

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL**



**LA TEORÍA DEL DELITO, LA ACCIÓN Y EL RESULTADO
EN EL DERECHO PENAL DE ACTO**

LICDA. VERÓNICA DE LEÓN XOVIN

GUATEMALA, MAYO DE 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**LA TEORÍA DEL DELITO, LA ACCIÓN Y EL RESULTADO
EN EL DERECHO PENAL DE ACTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la licenciada

VERÓNICA DE LEÓN XOVIN

Tutor

DR. ANIBAL GONZÁLEZ DUBÓN

Previo a conferírsele el grado académico de

MAESTRA EN DERECHO PENAL

Guatemala, mayo de 2024

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

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I:	Licda.	Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II:	Lic.	Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III:	Lic.	Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV:	Br.	Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V:	Br.	Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO:	Lic.	Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO:	M.Sc.	Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR:	MSc.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL:	Dra.	Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL:	Dr.	William Enrique López Morataya

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

PRESIDENTE:	Dr.	Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL:	Dr.	Saúl González Cabrera
SECRETARIO:	Dr.	Aníbal González Dubón

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de ciencias jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado).

Guatemala, 01 de septiembre del año 2023.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **RES. D.E.E.P. D. P. 66-2023** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha veintiuno de abril del año dos mil veintitrés, se me nombró para su tutoría, la **Tesis de Maestría en Derecho Penal** de la Licenciada **Verónica De León Xovin**, titulada **"LA TEORÍA DEL DELITO. LA ACCIÓN Y EL RESULTADO EN EL DERECHO PENAL DE ACTO"**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la **Tesis de Maestría en Derecho Penal** de la Licenciada **Verónica De León Xovin** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



DOCTOR ANIBAL GONZALEZ DUBÓN



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,
Guatemala, 9 de mayo del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la Licenciada Verónica de Leon Xovín, aprobó el examen privado de tesis de la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 3-2024 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA TEORÍA DEL DELITO, LA ACCIÓN Y EL RESULTADO EN EL DERECHO PENAL DE ACTO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Acto que dedico a

Dios, por darme la fuerza y sabiduría necesaria para culminar esta meta.

Mis padres Samuel de Leon y Felipa Xovin, por el apoyo, amor y por acompañarme en cada paso que doy en búsqueda de ser mejor persona y profesional.

Mi amado Esposo, Edgar Guarcas, quien ha estado conmigo en mis momentos de angustia y felicidad, porque mis logros han sido los de él y sin su compañía, amor, comprensión, y por supuesto por sus oraciones, hubiese sido imposible llegar, a donde Dios me ha permitido llegar.

Mis hijas e hijo, Melissa, Lucia y Alejandro, quienes han sido mi fuente de inspiración, y quienes han sufrido mi ausencia, pero su comprensión, amor y paciencia, me han permitido llegar a una de las metas trazadas.

Mis hermanos y hermanas, Sandra, Samuel, José, Filomena, y Aracely, por el apoyo brindado, espero les sirva de ejemplo, de que todo se puede lograr de la mano de Dios, con esfuerzo y dedicación.

Mis sobrinas y sobrinas, con cariño especial.

Mi Padrino Víctor Manuel Cruz Rivera, quien me ha apoyado a lo largo de este proceso de una manera incondicional.

Mis amigos, amigas, que han contribuido con sus consejos, cariño y amor.

La Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, quien ha contribuido en mi formación profesional.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I.....	1
CONDUCTA Y TEORÍA DEL DELITO.....	1
1. La conducta como sustrato de la teoría del delito	1
2. La conducta penalmente relevante.....	2
3. El concepto de <i>acción</i> en el derecho penal	3
4. Lo controvertido del concepto de <i>acción</i> en el derecho penal.....	5
5. La falta de voluntad (inacción o ausencia de acción).....	9
A. La fuerza irresistible	9
B. Movimientos reflejos	10
C. Los estados de inconsciencia.....	11
D. La acción y el resultado	12
E. La relación de causalidad y la imputación objetiva	13
CAPÍTULO II.....	21
LOS ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.....	21
1. La acción como elemento material del delito	21
2. Los diferentes conceptos de acción	21
2.1. La teoría causal	22
2.2. La teoría social de Eberhard Schmidt.....	36
3. Limitaciones que resultan de definir el delito como acción	36
4. La acción en lo material como supuesto de una actitud corporal humana..	37
5. La acción solo es humana	38



6. Elementos de la acción	38
6.1. Contenido de voluntad	38
6.2. La acción y el resultado	39
6.3. Definición de la acción	41
7. Modalidades de la acción.....	42
7.1. En relación con la previsión legal	42
8. Delitos de acción o comisión.....	42
8.1. La ley contempla casos de pura omisión u omisión propia	43
8.2. El deber de actuar está fuera del tipo.....	44
8.3. Los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión son, por lo común, delitos de resultado típico, cometidos mediante omisiones.....	45
9. Tiempo de la acción.....	47
10. Delitos instantáneos son los que se consuman en un momento que no puede prolongarse en el tiempo	47
11. Delitos permanentes o continuos son los que permiten que el acto consumativo se prolongue en el tiempo	48
12. Diferencia con los delitos de efecto permanente	49
13. Diferencias con el delito continuado	49
14. Diferencias con el delito habitual	49
15. Problemas vinculados al tiempo de la acción.....	50
15.1. Cuando dos o más leyes se suceden en el tiempo	50
16. La condición de permanente puede tener efecto también en relación con las circunstancias agravantes	51
17. La imputabilidad debe ser apreciada en el momento del hecho.....	51
18. La antijuridicidad y la justificación.....	52
18.1. La antijuridicidad.....	52



18.2. Con respecto a la justificación	52
19. La participación.....	52
20. La prescripción	53
21. Por el resultado.....	53
21.1. Materiales y formales	53
21.2. De daño y peligro.....	54
21.3. Peligro real y potencial.....	55
21.4. Peligro común y peligro particular.....	55
CAPÍTULO III.....	57
LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	57
1. Las teorías en la comisión	57
1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones.....	57
1.2. Teoría de la causa eficaz	59
1.3. Teoría de la causalidad adecuada.....	60
1.4. Teoría de la relevancia de la acción.....	62
1.5. Teoría de beling o de la causa típica	62
1.6. El criterio preferible	63
1.7. Las llamadas concausas.....	64
1.8. La verdadera concurrencia causal	64
2. La causalidad en la omisión	65
2.1. Teorías de la acción precedente	65
2.2. Teoría de la acción esperada	66
2.3. La posición de garante	67
2.4. Fuentes de la relación	68



