

## SECCION 2.<sup>a</sup>

### ACCION, DELITOS MENOS GRAVES Y DELITOS GRAVES

#### § 8. Acción

**Bibliografía:** Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1903 (reimpresión con introd. de Arth. Kaufmann, 1967); Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, Frank-FS, t. I, 1930, 158; Welzel, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703; Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), 491; Engisch, Der finale Handlungsbegriff, Probleme der Strafrechtserneuerung, Kohlrausch-FS, 1944, 161; Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949; Welzel, Um die finale Handlungslehre, 1949; Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953; Welzel, Aktuelle Probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, 1953; Lang-Hinrichsen, Zum Handlungsbegriff im Strafrecht, JR 1954, 83; Schmidhäuser, Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), 27; Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 1 (tb. como separata en: Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 19); Eb. Schmidt, Recens. de Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 1954, JZ 1956, 188; Mezger, Die Handlung im Strafrecht, Rittler-FS, 1957, 119; Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959; Henkel, Der Mensch im Recht, Studium generale 1960, 229; Katsantonis, Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht, ZStW 72 (1960), 351; Klug, Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem, Emge-FS, 1960, 33; Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff im dogmengeschichtlicher Entwicklung, Eb. Schmidt-FS, 1961, 139; Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, Eb. Schmidt-FS, 1961, 156; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, ZStW 74 (1962), 515 (= Grundlagenprobleme, 72) [Problemas básicos, 1976, 84]; H. Mayer, Vorüberlegungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, v. Weber-FS, 1963, 137; Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, 1964 (tb. en: Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 173); E. A. Wolff, Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964; Engisch, Vom Weltbild des Juristen, <sup>2</sup>1965; Franzheim, Sind falsche Reflexe der Kraftfahrer strafbar?, NJW 1965, 2000; Stratenwerth, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, SchwZStr 81 (1965), 179; v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegel-Schule, 1966; Gössel, Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung unter besonderer Berücksichtigung der Struktur des menschlichen Verhaltens, 1966; Arth. Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, H. Mayer-FS, 1966, 79; Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, 1966; Arth. Kaufmann, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, JuS 1967, 145; Lampe, Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 (1967), 476; Michaelowa, Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung, 1968; Roxin, Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts, Radbruch-GS, 1968, 260; Spiegel, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen, DAR 1968, 283; Welzel, Ein unausrottbares Mißverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre, NJW 1968, 425; E. A. Wolff, Das Problem der Handlung im Strafrecht, Radbruch-GS, 1968, 291; Eb. Schmidt, Soziale Handlungslehre, Engisch-FS, 1969, 339; v. Weber, Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Engisch-FS, 1969, 328; E. Wolf, Die Lehre von der Handlung, AcP 180 (1970), 181; Marinucci, Il reato come "azione", 1971; Noll, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1971; Bockelmann, Handlungsbegriff aus juristischer

Sicht, Die medizinische Welt 1972, 1310; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz, 1972; Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, Maurach-FS, 1972, 3; Engisch, Tun und Unterlassen, Gallas-FS, 1973, 163; Otter, Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?, 1973; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Engisch, Logische Überlegungen zur Verbrechendefinition, Welzel-FS, 1974, 345; Fukuda, Der finale Handlungsbegriff Welzels und die japanische Strafrechtsdogmatik, Welzel-FS, 1974, 251; Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, Welzel-FS, 1974, 307; Arm. Kaufmann, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, Welzel-FS, 1974, 393; Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-FS, 1974, 327; Maiwald, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?, ZStW 86 (1974), 636; Moos, Die finale Handlungslehre, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, t. 2, 1974, 5; Stratenwerth, Unbewußte Finalität?, Welzel-FS, 1974, 289; Hruschka, Strukturen der Zurechnung, 1976; Küper, Recens. de Hruschka, Strukturen der Zurechnung (1976), GA 1977, 158; Bloy, Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609; Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage, 1979; Stratenwerth, Recens. de Hruschka, Strukturen der Zurechnung (1976), ZStW 91 (1979), 906; Kindhäuser, Intentionale Handlung, 1980; Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239; Maiwald, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, 473; Arm. Kaufmann, Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht, en: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, 21; Kindhäuser, Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477; Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983; Weidemann, Die finale Handlungslehre und das fahrlässige Delikt, GA 1984, 408; Behrendt, Das Prinzip der Unvermeidbarkeit im Strafrecht, Jescheck-FS, 1985, 303; Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 341; 1986, 293; Schmidhäuser, Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?, JZ 1986, 109; Alwart, Recht und Handlung, 1987; Burkhardt, Die Bedeutung des Willensbegriffs für das Strafrecht, en: Heckhausen y otros, Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften, 1987, 319; Herzberg, Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der vorsätzlichen und der fahrlässigen Straftat, JZ 1987, 536; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, 53; Struensee, "Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, 541; Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573; Baumann, Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 181; Gimbernat Ordeig, Handlung, Unterlassung und Verhalten, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 159; Schmidhäuser, Begehung, Handlung und Unterlassung im Strafrecht, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 131; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990; Kargl, Handlung und Ordnung im Strafrecht, 1991; Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; Hohmann, Personalität und strafrechtliche Zurechnung, 1993.

### I. Los cometidos del concepto de acción

En la moderna dogmática del Derecho penal se le atribuyen al concepto de acción <sup>1</sup> diversos cometidos fundamentales <sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Acción se entiende aquí en un sentido amplio, comprensivo tanto del hacer como del omitir. A favor de un concepto más estricto de acción, que incluya sólo el hacer activo, cfr. p.ej. Schmidhäuser, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 131 ss.

<sup>2</sup> Al respecto, sobre todo: Maihofer, 1953, 6 ss.; Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 140 ss. Para Jakobs, 1992, que pretende volver a un concepto de acción que en el sentido de Hegel abarque el hecho completo (cfr. nm. 7), con ello se trata sólo de un "concepto de acción de técnica ordenadora" (p. 7), de la reducción a "un peldaño de entrada del delito, didácticamente útil" (p. 13).

(1) En primer lugar, debe suministrar un supraconcepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible, un *genus proximum* al que se conecten todas las concretas precisiones de contenido como *differentiae specificae*. De acuerdo con esto, la acción debe designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los delitos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Ese “significado lógico” del concepto de acción, su “función clasificatoria” (Jescheck) atiende a la acción como “**elemento básico**” del Derecho penal (Maihofer).

2 (2) Además la acción debe vincular o enlazar entre sí a todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales. Así pues, en primer lugar la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible. De ese modo, el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídicopenal y constituir en cierto modo su columna vertebral. De esa función de la acción como “**elemento de enlace o unión**” se derivan dos requisitos en cuanto a su contenido:

3 (a) El concepto de acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Por tanto, no puede incluir en su seno ningún elemento de los que sólo se le deben añadir como atributos en los ulteriores escalones valorativos, ya que el “significado sistemático” que le corresponde a la acción como “elemento de unión” resulta perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí. “Como portador de los mismos, como sujeto de esos predicados, el concepto de acción ha de ser... completamente indiferente frente a todos esos predicados”<sup>3</sup>.

(b) Así pues, el concepto de acción no debe invadir el campo del tipo, pero por otra parte no puede estar vacío de contenido, sino que tiene que poseer suficiente sustancia, o sea suficiente fuerza expresiva, como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos<sup>4</sup>.

4 (3) Finalmente, el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídicopenal: así sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones del mundo exterior n

<sup>3</sup> Maihofer, 1953, 8.

<sup>4</sup> Cfr. Gallas, ZStW 67 (1955), 13; Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 141. En su AT<sup>4</sup>, § 23 I habla Jescheck en ese sentido de una “función de definición” del concepto de acción.

sometidas al control y dirección del aparato psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, los delirios, etc. En este punto se habla del “significado práctico” de la acción como “**elemento límite**”, o de su “función de delimitación”.

(4) A veces se le atribuye también al concepto de acción significado como punto de enlace a efectos del tiempo y lugar del hecho (§§ 8 y 9) y a efectos de unidad y pluralidad de acciones, o sea de la llamada teoría del concurso (§§ 52 ss.). Sin embargo, las correspondientes disposiciones no se ocupan de acciones sin más, sino de acciones típicas e incluso punibles, de modo que a esos efectos no hace ninguna falta un concepto de acción pretípico<sup>5</sup>. Pero ciertamente hay que reconocer que, en la medida en que se reconoce la existencia de un concepto general de acción como portador del sistema del delito, también cumple su papel en ese ámbito; pues naturalmente que una no-acción tampoco es relevante a efectos de los §§ 8, 9 y 52 ss.

Hasta el momento no se ha hallado un concepto de acción que pueda satisfacer de modo uniforme todos los exigentes requisitos descritos en los nm. 1-4. No obstante, en los esfuerzos por precisar un concepto de acción, incluso en los que han terminado en una resignada renuncia al mismo, se refleja toda la evolución de la reciente dogmática del Derecho penal. Por ello procede que primero se exponga y acoja críticamente la discusión sobre el moderno concepto de acción (ap. II), antes de desarrollar a continuación la propia concepción (ap. III).

## II. El concepto de acción en la evolución de la dogmática jurídicopenal. Exposición y crítica

### 1. El concepto preclásico de acción

El moderno concepto de acción es el producto de una evolución muy paulatina en la ciencia del Derecho penal del siglo XIX<sup>6</sup>. En Feuerbach aún no era objeto de discusión independiente el concepto de acción. Como “padre del concepto jurídicopenal de acción”<sup>7</sup> se suele considerar a Hegel<sup>8</sup>: “El derecho de la voluntad... es reconocer en su hecho únicamente como acción suya, y tener sólo en la culpabilidad, aquello que sabe de sus presupuestos en su

<sup>5</sup> Más detalladamente al respecto Otter, 1973, 185 ss.

<sup>6</sup> La exposición clásica nos la proporciona Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903. Una buena historia dogmática del siglo XIX ofrece tb. v. Bubnoff, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs etc.*, 1966. Debo remitir a esas dos obras para todas las cuestiones de detalle.

<sup>7</sup> Radbruch, 1903, 101; igualmente v. Bubnoff, 1966, 36.

<sup>8</sup> Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 117. Similar nuevamente Jakobs, 1992. Según él, ha de “trazarse un concepto de acción, que almacene todo el programa del Derecho penal, hasta la culpabilidad. Acción es hacerse-culpable” (p. 44); y de esa manera quiere “poner en sintonía sociedad y Derecho penal” (p. 12). Lo único que no veo con claridad es por qué tal concepto amplio de acción ha de ser más productivo que el concepto tradicional de “acción culpable”. El concepto de acción de Jakobs es más bien un concepto de hecho punible, pues para él no hay otra cosa que acciones jurídicopenalmente relevantes.

finalidad, lo que de ello había en su dolo. - El hecho sólo puede ser imputado como culpabilidad de la voluntad". En este pasaje, así pues, sin distinguir aún entre las diversas categorías sistemáticas, se equipara la acción a la imputación del hecho completo e incluso sólo se considera acción la acción dolosa <sup>9</sup>.

- 8 Posteriormente, entre los discípulos penalistas de Hegel (Abegg, Köstlin, Berner, Hälschner) se incluye prácticamente siempre la imprudencia en el concepto de acción, pero la separación entre acción e imputación al hecho total (o sea, entre acción y acción punible) se va efectuando muy lentamente y sólo en sus primeros pasos. Es célebre la afirmación de Berner <sup>10</sup> dejando constancia de que hay que partir de la base de "que el delito es **acción**. Todo lo que por lo demás se afirma del delito son sólo predicados que se añade a la acción en cuanto sujeto. Por ello, el concepto de acción ha de ser la firme osamenta que determine la estructuración de la teoría del delito". Ya con anterioridad <sup>11</sup> este autor había abogado por la "*diremptio* (es decir, división) del delito en acción y punibilidad". Por dichas formulaciones modernas se considera mayoritariamente a Berner como fundador de la nueva teoría de la acción (cfr. § 7, nm. 9), pero la verdad es que él mismo tampoco profundizó mucho más en esos apuntes iniciales.
- 9 Algo semejante sucede con el no hegeliano Luden, en cuya obra "Strafrechtliche Abhandlungen" (1840) se puede encontrar una división del delito que se aproxima ya sorprendentemente a los proyectos sistemáticos del siglo xx, cuando distingue: "1.º) un fenómeno delictivo, provocado por una acción humana; 2.º) antijuridicidad de esa acción; 3.º) cualidad dolosa o culposa de esa acción" <sup>12</sup>. Aquí no se separan todavía acción y tipo, pero por lo demás está ya prefigurada la tripartición que caracteriza a nuestro sistema hasta hoy. Sin embargo, Luden se volvió a apartar de esa vía en sus escritos posteriores. E incluso en Binding, cuya obra penetra ampliamente ya en nuestro siglo (ver § 4, nm. 3), todavía carece de significado penal autónomo el concepto de acción, bajo cuyo nombre entiende el delito como totalidad.

## 2. El concepto natural (naturalista, causal) de acción del sistema clásico

- 10 Liszt y Beling, los fundadores del "sistema clásico del delito", son también los creadores del concepto natural de acción. "Acción es la producción, reconducible a una voluntad humana, de una modificación en el mundo exterior" <sup>13</sup>,

<sup>9</sup> No está nada clara y por eso es discutida en sus detalles la cuestión de si y hasta qué punto Hegel, en otros pasajes de su Filosofía del Derecho (como en n. 8, §§ 116, 118, adición al § 119), consideraba también imputables los hechos imprudentes.

<sup>10</sup> Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, <sup>1</sup>1857, 108; <sup>4</sup>1868, 111.

