

**¿QUÉ QUEDA DEL CONCEPTO  
DE ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA ACTUAL?  
Sobre la naturaleza y la función del concepto  
de acción en Derecho Penal<sup>1</sup>**

MIGUEL POLAINO NAVARRETE<sup>2</sup>

Enrique Gimbernat se ha ocupado reiteradamente, en su amplia obra científica, sobre las nociones penales de acción y de omisión. Baste citar sus sugerentes aportaciones “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”<sup>3</sup>, “Causalidad, omisión e imprudencia”<sup>4</sup>, “La omisión impropia en la Dogmática penal alemana. Una exposición”<sup>5</sup> o “El delito de omisión impropia”<sup>6</sup>, entre otras. En esos ensayos, como en toda su producción científica, defiende Gim-

<sup>1</sup> Este trabajo constituye una reelaboración de mi Discurso de investidura como *Doctor honoris causa* por la Universidad Nacional Federico Villarreal, de Lima, leído el viernes 9 de Junio de 2006, en una ceremonia en la que fue igualmente distinguido el Profesor Günther JAKOBS. Las palabras de gratitud junto a los dos discursos han aparecido publicados recientemente en el Perú (Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *Las condiciones de juridicidad del Sistema penal: Derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Discursos de Investidura como *Doctores Honoris Causa* por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima) leídos el Viernes 9 de Junio de 2006, *Laudatio* a cargo de Juan Carlos JIMÉNEZ HERRERA y Demetrio LÓPEZ SANTOS, Clausura de Luis Alberto LEÓN ESPINOZA, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007).

<sup>2</sup> Dr. *Dr.h.c. mult.*, Catedrático de Derecho Penal y Director del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla. (España).

<sup>3</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en *Id.*, *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic., Tecnos, Madrid, 1990, págs. 182 y sigs. (antes en: *ADPCP*, fasc. III, Madrid, 1987, págs. 579 y sigs.; también en alemán: “Handlung, Unterlassung und Verhalten”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, herausgegeben von Gerhard DORNSEIFER / Eckhard HORN, Georg SCHILLIG / Wolfgang SCHÖNE / Eberhard STRUENSEE / Diethart ZIELINSKI, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin Bonn München, 1989, págs. 159 y sigs.).

<sup>4</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *ADPCP*, fasc. I, Madrid, 1994, págs. 5 y sigs. (también en *Id.*, *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 189 y sig., y en *El Derecho penal hoy. Homenaje al Profesor David Baigún*, editado por Julio B.J. MAIER y Alberto M. BINDER, Buenos Aires, 1995, págs. 187 y sigs.).

<sup>5</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 261 y sigs. (*Id.*, también en *ADPCP*, tomo L, fasc. único, Madrid, 1997, págs. 5 y sigs.).

<sup>6</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El delito de omisión”, *RDPC*, UNED, Madrid, 1999, págs. 525 y sigs. Versión alemana en: *ZStW* 111 (1999), págs. 307 y sigs.

bernat posiciones fundadas dogmática y lógicamente de manera sólida, pero que a veces extreman en su coherencia la argumentación hasta límites que, en mi opinión, no son compartibles. Precisamente por ese motivo, quiero dedicarle estas páginas en su merecido homenaje con motivo de su septuagésimo cumpleaños: unas páginas donde, siquiera sea parcialmente, me atrevo a polemizar con él sobre algunos ámbitos dogmáticos en los que, sin duda alguna, él es el consumado maestro.

### I. Trascendencia de la acción en la teoría del delito

Permítanme que comience mi exposición con una cita de autoridad, una cita extraída de una de las obras más logradas en la dogmática penal española del siglo pasado: el manual de derecho penal, parte general, de don José Antón Oneca, catedrático de derecho penal, magistrado del tribunal supremo, discípulo aventajado del maestro Jiménez de Asúa y uno de los penalistas más connotados de la España contemporánea, en certera expresión, resumió el profesor Antón Oneca la importancia de la acción en la teoría jurídica del delito y en la consideración de las exigencias del derecho penal de acto, en contraposición al de autor, al afirmar que el “concepto de acción es central en la teoría del delito, el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra”.<sup>7</sup> La cita, con la que he querido comenzar mi exposición, encierra todo un programa filosófico-jurídico, al resumir acertadamente el fundamento del delito, y por tanto, del derecho penal, en el concepto de acción.

La acción constituye tradicionalmente el elemento fundamental común a todo delito, respecto del cual se predicán todos los restantes caracteres esencialmente constitutivos de la infracción penal, como atributos calificativos de la misma. En efecto, la acción —entendida en sentido jurídico-penal estricto (como sinónimo de conducta humana: acción u omisión)—, es el primer elemento esencial del delito: sin acción, no hay delito posible.

Tal exigencia, que ha alcanzado la máxima consagración positiva, se recoge bajo el brocardo latino que reza “nullum crimen sine actione” (o “sine conducta”) y que recibe en la dogmática penal la convencional denominación —con manifiesto abuso del lenguaje— de “principio del hecho”<sup>8</sup> o —con mayor

<sup>7</sup> Vid. José ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, tomo I, *Parte General*, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pág. 159.

<sup>8</sup> Tal denominación no es, a nuestro juicio, correcta, en tanto que puede inducir a error por su escasa precisión terminológica. En ocasiones se presenta como una versión literal del

precisión terminológica y corrección conceptual— “principio de la acción o de la conducta”.

Este principio es ineludible exigencia y lógica consecuencia del Derecho penal de acto, por oposición al Derecho penal de la voluntad o del ánimo, y resulta proclamado positivamente en la Constitución Española de 1978 (art. 25,1) y en el Código penal de 1995 (v. *gr.art.* 10), al exigir la necesaria manifestación al exterior de una conducta humana, que habrá de reunir los requisitos anímicos, psíquico-lógicos y de libertad personal requeridos, además de ser imputable subjetivamente al autor responsable de la acción o conducta humana en cuestión.<sup>9</sup>

Sin embargo, aunque sea un axioma generalmente aceptado el relativo a que el Derecho penal moderno es y ha de ser un Derecho penal de acto, no

---

axioma latino “*nullum crimen sine actione*” (o “*sine conducta*”), pero éste reza como reza y no dice “*sine factum*”. De acuerdo con los postulados de la “teoría de los hechos”, el concepto de “hecho” no es identificable al de “acción” en sentido jurídico-penal estricto, por cuanto ésta no es más que una singular categoría de aquélla. Al respecto, *in extenso*, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte general*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, cap. 6. Sobre el contenido, la proclamación positiva y las vulneraciones prácticas del —llamado— “principio del hecho”, véase Manuel COBO DEL ROSAL / Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, 5ª. edición corregida, aumentada y actualizada, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 343 y sigs.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1977, págs. 50 y sigs. quien destaca la “doble eficacia excluyente” del principio del hecho: por un lado, “impide considerar como delito las actitudes puramente internas. El pensamiento no delinque. Por otra parte, impide caracterizar al delito como un *modo de ser de la persona*. A la persona se le castiga por lo que *hace* (acciones y omisiones), y no por lo que *es*”. *Vid.*, en el mismo sentido, José Antonio SÁINZ-CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 3ª. ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1990, pág. 40; Enrique BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español, II: El hecho punible*, Akal, Madrid, 1984, págs. 9 y sigs. (también *Principios de Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, págs. 132 y sigs.); José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, 3ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1993, págs. 278 y sigs.; Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA, *Introducción a la Teoría jurídica del delito (Elaborada con base en las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 44 y sigs.; Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, 2ª. edic., Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs. 358 y sigs.

<sup>9</sup> *Cfr.* Manuel COBO DEL ROSAL / Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte general*, 5ª. edición corregida, aumentada y actualizada, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 343 y sigs.

puede decirse que el concepto penal de acción sea pacífico en la doctrina. Antes bien, se discute vivamente desde hace varios decenios sobre la naturaleza, el contenido y la función o funciones que deba desempeñar el concepto de acción en el Derecho penal. Muy brevemente quiero realizar a continuación un esbozo de la discusión en torno a la naturaleza del concepto de acción, como un resumen de las teorías formuladas en la Dogmática penal en torno al concepto de acción.

## II. Las teorías tradicionales de la acción en derecho penal

Dejando al margen la polémica en torno a la naturaleza de la acción y la relación entre la acción y la tipicidad, quiero referirme a la evolución histórico-dogmática en la *formulación* del concepto de acción en el ámbito jurídico-penal. Esto es, mientras hasta ahora nos hemos centrado en las diversas posiciones existentes en torno a la *naturaleza* del concepto de acción, ahora nos interesa recordar las diversas *definiciones* que se han dado a ese concepto.

Primeramente me referiré, con la debida brevedad, a las teorías que podríamos llamar tradicionales: los conceptos clásico, neoclásico, final y social de la acción. Luego nos centraremos en las formulaciones actuales del concepto de acción: las nociones negativa, personal, funcional, adscriptiva e intencional de la acción.

### A) *Concepto clásico de acción*

Los albores de la historia dogmática del concepto de acción hay que encontrarlos, como es sabido, en el llamado *concepto causal de acción*, originariamente elaborado, a principios del Siglo XX, por los máximos representantes del *sistema clásico* del Derecho penal, los ilustres penalistas Franz VON LISZT<sup>10</sup>

<sup>10</sup> von LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 9. Aufl., 1899. La primera edición del *Lehrbuch* de Franz von LISZT data de 1881, en que el *Tratado* fue publicado bajo el título *Das deutsche Reichsstrafrecht*, y alcanzó la 26ª. Edición, publicada en 1932, siendo actualizadas sus sucesivas ediciones, desde la 23ª. —aparecida en 1921, tras la muerte de von LISZT—, por Eberhard SCHMIDT, discípulo y continuador de la obra del maestro. Puede consultarse la traducción española de esta clásica obra de la Historia del penalismo mundial: Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, traducido de la 18ª. ed. alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano SALDAÑA, Hijos de Reus Editores.

y Ernst BELING.<sup>11</sup> Estos autores erigieron una construcción nítida y radical en sus respectivas posiciones, cuyos principios científicos inspiradores hundían sus raíces en la filosofía positivista-naturalista *kantiana*; la cual sería posteriormente acogida y desarrollada valorativamente por la dirección jurídico-penal *neokantiana*, dando luego lugar a la formulación del concepto causal *neoclásico*.

El originario sistema penal de LISZT-BELING alumbró un concepto de “delito” –luego denominado “clásico”– que respondía a un *modelo dicotómico o bipolar*, según el cual el delito se dividía en dos partes nítidamente diferenciadas: *a)* el “tipo objetivo” (que abarcaba todos los elementos impersonales –externos, objetivos– del delito, y que fundamentaban el juicio objetivo de la antijuricidad); y *b)* el “tipo subjetivo” (que englobaba todos los elementos personales –internos, subjetivos– del actuar delictivo, significativos para la determinación del reproche subjetivo de la culpabilidad). Este sistema fue pronto sometido a profundas revisiones críticas<sup>12</sup>, siendo definitivamente superado en la dogmática penal del primer tercio del siglo XX, tras haberse mostrado dominante en los inicios del mismo.<sup>13</sup>

---

res, Madrid, 1914; tomos I y II, traducidos de la 20ª. ed. alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionados con el Derecho Penal español por Quintiliano SALDAÑA, 2ª. edición, Editorial Reus S.A., Madrid, 1927 y 1929. He visto citada una tercera edición española, sin fecha, que no he podido consultar.