CAPÍTULO IV.....	71
LA AUSENCIA DE ACCIÓN.....	71
1. Causales de falta de acción o ausencia de conducta	71
1.1. Fuerza física irresistible	72
1.2. Actos reflejos	73
1.3. Ausencia de consciencia	74
1.4. Hipnosis	82
1.5. Actos impulsivos en cortocircuito	82
1.6. La tenencia como conducta	86
1.7. Síntesis	87
1.8. Legislación penal de autor.....	87
1.9. La cuestión en la actualidad.....	92
2. Las medidas de seguridad como legislación penal de autor	95
CONCLUSIÓN	101
BIBLIOGRAFÍA	103



INTRODUCCIÓN

Son muchos los autores que prefieren la expresión *derecho penal simbólico* para referirse a la utilización efectista del aparato penal como medio pedagógico para crear conciencia de un problema social o para tranquilizar sentimientos de inquietud e inseguridad de la población ante hechos que producen una grave alarma social, pero que no responde a una necesidad real y perentoria de protección de bienes jurídicos sociales relevantes.

La criminalización de estos hechos como delitos autónomos con sus nombres propios persigue, pues, fines estrictamente ideológicos que tienen que ver con la idea de visibilizar a las minorías como transgresoras de un código cultural hegemónico a través de un discurso de intolerancia que es conscientemente discriminador y estigmatizante.

Una nueva retórica, la del delincuente como *enemigo social*, ya se estaba gestando en las manifestaciones de combate contra la micro criminalidad y la criminalidad tradicional, pero triunfaría más tarde con los atentados terroristas del 11 de septiembre en Los Estados Unidos de América, a partir de la creación de un Estado de excepción permanente con espacios ocultos al Derecho, como la guerra justa y preventiva que se convertiría en un arquetipo más de los nuevos derroteros por los que habría de transcurrir el sistema penal contemporáneo.

No es de extrañar si se piensa que sus formulaciones iniciales - significativamente la de Jakobs- se remontan a 1985, cuando aún no se practicaba la ideología de la intolerancia propia del espacio angloamericano, pero existía ya una cultura de la



emergencia y de la excepcionalidad penal frente al terrorismo de la época, en pro de la defensa de la seguridad del Estado.

La configuración del derecho penal del enemigo, que algunos califican como *la tercera velocidad del derecho penal*, estaba buscando un espacio propio para instalarse como reacción del combate del ordenamiento jurídico frente a individuos que carecen de las mínimas garantías de seguridad cognitiva para ser considerados ciudadanos.

Su apartamiento voluntario y duradero de la legalidad servía a los fines de acreditar su peligrosidad para la estabilidad del derecho y para el propio sistema; por ello debían ser eliminados. El pensamiento de la inocuización cobra aquí una especial significancia, pero, junto a él, se abre paso otra teoría de la pena -la prevención general positiva o prevención general de integración- que se sitúa con inusitada fuerza en la justificación punitiva, esa que persigue efectos especialmente simbólicos de reafirmación del derecho, de vigencia de sus normas, de confianza en las instituciones y de organización del consenso en torno a ellas, porque como *enemigos* hay quienes desafían la funcionalidad institucional.

Es así que el derecho penal de autor ha vuelto a tener relevancia en el Derecho penal contemporáneo, en contraposición al derecho penal de acto, que el propio de los Estados democráticos y constitucionales de Derecho. Si se pregunta cuáles son las razones de este resurgimiento antiliberal del derecho penal de la edad media, la respuesta es la facilidad con que puede condenarse a cualquier persona sin necesidad de que su conducta haya producido la lesión a un bien jurídico tutelado por el derecho penal.



Por otro lado, la justificación de la ineficacia investigativa de la Policía Nacional Civil y del Ministerio Público, se refleja en el derecho penal de autor, en sus vertientes más ensañadas. Un claro ejemplo en Guatemala lo constituye el delito de conspiración regulado en la Ley Contra la Delincuencia Organizada, claro reflejo de la anticipación de punibilidad que promueve la teoría de Günther Jakobs.

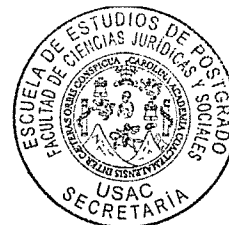
La política criminal, heredera de la criminología crítica, contempla ese componente garantístico imprescindible, pero, además, en su visión comprometida y crítica con los problemas que arrastra la posmodernidad, está en condiciones de ejercer un control desde fuera del poder penal capaz de reivindicar los imperativos de justicia material y política que le debe a la ciudadanía.

No es, en efecto, un secreto para nadie que la globalización neoliberal ha hecho estragos en el derecho penal. De un derecho penal vocacionalmente garantístico e incluyente propio de la Modernidad, se ha pasado en muy poco tiempo a un derecho penal de control, actuarial y excluyente de minorías y grupos que representan las nuevas *clases peligrosas* de la postmodernidad y su efecto expansivo parece incansable.

El problema investigado se planteó de la siguiente manera: ¿Cuál es la relación que existe entre la teoría del delito, la acción y el resultado, en el derecho penal de acto?

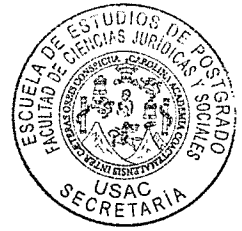
La hipótesis se formuló se la siguiente forma: Para la aplicación de un derecho penal de acto, es necesario y obligatorio, que exista una relación entre la teoría del delito, la acción y el resultado, como una circunstancia intrínseca.

El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primero, se desarrolla el tema de la conducta y la teoría del delito, en el segundo se analiza el tópico de los elementos de la acción, en el tercero se trata el problema de la relación de



causalidad y en el cuarto, el tema de la ausencia de acción, para, por último, tratar de arribar a una conclusión que sea verosímil con la hipótesis formulada en el diseño de la investigación.





CAPÍTULO I

CONDUCTA Y TEORÍA DEL DELITO

1. La conducta como sustrato de la teoría del delito

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Para ello tiene que partir de la conducta humana tal como aparece en la realidad. De toda la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena.

Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), que convierten esa conducta humana en delito. En la teoría clásica del delito, el derecho penal es de acto y no de autor.

Salvo muy contadas ocasiones, en las que algunos tipos delictivos se construyen con base en determinadas actitudes o comportamientos habituales de un autor (y algunas leyes que reflejan la ineficacia investigativa del Estado); el derecho penal clásico es un derecho penal de acto: solo la conducta humana traducida en actos externos puede ser calificada de delito y motivar una reacción penal.

La distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de autor no es sólo una cuestión sistemática sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente. (Gómez, E., 1999, p. 124)



A manera de ejemplo, se puede afirmar que es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un *homicida* o de un *ladrón*.

Por eso, el Derecho penal de autor no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo. De la concepción del Derecho penal como Derecho penal de acto se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos.

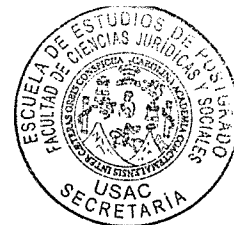
Tampoco pueden constituir delitos los actos de los animales ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona o la destrucción del patrimonio).

2. La conducta penalmente relevante

La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones.

Ambas formas de comportamiento son relevantes para el Derecho penal; de ahí la distinción que el derecho penal recoge entre acciones y omisiones. Sobre ambas realidades ontológicas se construye el concepto de delito con la adición de los elementos fundamentales que lo caracterizan". (Fontán Balestra, C., 1996, p. 92)

Por eso conviene analizar previamente el concepto de acción y omisión por separado. La acción y la omisión cumplen, por tanto, la función de elementos básicos de la teoría del delito, aunque sólo en la medida en que coincidan con la conducta



descrita en el tipo de la correspondiente figura de delito serán penalmente relevantes.

No hay una acción abstracta, prejurídica, sino que sólo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en el artículo 10 del Código Penal. La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo.

Algunas veces se emplea el término *acción* incluyendo también en él la *omisión* (acción criminal, acción punible), pero ésta no es más que una forma imprecisa de lenguaje sin mayor trascendencia científica.

Igualmente se emplean términos como *hecho*, *acto*, *comportamiento*, etc., que incluyen tanto a la acción en sentido estricto como a la omisión, sin que por ello se equiparen ambos conceptos que siguen siendo realidades distintas y con distinto significado. La acción positiva o acción en sentido estricto es la forma de comportamiento humana más importante en Derecho penal, sirviendo, al mismo tiempo, de referencia a la omisión.

3. El concepto de *acción* en el derecho penal

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad implica, sin embargo, siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de actividad final. (Ashworth, A., 1999, p. 39)



La dirección final de la acción se realiza en dos fases: una, externa, otra, interna:

a. **Fase interna:** en la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, éste se propone anticipadamente la realización de un fin. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios. Esta selección sólo puede hacerse a partir del fin. Es decir, sólo cuando el autor está seguro de qué es *lo que quiere* puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*. En esta fase interna tiene también que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone.

La consideración de estos efectos concomitantes puede hacer que el autor vuelva a plantearse la realización del fin y rechace algunos de los medios seleccionados para su realización. Pero una vez que los admita como de segura o probable producción, también esos efectos concomitantes pertenecen a la acción.

b. **Fase externa:** una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. "Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y que lo importante sean los efectos



concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo” (Ashworth, A., 1999, p. 45).

Por ejemplo, cuando el autor conduce un automóvil a mayor velocidad de la permitida, puede pretender una finalidad absolutamente loable (llegar a tiempo al lugar de trabajo), pero los medios empleados para ello (conducir imprudentemente un automóvil) o los efectos concomitantes (la muerte de un peatón atropellado) son desvalorados por la ley penal.

Cuando se dice que la acción final es el sustrato del Derecho penal, no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo que interesa al Derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.

4. Lo controvertido del concepto de *acción* en el derecho penal

El concepto de acción comentado *supra* es el de la *teoría final de la acción*, formulada por el jurista alemán Hans Welzel a principios de los años treinta y sobre la que se ha construido en años posteriores todo un sistema de la teoría general del delito.

La teoría final de la acción surgió para superar la teoría causal de la acción, dominante en la ciencia alemana del Derecho penal desde principios de siglo y que encontró su más acabada expresión en los Tratados de Von Liszt y Mezger. Para esta teoría, la acción es también conducta humana voluntaria, pero, a diferencia de la teoría final, la teoría causal prescinde del contenido de la voluntad, es decir, del fin. (Berdugo Gómez de la Torre, I., & Arroyo Zapatero, L., 2004, p. 71)

Según esta teoría lo importante para establecer el concepto de acción es que el



sujeto haya actuado voluntariamente. Lo que este sujeto haya querido (es decir, el contenido de su voluntad) es, sin embargo, irrelevante y sólo interesa en el marco de la culpabilidad.

La teoría causal reduce pues el concepto de acción a un proceso causal prescindiendo por completo de la vertiente de la finalidad. Con ello desconoce la realidad de las acciones humanas, que no son simples procesos causales (pues en este caso no se podrían diferenciar de los fenómenos de la naturaleza), sino procesos causales dirigidos a un fin. Es, pues, lógico que ese fin sea también tenido en cuenta ya en el momento de establecer el concepto de acción.

En realidad, esta conclusión no es ignorada por el causalismo. Pero para éste la finalidad debe ser objeto de valoración en el ámbito de la culpabilidad, dejando a las otras categorías, tipicidad y antijuricidad, la valoración del aspecto puramente causal del comportamiento humano.

Pero el legislador cuando describe una conducta de tipo penal no describe un simple proceso causal, sino un proceso causal en la medida en que se deriva de la realización de una acción final humana. Por ello también la finalidad, los medios necesarios para su realización y los efectos concomitantes, deben ser tenidos en cuenta desde el primer estadio de la teoría del delito, la tipicidad, y subsiguientemente en los demás.

Después se irán añadiendo y valorando otros datos que caracterizan a la acción en el caso concreto o que determinan la culpabilidad del autor, pero sólo a partir de la acción final que sirve de presupuesto a toda valoración y reacción jurídico-penal. Lo que importa es, por tanto, que el legislador cuando describe o tipifica las acciones prohibidas



lo hace pensando en la acción no como un simple proceso causal, sino como un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin sea éste relevante o lo sean los medios elegidos para su realización o los efectos concomitantes.