<sup>11</sup> Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre, 1843, Prólogo, p. VIII.

<sup>12</sup> Luden, Strafrechtliche Abhandlungen, 1840, t. II, 110, 130.

<sup>13</sup> v. Liszt, StrafR, <sup>4</sup>1891, 128.

según la definición por primera vez Liszt. En ese concepto, para la modificación causal del mundo exterior debía bastar cualquier efecto en el mismo, por mínimo que sea, como el provocar “vibraciones del aire” en las injurias. Pero como esa concepción difícilmente se podía compaginar con la omisión, que no causa nada, Liszt llegó posteriormente a formular otra descripción algo distinta: “acción es conducta voluntaria hacia el mundo exterior; más exactamente: modificación, es decir, causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria”<sup>14</sup>; con lo cual quedaba la “voluntariedad” como supraconcepto<sup>15</sup>. Correlativamente sostiene Beling<sup>16</sup> que existe acción si objetivamente alguien “ha emprendido cualquier movimiento o no movimiento”, a lo que subjetivamente ha de añadirse la comprobación de “que en ese movimiento corporal o en esa falta de movimiento animaba una voluntad”. En la omisión veía esa voluntad en la contención de los nervios motores: “La voluntad domina aquí los nervios exactamente igual que en el movimiento corporal; y se opone a la innovación y concentración muscular”. En resumen, para Beling resulta lo siguiente<sup>17</sup>: “La acción debe afirmarse siempre que concorra una conducta humana llevada por la voluntad, con independencia de en qué consista esa conducta...”.

Las bases aquí sentadas ya no fueron abandonadas por los defensores del 11 concepto natural de acción. Así se dice en Mezger<sup>18</sup> que acción es “hacer o dejar de hacer querido. Ahora bien, sólo nos interesa aquí ‘que’ (el hecho de que) ello es querido; pero ‘lo que’ en cuanto a contenido ha de ser querido en el delito en particular, sólo nos lo dice la teoría del injusto...”. Baumann/Weber<sup>19</sup> configuran la acción como “conducta humana llevada por la voluntad”, y Heimann-Trosien<sup>20</sup> como una “conducta humana dominable de modo general por la voluntad”.

Este concepto natural de acción cumple muy bien la función de delimitación, 12 excluyendo de antemano actividades de animales y de personas jurídicas, pero también los pensamientos y las consecuencias de meras “excitaciones sensoriales”. Por eso está equivocada la principal objeción que más frecuentemente se formula contra el mismo<sup>21</sup> diciendo que es desdibujado e ilimitado, ya que p.ej. hace aparecer incluso la procreación de un posterior asesino como acción de homicidio. Pues no se puede dudar que la procreación de un asesino

<sup>14</sup> v. Liszt, *StrafR*, 21/22 1919, 116 [= Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 285; N. del T.].

<sup>15</sup> Sobre el significado del concepto de voluntad en la teoría de la acción en general Burkhardt, 1987, 329 ss.

<sup>16</sup> Beling, 1906, 14 s.

<sup>17</sup> Beling, 1906, 17.

<sup>18</sup> Mezger, 1950, 12 s.; sobre las contradicciones en el punto de partida de la fundamentación de Mezger cfr. Jescheck, *Eb. Schmidt-FS*, 1961, 144 ss.

<sup>19</sup> Baumann/Weber, *AT*<sup>9</sup>, § 16 II 1.

<sup>20</sup> *LK*<sup>9</sup>-Heimann-Trosien, *Introd.*, nm. 31.

<sup>21</sup> Cfr. sólo Sch/Sch/Lenckner<sup>24</sup>, antes del § 13, nm. 27.

se basa en una acción, y eso es lo único que aquí importa; en cambio, decidir si esa acción es una acción de homicidio es una cuestión de interpretación típica (§ 212), a la que naturalmente hay que responder negativamente y que todavía no interesa al examinar si hay o no una acción sin más. Más peso tiene la objeción de que el concepto natural de acción, si atiende demasiado al impulso **consciente** de voluntad, tropieza con dificultades en las reacciones espontáneas, acciones automatizadas o hechos pasionales o bajo embriaguez, dificultades que perturban hasta hoy la delimitación de acción y no acción en la jurisprudencia que parte de dicho concepto (cfr. más detalladamente *infra* nm. 60 ss.).

- 13 En cambio, el concepto natural de acción no es completamente idóneo como elemento básico, ya que, aunque en atención a los delitos de omisión se renuncie a la “modificación causal del mundo exterior” y se conserve sólo la “voluntariedad” como criterio de la acción, por regla general en las omisiones no se puede probar la tensión muscular o nerviosa necesaria para ello; pues, como los nervios motores no se ponen en movimiento por sí mismos, normalmente no es precisa su contención. Y en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente, como en el olvido, falta incluso toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que en cualquier caso no sería suficiente para admitir una acción por falta de exteriorización. Y tampoco resuelve las cosas el tomar como base sólo una “conducta humana dominable por la voluntad”, pues una voluntad que podría haber dominado o controlado el suceso, pero realmente no lo ha dominado, no es voluntad y no cumple el requisito de la voluntariedad en el que al menos han de basarse los delitos comisivos.
- 14 En cuanto a la definición de acción como “conducta humana”, que aún hoy siguen empleando muchos como variante moderna del concepto natural de acción <sup>22</sup>, tampoco proporciona un elemento básico común si “conducta” se utiliza sólo como designación común a actividad y omisión y sin un elemento autónomo y superior. Ese descubrimiento ya llevó tempranamente a Radbruch <sup>23</sup> a sostener la tesis, nunca rebatida desde la perspectiva del concepto natural de acción, de que comisión y omisión “no pueden ser agrupadas bajo un supraconcepto común”, sino que se comportan entre sí como “posición y negación, a y non-a”. Consiguientemente, según él, el sistema está “rasgado de arriba abajo en dos partes”, por lo que es necesario “considerar también doblemente cualquier otro concepto del sistema, como predicado de la acción y como predicado de la omisión” <sup>24</sup>. De ese modo se había renunciado a la acción como elemento base.

<sup>22</sup> Representativo de esa posición: Dreher/Tröndle <sup>46</sup>, antes del § 13, nm. 2 ss.; como supraconcepto para hacer y omisión tb. en Wessels, AT <sup>23</sup>, § 3 II 2 c.

<sup>23</sup> Radbruch, 1903, 141 s.

<sup>24</sup> Radbruch, 1903, 143.

En su función como elemento de enlace también está expuesto a importantes objeciones el concepto natural de acción. Ciertamente que tiene la ventaja de ser neutral frente al tipo, al aparecer como acción cualquier movimiento nervioso o muscular voluntario (y no un movimiento ya valorado jurídicamente); pero tal concepto de acción, que el propio Beling calificó como "fantasma exangüe"<sup>25</sup>, no es lo suficientemente expresivo como para poder constituir el soporte del sistema, objeción que afecta tanto al criterio de la "modificación causal del mundo exterior" como al de la "inervación" o "tensión muscular voluntaria". Así p.ej., caracterizar la injuria como una típica, antijurídica y culpable "provocación de vibraciones del aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido"<sup>26</sup>, o la falsificación documental como "movimiento muscular punible", suena ridículo y efectivamente lo es, pues no se acierta con lo esencial de esos fenómenos al reducir el concepto de acción a un elemento parcial del suceso contemplado desde la perspectiva naturalista. 15

### 3. El concepto final de acción

"Acción humana es el ejercicio de la actividad final", dice Welzel<sup>27</sup>, el creador de la teoría final de la acción. Enlazando con las investigaciones de psicología del pensamiento de la época posterior a la primera guerra mundial y empleando los análisis dedicados a la estructura de la acción por Nicolai Hartmann<sup>28</sup>, Welzel<sup>29</sup> intenta situar la estructura ontológica de la acción en el punto central del sistema del Derecho penal y devolverle de ese modo la base de las leyes del ser que había sido destruida por el concepto natural (en la terminología de Welzel: "naturalístico" o "causal") de acción. Según Welzel la "finalidad" o "carácter final" de la acción se basa en "que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos". "Actividad final es una producción consciente de efectos partiendo de un objetivo", la cual "supradetermina finalmente" el curso causal externo. 16

Salta a la vista la similitud con el concepto de acción de Hegel (nm. 7). El finalismo asume esa estructura, pero el injusto y la culpabilidad, que en Hegel aún estaban integrados en el concepto de acción, los separa de dicho concepto, haciéndolo así útil para un sistema moderno<sup>30</sup>. El concepto final de acción 17

<sup>25</sup> Beling, 1906, 17.

<sup>26</sup> Así originariamente v. Liszt, *StraR*, 1884, 107.

<sup>27</sup> Tanto aquí como en lo que sigue: Welzel, *StrafR* 11, 33. [= PG, 1987, 53; N. del T.].

<sup>28</sup> N. Hartmann, *Ethik*, 1925; idem, *Das Problem des geistigen Seins*, 1932. Welzel se manifiesta con más detalles sobre los orígenes psicológicos y filosóficos de su teoría en el Prólogo a la 4.ª ed. de "Das neue Bild des Strafrechtssystems", 1961, pp. IX-XII [= Prólogo a "El nuevo sistema del DP", trad. de Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 11-15; N. del T.].

<sup>29</sup> Sobre predecesores y otros defensores de la teoría final de la acción cfr. § 7, nm. 15.

<sup>30</sup> *Tb.* Welzel, *StrafR* 11, 41 [= PG, 1987, 64; N. del T.], destaca que él "continúa la tradición

co-determinó esencialmente la discusión de la dogmática jurídicopenal entre 1935 y 1965, se ha difundido ampliamente tanto en el interior como en el extranjero y también ha influido considerablemente en la jurisprudencia <sup>31</sup>, lo que se debe sobre todo a que esta concepción de la acción obliga a transformar todo el sistema jurídicopenal: Para ella el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino, componente de la acción, al tipo (con más detalles *supra* § 7, nm. 15), de lo que a su vez se pueden derivar múltiples consecuencias prácticas (sobre todo en la teoría del error y de la participación), que de antemano tenían que asegurarle mayor consideración al concepto final de acción, mucho “más productivo” que el concepto natural de acción. Ya se han descrito anteriormente algunas derivaciones sistemáticas importantes de la teoría final de la acción (§ 7, nm. 21, 38 s., 41 s.), y en este momento conviene remitir otra vez a dicha exposición.

- 18 Actualmente el concepto final de acción ha perdido ampliamente la gran importancia que antes tuvo <sup>32</sup>. Sobre todo, ya no se discute hoy que tal concepto no es adecuado como elemento base del sistema jurídicopenal, ya que no se acomoda a los delitos de omisión; pues, como el omitente no es causal respecto del resultado y por tanto no dirige ningún curso causal, tampoco puede actuar de modo final <sup>33</sup>. Con ello la teoría final de la acción vuelve a estar en la bipartición del sistema, que ya Radbruch desde la perspectiva del concepto natural de acción reconocía que era inevitable. Y en efecto, Welzel se limita a mencionar como supraconcepto a la “conducta”, o sea, “la actividad corporal o pasividad del ser humano sometida a la capacidad de control final por la voluntad” <sup>34</sup>, pero la aludida “capacidad de acción” no puede constituir un elemento común y de unión de comisión y omisión en el concepto de conducta, porque la capacidad para realizar una acción es algo distinto de la acción misma, y por tanto comisión y omisión siguen estando separadas. Otro finalista, Stratenwerth, rechaza también el concepto final de acción como elemento base <sup>35</sup>: “El mismo... caracteriza al actuar humano (activo), y nada más”. Y finalmente, el discípulo de Welzel, Armin Kaufmann, le niega incluso a un concepto de acción previo al tipo toda función como elemento básico, de enlace y de límite <sup>36</sup>.

---

prenaturalista de la teoría filosófica y penal de la acción e integra en ella la separación de antijuridicidad y culpabilidad que entretanto ha efectuado la dogmática”.

<sup>31</sup> Resumiendo este panorama desde una perspectiva finalista Hirsch, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239.

<sup>32</sup> Schmidhäuser, JZ 1986, 116: “Ha bastado una década y media para que decaiga la teoría final de la acción”. Sin embargo, esto no rige para todas las restantes posiciones finalistas (cfr. nm. 25).

<sup>33</sup> El primero en exponer esto desde la perspectiva finalista fue Arm. Kaufmann, 1959; últimamente Hirsch, ZStW 93 (1981), 851.

<sup>34</sup> Welzel *StrafR* 11.<sup>a</sup>, 31 [= PG, 1987, 51; N. del T.]; similar Maurach/Zipf, AT/1 <sup>8</sup>, 16/4 ss.

<sup>35</sup> Stratenwerth, AT 2.<sup>a</sup>, 1976, nm. 140.

<sup>36</sup> Arm. Kaufmann, Welzel-FS, 1974, 393 ss.

Pero incluso en los delitos comisivos es dudoso que el concepto de finalidad 19 les pueda aportar una base común. En estos casos los finalistas se encuentran en el delito imprudente con dificultades similares a aquellas con las que tropezó el concepto de acción de los hegelianos orientado al delito doloso. Originariamente Welzel había contemplado el hecho con imprudencia inconsciente, en el que las consecuencias no se causan de modo final, sino causal-ciego, como una “forma mísera”<sup>37</sup> de acción humana. Lo que “sitúa bajo el supraconcepto de acción” a ambas, tanto a la acción dolosa como a la imprudente, es, según él, “el momento de la finalidad, que en la acción dolosa, como **efectiva** actividad final, es un factor realmente configurador (finalidad actual), pero en la acción imprudente, como **posible** actividad final, sólo es un momento de relación (finalidad potencial)”<sup>38</sup>; pero como una finalidad sólo posible en realidad no es finalidad, falta el supraconcepto y el hecho imprudente no puede ser considerado ni acción final ni acción en absoluto<sup>39</sup>.

