la acción como una manifestación o expresión de la falta de respeto a la pretensión de validez de los bienes jurídicamente protegidos. Esta actitud del agente puede concretarse mediante un hacer o un omitir doloso o culposo. El comportamiento constituye una exteriorización de la personalidad del autor consistente en la representación sea de obrar a pesar de la prohibición de hacerlo, sea de permanecer inactivo a pesar del mandato de intervenir para 1071

<sup>84</sup> KAUFMANN, 1974, p. 307 ss.; 1982, p. 21 ss.

excluir el peligro en que se encuentra un tercero. La referencia a un comportamiento real y a la actitud de no respetar la pretensión de validez de los mandatos jurídicos revela la presencia de un aspecto objetivo y de otro normativo. Esto es conforme a la naturaleza del derecho que busca instaurar un estado de paz social en la comunidad, lo que supone una relación mínima entre el dominio a regular y el instrumento utilizado.

- 1072 De lo afirmado se pueden deducir dos consecuencias. La primera es de índole general: la caracterización de la infracción no está en definitiva condicionada por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera cómo se concretizan las categorías de tipicidad, ilícito y culpabilidad. La segunda está más relacionada con la problemática de la acción: se trata de la importancia práctica de la función delimitadora que desempeña la noción de acción para eliminar los hechos sin importancia para el derecho penal. Sin embargo, cuando un acto reflejo o automático no es considerado como acción (por no ser mínimamente controlable), aún debe comprobarse si existe o no un comportamiento precedente que sea relevante para el derecho penal (omisión por parte de la persona concernida de las medidas necesarias para descartar el daño resultante del acto incontrolable).
- 1073 Contra esta manera de presentar el problema, Roxin<sup>85</sup> estima que no es suficiente comenzar a construir el esquema del delito sobre la base de la “acción típica”, pues, siempre se plantea la cuestión de saber qué es la acción. Esta constatación resulta evidente, pero no implica siempre que sea indispensable definirla según el método tradicional (género próximo y diferencia específica). Con respecto a los efectos del derecho penal, resulta más conveniente señalar los diferentes casos que, a pesar de su diversidad, pueden ser designados como acciones humanas. Esto es en principio posible recurriendo a los criterios normativos implícitos en las normas penales.

### III. Legislación nacional

- 1074 La terminología utilizada por el legislador para designar los comportamientos penalmente relevantes es variada e imprecisa, lo cual es una consecuencia inevitable de las deficiencias de la técnica legislativa empleada. Si bien su objetivo no es la precisión dogmática, bien pudo haber logrado

---

<sup>85</sup> ROXIN, 2006a, § 8, N° 44 ss.



sin embargo cierta uniformidad en los vocablos empleados, lo que hubiera redundado en favor de la claridad y precisión del texto legal.

En el art. II, que consagra el principio de la legalidad, se habla de “acto”<sup>86</sup>. 1075  
 Pero se emplea el término “hecho” en el art. III del mismo Título, al prohibir la aplicación de la analogía. Esta diferencia de terminología puede deberse a que mediante el vocablo “acto” se hace referencia a los comportamientos antes de que sean descritos en un tipo legal. Por el contrario, la palabra “hecho” es utilizada para designar a los actos ya declarados punibles. Lo que estaría confirmado, primero, porque en el art. X se emplea la expresión “hechos punibles” al declararse aplicables los principios generales a las leyes especiales. Segundo, porque al regular las condiciones de punibilidad se agrupan las disposiciones concernidas bajo el título de “hecho punible”.

Esta terminología no resulta sin embargo coherente, pues, el término “he- 1076  
 cho” no se refiere sólo a las acciones humanas sino también a todo suceso (fenómeno natural, comportamiento animal, etc.). Salvo, por supuesto, que ambos términos hayan sido comprendidos como sinónimos. A esto se debe, aparentemente, que, en el art. 72, relativo a la aplicación de las medidas de seguridad, se diga: “el agente haya realizado un hecho previsto como delito”. En realidad, mediante esta fórmula se hace referencia a un “hecho no punible”, es decir, un acto que no constituye un delito y, por consiguiente, no puede ser la ocasión para imponer una pena. En este sentido, también hay que entender el texto del art. 20, inc. 1, referente a la inimputabilidad, que dice: “facultad de comprender el carácter delictuoso [del] acto”. Estas imprecisiones lingüísticas son sin embargo limitadas por la declaración contenida en el art. 11, según el cual los delitos y las faltas son “las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Pero así, se incurre en una nueva imprecisión: el término acción es empleado en el sentido de “acción positiva” (comisión). Con lo que debería volverse a pensar que el término genérico es “acto”.

