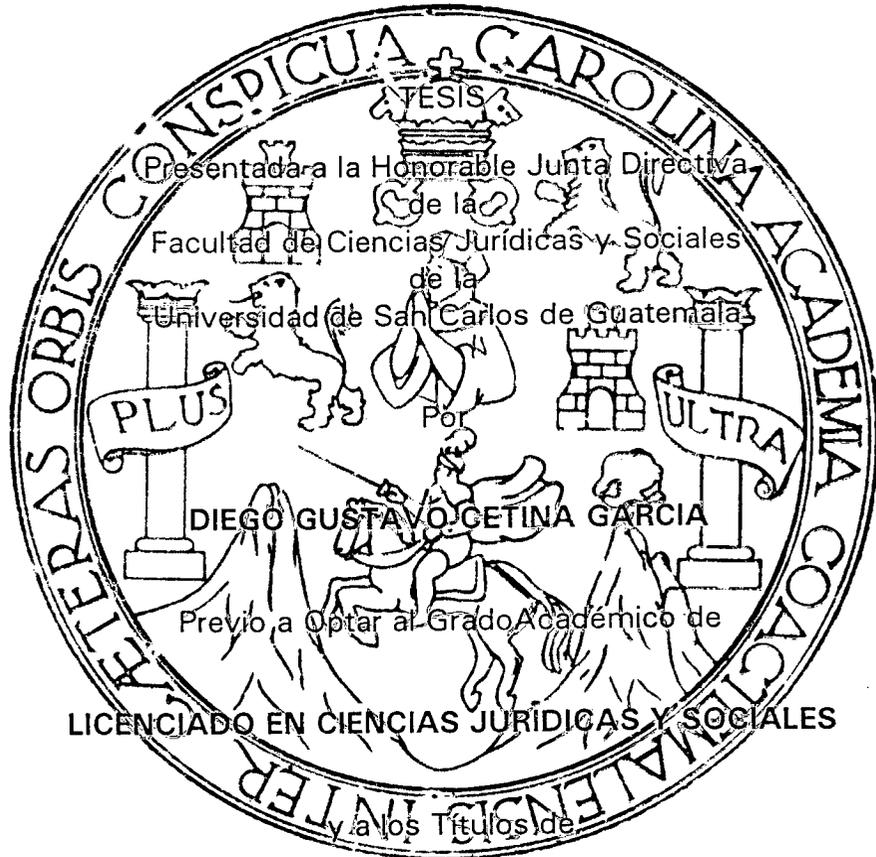


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

EL CONCEPTO FINAL DE ACCION



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Mayo de 1997

DL
04
+(3220)

**JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO	Lic. José Francisco De Mata Vela
VOCAL I	Lic. Luis César López Permouth
VOCAL II	Lic. José Roberto Mena Izeppi
VOCAL III	Lic. William René Méndez
VOCAL IV	Br. Homero Iván Quiñónez Mendoza
VOCAL V	Br. Joaquín Enrique Pineda Gudiel
SECRETARIO	Lic. Héctor Aníbal De León Velasco

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

DECANO	
(en funciones)	Lic. Rubén Alberto Contreras Ortiz
EXAMINADOR:	Lic. Jorge Mario Alvarez Quirós
EXAMINADOR:	Lic. Javier Román Hinestroza López
EXAMINADOR:	Lic. Luis González Rámila
SECRETARIO:	Lic. Luis Haroldo Ramírez Urbina

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).



2876-94

Guatemala, 9 de septiembre de 1996

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

Licenciado
Francisco de Mata Vela
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria

- 3 OCT. 1996
RECIBIDO
Hora: 15:00
OFICIAL

Respetuosamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que tal como se me requiriera por parte del decanato a su digno cargo, procedí a asesorar el trabajo del Bachiller DIEGO GUSTAVO CETINA GARCÍA, quien elaboró el trabajo intitulado: EL CONCEPTO FINAL DE ACCION.

En la tesis se analiza la importancia del concepto de acción, como parte de teoría del delito, haciendo especial referencia a las principales corrientes que han definido su desarrollo, como la teoría social, final y causal. Además, se realiza una serie de reflexiones sobre la importancia política del mencionado concepto, en la dogmática penal y en la legislación nacional.

El trabajo fue desarrollado con la metodología y la bibliografía adecuada, por lo que al satisfacer los requisitos reglamentarios me permito recomendar que el mismo sea aceptado para su discusión en el examen público.

Sin otro particular me suscribo con muestras de consideración, atentamente,

José F. Valásquez
Lic. José Fernando Valásquez Carrera

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Calle U. Amable, s/n. 10
Guatemala, Guatemala



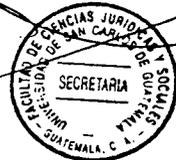
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, ocho de octubre de mil novecientos noventa y -
seis. -----

Atentamente, pase al LIC. EDGAR LEMUS ORELLANA para que -
proceda a Revisar el trabajo de Tesis del Bachiller DIEGO
GUSTAVO CETINA GARCIA y en su oportunidad emita el dicta-
men correspondiente.-----

alhj.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica



1135-97
[Handwritten signature]

Abril 15, 1997.

Licenciado:

José Francisco De Mata Vela
Decano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Su Despacho.

Señor Decano:

De conformidad con lo ordenado por usted, en su providencia de fecha 8 de octubre del año recién pasado, procedí a revisar la tesis del Bachiller DIEGO GUSTAVO CETINA GARCIA, titulada "EL CONCEPTO FINAL DE ACCION".

El tema que como tesis presenta el Bachiller Cetina García, resulta bastante interesante e implica una profunda capacidad de investigación y análisis en materia de Dogmática Penal. La forma en que fue desarrollado y la toma de posición del autor acerca de la teoría finalista, hacen de este documento, algo novedoso y que pocas veces encontramos en este tipo de trabajos.

En virtud de lo anterior, considero que la tesis presentada por el Bachiller Cetina García, llena con suficiencia los requisitos exigidos, para que pueda discutirse en el examen público respectivo.

Sin otro particular, me suscribo de Usted,

Atentamente,

[Handwritten signature]
Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
REVISOR

EEO/scgf.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, siete de mayo de mil novecientos noventa y -
siete. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
Impresión del Trabajo de Tesis del Bachiller DIEGO GUSTA-
VO CETINA GARCIA intitulado "EL CONCEPTO FINAL DE ACCION".
Artículo 22 del Reglamento de Exámenes Técnico Profesio-
nal y Público de Tesis. -----

alhi.



PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA |
Biblioteca Central

A mis padres

A la universidad de San Carlos de Guatemala

A la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I	
1.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL.....	2
1.2 El Causalismo	3
1.2.1 Causalismo clásico o naturalista.....	3
1.2.3 El causalismo valorativo.....	6
1.2.4 Crisis del causalismo.....	8
1.2.5 El concepto social de acción.....	9
1.2.6 La teoría de la acción finalista.....	11
CAPITULO II	
2.1 IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PARA EL DERECHO PENAL.....	15
2.1.1 Importancia política y sistemática del concepto de acción.....	15
2.1.2 Función del concepto jurídico-penal de acción y necesidad de una teoría penal de la acción.....	16
2.1.3 Función de delimitación.....	16
2.1.4 Función coordinadora y sistemática.....	21
2.1.5 Función clasificadora.....	22
2.2 El derecho penal de autor.....	25
CAPITULO III	
3.1 CRÍTICAS AL CONCEPTO DE ACCIÓN.....	31
CAPITULO IV	
4.1 ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO.....	36
CAPITULO V	
5.1 CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO DE ACCION FINAL.....	42
6. CONCLUSIONES.....	47
7. BIBLIOGRAFIA.....	49

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo pretendemos acercarnos a un problema básico del derecho penal. El referido al concepto de acción en general y al de acción finalista en particular, desde el método de la dogmática penal. La dogmática, es un modelo de análisis jurídico que trabaja abstrayendo de la ley positiva los conceptos contenidos en ella, para posteriormente hacer un desarrollo lógico de los mismos y establecer reglas de la mayor precisión posible, para la aplicación correcta de las normas legales.

La parte general del código penal, contiene la estructura del concepto de delito que sirve de orientación y que da base a toda la construcción del sistema del hecho punible. El concepto de acción, objeto de este estudio, esta claramente contenido en la ley guatemalteca, : en el artículo 10. Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración...; el artículo 10. Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión; artículos 11 y 12; artículo 19. El delito se considera realizado en el momento que se ha ejecutado la acción.

La teoría del delito es parte de la dogmática jurídico penal. Tiene como finalidad práctica, la búsqueda de los postulados del derecho penal positivo referidos al delito, construye en torno de la ley y ayuda a planificar o diseñar leyes coherentes con los principios del Estado de Derecho,¹reuniendo en su sistema los elementos que en base a las normas vigentes, pueden considerarse comunes a cualquier hecho para ser tenido como contrario a derecho.

La aplicación del derecho penal, hace pensar, directamente en la parte especial del código penal, en la que se describen los distintos tipos penales, el robo, el asesinato, la violación, la estafa, la sedición, la rufianería, la quiebra fraudulenta, etc. La teoría del delito no obstante, no estudia los elementos de cada uno de los tipos delictivos, sino los componentes o características que son comunes a los delitos, como la culpabilidad, el dolo, la tipicidad, la antijuridicidad, por solo mencionar algunos. Y tal es el caso del concepto de acción, elemento característico y fundamentador de la mayoría de hechos considerados ilícitos.

El concepto de acción, tiene además de razones sistemáticas

¹ Santiago Mir Puig. Derecho Penal Parte General pp 118. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser -no es una construcción iusnaturalista-, sino una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste.

fundamento político, pues el derecho penal no pretende solo impedir la pérdida o lesión de bienes jurídicos, sino también asegurar formas de conducta, así lo que en primer orden define al delito es la conducta humana. Lo que la ley prohíbe o manda no puede ir mas lejos que la capacidad de la persona de intervenir con su actuar en el desarrollo de los sucesos, lo que no se puede evitar, no puede ser exigido ni prohibido. De ello que el concepto de acción, para el derecho penal, se constituya como un concepto central, que exige un método adecuado para conocerla.

Creemos, que las propiedades que caracterizan el comportamiento humano, los puntos de partida, de los que en principio surgen la responsabilidad jurídico penal, son cuestiones que no decide la ley, sino la realidad. La acción antes que un concepto jurídico es un concepto ontológico y, el planteamiento finalista, significó un replanteamiento del concepto de acción, que derivó en una revisión de toda la teoría del delito.

En el presente trabajo, intentamos explicar los aspectos esenciales, para comprender la llamada acción final o finalista, para ello ha sido necesario el análisis de los conceptos causalistas y sociales de acción, mostrando sus relaciones y diferencias, evidenciando como la adopción de uno u otro puede llevar a diferentes consecuencias materiales de aplicación. Se señalan en el trabajo además, las principales críticas que actualmente se hacen al concepto de acción finalista.

Hemos recurrido para su elaboración a la investigación bibliográfica, con tres herramientas, el análisis bibliográfico la deducción y la inducción. Lo anterior, con el objetivo de indagar sobre la importancia de la acción para el derecho penal, la historia del concepto, que resultados generan el uso de los diversos conceptos y finalmente las críticas a la teoría finalista. Girando el trabajo en torno a la hipótesis siguiente: El concepto finalista de acción, es el más adecuado para ser utilizado como parte de un sistema dogmático, de análisis e interpretación de la ley penal. Además de ser el que en mejor forma llena las exigencias garantistas que el mismo exige.

Y es que el finalismo, para el derecho penal, ha significado el replanteamiento de los postulados de la teoría dogmática penal. La crítica del finalismo a las corrientes anteriores, ha significado además, el que estas redefinan muchos de sus postulados.

CAPITULO I

1.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL

Se hace a continuación un esbozo histórico de la evolución del

tema, que aunque breve, es fundamental para comprender la evolución del concepto. El estado actual de desarrollo del tema y la importancia que tal desarrollo ha tenido hasta el presente, para la transformación de la dogmática penal en general y la estructura del concepto de delito y sus elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en particular.

El análisis histórico abarcará en mayor medida la evolución del derecho europeo continental, pues es Europa donde ha tenido y hoy tiene el mayor desarrollo en esta rama del derecho de la que es receptor directo el derecho latinoamericano.

La ciencia del derecho penal clasifica la teoría del delito para su estudio, en tres grandes corrientes o escuelas, la corriente finalistas, el causalismo y las escuelas del concepto social de acción.

1.2 El Causalismo

1.2.1 Causalismo clásico o naturalista.

En el antiguo derecho penal (derecho Común) se conocía solo la distinción entre imputación objetiva y subjetiva. La concepción moderna o cuatripartita, acción típica antijurídica y culpable, es resultado del desarrollo de diferentes sistemas dogmáticos.²

A principios del siglo XIX la doctrina distinguía entre injusto e imputación del hecho, lo que con el desarrollo de la dogmática penal se convertiría en las ideas del ilícito y la responsabilidad (culpabilidad). Estos conceptos de injusto e imputación del hecho, daban lugar en aquella época a una noción tripartita del delito, el que se entendía como una acción, antijurídica y culpable. Pero aún no era clara la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, confusión causada por la influencia del concepto de imputación, procedente de las doctrinas de Puffendorf.³

Del anterior desarrollo y de las doctrinas de Ihering sobre antijuridicidad objetiva, el estudio sobre teoría de las normas de Binding y los conceptos de culpabilidad y acción de Merkel y Berner, se sirvieron en gran medida Franz von Liszt y Ernst Beling para elaborar su sistema, cuya definición de delito es muestra del último desarrollo importante, del derecho penal en el siglo pasado.