Desde las investigaciones de Niese<sup>40</sup> los finalistas han caracterizado el hecho imprudente como acción final, atendiendo no al resultado producido, sino al objetivo perseguido por el autor: si, al limpiar una escopeta, por descuido se escapa un tiro y mata a una persona, ello ciertamente no es una acción final de matar, pero sí una acción final de limpiar, que cae bajo el concepto común de acción. De ese modo se produce en efecto mediante la finalidad un elemento base común al actuar doloso y al imprudente; pero esa finalidad del hecho imprudente es tanto más inidónea como elemento sistemático de enlace<sup>41</sup>, pues el objetivo perseguido por quien actúa imprudentemente es totalmente irrelevante a efectos jurídicopenales y por ello tampoco puede ser portador de los predicados típico, antijurídico y culpable, que se deben más bien a la falta de cuidado causante del resultado, pero ésta no tiene sitio alguno en la estructura de la finalidad. Con ello el concepto final acaba regresando al concepto natural de acción: sólo importa si el agente ha querido algo, cualquier cosa; el contenido de su voluntad es indiferente. “Así pues, la empresa de Niese termina con una completa capitulación del concepto final de acción ante la imprudencia”<sup>42</sup>.

Para hacer frente a esas objeciones, en su última fase Welzel quiso incluso 21 prescindir totalmente del resultado, es decir de la finalidad en el sentido literal de la palabra (lat. *finis* = fin), en la descripción de la acción y atender única-

<sup>37</sup> Welzel, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1940, 23, 79 s.

<sup>38</sup> Welzel, *StrafR* 1.<sup>ª</sup>, 1947, 22.

<sup>39</sup> Cfr. el propio Welzel (*StrafR* 11, 129 [= PG, 1987, 184; N. del T.]): “Con ello se habían colocado de antemano las vías en la dirección equivocada”.

<sup>40</sup> Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.

<sup>41</sup> Cfr. al respecto tb. Arth. Kaufmann, *JuS* 1967, 145.

<sup>42</sup> Así el finalista Struensee, *JZ* 1987, 55 s.; no obstante, Weidemann, *GA* 1984, 408 ss., intenta proseguir la posición desarrollada por Niese.

mente al proceso de control. En efecto, opina <sup>43</sup> que quizás hubiera sido mejor si “en lugar de acción ‘final’ hubiera hablado de acción ‘cibernética’, es decir de la acción como un **suceso controlado y dirigido por la voluntad**, pues entonces dicha teoría abarcaría lingüísticamente por igual tanto a la acción dolosa como a la imprudente y afectaría en ambos casos a lo jurídicamente relevante, esto es, el **control**”. De ese modo, ciertamente se repone a la acción en su función de elemento sistemático de enlace en los delitos comisivos, pero, frente a lo que supone Welzel, se vuelve a renunciar a su carácter de “elemento básico”: pues, dado que en el hecho doloso se trata del control real, pero en la imprudencia, de la omisión del control debido (mientras que el proceso de control consciente sigue siendo jurídicamente neutro), vuelve a faltar la unidad del punto de conexión jurídica, por lo que continúan las dificultades <sup>44</sup>.

22 El último intento hasta el momento de explicar la imprudencia como acción final lo ha emprendido Struensee <sup>45</sup>, quien ve la imprudencia en que la finalidad del agente se extiende a las circunstancias fundamentadoras del riesgo no permitido, así p.ej. si el agente conscientemente se mete en un cruce con el semáforo en rojo o adelanta en una curva sin visibilidad. De esa manera, para Struensee “la finalidad jurídicamente desaprobada” constituye “también el injusto del delito imprudente, y con ello el injusto del dolo y el de la imprudencia muestran una estructura homogénea” <sup>46</sup>. Sin embargo, como aquí la finalidad sólo resulta captable en el ámbito del injusto, ciertamente se renuncia a la misma como caracterización de una acción pretípica y con ello como elemento básico. Y en cuanto a su contenido, también hay que criticar a esta concepción en que la imprudencia no consiste necesariamente en la realización consciente (“final”) de factores de riesgo. Así, si el conductor en los ejemplos citados va tan desatento que ni siquiera se da cuenta del semáforo o de la curva, se le debe imputar el daño irrogado como imprudentemente producido a pesar de que el sujeto ha realizado las circunstancias relevantes para el riesgo justamente de modo no consciente.

23 También en su calidad de elemento límite provoca algunas dudas la finalidad, incluso en los delitos comisivos. Ello sucede sobre todo en las llamadas acciones automatizadas, que cumplen un importante papel en los delitos de circulación y que en general se consideran acciones, pero en las que precisa-

<sup>43</sup> Welzel, Maurach-FS, 1972, 8; similar ya en Strafr <sup>11</sup>, 37, 131 [= PG, 1987, 58, 186; N. del T.]. Hirsch, ZStW 93 (1981), 863, preferiría hablar de un “concepto de acción previamente dado”.

<sup>44</sup> Para una valoración crítica de esos últimos esfuerzos de Welzel y sus discípulos (Arm. Kaufmann, Jakobs, Hirsch, Zielinski) en torno a la relación entre finalidad e imprudencia, de modo concluyente Struensee, JZ 1987, 56 s. [= ADPCP 1987, 429 ss.; N. del T.].

<sup>45</sup> Struensee, JZ 1987, 53 ss. [= El tipo subjetivo del delito imprudente, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, ADPCP 1987, 423 ss.; N. del T.]; además, el mismo, JZ 1987, 541; el mismo, GA 1987, 97. Críticamente Herzberg, JZ 1987, 536; Roxin, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 247 ss.

<sup>46</sup> Struensee, JZ 1987, 62 [= ADPCP 1987, 448; N. del T.].

mente falta un control consciente en la mayoría de los casos; p.ej., en determinadas situaciones se pisa el pedal del freno sin reflexión consciente, sobre la base de “disponibilidades para la acción que funcionan en lo semi y en lo inconsciente”<sup>47</sup>. Por ello Stratenwerth se vio impulsado a introducir el concepto de “finalidad inconsciente” (es decir, un control que se produce desde lo inconsciente)<sup>48</sup>; esto efectivamente coincide con las circunstancias fácticas y con la propia opinión de Welzel de que frecuentemente no se puede demostrar “un control consciente de la acción en el caso concreto”<sup>49</sup>, pero se aleja considerablemente del entendimiento de la estructura final, mantenido por Welzel hasta el final, como una selección de medios conscientemente dirigida a partir del fin u objetivo y un control planificado del curso de la acción.

Finalmente hay que contradecir también a la teoría final de la acción en su tesis más efectiva, a saber: en la pretensión de poder deducir de su concepción ontológica de la acción soluciones jurídicas concretas a los problemas. Dicho intento no sólo fracasa por la vieja perspectiva kantiana de que del ser no se puede derivar un deber ser, sino que además es una tentativa inidónea, porque la finalidad, en cuanto entra en el tipo, ya no es un dato puramente óntico, sino un concepto valorativo, cuyo contenido es esencialmente configurado por las finalidades del ordenamiento jurídico. Así p.ej., lo que sea una acción final de estafa depende en amplia medida de la definición jurídica de estafa, cuyos elementos de sentido ha de abarcar el autor para haber estafado de modo final o doloso. Incluso la cuestión de si la conciencia del injusto (o sea, el hecho de captar todo el sentido jurídico-social) pertenece o no al concepto de una “acción final de estafa” es algo que no se puede responder según criterios ónticos, sino sólo basándose en decisiones valorativas legislativas (§§ 16, 17); por tanto, no se puede decidir a base de la esencia de la acción, sino sólo en virtud de puntos de vista políticocriminales, si en la doctrina del error debe preferirse la teoría de la culpabilidad o la del dolo (sobre ello *vid.* § 7, nm. 41 ss.). La esterilidad del concepto final de acción (como en general de cualquier concepto de acción) para las cuestiones sobre el si y el cómo de la punibilidad era la tesis central de mi “Crítica de la teoría final de la acción” (“Kritik der finalen Handlungslehre”)<sup>50</sup> y, por lo que se puede ver, ya no encuentra oposición hoy ni entre los finalistas.

<sup>47</sup> Welzel, *StrafR* <sup>11</sup>, 151 [= PG, 1987, 214; N. del T.].

<sup>48</sup> Stratenwerth, *Unbewußte Finalität?*, Welzel-FS, 1974, 289; cfr. tb. idem, *AT* <sup>3</sup>, nm. 148, 169; Hirsch, *ZStW* 93 (1981), 861, habla de “finalidad... sobre un menor grado de consciencia”.

<sup>49</sup> Welzel, *StrafR* <sup>11</sup>, 152 [= PG, 1987, 214; N. del T.].

<sup>50</sup> Roxin, *ZStW* 74 (1962), 515 ss. (= *Grundlagenprobleme*, 72 ss.) [= *Problemas básicos del DP*, trad. Luzón, 1976, 84 ss.; N. del T.]. Aprob. expresamente Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 80; Noll, 1971, 27; Zielinski, 1973, 86, partiendo también de la perspectiva finalista de las normas, opina que esa “crítica afecta a algo esencial en la teoría final de la acción”; cfr. tb. AK-Zielinski, §§ 15/16, nm. 10.

- 25 Pero a la teoría finalista, a pesar de ser inadecuada como teoría general de la acción para el Derecho penal y de haber sido muy sobrevalorada en su utilidad práctica, le debemos agradecer progresos esenciales en la teoría del injusto <sup>51</sup>: sobre todo el haber comprendido que el injusto no se basa sólo —como se había sostenido en el sistema “clásico” del delito— en el resultado típico, sino que es esencialmente co-determinado por el desvalor de acción de la conducta del autor. Y ello vale no sólo para los delitos dolosos, en los que lo dicho resulta especialmente evidente por la ordenación del dolo dentro del injusto, sino también para los hechos imprudentes, en los que es co-constitutiva del injusto, no la finalidad ciertamente, pero sí la falta de control de la acción y por tanto un elemento personal.

#### 4. El concepto social de acción

- 26 El concepto social de acción se remonta en sus comienzos a la época anterior a la teoría final de la acción, pero sólo en los últimos 20 años ha adquirido su actual significación, de tal modo que históricamente en cuanto a sus efectos debe ordenarse tras el finalismo. Ya Eb. Schmidt en su reelaboración del tratado de Liszt había definido la acción como “conducta voluntaria hacia el mundo externo **social**” <sup>52</sup> y, diferenciándose claramente de Liszt, había escrito <sup>53</sup>: “La ‘acción’ no nos interesa como fenómeno fisiológico desde puntos de vista de las ciencias naturales, sino como fenómeno social en la ‘dirección de sus efectos hacia la realidad social’” <sup>54</sup>. De modo totalmente similar, Engisch define el actuar como “la producción voluntaria de ‘consecuencias’ calculables socialmente relevantes” <sup>55</sup>, en cuya definición dicho concepto debía abarcar, junto con las acciones dolosas-finales, precisamente también las acciones imprudentes. Por su parte, Maihofer dice <sup>56</sup>: “‘Acción’ es una conducta dirigida a la lesión de bienes sociales”, y posteriormente <sup>57</sup> sigue desarrollando esa caracterización hasta formularla en el sentido de que acción es “toda conducta objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible”. Y la versión más sencilla se encuentra en Jescheck, para el que acción es “toda conducta socialmente relevante” <sup>58, 59</sup>.

<sup>51</sup> En ese sentido hay que dar por tanto toda la razón al discípulo de Welzel, Hirsch, cuando defiende los logros de la teoría final de la acción, ZStW 93 (1981), 831; 94 (1982), 239.

<sup>52</sup> v. Liszt/Schmidt, StrafR, <sup>26</sup>1932, t. I, 154.

<sup>53</sup> v. Liszt/Schmidt, StrafR, <sup>26</sup>1932, t. I, 153.

<sup>54</sup> Esta idea es aplicada luego en la práctica por primera vez por Eb. Schmidt en: Die militärische Straftat und ihr Täter, 1935, 22 s., n. 45; Der Arzt im Strafrecht, 1939, 75, n. 29; SJZ 1950, col. 290; JZ 1956, 190. Resumiendo: Eb. Schmidt, Engisch-FS, 1969, 339 ss.

<sup>55</sup> Engisch, <sup>2</sup>1965, 38. Similar ya en: Kohlrausch-FS, 1944, 160 s.

<sup>56</sup> Maihofer, 1953, 72.

<sup>57</sup> Maihofer, Eb. Schmidt-FS, 1961, 178.

<sup>58</sup> Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 151; idem, AT <sup>4</sup>, § 23 IV 1; LK <sup>11</sup>-Jescheck, antes del § 13, nm. 32.

