

CAPÍTULO II

LA ACCIÓN

3. LOS ELEMENTOS DEL DELITO

Delito es un comportamiento del hombre (acción u omisión), típico, antijurídico y culpable. A estos elementos, algunos sectores doctrinarios agregan “punible”, criterio que no se comparte en esta obra. Las condiciones de punibilidad de un hecho no están comprendidas entre los elementos del delito.

3.1. SU ELEMENTO SUBSTANCIAL: EL COMPORTAMIENTO HUMANO

En el delito el elemento substancial es la acción u omisión. Esta afirmación se controvierte hoy en día. Se afirma que el concepto fundamental y vinculante para el injusto no es la acción sino el bien jurídico, y el primer aspecto a considerar dentro del injusto tampoco es la acción sino la tipicidad.²³ Conforme a este criterio, el elemento fundamental del delito es el bien jurídico y no la acción, y ésta no constituye ni su primer aspecto, porque lo es la tipicidad. Esta corriente de pensamiento sostiene que Radbruch dejó en claro la imposibilidad de asimilar la noción de omisión a la acción, y como ambas son formas de cometer delito, la acción aparecería sólo como una de sus posibilidades.

De otro lado, en los delitos de acción el injusto no está determinado por ésta, sino por el bien jurídico protegido; es este bien

²³ Bustos, *Manual*, pp. 145-146; Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del Delito*, p. 91

el que determina en concreto qué acción es la prohibida. No cualquiera acción que lo lesione, sino las acciones típicas (las descritas por la ley), que son las únicas que interesan al derecho penal, cuando el resultado le es atribuible objetivamente.²⁴ De manera que lo relevante serían el bien jurídico y la tipicidad.

Si bien tal tipo de aseveraciones puede contar con algún fundamento lógico teórico de valor, la conclusión que de ello se pretende colegir es relativamente verdadera. Por mucho que se extreme el análisis, aparece como realidad inevitable que el comportamiento humano final es el elemento substancial del delito, del injusto penalmente relevante;²⁵ la circunstancia de que para distinguir o seleccionar esos comportamientos ha de estarse a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, y de que por razones garantistas en un Estado de derecho es imprescindible que previamente se tengan que describir por la ley esas conductas para poder calificarlas como delitos (tipicidad), no modifica un ápice la naturaleza óptica del injusto: a saber, comportamiento del hombre merecedor de sanción. Siempre el delito es una conducta humana vinculada a la acción: o se castiga al autor por realizar algo que supo se concretaría en un resultado prohibido (delito de acción) o se castiga por *no* haber realizado algo que tenía el deber de ejecutar (delito de omisión) o por haber realizado una actividad peligrosa sin el cuidado debido (delito culposo).

Cosa distinta, aunque no secundaria, es considerar si en materia penal necesariamente se debe partir de una noción naturalista del comportamiento humano o si se requiere una noción jurídica.

Este punto se enfrenta con un problema jusfilosófico que no corresponde tratar por ahora, no obstante su importancia; lo que interesa resaltar es que el comportamiento es elemento substancial del delito, cuyo alcance hay que precisar para los efectos jurídico-penales.²⁶

²⁴ Gómez Benítez, *Teoría*, p. 91.

²⁵ Cfr. Muñoz Conde, *Teoría*, p. 9.

²⁶ Como se anunció, hay corrientes del pensamiento penal que afirman que la acción no es el elemento substancial del delito. Así lo hace Gómez Benítez (*Teoría Jurídica del Delito*, p. 91), que define el delito como “la realización antijurídica y culpable de un tipo penal”; aquí se suprime la acción o aparece pospuesta. “Acción” sería una noción que sirve a las ciencias naturales, pero no a la jurídica, porque no es un concepto valorativo. Sostener que alguien ha ejecutado

En el derecho penal nacional deben descartarse las teorías que no reconocen a la conducta humana categoría de elemento substancial del delito, por cuanto el art. 1º se inicia diciendo que el delito es una conducta del hombre (“acción u omisión”) y la Constitución Política en el art. 19 N° 3º margina toda posible duda sobre el punto, al expresar que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la *conducta* que se sanciona esté...”.

La circunstancia de que el elemento material del delito es un comportamiento del ser humano, permite afirmar que el derecho penal nacional es de “acto” y no de “autor”, se impone pena a un sujeto por lo que hace, no por lo que es. Un comportamiento puede ser materia de una descripción, lo que constituye el tipo penal, en tanto que el modo de ser de una persona es materia difícil de describir con precisión; generalmente se llegaría –si así se hiciera– al plano de la ambigüedad, y el derecho penal, como limitador del poder punitivo del Estado, debe ser lo más preciso posible.

El “comportamiento” que interesa al derecho penal es el del hombre, sea que realmente haya ejecutado algo o que no lo haya realizado cuando se esperaba de él que lo llevara a cabo; a estas modalidades del comportamiento alude el art. 1º cuando se refiere a la “acción u omisión”. Deben descartarse, de consiguiente, los meros pensamientos, y las resoluciones delictivas no exteriorizadas en hechos, menos aún las inclinaciones o disposiciones aními-

una acción resultaría irrelevante para el derecho penal, aunque tal acción se encuentre descrita por un tipo, porque lo que en verdad interesa es la “acción típica” que es algo diverso a la acción descrita por el tipo. “Acción típica” es aquella que además de calzar en la descrita por la ley, es “imputable *objetivamente* a un autor”.