² Confr. Hans Welzel op. cit. pp 21 y ss

³ Confr. Hans Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Tomo I pp 273

Delito es para Beling: "La acción típica, antijurídica, culpable sometida a una conminación penal adecuada y ajustada a las condiciones de dicha penalidad."⁴

Descubren, Liszt y Beling, que hasta esa época, las categorías y conceptos con los que trabajaba el sistema del hecho punible, estaban en cierta medida cargados de elementos objetivos y subjetivos, internos y externos. El concepto de imputación, es una buena muestra de esto, el mismo comprendía o se elaboraba con distintas condicionantes del medio del individuo y las personales: educativas, físicas, psíquicas, espirituales etc. (Nótese la raíz positivista del concepto.)

Para restringir, lo objetivo subjetivo, interno externo, a categorías simples y coherentes con la metodología, naturalista de la época, ambos autores, plantean un método que ve la realidad -el delito- en dos planos. El objetivo externo al sujeto, y lo subjetivo interno del sujeto. En el primero, se estudia el actuar del individuo como se estudia a una cosa, un objeto físico. En el segundo, la relación de su sentir, o conciencia con los hechos físicos. Que por su simpleza y aparente racionalidad llega a dominar.

Como se indicó la sencillez y fácil comprensión este método lo convierten en dominante en casi toda la dogmática europea de finales del siglo pasado. El sistema analítico Liszt-Beling tenía por base su concepto de acción, que era concebido en términos estrictamente naturalísticos o mecanicistas: un movimiento corporal que tiene un resultado en el mundo exterior, unidos todos los hechos desde la causa al efecto por un hilo o vínculo de causalidad. Coherente con su razonamiento, de ver el acontecer como un conjunto de hechos físicos concatenados.

El proceso de la acción estaba dividido para los causalistas naturalistas en dos partes: el proceso causal externo (objetivo) por un lado y por el otro el contenido de la voluntad (subjetivo). La acción es un proceso causal que desencadena la voluntad como impulso o inervación en el mundo exterior, un puro efecto de la voluntad, con independencia de que quien ejecuta la acción haya querido el efecto o incluso pudiera preverlo. Acción es según esta teoría todo movimiento corporal causado por un acto de voluntad o de voluntariedad.

Confirmada la presencia de una acción se pasaba a comprobar si concurrían también sus características o predicados, es decir, si era típica, antijurídica y culpable. Este último elemento se

⁴ Para informarse detalladamente sobre el desarrollo del Derecho Penal en el siglo pasado ver: H. Welzel Derecho Penal Alemán, E. Mezger Derecho Penal y Tratado de Derecho Penal de Luis Jiménez de Asúa.

estudiaba ya como un elemento del plano subjetivo.

La distinción entre los componentes subjetivos y objetivos era tajante. La tipicidad y la antijuridicidad, reflejaban la parte objetiva del delito y la culpabilidad lo subjetivo. Lo típico en la descripción de la acción, y la antijuridicidad un juicio puramente objetivo de valor. La tipicidad, por esto, era un indicio de lo antijurídico de la presencia de una prohibición que se eliminaba con una causa de justificación que la misma ley debía regular.

En la culpabilidad se recogían todos los procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del sujeto, así se manejaba un concepto psicológico de culpabilidad. De esto que la imputabilidad se considerara un requisito de la culpabilidad, y el dolo y la culpa como formas de la culpabilidad. Las causas de justificación para algunos doctrinarios podían relevarse en la culpabilidad, otros negaron tal posibilidad,⁵ porque esta se deducía de la ley, relevar la justificación en la culpabilidad, significaba una incongruencia con la postura de los planos objetivo-subjetivo. Esta segunda postura era acorde al la visión causal, o sea, creer que la justificación de quien actúa se deduce de su posición objetiva frente al bien jurídico que se afecta. Sin embargo la cuestión de los justificantes, presentó siempre problemas a los causalistas y a su método para ser resuelto.

A lo anterior debe agregarse, que los causalistas no pudieron conformar un concepto objetivo (material) de culpabilidad, de ahí la imposibilidad, de reunir distintos elementos objetivos (causas de justificación por ejemplo) en un concepto con unidad de sentido, o sea un concepto útil para el análisis; no se olvide que la culpabilidad era considerada subjetivamente (psicológica), y que por interna que sea (la culpabilidad), es también un hecho, que aunque se conozca por inferencia debe ser demostrado, sobre todo en el juicio.

La concepción clásica o causalista naturalista, fue parte del pensamiento jurídico positivista de aquella época. La conceptualización estaba estrictamente limitada al derecho positivo y a su interpretación; pretendía interpretar, basándose solo en conceptos jurídicos, excluyendo de su análisis, valoraciones, psicológicas, sociológicas, filosóficas, etc. Así la idea del hacer humano, era una idea encuadrada en la formalidad. Esta formalidad tenía también un reflejo de la protección del Estado de Derecho, pues con la formalidad se deseaba la seguridad jurídica y el control a los jueces que trabajaban con ideas sencillas y comprobables.

⁵ Jescheck op. cit. pp 275 y ss.

1.2.3 El causalismo valorativo

Otra etapa importante en el desarrollo del concepto de Acción es la del Causalismo Valorativo o de la Teoría Neoclásica. Este período se inicia con la crítica y las transformaciones que sufren las ideas de Liszt y Beling que como ya se dijo en esta época fueron dominantes. No obstante, estas transformaciones no constituyeron un abandono completo de las ideas del causalismo naturalista, pero sí una reforma del sistema.

La influencia de la teoría del conocimiento del Neokantismo para esta etapa del desarrollo de la dogmática penal es esencial. Son estas ahora las ideas filosóficas que dan fundamento a la construcción, pero trabajando con los mismos conceptos.

El concepto clásico era reflejo del método científico de aquella época, en especial del determinismo causal impulsado en la ciencia por Isaac Newton, la crisis de estas ideas por el avance de física, significó por ende la crisis de la base científica del concepto causal natural. Liszt creía que trabajaba con un concepto real de conducta, con el concepto del positivismo (de la física), incuestionable entonces.

Debido a la fundamentación predominantemente neokantiana de esta etapa del Derecho Penal, el problema de la estructura real del concepto de acción no se evidenciaba en esta época, pues la misma era un obstáculo para ello. Así fieles a su epistemología los dogmáticos neokantianos entendieron la acción como un concepto jurídico-penal en el que la única referencia necesaria era el derecho positivo, por supuesto unido a la observación y la descripción del método científico naturalístico. El conocimiento crea sus objetos. Al igual que los causalistas naturalistas, los valorativos, entendían el mundo como un conjunto de acontecimientos físicos, pero desde la norma jurídica, que para ellos definía desde un inicio el objeto de conocimiento.

Aquí hay ya una diferencia radical con el concepto sostenido por los clásicos, y una regresión piensan algunos, pues los causalistas naturalistas, incorporaban el actuar humano como se entendía en esa época, pero los causalistas valorativos abandonan la idea de entender como es la acción objetivamente, pues no es importante saber como esta es en la realidad, el comportamiento que importa es el que la ley señala.

Lo anterior no quiere decir, que todo este desarrollo, no se traduce en ningún cambio sistemático de fondo en la teoría del delito, ya que la nueva orientación si bien trabajaba con casi los mismos conceptos, refería la función del derecho a valores. El concepto de delito se elaboró en base a los fines perseguidos por el Derecho Penal, era una perspectiva teleológica, eso sí, construyendo un concepto jurídico penal de acción que no coincide

con la realidad óptica del mismo.