La teoría final de la acción ha ganado aceptación desde su planteamiento, aunque no todos acepten los postulados filosóficos de dicha teoría, como la vinculación del legislador a las estructuras ontológicas que no puede modificar.

Lo que al derecho penal interesa es la acción típica y ésta, como se desprende del contenido de las leyes que definen los delitos, no es otra que una acción final. Sin recurrir a la finalidad, al contenido de la voluntad, no se puede distinguir, en efecto, la acción humana de matar a otro, de la muerte producida por un fenómeno natural. (Lorca, A., 1988, P. 166)

Pero también para distinguir las acciones humanas unas de otras hay que recurrir a la finalidad: un disparo puede ser una tentativa de homicidio o un simple acto de cacería; sólo la finalidad de su autor puede dar sentido a ese proceso puramente causal.

Igualmente hay que recurrir desde el principio, es decir, desde el primer momento, para tipificar la acción, a determinados elementos subjetivos que exige la ley. Para superar la polémica entre teoría final y teoría causal hay una tercera *teoría social de la acción*, que llama la atención sobre la relevancia social del comportamiento humano.

Esta teoría puede ser aceptada en la medida en que sólo atendiendo al contenido de la voluntad del autor se puede determinar el sentido social de la acción. Pero este concepto de relevancia social es excesivamente ambiguo y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al derecho penal, pues lo que a éste le



interesa es la *relevancia típica*.

El fundamento de las sanciones no penales (civiles, administrativas, etc.) que se impongan a las personas jurídicas, lo constituyen siempre los actos individuales realizados por las personas físicas que las integran. Pero para prevenir estos actos se procede, en ocasiones, a adoptar medidas que afecten a la persona jurídica como *ente jurídico* a cuyo amparo se cometen acciones delictivas. (Sancinetti, M., 2007, p. 80)

Estas medidas han sido denominadas *consecuencias accesorias*, evitando así cualquier discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas como tales y manteniendo la responsabilidad individual como única fuente tanto de la pena como de la medida.

En algunos casos no es posible, sin embargo, sancionar a las personas físicas que actúan en nombre de las personas jurídicas, porque algunos tipos de delitos exigen determinadas cualidades personales (deudor, sujeto obligado, etc.), que no se dan en tales personas físicas, sino en las jurídicas en cuyo nombre actúan.

Para evitar esas lagunas de punibilidad, el legislador puede optar por una doble vía: a) sancionar expresamente en los tipos delictivos donde más se den estos casos a las personas físicas que actúan en nombre de la jurídicas (directores, administradores, etc.) o b) crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos donde ocurran problemas de este tipo. (Sancinetti, M., 2007, p. 83)



5. La falta de voluntad (inacción o ausencia de acción)

Puesto que el derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede esto en tres grupos de casos:

A. La fuerza irresistible

Generalmente, en los ordenamientos penales se declara exento de responsabilidad criminal al que obra violentado por una fuerza irresistible. La fuerza irresistible es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.

Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre... Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, no cabe apreciar esta eximente.

No es lo mismo atar fuertemente a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad. En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso, la voluntad existe, pero está viciada en sus motivaciones. (Naucke, W., 2006, p. 71)

El primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible que excluye la acción; el segundo es un supuesto de *vis compulsiva* que no excluye la acción, al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuricidad o la culpabilidad según se estime exista aquí estado de necesidad o miedo insuperable.



La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona o incluso, más dudosamente, de fuerzas naturales, aunque en este último caso la jurisprudencia no sea unánime.

En algunos ordenamientos, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en que los impulsos irresistibles de origen interno (arrebato, estados pasionales) no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad.

En la práctica, la fuerza irresistible carece de importancia, salvo raras hipótesis, en los delitos de acción; pero es importante en los delitos de omisión.

La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, empleando fuerza irresistible contra un tercero, responde como autor directo del delito cometido y el que actúe u omita violentado por la fuerza irresistible no sólo no responde, sino que su actuación u omisión es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro.

B. Movimientos reflejos

Los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

Desde el punto de vista penal no actúa quien en una convulsión epiléptica deja



caer un valioso jarrón que tenía en ese momento en la mano o quien aparta la mano de una placa al rojo vivo rompiendo con ello un valioso objeto de cristal. Distintos de los movimientos reflejos son los actos en *cortocircuito*, las reacciones impulsivas o explosivas, en los que la voluntad participa, así sea fugazmente, y que por lo tanto no excluyen la acción. Un caso de este tipo sería el del atracador que, nervioso, aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida o defensa en el cajero del banco. (Sancinetti, M, 2003, p. 36)

C. Los estados de inconsciencia

También falta la acción en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.

Se discute si la hipnosis puede dar lugar a uno de estos estados. La opinión dominante se inclina por la negativa, aunque teóricamente no está excluida la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, sobre todo si éste es de constitución débil, surgiendo en este caso una situación muy próxima a la fuerza irresistible.

Aunque en los estados de inconsciencia falta la acción, pueden ser penalmente relevantes si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir (por ejemplo, el operador de maquinaria que se droga o emborracha para provocar un accidente) o llega a ese estado por negligencia (el mismo caso del operador de maquinaria que se duerme en el trabajo o deja la máquina encendida mientras atiende



otra cosa).

En estos casos, llamados *acciones liberae in causa*, lo relevante penalmente es el actuar precedente. El problema de las *acciones liberae in causa* es, sin embargo, muy complejo.

D. La acción y el resultado

Como se manifestó antes, la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado. Pero este resultado ya no es parte integrante de la acción.

Existe una tendencia doctrinal a considerar a la acción manifestada misma como un resultado, pero con ello se confunde la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación.

No es lo mismo *la producción* que *lo producido*. La distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el Derecho penal.

Por ejemplo, el legislador castiga en algunos casos la simple manifestación de voluntad, como sucede en el delito de injuria (delito de simple actividad); en otros, además, el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio (delito de resultado).

En este último caso se exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado. Sin embargo, puede que el resultado no se produzca y que la acción sólo sea punible a como tentativa. En los delitos de peligro concreto, la acción peligrosa se castiga cuando se haya puesto en concreto peligro el respectivo bien jurídico.