El elemento básico del delito sería la imputación de una acción, o de una acción y su resultado descritos en el tipo, a su autor, atribución que se hace objetivamente, entendiéndose por esto la “pertenencia de un hecho descrito en el tipo a su autor”. “La nota definitoria básica de la imputación es la posibilidad objetiva de producir o evitar una acción, o una acción y su resultado”. Por ello hay acción –según esta tesis– en la muerte provocada en estado de inconsciencia (en esta hipótesis nosotros sostenemos que no hay acción, como se explicará más adelante), porque calza en el tipo homicidio, descrito en el art. 391, sin perjuicio de que no sea imputable a su autor, porque éste objetivamente no ha tenido posibilidad de producir o evitar tal suceso dada su falta de conciencia; si bien habría acción, no se está ante una acción típica, por no ser *objetivamente atribuible*.

cas.²⁷ Siendo necesariamente el delito un comportamiento del hombre, no pueden serlo los hechos provocados por fenómenos naturales o por animales no manipulados por él.²⁸

3.2. LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA ACCIÓN

Históricamente se han planteado diversas concepciones sobre lo que es acción, que es útil tener en cuenta, porque repercuten en la estructura sistemática del delito. Se esbozarán las tres nociones que, con variantes, se mantienen en la polémica: la causal, la final y la social.

a) Concepción causal

Con criterios de orden naturalístico, empleados por las ciencias naturales, se considera a la acción como un suceso o un evento más en el mundo de la naturaleza.

Autores como Von Liszt, Beling, Radbruch, Jiménez de Asúa, Cuello Calón, Eduardo Novoa, conciben la acción como un movimiento corporal, dispuesto por la voluntad, que provoca un cambio en el mundo circundante. Esta alteración del mundo exterior se produce conforme a las leyes físicas de la causalidad. El movimiento corporal se constituye en causa del resultado, que es el cambio en el mundo externo perceptible por los sentidos; el movimiento da origen a un proceso causal que se concreta en aquél. La voluntad que integra la acción es aquella necesaria para hacer el movimiento que le da a éste carácter de espontáneo, y permite diferenciarlo del provocado por una fuerza física extraña al sujeto. El contenido de la voluntad, o sea si se quería o no alcanzar el resultado, la finalidad con la cual se hizo el movimiento, queda al margen de este concepto de acción. El que dispara un revólver y lesiona a un tercero, realiza la “acción” de *lesionar* si quiso disparar el arma, sin que tenga importancia que haya querido o no herir a

²⁷ Cerezo Mir, *Curso*, p. 261.

²⁸ Muñoz Conde, *Teoría*, p. 10.

la víctima, pues la finalidad por la que apretó el gatillo no forma parte de la acción; según esta concepción, ese aspecto subjetivo integra la culpabilidad.

Conforme al causalismo, la acción puede ser un simple movimiento corporal en los delitos de *mera actividad* o un movimiento corporal y un resultado en los delitos *materiales*. En este último caso la acción se integra con el *movimiento del cuerpo*, voluntario en el sentido explicado, con el *resultado* logrado y con la *vinculación* causal de ese movimiento con ese resultado. El contenido de la voluntad, vale decir el objetivo perseguido o finalidad del movimiento, no forma parte de la acción, integra la culpabilidad. La acción se satisface con lo que se ha denominado *impulso de voluntad*, o sea la inervación necesaria para disponer el movimiento corporal.²⁹

La acción, como noción causal, está prácticamente superada en la actualidad; se vio que era imposible identificar la actividad humana con un fenómeno natural de índole mecanicista, toda vez que el actuar del hombre se caracteriza por una voluntad con contenido, con finalidad. El ser humano realiza movimientos en base a objetivos, lo que permite diferenciarlos de los ejecutados por los animales; aquéllos se hacen con fines predeterminados, éstos instintivamente.

La visión causalista enfrenta dificultades para explicar la omisión. Resulta aventurado considerar criterios causales naturalísticos para vincular un resultado con un sujeto que no ha hecho nada. Radbruch decía que acción y omisión son dos nociones contrapuestas. Esta es una crítica relativamente válida, salvo en cuanto se pretenda encontrar una noción omnicompreensiva de todas las posibilidades de comisión del delito, tanto de la acción misma como de la omisión, y en uno y otro caso del hecho doloso y del culposo, tarea esta si se quiere inútil.

La omisión es una institución distinta de la acción y se rige por principios que le son propios. Lo que en verdad sucede, es que los criterios naturalistas de acción fracasan porque no permiten explicar ni ordenar adecuadamente los distintos elementos del delito –como la antijuridicidad y la culpabilidad– y porque

²⁹ Von Liszt, *Tratado II*, pp. 285 y ss.

parten de un presupuesto de orden empírico-filosófico discutible, como es el de la causalidad natural. Desconoce los elementos subjetivos del tipo y no puede explicar satisfactoriamente las etapas *imperfectas de ejecución del delito*, como la tentativa y la frustración, y no reconoce la posibilidad de la acción con sujeto múltiple como realidad objetiva.

b) Noción finalista de la acción

Los causalistas mantienen criterios prejurídicos para explicar la acción, recurriendo a los que son propios de las ciencias naturales, que los llevan a equipar el hacer del hombre con los sucesos fácticos del mundo material, regido por las leyes de causalidad. Este camino, metodológicamente equivocado, lo corrigen los finalistas, sin abandonar la concepción de la acción como realidad prejurídica. La acción continúa siendo un elemento que el derecho no crea, que le es anterior y al cual el legislador y la ley sólo pueden reconocer como realidad objetiva, sin ninguna alteración. El padre del finalismo es Hans Welzel, cuyo pensamiento ha sido desarrollado por numerosos penalistas, como Reinhart Maurach y Armin Kaufmann, entre otros. Esta corriente doctrinaria se separa del causalismo naturalista y sostiene que la acción no es causal, sino final.