<sup>59</sup> Similar Wessels, AT <sup>23</sup>, § 3 II 2 c: “la conducta socialmente relevante dominada o dominable

Como se ve, las plasmaciones concretas del concepto social de acción son muy distintas, pero se parecen en que todas ven en el concepto de lo social un elemento esencial para la acción. Las ventajas de un concepto así saltan a la vista: se nos ofrece como elemento base, ya que todas las manifestaciones de conducta delictiva se pueden caracterizar sin violencia alguna como fenómeno social, y en cuanto elemento de enlace o unión también parece mucho más adecuado que el concepto natural y que el final de acción, ya que las valoraciones jurídicopenales se pueden conectar de modo más convincente al acontecer social existente en cada caso que a los “movimientos musculares” o a la finalidad, inexistente en las omisiones e irrelevante en los hechos imprudentes. **27**

Pero también el concepto social de acción tiene sus puntos débiles<sup>60</sup>. Así, **28** en primer lugar no puede cumplir la función delimitadora, importante a efectos prácticos, pues ciertamente los meros pensamientos no son socialmente relevantes, pero todo lo demás que se quiere excluir por medio del concepto de acción: actos de personas jurídicas, efectos de la *vis absoluta*, movimientos puramente reflejos u otros no controlables, sí que es socialmente relevante. Y en efecto, los defensores del concepto social de acción se ven forzados, o a tomar prestadas características del concepto natural de acción recurriendo a los criterios de la voluntariedad, dominabilidad o semejantes, y a exponerse así a las objeciones formulables contra dicho concepto, o bien a desplazar la función delimitadora a un elemento situado al margen de lo social. Así Jescheck concede un significado autónomo dentro de su definición al concepto de “conducta (o comportamiento)”, que define como “respuesta a posibilidades de acción”<sup>61, 62</sup>. Este es un punto de partida digno de tenerse en cuenta (cfr. nm. 44), pero no tiene nada que ver con el criterio de lo socialmente relevante; e incluso hay que preguntarse hasta qué punto sigue siendo relevante, si es que lo es, la relevancia social, es decir, qué “respuesta a una exigencia situacional... realizando una posibilidad de reacción” se va a excluir del concepto de acción por falta de relevancia social.

Además, el concepto social de acción presenta una dificultad como elemento **29** de enlace, consistente en que apenas se lo puede delimitar del elemento valorativo del tipo<sup>63</sup>, ya que la valoración social y la jurídica están en relación de

---

por la voluntad humana”; además Preisedanz<sup>30</sup>, nota previa B III 1; Kienapfel, 1966, 23: “conducta socialmente relevante llevada por la voluntad”. Aprobando el concepto social de acción tb. E. A. Wolff, 1964, 29 ss.; el mismo, Radbruch-GS, 1968, 299.

<sup>60</sup> Desde la perspectiva finalista resume la crítica Hirsch, ZStW 93 (1981), 852 ss.

<sup>61</sup> Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 152. Más exactamente ahora idem, AT<sup>4</sup>, § 23 IV 1: “toda respuesta del ser humano a una exigencia situacional reconocida o al menos reconocible, realizando una posibilidad de reacción de la que puede disponer libremente”.

<sup>62</sup> Muy similar E. A. Wolff, 1964, 17, en el marco de su “concepto individual de acción” (sin referirse a Jescheck): “echar mano, libremente y conforme a un sentido, de una posibilidad abierta al individuo”.

<sup>63</sup> Cfr. al respecto tb. Schünemann, GA 1985, 346.

tal dependencia recíproca que apenas son separables. Es cierto que el Derecho regula frecuentemente hechos sometidos a una valoración social previa, pero también es frecuente que, a la inversa, sea la valoración jurídica la que determine la valoración social. Así, la cuestión de si una mujer que en cierto modo opera sobre su cuerpo realiza al hacerlo algo sumamente privado y sin relevancia social o si de ese modo practica una acción abortiva socialmente relevante, depende totalmente del estadio a partir del cual el legislador define como “interrupción del embarazo” (cfr. § 219 d) una conducta que hasta ese momento pasa inadvertida en el ámbito social; aquí la valoración social sigue a la jurídica. O si un automovilista conduce por una vía pública a una velocidad de 60 km/h., puede que ello también sea socialmente relevante conforme a un vago uso del lenguaje, pero en todo caso lo decisivo para su sentido social es la circunstancia de si en tal caso rebasa o no un límite de velocidad garantizado con una sanción<sup>64</sup>. Por tanto, se puede afirmar que a veces es la tipicidad lo único que fundamenta la relevancia social de una conducta y que en otros casos influye decisivamente en la misma.

30 Debido a esa interdependencia entre valoración jurídica y social, la categoría de lo social es menos previa al tipo que integrada en el mismo. Y coherentemente con ello, la mayor parte de los defensores de la teoría social de la acción quiere eliminar también del Derecho penal los cursos causales imprevisibles (“aventureros”) sirviéndose de su concepto de acción. De ese modo explica Eb. Schmidt que los padres del asesino son ciertamente causa de la muerte de la víctima, pero que no la han “matado”<sup>65</sup>; Engisch excluye de su concepto de acción las consecuencias “incalculables”, e igualmente Maihofer sólo quiere imputar a la acción los resultados “objetivamente previsibles” (cfr. nm. 26). Sin embargo, la cuestión del curso causal y su previsibilidad no es un problema de la acción, sino del tipo, dado que la imputación del resultado típico sólo puede realizarse conforme a criterios valorativos típicos<sup>66</sup>; por tanto, la interpretación del sentido social se produce ya en el horizonte del tipo. Y lo mismo ocurre con otros conceptos jurídicos que remiten a la dimensión de lo social, como la “adecuación social” desarrollada por Welzel (para más detalles, § 10, nm. 33 ss.) o los “principios ordenadores sociales” destacados por mí mismo (para más detalles, § 7, nm. 63), que sólo pueden resultar fructíferos en el marco de la teoría del injusto y no en el de un concepto de acción previo a la misma. Fuera de estos casos, el *topos* de lo “social” también es un importante punto de vista interpretativo en la teoría del injusto, pero precisamente por ello no es un elemento capaz de fundamentar un concepto de acción previo al Derecho penal.

<sup>64</sup> En cuanto a este ejemplo cfr. Bockelmann/Volk, AT<sup>4</sup>, § 11 II 3.

<sup>65</sup> Eb. Schmidt, Engisch-FS, 1969, 343.

<sup>66</sup> Así tb. certeramente Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 153.

De todo lo dicho se desprende que, pese a la fuerza expresiva de tal concepto, la “relevancia social” no es adecuada como elemento sistemático de enlace o unión, ya que en ella no se trata del “sustantivo”, al que hay que añadir los predicados valorativos jurídicos, sino que con la misma se designa ya una cualidad importante sólo en la valoración del injusto. Y asimismo ésta es la única concepción que coincide con el uso habitual del lenguaje, según el cual hay acciones socialmente relevantes, pero naturalmente que también las hay socialmente irrelevantes. Así pues, la relevancia social es una cualidad que una acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social. 31

### 5. El concepto negativo de acción

En los últimos tiempos y con diversos puntos de partida, varios autores han intentado dar un nuevo fundamento a la teoría del delito desarrollando un “concepto negativo de acción”. El punto de vista decisivo de todas estas teorías se denomina “principio de evitabilidad”, cuya primera formulación válida se encuentra en Kahrs <sup>67</sup>: “Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía”. Pero mientras que Kahrs sólo ve en la evitabilidad un principio de imputación propio del tipo, Herzberg utiliza por primera vez el principio como base del concepto de acción que denomina “negativo” y que abarca por igual la comisión y la omisión <sup>68</sup>: “La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante”. Con ello se refiere a que tanto el autor de una comisión como el de una omisión, exactamente igual ambos, no evitan “algo”, p.ej. el resultado típico en el caso paradigmático del delito consumado de resultado, pero ambos lo hubieran podido evitar; el autor comisivo, en cuanto se hubiera retraído él mismo, y el autor omisivo, en cuanto se hubiera interferido en el curso causal impidiendo el resultado. Por tanto, a ambos se les achaca un “no evitar evitable”. Para no dejar este concepto de acción en una total falta de límites —pues teóricamente se puede evitar ininterrumpidamente todo lo posible interfiriendo en cualesquiera cursos causales—, Herzberg exige adicionalmente una “posición de garante”, en el sentido de una “responsabilidad especial” del autor limitada a determinados grupos de personas. Dicha cualidad es reconocida de modo general en la mayoría de los delitos omisivos como presupuesto de la realización del tipo, pero según la concepción de Herzberg, y en contra de la opinión casi unánime, se da asimismo en los delitos comisivos, en cuanto que “en el movimiento corporal delictivo la persona se actualiza como foco potencial de 32

<sup>67</sup> Kahrs, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, 1968, 36. No obstante, es cierto que la idea de evitabilidad siempre ha cumplido un papel en contextos diversos dentro de la dogmática jurídicopenal. Para indicaciones bibliográficas de la doctrina antigua cfr. tb. Engisch, *Gallas-FS*, 1973, 193, n. 65.

<sup>68</sup> Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, 177.

peligro” y de ese modo se hace responsable de la evitación del resultado <sup>69</sup>. Es cierto que en algunos delitos de omisión —como los §§ 138 o 323 c \*— el deber de evitación no se limita a determinadas personas, sino que se extiende a todo el mundo; por eso Herzberg extrae expresamente la consecuencia de que los delitos de esa clase no encajan en su concepto de acción <sup>70</sup>.

33 De modo muy similar y sobre la base de la teoría de la motivación, Jakobs <sup>71</sup>, renunciando a la posición de garante, define: “conducta —formulándolo para los delitos de resultado— es provocación evitable del resultado”, “evitabilidad individual”. Y finalmente, Behrendt <sup>72</sup> ha emprendido el intento, de grandes pretensiones, de apoyar y corregir el concepto negativo de acción, al que Herzberg llega por consideraciones puramente dogmáticas, mediante un modelo psicoanalítico e impulsológico de acción como “contraconducción omitida”; para él, la omisión (y con ello también la acción, que se presenta como omisión) es “no evitación evitable de la situación típica” <sup>73</sup>.

34 Que con este concepto negativo de acción realmente se haya conseguido un elemento básico común, parece sumamente dudoso <sup>74</sup>, aun prescindiendo del hecho de que Herzberg renuncia de antemano a la cualidad de acción en algunos delitos de omisión. En efecto, en los delitos activos de resultado el “evitar” sólo puede significar “no provocar el resultado”, con lo que “no evitar” será “no provocar” el resultado. Esa doble negación tiene lógicamente el sentido de afirmación, o sea, que en palabras claras significa: provocar el resultado. Pero esa “provocación” está desde siempre tan separada de la “no interrupción del resultado”, en cuya forma se presenta la no evitación en los delitos omisivos, como el hacer y el dejar de hacer; es decir, que afirmación y negación no encajan en el mismo supraconcepto de negación porque lingüísticamente también se pueda expresar la afirmación como doble negación. Es cierto que el concepto de Behrendt de “contraconducción omitida” está vinculado a realidades **psíquicas** que se pueden comprobar por igual en la comisión y la omisión; pero con ello sucede como con la “voluntariedad” en el concepto

<sup>69</sup> Herzberg, 1972, 173.

\* Preceptos del StGB sobre la omisión de denunciar ciertos delitos y sobre la omisión de socorro [N. del T.].

<sup>70</sup> Herzberg, 1972, 176.

<sup>71</sup> Jakobs, Welzel-FS, 1974, 309; la segunda cita en AT <sup>2</sup>, 6/antes del nm. 24 (con fundamentación detallada en nm. 24 ss.).

<sup>72</sup> Behrendt, 1979; idem, 1983; idem, Jescheck-FS, 1985, 303.

<sup>73</sup> Behrendt, 1979, 132.

<sup>74</sup> Sigo en este punto a Engisch, Gallas-FS, 1973, 174 ss.; cfr. tb. Maiwald, ZStW 86 (1974), 653, n. 86; Schmidhäuser, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 141 s. Incluso Jakobs, AT <sup>2</sup>, 6/33, a pesar de su propia atención a la evitabilidad, se distancia del concepto negativo de acción, al que reprocha “confusión terminológica”, aunque también le reconoce “elementos positivos” no suficientemente valorados (loc. cit., n. 81); Herzberg, JZ 1988, 576 ss., defiende el concepto negativo de acción frente a sus críticos, a quienes reprocha “falta de disposición para reflexionar sin prejuicios... sobre la nueva concepción” (p. 579), pero exceptúa de esa crítica a Engisch.

natural de acción, pues si una persona no conoce un mandato penal de acción (p.ej. un deber de entrega o de aviso), no es posible encontrar un substrato **psíquico** en la omisión, por lo que el carácter común del supraconcepto no parece fundable ni lógica ni psicológicamente.

Y como elemento de unión en el sentido tradicional tampoco se puede **35** utilizar el concepto negativo de acción. En primer lugar, porque se trata de un concepto de acción que incluye el tipo y por tanto restringido al Derecho penal. Ello está fuera de toda duda en el caso de Herzberg, dado que atiende a la posición de garante <sup>75</sup>; por su parte, Behrendt quiere exponer la pretipicidad de su concepto de acción, considerando el contracontrol omitido como algo temporalmente previo a la tipicidad <sup>76</sup>, pero la verdad es que él también parte de la base de que “no es concebible una total separación entre el campo de la acción y el tipo” <sup>77</sup>, y esto lo deja suficientemente claro la relación de su concepto de acción con la “situación típica”. Así pues, lo que ofrece el concepto negativo de acción es más bien una caracterización del actuar típico; ya el concepto de la no evitación sólo tiene sentido si se presupone un deber de evitar, que en Derecho penal se deriva del tipo. Pero lo cierto es que no hay una gran necesidad de supraconceptos típicos y tampoco hay una carencia de ellos; en ese sentido, la “no evitación evitable” no designa otra cosa sino lo que se podría denominar “contravención prohibida” o “infracción de la norma”. También para Jakobs <sup>78</sup> la “causación individualmente evitable del resultado” (= acción) es únicamente el “supraconcepto común al actuar doloso y al (individualmente) imprudente”, de tal modo que la causación de una muerte individualmente no evitable ya no es en absoluto una acción <sup>79</sup>: “falta... un proyecto del mundo no conforme a Derecho y la norma no es vulnerada. Ahora bien, esta interpretación de la norma con una orientación tan fuertemente subjetiva ciertamente no tiene validez general, sino que es el intento de describir condiciones de interacción practicadas actualmente en el campo del Derecho penal”.