<sup>11</sup> BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1906. Las doctrinas de Ernst BELING tuvieron pronto eco en España y en Hispanoamérica, debido en gran parte a la difusión de las mismas que en forma de resumen que llevó a cabo Faustino BALLVÉ, “La teoría del delito según Beling”, en *Anales de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas*, tomo IX, Madrid, 1913, págs. 141 y sigs. Este trabajo fue posteriormente reproducido en versión ampliada, bajo el título “El delito y el delincuente”, en *Criminalia*, México, junio 1945, págs. 330 y sigs.

<sup>12</sup> Vid. Ángel TORIO LÓPEZ, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en *ADPCP*, tomo XLII, fasc. II, Madrid, may.-ag., 1989, págs. 409 y sigs.; ID., “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, en *Presupuestos para la Reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992, págs. 171 y sigs.; Miguel POLAINO NAVARRETE, “Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación en el Código penal de 1995”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torio López*, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. 881 y sigs.

<sup>13</sup> Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, “Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre”, *ZStW*, Band 73, 1961, págs. 179 y sigs.; Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, págs. 201 y sigs.; Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., C.H. Beck'sche

A la vista de dicha sistemática, la *teoría clásica de la acción causal*, según la formulación de von LISZT<sup>14</sup>, definía la acción como un proceso causal que nace de la voluntad humana y modifica el mundo exterior: para esta concepción, el “movimiento corporal” (“acción”) o la “ausencia de movimiento” (“omisión”), dependiente de la “voluntad” del sujeto, es la “causa” del “resultado” externo. Tres son los elementos constitutivos del concepto de acción, en su formulación clásica: 1) una *manifestación de la voluntad del sujeto* (que constituye un momento volitivo integrado por el impulso de la voluntad, y que –al decir de von Liszt– es definido fisiológicamente como *enervación muscular*, y psicológicamente como proceso de conciencia por el que se ponen en acción causas por parte del sujeto 2) una *“modificación del mundo exterior”* (“resultado”) y 3) una *“relación de causalidad”* entre la voluntad humana y el resultado efectivamente producido. Paradigmática es, a este respecto, la clásica definición que von Liszt<sup>15</sup> diera del concepto de acción (en el ejemplo del delito de injurias): “provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido”, una de las frases quizá más conocidas y criticadas (y aun ridiculizadas) por la doctrina penalista durante el siglo pasado.

### B) Concepto neoclásico de acción

A esta noción clásica siguió la construcción conocida como *neoclásica*, que tuvo en el penalista múniqués Edmund Mezger<sup>16</sup> a su más claro y des-

---

Verlagsbuchhandlung, München, 2006, § 7/15 y sig. (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción española de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO / Javier de VICENTE REMESAL, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pág. 198); Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, págs. 72 y sig.; Id., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, págs. 31 y sigs.; Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal fundamental*, 2ª. ed., vol. I, *Introducción al Derecho penal. Evolución de la teoría del delito*, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1986, págs. 204 y sigs., sobre el concepto –o esquema– clásico de delito, esp. 224 y sigs., con amplias referencias doctrinales. En la doctrina española, Manuel JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la Dogmática penal*, Colex, Madrid, 1994.

<sup>14</sup> Vid. Franz von LISZT, *Tratado de Derecho penal*, tomo segundo, traducido de la 20ª. ed. alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano SALDAÑA, 2ª. edición, Editorial Reus S.A., Madrid, 1927, págs. 300 y sigs.

<sup>15</sup> Vid. Franz von LISZT, *l.u.c.*

<sup>16</sup> Vid. Edmund MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, traducción española y notas de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, tomo I, nueva edición, revisada y puesta al día, Editorial Revista

tacado formulador. Este autor asume como punto de partida los conceptos fundamentales que componen la noción clásica de acto: el “*comportamiento humano*” que expresa el “*querer personal*” de un sujeto, los cuales aparecen unidos entre sí por una conexión de “*causalidad*”. De este modo, señala Mezger que “el querer y el movimiento corporal precisan hallarse en relación de causalidad. A la acción pertenece –dice el autor– todo lo que ha sido causado por el querer y por el movimiento corporal determinado por el querer”.<sup>17</sup> Este concepto neoclásico de acción constituye un *concepto valorativo, aunque de base naturalista*: no es una noción meramente natural, como en las concepciones causales clásicas<sup>18</sup>, sino un concepto de base natural pero sujeto a una *valoración de primer grado*.<sup>19</sup>

### C) *Concepto de acción finalista*

Después de haber sido dominante durante el primer tercio del Siglo pasado, el concepto neoclásico de acción encontró a un firme contradictor, Hans Welzel, quien acertó a configurar el *concepto final de acción* o *concepto de acción finalista*. La formulación de dicha doctrina se remonta a un memorable trabajo de Welzel, titulado “*Causalidad y acción*”<sup>20</sup>, aparecido en el año 1931. A partir de entonces, y a través de sucesivas formulaciones, el introductor del finalismo en el Derecho penal, por medio de la formulación de la teoría finalista de la acción, con trascendencia en todo el sistema jurídico-penal, eleva la noción de acción a concepto central de la teoría del delito.<sup>21</sup>

---

de Derecho privado, Madrid, 1955, págs. 165 y sigs., esp. 172 y sigs., 187 y sigs., 215 y sigs.; ID., *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, traducción de la 6ª. ed. alemana (1955) por Conrado A. FINZI, Prólogo de Ricardo C. NUÑEZ, Din editora, 1958 (reimpresión 1989), págs. 85 y sigs.

<sup>17</sup> Vid. Edmund MEZGER, *o.u.c.*, pág. 220.

<sup>18</sup> LISZT, Franz von, *l.u.c.*; SCHMIDT, Eberhard, *l.u.c.*; BELING, Ernst, *l.u.c.*

<sup>19</sup> Vid. Edmund MEZGER, *o.u.c.*, págs. 189 y sigs. y las sugerentes notas de José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, *l.u.c.*

<sup>20</sup> Vid. Hans WELZEL, “Kausalität und Handlung”, *ZStW*, Band 51, fasc. 5, 1931, págs. 703 y sigs. (luego publicado en su libro recopilatorio *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1975, págs. 7 y sigs.); ID., *Um die finale Handlungslehre. Eine Auseinandersetzung mit ihren Kritiken*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1949.

<sup>21</sup> Vid. José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, discurso leído en la inauguración del curso 1953-54, Anales de la Universidad de Valencia, tomo 27, Valencia, 1953 (2ª. ed., 1978); Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, Ediciones Rialp, S.A., Madrid, 1963, págs. 11 y sigs.

Welzel desarrolla su sistema sobre la base de una sólida corriente filosófico-jurídica, de inspiración *kantiana*, con un decantado influjo de la Filosofía de los valores y de diversos estudios de Antropología y de la Psicología del pensamiento. En la formulación del concepto finalista en el primer Welzel, se acentúa de manera especial la importancia del *sentido social* del concepto de acción como *expresión de sentido*. Sin embargo, el propio Welzel abandonaría progresivamente esa fundamentación para acercarse a posturas más subjetivistas, que fundamentaban y garantizaban su unidad en la “naturaleza de las cosas”, lo que da a su concepción una marcada tendencia hasta el ontologismo. Las *estructuras lógicas-objetivas* (o *lógico-reales*)<sup>22</sup> se convierten, de esa manera, en un concepto central del pensamiento *welzeliano*.<sup>23</sup>

Para Welzel<sup>24</sup>, la acción humana es *ejercicio de actividad final* (o *finalista*), de manera que, a su juicio, todo acontecer voluntario es necesariamente

<sup>22</sup> Los términos alemanes al respecto, que suelen emplearse como sinónimos, son “*Natur der Sache*” (“naturaleza de las cosas”) y “*sachlogische Strukturen*” (“estructuras lógico-objetivas”). GIMBERNAT prefiere traducir este último término como “estructuras lógico-reales”. Vid. sus argumentaciones, en Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1965, pág. 10, nota 2.

<sup>23</sup> Cfr., sobre la concepción finalista de las estructuras lógico-objetivas, Günter STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957, *passim*; José CEREZO MIR, “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961, págs. 19 y sigs.; Peter KOLB, *Der Begriff der “Natur der Sache” in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung*, Dissertation, 1963 (mecanografiada); Yungback KWUN, *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der “Natur der Sache” in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch*, Dissertation, Universität des Saarlandes, 1963; Herbert SCHAMBECK, *Der Begriff der “Natur der Sache”. Ein Beitrag zur rechtsphilosophischen Grundlagenforschung*, Springer Verlag, Wien, 1964; Arthur KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus*, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1965 (2. verbesserte und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, R.v. Deckner & C.F. Müller, Heidelberg, 1982); Ralf DREIER, *Zum Begriff der “Natur der Sache”*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1965; Nicos Ar. POULANTZAS, *Nature des choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Prêface de Michel Villey, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965; Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Derecho y “Naturaleza de las cosas”. Análisis de una nueva versión del Derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, tomos I y II, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1970 y 1971 (esp., tomo I, págs. 47 y sigs.); Manuel JAÉN VALLEJO, “Los puntos de partida de la dogmática penal”, *ADPCP*, tomo XLVIII, fasc. I, Madrid, En.-Abr., 1995, págs. 57 y sigs., esp. 59 y sigs.

<sup>24</sup> WELZEL, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4. Auflage, 1961 (*El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la*

final, y no meramente causal, pues no cabe voluntariedad de la nada sino voluntad de algo dirigida a una finalidad determinada. En este sentido, afirma que la finalidad es “vidente”, en tanto que la causalidad es “ciega”, contemplándose la dinámica desde el punto de vista de la meta pretendida por el autor y la posibilidad de consecución de la misma conforme al dominio de acción por la voluntad finalista del autor.

#### D) *Concepto social de acción*

El sentido social apuntado por el padre del finalismo, en su concepción primigenia, es singularmente desarrollado por la llamada concepción *social* de la acción, que ha tenido varios formuladores a lo largo de su evolución histórico-dogmática.<sup>25</sup> El primero de ellos fue probablemente Eberhard Schmidt, quien en 1932 se vio obligado, en la última edición a su cargo del *Tratado de Derecho Penal* de su maestro Franz Von Liszt, a puntualizar con comentarios propios la originaria formulación *lisztiana* del concepto causal de acción, entonces imbuido en un excesivo naturalismo.<sup>26</sup> En este contexto, señalaba Schmidt que la acción no interesa tanto como *fenómeno fisiológico (naturalista)* cuanto como *fenómeno social cuya relevancia se constata*.