Los hombres no actúan de modo ciego, pues prevén o, por lo menos, están en condiciones de prever las consecuencias de su actuar; accionar es provocar o dirigir procesos causales hacia metas concebidas con antelación. El hombre es capaz de predeterminar las consecuencias y efectos de su actuar dentro de ciertos márgenes. Es la finalidad la que da carácter al comportamiento, no la causalidad, que es ciega, en cuanto no predetermina efectos, sino que meramente los provoca. De allí la famosa frase de Welzel: la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.³⁰

Según esta concepción, la acción se estructura en dos planos: uno de naturaleza subjetiva, interna, pues se desarrolla en la mente del sujeto y lo integran la finalidad perseguida, la selección de

³⁰ Welzel, *Derecho Penal*, p. 53.

la forma y medios de alcanzarla, el conocimiento de los efectos concomitantes no perseguidos con la ejecución, y la resolución de concretar la actividad. El otro plano es el externo, que consiste en la ejecución del plan antes indicado en el mundo material. La acción finalista se integra con la parte subjetiva que desechan los causalistas y se agota con la actividad material realizada para lograr la meta propuesta. El resultado y los efectos concomitantes *son ajenos a la acción*, son su consecuencia, pero no la integran como sucede con los causalistas.

Welzel define la acción como el “ejercicio de la actividad final” o conducta humana dirigida “conscientemente en función del fin”,³¹ o sea, por la voluntad hacia un determinado resultado.

La acción no ha sido creada por el derecho, es una noción con naturaleza propia y le preexiste. Si la acción comprende la finalidad, si forma parte de ella el objetivo perseguido por el sujeto, quiere decir que no puede ese contenido de voluntad sacarse del concepto de acción y trasladarse a la culpabilidad, porque es la esencia del comportamiento humano. Como se verá más adelante, el dolo es voluntad de concreción y no otra cosa; de consiguiente, *dolo y finalidad* son conceptos sinónimos. Esta concepción llevó al finalismo a trasladar el dolo desde la culpabilidad al tipo penal, que consiste en la descripción que hace la ley de la conducta prohibida.

Se objeta a la noción de acción final su imposibilidad de explicar adecuadamente el delito culposo, donde el resultado provocado escapa a la finalidad de la actividad realizada por el sujeto, lo que llevó a Welzel a reestudiar su doctrina y rectificarla. El resultado muerte de un peatón, causado por la acción de un conductor de un automóvil que iba a exceso de velocidad, no queda comprendido en la finalidad de su conducción, que era llegar a tiempo al aeropuerto; en este caso la muerte es meramente causal, queda fuera de su voluntad de realización. Otro tanto sucede en el delito de omisión, en particular en aquellos denominados de olvido, donde no existe la finalidad de no cumplir con la actividad ordenada o de provocar un resultado injusto.

Welzel responde a estas críticas sosteniendo que en los delitos *culposos* hay una acción final, pero en ella la finalidad es irrelevan-

³¹ Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, pp. 25 y ss.

te al derecho, no así la forma de realización de esa acción; esta última, o sea el modo en que se lleva a cabo, sí es trascendente al derecho, porque se concretó en la lesión de bienes jurídicos valiosos. En el caso del sujeto que conduce su vehículo con rapidez con el objetivo de no perder el avión, realizó una actividad que en sí no es injusta, pero lo es la *forma* como la llevó a cabo, sin emplear el cuidado debido para evitar el atropellamiento y lesión del peatón.

En el delito de *omisión*, Welzel responde que el sujeto no hace uso de su posibilidad realizadora final; a saber, pudiendo realizar la acción ordenada por la ley o esperada por el ordenamiento jurídico, no hace uso de tal posibilidad, no emplea su potencialidad finalista. Armin Kaufmann hace notar que la omisión no es “no acción” a secas; es no acción con capacidad y posibilidad de accionar, y es en esta última condición –la capacidad y posibilidad de accionar del sujeto– donde acción y omisión cuentan con un elemento común. En el primer caso, teniendo capacidad de accionar, acciona; en el segundo, teniendo también capacidad de accionar, no lo hace. Para Kaufmann, conducta es la actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad.³²

Sectores doctrinarios discuten la necesidad o conveniencia del concepto de acción como noción prejurídica. Gimbernat y Bockelmann –entre otros– analizan la teoría del delito sin el concepto de acción. Consideran que la “acción” no tendría otro rol que “establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal”; sobre todo respecto de la imputación, porque el injusto penal sólo puede consistir en comportamiento que sirva de base a una posible afirmación de culpabilidad. Bacigalupo, siguiendo a Jakobs, sostiene que desde este punto de vista “la acción es un comportamiento exterior evitable”, una conducta que pudo el autor evitar si se hubiera motivado para ello; piensa que esa noción alcanza a “todo actuar final, a toda omisión no consciente y a todo hecho culposo individual de acción u omisión”.³³

³² Citado por Cerezo Mir, *Curso*, I, p. 270.