El nuevo desarrollo de la dogmática penal significó una transformación de las ideas naturalistas, pero paradójicamente, fue el concepto de acción que seguía siendo entendido naturalísticamente, el que menos cambios sufrió en el nuevo sistema, lo que significó problemas de aplicación del mismo. A la mayoría de elementos del sistema del hecho punible, debía hacerse, un análisis en el que se tuviera en cuenta además de su exterioridad; elementos subjetivos o bien valoraciones jurídicas. No obstante, la acción, como se indicó, se continuaba comprendiendo como un conjunto de hechos.

Los tropiezos que la teoría de la acción daba, se trataron de resolver de diversas formas. Algunos la entendieron como comportamiento, actuación de la voluntad humana en el mundo exterior. La conducta se convierte en comportamiento voluntario, realización de la voluntad, espontaneidad o comportamiento humano (Mezger).

En el campo de la tipicidad los cambios fueron profundos. La anterior idea de un concepto de tipo libre de valoración y únicamente descriptiva fue transformada, especialmente por el descubrimiento de los elementos normativos (valorativos) del tipo, que para ser aplicados requieren indefectiblemente una valoración, así la doctrina empezó a preocuparse de elementos que contienen algunos tipos y que solo es posible apreciar a cabalidad haciendo valoraciones de alguna clase, por ejemplo, mujer honesta, documento, móviles abyectos, etc.

El descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, volvió indefendible su concepción puramente descriptivo-objetiva, compuesta de hechos pertenecientes al mundo externo. La contradicción se demuestra con el siguiente ejemplo, en el tipo de hurto: si una persona toma un objeto que no le pertenece con la intención de devolverlo al día siguiente, falta el ánimo de apropiación y sin éste ánimo, el tipo de hurto. No puede existir un tipo puramente objetivo de hurto, sin ánimo de apropiación, pues el tipo solo se realiza cuando se persigue la lesión del patrimonio ajeno, y no solo la privación temporal de posesión. Entonces, el elemento subjetivo, ánimo de apropiación no es solo parte de la culpabilidad, sino también del tipo, en este caso el de hurto.

En la antijuridicidad se produjeron también cambios. Hasta esa época lo antijurídico, de una acción se entendía como oposición formal de ésta con el orden jurídico representado como una norma, ahora dada la finalidad de las normas penales, se hizo necesario concebir el ilícito en forma material, como dañosidad social. La antijuridicidad será entonces tanta, como daño social cause o intereses lesione. Este punto de vista posibilitó el graduar la antijuridicidad. Si una acción no causa ningún tipo de lesión no es antijurídica. Interpretación, que hizo viable, la inclusión de

elementos subjetivos.

A raíz del reconocimiento de los elementos normativos del tipo^u y de la concepción material del injusto, estas dos categorías sufrieron un cambio importante. El tipo dejó de ser la descripción carente de valor de un hecho o proceso externo. Para convertirse, además, en un elemento sujeto a valoraciones, pero cuya finalidad, solo, fijaba la antijuridicidad. Constituyéndose en tipo de injusto: en su nuevo papel de tipificar el injusto o ilícito merecedor de pena, el tipo no se encuentra en el mismo nivel de análisis, como en el sistema clásico, cumple ahora una tarea formal, de fijar los elementos de la antijuridicidad en la ley penal. La antijuridicidad y la culpabilidad se convierten en elementos materiales.

La concepción teleológica que ahora investía a la teoría del delito, trajo consecuencias para la culpabilidad. Esta era comprendida, como la formación de la voluntad contraria al deber que puede reprocharse al autor, idea que se debe a Frank y que actualmente se conoce como concepto normativo de culpabilidad. Reinhard Frank, argumentaba: el derecho regula el orden social, el individuo puede verse afectado por el derecho, cuando no obedece sus preceptos, la culpabilidad es entonces una voluntad contraria al deber que puede reprocharse a quien la manifiesta. Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprocharsele haberlo efectuado.

El concepto dio solución a cuestionamientos, que la concepción psicologista era incapaz de responder.

El reproche de culpabilidad desaparece en caso de incapacidad de culpabilidad de quien cometa el acto, pues no puede esperarse del enajenado o de quien no tiene capacidad de comprender lo que hace, formación de voluntad conforme a derecho.

El concepto de culpabilidad normativa, dio luz también a la teoría del delito culposo o imprudente, pues en lugar de que el autor tenga que representarse el resultado, se considera que actúa culposamente quien no demuestra atención a un deber de cuidado. La teoría normativa de la culpabilidad, se constituyó como el referente normativo necesario, para hacer de la culpabilidad algo concreto, que hiciese posible, hacer una adecuada valoración de la etapa subjetiva del delito.

1.2.4 Crisis del causalismo

Dado los nuevos rumbos que las innovaciones mencionadas imprimieron en la dogmática penal, el causalismo valorativo no tardo en ser criticado desde diversas posiciones, especialmente dos, la de Welzel que se encontraba en los inicios de la

construcción del finalismo y la de G. Dahm y F. Schaffstein, principales representantes de la doctrina penal nacional socialista, la llamada escuela de Kiel.

Es necesario mencionar: que la llamada crisis del causalismo valorativo no se debió simplemente a su propio desarrollo y evolución teórica. Fue otro factor, este de carácter político, el que influyó en su desplome. La acentuada neutralidad del causalismo, frente a los valores fundamentales del derecho penal y del Estado de derecho, le hicieron imposible enfrentar a las escuelas del derecho penal fincadas en la ideología del Estado totalitario nacional socialista.

1.2.5 El concepto social de acción

Puede decirse que la teoría social de acción se encuentra teórica e históricamente entre las teorías causal y finalista. Las primeras elaboraciones de misma pueden detectarse en los años treinta⁶, aunque su desarrollo más fuerte se da al concluir la Segunda Guerra Mundial.

La teoría social de la acción tiene origen en parte en las teorías causales, luego de la segunda gran guerra, es producto de un desarrollo autónomo.

Es tan amplia la cantidad de los planteamientos hechos dentro de la teoría social de la acción que resulta difícil determinar los elementos que puedan usarse para definir con unidad de contenido, esta teoría. Por esta razón aquí, solo, se esbozaran las principales.⁷

La teoría del concepto social de acción fue expuesta por primera vez en 1932 por Eberhard Schmidt, quien la definió como: "una conducta arbitraria para con el mundo social externo". Según Maurach y Zipf toda la elaboración de los conceptos posteriores giran en mayor o menor medida en torno al elaborado por Schmidt.

Para Karl Engisch el actuar es: "la causación arbitraria de consecuencias previsibles y socialmente relevantes". Schröder entiende la acción como: "un movimiento corporal dominado por la voluntad". Estas definiciones parecen tener ciertos tintes de causalismo, sin embargo presuponen, todas ellas, como necesario la

⁶ Zaffaroni op. cit. tomo III, pp 111 "...fue expuesta por primera vez por Eberhard Schimdt en 1932".