El concepto *social* de acción parte del reconocimiento básico de la naturaleza de las cosas, y rechaza las diferentes versiones que, partiendo de tal idea básica, afirman las estructuras lógico-objetivas y las variantes iusnaturalistas, por entender que de la naturaleza de las cosas no puede derivarse una traba para el legislador ni para el juez.<sup>27</sup>

Postulados esenciales de esta doctrina son, en primer lugar, que *únicamente las acciones con sentido social interesan al Derecho penal*, lo que

---

*doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas de José CEREZO MIR, Editorial Ariel, Barcelona, 1964, pág. 25).

<sup>25</sup> Vid. una reciente y muy completa exposición al respecto en la ilustradora obra de Isabel VOSSGÄTTER GENNANT NIERMANN, *Die sozialen Handlungslehren und ihre Beziehung zur Lehre der objektiven Zurechnung*, Peter Lang, Frankfurt am Main et al., 2004, *passim*. Cfr. Eberhard SCHMIDT, en *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de Franz von LISZT, Bd.I., 26. Auflage, Berlin und Leipzig, 1932.

<sup>26</sup> Vid. Eberhard SCHMIDT, en *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* de Franz von LISZT, Bd.I., 26. Auflage, Berlin und Leipzig, 1932.

<sup>27</sup> Vid. Eberhard SCHMIDT, *l.u.c.*; Eugenio Raúl ZAFFARONI, *o.u.c.*, págs. 135 y sig.

supone una limitación frente al causalismo naturalista anterior<sup>28</sup>; en segundo término, se opera con una valoración que no es jurídica, sino social, y en la que la *antijuricidad material* se rige por la *dañosidad social*<sup>29</sup>, como ya había apuntado von Liszt; en tercer término, se concluye que el ordenamiento jurídico sólo puede prohibir lo que ya tiene previamente significación social, que constituye la materia de la prohibición penal.<sup>30</sup>

De todos modos, el planteamiento *schmidiano* no logra imponer de manera clara los componentes conceptuales de la nocividad social, sino que éstos se ven condicionados en numerosas ocasiones por componentes causales así como de la voluntad del sujeto. Por ello, ante una conducta cualquiera (por ejemplo: un disparo al aire), sostiene Schmidt que su relevancia penal requiere la constatación de la dañosidad de esa acción en el mundo social pero que ello exige a su vez acudir al contenido de la voluntad del sujeto, existiendo una conexión entre el sentido externo-social de la acción (lo que el sujeto manifiesta) y la previsión cognitivo-volitiva del agente del comportamiento (lo que el sujeto quería realizar).<sup>31</sup> Por ello, a la postre, como se ha señalado, el problema no es tanto de acción como de tipicidad.<sup>32</sup>

Otros formuladores del concepto social de acción fueron Maihofer<sup>33</sup> (quien parte de la consideración de la acción como característica fundamental del delito, y la define como *toda conducta humana objetivamente dominada o dominable y dirigida a un resultado social previsible*<sup>34</sup>) y Engisch (para quien la acción humana consiste en la *producción por una acción voluntaria de con-*

<sup>28</sup> Vid. Eberhard SCHMIDT, *l.u.c.*; Eugenio Raúl ZAFFARONI, *l.u.c.*

<sup>29</sup> Vid. Eberhard SCHMIDT, *l.u.c.* Cfr. Franz von LISZT, *l.u.c.*; Eugenio Raúl ZAFFARONI, *l.u.c.*

<sup>30</sup> SCHMIDT, Eberhard, *l.u.c.*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *l.u.c.*

<sup>31</sup> SCHMIDT, Eberhard, *l.u.c.*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *l.u.c.*

<sup>32</sup> Vid. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *o.u.c.*, pág. 104.

<sup>33</sup> Vid. Werner MAIHOFFER, "Der soziale Handlungsbegriff", *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Vandenhoeck Ruprecht, Göttingen, 1961, págs. 156 y sigs.; Id., *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1953. Sigue sus postulados Werner NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1951. Cfr. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *l.u.c.*

<sup>34</sup> MAIHOFFER, Werner, *l.u.c.*; NIESE, Werner, *l.u.c.*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *l.u.c.*

*secuencias previsibles socialmente relevantes*<sup>35</sup>). Las formulaciones de estos dos autores pudieran configurar el *concepto social de acción objetivo-causal*.

Más próximo de las doctrinas finalistas, pero sazonados con componentes de corte social se encuentran otros formuladores de la concepción social de la acción como Niese y como mi maestro friburgués, el Profesor Jescheck, para quien la acción es *toda conducta humana socialmente relevante*.<sup>36</sup>

Este autor precisa, a efectos de un mejor entendimiento, los términos de su definición de acción: *a) conducta* es toda respuesta del ser humano a una exigencia conocida o –al menos– cognoscible a través de una posibilidad de reacción a su disposición<sup>37</sup>: dicha conducta puede consistir en el ejercicio de una actividad finalista (acción final), en la producción causal de un resultado derivado de una acción dominable por el ser humano (imprudencia) o en la

<sup>35</sup> Vid. Karl ENGISCH, “Der finale Handlungsbegriff”, *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1944, págs. 141 y sigs., esp. 161 y sig.

<sup>36</sup> Vid. Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, págs. 222 y sigs.

<sup>37</sup> Una primera versión del concepto social de acción es sostenida por JESCHECK a comienzos de los años sesenta. Vid. Hans-Heinrich JESCHECK, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff”, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Vandenhoeck Ruprecht, Göttingen, 1961, págs. 156 y sigs. Esta concepción sufrió posteriormente profundas modificaciones, como apunta CEREZO, en la reintroducción del anteriormente desechado criterio de la previsibilidad y de la finalidad objetiva. Vid. Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *l.u.c.*; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª. ed. basada en el nuevo Código penal de 1995, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 42, nota 70. Antes de esta mutación en la formulación del concepto social subjetivo-finalista de acción, ya había señalado CEREZO que tal formulación excluía la llamada finalidad objetiva, por la imposibilidad de determinar el sentido social de una acción sin atender al contenido de la voluntad de la autor. Al entenderse por acción toda conducta socialmente relevante, y por conducta la respuesta del hombre a las limitadas posibilidades de acción activa u omisiva que se le ofrecen, se estima que la relevancia social de acción puede estar determinada, bien por la dirección finalista de la voluntad, bien por la producción causal del resultado, bien por la esperanza jurídica de una acción u omisión, con lo cual indefectiblemente se llega a un concepto abstracto de acción en el que se pretende englobar toda forma de conducta relevante para el Derecho penal, no procediéndose a aclarar las dos formas de respuesta activa u omisiva que caracterizan al concepto penal de acción en una configuración social que, sin duda, carece de la concreción necesaria para ser objeto de las ulteriores constataciones y valoraciones jurídicas de la antijuricidad y la culpabilidad. Cfr. José CEREZO MIR, “Nota” (número 9) a Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas de José CEREZO MIR, Editorial Ariel, Barcelona, 1964, pág. 41.

inactividad de una concreta esperanza de acción (omisión); *b*) ha de tratarse de una *acción humana*, esto es, personal, de un ser humano y no de una agrupación de ellos; *c*) por último, la *relevancia social* queda circunscrita –a juicio de este autor– a la incidencia que la acción y sus consecuencias ejerzan en el mundo circundante del sujeto.

Este autor hace depender en última instancia la relevancia social de la incidencia de la acción en la relación de los individuos con su mundo, influyendo en él por mor de sus consecuencias. Por otro lado, no puede prescindirse del contenido de voluntad del agente a efectos de la determinación del sentido social de la acción penal. Ésta sustenta no sólo un significado substancial sino también un importante valor sistemático. Por ello, puede decirse que la concepción de Jescheck admite ser calificada como *concepto social de acción subjetivo-finalista*.

### III. La discusión en el contexto actual

Dejando de lado ya las teorías tradicionales, queremos esbozar a continuación el panorama de otras teorías que podríamos denominar “contemporáneas”, destacando las principales concepciones que, según nuestra personal percepción, centran el debate existente en torno al concepto de acción desde hace unos veinte años para acá. Entre ellas, han de mencionarse los conceptos negativo, personal, funcional, adscriptivo e intencional de acción.

#### A) *Concepto negativo de acción*

Nos referimos en primer lugar al llamado concepto *negativo* de acción, propuesto por un sector de la doctrina penal alemana (en particular Herzberg y Behrendt) con la intención de hallar un concepto de acción que englobara tanto a la acción *stricto sensu* cuanto a la omisión.<sup>38</sup> Estos autores definen la conducta

<sup>38</sup> Cfr. Diego-Manuel Luzón PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 1996, págs. 261 y sig., quien señala que el concepto negativo de acción formulado por algunos autores se asocia con la intención por parte de los mismos de “hallar un denominador común a los hechos comisivos y a los omisivos” (supraconcepto de acción, que engloba tanto la acción cuanto la omisión). Según este autor, el concepto negativo de acción pretendido por algunos autores “entiende, no sólo la omisión, sino también la comisión como no evitación de un resultado pudiendo hacerlo”, citando como ejemplo las opiniones de

humana (acción y omisión) como la *no evitación de un resultado existiendo posibilidad haberlo evitado*. Se trata de una noción compleja, que suele prejuzgar otros elementos del delito secuencialmente más avanzados en el esquema lógico-jurídico del delito, como la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad.

En el seno de esta doctrina, en efecto, opina Herzberg que la acción es el “no evitar evitable en posición de garante”.<sup>39</sup> Una variante a su vez de este concepto sostiene Behrendt, quien define la acción y la omisión como el “no evitar evitable de la situación típica”.<sup>40</sup>

Cercana a esta concepción negativa de acción se encuentra la primera formulación de Günther Jakobs, quien —en varios sugerentes trabajos, en esencial su colaboración al Libro Homenaje dedicado en 1974 a su maestro Hans Welzel— introduce criterios como el de la “evitabilidad” como delimitador de la noción de acción.

### **B) Concepto personal de acción**

Un ilustre penalista alemán, Claus Roxin<sup>41</sup> ha venido desarrollando, especialmente en los últimos años, un *concepto personal* de acción, cuyo embrión ya había apuntado anteriormente en otros trabajos de su autoría. A juicio de este autor, la acción es una *manifestación de la personalidad del sujeto*: esto es, es una conducta *sometida al control del yo*, y por ello *puede ser atribuida (imputada) al hombre como centro anímico-espiritual de acción*.

---

autores como HERZBERG, BEHRENDT y JAKOBS. *Vid.*, también, Enrique BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, págs. 166 y sigs.

<sup>39</sup> *Vid.* Rolf Dietrich HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, págs. 156 y sigs. Más modernamente, del mismo autor, “Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff und zur “vortatbestandlichen” Deliktsverneinung”, *GA*, 1996, págs. 1 y sigs.