³³ Bacigalupo, *Manual*, pp. 91-92.

c) Noción social de la acción

Para autores como Engisch, Maihofer, Jakobs (éste con variantes) y Jescheck, el derecho no puede considerar la acción exclusivamente con criterios naturalistas u ontológicos prejurídicos. Es insuficiente por ello la concepción de la acción entendida como actividad humana que provoca cambios en el mundo exterior como consecuencia de las leyes que rigen la naturaleza (causalismo) o de la finalidad que la dirige (finalismo); lo que interesa al derecho no son los efectos materiales mismos que provoca una actividad humana, sino en cuanto dichos efectos tienen trascendencia social. La acción es tal, entonces, en cuanto actividad del hombre valorada en su vinculación con la realidad social.³⁴ Para Engisch acción es “producción mediante un acto voluntario de consecuencias previsibles *socialmente* relevantes”, y para Maihofer es “todo comportamiento objetivamente dominable con dirección a un resultado *social* objetivamente previsible”.³⁵ Cerezo Mir comenta que conforme este criterio se renuncia a considerar la voluntariedad como elemento de la acción, la que estaría integrada por: un elemento *intelectual* consistente en la posibilidad objetiva de representación del resultado; un elemento voluntario, la posibilidad de dirigir el comportamiento (finalidad potencial); un elemento objetivo, esto es un criterio de lo posible al hombre, y un elemento social, consecuencias que repercutan en las demás personas o en la comunidad, o sea un resultado socialmente relevante.

Se objeta esta tesis porque más que una noción de acción, lo que hace es consagrar la doctrina de la *imputación objetiva* del resultado, que en esencia tendría raigambre causalista vinculada a la causalidad adecuada. En el hecho, lo determinante en la noción de acción social sería su concepción objetiva que margina la voluntariedad del contenido de la acción permitiendo atribuir un resultado a un sujeto, pero no da una explicación sobre la naturaleza de la acción, en cuya estructura, como lo precisan los finalistas, son fundamentales los aspectos volitivos.³⁶ Si un individuo lanza una piedra en determinada dirección y lesiona a un tran-

³⁴ Jescheck, *Tratado*, I, p. 296.

³⁵ Citado por Cerezo Mir, *Curso* I, p. 273.

³⁶ Cerezo Mir, *Curso*, p. 272.

señante, esa lesión puede atribuirse al sujeto, porque dirigió libremente su actuar, porque era previsible la posibilidad de golpear al peatón y porque la lesión inferida tiene trascendencia social y se vincula causalmente con el lanzamiento de la piedra. Pero esta aseveración no precisa si el sujeto activo pretendía lesionar a la víctima, o lesionar a otra persona y por error lo confundió con aquélla, o si lanzó la piedra para probar sus fuerzas, etc. La noción de acción –al desvincularla de la subjetividad del sujeto– no determina en qué consiste su actuar.

El objetivo principal de esta teoría es la unificación del concepto de acción, que permite comprender en ella a la acción, a la omisión y a la falta del cuidado debido. No tendría otra finalidad; sus consecuencias en otros aspectos de la teoría del delito no ofrecen relieve. Puede definirse la acción desde esta perspectiva como un comportamiento *humano socialmente relevante*.³⁷

Gómez Benítez señala que en los delitos dolosos el comportamiento humano socialmente relevante consiste en el ejercicio de la actividad final; en los imprudentes por comisión, en la causación de un resultado con posibilidad de dirigir un proceso causal; en los delitos omisivos, en la inactividad frente a la reacción esperada.³⁸ Esta concepción de la acción cuenta con corrientes causalistas y finalistas, su creación persigue tener una noción unitaria del comportamiento jurídico penalmente trascendente.

Se observa a esta posición que en definitiva lleva a confundir acción con tipicidad; la relevancia social del hecho se deduce de la tipicidad, o sea por estar descrita por la ley como delito. De allí que autores como Gómez Benítez,³⁹ Cousiño Mac-Iver⁴⁰ y Bustos,⁴¹ entre otros, sostengan que la acción no es el elemento fundamental del delito, sino la tipicidad, aunque Cousiño prioriza el bien jurídico.

En la misma dirección antes indicada, han surgido en estas últimas décadas criterios que –podría estimarse– partiendo de la noción de relevancia social, pero teniendo como horizonte la norma penal, aspiran a encontrar un concepto unificador de la acción

³⁷ Jescheck, *Tratado*, I, p. 296.

³⁸ Gómez Benítez, *Teoría*, p. 89.

³⁹ Gómez Benítez, *Teoría*, p. 91.

⁴⁰ Gousiño, *Derecho Penal Chileno*, I, pp. 326 y ss.

⁴¹ Bustos, *Manual*, pp. 163 y ss.

y la omisión desde una perspectiva distinta: la idea de la evitabilidad del resultado, que se traduce en una concepción negativa de acción.* Así, de manera muy global, podría decirse que el comportamiento humano prohibido por la norma penal se traduce *en no evitar que suceda lo que la norma penal prohíbe, cuando podía haberse evitado y se estaba en el deber de impedirlo*. Quedaría en esta forma comprendido tanto la acción (el que mata a otro no ha evitado su muerte, estando normativamente obligado a respetar la vida ajena), y la omisión (el diabético grave que fallece porque la enfermera que lo atendía no le inyectó oportunamente la insulina necesaria).

3.3. LA ACCIÓN Y EL DERECHO PENAL NACIONAL

Las tres posiciones de la acción comentadas corresponden a las diversas concepciones que el derecho penal puede tener de la conducta del hombre. La causalista la considera como un evento físico más en el mundo de la naturaleza, junto a los otros sucesos o fenómenos que se observan en él, que debe ser apreciado de acuerdo a las leyes que reglan la naturaleza (esta tendencia evolucionó con el causalismo valorativo). Los finalistas la estiman como un comportamiento humano y no como un fenómeno natural, lo que significa reconocerle una identidad propia donde la voluntariedad es inescindible de la actividad material. La conducta humana se caracteriza, según esta concepción, por ser una actividad externa dirigida por la voluntad a fines determinados por el sujeto. Los que adhieren a la concepción social piensan que la noción de acción es de naturaleza *normativa*, necesaria para el derecho y omnicomprendiva de las variadas formas de conducta que interesan al ordenamiento jurídico, como un hacer finalista (el doloso) o como un hacer sin el cuidado debido (el culposo), o como un no hacer la actividad esperada (la omisión), siempre que esos comportamientos alcancen trascendencia social. Existen también sectores doctrinarios que niegan importancia a la acción como elemento del delito, reconocen únicamente al bien jurídico y al tipo penal como sus elementos fundamentales; criterio este que podría sintetizarse en la noción señalada por Jakobs.