En el delito imprudente, la acción imprudente sólo se castiga si produce un

resultado lesivo. Para determinar la antijuricidad del hecho se distingue entre desvalor de la acción y desvalor de resultado. Igualmente, en la teoría del concurso se diferencia según que el resultado haya sido producido con una o varias acciones o según una acción haya producido varios resultados. (Navarro Frías, I., 2010, p. 39)

E. La relación de causalidad y la imputación objetiva

En los delitos de resultado (homicidio, daños, lesiones), entre acción y resultado debe darse una relación de causalidad, es decir, una relación que permita, en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Esto, naturalmente, sin perjuicio de exigir después la presencia de otros elementos, a efectos de deducir una responsabilidad penal. La relación de causalidad entre acción y resultado y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son, por tanto, el presupuesto mínimo para exigir una responsabilidad en los delitos de resultado por el resultado producido.

En muchos casos ni siquiera surgen dudas acerca de la causalidad entre una acción y un determinado resultado. Por ejemplo: A dispara tres tiros a B, quien se halla a un metro de distancia de su agresor, hiriéndole en el hígado y en la cabeza y muriendo B casi instantáneamente a consecuencia de las heridas. En este caso la inmediata sucesión temporal entre la acción y el resultado y su relación directa no deja lugar a dudas sobre la relación causal existente entre la acción y el resultado.

Sin embargo, no todas las relaciones son tan sencillas de resolver. Piénsese que en el ejemplo anterior A hiere a B y éste muere al ser trasladado al hospital para ser



atendido o por una infección sobrevenida a consecuencia de la herida o por un mal tratamiento médico. Para resolver estos casos complicados, se han elaborado diversas teorías. Entre las muchas existentes sólo están las siguientes dos más importantes: la de la *equivalencia de las condiciones* y la teoría de la *causación adecuada*.

Para la primera, es causa toda condición de un resultado concreto que, suprimida mentalmente, daría lugar a que ese resultado no se produjese. Para esta teoría todas las condiciones del resultado son equivalentes, de tal forma que, en los ejemplos anteriores, en cualquiera de sus variantes (accidente de tráfico, infección o mal tratamiento sobrevenido), la acción de A es causa de la muerte de B.

Para la *teoría de la adecuación*, no toda condición del resultado concreto es causa en sentido jurídico, sino sólo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado. Una acción será adecuada para producir un resultado cuando una persona normal, colocada en la misma situación que el agente, hubiera podido prever que, en circunstancias corrientes, tal resultado se produciría inevitablemente.

Pero *previsible objetivamente* lo es casi todo. Por eso la teoría de la causación adecuada recurre a otro criterio limitador de la causalidad, el de la *diligencia debida*, ya que, si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno

Previsibilidad objetiva y diligencia debida son, por consiguiente, los dos criterios que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado. Pero con estos criterios se está ya abandonando el ámbito ontológico de la causalidad, para convertir el problema en normativo. (De la Oliva, A., 2004, p. 98)



Ciertamente, desde el punto de vista causal ontológico o naturalista, toda condición es causa de un resultado en sentido natural o lógico. En este sentido causal naturalista también se puede decir que los padres del asesino son causa del asesinato ya que procrearon al asesino o que causante de un estupro es también el carpintero que construyó la cama donde se consumó el yacimiento.

Pero, desde el punto de vista jurídico, esta causalidad natural debe ser limitada con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico a incluir dentro de la categoría del injusto o antijuricidad típica (*teoría de la causa jurídicamente relevante o de la imputación objetiva*).

Con los siguientes ejemplos se puede comprender mejor el distinto alcance de estas teorías:

- a. A, conduciendo cuidadosamente su coche, atropella a B, cuando éste cruza la calle sin prestar atención a la luz roja del semáforo. Para la teoría de la equivalencia la acción de A es causa del resultado; para la de la adecuación o para la teoría de la causa jurídicamente relevante la acción de A no es que no sea causal respecto al atropello de B, sino que no es antijurídica.
- b. A envía a B a un bosque en plena tormenta con la esperanza de que le caiga un rayo y lo mate. El resultado se produce. Sin embargo, al no ser este resultado previsible objetivamente, la teoría de la adecuación negaría la relevancia jurídica causal de la acción de A. La teoría de la equivalencia no tendría más remedio que afirmar esta causalidad, porque indudablemente desde el punto de vista natural la



acción de A fue causa de la muerte de B. La teoría de la relevancia jurídica negaría simplemente la relevancia jurídica de la acción de A.

Parece, pues, preferible la teoría de la adecuación completada con la de la relevancia jurídica. Pero los criterios de previsibilidad objetiva y la diligencia objetiva son demasiado vagos e imprecisos en orden a delimitar los procesos causales jurídicamente relevantes.

Se han propuesto en la doctrina otros criterios que sirven de base a la imputación objetiva, tanto si se trata de un delito doloso como uno imprudente. Entre estos criterios se cuentan el del *incremento del riesgo* y el del *fin de protección de la norma*.

Con el primero, se pueden resolver casos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida: el médico inyecta indebidamente la sustancia A al paciente, produciendo su muerte que también se hubiera producido de haberse empleado la sustancia B que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista borracho, que igual hubiera sido atropellado no obstante que el conductor llevase el vehículo a la velocidad permitida.

En estos dos ejemplos, el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista, si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado.

El segundo criterio sirve para seleccionar casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, no procede imputar este resultado si no se produce dentro del ámbito de protección de la norma.



Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos y van desde la provocación imprudente de suicidios (se deja una pistola al alcance de un depresivo que se suicida con ella) y la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (muerte del copiloto en una carrera de automóviles), hasta los daños sobrevenidos posteriormente a consecuencia del resultado dañoso principal producido (la madre de la víctima del accidente muere de la impresión al saber lo ocurrido a su hijo).

Todos estos resultados caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal y deben ser excluidos del ámbito jurídico penal relevante.

El problema se plantea generalmente en los delitos imprudentes, ya que es allí donde la *mala suerte* y una serie de circunstancias más o menos imprevisibles determinan la producción de un resultado a veces completamente distinto y contrario al pretendido por su causante.