<sup>40</sup> *Vid.*, esencialmente, Hans-Joachim BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriff auf psychoanalytischer Grundlage*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1979, págs. 95 y sigs., esp. 121 y sigs., 143 y sigs.

<sup>41</sup> *Vid.* Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., *op. cit.*, § 8/44 y sigs. (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. esp. de la 2ª edic., págs. 252 y sigs.). Al respecto, Álvaro BUNSTER, “Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Herausgegeben von Bernd SCHÜNEMANN / Hans ACHENBACH / Wilfried BOTCKE / Bernhard HAFFKE / Hans-Joachim RUDOLPHI, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 2001, págs. 173 y sigs.

Como consecuencia de la exigencia de una “exteriorización de la personalidad” (o “manifestación exterior de la personalidad”) por parte del agente, prescinde esta formulación de otros criterios anteriormente exigidos cuales los de voluntariedad, conciencia y aun finalidad, que ya no integran elementos imprescindibles a efectos de la determinación del concepto jurídico-penal de acción. La razón de esta exclusión radica, argumenta Roxin, en que tales criterios se muestran inadecuados para explicar la esencia y límites de supuestos de actos automatizados, instantáneos, pasionales, etc...

### **C) Concepto relacional de acción**

Un sugerente concepto sui generis de acción es el formulado por el penalista español Enrique Gimbernat, nuestro ilustre homenajead. Aunque él no le llama así, voy a denominarlo con el nombre de concepto relacional de comportamiento humano, porque su esencia se define por la relación que entable el “Yo”, como centro espiritual del ser humano, con el mundo exterior mediante el manejo de los procesos causales, ya sea posibilitando mediante un hacer activo esos procesos, ya impidiendo que los mismos se produzcan, ya dejándolos que acontezcan en el mundos sin ejercer un control sobre ellos.

Se trata de una noción influida por el psicoanalismo de Sigmund Freud, cercana a la formulación causal, aunque crítica de varios de los fundamentales postulados de ésta.<sup>42</sup> A juicio de Gimbernat, “la persona se relaciona con el mundo exterior mediante el manejo de procesos causales: bien sea poniéndolos en marcha (comportamiento activo), bien dejando que sigan su curso –o que no se inicien– dichos procesos (comportamiento pasivo)”<sup>43</sup>.

La persona, en tanto ser espiritual, se relaciona, pues, con el mundo exterior gracias a su centro espiritual: el “Yo”. Según Gimbernat, “para que exista

<sup>42</sup> Vid. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1,1971-2; Id., “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Id., *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic., Tecnos, Madrid, 1990, págs. 182 y sigs. (antes en: *ADPCP*, fasc. III, Madrid, 1987, págs. 579 y sigs.; también en alemán: “Handlung, Unterlassung und Verhalten”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, herausgegeben von Gerhard DORNSEIFER / Eckhard HORN, Georg SCHILLIG / Wolfgang SCHÖNE / Eberhard STRUENSEE / Diethart ZIELINSKI, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, págs. 159 y sigs.)

<sup>43</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Id., *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 195.

una relación de la persona como ser espiritual frente al mundo exterior es preciso: en primer lugar, que esté *consciente*; y, en segundo lugar, que, además de estar consciente, sea *físicamente posible* una actitud (hacer o no hacer) distinta de la que en concreto se adoptó”.<sup>44</sup>

En consecuencia, “no puede hablarse de conducta cuando el Yo está desconectado (por ejemplo, durante el sueño) ni cuando, estando consciente, no tiene, sin embargo, acceso a la motilidad porque la actividad o la inactividad concretas están condicionadas *físicamente* de manera necesaria (vis absoluta, movimientos reflejos)”.<sup>45</sup> A juicio del autor, “(p) ara afirmar la existencia de comportamiento no es preciso (como lo ponen de manifiesto las acciones automatizadas y las erradas *ab initio*) que el sujeto “quiera” cada uno de sus movimientos o de sus no movimientos: lo único decisivo es que se lleven a cabo mientras el Yo se encuentra en estado consciente y que dichos movimientos o inmovilidades no estén condicionados físicamente de forma necesaria”.<sup>46</sup>

En definitiva, Gimbernat defiende un concepto de acción relacionado con la concepción causal, y en el que el “Yo” como centro espiritual lleva las riendas de la relación entre el sujeto y la realidad: así, para él el comportamiento se define como “la relación entre el Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)”.<sup>47</sup>

Como dice el autor, su concepción “coincide con la causal en que establece un concepto de acción con características extravalorativas, y se diferencia de ella: en que, primero, renuncia, porque no está en situación de abarcar ni a los comportamientos automatizados ni a los fallidos, al requisito conceptual de la voluntariedad; y en que, segundo, del principio del no condicionamiento

<sup>44</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, pág. 187.

<sup>45</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>46</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>47</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, págs. 189 y sig.

*físico* del comportamiento, deduce que falta una conducta no sólo cuando estamos ante movimientos reflejos o ante haceres o no haceres sometidos a una vis absoluta, sino también –y en referencia concreta al comportamiento pasivo– cuando, por la incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación, era *físicamente imposible* la ejecución del movimiento”.<sup>48</sup>

Más adelante volveremos de nuevo, críticamente, sobre esta concepción relacional del comportamiento humano.

#### D) Concepto funcional de acción

Uno de los más atractivos conceptos de acción formulados en las últimas décadas es el llamado *concepto funcional* de acción, cuya más depurada versión se encuentra en el Profesor Jakobs, Catedrático emérito de la Universidad de Bonn. A lo largo de varios trabajos, ha ido configurando Jakobs una concepción de la acción en la que se introducen varios elementos antes desconocidos y que han llevado a una revolución del entero sistema del Derecho penal: así, en un trabajo publicado en Alemania en homenaje a su maestro Welzel en 1974, introduce Jakobs el elemento de la *evitabilidad* en el seno del concepto de acción, de manera que sostiene que la “acción es un comportamiento exterior evitable”.<sup>49</sup> En los años 80 y 90 del siglo pasado se acentúa su

<sup>48</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, pág. 207.

<sup>49</sup> Vid. Günther JAKOBS, “Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem”, *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag am 25. März 1974*, herausgegeben von Günther STRATENWERTH / Armin KAUFMANN / Gerd GEILEN / Hans Joachim HIRSCH / Hans-Ludwig SCHREIBER / Günther JAKOBS / Fritz LOOS, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1974, págs. 307 y sigs. (= “Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal”, en *Estudios de Derecho penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 147 y sigs.); Id., *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1991, 6. Aschn., págs. 123 y sigs., esp. 139 y sigs. (= *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995, págs. 153 y sigs.). Vid. también específicamente sobre el concepto penal de acción un sugerente opúsculo: Günther JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992 (“El concepto jurídico-penal de acción”, en *Estudios de Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 101 y sigs.). Vid., acogiendo el concepto de acción propuesto por el autor alemán, Enrique

normativismo extremo, de manera que su doctrina funcionalista alcanza una coherencia plena en el seno de un entero sistema.

En 1992 vuelve Jakobs a darnos muestras de su talento y originalidad al dar a la luz un enjundioso opúsculo crítico titulado precisamente *El concepto jurídico-penal de acción*. En esa obra, concibe Jakobs la *culpabilidad como presupuesto de la acción*, de manera que a su juicio: “*la acción y la imputación de la culpabilidad –y ésta a su vez presupone la imputación del injusto– son lo mismo. El comportamiento, en cuanto suceso psico-físico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable*”.<sup>50</sup> Este planteamiento supone una revolución en el plano tradicional de la teoría del delito, y ello sobre la base de la asunción de un Derecho penal de la culpabilidad. Como diría el autor: “*la acción en un Derecho penal de culpabilidad*”.<sup>51</sup>

#### ***E) Concepto adscriptivo de acción***

Por último, me quiero referir a dos novedosas concepciones defendidas por penalistas de la actualidad. En primer lugar, partiendo de los planteamientos semióticos de la filosofía del lenguaje, sustenta Joachim Hruschka<sup>52</sup> un *concepto adscriptivo* de acción, que la define como una *conducta reglamentada*, esto es, *regulada por la norma*, que ha de ser determinada precisamente por mor de la *aplicación de la regla apreciada por un sujeto*. Según este concepto, la acción no consiste en la verificación de un hecho, sino en una *interpretación normativa*, esto es, fundamentadora de la *aplicación de una regla*.

BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal, Parte general*, 4ª ed., Akal, Madrid, 1997, págs. 166 y sigs., 169 y sig.

<sup>50</sup> Vid. Günther JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992 (Id.), *El concepto jurídico-penal de acción*, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., págs. 101 y sigs.).

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1976. Cfr. Heinrich END, *Existentielle Handlungen im Strafrecht. Die Pflichtenkollision im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers*, C.H. Beck, München, 1959; Urs Konrad KIND-HÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, págs. 197 y sigs.

### **F) Concepto intencional de acción**

La segunda de las concepciones es el llamado *concepto intencional* de acción, defendido por un sector de la doctrina alemana (esencialmente a través de las formulaciones de Schmidhäuser<sup>53</sup>, Kindhäuser<sup>54</sup> y Allwart<sup>55</sup>). Estos autores fundamentan el concepto –al igual que la noción adscriptiva de acción– en la filosofía del lenguaje, y lo enmarcan en el seno de un planteamiento teleológico del sistema penal, abriendo nuevos cauces a la consideración de las relaciones entre la manifestación exterior de la voluntad humana a través del comportamiento personal y los restantes elementos integrantes del concepto jurídico de delito.

## **IV. Funciones del concepto de acción en la dogmática penal**

### **A) Las tres funciones clásicas del concepto de acción**

En 1953, hace ya más de medio siglo, un conocido jurista y político (andando llegaría a ser Ministro para cuestiones especiales en el último Gobierno de Willy Brandt, y Ministro de Interior con Helmut Schmidt), Werner Maihofer, dio a la luz un sugerente opúsculo cuyo título traducido reza *El concepto de acción en el sistema del delito* (en alemán: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*)<sup>56</sup>, que sería su tesis doctoral. No se trataba, desde luego, de la primera monografía alemana sobre la materia (habría que volver la mirada, al menos, hasta principios de siglo, en que Radbruch, uno de los pensadores más refinados del siglo pasado en Alemania, había publicado otra interesante (y ya clásica) aportación sobre la misma problemática: *El concepto de acción en su significado para el sistema del Derecho penal*)<sup>57</sup>, pero sí de una obra

<sup>53</sup> Vid. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2. Auflage, Tübingen, 1975, págs. 172 y sigs. Del mismo autor, más recientemente, "Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff", *GA*, 1996, págs. 303 y sigs.

<sup>54</sup> Vid. Urs Konrad KINDHÄUSER, *o.u.c.*, págs. 32 y sigs., 74 y sigs., 91 y sigs., 153 y sigs., esp. 180 y sigs.