Esa proximidad al tipo del concepto negativo de acción hace que sufra **36** también su fuerza expresiva, pues, de acuerdo con él, las acciones positivas o valorativamente neutras no son acciones en absoluto, ya que no tiene el menor sentido caracterizar como “no evitación evitable” la realización de una buena obra o la ingestión de una comida <sup>80</sup>. El propio Behrendt <sup>81</sup> destaca que el concepto negativo de acción se ocupa, “no del actuar humano en general, sino

<sup>75</sup> Cfr. el propio Herzberg (1972, 184), invocando mis manifestaciones en ZStW 74 (1962), 516.

<sup>76</sup> Behrendt, 1979, 130 ss.

<sup>77</sup> Behrendt, 1979, 131.

<sup>78</sup> Jakobs, AT <sup>2</sup>, 6/27.

<sup>79</sup> Jakobs, AT <sup>2</sup>, 6/24.

<sup>80</sup> Sobre este ejemplo cfr. Herzberg, 1972, 185.

<sup>81</sup> Behrendt, 1979, 96.

sólo de manifestaciones de destructividad humana". Pero de este modo es casi imposible entender una actuación justificada como acción, pues si p.ej. yo utilizo un coche ajeno para salvar una vida, ésta es una acción típica (del § 248 b) justificada por el § 904 BGB \*, pero es chocante y absurdo caracterizar a ese hecho como "no evitación evitable" y como manifestación de destructividad humana<sup>82</sup>. Con ello se ve claramente que este concepto caracteriza la valoración negativa de una acción, pero no la acción misma.

37 Ahora bien, de ese modo el concepto de acción tampoco puede servir ya de base a las diferenciaciones sistemáticas a las que debería ofrecer una "columna vertebral" en cuanto elemento de unión. Así se reconoce hoy que la delimitación entre autoría y participación, o entre acto preparatorio y tentativa, debe efectuarse de modo distinto en las comisiones y en las omisiones debido a la diferencia de su sustrato material; pero si se cambia el significado de todos los hechos activos convirtiéndolos en omisiones, la delimitación y en general la dogmática tendrían que seguir de modo uniforme las reglas que rigen los delitos de omisión<sup>83</sup>, lo que conduce a resultados inadmisibles y tampoco lo defienden los partidarios del concepto negativo de acción. Cuando Lenckner<sup>84</sup> opina lacónicamente que con el concepto negativo de acción "las cosas... se ponen del revés", se está refiriendo a que la inmensa mayoría de las perturbaciones de la paz se manifiesta como intromisión activa en la esfera jurídica de otros, y a que **con ello** tendrían que entroncar también las valoraciones jurídicas.

38 Por último, el concepto negativo de acción apenas puede cumplir tampoco la función delimitadora. En primer lugar, el contracontrol omitido frente a las tendencias destructivas de la propia psique comienza en la esfera exclusivamente intraanímica, incluso antes de la toma de decisión, y se mueve así en el terreno de la pura *cogitatio*. Y además, aunque es cierto que los efectos corporales condicionados de modo puramente somático y no dominables por la voluntad son "inevitables", también son "inevitables" los cursos causales imprevisibles, que hay que excluir solamente en el tipo, los errores de prohibición excluyentes de la culpabilidad o los hechos de un enajenado, que sin embargo también son acciones para el concepto negativo de acción. Por tanto, en el concepto negativo de acción no se ha introducido la razón específica de la inevitabilidad que excluye no sólo la imputación jurídicopenal en **cualquier** peldaño de la valoración, sino precisamente la imputación a la **acción**.

---

\* El § 248 b StGB tipifica la utilización ilegítima de vehículos, y el § 904 BGB regula el llamado estado de necesidad agresivo del Derecho civil: ver *infra* § 16 B [N. del T.].

<sup>82</sup> El mismo Behrendt, 1979, 106 s., se da cuenta de esa dificultad.

<sup>83</sup> Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 296 n. 21; cfr. tb. Wessels, AT<sup>23</sup>, § 3 II 1, antes de a.

<sup>84</sup> Sch/Sch/Lenckner<sup>24</sup>, antes del § 13, nm. 36.

La aparición de la idea de evitabilidad en todas las categorías de la estructura del delito nos muestra de qué se trata en realidad: no de un concepto de acción, sino de un punto de vista de imputación, como efectivamente se había manifestado ese *topos* en ese solo sentido antes de Herzberg. Los requisitos respectivamente distintos de la acción, el injusto y la culpabilidad sólo se dan en todos los casos si el autor no los ha evitado aunque podía evitarlos. Por consiguiente, la elaboración del principio de evitabilidad desde los puntos de vista valorativos de las diversas categorías del delito es una importante misión dogmática<sup>85</sup>, sobre la que habremos de volver frecuentemente; pero ésa no es la misión del concepto de acción.

#### 6. La absorción de la acción por el tipo

Las graves objeciones que se pueden formular contra todos los conceptos de acción desarrollados hasta hoy han dado lugar a que de modo creciente se saque la resignada conclusión de que hay que abandonar la idea de un concepto de acción pretípico y con validez general, y que en su lugar, como ya tenía en mente Radbruch<sup>86</sup>, hay que erigir la tipicidad en concepto fundamental del sistema del Derecho penal<sup>87</sup>. Según esta opinión, en el marco del tipo también se puede satisfacer la necesidad de excluir de antemano ciertos fenómenos como objeto de valoración jurídicopenal. Y como de todos modos, del concepto de acción no se pueden deducir consecuencias prácticas, es muy frecuente considerar como poco fructífero seguir realizando esfuerzos dogmáticos en torno al mismo; pues realmente, injusto y culpabilidad son con mucho las categorías dogmáticas más importantes.

Sin embargo, no se puede dejar sencillamente de lado la cuestión de la acción. En efecto, incluso aunque se comience la estructura sistemática por el tipo, no se puede por menos que hablar de acción típica o de conducta típica; pero en tal caso se plantea de inmediato la cuestión de qué es esa "acción" o la "conducta", a la que se atribuye la calificación de "típica"<sup>88</sup>. Además, tiene que haber un sustrato común al que se puedan vincular las valoraciones jurídicopenales, pues si según opinión casi unánime no son ade-

<sup>85</sup> Para cuya solución constituyen valiosas aportaciones los trabajos de Herzberg y Behrendt.

<sup>86</sup> Radbruch, Frank-FS, t. I, 1930, 161 s.

<sup>87</sup> Bockelmann, 1972, 1310 ss.; Bockelmann/Volk, AT<sup>4</sup>, § 11; v. Bubnoff, 1966, 149 ss.; Gallas, ZStW 67 (1955), 8 ss.; Klug, 1960, 37 ss.; Marinucci, 1971; Noll, 1971, 21 ss.; Otter, 1973, espec. 136 s.; Schmidhäuser, LB AT<sup>2</sup>, 7/32; Sch/Sch/Lenckner<sup>24</sup>, antes del § 13, nm. 37. Yo mismo he tendido también hacia ese punto de vista en ZStW 74 (1962), 515 ss. [= Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, en Roxin, Problemas básicos del DP, trad. de Luzón, 1976, 84 ss.; N. del T.].

<sup>88</sup> Cfr. Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 81; Wessels, AT<sup>23</sup>, § 3 II 1, antes de a; igualmente Hirsch, ZStW 93 (1981), 846, aunque limitándose a "los elementos generales de un hacer"; similar tb. Arm. Kaufmann, 1982, 21, 32 (sobre Kaufmann con más detalles Baumann, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 181).

cuados para ello fenómenos como pensamientos, *vis absoluta*, etc., entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los conviertan en “acciones”<sup>89</sup>; y no es nada superfluo buscarlas, sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción (como “elemento de enlace o unión”).

### III. El concepto personal de acción

#### 1. La acción como manifestación de la personalidad

- 42 Un concepto de acción ajustado a su función se produce si se entiende la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que significa lo siguiente: En primer lugar es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción<sup>90</sup>, y eso falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (“somática”<sup>91</sup>) del hombre, o “del ámbito material, vital y animal del ser”<sup>92</sup>, sin estar sometidos al control del “yo”, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño, o en un delirio o en un ataque convulsivo, el mismo golpea en torno suyo, o si reacciona de modo puramente reflejo, todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones **de la personalidad**, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la “persona”. Por otra parte, es evidente que los pensamientos y los impulsos de la voluntad pertenecen a la esfera espiritual-anímica de la persona, pero en tanto permanecen encerrados en lo interno y no se ponen en relación con los sucesos del mundo exterior, no son **manifestaciones** de la personalidad y por tanto no son acciones.

#### 2. Concepciones próximas

- 43 Entender la acción como “manifestación de la personalidad” no es algo nuevo en la medida que supone una caracterización con contenido positivo de aquello que resulta como característica general cuando se ha excluido todo

<sup>89</sup> Similar Maiwald, ZStW 86 (1974), 651 s., en referencia a la distinción de la *cogitatio*. Tb. Bloy, ZStW 90 (1978), 632, opina: “El ‘injusto típico’ no es en sí mismo suficiente como base, ya que el concepto de acción ha de asegurar que exista un objeto idóneo para la valoración jurídicopenal”.

<sup>90</sup> Así ya, casi textualmente, mi definición en Radbruch-GS, 1968, 262.

<sup>91</sup> Maiwald, ZStW 86 (1974), 635.

<sup>92</sup> Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 106. En cambio, Michaelowa, 1968, 82, califica como acción “toda manifestación humana del ser”, aunque se trate de un mero producto corporal sin participación psíquica; pero con ello se coloca la acción al mismo nivel que los efectos de la naturaleza y ya no puede cumplir su función de delimitación y de enlace.

lo que, según consenso general, **no** aparece como acción. Pero sin embargo, ese fenómeno tan claro de la “manifestación de la personalidad” es deformado en la mayoría de las teorías de la acción reduciéndolo a detalles naturalísticos (como “voluntariedad” o “corporalidad”) y a formas de aparición especialmente marcadas (“finalidad”), o sobrecargándolo con valoraciones anticipadas (como “social” o “no evitación evitable”). Las concepciones más próximas a la aquí defendida son el desarrollo autónomo de la idea de la atribuibilidad personal por parte de Rudolphi<sup>93</sup> y la concepción de Arthur Kaufmann<sup>94</sup>, que ya en el año 1966 esbozó una “teoría personal de la acción”, concibiendo la acción como “objetivación de la persona”<sup>95</sup>.

No obstante, no siempre puedo seguir a Arthur Kaufmann en sus precisiones concretas en el sentido de que actuar ha de ser la “configuración responsable y con sentido de la realidad con consecuencias causales dominables por la voluntad”<sup>96</sup>. En efecto, los hechos de un enfermo mental, p.ej., son ciertamente manifestaciones de la personalidad, pero no se pueden describir bien como “configuración responsable y con sentido de la realidad”, pues en general hay que decir que Kaufmann restringe excesivamente el concepto personal de acción al vincularlo a la “libertad”. Del mismo modo, la imputación de las “consecuencias causales” no es un problema de la acción, sino del tipo. Por otra parte, cuando Jescheck<sup>97</sup> define la “conducta” como “libre” respuesta a posibilidades de acción de que se dispone y, de modo muy similar, E. A. Wolff<sup>98</sup> caracteriza su “concepto individual de acción” como el “echar mano, libremente y con sentido, a una posibilidad abierta para el individuo”, igualmente se pueden considerar tales conceptos como descripciones de una “manifestación de la personalidad”; pero dicha caracterización también me parece demasiado estrecha: Si un omitente no es consciente en absoluto de la llamada de la norma, su conducta frecuentemente no se podrá interpretar como “respuesta”, del mismo modo que por regla general falta la “libertad” como mínimo en los hechos no culpables, que sin embargo también son acciones. En cambio, conforme a la opinión aquí mantenida no supone ninguna dificultad concebir p.ej. el olvido como manifestación de la personalidad y por tanto como acción. Es cierto que el mismo difícilmente puede concebirse como una “respuesta” a algo (Jescheck), o como un “echar mano, libremente y con sentido, a una posibilidad” (Wolff), o como una “configuración con sentido de la realidad” (Arth. Kaufmann), pero ya en el campo prejurídico se le puede atribuir a cualquiera su olvido como obra **suya**, y eso basta para una manifestación de personalidad. De igual modo, es cierto que los hechos de un enfermo mental no se pueden calificar como “libres” o como “responsables”, pero sí que son manifestaciones de una personalidad (aunque sea enferma y enloquecida) y pueden ser atribuidas a su (anormal) esfera anímico-espiritual; y precisamente ahí radica la diferencia con una no-acción, en la que ello no es posible. También está próxima a las posiciones recién mencionadas y a la concepción aquí defendida la teoría de Gimbernat<sup>99</sup>, que parte del supraconcepto de “comportamiento” como una “relación del hombre con su mundo circundante” y para ello requiere que “en

<sup>93</sup> SK<sup>5</sup>-Rudolphi, antes del § 1, nm. 17 ss., enlazando con mis planteamientos en la Radbruch-GS, 1968, 262 s.

<sup>94</sup> Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 79 ss. (101). Se apoya en parte en la teoría personal de la acción de Arth. Kaufmann, y en parte en las teorías de la acción de los hegelianos del siglo XIX, el “concepto liberal de hecho punible” de Schild (AK-Schild, antes del § 13, nm. 2 ss.).