El empleo de la expresión “hecho punible” puede deberse a la influencia 1077  
 de la terminología germana: tanto en la doctrina como en la legislación alemanas se habla de “*Straftat*” (hecho punible). En el § 1 del derogado CP de Alemania, se definía al delito como un “*Tat*” (un hecho) y esto incitó

<sup>86</sup> En la ES del 25 de agosto de 1999, Exp. N° 2528-99 Lima, se afirma que: “Nuestro código penal vigente le confiere relevancia jurídica tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión”. Cfr. CARO, 2007, p. 15. Cfr. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 302 ss.

sin duda a los juristas de éste país a buscar una definición unitaria para toda forma de acción. Pero nuestro art. 11 que señala que hay dos tipos de comportamientos, “acciones” (mejor dicho comisiones) y “omisiones”, constituye más bien una norma de origen español.

- 1078 Por último, en consideración al interés actual en el asunto, señalemos que el Código no prevé la responsabilidad de las personas jurídicas. Una de las razones, aunque no se haya dicho nada en la exposición de motivos al respecto, es que no se reconoce capacidad de acción y, por tanto, de culpabilidad a las personas jurídicas. Sin embargo, en el art. 108, estatuye una serie de medidas que deben aplicárseles cuando un hecho punible fuere cometido en ejercicio de sus actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. La responsabilidad penal corresponde sólo a la persona física que lo cometió.

#### **IV. Ausencia de acción**

- 1079 En el art. 20, inc. 6, se establece que está exento de responsabilidad penal: “el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”. Esta regulación es incompleta en el sentido de que la fuerza física irresistible, tal como se verá en seguida, no es la única causal que excluye la acción. En otras palabras, si se asume que es imprescindible que se prevean de modo expreso las causales que la eliminan, como se reguló la fuerza física irresistible, se debió proceder de igual manera con los estados de inconsciencia y los movimientos reflejos<sup>87</sup>. En caso contrario, ni siquiera se debió prever la fuerza física irresistible.
- 1080 A partir del encabezado del art. 20 (“está exento de responsabilidad penal”) no se puede afirmar que “el legislador confunde responsabilidad o culpabilidad con la ausencia de acción que enerva la tipicidad”<sup>88</sup>, pues, tal como se analizará en detalle después<sup>89</sup>, la acepción del término responsabilidad que se emplea en el art. 20 hace alusión a la necesidad de comprobar la concurrencia de los elementos de la teoría del delito (tipicidad, antijuridi-

---

<sup>87</sup> ES del 18 de septiembre de 1998, Exp. N° 3019-98 Puno, se señala: “Debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta la voluntad, de modo que un resultado queda fuera del ámbito de protección del derecho penal cuando ha sido causado fortuitamente”. Cfr. CARO, 2007, p. 15.

<sup>88</sup> Como lo hace, por ejemplo, VILLA STEIN, 2008, p. 199.

<sup>89</sup> Cfr. *infra* N° 1589 ss.

cidad, culpabilidad y responsabilidad propiamente dicha) necesarios para sancionar a una persona por la comisión de una infracción. Luego, ante la presencia de alguna causal que excluya la tipicidad (acción), antijuridicidad o culpabilidad, previstas en el art. 20, cabe decir que el sujeto no es responsable en el sentido de que no se le impondrá una pena. De seguirse la interpretación que aquí se critica, habría que afirmar que el legislador confunde también la antijuridicidad con la culpabilidad cuando regula, en el art. 20, inc. 3, la legítima defensa que, como se sabe, es una causa de justificación.