<sup>55</sup> Vid. Heiner ALLWART, *Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analytischen Hermeneutik des Rechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1987; Id., *Zurechnen und Verurteilen*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart München Hannover Berlin Weimar Dresden, 1998.

<sup>56</sup> MAIHOFFER, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1953.

<sup>57</sup> RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, J. Gutten-

que acertó a describir con precisión el estado entonces existente en torno a la importante discusión dogmática sobre el concepto de acción.

La doctrina penalista ha destacado, desde antiguo, una triple función del concepto de acción, cuya clasificación procede esencialmente de la obra de Maihofer.<sup>58</sup> Las tres funciones que corresponden al concepto de acción en la Dogmática penal son las siguientes: una primera, de *definición*; una segunda, de *relación*; y una tercera, de *delimitación*. En ellas nos centramos, brevemente, a continuación.

### 1. Función de definición

La primera función que ha destacado la doctrina es la llamada *función de definición*. El concepto de acción desempeñaría, desde esta perspectiva, el cometido de ser *genus proximum* sobre el que se fundamentarían las diversas *differentiae specificae*, cada uno de los caracteres que definen a esa acción.<sup>59</sup> De este modo, el concepto de acción sería la base o fundamento objetivo (material) del cual se predicen varias cualidades adicionales o específicas (adjetivas): tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad. Esta función de definición sería acorde a la máxima aristotélica conforme a la cual *definitio fit per genus proximum et differentiae specificae*.<sup>60</sup>

La representación gráfica de esta función de definición vendría representada, como ha puesto de manifiesto recientemente Ingeborg Puppe<sup>61</sup> en la doctrina alemana, por la figura de la pirámide en la que se distinguen varios estratos o capas diferentes: cada uno de esos estratos representa una diferencia específica (los llamados estratos del delito) y la representación gráfica de cada estrato sería, conforme a la figura piramidal, menor al del estrato precedente,

tag, Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1904, esp. págs. 76,131,140 y sigs.

<sup>58</sup> Vid., por ejemplo, la reciente exposición de Ingeborg PUPPE, "Vor § 13", en Urs KIND-HÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ulrich PABFFGEN (Hrsg.), *Nomoskommentar. Strafgesetzbuch (NK-StGB)*, Band 1,2. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2005, antes de § 13 nm. 31 y sigs., págs. 330 y sigs.

<sup>59</sup> Vid., por ejemplo, Ingeborg PUPPE, *NK-StGB*, "Vor § 13", nm. 31, pág. 330; Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., § 8/1 y sigs. (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. esp. de la 2ª. edic., págs. 233 y sigs).

<sup>60</sup> PUPPE, Ingeborg, *NK-StGB*, "Vor § 13", nm. 31, pág. 330.

<sup>61</sup> Vid., en este sentido, Ingeborg PUPPE, *NK-StGB*, "Vor § 13", nm. 31, pág. 330.

en tanto que precisamente una cualidad específica presupone las anteriores. Así, la acción punible presupondría, para ser penalmente relevante, que fuera previamente culpable; la acción culpable (personalmente imputable) habría de ser ya, también, antijurídica, etc. Todas las diferencias específicas (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad) se fundamentan sobre el estrato más básico (el concepto de acción), que representaría el basamento de la pirámide.

Por lo demás, sobre la base de esta función de definición del concepto de acción, en la que se define ese concepto mediante un *genus proximus* y mediante varias *differentiae specificae*, han destacado algunos autores, entre ellos mi maestro alemán el Profesor Jescheck (y su continuador en la obra de Parte general, Thomas Weigend)<sup>62</sup> y también Claus Roxin<sup>63</sup>, que puede inferirse una función ulterior de la noción de acción: un cometido que podría denominarse como función de *clasificación*. Conforme a esta tarea, la acción habría de designar el común denominador a que cabe reducir todas las formas de delito o manifestaciones de la conducta punible: tanto los delitos de acción como de omisión, los delitos dolosos como los imprudentes, los delitos consumados y los tentados, etc.

## 2. Función de relación

El segundo cometido atribuido tradicionalmente al concepto de acción se centra en su virtualidad como elemento de *relación sistemática*, de *enlace* o de *unión* entre el *genus proximus* (la misma acción) y las diversas *differentiae specificae*, esto es, las cualidades que se predicán de esa acción. Precisamente en virtud de ese cometido de enlace, la acción se constituiría en la “columna vertebral” de todo el sistema jurídico-penal<sup>64</sup>, pues constituye el fundamento sobre el que se asientan diversos predicados valorativos, y además porque el concepto de acción ha de estar presente en toda la construcción del sistema como elemento material imprescindible.

<sup>62</sup> A diferencia de otros autores, como el mismo ROXIN, JESCHECK / WEIGEND no extraen la función de clasificación de la función de definición, sino que sitúan el cometido de clasificación en primera línea de importancia. Vid. Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pág. 219.

<sup>63</sup> Vid. Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., op. cit., § 8/2 (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. esp. de la 2ª. edic. pág. 234).

<sup>64</sup> Así lo denomina ROXIN. Vid. Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., op. cit., § 8/1 (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. esp. de la 2ª. edic., pág. 234).

De esta función de enlace, unión o relación, que –como se ha visto– desempeña el concepto de acción, ha extraído una parte de la doctrina la suposición de que la acción ha de ser neutral respecto de los estratos o predicados valorativos que se predicán sobre ella: así, ha sostenido Maihofer<sup>65</sup> que la acción, en tanto “portadora de esos predicados (...) ha de ser (...) completamente indiferente” frente a ellos. Igualmente, en el mismo sentido, ha postulado Roxin<sup>66</sup> que “el concepto de acción ha de ser neutral frente al tipo, la antijuricidad y la culpabilidad”, porque el “significado sistemático” que le correspondería al concepto de acción se vería “perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí”. Con esa neutralidad, se consigue, según el autor citado, que la acción conserve su propio ámbito y su fuerza expresiva, sin invadir el campo propio del concepto de tipo.

A mi juicio, esta suposición es cuestionable. No acierto a ver con claridad por qué razón no puede definirse la acción por las diferencias específicas que sobre ella se apoyan. Es cierto que la acción, en tanto elemento basamental, cohesionan internamente esos predicados, y con ello el sistema del delito, pero no es menos cierto que la acción es acción penalmente relevante si –y sólo si– se predicán de ella esas características valorativas. O lo que es lo mismo: que *la acción en Derecho penal sólo es acción completa cuando ya se valoran y tienen en cuenta en ella el resto de características sistemáticas*. De otro modo, no sólo no se aseguraría un ámbito propio al concepto de acción, sino que prácticamente se le vaciaría de contenido.

Al margen de ello, no podría sostenerse, como pretende Roxin, que la acción fuera la “columna vertebral” del sistema del delito, cuando lo que precisamente su construcción conllevaría en la práctica sería la defensa de un concepto *prejurídico-penal* de acción, donde ésta fuera completamente neutral e inmune a la tipicidad, a la antijuricidad y a la culpabilidad. Difícilmente puede sostenerse que la acción es la columna vertebral del sistema del delito, si ese concepto de acción se construye con anterioridad y con neutralidad absoluta

<sup>65</sup> MAIHOFFER, Werner, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1953, pág. 8.

<sup>66</sup> Vid. Claus ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., *op. cit.*, § 8/3 (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. esp. de la 2ª. edic., pág. 234).

de conceptos *fundantes* (*coconstitutivos*) del concepto de acción como la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y –a mi juicio– también la punibilidad.

En definitiva, en mi opinión, el concepto de acción difícilmente es neutral respecto de los estratos valorativos que se predicán y se fundamentan en él. Y difícilmente lo es porque de lo contrario se le invalida en la práctica para desempeñar las funciones jurídico-penales que ha de desempeñar. Por ello, *la acción penalmente relevante solo es acción en sentido penal cuando no es neutral frente a la tipicidad, a la antijuricidad, a la culpabilidad ni a la punibilidad. Por ello, esos elementos conforman substancialmente el núcleo de la acción. Ésta sin aquéllos es un nullum jurídico-penal.*

### 3. Función de delimitación

Al margen de la discutible neutralidad del concepto de acción, más interesante y más sugerente es, a mi juicio, otra consecuencia que la doctrina suele extraer de la idea de la acción como concepto de enlace, relación o unión: la consideración de la acción como “*elemento límite*” entre lo penalmente relevante y lo penalmente irrelevante. Ésta sería la tarea o función de *delimitación* del concepto de acción.<sup>67</sup> Se trataría, como ha resaltado Mir Puig<sup>68</sup>, de una función *negativa de selección previa* de las conductas penalmente relevantes. Conforme a este cometido, la acción delimitaría *ab initio* aquellas modificaciones del mundo exterior que, aun suponiendo lesión de bienes, no devienen penalmente relevantes, de manera que, propiamente, no lesionan bienes *jurídicos*. Así, el concepto de acción delimitaría el ámbito penalmente relevante frente a conductas que quedan fuera de él: por ejemplo, las causadas por catástrofes naturales, por animales u otros seres irracionales, los actos de sujetos incapaces de acción, como los realizados en casos de *vis absoluta* o fuerza mayor (del estilo: levantar violentamente la mano del prójimo durante

<sup>67</sup> ROXIN, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., *op. cit.*, § 8/4 (*Derecho penal. Parte general*, tomo I, trad. esp. de la 2ª. edic., pág. 235).

<sup>68</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte general*, 6ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, pág. 189. Para MIR, el concepto de acción, que él prefiere llamar “comportamiento”, tiene necesariamente una naturaleza mixta (ontológico y normativa), y cumple una doble función: una negativa, de *selección previa* de los hechos irrelevantes para la valoración jurídico-penal, y otra positiva, que se cifra en la función *substancial mínima* sobre la que puedan asentarse las demás categorías del delito en todas sus modalidades (delitos dolosos, imprudentes y de omisión).

una subasta, compeler a otro arrastrando su mano a cometer una falsedad documental, etc.), los actos reflejos carentes de voluntad humana, y todas las conductas realizadas por sujetos privados de voluntariedad personal: delirios, ataques de reacción convulsiva, etc.

La aceptación de esta función de delimitación únicamente se puede sostener, según mi opinión, si precisamente se sostiene que la acción *no puede ser neutral* ni frente a la tipicidad ni frente al resto de predicados valorativos. Si lo fuera, esto es, si la acción penalmente relevante se construyera *previamente*, sin relación o con neutralidad frente a la tipicidad, entonces no podría decirse que la acción se halla en condiciones de afrontar con un mínimo de éxito un cometido de delimitación entre el ámbito de acciones penalmente relevantes y el ámbito de modificaciones exteriores que quedan al margen del Derecho penal. En otras palabras, sólo valorando en la acción penal, como un todo sistemático compuesto de varias partes (adjetivas), sus diferencias específicas pueden desempeñar en la acción de manera fiable sus cometidos, entre ellos la función de delimitación.