⁷ Para una clasificación detallada, puede consultarse: Tratado de Derecho Penal Tomo III Eugenio Zaffaroni pp. 111 y ss., Derecho Penal Parte General Reinhart Maurach-Heinz Zipf pp. 260 y ss.

referencia social de la conducta.

Hans-Heinrich Jescheck sostiene un concepto social de acción, el que según Maurach, significa un enlace con el finalismo, pues dentro de su concepto social considera la finalidad de la voluntad del autor, e incluye el dolo en el tipo del injusto. Johannes Wessels sostiene también un concepto social de acción en el que tiene como componente, la estructura personal de la conducta y con ello las circunstancias ontológicas de la misma, tanto que la define así: "la conducta socialmente relevante dominada o susceptible de serlo por la voluntad humana". Notese que el concepto de dominio, es una clara influencia del finalismo.

De los conceptos, pueden delinearse algunas tendencias. La primera compuesta por los que su único punto de referencia, es la remisión al contenido social del delito. Otras: las que teniendo como determinante la transgresión del orden social de la conducta, mantienen en su seno elementos del causalismo, tal es el caso de, E. Schmidt, de Engisch y de Schröder. Y una tercera, aquí, representada por Jescheck y Wessels, o sea las que sostienen una teoría social de acción con elementos de la concepción finalista.

Esta diversa composición tiene implicaciones importantes. Para las posiciones causalistas, el admitir el referente social de definición, que en lenguaje jurídico se transforma el elemento valorativo-normativo significa dar entrada a valoraciones subjetivas, dentro de su análisis causal-objetivo, circunstancia que es una contradicción inadmisibles para el causalismo.

Para el finalismo tiene otras connotaciones. La teoría social de la acción se basa en la afirmación de que no cualquier acción puede ser materia de prohibición, sino, solo las que tienen trascendencia social o que perturban el orden social.

El mismo concepto de orden social constituye un límite al poder penal del Estado, pues no será delito, lo que no trasciende al individuo, lo que no tenga afectación social. Importante es resaltar, que se encierra en esta idea un beneficioso límite al poder penal, pero esta garantía no da por sí validez científica al concepto social de acción; el suicidio, la destrucción de un bien propio son acciones, que tendrán una trascendencia social, que en este caso no importan al derecho penal, pero sí a la trascendencia social.

De cualquier forma, la no tipificación de acciones de poca o ninguna afectación social, es un principio político que rige en los ordenamientos jurídicos modernos, y que da base al derecho penal actual. Se acuña toda esta idea garantista, además, en otros principios, como el de lesividad, ultima ratio, utilidad, subsidiaridad, mínima intervención y el de exclusiva protección de

bienes jurídicos.⁸ El principio de la inadmisibilidad de tipificación de acciones de escasa o ninguna afectación de bienes jurídicos, rige también en el derecho guatemalteco, del cual es posible hacer la construcción con base constitucional, basándose en los principios de libertad y respeto al ciudadano, que informan todo el ordenamiento jurídico y político del país, y partiendo además de las siguientes disposiciones: la libertad de acción del artículo 5o., el principio de legalidad del art. 17, el art. 44 sobre los derechos inherentes a la persona humana y el de preeminencia del Derecho Internacional artículo 46.

Resumiendo, las acciones que no tienen repercusión en la comunidad, son acciones, pues no es el alcance de esta el que les da su característica óptica, la afectación social de una conducta, al menos en el campo del derecho penal, lo marca la circunstancia de que sea típica, por lo que este es un problema que no incumbe al concepto de acción. El error de la teoría social de acción o más bien la incoherencia de la misma es trasladar problemas de tipicidad al ámbito de la acción.

Su referente, (la sociedad) por amplio, le da escasez de contenido para el análisis dogmático, pues delimitar que acciones humanas no tienen relevancia social es poco menos que imposible. Y como ya se dijo si la referencia a lo social se analiza ya en la acción, el concepto de acción pierde su función o se amplía innecesariamente.

No obstante, frente a las deficiencias expuestas, la teoría social representa un adelanto en la dogmática. Ya que es un alejamiento del causalismo, del dogma causal de resultado, pues dentro de la acción analiza la conducta humana, en su relevancia social. Y no como un conjunto, simple, de hechos físicos.

1.2.6 La teoría de la acción finalista

Con la teoría de la acción final de Hans Welzel, se plantea una reestructuración y revisión completa del modelo y del contenido de la dogmática penal, otros penalistas importante, que han contribuido en esta concepción son Busch, Niese, Stratenwerth y Armin Kaufmann.⁹

La base teórica del finalismo, había sido ya construida por renombrados penalistas, en su crítica al causalismo, especialmente

⁸ Para mayor información sobre la función de los principios consultese: Derecho Penal, Parte General, Santiago Mir Puig y Manual de Derecho Penal, Parte General, Juan Bustos Ramírez.

⁹ Maurach-Zipf op. cit. pp. 255

Alexander Graf zu Dohna y Helmut von Weber. El primero partía de la distinción, entre, valoración del objeto y objeto de valoración, por ejemplo, la culpabilidad es valoración, no puede ser entonces objeto de valoración, entonces según zu Dohna el dolo no puede ser parte de la culpabilidad pues es la acción dolosa lo que se valora, la culpa sin embargo la considera como valoración, pues la entiende como ausencia de dolo, como error de las circunstancias del tipo. Debe advertirse que esta idea subjetiviza la tipicidad, por su parte la culpabilidad se convierte en un reproche, que debe hacerse valorativamente.

Hellmuth von Weber, como parte del delito consideraba las nociones de "deber ser" en relación con el ilícito y el poder que tocaba a la culpabilidad, "poder de obrar conforme a derecho". Lo primero, el deber ser, lo inserta von Weber en la acción con su contenido de dolo o culpa, luego se veía si el sujeto podía comportarse conforme derecho, pero esto ya en la culpabilidad.

Sin planteamientos como los expuestos, hubiese sido imposible para Welzel, superar el causalismo, pues al revisar estas ideas y sus imperfecciones, fue sentando las bases de una nueva dogmática.

El planteamiento finalista, ataca la fundamentación misma de la sistemática causal, es decir su concepto de acción, el concepto central del sistema, lo que significa a la postre, una construcción con nueva base. La acción es finalidad y no solo causalidad. En palabras de Welzel: "La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad; ponerse, por tanto fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado concientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es el resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso la finalidad es -dicho en forma gráfica- vidente, la causalidad ciega."¹⁰

Con esta visión supera Welzel no solo al causalismo, si no todas las teoría críticas de la época, como las de von Wever o Graf zu Dohna, pues cambia la estructura del sistema. Con la idea de finalidad, lo subjetivo y lo valorativo traspasan a todo el delito, abandonando la idea de los dos planos, planteada anteriormente. Para Welzel no existe un plano objetivo, para el ilícito y uno subjetivo para la culpabilidad.