* Véase sobre este punto a Roxin, *Derecho Penal*, parte general, t. I, p. 247.

Pensamos que el derecho penal tiene como fin concreto ser instrumento fundamental de mantención del ordenamiento jurídico-social en nuestra época, no obstante las voces que se alzan en diversos sectores en el sentido de abolir esta rama del derecho. En tanto se estructure un derecho penal con el Código vigente, que en su artículo 1º define al delito como “acción u omisión”, la conducta del hombre es elemento fundamental y substancial del delito.⁴² Dado que el citado art. 1º y el art. 492 distinguen entre acción y omisión, crear nociones globalizadoras de ambas posibilidades de comportamiento no es urgente ni imprescindible. No obstante, es interesante hacer notar que tal tendencia podría contar con un respaldo constitucional en la actualidad; la Carta Fundamental de 1980, en el art. 19 Nº 3º inc. final, expresa: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la *conducta* que se sanciona...”; la noción “conducta” debe entenderse que integra las distintas posibilidades.

Se hace imperativo para los efectos penales determinar cuándo se habla de acción, qué es lo que se debe entender por tal, y ésa es labor de la dogmática nacional. Así lo han hecho autores nacionales, como Eduardo Novoa, que adhiere a una concepción causalista;⁴³ Cury a una finalista;⁴⁴ otro tanto Etcheberry, que mantiene esta posición con algunas particularidades;⁴⁵ Cousiño basa su visión del delito en lo que denomina “hecho humano” y traslada el problema de la acción (comisión) y de la omisión (no-misión) al tipo penal.⁴⁶

Autores como Novoa pretendieron –quizás siguiendo a Mezger referirse a la noción de “conducta” o de “comportamiento” para comprender tanto la acción como la omisión (inacción),⁴⁷ lo que es acertado, pues si el derecho penal se ocupa de establecer la punibilidad, no de hechos o de resultados sino de comportamientos del hombre, para los efectos penales hay comportamiento relevante socialmente tanto cuando el sujeto realiza la acción prohibida

⁴² Novoa, *Curso*, I, p. 265; Etcheberry, *D.P.*, I, p. 125.

⁴³ Novoa, *Curso*, I, p. 276.

⁴⁴ Cury, *D.P.*, I, p. 219.

⁴⁵ Etcheberry, *D.P.*, I, pp. 125 y ss.

⁴⁶ Cousiño, *D.P.*, I, pp. 325 y ss.-429 y ss.

⁴⁷ Novoa, *Curso*, I, pp. 276 y ss.

como cuando no efectúa la esperada (omisión), que, como se ha adelantado, no consiste en un mero no hacer algo, sino en no hacer, pudiendo, la acción que se espera que el sujeto realice.

La búsqueda de conceptos omnicomprendivos de la acción y de la omisión, como del actuar doloso y culposo, parece algo secundario. Es una realidad que al analizar la teoría del delito se trata separadamente el tipo de acción y de omisión, como el doloso y el culposo, y ello porque tienen características diversas y los principios aplicables a uno no lo son al otro; valga hacer referencia al de la causalidad natural que rige en los delitos materiales de acción, pero que es inaplicable al de omisión; o a la finalidad, que constituye un elemento subjetivo que caracteriza al comportamiento doloso, pero no sucede otro tanto con el culposo. La acción y la omisión son categorías de conductas humanas que tienen su propia identidad y deben ser objeto de tratamiento jurídico independiente, sin perjuicio del presupuesto, insoslayable a nuestro juicio, de que no son meras creaciones, sino realidades objetivas preexistentes al derecho y que éste debe respetar en su estructura fundamental. La omisión existe en el mundo social; así, la falta de cuidado de los padres respecto del recién nacido, no cumplir con ciertas formalidades, son realidades no creadas por el derecho, que sólo las recoge en su normativa cuando alcanzan relevancia social trascendente.

No estaría de más agregar que en el ámbito de la realidad social resulta discutible distinguir lo objetivo de lo normativo, porque esa realidad se conforma siempre por valoraciones.

Reconocer a la acción y a la omisión calidad de realidades preexistentes al derecho no es óbice que para los efectos penales le corresponda al derecho precisar y escoger cuáles son las acciones que le interesan, con qué características y modalidades, y desde ese instante se transforman en nociones jurídico-normativas. No puede el C.P. considerar, por lo tanto, otra noción de acción que no sea la de acción final. Los comentarios precedentes deben entenderse en el siguiente sentido:

1) No hay razones valederas para circunscribir el concepto de acción al de una actividad individual. Social y jurídicamente existen tanto la acción individual como la de sujeto múltiple.⁴⁸ El C.P.

⁴⁸ Véase Garrido, *Etapas de Ejecución*, pp. 16 y ss.

reconoce esta realidad en el art. 15, en particular en el N° 3° de esta disposición, como en la descripción de las distintas figuras del Libro II, donde normalmente emplea una forma neutra en cuanto al sujeto activo empleando expresiones como “el que...” de carácter genérico indeterminado.

2) La acción –tanto individual como de sujeto múltiple– no se integra con el resultado o efecto de ella, que es algo distinto e independiente de aquélla.