En el delito doloso, el problema, por el contrario, apenas se plantea, porque en este caso el sujeto hace todo lo que puede por producir el resultado que pretende. Si a pesar de ello éste no se produce, habrá tentativa o frustración; y lo mismo sucede cuando el resultado se produce, pero de un modo completamente anómalo e imprevisible, por ejemplo: la víctima de un asesinato frustrado muere en el hospital a consecuencia de un incendio. (Bovino A., 1998, P. 48)

En la alguna jurisprudencia, el problema causal ha sido tratado fundamentalmente en relación con el homicidio producido por lesiones que, según el diagnóstico médico, generalmente no hubieran bastado por sí solas para producir la muerte.



En estos casos los tribunales han adoptado muchas veces teorías muy próximas a la de la equivalencia de las condiciones (el que es causa de la causa del mal causado), que le han llevado a consecuencias notoriamente injustas, como estimar la causalidad en casos de lesiones leves que por imprevisibles complicaciones han determinado la muerte del lesionado.

Posteriormente, se han adoptado algunos criterios limitadores de la causalidad. Uno de estos criterios es el de la *causalidad natural*: la acción es causal cuando el resultado producido es su consecuencia natural.

Para saber cuándo el resultado es consecuencia natural, se distingue entre condiciones *preexistentes*, *simultáneas* y *sobrevenidas* a la lesión. Sólo las últimas excluyen la causalidad si se origina por un accidente extraño que no tiene relación con el hecho cometido por el agente, como, por ejemplo, la falta de cuidado médico, la imprudencia de terceros o del propio lesionado.

Fuera de estos casos se afirma la causalidad si a la muerte coadyuvan condiciones concomitantes (la infección tetánica provocada por el arma, colapso cardíaco provocado por excitación nerviosa) y preexistentes (lesiones orgánicas anteriores, debilidad física constitucional).

Pero este criterio de la consecuencia natural no limita en demasía la causalidad y lleva también a estimar jurídicamente casos relevantes en que la muerte se produjo, por ejemplo, porque una ligera erosión provocada por una pedrada determinó una gangrena o en los que la víctima era un hemofílico y la herida en sí leve, determinó una fuerte hemorragia que le produjo la muerte.



Pero lo grave de esta práctica jurisprudencial es que confunde el plano causal ontológico y el plano causal jurídicamente relevante.

En el ámbito jurídico únicamente puede ser importante éste último; por lo tanto, sólo con criterios jurídicos como los antes expuestos (previsibilidad objetiva, diligencia debida, incremento del riesgo y fin de protección de la norma) se puede determinar con seguridad el ámbito de lo jurídicamente relevante, para luego proceder a comprobar si se dan los demás elementos de la teoría general del delito que fundamentan la responsabilidad penal.

En realidad, el problema causal se ha exagerado tanto cuantitativa como cualitativamente. Desde el punto de vista cuantitativo, porque, aunque se estudie en la parte general, prácticamente sólo afecta al delito de homicidio y al delito de lesiones o a aquéllos en los que estos resultados aparecen como calificaciones de un delito base, lo que a veces plantea graves problemas causales difíciles de resolver apriorísticamente.

Desde el punto de vista cualitativo, porque, independientemente de la teoría causal que se siga, la afirmación de una relación de causalidad no es todavía suficiente para imputar objetivamente un resultado al que lo ha causado.

El problema causal fue importante otras épocas porque, por imperativo del *versari in re illicita* y de la responsabilidad por el resultado, bastaba la acusación de un resultado para que, sobre todo si éste se derivaba de la comisión de un hecho ilícito, se le imputara al causante sin más exigencias ulteriores. (B.J. Maier, J., 2003, p. 156)

Actualmente el problema se traslada al tipo de injusto del delito imprudente, pues ya en el ámbito de la *tipicidad* (es decir, de lo relevante penalmente), por imperativo de



lo que dispone el artículo 12 del Código penal y el llamado principio de culpabilidad, sólo aquellos resultados delictivos que, al menos, sean atribuibles a culpa o imprudencia de su causante pueden dar lugar a responsabilidad penal.

Los casos más conflictivos de imputación objetiva de un resultado deben, por consiguiente, tratarse como problemas de esta forma de imputación típica: la imprudencia. Si ni siquiera se da este estadio mínimo, habrá *caso fortuito* y el resultado no podrá ser imputado penalmente.



CAPÍTULO II

LOS ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

1. La acción como elemento material del delito

Se afirma con insistencia en la doctrina, que el *delito es esencialmente acción*. Se podrá observar, de inmediato, que el delito es, también, antijuridicidad, culpabilidad y tipicidad, puesto que la ausencia de cualquiera de esos elementos supone también la del acto punible; por eso se los denomina a todos, situándolos en un mismo plano, *caracteres o elementos del delito*.

Sin embargo, ateniéndose a la materialidad, “la acción o el acto, constituye el aspecto tangible y sustancial del delito. Al decir que el *delito es acción*, se está señalando la corporeidad de lo que jurídicamente, a través del juicio de valor que dan los otros elementos, se declara delictuoso” (Beccaria, C., 2005, P. 110).

Es así como los demás elementos del delito aparecen, al definir el hecho punible, como características o condiciones de la acción. Es un sustantivo al que se añaden las restantes características como calificativos o atributos.

2. Los diferentes conceptos de acción

Los distintos puntos de vista sobre el modo de concebir la acción seguramente constituyen, en el momento actual, el tema de mayor trascendencia en la estructuración de la teoría del delito. La teoría tradicional (causalista) debe enfrentar los argumentos del *finalismo*, en tanto que otro enfoque constituye una tercera teoría de la acción: la



teoría social de la acción. La adopción de una u otra doctrina en materia de acción, no supone, por sí sola, suscribir a un determinado criterio en el modo de concebir la culpabilidad, aun cuando se le asignen determinadas consecuencias en este ámbito.

2.1. La teoría causal

La doctrina *naturalista* ve la acción como un acontecer del que es causal la voluntad del autor. Por eso, la actividad o actitud corporal debe constituir una *manifestación de voluntad*, entendida como ejercicio de la capacidad de actividad o quietud voluntaria que tiene el ser humano.

Sólo eso importa para la acción: que la actitud corporal responda a la voluntad del hombre, que la decida él; no alcanza al contenido de la voluntad (obrar para algo o por algo), que pertenece al ámbito de la culpabilidad. Inversamente, la falta de ese nexo psicológico primario (la manifestación de voluntad) implica falta de acción.