El nuevo desarrollo de la dogmática tiene por supuesto, un

¹⁰ Hans Welzel op. cit. pp. 53-54

trasfondo iusfilosófico. Se enmarca principalmente en la confrontación con el neokantismo, o sea la lucha contra la separación entre el mundo real y el derecho. Para ello Welzel se sirve de las ideas de la filosofía realista de su época y de que en la filosofía jurídica comienza a dominar la tesis de que el derecho y el mundo no están separados. Esta es la razón de la importancia que Welzel da, a la elaboración de la categoría de las estructuras lógico-objetivas, previas a la elaboración jurídica y en trabajar el derecho sobre la base de la naturaleza de las cosas. Otra base importante en la construcción de la sistemática finalista, la constituyó la necesidad de combatir, según Welzel, la neutralidad de la ciencia penal, que como ya se señaló en este trabajo, perfiló en gran medida la declinación del causalismo, sin embargo la búsqueda de la fundamentación "ético social" del derecho penal o al menos de su finalidad, constituye una de las principales fuentes de su crítica.

Las ideas de finalidad dieron paso así a múltiples cambios en el sistema, que afectaron a todos los elementos del delito y significó en algunos casos, una visión completamente transformada de los mismos.

La finalidad conlleva subjetividad, así la finalidad se equipara al dolo en la acción típica, el dolo o la culpa cuando es el caso, paso a ser parte del tipo y ha ser analizado en este nivel.

El dolo tuvo no obstante, cambios importantes. Se le despojo del carácter ético-valorativo, pues al ser analizado en el tipo por el finalismo, el dolo se entiende como voluntad y conocimiento del tipo objetivo, como tener voluntad y el conocimiento necesario para realizar la acción descripta en la ley penal que transgrede la norma.

Es posible entonces, analizar la tipicidad en dos niveles, el tipo objetivo constituido por el hecho que la ley penal describe y el tipo subjetivo formado como se indicó, por el dolo, conocimiento y voluntad de realización o por la culpa, cuyo contenido encierra un deber objetivo de cuidado.

Así, si falta uno de estos elementos en el tipo (objetivo o subjetivo) existe un error de tipo, pues sin uno de los dos la categoría tipo, está incompleta, en este caso la acción que se analiza es atípica, ya que el error de tipo excluye la tipicidad.

La antijuridicidad fue también objeto de transformaciones, lo objetivo-subjetivo, paso a ser herramienta de comprobación de las causas de justificación. Con cierta similitud a como se presenta en la tipicidad. Aquí, debe presentarse la situación objetiva justificante y que el autor conozca que se encuentra en una situación justificante.

En las transformaciones de la antijuridicidad, no solo influyeron las ideas de la acción finalista, sino, principalmente la concepción de teoría de las normas que Welzel manejaba.

A diferencia de Edmund Mezger que teorizaba desde una concepción monista de las normas, Welzel entendía que existen dos tipos de normas, permisos y prohibiciones. Para los causalistas, la antijuridicidad sufría una simbiosis con la tipicidad, pues el concepto lo derivaban de una norma prohibitiva básica, así analizar los elementos que hacían típica la conducta, trataban también los que la justificaban. Welzel, por su concepción dualista, optó, por separar a la tipicidad de la justificación.

Un ejemplo aclarará la idea. Para Welzel la norma X dice: "Es prohibido matar" la norma Z dice: "es permitido matar en legítima defensa" el segundo supuesto es el objeto de la antijuridicidad.

Para Mezger, la norma dice: "salvo en legítima defensa es prohibido matar". Con esta base, en el desarrollo dogmático del problema, la tipicidad y la justificación tienden a enredarse.

La culpabilidad, es despojada de las relaciones psicológicas de que era objeto. Con el finalismo y con importante influencia de las ideas de culpabilidad normativa de Frank, esta se convierte en un juicio valorativo de reproche, que consiste, en el no actuar conforme a la norma. Y subjetivo, en relación a la capacidad y condición o posibilidad de motivación del sujeto añadiéndose lo referido a la capacidad de imputabilidad.

En pocas palabras, el ilícito es un conjunto de elementos objetivo-subjetivos, valorativos.

El finalismo, llega a la transformación de la teoría del delito, y en buena medida logra superar contradicciones y simplezas de teorías anteriores, pues este sistema logra a una mayor precisión conceptual referida a las garantías. No dejan sin embargo de darse puntos críticos en ella. Uno de los principales, la etización del delito y en gran medida una exagerada subjetivización, que a veces impide identificar con racionalidad la importancia del resultado como elemento del delito.¹¹ Al hacerse patente, esta contradicción que facilita la filtración de exageradas valoraciones subjetivas no siempre alejadas de valoraciones morales, la teoría finalista, como todo desarrollo

¹¹ Ponentes y precursores de una exagerada subjetivización del delito, son entre otros Marcelo Sancinetti "Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado" revista Justicia Penal y Sociedad No.2 1992, "Teoría del Delito y Disvalor de Acción" Edit. Hammurabi Bs. As 1991. Y con radicalidad extrema, Diethart Zielinski "Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito" Edit. Hammurabi Bs. As. 1990.

científico, da paso a nuevas ideas que son a la larga su superación.

CAPITULO II

2.1 IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PARA EL DERECHO PENAL

2.1.1 Importancia política y sistemática del concepto de acción

En términos generales el delito puede ser caracterizado como una conducta señalada punible o como comportamiento criminal. Esta definición, poco dice sin embargo del delito, pues será criminal el comportamiento conminado con una pena, y todo comportamiento que tenga prescrita una pena será criminal.¹² Es necesario pues, cambiar el complemento punible por los elementos o caracteres necesarios que la conviertan en tal. Así, siguiendo a la ciencia penal, la conducta humana para ser considerada delito, en derecho debe ser cuando menos, típica, antijurídica y culpable.

El fin que persigue la teoría del delito, es marcar los pasos lógicos y racionales para concluir en la criminalidad de una conducta o descartar tal carácter, siguiendo los diferentes estratos que para este objeto construye la dogmática.

Es ineludible recurrir entonces, a un concepto que guarde en sus seno los caracteres que debe llenar una conducta para que pueda ser considerada delito, un concepto con elementos lógicamente ordenados como necesidad sistemática, por ello complejo en alguna medida y esto ya desde la acción.

No es posible dejar de lado que el delito es una conducta o acción y que como tal debe pertenecer a un autor, o bien que para que exista un autor debe realizar una conducta, ambos conceptos se superponen. En otros términos es posible hacer el análisis desde la acción y es posible hacerlo desde el autor. Esta segunda posibilidad, encierra no obstante, una contradicción político sistemática.

Parece coherente plantear el inicio del análisis por el autor, pues ya que sin éste no hay conducta y la precede.