<sup>95</sup> También van en la dirección aquí emprendida las reflexiones de Maiwald, ZStW 86 (1974), 655, que sin embargo renuncia conscientemente a desarrollar un concepto propio de acción.

<sup>96</sup> Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 116.

<sup>97</sup> Jescheck, Eb. Schmidt-FS, 1961, 151 s.; idem, AT<sup>4</sup>, § 23 IV 1.

<sup>98</sup> E. A. Wolff, 1964, 17.

<sup>99</sup> Gimbernat Ordeig, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 164.

primer lugar: el yo se encuentre en situación consciente, y en segundo lugar —dando por supuesta la consciencia— que fuera físicamente posible otra posición”.

- 45 También guarda similitud con la concepción de la acción como manifestación de la personalidad la teoría desarrollada por Hruschka<sup>100</sup> enlazando con las investigaciones de la filosofía moral anglosajona, y según la cual “acción” es la aplicación de una “regla” por un sujeto, y a ese respecto, puede tratarse de reglas de la experiencia, de la lógica, de la gramática, de un juego, etc. En efecto, si p.ej. se considera también a las “reglas” autoimpuestas como aplicación de reglas, se podría considerar las manifestaciones de personalidad en sentido amplio como aplicaciones de reglas. Pero aun así dicho concepto seguiría siendo en parte demasiado estrecho, y en parte demasiado amplio: demasiado estrecho porque no se ajusta a las omisiones (¡piénsese en el ya citado olvido!), las cuales también son definidas por Hruschka como “no aplicación de una regla”<sup>101</sup>, con lo que de nuevo llega a la bipartición del sistema efectuada por Radbruch; y demasiado amplio, porque la ideación de un plan delictivo seguramente es una aplicación de reglas (del pensamiento y la experiencia), pero por falta de “manifestación” precisamente no es una acción<sup>102</sup>. Y además Hruschka presta excesiva atención al hecho de que toda aplicación de una regla presupone la “conciencia de la aplicación de la regla”<sup>103</sup> (sobre la cuestión de la conciencia cfr. para más detalles nm. 60 ss.)<sup>104</sup>.
- 46 Conectando con modernos esfuerzos de la filosofía del lenguaje, Kindhäuser<sup>105</sup> desarrolla el concepto de “acción intencional”, según el cual acción es “un hacer decidible, mediante el cual el agente está en condiciones de provocar un acontecimiento. Peculiaridades se presentan en las acciones omisivas, en cuanto que en ellas los resultados de la acción no son acontecimientos sino acciones”<sup>106</sup>. En este contexto, con la palabra “decidibilidad” se quiere significar que el hacer puede ser objeto de una posible decisión, lo que no sucede en los movimientos involuntarios (como el estornudo o la digestión). La omisión se determina en cuanto “admitir” de tal manera que supere “el test del hacer”<sup>107</sup>; y a ese respecto, por hacer se entiende prácticamente lo que aquí hemos denominado “manifestación de la personalidad”. Dolo e imprudencia deben encajar por igual en ese concepto de acción: “En ambas manifestaciones el agente está en cada caso en condiciones de provocar un acontecimiento mediante un hacer decidible —en un caso el acontecimiento es el objeto intencional del hacer, y en el segundo caso el acontecimiento es evitable y previsible—. Ambas formas de imputación requieren la posibilidad de control”<sup>108</sup>. La verdad es que es difícilmente inteligible cómo se puede seguir encajando el segundo caso en el criterio de la intencionalidad<sup>109</sup>, pero en conjunto Kindhäuser llega a resultados similares a los aquí defendidos. No obstante, me parece que los esfuerzos de la filosofía del lenguaje y de la teoría analítica de la acción<sup>110</sup> no llevan más allá de donde ha llegado el desarrollo de la teoría de la acción por la propia teoría del Derecho penal en las últimas décadas; y por otra parte es interesante ver cómo la filosofía y la teoría de la ciencia pueden apoyar perfectamente soluciones de la reciente teoría jurídicopenal de la acción. También Schmidhäuser apela a una teoría intencional de la acción

<sup>100</sup> Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, 13.

<sup>101</sup> Hruschka, 1976, 60 s.

<sup>102</sup> Cfr. Stratenwerth, *ZStW* 91 (1979), 911, que alude al problema del “cálculo mental”.

<sup>103</sup> Hruschka, 1976, 25.

<sup>104</sup> Para un enjuiciamiento crítico de la posición de Hruschka cfr. las recensiones de Stratenwerth, *ZStW* 91 (1979), 906 ss., y Küper, *GA* 1978, 158 ss., así como Kindhäuser, 1980, 197 ss.

<sup>105</sup> Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, 1980; sobre “análisis causal y adscripción de la acción”, Kindhäuser, *Kausalanalyse und Handlungszuschreibung*, *GA* 1982, 477.

<sup>106</sup> Kindhäuser, 1980, 202 s. (casí textualmente coincidente en pp. 175, 211, 213, 214, 215, 216).

<sup>107</sup> Kindhäuser, 1980, 176.

<sup>108</sup> Kindhäuser, 1980, 211.

<sup>109</sup> Cfr. tb. Jakobs *AT*<sup>1</sup>, 1983, 6/11, n. 43: “La cruz de esta solución sigue siendo —al igual que para los finalistas— la imprudencia. La interpretación de Kindhäuser como intencionalidad potencial adolece de los mismos defectos de los que adolecía la finalidad potencial”.

<sup>110</sup> Influyente a ese respecto Anscombe, *Intention*, 1957.

("acción como hacer querido")<sup>111</sup>, pero su concepto de acción está limitado sólo a los delitos comisivos y es concebido como "parte del suceso abarcado en el tipo de injusto". A Schmidhäuser se le adhiere su discípulo Alwart en su escrito, más filosófico-jurídico que jurídico-penal, "Recht und Handlung" ["Derecho y acción"] (1967), en el que se desarrollan los "rasgos básicos de la teoría hermenéutica de la acción" (pp. 110 ss.). Por último, Kargl, basándose en una "teoría cognitiva de la acción", define el actuar como "conducta de decisión determinada por la situación y responsable" (1991, 518); y también es escéptico frente a un concepto pretípico de acción.

### 3. El concepto personal de acción como elemento básico

En primer lugar, el concepto de acción como manifestación de la personalidad es idóneo como elemento básico, al abarcar todas las formas de manifestación de la conducta delictiva y, aparte de ello, todo lo que en el campo prejurídico tiene sentido calificar como "acciones". Las acciones dolosas e imprudentes son manifestaciones de personalidad tanto como las omisiones. E incluso la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad que se le puede imputar al sujeto como infracción de la norma y contraria a la prohibición, como "obra" suya; si no se pudiera, no sería posible tampoco fundamentar la antijuridicidad o incluso la punibilidad de aquélla. Así p.ej., aunque el autor de una omisión por ignorancia inculpable de la norma se halle en error de prohibición invencible, su omisión es una manifestación —si bien no reprochable jurídicopenalmente— de personalidad.

El concepto de acción aquí sostenido también es comprensivo en el sentido de que abarca, no un elemento parcial cualquiera del suceso, sino este mismo suceso en su totalidad. En el enjuiciamiento del suceso como manifestación de personalidad penetran finalidades subjetivas y consecuencias objetivas, así como valoraciones personales, sociales, jurídicas y de otro tipo, y sólo el conjunto de todas ellas agota su contenido significativo. Pero así como los peldaños valorativos del injusto y la culpabilidad se basan respectivamente en el suceso completo, pero éste sólo se tiene en cuenta en la medida en que sea necesario para el correspondiente aspecto valorativo (cfr. sobre ese problema sistemático básico *supra* § 7, nm. 57 ss.), así también desde el punto de la acción sólo se necesita examinar lo que es necesario para comprobar que en todo caso concurre una manifestación de la personalidad. Así p.ej., si al limpiar una escopeta se escapa un tiro, el examen de si concurre una acción sólo tiene que extenderse a la cuestión de si acaso el suceso no ha sido causado por *vis absoluta*, por un puro movimiento reflejo o algo similar; en cambio, cuestiones como si concurre, y con respecto de qué concurre, tentativa o consumación, y dolo o imprudencia, no son todavía importantes en este contexto —por más que afecten

<sup>111</sup> Schmidhäuser, *StuB AT* 2, 5/5-13; cfr. tb. *idem*, *Arm. Kaufmann-GS*, 1989, 131 ss. (espec. 149 ss.).

a la clase y forma de manifestación de personalidad— y sólo cobran relevancia en el marco de posteriores peldaños valorativos.

- 49 Por tanto está mal planteada la cuestión de si determinadas circunstancias (como causalidad, finalidad, resultado, relevancia social, etc.) “pertenecen” a la acción. Todo ello, en su caso, pertenece a la misma, como también forma además el sustrato del juicio de injusto o de culpabilidad; pero sólo es importante para el examen de la acción en la medida que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad. Así, en un caso concreto puede que para comprobar que hay una acción sea necesario incluir también aspectos sociales y jurídicos (cfr. para más detalles nm. 51 ss.), pero por regla general no hace ninguna falta. Tampoco es preciso incluir el resultado en el examen de la acción; pues, aunque algunas manifestaciones de la personalidad llevan consigo muchos resultados —extrajurídicos y jurídicos—, que en ese caso caracterizan a su vez más de cerca a la manifestación de la personalidad, no obstante su existencia es independiente del resultado y además los resultados extrajurídicos son indiferentes para el Derecho penal, mientras que los jurídicos sólo cobran importancia en la imputación al tipo.

#### 4. El concepto personal de acción como elemento de enlace o unión

- 50 El concepto de “manifestación de la personalidad” también es idóneo como elemento sistemático de enlace o unión. Certeramente expuso Engisch <sup>112</sup> “que la imagen del mundo propia del Derecho debe ser depurada de dos clases de falsificaciones:... la normativista y la naturalística”, y que por contra la imagen del mundo propia del jurista está marcada por el mundo “socio-natural” de la “experiencia cotidiana” <sup>113</sup>. Con ello concuerda el concepto de la “manifestación de la personalidad”, que enlaza con la forma **prejurídica** de entender la acción, sin distanciarse de la concepción ordinaria de la vida de un modo naturalista (como el “movimiento muscular”) o normativista (como la “no evitación evitable”), y que simultáneamente abarca gráficamente el fragmento de la realidad relevante para una primera y previa valoración **jurídica**. Dicho concepto designa el “sustantivo” al que se pueden vincular sin fuerza, y sin que fueran prejuizadas por ello, todas las demás valoraciones jurídicopenales. Describir un delito como manifestación de la personalidad típica, antijurídica y culpable se ajusta exactamente a la situación real.

- 51 Sin embargo, también es cierto que el concepto de “manifestación de la personalidad” no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en el ámbito de la omisión dicho concepto tampoco puede prescindir sin excepciones de la valoración jurídica. En efecto, una omisión sólo llega a ser una manifestación de la personalidad

<sup>112</sup> Engisch, <sup>2</sup>1965, 13.

<sup>113</sup> Engisch, <sup>2</sup>1965, 15.

a través de una expectativa de acción: pues teóricamente se podrían hacer diariamente las cosas más peculiares, p.ej. trepar por los postes de las farolas, abofetear a inofensivos peatones, etc., pero no haberlo hecho no es una manifestación de la personalidad ni por tanto una acción mientras nadie espere algo semejante. Por regla general las expectativas, que son las que hacen que una "nada" meramente existente como posibilidad conceptual se convierta en una manifestación de la personalidad, están socialmente fundadas y por tanto son separables de la esfera de la valoración jurídica (o sea, del tipo). Así, si alguien a propósito no saluda a un viejo conocido, ello es una manifestación de la personalidad y por tanto, desde el punto de vista jurídico, una acción (en forma de omisión), ya que conforme a los usos sociales habría sido esperable un saludo; en cambio, la cuestión de si esa manifestación de personalidad es una injuria (§ 185) queda reservada para el examen del tipo y es independiente de su cualidad de acción. Igualmente concurre ya una acción al margen de toda valoración jurídicopenal en caso de que alguien no se preocupe de un accidentado, pues dado que la expectativa social se dirige hacia la ayuda al prójimo, la denegación de la misma es una manifestación de la personalidad; mientras que decidir si cumple el tipo del § 212 o del § 223, del § 323 c o absolutamente ningún tipo, vuelve a ser una cuestión que en principio es indiferente para la acción. Pero hay casos, sobre todo en el Derecho penal accesorio, en los que una expectativa de acción sólo y únicamente se fundamenta mediante un precepto jurídico. Así, cuando el legislador (en el campo de la economía, el comercio y la industria) establece determinados deberes de aviso o de entrega y amenaza con penar la vulneración de los mismos, es la creación del tipo lo que por primera vez convierte el no hacer en una omisión; pues mientras el aviso o la entrega no se exijan jurídicamente, sería absurdo realizarlo, y en tal caso su no realización no es una manifestación de la personalidad ni una acción (en el sentido amplio, comprensivo de la omisión), sino una nada. En tales supuestos no hay acción antes del tipo, sino que el tipo es el presupuesto de aquélla.