3) En la acción se distinguen dos fases. Una subjetiva –la finalidad–, que comprende:

a) la meta que pretende lograr el sujeto al realizar la acción; b) la selección de los medios necesarios para alcanzar esta meta; c) la aceptación de los efectos concomitantes de la acción, no perseguidos pero inherentes a su realización, y d) la decisión de concretar la actividad que se requiere para alcanzar el objetivo. La mera divagación sobre cómo lograr una determinada cantidad de dinero o de asaltar un banco, no es finalidad en el sentido que interesa. Hay finalidad cuando el delincuente decide asaltar una institución financiera determinada, conforme a un plan de ejecución escogido y aceptando los posibles resultados no deseados por él, pero inherentes al asalto, como sería lesionar a los vigilantes del banco si pretenden impedir la acción (efecto concomitante no perseguido).

La fase objetiva o externa está conformada por la realización de la actividad material acordada para concretar el plan. Las simples palabras pueden constituir esta etapa externa o material, siempre que ellas sean el medio apto seleccionado por el sujeto para llevar a cabo el delito (decirle al no vidente cuya muerte se pretende, que entre al ascensor, en circunstancias de que por falla mecánica éste está detenido varios pisos más abajo).

4) Finalidad es voluntad de concretar la acción y es sinónimo de “dolo”, que es voluntad de concretar el tipo, y tipo es descripción de la conducta prohibida.

5) “La función de la acción no es otra que establecer el mínimo de elementos que determina la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal”.⁴⁹ Sin perjuicio de ello, el

⁴⁹ Bacigalupo, *Manual*, pp. 91-92.

legislador puede optar, para calificar como injusto tal comportamiento, en dar relevancia a su relación causal naturalista con el resultado, o a la estructura final de la conducta, o a la tendencia o estado anímico de su autor. El juicio de valor que conforme a la norma fundamenta la ilicitud de la conducta, corresponde entonces a un juicio de valor que precede a la norma jurídica.

6) Como lo expresa Jakobs, en definitiva la noción de acción para el derecho es un comportamiento que *el sujeto podría haber evitado si se hubiera motivado para ello*, y es evitable el comportamiento cuando el autor podía dirigirlo finalmente hacia un objetivo escogido por él mismo. Esta noción resulta comprensiva de todas las conductas jurídicamente relevantes; así alcanza tanto a la acción dolosa, a la culposa, como a la omisión. Se puede afirmar que a la norma jurídico-penal deben interesarle exclusivamente aquellas actividades que una persona *puede realizar* o dejar de realizar (omitir), pero no aquellas que está en la absoluta imposibilidad de evitar o de hacer, toda vez que el concepto de acción y de omisión interesa al derecho penal en cuanto sirve de fundamento a un juicio de culpabilidad para su autor; de aquellos comportamientos que no tuvo la alternativa de realizar o de evitar resulta impropio responsabilizarlo. Por ello quedan al margen de atribución penal los denominados casos de “ausencia de acción”, como los movimientos reflejos o los realizados en estados de inconsciencia, a los que se aludirá más adelante,⁵⁰ o de “ausencia de omisión”.

3.4. SUJETO DE LA ACCIÓN (INDIVIDUAL, MÚLTIPLE, PERSONAS JURÍDICAS)

El sujeto de la acción es siempre un ser humano; la posibilidad de que una persona jurídica sea sujeto de acción es asunto discutido. Quedan descartados como sujetos, de consiguiente, los animales y las fuerzas de la naturaleza.

Tratándose de personas naturales, la acción puede tener un sujeto individual o un sujeto colectivo, aunque autores como Muñoz Conde no acepten esta última posibilidad.⁵¹ Lo normal sería

⁵⁰ Bacigalupo, *Manual*, pp. 91-92.

⁵¹ Muñoz Conde, *Teoría*, p. 15.

que cada acción tuviera un sujeto individual, pero jurídica y socialmente puede darse la alternativa de una sola acción realizada por varias personas naturales, lo que da lugar a la acción de sujeto múltiple. La noción de acción es neutra en cuanto al sujeto, pues sus elementos son finalidad y actividad externa dirigida a concretar esa finalidad; ello puede darse con un individuo o con varios. La circunstancia de que más de una persona intervenga en la realización de un delito, no significa que se esté ante una acción de sujeto múltiple; puede darse una situación de intervención delictiva que no significa otra cosa que acciones individuales que, en conjunto, concretan un delito. Para que exista una sola *acción con sujeto múltiple* se requiere que los intervinientes tengan una finalidad única y común a cada uno de ellos y que se hayan dividido el trabajo necesario para concretarla: finalidad única y común y división del trabajo son las características de la acción de sujeto múltiple. No ha de confundirse esta modalidad de acción con la situación en que varios sujetos, con objetivos individuales y propios de cada uno, realizan acciones independientes que importan en la materialidad colaboración a la ejecución de un hecho determinado,⁵² lo que puede dar origen a la llamada autoría accesoria⁵³ y también a la participación (instigación y complicidad).

Se presenta el problema de si una *persona jurídica* puede ser sujeto de una acción para efectos penales. Amplios sectores doctrinarios no aceptan esa posibilidad, materia que se analizará en el tipo penal.⁵⁴

⁵² Véase al efecto Garrido, *Etapas de Ejecución del Delito*, pp. 16 y ss.