Es posible ante esto argumentar, que si es cierto que sin autor no hay acción, lo es también que sin acción o conducta no hay

¹² Sobre la tautología de las definiciones formales y unitarias del delito, Zaffaroni E. op. cit. III pp. 14 y ss. Stratenwerth G. Derecho Penal Parte General pp. 1 y ss.

autor, encierra el argumento como todo juicio analítico cierto círculo vicioso. El otro argumento, el de la necesaria preexistencia del autor, es también cuestionable, ya que la prioridad cronológica no es un criterio definitorio de los elementos del delito, pero en el fondo el argumento es un contrasentido, pues con ese criterio, sería digno de tomar en cuenta además, que lo primero cronológicamente sería el tipo o la ley penal, en un sistema de clasificación mas que innecesario, absurdo.¹³ Este esquema esta además vinculado al derecho penal de autor, baste este argumento, para desechar esta sistemática, contraria por demás a los postulados básicos del Estado de Derecho.

2.1.2 Función del concepto jurídico-penal de acción y necesidad de una teoría penal de la acción.

Como ya se ha señalado solo las acciones o conductas pueden ser constitutivas de responsabilidad penal. De ahí la necesidad de encontrar un concepto de acción que cumpla los fines que el uso dogmático le exija. Un concepto que cumpla tareas específicas para la interpretación y la aplicación de la ley, con función técnica unas y otras con función de carácter político garantista.

La acción es una conducta humana, que es la base o elemento constitutivo de las formas de aparición del delito. El concepto comprende, las situaciones en las que el autor ha previsto el resultado o sea el caso de los delitos dolosos y los en que la voluntad no esta dirigida a la realización del hecho típico realizado, el caso de los hechos culposos. Es también el cimiento de los delitos de comisión y de omisión. En los delitos comisivos la conducta representa el sustrato de la infracción a la norma que caracteriza a los delitos. En los delitos omisivos, la conducta prevista para un resultado típico o atípico, se convierte en omisión cuando el autor no hace lo prescrito.

En los casos de "doloso- culposo" y "comisivo-omisivo", siempre la conducta es cosa distinta y anterior a la tipicidad, porque el concepto de acción emana de la realidad que el derecho pretende normar, es así, concepto constitutivo para todo tipo de delito.

2.1.3 Función de delimitación

¹³ En este trabajo se sostiene el criterio contrario, el que va de la conducta al autor. En el derecho penal, no se olvida no obstante a este, pues siempre se tendrá presente que la acción en sus diferentes niveles: típica, antijurídica, etc. será referida a un autor, especialmente en la culpabilidad.

Solo son importantes para el Estado y para el derecho penal, las conductas humanas dirigidas por la voluntad; solo aquí cabe hablar de una acción de importancia para el derecho penal.

Todas las teorías y escuelas de derecho penal coinciden en la idea de que únicamente, el conducirse voluntariamente, posee relevancia penal. Deben ser delimitadas y separadas del alcance del concepto de acción, las conductas que no sean producto de la voluntad. Si el actuar no puede ser dominado por el hombre, no puede ser la base de su responsabilidad. Por esta razón quedan también incluidas como fuentes de responsabilidad penal las acciones en que existe voluntad, pero con la libertad viciada o incluso las que carezcan de ella (la voluntad es un proceso psicológico) por esto se tienen también en cuenta dentro del derecho penal, las acciones del que esta sometido a una coacción externa o que actúa influido por una determinación interna. Como en los casos del estado de necesidad y de inimputabilidad. Las especiales características que afecten la voluntad, serán sin embargo objeto de valoración en cada caso concreto. Y en gran número de casos la ausencia de voluntad final, excluirá la responsabilidad.

No es posible no obstante, exponer ideas generales, en cuanto a la cuestión de ¿cuando hay acción y cuando es posible excluirla?. Existen criterios con los que es posible depurar los casos en los que a las conductas que contienen son irrelevantes. El desarrollo mismo de la dogmática penal a su vez, ha dado paso al perfeccionamiento de estos criterios o mecanismos de análisis, por lo que su sistematización se ha tornado compleja.

Es posible destacar con esta función diferenciadora del concepto de acción tres grupos de casos, desde la perspectiva de considerar al individuo con posibilidad de dirigir el proceso de su acción.

1) No deben ser consideradas acciones, los llamados actos o movimientos reflejos. En este punto la función del concepto consiste como señala G. Stratenwerth en : "eliminar aquellos movimientos corporales que no provienen de una decisión voluntaria del ámbito de la acción". Actos o reacciones corporales en las que no interviene la voluntad, reacciones al dolor, vómitos, estornudos, epilepsia. Por ejemplo el caso de quien como producto de una reacción al dolor rompe una escultura valiosa.

En el caso anterior la acción se da dentro de un movimiento defensivo que no esta dominado por la voluntad. " El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores" (Muñoz Conde). Quedan excluidas como acciones de interés jurídico-penal, las producidas por los llamados actos reflejos.

Las llamadas acciones pasionales o de corto circuito pueden

ser analizadas aquí, pues guardan cercanía con los actos reflejos. Sobre ellas Maurach¹⁴ y Zipf exponen: "Si bien en ellas se produce la intervención del elemento voluntad, ello ocurre a una velocidad tal, que para el sujeto actualmente no existe la posibilidad de poner en movimiento una reacción que impida incurrir en aquella acción."¹⁵

En estas acciones como argumentan Maurach y Zipf, la excitación pasional reduce la conciencia de la situación en que se produce la actuación, pues la excitación afectiva o impulsiva deforma el proceso de formación de la voluntad.

Es ya dudoso en estas situaciones, si se está ante una circunstancia en la que se excluye el saber o si el comportamiento ha sido conducido en forma voluntaria o no.

Otros hechos estrechamente vinculados con el tema, son las llamadas acciones semiautomáticas o conductas por automatización del comportamiento. Sobre estas acciones, Maurach y Zipf dicen: "Mientras en los movimientos reflejos la voluntad no interviene, la reacción ejecutada en forma semiautomática debe considerarse como acción en el sentido jurídico-penal: un proceso de formación de la voluntad originalmente existente se ha radicado en el subconsciente mediante una larga práctica, se trata de una reacción petrificada que no necesita ser dirigida por la conciencia actual del actuar, pero sigue siendo dominable".¹⁶ Son este tipo de conductas de especial importancia para el tránsito vehicular, pues es indispensable en las acciones automatizadas como las de los conductores y así poder diferenciar los casos en los que les es imposible reaccionar de aquellos en los que la reacción con imprudencia se retrasa (acción culposa) pese a ésto el hecho de si los movimientos del conductor son actos reflejos o actos que pueden controlarse en base a la ejercitación, es discutible.¹⁷

Es adecuado citar aquí a S. Mir Puig quien sostiene: "Ahora bien, en el tráfico los momentos de parálisis seguirán a una conducta voluntaria, a la que podrá atribuirse causalmente el resultado: la calificación dependerá de la imprudencia o prudencia de la acción anterior en relación al resultado, mejor que de la

¹⁴ Reinhart Maurach (1902-1976). Profesor de derecho penal de la Universidad de Munchen. Profesor honorario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

¹⁵ Maurach-Zipf. op. cit. I pp. 247

¹⁶ Maurach-Zipf op. cit. I pp. 247

¹⁷ Importantes consideraciones sobre el tema, hace Jescheck. op. cit. I pp. 298 ss.

presencia o falta de acción en el último instante".¹⁸

Parece tener razón el Profesor catalán, pues en esta clase de hechos una acción, esta peculiarmente condicionada por la precedente, las acciones automatizadas o de acto reflejo en el tránsito, casi siempre son producto de anteriores acciones conscientes a veces imprudentes.