Del sistema *naturalístico* primitivo esta doctrina se ha apartado considerablemente. Ya Radbruch la consideró inapropiada y propuso reemplazar el concepto de la *acción* por el de la *concreción del tipo*.

Hoy también la teoría tradicional reconoce el finalismo de la acción humana. Así lo hacen *causalistas* como Mezger y Schmidhauser. El primero concibe la acción sobre la base de un acto de voluntad dirigido hacia un fin, hacia una meta. El segundo rechaza ambas concepciones unilaterales (la causal y la finalista) declarando que sólo una teoría *compleja* de la acción puede encarar justamente este concepto complejo causal- finalista de la acción. (Fenech, M., 2001, p. 128)



A. La teoría finalista

Esta doctrina, cuya concepción primitiva es ofrecida por Hans Welzel, encuentra su punto de partida en la capacidad que tiene el hombre de acondicionar el futuro sobre la base de su conocimiento del acontecer causal; capacidad relativa, pero capacidad; actúa, pues, proponiéndole un fin, por lo que la acción humana es finalista.

El autor parte mentalmente de la meta propuesta y acondiciona las causas para alcanzarla. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad es la resultante de las causas circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la causalidad es ciega, la finalidad es vidente.

Welzel ilustra lo dicho con un ejemplo:

la diferencia entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por el otro. En el asesinato todos los actos del individuo están dirigidos desde el objetivo anticipado: la compra del arma, el estar al acecho, apuntar, apretar el gatillo; mientras que, en el rayo, la muerte es la resultante ciega de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. (Welzel H., 1997, p. 118)

En efecto, si en el *finalismo* el autor anticipa mentalmente el fin, elige los medios sobre la base de su conocimiento causal y los pone en marcha para llegar al resultado (fin) elegido, su actividad es *vidente* porque conoce, desde el principio, para qué realiza el movimiento corporal voluntario.

En cambio, en el causalismo, la acción es ciega porque en dicho elemento del delito sólo se exige que dicho movimiento corporal sea voluntario en el sentido de *querer el movimiento del cuerpo*, sin que intente el para qué se realiza la actividad corporal. El

contenido volitivo se estudia en la culpabilidad.

Por el desarrollo que esta teoría ha alcanzado y por su cita obligada en la doctrina y en la jurisprudencia debe estudiarse su estructura, abarcando los distintos elementos del delito. Resulta necesario resaltar que puede compartirse el criterio de ella o de la teoría tradicional a los efectos del estudio del delito, lo que hará variar la ubicación de distintos aspectos de ésta, pero que ello no puede incidir, en un estudio dogmático, para alterar los principios establecidos en la ley penal.

Si el finalismo ha tenido la virtud, por ejemplo, de hacer caer en la cuenta de que en algunos casos debe admitirse el *error de prohibición*, ello no quiere decir que desde una perspectiva causalista, por interpretación del ordenamiento jurídico, no pueda llegarse a la admisión del mismo criterio.

Por ejemplo, por distintas vías o caminos puede llegarse a un lugar como la plaza principal de una ciudad o un famoso museo, en esos casos se habrá arribado, por distintos caminos a cualquiera de esos lugares. Otro tanto ocurre con la teoría del delito. Para llegar al conocimiento del delito, se pueden recorrer diversas vías, que en Derecho Penal pueden ser el causalismo, el finalismo u otras concepciones, pero ellas no pueden alterar el concepto de delito que contienen los Códigos Penales. Lo dicho tiene que ver con las apasionadas polémicas que dividen a la doctrina sobre la validez de una u otra teoría, acordándole a la forma de llegar al conocimiento mayor relevancia que al propio objeto de aquél.

Resulta necesario señalar que la división entre *causalismo* y *finalismo* nace de dos concepciones filosóficas distintas. Una *idealista*, según la cual el sujeto crea el objeto y su valoración o, en otras palabras, el científico *recrea* la realidad al establecer el método

que sigue (esto es, lo que ocurre con el concepto jurídico penal de acción) distinto del óntico y otra *realista*, para la cual el objeto crea el conocimiento.

Sentado lo expuesto, es necesario analizar los distintos elementos de la definición dogmática del delito a la luz de esta teoría, señalando los puntos que la diferencia de la tradicional.

Se parte de que el delito es una acción *típica, antijurídica y culpable*. El uso adverbial en la tipicidad (*típicamente*) no resulta necesario, habida cuenta de que el dolo y la culpa, en el finalismo, pertenecen al tipo y no a la culpabilidad.

B. La acción

Este elemento que es el sustento del delito y el que fundamenta las distintas concepciones, se concibe como un movimiento corporal regido por la voluntad hacia un determinado fin previamente anticipado” (Musco, E.& Fiandaca G., 2006, p. 124). En otras palabras, ella opera como la previsión de un fin por parte del autor, la elección de los medios adecuados que sabe tales por el dominio de la causalidad que acuerda la experiencia y su puesta en marcha en procura de aquél.

A desea matar a B y se decide a hacerlo. El *fin* que rige su conducta es la muerte del segundo. Sabe que las armas de fuego son aptas para matar porque así lo indica la experiencia. Compra, pues, un revólver y espera a la víctima escondido y cuando ella aparece dispara (pone en marcha los medios) y así llega al resultado muerte de Sempronio (fin que había anticipado y que guio su actuación, que, por eso, fue evidente).

Como se ve, esta concepción de la acción que coincide con la que de ella tiene la realidad, es ontológicamente correcta. Es más *natural* que la del casualismo. En efecto,

en esta última posición, la anticipación del fin no rige la voluntad, en contra de la realidad óptica, pues el fin (el *para qué*) del movimiento corporal no pertenece a la acción sino a la culpabilidad. En tanto, en la acción sólo hay una voluntad *incolora* que se reduce a querer el movimiento del cuerpo.

Dice Zaffaroni que esa concepción de la acción "no es más que intervención muscular en el caso de la acción, y distensión muscular en el de la omisión, o sea una conducta sin finalidad" (Zaffaroni, E. R., 1981, p. 62).

En los delitos culposos ese fin también dirige la actividad del sujeto, aunque por un desvío de la causalidad imputable a la violación de un deber de cuidado, sobreviene un resultado no querido.