⁵³ Lo vinculado a la autoría y a la participación corresponde estudiarlo fuera de los elementos del delito aquí tratados. Pero para una mejor comprensión daremos el siguiente ejemplo de autoría accesoria: un dependiente de una tienda, con el objeto de apropiarse de mercaderías, las saca de los anaqueles donde se guardan y las esconde en otro lugar del local para llevarlas cuando la ocasión se presente; otro dependiente, que lo ha visto, se aprovecha de lo realizado por aquél y adelantándose se las lleva para sí. El primer dependiente es autor de tentativa de hurto, el segundo de hurto consumado; la actividad del primero facilita la del segundo y su autoría es accesoria.

⁵⁴ *Infra*, párrafo 6.

3.5. AUSENCIA DE ACCIÓN

La acción es el elemento substancial del delito doloso, según se ha señalado en los párrafos precedentes, y por tal ha de entenderse en su noción final, o sea como movimiento corporal ordenado por la voluntad con un objetivo predeterminado. Se circunscribe así el concepto de acción sólo a ciertas actividades del ser humano, a las que tienen la característica de ser voluntarias y finales.

Los actos realizados sin voluntad, mejor dicho sin finalidad, no son acción, y, por lo tanto, tampoco pueden ser delito. Es lo que se denomina falta o *ausencia de acción*, concepto que puede extenderse a la omisión, como *ausencia de omisión* en su caso, toda vez que ésta no existe si el sujeto no está en la posibilidad de realizar la acción mandada o esperada por el ordenamiento jurídico. Se dan tres situaciones en que se presenta dicha ausencia:

a) Vis absoluta

Se denomina tal a la fuerza *material*—física—irresistible que obliga a un sujeto a moverse provocando con ello un efecto injusto. Tiene que cumplir dos condiciones: 1) ser externa al sujeto, debe corresponder a un tercero o a una fuerza natural (aunque algunos discuten esto último), y 2) la fuerza física debe ser de tal intensidad que no pueda ser resistida por aquel sobre quien recae; en el hecho lo convierte en un mero instrumento, como sucede con el que recibe un violentísimo empujón que lo hace caer sobre un niño a quien lesiona. En esa situación no ha mediado de parte del sujeto voluntad para efectuar el movimiento, ni menos la finalidad de golpear al niño, de manera que no *hubo acción* de lesionar.

Se ha pensado que la fuerza física estaría reglada en el art. 10 N° 9°, pero en realidad no es así; la fuerza irresistible que esta disposición regla es de orden moral, denominada *vis compulsiva*, que constituye a veces una causal de inculpabilidad, pero no comprende la vis absoluta.⁵⁵ Se pensaba también que en el N° 9° se hace referencia solo a los delitos de acción y no a los de omisión;

⁵⁵ *Infra*, párrafo 79-A.

pero no es así. La voz “obrar” empleada por el precepto, significa “causar, producir”, entre otras acepciones, de modo que comprende la “omisión” en que se incurre por vis absoluta.

La vis absoluta tiene poca importancia en materia de acción, pues las situaciones que se plantean son muy rebuscadas; pero sí puede tenerla en el caso de la omisión, como sucede cuando se maniata a un guardavía para inmovilizarlo durante su turno. En todos estos casos, quien acciona es el que usa la fuerza; el comportamiento de la persona forzada carece de trascendencia, ya que en el hecho se le instrumentaliza; como dice Maurach, es “el brazo prolongado del sujeto activo de la fuerza”.⁵⁶

El N° 12 del art. 10 comprende esta situación,⁵⁷ pues el precepto se refiere al sujeto que incurre en omisión por causa insuperable y lo exime de responsabilidad, que importa una alusión a la vis absoluta, el que enfrenta una causa insuperable no incurre en omisión propiamente tal.

b) Los movimientos reflejos

Son tales los que realiza el hombre por incentivos externos que son transmitidos por su sistema nervioso directamente a los centros motores, sin intervención de la voluntad; no constituye acción, porque en ellos la voluntariedad no participa. Los actos defensivos, las convulsiones de un enfermo epiléptico, son movimientos reflejos. No deben confundirse con estos actos los denominados de corto circuito, que corresponden a reacciones inmediatas en que la voluntad actúa con extrema rapidez, como la bofetada que responde a la ofensa grave.

c) Los estados de inconsciencia

Como la acción requiere de voluntad final, cuando se está en estado de inconsciencia, aquélla no puede concurrir. Los actos realizados durante el sueño, en estado de embriaguez patológica, por el sonámbulo, no

⁵⁶ Maurach, *Tratado*, II, p. 282.

⁵⁷ *Infra*, párrafo 56.

son acciones. Pero como bien señala Muñoz Conde,⁵⁸ pueden tener relevancia cuando el estado de inconsciencia ha sido provocado por el propio sujeto y para cometer el delito (*actio liberae in causa*), donde el actuar precedente, el de provocación de tal estado en forma voluntaria para cometer el delito (drogarse para lesionar a un tercero), adquiere importancia, situación a la que se aludirá más adelante.⁵⁹

Entre estas situaciones se discute si los actos ejecutados durante un estado de hipnosis quedan o no comprendidos entre los estados sin conciencia. Hay opinión mayoritaria en el sentido de que, salvo afecciones psíquicas, el hipnotizado no queda privado totalmente de voluntad; se estima que resiste la ejecución de actos que van contra sus personales inclinaciones o sentimientos; si cometiera un crimen en tal circunstancia, obraría conforme a sus tendencias, y no sólo obedeciendo al hipnotizador. En esta alternativa hay acción porque existe voluntad, aunque su imputabilidad podría quedar eliminada, o por lo menos disminuida: la orden del hipnotizador sería una fuerza que podría –según el caso– calificarse como irresistible conforme al art. 10 N° 9°.⁶⁰ Criterios análogos se aplican a las personas narcotizadas.