2) No son acciones las conductas corporales en estado de inconsciencia absoluta, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez, el hipnotismo, etc. Los actos que se realizan en estos estados no dependen de la decisión voluntaria de quien los comete por lo que a estas conductas no puede atribuírseles responsabilidad penal. Para que exista voluntad en la acción, el agente debe tener la capacidad psíquica suficiente, para actuar con voluntad en esta fase del desarrollo del delito.

E. Zaffaroni da un ejemplo ilustrativo del tema, un sujeto a quien un ladrillo le ha caído golpeándole el cráneo, permanece tendido en el suelo sin sentido. Esta anulada su consciencia, por lo que los movimientos que hace en este estado no son voluntarios. Se encuentra en un estado de incapacidad psíquica de conducta de origen traumático (imposibilidad de conducirse voluntariamente). Caso distinto, un delirante que mata a una persona en creencia de que es Lord Nelson, creyéndose a sí mismo Napoleón, realiza una conducta, porque actúa con decidida voluntad de matar. La circunstancia de que en esa acción la voluntad del delirante no sea libre, porque se trata de un enajenado, dará lugar a una incapacidad psíquica de culpabilidad, pero habrá un conducta: la incapacidad psíquica del delirante no será una incapacidad de conducta, sino sólo de -conducta libre-.

Este ejemplo clarifica la diferencia entre la situación de quien actúa con consciencia perturbada y quien realiza un hecho con ausencia de consciencia, sin consciencia no hay voluntad, sin voluntad se excluye la acción.

En el Código Penal, aunque con problemas de redacción, es posible dar base legal a esta causa de exclusión de la acción, pues el estado de trastorno mental transitorio, puede también ser un Estado de inconsciencia, que da a la acción el carácter de involuntaria. "No es imputable:...2o. Quien en el momento de la acción u omisión, no posea, a causa de enfermedad mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardo o de trastorno mental transitorio, la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, salvo que el trastorno mental transitorio, haya sido buscado de propósito por el agente". Aunque contenida como causa de inimputabilidad puede funcionar como excluyente de la acción.

¹⁸ Mir Puig. op. cit. pp. 206

Circunstancias singulares se presentan en los hechos cometidos bajo el efecto del alcohol o de drogas. En principio debe considerarse el hecho del grado de capacidad psíquica a que ha llevado la ingestión de drogas o alcohol.

Ya el uso de alcohol o de tóxicos, en un grado en el que no se llegue a anular la conciencia, puede ser una circunstancia que puede modificar la responsabilidad más no a anularla. Es posible a esta conclusión, basándose en la ley nacional: el artículo 87 del Código Penal, considera Estado Peligroso: La embriaguez habitual y la toxicomanía, las que pueden dar paso a la aplicación de una medida de seguridad. No obstante cuando el efecto, ha producido absoluta inconsciencia, es acertado excluir la voluntad y por ende la acción.

3) La fuerza irresistible tiene fundamento legal en el Código Penal artículo 25 inciso 2o. "Ejecutara el hecho violentado por fuerza material exterior irresistible, directamente empleada sobre él".

Coherente con su influencia causalista, la ley vigente considera un agente causal externo la "fuerza exterior" como una causa de inculpabilidad. Pues un hecho ajeno al agente es la causa del resultado. Para ser coherente con la teoría causal que inspira el código, habría que analizar el dolo o la culpa en éste tipo de hechos, en el sentido de si se presentan o no. Planteamiento absurdo, ya que poco importa el aspecto subjetivo aquí que conmina al sujeto activo.

Un concepto de acción que guarde la estructura finalista resolverá en forma más adecuada el problema que la "fuerza exterior plantea". Y esto ya desde el inicio del análisis, pues si se considera la acción como ejercicio de actividad final, la fuerza exterior hace que el sujeto actúe como una mera "maza mecánica" (Zaffaroni).

No comete el delito de daños, (artículo 278): de propósito, destruir, inutilizar, hacer desaparecer o deteriorar, parcial o totalmente, un bien ajeno- quien empujado por otro o por una fuerza exterior a él, rompe un vidrio o una puerta.

Para la correcta delimitación de esta excluyente de la acción, debe darse atención a lo siguiente (aquí se atiende a la clasificación de Mir Puig):

I La cantidad de la fuerza

Dentro de la jurisprudencia española existen dos tendencias dominantes. a) la que considera que la fuerza debe ser la necesaria para suprimir la capacidad de reacción voluntaria de la persona que la recibe- b) la que considera suficiente que se evite la libertad de la determinación de los actos, doctrina ésta a la que el autor

citado considera insuficiente, pues la idea de libertad de determinación de los actos, esta relacionada con los vicios de la voluntad mas que con la falta de la misma.¹⁹

II La cualidad de la fuerza

Otra cuestión importante, se refiere a las características de las conductas que pueden constituir fuerza irresistible, apartándose de la cantidad de la fuerza, que se analizó en el apartado anterior.

La legislación nacional define los elementos, así se exige que la fuerza sea material, exterior e irresistible.

La materialidad debe entenderse como una fuerza física - exterior- que sea ajena al sujeto que la recibe e irresistible- es decir que no tenga forma de contrarrestarla. Al final del inciso, se incluye el elemento: de que la fuerza material exterior e irresistible, debe ser empleada directamente sobre él. La relación entre la fuerza y el sujeto debe ser inmediata, personal. El profesor colombiano J. Fernández C. dice: " Objeto de la prohibición penal pueden serlo las obras humanas, no los hechos de la naturaleza, pero solo en la medida en que sean evitables, esto es, controlables por medio de las fuerzas limitadas de dominio de la leyes causales que normalmente posee la acción voluntaria del hombre: el proceso externo causal ha de poder ser dirigido y su desenlace aparecer como evitable, en tanto que el impulso interno a la acción debe igualmente ser controlable o inhibible por la voluntad de actuar."²⁰

2.1.4 Función coordinadora y sistemática

El concepto de conducta o acción, funciona como enlace de los diferentes elementos del delito, tipicidad, antijuridicidad culpabilidad. La acción se erige como parte del sistema al que los otros elementos recurren para tener concreción. La acción es el genero próximo y los otros componentes hacen su diferencia específica. J. Fernández C., lo explica así; " Esto es como decir que la acción es el sustantivo (el sustrato real, el objeto de las múltiples y sucesivas valoraciones) y que tanto la antijuridicidad como la tipicidad son casi meros adjetivos calificativos de la acción, atributos que se le adhieren, valoraciones referidas a ella. La culpabilidad entre tanto, si es arrancada de sus raíces psicológicas o extraída de sus formas psíquicas (dolo y culpa), cae en el vacío de un juicio de valor moral (juicio de reproche) que

¹⁹ Mir Puig op. cit. pp. 200

²⁰ Juan Fernández C. Derecho Penal Fundamental II pp. 118