El suceso realizado bajo la influencia de una fuerza física irresistible<sup>90</sup> (pre- 1081  
vista en el art. 20, inc. 6), no puede ser considerado como una acción. El violentado es, de hecho, un instrumento ciego de quien ejerce la violencia. Éste es quien actúa, produce el resultado y, por tanto, puede ser objeto de la imputación de su acción. Por ejemplo, si Pedro, empuja sorpresiva y bruscamente a Juana contra una vitrina y el vidrio de ésta se hace pedazos, quien produce el daño al patrimonio ajeno es Pedro, y lo mismo da que se sirva del cuerpo de Juana o de una piedra. Por lo mismo, la simple coacción (*vis compulsiva*) no es suficiente; pues, el coaccionado -a diferencia del sometido a una fuerza física irresistible- actúa y se puede considerar que su accionar, aun cuando se encuentre en una situación particular, es obra suya. Obra coaccionado quien hace o se abstiene de hacer algo por “miedo insuperable de un mal igual o mayor” (art. 20, inc. 7).

No pueden ser calificados de acciones los movimientos reflejos que se pre- 1082  
sentan como una reacción inmediata, involuntaria, a un estímulo interno o externo; por ejemplo, convulsiones, vómitos y, en ciertas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa. En estos casos, es por supuesto necesario que el movimiento sea de índole puramente somática, lo que impide considerar que sea una expresión personal<sup>91</sup>.

Sin embargo, un acto automático interiorizado mediante el aprendizaje y 1083  
el constante ejercicio constituye una acción a pesar de que sea efectuado sin ninguna o casi ninguna reflexión. Este tipo de actos es común a diversas actividades; por ejemplo, en la utilización de aparatos o vehículos (en caso de la conducción de automóviles, la reacción brusca ante un obstáculo inesperado)<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> BRAMONT ARIAS, 1966, p. 177 ss.; cfr. PAGLIARO, 2000, p. 398 ss.

<sup>91</sup> ROXIN, 2006a, § 8 N° 73.

<sup>92</sup> ROXIN, 2006a, § 8 N° 68.

- 1084 De la misma manera, no son acciones los movimientos llevados a cabo en estado inconsciente; por ejemplo, el sueño profundo producido por narcóticos o la embriaguez extrema debida al alcohol<sup>93</sup>. Estas últimas hipótesis deben ser analizadas según las circunstancias de cada caso particular. Lo decisivo es que el suceso aparezca como resultado de un accionar sin relación consciente con el mundo, de modo que no sea posible imputárselo a la persona concernida. Si se trata de estados en los que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre una grave alteración de la misma, no puede decirse que no hay acción. Este estado puede afectar sólo la imputabilidad del agente, pero éste es perfectamente capaz de accionar (art. 20, inc.1). En relación con los actos realizados en estado hipnótico<sup>94</sup>, se discute mucho. Algunos autores consideran que no existe acción y que el hipnotizado se convierte en un instrumento sin voluntad en poder del hipnotizador. Y este último se hace responsable, a título de autor mediato, de los actos delictivos cometidos por el primero.
- 1085 Por último, cuando se trate de constatar una circunstancia excluyente de la acción (movimiento reflejo, fuerza física irresistible, estados de inconsciencia), deberá siempre verificarse si el comportamiento inmediato anterior tiene importancia para el derecho penal. En el conocido ejemplo de la madre que causa, por asfixia, la muerte de su hijo recién nacido mientras duerme junto a él, no se puede decir que haya realizado una acción. Sin embargo, puede imputársele el acto de haber conservado, de manera consciente, al niño junto a ella, sin tomar las precauciones necesarias para evitar causarle daño (*actio libera in causa*).

---

<sup>93</sup> En el Proyecto de Código Penal de 1985, se estatuyó que no hay acción en caso “de sueño natural o provocado”, “sugestión hipnótica” y “violencia física a la que (el autor) no haya podido resistir o sustraerse” (art. 11, inc. 1).

<sup>94</sup> Se planteaba ya la cuestión ARIAS, 1900, p. 83; BRAMONT ARIAS, 1966, p. 170; VILLA STEIN, 2008, p. 218.