### ***B) ¿Otras funciones del concepto de acción?***

La doctrina penalista no se ha limitado a predicar del concepto de acción las funciones tradicionales recién mencionadas. En cambio, ha ampliado el campo de cometidos que presumiblemente desempeña ese concepto en el seno de la Dogmática jurídico-penal. No es posible en este lugar llevar a cabo un análisis de esas otras funciones del concepto de acción en la actualidad. Baste recordar, siquiera sea esquemáticamente, algunos de esos cometidos:

#### ***1. Acción como concepto delimitador entre unidad y pluralidad de acciones***

En primer lugar, se dice que la acción desempeña una función de distinción de las diferentes figuras de delito en la doctrina de los concursos de delitos, esto es, la distinción de la unidad de acción y de la pluralidad de acciones delictivas (en este sentido, se habla del concepto de acción como *unidad de acción*).<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Cfr. Manfred MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1964, págs. 93 y sigs., 113 y sigs.; Ingeborg PUPPE, *NK-StGB*, "Vor § 13", nm. 35, pág. 331.

## 2. Función de clarificación o de explicación

En segundo término, en el concepto de acción se ha reconocido también una *función de clarificación* o de *explicación*, mediante la cual se reconoce que la acción ha de aportar algo substancial a la explicación del hecho punible que lo distinga de otras apariciones lesivas (especialmente de catástrofes naturales), que explique el delito como causación de un daño y, al mismo tiempo, que resalte el delito como institución social, ya sea para evitarlo, ya para delimitarlo.<sup>70</sup>

## 3. Función de substanciación

En tercer lugar, ha hablado una parte de la doctrina de lo que Puppe denomina *función de substanciación* del concepto de acción, denominación ésta que debe su razón de ser a la distinción entre substancia y accidente.<sup>71</sup> Conforme a este cometido, la acción representaría el fundamento material que rellenaría todo tipo de delito. Baumann formuló esta función de manera nítida: “¿De qué han de rellenarse los elementos del tipo penal?” se preguntaba el autor. Para responder a continuación: “Precisamente sólo de acciones”.<sup>72</sup>

## 4. Función de imputación

Finalmente, se ha distinguido en el concepto de acción una *función de imputación*, que consistiría en vincular cabalmente un suceso externo con una concreta persona. Para ello, sostiene Puppe<sup>73</sup>, no basta la causalidad, pues la persona como individuo no puede ser causal respecto de un resultado, sino que requiere de un hecho exteriormente manifestado. Ese hecho, mediante el cual se relaciona suceso externo y persona, es el concepto de acción.

<sup>70</sup> Así, en estos términos, Ingeborg PUPPE, *NK-StGB*, “Vor § 13”, nm. 36, págs. 331 y sig.

<sup>71</sup> PUPPE, Ingeborg, *NK-StGB*, “Vor § 13”, nm. 37, pág. 332.

<sup>72</sup> Vid. Jürgen BAUMANN, “Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, herausgegeben von Gerhard DORNSEIFER / Eckhard HORN, Georg SCHILLIG / Wolfgang SCHÖNE / Eberhard STRUENSEE / Diethart ZIELINSKI, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, págs. 181 y sigs., esp. 184; Ingeborg PUPPE, *NK-StGB*, “Vor § 13”, nm. 37, pág. 332.

<sup>73</sup> PUPPE, Ingeborg, *NK-StGB*, “Vor § 13”, nm. 39, pág. 333.

**C) Recapitulación crítica sobre las funciones actuales del concepto de acción**

Ha llegado ahora el momento de recapitular brevemente las funciones del concepto de acción. Los tradicionales cometidos que se predicaban de ese concepto (a saber: las funciones de *definición*, *relación* y *delimitación*) han quedado un tanto anquilosados en el debate científico de la actualidad. La doctrina ha dado por supuestas, en líneas generales, esas funciones y en no pocas ocasiones se ha ocupado de reformularlas en otros supuestos cometidos, que en el fondo poco o nada aportan a las originarias concepciones: así ha sucedido, por ejemplo, con el cometido de delimitación entre unidad y pluralidad de acciones, que no es más que una especificación de las antiguas funciones a un concreto ámbito del sistema del delito.

Por lo demás, no se ha llegado a producir un debate frontal entre algunas de esas reformulaciones (por ejemplo, la función de imputación) con las características que la doctrina ha acostumbrado a extraer en el seno del concepto de acción (por ejemplo: la de su supuesta neutralidad frente a los predicados valorativos del delito: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad). La función de imputación aporta, de por sí, una perspectiva sugerente: no sólo se trata de relacionar persona y mundo circundante (o autor y modificación de ese mundo exterior), sino que, para ello, se requiere de un código valorativo que ha elaborado minuciosamente la llamada *teoría de la imputación objetiva*: riesgo permitido, incremento o neutralización del riesgo no permitido, ámbito de competencia, etc. El empleo de todo ese *instrumentarium* nos lleva a varias conclusiones básicas:

1. En primer lugar, que no es posible, como ya anotamos anteriormente en crítica a Roxin, la construcción de un concepto de acción valorativamente neutral, que se conforme con independencia de los estratos valorativos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad) que definen el delito, y sin los cuales el concepto de acción es ficticio, irreal e incompleto, esto es, *no es un concepto jurídico-penal* de acción, sino uno *naturalístico* o *prejurídico* que nada aporta a la configuración ni a la descripción del sistema jurídico-penal, en tanto que ni siquiera se tienen en cuenta para su construcción los atributos básicos del concepto de hecho punible.

2. En segundo término, si la acción penalmente relevante no puede prescindir de sus atributos valorativos y definidores, entonces es factible entender el concepto de acción *como un todo integral*, de manera que sería susceptible de incorporarse, como ha sostenido el funcionalismo *jakobsiano*, en el concepto de acción todo el programa dogmático incluso hasta la culpabilidad (para Jakobs, la acción es siempre acción culpable, o por mejor decir: acción es-hacerse-culpable, de manera que la culpabilidad se concibe en su sistema como un presupuesto de la acción, y no como un estrato valorativo situado en una secuencia lógica ni sistemática posterior).<sup>74</sup>

3. Ese concepto de acción es, en realidad, un “tipo total de culpabilidad”<sup>75</sup>, pues se define de manera totalizadora la acción como acción culpable. Esa totalización no puede tampoco evitarse en la función de imputación que se predica de la acción, pues la imputación supone lo *contrario* de la neutralidad valorativa: *implicación integral de los atributos valorativos del hecho punible en el concepto de acción, de manera que esos predicados colorean, moldean, definen y coconstituyen el concepto de acción*. Como diría Lesch: “el hecho no puede separarse del autor, y la imputación penal tampoco, pues la conexión entre hecho y autor no establece, sino que determina, *qué es realmente un hecho*”.<sup>76</sup>

4. Pudiera pensarse que esas concepciones totalizadoras llevan directamente a la *desnaturalización* del concepto de acción, pues en el fondo se define la acción como delito en su totalidad. Pero no puede olvidarse que si se sostiene que la acción es la columna vertebral de todo el sistema del delito, entonces hay que tener en cuenta en todos los elementos del mismo ese concepto de

<sup>74</sup> Vid. Günther JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, C.H. Beck, München, 1992, pág. 44 (Id., “El concepto jurídico-penal de acción”, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pág. 124): acción es “hacerse culpablemente responsable por la lesión de la vigencia de la norma”.

<sup>75</sup> Vid. Enrique PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Alicante, 2000, págs. 289 y sigs. esp. 298.

<sup>76</sup> Vid. Heiko Hartmut LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revisión*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln – Berlin – Bonn – München, 1999, págs. 23 y sigs. Cfr. Miguel POLAINO-ORTS, “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, en *El Funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Coordinado por Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2003, págs. 61 y sigs., esp. 101 y sigs.

acción, o por mejor decir: no puede construirse la acción con independencia, y de manera previa, a todos los atributos valorativos del delito (tipicidad, anti-juridicidad, culpabilidad, punibilidad), que conforman parte substancial de la acción. Esa tarea constitutiva del concepto de acción ha sido puesta de relieve, con especial precisión, por parte de la escuela del propio Jakobs.<sup>77</sup>

Hasta aquí la recapitulación de las funciones tradicionales y actuales en torno al concepto de acción. Ello nos lleva a revisar, a continuación, dos debates existentes en la Dogmática penal del presente: uno de ellos es el debate entre ontologismo y normativismo, que aún hoy ocupa muchas páginas de la discusión dogmática (nosotros nos preguntamos si hoy día sigue siendo ese debate todavía productivo). El otro debate, a mi juicio de mayor actualidad e interés, es el relativo a la protección de expectativas y a la orientación de conductas en el mundo actual. A estas dos cuestiones dedicamos en los epígrafes siguientes nuestro interés.

#### V. Ontologismo versus normativismo: ¿un debate todavía productivo?

De la exposición de las diversas formulaciones expuestas páginas atrás, no es difícil inferir la conclusión de que uno de los más interesantes debates que desarrollaron en la doctrina penalista fue el relativo a la naturaleza ontológica o normativa de la acción. Desde luego, no es preciso emplear muchas palabras para recordar que ese debate científico ha ocupado a no pocos penalistas durante décadas y ha sido, en el pasado, fuente de la que han manado no escasas conclusiones fructíferas para la evolución del Derecho penal. El ejemplo más claro lo podemos encontrar en la ruptura que el funcionalismo de JAKOBS (defensor del normativismo extremo en Derecho penal) representó respecto del finalismo de su maestro WELZEL (defensor del ontologismo penal, sobre la base de las estructuras lógico-objetivas o la naturaleza de las cosas). Como decimos, esa ruptura se muestra nítidamente en la evolución histórico-dogmática del concepto de acción.

<sup>77</sup>En la doctrina de lengua española, refiriéndose concretamente al concepto *jakobsiano* de acción, véase por ejemplo Miguel POLAINO-ORTS, "Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto", *op. cit.*, págs. 101 y sigs. Desde un plano general, es imprescindible la obra de Heiko Hartmut LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, *op. cit.*, *passim*, págs. 207 y sigs.

En la actualidad, cabe preguntarse si ese debate entre ontologismo y normativismo sigue siendo ahora productivo. Mi personal visión es que no. Recientemente he intentado fundamentar esta percepción, en un libro sobre la relación entre la teoría de los actos de habla del filósofo del lenguaje John AUSTIN y el funcionalismo jurídico-penal, libro escrito en colaboración con Miguel POLAINO-ORTS, titulado *Cometer delitos con palabras*.<sup>78</sup> En esa obra, y sobre la base de la tripartita clasificación de los actos de habla dada por AUSTIN (actos locucionarios, ilocucionarios y perlocucionarios), señalábamos que a la emisión oral de una expresión lingüística no se le asigna siempre el mismo significado, no obstante tratarse de las mismas palabras, en el mismo idioma, etc. Ello significaba que una expresión no significa siempre lo que puede llegar a significar, o lo que es lo mismo: *que no preexisten sentidos idiomáticos a la expresión de un determinado enunciado lingüístico*. La expresión “¡dispara ya!” puede tener, por tanto, diferentes sentidos en la realidad, y todo ello en función del contexto. Será una acción penalmente relevante como inducción a un asesinato en el contexto delictivo apropiado, pero será penalmente inocua (o socialmente loable) si el grito de ánimo con que un entrenador de un equipo de fútbol se dirige a su delantero más certero en la final del mundial.