Autores como Gimbernat, Gómez Benítez, Bustos, califican estas circunstancias como ausencia de tipicidad y no como falta de acción. Si se aprecian estas situaciones conforme a la teoría del delito que ellos sustentan, resulta comprensible, pues dan preeminencia al tipo penal como elemento fundamental del delito, donde la acción pasa a ser una simple categoría del tipo, de modo que cuando no hay acción, desaparece el tipo.⁶¹

3.6. LA ACCIÓN COMO NÚCLEO SUBSTANCIAL DEL DELITO

El actual estado de madurez jurídico-penal nacional obliga a ser cauto en la estructuración de una teoría del delito que se aleje en demasía de las concepciones aceptadas. Por correcta que fuera técnicamente, podría no responder a los requerimientos de la

⁵⁸ Muñoz Conde, *Teoría*, p. 18.

⁵⁹ *Infra*, párrafo 75-2-a.

⁶⁰ Cfr. Cerezo Mir, *Curso*, I, p. 292; Cury, *D.P.*, I, p. 225.

⁶¹ Bustos, *Manual*, p. 220; Gómez Benítez, *Teoría*, pp. 109 y ss.

cultura jurídica y se transformaría en un excelente esfuerzo lógico sin posibilidades de factibilidad.

Existe tendencia, en numerosas obras de indudable valor, a minimizar el concepto de acción como elemento fundamental del delito. Se afirma que distintas figuras se satisfacen con la simple posibilidad de voluntad final, pero que no requieren de voluntad actuante, como sucedería en los delitos denominados de olvido y en otros que se explican con la *actio liberae in causa*.

Además, en los delitos de omisión el movimiento corporal inherente a la noción de acción no ofrece ninguna significación y los delitos de comisión por omisión adquieren significación, no por poner en actividad un curso causal, sino por no interrumpir una cadena causal ya en desarrollo, en la cual el sujeto no ha intervenido.⁶² De modo que la acción no se referiría a todas las formas de delito, sino exclusivamente a los de acción y, aun en este caso, su papel sería muy relativo, pues interesaría para determinar el injusto pero no la culpabilidad; aún más, en la determinación del injusto —el objeto o materia prohibida— tiene un papel restringido, pues interesa la acción únicamente en cuanto típica, o sea por estar descrita y afectar al bien jurídico protegido, de donde resultaría que la tipicidad y el bien jurídico son los elementos relevantes.⁶³ En la culpabilidad sostienen que la acción no tiene rol alguno, porque aquella no es un reproche a la acción, sino al sujeto en cuanto a su capacidad de actuar,⁶⁴ sobre si pudo o no exigírsele un comportamiento distinto (al náufrago que se está ahogando no podrá reprochársele que arrebate el tablón salvavidas que tiene un tercero). Por razones didácticas y en pro del progreso del derecho nacional se debe tener cautela en el análisis de nuestras instituciones para lograr la aplicación de conceptos actualizados de esta rama jurídica, la noción de “acción” está demasiado incorporada a nuestra práctica penal y desgraciadamente, con criterios causales naturalistas. Incorporar principios causal-valorativos y finalistas será un progreso.

⁶² En la hipótesis de un niño que es lesionado por un vehículo al cruzar intempestivamente la calle cuando corría tras su pelota, la institutriz que lo cuidaba no ha provocado el curso causal en que se infiere la lesión, ni ha intervenido en él; se le atribuyen las lesiones porque infringió su deber de cuidado al no impedir que el menor cruzara la calzada.

⁶³ Bustos, *Manual*, p. 168; Gimbernat, *Introducción*, pp. 33 y ss.

⁶⁴ Bustos, *Manual*, p. 168.

El C.P. en el art. 1º precisa que la “acción” y la “omisión” son dos elementos del delito; al definirlo toda “acción u omisión...”, ambos institutos constituyen el fundamento básico del delito. Para efectos sistemáticos deben separarse los conceptos de delitos de acción y de omisión, aunque ontológicamente se unifiquen en cuanto comportamiento humano penalmente relevante, que comprende a una y a otra.⁶⁵

En sendas situaciones –delitos de acción y de omisión– se dan también las alternativas de dolo (voluntad final) y culpa (falta del cuidado debido).

Por comportamiento penalmente relevante se entenderá en lo sucesivo al finalista, a la actividad que el hombre desarrolla o que pudo desarrollar para lograr un fin determinado. Toda actividad ejecutada por el hombre que no cumpla con la modalidad de ser final queda al margen del derecho penal. Así, la conducta finalista se alza como un límite del tipo penal, que no puede describir como delito una actividad en que su autor no esté en situación de dirigirlo finalmente. “Sólo la conducta finalista aparece como específicamente humana y puede ser objeto de valoración jurídica –dice Cerezo Mir–. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos durante el sueño –piénsese en el sonámbulo) no puede ser considerada entonces como conducta humana”.⁶⁶ La acción final es, por lo tanto, la primera alternativa del comportamiento humano penal.

La otra alternativa es la “omisión”, que según las expresiones de Armin Kaufmann es no accionar existiendo posibilidad real de hacerlo, es la no ejecución por el sujeto de una actividad ordenada o esperada que estaba en la posibilidad final de ejecutar. Se tratará la omisión en forma separada y más adelante.⁶⁷ A continuación se comentarán, como elementos del delito, el tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad en los hechos de acción dolosos.

⁶⁵ Cfr. Novoa, *Curso I*, p. 265.

⁶⁶ Cerezo Mir, *Curso I*, p. 278.

⁶⁷ *Infra*, párrafos 51 y ss.