Por consiguiente, para el concepto de acción aquí defendido también resulta **52** que en parte de las omisiones <sup>114</sup> no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo. Pero ello no priva de valor al criterio de la "manifestación de la personalidad" en su función de elemento de enlace, pues un concepto de acción materialmente adecuado no debe ocultar, sino poner de manifiesto los datos y circunstancias reales, y

<sup>114</sup> Gallas, ZStW 67 (1955), 9-12, supone que esto sucede en todas las omisiones, dado que las "expectativas extrajurídicas" no pueden fundamentar la concurrencia de una "omisión en sentido jurídico" (loc. cit., 10). Pero de ese modo la concurrencia de una "omisión en sentido jurídico" se restringe de antemano, sin necesidad e inconsecuentemente, a las omisiones típicas, mientras que, en cambio, en los delitos comisivos también se reconocen acciones pretípicas como "acciones en sentido jurídico".

lo que se ajusta a la realidad de la existencia humana es que no son sólo elementos corporales y psíquicos, sino también múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, pero también jurídicas, quienes codeterminan en su sentido las manifestaciones de la personalidad y a veces las constituyen por vez primera. En las acciones comisivas no hace falta recurrir ni a la categoría de lo social ni a la de lo jurídico para comprobar si concurre o no una manifestación de la personalidad; y en la mayoría de las omisiones ello se desprende ya de la inclusión de la esfera social, pero en otras es preciso incluso el mandato jurídico como condición necesaria para la posibilidad de una manifestación de la personalidad.

- 53 De un concepto de acción no se puede exigir sino que deje eso claro. Esa intersección entre acción y tipo, comprobable en una pequeña parte de las conductas delictivas —y cuyo ámbito es sustancialmente más reducido que en el concepto negativo o en el social de acción—, no supone una “deficiencia estética” que quizás se pudiera evitar con un concepto de acción seleccionado con más fortuna, sino un hallazgo situado en la materia misma y que en su dimensión y límites no es abarcado por ningún otro concepto de acción con tanta exactitud como lo hace el criterio de la manifestación de la personalidad. A lo sumo ello podría ser perturbador desde la perspectiva de un sistema de elementos que atomice la unidad del suceso completo y que crea poder ordenar cada factor exclusivamente en un determinado “piso o planta” del sistema (cfr. § 7, nm. 76); en cambio, para un sistema teleológico-valorativo es algo normal el que una y la misma circunstancia (aquí, un mandato de actuación) pueda ser relevante bajo los aspectos de valoración de diversas categorías delictivas (aquí, tanto la acción como el tipo) (cfr. § 7, nm. 76). Allí donde el “objeto de la valoración” (en este caso, la manifestación de la personalidad) sólo surge a la vida mediante un acto jurídico de valoración (el mandato típico de actuación), también sucede que la acción, como elemento de unión, ha de mostrar ese indisoluble entrelazamiento estructural de ser y deber ser que es característico de esa zona parcial de la conducta delictiva.

#### 5. El concepto personal de acción como elemento límite

- 54 Por último, el concepto de “manifestación de la personalidad” describe también el criterio decisivo para la delimitación entre acción y falta de acción.
- a) En primer lugar, por supuesto que no son acciones los efectos que proceden de animales; la imposición de penas a los animales pertenece a épocas lejanas de la historia del Derecho. Es cierto que se podría discutir acerca de si los animales nunca pueden actuar de modo “voluntario” o “final” (¡piénsese en las manifestaciones de inteligencia de los monos antropoideos!), pero en todo caso sus actuaciones no son “manifestaciones de la personalidad”.
- 55 b) Tampoco son acciones conforme al Derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, pues, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pueden manifestarse a sí mismas. Sólo “órganos” humanos pueden actuar

con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica.

Esto suena a obviedad, pero no lo es. Dado que existe la necesidad de volver a privar a la persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos y que también en otros aspectos se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU. Y también es verdad que el Derecho alemán conoce la multa contra personas jurídicas y agrupaciones de personas como "consecuencia accesoria" de delitos o de contravenciones administrativas que se hayan cometido al actuar por personas jurídicas o agrupaciones de personas (§ 30 OWiG). Por tanto, en el Derecho contravenacional son posibles sanciones, en su caso, incluso sin concurrir una "acción". Y aquí podemos dejar de lado —dada la distinta concepción y estructura del Derecho contravenacional— la muy discutida cuestión de si ello es justificable, pues en todo caso, en Derecho penal hay que recurrir a otros medios para combatir la criminalidad económica; en la medida que no baste a efectos de prevención general con la privación de ganancias mediante la confiscación y el comiso (§§ 73 ss.), habrá que intervenir con penas privativas de libertad contra los órganos y gestores responsables <sup>115</sup>.

No obstante, en los últimos años y siguiendo una tendencia internacional <sup>115a</sup>, también se ha vuelto a encender vivamente en Alemania la discusión sobre qué sanciones se pueden imponer por el comportamiento de las corporaciones <sup>115b</sup>. El trasfondo de la discusión es el interés por poder combatir más eficazmente los delitos económicos o medioambientales, pero también p.ej. el lavado de dinero dentro de la criminalidad organizada; pero aún no está nada claro cómo se debería hacer, pues las propuestas formuladas hasta el momento difieren ampliamente unas de otras. **56a**

Un sector recurre a la "segunda vía" del Derecho penal (cfr. § 3, nm. 54 ss.) y propone un "modelo de medidas de seguridad" que sirva "como base legitimadora de sanciones complejas, que unan elementos represivos y preventivos, para las personas jurídicas". Como "principios legitimadores" se proponen el "estado de necesidad preventivo" y el "principio de impulso" <sup>115c</sup>. Por su parte, Otto pretende emplear la multa no penal como instrumental sancionador del Derecho de vigilancia económica y de ese modo sustraer una zona importante del Derecho contravenacional a las categorías jurídicopenales. **56b**

Pero también hay defensores de castigar directamente a las personas colectivas (H. J. Schroth). Una parte de éstos sostiene que se puede tratar a las personas colectivas como a las personas reales (Hirsch), y se intenta superar su falta de capacidad de acción mediante la construcción de que las personas colectivas actúan a través de sus órganos, mientras que el reproche de culpabilidad por el fallo de aquéllos se les debe imputar directamente a las personas colectivas. Ahora bien, dicho "modelo simple de imputación" tropieza con la objeción de que la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva <sup>115d</sup>. Frente a esto, el "modelo de analogía en la culpabilidad" desarrollado por Tiedemann se basa en la idea de que a la persona colectiva le afecta una culpabilidad propia por su organización. No obstante, la culpabilidad de la persona colectiva en ese sentido (al **56c**

<sup>115</sup> Cfr. sobre todo ello, sintetizando y con ulteriores citas, Jescheck, AT<sup>4</sup>, § 23 V.

<sup>115a</sup> Una visión de conjunto en Derecho comparado en LK<sup>11</sup>-Schünemann, § 14, nm. 74 ss.

<sup>115b</sup> Achenbach, JuS 1990, 601; Alwart, ZStW 105 (1993), 752; Hirsch, 1993; Otto, 1993; H. J. Schroth, 1993; Schünemann, 1979; idem, wistra 1982, 41; idem, 1992; Stratenwerth, Rud. Schmitt-FS, 1992, 295; Tiedemann, NJW 1988, 1169; idem, 1989; idem, Stree/Wessels-FS, 1993, 527; Volk, JZ 1992, 429.

<sup>115c</sup> LK<sup>11</sup>-Schünemann, § 14, nm. 78, remitiéndose a sus trabajos anteriores; cfr. n. 115b; a favor de un modelo de medidas de seguridad tb. Stratenwerth (como en n. 115b).

<sup>115d</sup> LK<sup>11</sup>-Schünemann, § 14, nm. 78, que califica la concepción de Hirsch como "extraordinariamente sorprendente precisamente para un defensor del finalismo ortodoxo".

igual que sucede ya con su acción) sigue siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa no puede ser realizada por la propia persona colectiva, sino por sus directivos. Otras opiniones tienden nuevamente a desarrollar “reglas de imputación corporativas” propias de las personas colectivas (Volk); en cuyo caso habría que formar un concepto de acción “supraindividual” independiente para las personas colectivas, e igualmente el injusto y la culpabilidad tendrían que ser sustituidos por otras categorías o rellenados con otros contenidos. En definitiva, habrá que esperar a ver cómo sigue evolucionando la discusión.

**Bibliografía:** Busch, Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände, 1933; Schmitt, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958; Seiler, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967; Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht; idem, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra 1982, 41; Tiedemann, Die “Bebufung” von Unternehmen nach dem 2. WiKG, NJW 1988, 1169; idem, Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von jur. Personen und ihren Organen, en: Eser/Thormundsson, Criminal Legislation, 1989, 157; Achenbach, Die Sanktionen gegen Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS 1990, 601; Deruyck, Verbandsdelikt und Verbandssanktion, tes. doct. Gießen, 1990; idem, Probleme der Verfolgung und Ahndung von Verbandskriminalität im deutschen und belgischen Recht, ZStW 103 (1991), 705; Schünemann, Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?, en: Intern. Conference on Environmental Criminal Law, Taipai 1992, 433; Stratenwerth, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Rud. Schmitt-FS, 1992, 295; Achenbach, Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, Stree/Wessels-FS, 1993, 545; Alwart, Strafrechtliche Haftung des Unternehmens etc., ZStW 105 (1993), 752; Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; Otto, Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden, 1993; H. J. Schroth, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte, 1993; Tiedemann, Strafrecht in der Marktwirtschaft, Stree/Wessels-FS, 1993, 527; Volk, Zur Bestrafung von Unternehmen, JZ 1993, 429; Erhardt, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994.

Cfr. además la relación bibliográfica contenida en LK<sup>11</sup>-Schünemann, § 14, antes de nm. 74.

- 57 c) Aparte de esto, no son acciones los meros pensamientos, actitudes internas, disposiciones de ánimo y todos los afectos que permanezcan en la esfera interna<sup>116</sup>. *Cogitationis poenam nemo patitur*: nadie sufrirá una pena por sus pensamientos, decía ya el jurista romano Ulpiano (aprox. 170-228 d. C.). La planificación delictiva, situada todavía en la fase de las ideas, en el caso concreto se puede explorar con métodos psicológicos, pero desde luego cae de antemano fuera del campo del Derecho penal; pues aunque es cierto que en el pensamiento vive la personalidad de su creador, sin embargo falta la “manifestación” de la personalidad mientras el pensamiento sigue encerrado en el pecho y no se manifiesta. No obstante, también hay que ser consciente de que una acción no requiere necesariamente efectos externos procedentes de una persona; pues ello no sucede en el caso del omitente, que no hace nada y a veces ni siquiera tiene una voluntad dirigida a la omisión. Para admitir que hay una “manifestación” basta con que un suceso del mundo exterior —aunque solamente sea la defraudación de una expectativa de acción, como sucede en la tentativa de omisión— le pueda ser imputado a una determinada persona.

<sup>116</sup> Distinto Jakobs, AT<sup>2</sup>, 6/34: “También son acciones los cálculos mentales, reflexiones, etc.”

d) También falta una manifestación de la personalidad y por tanto una acción allí donde el cuerpo humano “funciona sólo como masa mecánica”<sup>117</sup>, sin que el espíritu y la psique hayan participado de algún modo o hayan tenido oportunidad de intervenir en el suceso. Quien cae al suelo inconsciente y al hacerlo rompe un jarrón, no ha actuado, por lo que no hace falta examinar el tipo de los daños. Lo mismo rige en los casos de movimientos en situación de narcosis, de delirio en alto grado, en estados de desmayo o inconsciencia profundos, en los ataques convulsivos del epiléptico o en el vómito incontenible, en quien bajo embriaguez letárgica rueda calle abajo, etc. Y sobre todo, tampoco son acciones los efectos de la *vis absoluta*: si A arroja con fuerza irresistible a B a través de una luna de cristal, B no ha actuado, mientras que en cambio A debe ser penado por lesiones y daños. Por el contrario, sí que es una acción una conducta forzada mediante *vis compulsiva* (violencia que actúa psíquicamente): si A coacciona a B, amenazándole con una pistola, a que realice una falsedad documental (§ 267), la misma es una manifestación de la personalidad de B motivada por la amenaza de muerte, por lo que actúa de modo típico-antijurídico, aunque ciertamente disculpado (§ 35). En un caso así sólo faltaría la acción si A, estando B encadenado y resistiéndose, le llevara la mano con fuerza material obligándole a escribir los trazos de la falsificación.

Todo ello rige también —*mutatis mutandis*, ya que falta el efecto corporal— para las acciones omisivas. El sujeto desmayado o inconsciente no sólo no puede cometer nada, sino que tampoco puede omitir nada. Y en caso de inactividad hay que añadir además el supuesto de que el centro personal de acción esté intacto como tal, pero vea impedida por fuerza física la manifestación requerida: así, el padre atado de pies y manos, que tiene que ver sin poder evitarlo el asesinato de su hijo, no ha omitido impedir su muerte; y lo mismo sucede en la inactividad del tullido, en el silencio del mudo o en los demás casos de absoluta incapacidad de acción.

e) En una discutida zona límite se penetra en el caso de los movimientos reflejos, automatismos, hechos producidos bajo impulsos afectivos de alta intensidad o en embriaguez “sin sentido”.

**Ejemplo 1** (OLG Hamm NJW 1975, 657): En el momento en que una automovilista tomaba una curva, de repente entra desde fuera del vehículo un insecto que se lanza contra su ojo; la conductora hace un “movimiento defensivo brusco” con la mano y pierde por ello el control del vehículo y provoca un choque.