Por ello, la discusión existente en torno a la naturaleza del sentido (¿existe o no un sentido anterior al lenguaje y diferente de él?, ¿crea el lenguaje *ex novo* el reino del sentido o adopta un sentido ya predeterminado?) es equivalente a la que existe en la literatura penalista en torno a la naturaleza ontológica de los conceptos penales (bien jurídico, acción, causalidad, imputación, etc). Y a mi juicio, esta controversia entre ontologismo y normativismo debe ser relativizada. Y ello porque únicamente abre la puerta a enconadas polémicas que poco o nada aportan a la solución de la problemática jurídico-penal. Del mismo modo que el legislador no crea la vida (el sujeto vivía antes y con independencia del legislador penal), sino precisamente la *relevancia penal* de esa vida, en tanto bien jurídico objeto de tutela *típica* (esto es, jurídico-penal), también aquí la existencia de un *sentido preidiomático* no desdice el hecho de que sea *efectivamente* el lenguaje el que crea el propio sentido de unos sonidos

<sup>78</sup> Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras (Teoría de los actos de habla y Funcionalismo jurídico-penal)*, Dykinson, Madrid, 2004. También, de los mismos autores, “Sprechakttheorie und funktionales Strafrechtssystem. Skizze einer Wechselwirkung”, en Andreas HOYER / Henning Ernst MÜLLER / Michael PAWLIK / Jürgen WOLTER (Herausgeber), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, págs. 99 y sigs.

articulados en función del contexto gramatical o situacional en que se insertan. Además, esta idea se ve acentuada por el hecho de que, con independencia de que un concreto significante *a priori* goce de diferentes significados, el verdadero sentido del vocablo en cuestión no podrá predecirse con anterioridad, sino exactamente en función del contexto en que se expresa.

En definitiva, el debate entre ontologismo y normativismo muestra, en mi opinión, signos de haberse agotado en la actualidad, no obstante su importancia pasada en la evolución de la Dogmática jurídico-penal.

#### **VI. Excurso sobre la posibilidad de un supraconcepto de acción y sobre el ontologismo o normativismo de ese supraconcepto: una crítica al concepto relacional de Enrique Gimbernat**

Una problemática adicional, vinculada con el debate en torno al ontologismo y el normativismo en la teoría de la acción, es la relativa a si puede construirse un supraconcepto común que englobe a la acción y la omisión. En ese sentido, GIMBERNAT, cuyo concepto relacional de acción expusimos anteriormente, viene en definitiva a aceptar la posibilidad de construcción de un supraconcepto de comportamiento humano que incorpore ambas formas de acción, y lo hace defendiendo un concepto ontológico que se sitúa en el mundo del ser. Así, sostiene GIMBERNAT que "(l) a acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo —pertenece, pues, a la esfera del ser, y no a la del deber ser—, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es decir: porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceres malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón)".<sup>79</sup> Esto es, GIMBERNAT defiende un supraconcepto de comportamiento que es "axiológicamente indiferente", de naturaleza "ontológi-

<sup>79</sup> Vid. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", en ID., *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 182.

ca” y “que abarca tanto el activo como el pasivo”.<sup>80</sup> A esa posición se oponen, como sostiene el mismo autor, “los que opinan que es imposible integrar al comportamiento activo y pasivo en un supraconcepto” y “los que defienden, como la hoy dominante doctrina social de la acción, que ese concepto existe, pero que tiene carácter normativo”.<sup>81</sup>

GIMBERNAT se enfrenta, en efecto, a esas dos posturas, sosteniendo –frente a RABDRUCH y otros autores– que ese supraconcepto es posible<sup>82</sup>, pero considerando –frente a la dominante doctrina social de la acción– que ese supraconcepto tiene naturaleza exclusivamente ontológica.<sup>83</sup> Yo estoy de acuerdo con GIMBERNAT en que el supraconcepto es posible<sup>84</sup>, pero discrepo de él en que sea un supraconcepto exclusivamente ontológico. A continuación, voy a exponer críticamente mi postura frente a la concepción relacional de GIMBERNAT.

**1.** Por un lado, la concepción de GIMBERNAT (que engloba acciones y omisiones, y en la que el sujeto se relaciona con el exterior mediante el “Yo”,

<sup>80</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, pág. 196.

<sup>81</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, pág. 195.

<sup>82</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, págs. 197 y sigs.

<sup>83</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, págs. 202 y sigs.

<sup>84</sup> Así, también, Claus ROXIN (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, § 31/6), quien considera “posible” construir “un concepto pretípico de omisión que pueda situarse, como el concepto de hacer, bajo el supraconcepto de acción”: “la acción en el sentido del Derecho penal” es “una “manifestación de personalidad”, y en ese concepto se engloba también la omisión”. Sin embargo, en el primer tomo de su *Tratado* sostiene ROXIN (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., § 8/14) exactamente lo contrario, al hablar de la tesis “nunca rebatida desde la perspectiva del concepto natural de acción”, según la cual comisión y omisión no pueden ser agrupadas bajo un supraconcepto común, de la misma manera que “es cierto que posición y negación, a y no-a, no admiten agruparse bajo un mismo concepto”. Aceptando también un supraconcepto, Karl-Heinz GÖSSEL, “Probleme einer rein normativen Begriffs- und Systembildung, insbesondere in ihrem Verhältnis zum Naturalismus in der Handlungslehre”, en Michael HETTINGER / Michael KÖHLER Jürgen RATH / Jürgen WOLTER / Jan ZOPFS, *Festschrift für Wilfried Küper*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2007, quien además critica con acierto la incoherencia de ROXIN. Una versión anterior del trabajo de GÖSSEL, “Acerca del normativismo y del naturalismo en la teoría de la acción”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS y José Antonio CARO JOHN, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, núm. 6, 2006.

que ejerce un manejo de procesos causales y no se halla en una situación de impedimento físico), al fin y a la postre viene a ser un concepto *naturalístico* de comportamiento, en el que ambos conceptos se definen manera *ontológica* y *prejurídica*. Hay acción –según él– siempre que el sujeto no tenga impedimento físico para actuar y, sobre la base de la conciencia, entable una relación con el exterior, manejando los procesos causales (iniciándolos activamente, impidiendo que comiencen o dejándolos que corran su curso).<sup>85</sup> Pero sucede que eso no es *acción en sentido penal*, sino en un *amplísimo sentido naturalístico*. En ese concepto de GIMBERNAT se incluyen multitud de acciones y omisiones que no tienen la más remota conexión con el Derecho penal. El mismo GIMBERNAT cita algunas: dar limosna, no dar las gracias, sentarse en un sillón, no reírse del tartamudo. Ciertamente que esas conductas presentan un denominador común, y cierto que de ellas puede obtenerse un supraconcepto. Pero no todas las cosas que esas nociones puedan tener en común ni todos los supraconceptos posibles interesan al Derecho penal. El supraconcepto que pueda obtenerse de las acciones y omisiones penalmente relevantes no puede ser un supraconcepto *naturalístico* ni *neutro* ni necesariamente *ontológico*, como pretende GIMBERNAT, sino precisamente un supraconcepto que comparta alguna de las características del Derecho penal, esto es, no un supraconcepto que sea aplicable a todo el ámbito del mundo del ser, sino un supraconcepto más restringido, más específico penalmente.

2. Y ello porque al Derecho penal no le interesan las acciones ni los bienes naturalísticamente observados ni avalorativamente definidos, sino sólo las acciones y los deberes que relacionan sujetos (y sus bienes) y Derecho, esto es, que ponen en contacto a personas y sus bienes con el ordenamiento jurídico-penal mediante la noción de deber. La “vida” no interesa al Derecho penal por ser “vida” sino por ser *lesionada injustamente*, esto es, infringiendo un deber. O sea, no interesa el bien “vida” como concepto natural, sino como concepto mediado por el “deber”. Si fuera el bien “vida” en sentido natural lo que interesara al Derecho penal habría de penalizar también, como *homicidio*, el hecho de arrancar flores o matar una mosca, porque ellos son también lesiones a la vida como concepto natural. Asimismo, el hecho de que existan lesiones al bien “vida” que son impunes, adecuadas a Derecho (la muerte de una persona en legítima defensa) demuestra que lo que interesa al Derecho

<sup>85</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, págs. 187, 189 y sig.

penal ni siquiera es una lesión a la vida humana considerada de manera valorada, ontológica y naturalística. En resumen, si el bien “vida” sólo fuera un bien ontológico, no podría haber excepciones a su lesión. Pero como, para el Derecho penal, no es —o no lo es sólo, o no lo es en su parte decisiva— un bien exclusivamente ontológico, la lesión a la vida no se pena siempre. ¿Cuándo se pena, pues, la lesión a la “vida”? Pues sólo cuando esa vida es lesionada infringiendo un deber. La noción de deber ha de quedar, pues, incluida en el supraconcepto de acción y omisión. O lo que es lo mismo: si queremos que el supraconcepto de acción y omisión interese al Derecho penal, habrá de incorporar algo que defina particularmente al Derecho penal, y ese algo es la mediación del deber. Por ello, el supraconcepto de la acción y omisión *penales* no puede ser un supraconcepto *relacional natural* (toda relación que el “Yo” entable con el mundo exterior, siendo consciente y pudiendo hacerlo), sino un concepto *axiológico (valorativo) y normativizado (jurídico-penal)*.

3. El mismo GIMBERNAT no tiene por menos que reconocer implícitamente que su concepción es tan amplia que, finalmente, es preciso restringirla drásticamente para determinar el ámbito de lo estrictamente penal. Así, justo después de afirmar que acción y omisión son dos conceptos ontológicos y *no valorativos*, afirma refiriéndose a la omisión que “de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se *debería hacer*, o, con otras palabras, la *diferencia específica* de la omisión frente al género no hacer, a que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado”.<sup>86</sup> La incoherencia de GIMBERNAT estriba en hallar un supraconcepto tan amplio que engloba todo el ámbito natural, neutral y no valorativo del ser, pero luego al definir en concreto la omisión penal afirma que no todo vale, que es preciso definir la omisión con el deber (“no hacer que se *debería hacer*) y, por tanto, que es preciso valorar ese no hacer como algo desvalioso.

Es decir, una de dos: o el supraconcepto es también *valorativo* (como el propio concepto de omisión) o es que el supraconcepto no vale para englobar a una omisión que no tiene las mismas características comunes, sino otras contradictorias, que el supraconcepto. Amén de ello, si la omisión finalmente se define como no hacer algo *debido*, entonces la definición naturalística, neutral

<sup>86</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, *op. cit.*, págs. 182 y sig.

y ontológica previa pierde todo su sentido, porque lo que decide es el segundo aspecto: el normativo. ¿Cómo decir, pues, que el supraconcepto de acción y omisión es ontológico y no valorativo, mientras que la omisión es normativa y valorativa? Pues muy sencillo: porque lo que GIMBERNAT define como supraconcepto es tan amplio y naturalizado que no puede ser un supraconcepto de acción y omisión penales. Si el Derecho penal es una disciplina normativa y valorativa, entonces el supraconcepto *penal* de dos conceptos *penales* (acción y omisión para el Derecho penal) habrá de ser, también, y necesariamente, normativo y valorativo. Esto es, habrá de incorporar la magnitud del *deber*, como punto de conexión entre el sujeto y sus bienes, por un lado, y la norma, por otro.

4. Por ello, a mi juicio, viene a ser incorrecta la opinión de GIMBERNAT<sup>87</sup>, en el sentido de que determinados tipos que *sólo* se pueden cometer mediante una acción (así, el falso testimonio, que exige una *declaración* no ajustada a la verdad; el robo con escalamiento, que requiere escalar inmuebles para efectuar el robo; el delito de bigamia, que requiere la expresión positiva de que se consiente en contraer matrimonio; o el delito de prevaricación, que exige dictar una resolución injusta); de que otros delitos *sólo* se pueden llevar a cabo mediante omisiones (así, el juez que se niega a juzgar sin alegar justa causa; o el objetor que, sin justa causa, deja de observar el cumplimiento debido de sus servicios; o el que no socorre a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave o el que –pudiendo hacerlo con intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno– se abstiene de que se cometa un asesinato); y finalmente en el sentido de que determinados delitos puedan cometerse tanto por acción como por omisión (la mayoría de los delitos de lesión: contra la vida, el aborto, las lesiones, etc., sobre la base de la situación de garantía).

Esta opinión de GIMBERNAT únicamente puede sostenerse desde una postura ontológica del Derecho penal, que no se compadece con la naturaleza normativa de esa disciplina. Veamos un ejemplo: el portero-conservador de un edificio, que –viendo que un sujeto escala por la fachada del inmueble y fractura la ventana de una vivienda– omite su deber de velar por la seguridad del lugar (que le sitúa en posición de garante), prefiriendo hacer caso omiso, inhibirse de la cuestión, olvidarse del asunto y ver el final de un partido de

<sup>87</sup> Vid. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 261 y sigs. (Id., también en *ADPCP*, tomo L, fasc. único, Madrid, 1997, págs. 5 y sigs., esp. 9 y sigs).

fútbol responderá, al igual que el escalador, por un delito de robo con escalamiento aunque no se haya movido de su butaca.<sup>88</sup> Desde un punto de vista ontológico o naturalístico, como sostiene GIMBERNAT, ese delito únicamente puede cometerse por acción. Pero en la realidad ese delito lo cometen por igual quien escala y quien, debiendo evitar eso, se olvida del asunto. Esto es, *quien hace y quien, debiendo hacer, no hace*. En definitiva: *quien tiene un deber y lo infringe*.

De ahí que no pueda definirse ni el concepto de acción ni el de omisión ni, lógicamente, el supraconcepto común de ambos, de manera exclusivamente ontológica, neutral ni avalorativa, sino teniendo en cuenta el deber jurídico, esto es, el aspecto normativo y axiológico propio del Derecho penal. En última instancia, el delito de omisión impropia, tan estudiado por el mismo GIMBERNAT, constituye el mejor ejemplo de que la acción y la omisión son conceptos fungibles, intercambiables, así como la prueba más fehaciente de la insuficiencia de criterios exclusivamente ontológicos, naturalísticos y avalorativos.

## VII. Un debate más productivo: ¿protección de expectativas u orientación de conductas?

Si la polémica entre ontologismo y funcionalismo ya no se encuentra en un primer plano de la discusión en torno al concepto de acción, entonces cabe preguntarse, como indica el título de este estudio: ¿Qué es lo que queda del concepto de acción en la moderna Dogmática jurídico penal? La respuesta a este interrogante la constituye otro debate doctrinal, que puede resumirse en la diatriba “*protección de expectativas*” frente a “*orientación de conductas*”, planteada por el sociólogo LUHMANN en uno de sus más conocidos trabajos a principios de los años 70, e importada al debate penal, con sugerentes aportaciones propias, por el Profesor JAKOBS.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Ya, al respecto, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, cap. 8.

<sup>89</sup> Exhaustiva información al respecto en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, págs. 559 y sigs. (también en Id., *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, págs. 15 y sigs.); Id., “¿Qué queda de la discusión tradicional sobre el concepto de acción?”, en José Luis Díez RIPOLLÉS, Carlos María ROMEO CASABONA, Luis GRACIA MARTÍN, Juan Felipe FIGUERA GUIMERA (Editores), *La Ciencia*

En efecto, LUHMANN y JAKOBS han tratado de oponer, de manera más o menos decidida, una función de la norma cifrada en la institucionalización de las expectativas sociales a otra función de la norma cifrada en la orientación de conductas. A mi juicio, dicha contraposición no es plenamente convincente, pero el debate generado en torno a ella resulta interesante y se encuentra en primer plano de la actualidad. En mi concepción, la norma no es un mecanismo imperativo para imponer conductas (y en esa pérdida del imperativismo creo que a la concepción funcionalista le asiste plena razón), sino un instrumento que constituye un modelo de *orientación social*, al plasmarse en él las *expectativas socialmente protegibles*.

La norma positiviza las expectativas sociales, de manera que se constituye en el *programa oficial* al que los ciudadanos pueden orientar sus conductas. En esa diatriba, los sujetos motivables por la norma pueden decidir libremente entre dos situaciones o actitudes ante la estructura social:

En primer lugar, pueden decidir si se mantienen fieles a la normas (esto es, si se comportan como *sujetos razonables* o lo que es lo mismo: como *personas en Derecho*, en el sentido *hegeliano*: “*sé persona y respeta a los demás como personas*”), con lo que se satisfarán todas las expectativas sociales que la norma deposita en los ciudadanos.<sup>90</sup>

Pero, en segundo término, los sujetos también pueden optar por apartarse del programa o modelo oficial que la norma representa. Y, a su vez, ese alejamiento de la norma, que supone el quebrantamiento de las expectativas sociales depositadas en ese sujeto de acuerdo a su rol, puede ser *incidental* o *duradero*. En el primer caso, la infracción del hecho punible representa un acto incidental, lo que JAKOBS denomina un *desliz reparable*, y aunque el sujeto se ha comportado de manera material como *individuo*, primordialmente se sigue viendo orientado por la norma, manteniendo fundamentalmente su persona-

---

*de Derecho penal ante el nuevo Siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 977 y sigs. (también en Id., *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, págs. 43 y sigs.

<sup>90</sup> Al respecto, puede encontrarse una fundamentación exhaustiva, con contundente argumentación, en la reciente monografía de Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Prólogo de Günther JAKOBS, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, esp. págs. 115 y sigs.

lidad en Derecho. En el caso de que el apartamiento de la estructura social y normativa sea duradero, y represente un peligro latente para el desarrollo de la personalidad en Derecho por parte de los demás, reacciona el ordenamiento penal de manera más enérgica y agravada, con medidas tendentes a asegurar un mayor ámbito de seguridad cognitiva en la vigencia de la norma. En este caso, se denomina “enemigos” a aquellos sujetos que dificultan o impiden el desarrollo de la vida comunitaria, porque –aunque no pierdan su personalidad en Derecho de manera completa– ésta se ve restringida de manera más amplia precisamente porque esos sujetos representan un peligro para que los ciudadanos fieles al Derecho puedan desempeñar su personalidad de manera calculable y razonable.<sup>91</sup>

En todo caso, y como queda puesto de manifiesto en estas reflexiones, *presupuesto de la realidad de la norma es la posibilidad de que la norma sea infringida*, porque una norma que no sea (o pueda ser) infringida no es una norma real.<sup>92</sup> De ello se deriva que la acción, la acción penalmente relevante, es precisamente un atentado contra una norma de convivencia, que desautoriza a la norma como modelo de orientación social, pero al mismo tiempo supone un atentado contra la expectativa social normativamente institucionalizada. A mi juicio, pues, y como ya han señalado algunos autores en la doctrina española, como singularmente SILVA SÁNCHEZ<sup>93</sup> y también POLAINO-ORTS<sup>94</sup>, las funciones de “orientación de conductas” y de “aseguramiento (o instituciona-

<sup>91</sup> Vid. Günther JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel Cancio Meliá, en Günther Jakobs / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de Dogmática penal y Política criminal*, Discursos de investidura como Profesores *Honoris Causa* por la Universidad Autónoma de Tlaxcala (México), *Laudatio* a cargo de Carlos DAZA GÓMEZ, Editora Jurídica Grijley, Lima (Perú), 2006, págs. 21 y sigs., esp. 32 y sigs.

<sup>92</sup> Sobre esta idea, más ampliamente, Miguel POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 5ª. edición, actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 195 y sigs.; ID., “Reflexiones sobre la norma jurídico-penal”, en *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Bogotá *et. al.*, 2005, págs. 511 y sigs.

<sup>93</sup> Al respecto, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”, en ID., *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, págs. 26 y sigs.

<sup>94</sup> POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, op. cit., págs. 113 y sigs., 122 y sigs.

lización) de expectativas” son perfectamente compatibles, de manera que no cabe presentar ambos cometidos con una disyuntiva excluyente, como parece desprenderse de algunos de los planteamientos funcionalistas.

En resumen: en lo que a la función del concepto de acción se refiere, se combinan ambos elementos: *orientación no imperativa de conductas y protección de expectativas sociales (en esencia: bienes jurídicos)*.

### **VIII. Conclusión: hacia un concepto funcional-social de acción**

Con ello, quiero ir concluyendo mi exposición. Yo defiendo personalmente un concepto funcional-social de acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en un segundo plano, y en el que el aspecto de la socialidad es plenamente constitutivo. Si un sujeto viviera aislado de manera absoluta del mundo social, en una isla perdida, y cometiera un delito, por ejemplo, de hurto no sería necesario combatir esa conducta. El delito contra la propiedad (el hurto o el robo) exige la existencia del derecho de propiedad, y éste es un derecho *social*, o por mejor decir *personal-social*: esto es, *interpersonal*. Ello quiere decir que ese derecho lo disfruta una *persona*, pero existe por una *convención social*. La acción penalmente relevante es un atentado contra esa convención. Esta es mi opinión en relación a qué queda del debate científico en torno al concepto de acción. Un debate en el que, bajo ningún concepto, querría ni aceptar tener la última palabra. Aquí me he enfrentado, en algunos puntos, a las aportaciones del Prof. GIMBERNAT, quien ha dicho no pocas palabras, algunas definitivas, sobre esta materia.