En tales reacciones espontáneas apenas es perceptible una voluntad consciente en el sentido de pensar en ello. Por tanto, si desde la perspectiva del concepto natural de acción se exige un movimiento muscular ejecutado cons-

<sup>117</sup> Schewe, 1972, 24.

cientemente, o desde la visión del finalismo se requiere un control planificado, realmente habría que rechazar que en esos casos concurra una acción <sup>118</sup>. Y sin embargo lo correcto es afirmar que concurre (así tb. OLG Hamm), pues se da —aunque sea sin reflexión consciente— un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una manifestación de la personalidad <sup>119</sup>. Por tanto, los movimientos reflejos únicamente no son acciones cuando “la excitación de los nervios motores no está bajo influencia psíquica”, sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento (OLG Hamm, loc. cit.), como p.ej. sucede en el involuntario cerrar de ojos por chocar un objeto contra ellos o en las convulsiones por una descarga eléctrica o en las comprobaciones médicas de los reflejos.

- 61 Ejemplo 2** (OLG Frankfurt VRS 28 [1965], 364): Una mujer que conduce de noche un coche por la autopista a 90 km/h., ve de pronto a una distancia de 10 a 15 metros por delante un animal del tamaño de una liebre, por lo que gira “el coche a la izquierda” y choca contra la valla divisoria, produciéndose la muerte de la acompañante.

Aquí la reacción evasiva es una “acción automatizada”, una disponibilidad de acción adquirida mediante larga práctica y que llegado el caso se transforma en movimientos sin reflexión consciente. En el ser humano están ampliamente automatizados los movimientos constantemente repetidos y su curso, y así sucede p.ej. al caminar, pero también en la conducción automovilística: “El manejo del freno, embrague, cambio de marcha, acelerador y volante se produce en gran medida inconscientemente” <sup>120</sup>. En el caso normal ello es absolutamente adecuado, pues acelera la reacción en situaciones en que una reflexión duraría demasiado tiempo; pero en el caso concreto pueden producirse reacciones equivocadas, que en tal caso tienen lugar tan poco “conscientemente” como las maniobras con éxito. Pero las disposiciones para la acción aprendidas pertenecen a la estructura de la personalidad, y su desencadenamiento es manifestación de ésta, con independencia de si en determinadas situaciones conduce a consecuencias provechosas o nocivas <sup>121</sup>.

<sup>118</sup> Así lo ha expuesto convincentemente desde la situación de la investigación médico-psiquiátrica Schewe, 1972, 24. La cuestión de si aquí aún es posible hablar de consciencia depende ciertamente también de si se elige un concepto de consciencia estricto o amplio; cfr. Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 337 s.

<sup>119</sup> Otra cuestión distinta es la de si tanto en este como en el siguiente ejemplo hay punibilidad y en su caso comisión u omisión, dolo o imprudencia, pero dicha cuestión aún no afecta al examen de la acción y debe investigarse posteriormente, en los contextos correspondientes. Jakobs admite que hay acción “en cuanto que el automatismo es anulable por vía motivatoria y no falta esa posibilidad durante el tiempo que dura el proceso de motivación” (AT <sup>2</sup>, 6/38).

<sup>120</sup> Spiegel, DAR 1968, 285.

<sup>121</sup> Por el contrario, Franzheim, NJW 1965, 2000, rechaza que hubiera acción en caso decidido por el OLG Frankfurt; asimismo en contra de la admisión de una acción en una situación equivalente, AG Castrop-Rauxel DAR 1965, 31. Igual que aquí en cuanto a los resultados la doc. totalmente dom.; cfr. Sch/Sch/Lenckner <sup>24</sup>, antes del § 13, nm. 41, 42, con ulter. citas, y Gimbernat Ordeig, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 164.

**Ejemplo 3** (OLG Hamburg JR 1950, 408): El sujeto tenía que probar un vestido a una señora y al hacerlo la abrazó. Entonces la señora intentó rechazarlo, pero en ese momento quedó al descubierto su pecho, que el hombre se lanzó a cubrir de besos y a morderlo, causando una herida. 62

En este caso también se ocuparon varias instancias de la cuestión “de que era posible que el mordisco no hubiera sido una acción, sino un acto puramente reflejo y ya no consciente”. Pues bien, difícilmente se puede hablar de un reflejo propiamente dicho, pero sí de una reacción pasional impulsiva, en cuyo caso la psiquiatría frecuentemente niega una toma de decisión concreta y un querer consciente utilizando fórmulas que según el lenguaje jurídico podrían conducir a negar que haya acción<sup>122</sup>. Pero lo correcto es entender que en los hechos pasionales o afectivos los problemas, como por lo demás admite también la jurisprudencia, residen exclusivamente en el campo de la capacidad de culpabilidad; incluso aunque se trate de pasiones de gran intensidad no hay falta de acción, ya que aquellos modos de comportarse que sirven para satisfacer los instintos o, como en el caso de muertes causadas con furia ciega, para descargar la agresividad, están dirigidos a una lesión de un bien jurídico y por tanto son manifestaciones de la personalidad, que de ningún modo están sólo causalmente determinadas.

**Ejemplo 4** (AG Kappeln BA 3 [1965], 31): El inculpaado es conducido a su casa completamente ebrio por una mujer. Al pararse el coche, ésta incita al hombre, que al principio iba durmiendo, a que se ponga al volante y vuelva a poner en marcha el vehículo; el sujeto lo logra, arranca y, tras seguir conduciendo durante un trecho de 1,5 km, causa un accidente. 63

La jurisprudencia intenta distinguir: la embriaguez ordinaria excluye ciertamente la culpabilidad conforme al § 20, pero deja subsistente la acción y con ello la punibilidad en virtud del § 323 a, mientras que la “embriaguez sin sentido” elimina ya la cualidad<sup>123</sup> \* de acción. En el caso descrito el AG absolvió al acusado “por falta de acción”, ya que aquél sólo había sido una “marioneta” en manos de la mujer. Pero la verdad es que siempre (¡y también aquí!) hay una acción si el sujeto bebido aún está en condiciones de emprender movimientos coordinados y con sentido en dirección hacia un fin. Ello es evidente que sucede en la puesta en marcha y conducción de un coche; y para admitir la existencia de una acción es indiferente en qué medida esas conductas se producen conscientemente y pueden ser luego recordadas. Incluso el “zigzag de un borracho”, tan citado como ejemplo de casos de “falta de acción”, sigue siendo un intento (quizás apenas consciente y sólo más o menos afor-

<sup>122</sup> Cfr. al respecto gráficamente Schewe, 1972, 27 ss. y *passim*. En especial sobre la cualidad de acción del hecho pasional o afectivo, detalladamente Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 327 ss.

<sup>123</sup> Detalladamente sobre ello Schewe, 1972, 40 ss.

\* El § 20 StGB contempla la eximente de inimputabilidad por trastornos mentales, sean patológicos o transitorios (en donde puede encajar la embriaguez); pero el § 323 a castiga la provocación dolosa o imprudente de una embriaguez total excluyente de la culpabilidad y en la que se comete un hecho antijurídico [N. del T.].

tunado) de andar, y por eso es una acción y no un mero proceso causal procedente de la esfera somática <sup>124</sup>. Sólo se excluirá la acción si los movimientos del borracho ya no permiten reconocer una relación con el medio circundante.

- 64 Como resumen, respecto de esos cuatro grupos de casos cabe decir que no se acomodan a ellos criterios tales como “voluntariedad”, “finalidad”, planificación o configuración, si se los vincula con elementos como libertad o consciencia clara. Se trata más bien de la dirección final interna, o de la “finalidad inconsciente” <sup>125</sup>. Y el concepto de acción aquí mantenido puede acoger sin más esas formas de acción, pues hay una manifestación de la personalidad en cuanto nos encontramos con productos de la adaptación del aparato anímico a circunstancias o sucesos del mundo exterior <sup>126</sup>; la personalidad no se deja reducir a la esfera de la consciencia clara como el día.
- 65 Sin embargo, es cierto que la causación psíquica por sí sola, como p.ej. los movimientos causados por sueños de alguien que duerme, aún no da lugar a una acción; pues como esos movimientos, aunque determinados psíquicamente, no muestran la menor relación con el mundo circundante, no entran en el mundo real como fenómenos de manifestación de la personalidad. Por otra parte, en los estados hipnóticos o posthipnóticos, coincidiendo con la opinión actualmente dominante <sup>127</sup>, habrá que afirmar la cualidad de acción en los mismos, pues los hechos cometidos en esos estados son transmitidos psíquicamente y adaptados al mundo circundante. Como quiera que la ejecución de las órdenes hipnóticas choca con una “barrera del carácter” en la persona influida, de tal modo que las acciones extrañas a la personalidad —p.ej. en la sugestión de un delito— tampoco son ejecutadas por el hipnotizado, su atribución a la esfera de la personalidad es posible con independencia de la problemática de la consciencia (aunque naturalmente es distinta la cuestión de la responsabilidad).
- 66 No obstante, hay que tener claro que acción y falta de acción no están separadas mediante una cesura precisa, sino que son fluidos los casos de transición, dado que los productos de la adaptación del aparato psíquico pueden ser tan reducidos que ya no valgan como manifestaciones de la personalidad. O sea que no es cierto, como frecuentemente se piensa, que siempre sea posible distinguir ya “a primera vista” entre acción y no acción <sup>128</sup>. En la zona fronteriza la delimitación no se puede efectuar sin una decisión de valoración jurídica sobre si “el momento de la adaptación regulativa ya se destaca tan claramente que en la valoración jurídicopenal ya no puede ser descuidado como totalmente irrelevante” <sup>129</sup>. El echar mano de criterios normativos no es

<sup>124</sup> Schewe, 1972, 70; LK <sup>9</sup>-Heimann-Trosien, Intr., nm. 32; en cambio, Sch/Sch/Lenckner <sup>24</sup>, antes del § 13, nm. 39, pretenden que sólo se considere acción el andar y no el movimiento errático en zigzag.

<sup>125</sup> Así Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 289, polemizando con las investigaciones de Schewe.

<sup>126</sup> En esa línea se sitúa tb. la delimitación que propone Schewe, 1972, 24, analizando con exactitud los hallazgos de las ciencias naturales para el concepto jurídicopenal de acción.

<sup>127</sup> Cfr. solamente Sch/Sch/Lenckner <sup>24</sup>, antes del § 13, nm. 39; de otra opinión, LK <sup>11</sup>-Jescheck, antes del § 13, nm. 37; Wessels, AT <sup>23</sup>, § 3 II 4.

<sup>128</sup> Correctamente Maiwald, ZStW 86 (1974), 636.

<sup>129</sup> Schewe, 1972, 71.

una desventaja ni algo inusual, sino el procedimiento que hay que utilizar para las delimitaciones en todos los ámbitos del Derecho penal. Las soluciones jurídicas no se derivan nunca de hallazgos puramente ónticos, sino sólo y en todo caso de la aplicación a aquéllas de los criterios normativos decisivos. Y por lo demás, la delimitación aquí propuesta es sencilla y practicable en cuanto que evita sobrecargar el concepto de acción con los difíciles problemas que efectivamente se presentan en el campo de la imputación del injusto y de la culpabilidad en los hechos pasionales o en estado de embriaguez, o en las reacciones espontáneas y en los automatismos.

#### 6. La esencia del concepto personal de acción

Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado —a diferencia **67** del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo— es un concepto normativo. Es normativo porque el criterio de la manifestación de la personalidad designa de antemano el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta jurídicamente para el examen de la acción. También es normativo en la medida en que en los terrenos fronterizos atiende a una decisión jurídica correspondiente a esa perspectiva valorativa <sup>130</sup>. Pero no es normativista (cfr. nm. 50), ya que acoge en su campo visual la realidad de la vida lo más exactamente posible y es capaz de considerar en todo momento los últimos conocimientos de la investigación empírica.

El concepto aquí defendido se diferencia de todos los demás conceptos de **68** acción en que por una parte es cierto que proporciona un supraconcepto válido para todas las manifestaciones de la conducta delictiva, pero por otra parte renuncia a buscar lo que conceptualmente tienen en común en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporalidad, finalidad, no evitación o similar). Las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad. Por eso la caracterización como “manifestación de la personalidad” tampoco ofrece una definición de la que lógicamente se pudiera deducir en el caso concreto lo que es una acción. Pero por otra parte es mucho más que una denominación colectiva de fenómenos heterogéneos; más bien se trata de un concepto concreto-general en el sentido antes (§ 7, nm. 53) indicado, concepto que, al designar todas las “objetivaciones de la personalidad”, proporciona un criterio que debe desarrollarse concretándolo en la realidad y que sólo en la multitud de sus caracterizaciones permite reconocer el fenómeno “acción”. Dicha clase de formación conceptual no es una solución apurada, sino que ante conceptos muy amplios, si no se quiere forzar de modo cientifista la materia jurídica

<sup>130</sup> Totalmente coincidente en el punto de partida metodológico, Maiwald, ZStW 86 (1974), 634 s., 651.

con su riqueza de peculiaridades, es la única manera adecuada de formar los conceptos <sup>131</sup>, y aún habrá oportunidad de mostrar su utilidad en otras categorías rectoras de la teoría del delito.

<sup>131</sup> Cfr. de nuevo, fundamentalmente, Roxin, *Tatherrschaft*, <sup>5</sup>1989, § 40. Exactamente igual que aquí Arth. Kaufmann, H. Mayer-FS, 1966, 87 s.: “En los supremos conceptos genéricos es simplemente imposible una definición conceptual lógica. Así es sabido que no se puede definir el concepto del ser. Y lo mismo sucede, *mutatis mutandis*, también con el concepto de acción. Por tanto, se va de antemano por la senda equivocada si uno se empeña en establecer un concepto genérico o de clase ‘definido’ (= ‘limitado’ por medio de ‘elementos’ aislantes) en sentido estricto”.