El conductor de un automóvil que está apurado por llegar a una reunión e imprime velocidad antirreglamentaria a su vehículo causando la muerte de un peatón al embestirlo cuando cruzaba la calle, había anticipado el fin de llegar pronto a su domicilio y al efecto eligió el medio de conducir a exceso de velocidad. El resultado a que llegó por un desvío causal no querido es la muerte de un peatón. En punto a las *causas que excluyen la acción* son las mismas en una u otra concepción, pues ellas tienen por denominador común la ausencia de voluntad.

C. La tipicidad

Desde que la acción en el finalismo contiene toda la voluntad, por ser la acción típica la que interesa al Derecho Penal, ese contenido subjetivo pleno debe necesariamente repercutir en el tipo, que, por lo tanto, tendrá un aspecto objetivo y otro subjetivo.

En otras palabras, el finalismo se refiere al tipo objetivo y al tipo subjetivo. De esta manera se opone al criterio doctrinario según el cual todo lo objetivo pertenece a la tipicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

El *tipo objetivo* está constituido por la descripción de la conducta prohibida por la norma (en los delitos de comisión y en los impropios delitos de omisión) o impuesta por dicha norma (en los delitos de omisión simple) que efectúa la ley penal.

El *tipo subjetivo*, en tanto, es el dolo correspondiente a cada tipo objetivo; esto es, el conocimiento y la voluntad de realización de la descripción típica. El conocimiento de las circunstancias relativas al sujeto activo, a los medios, a la relación causal, al resultado y al sujeto pasivo.

El tipo objetivo del homicidio simple es *el que matare a otro*, en tanto que el tipo subjetivo correspondiente es *conocer qué se mata a otro y querer hacerlo*, sabiendo que los medios elegidos conducen al resultado propuesto (conocimiento de la relación causal).

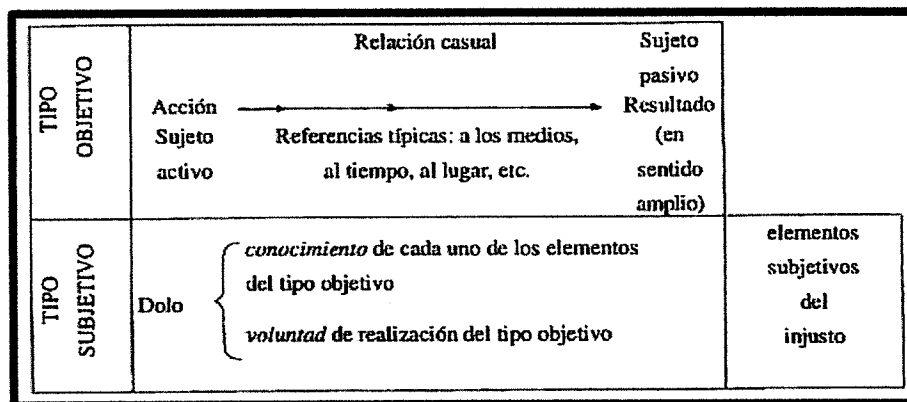
De la correspondencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, surgirá la existencia de acción típica. En cambio, la ausencia de esa congruencia hace desaparecer la tipicidad dolosa, pudiendo existir, si hay violación del deber de cuidado, tipicidad culposa.

Esa necesaria congruencia entre lo objetivo y lo subjetivo sólo es parcial y no obstante existe tipo penal, en los casos de figuras que tienen elementos *subjetivos del injusto*. Ellas son exigencias que pertenecen a la psiquis del autor y que no se refieren al aspecto del delito. (Maier, J.B.J., 1996, p. 61)

El tipo objetivo del rapto lo configura el que *sustrajere o retuviere a una mujer por medio de la fuerza, intimidación o fraude*. El *tipo subjetivo* que guarda congruencia

con aquél es el dolo de ese delito: conciencia de que se sustrae o retiene a una mujer por la fuerza, intimidación o fraude y voluntad de hacerlo. El *elemento subjetivo del injusto* está conformado por las miras deshonestas, exigencia que pertenece a la figura pero que sólo corresponde a su aspecto subjetivo.

Apréciase en el siguiente gráfico, sólo referido a los *delitos dolosos de comisión*:



“No hay dolo en los casos de *error de tipo*, siempre que dicho falso conocimiento recaiga sobre elementos esenciales de aquél conforme se expresa más adelante. Excluido el dolo, puede quedar subsistente la culpa, si el error es *imputable*”²¹ (Maier, J.B.J., 1996, p. 63).

En otros aspectos, como el papel que cumple la tipicidad, relación de ésta con la antijuridicidad, función y elementos de los tipos penales, clasificación, etcétera, no hay diferencias apreciables entre causalismo y finalismo, salvo las que emergen de las posiciones personales de los autores y no de las propias doctrinas.

Es útil señalar, sin embargo, que en el finalismo al dolo se lo reputa *avalorado* o *natural* en el sentido de que, en la función que se le asigna, resulta neutro al valor jurídico



y está despojado de esa valoración, por preceder su ubicación a la antijuridicidad y porque el conocimiento de ella pertenece a la culpabilidad y no al dolo, como en el causalismo. En otras palabras, se sigue en esta última doctrina la *teoría del dolo* en lugar de la teoría de la culpabilidad.

D. La antijuridicidad

No tiene, en el finalismo, particularidades que la aparten de la teoría tradicional.

E. La culpabilidad

En la teoría de la acción finalista, el dolo configuraba el aspecto subjetivo del tipo doloso de comisión y que el delito culposo era una de las estructuras típicas. En consecuencia, dolo y culpa no pertenecen, dentro de este criterio, a la culpabilidad sino al tipo.

Ello sentado, es del caso señalar que el finalismo sigue el criterio de la teoría normativa de la culpabilidad, pero sin emplear para formular el juicio de reproche en qué consiste la culpabilidad, el dolo o la culpa y la exigibilidad. En consecuencia, en esta postura, la reprochabilidad se funda solamente en la *imputabilidad* y en la cognoscibilidad de la antijuridicidad.

El estudio de la imputabilidad responde a los mismos principios que la teoría tradicional.

El segundo elemento no importa el conocimiento concreto de la antijuridicidad de la acción típica y antijurídica que ejecuta el agente sino la posibilidad exigible de

conocerla de acuerdo con las pautas personales del autor.

Welzel expresa que la culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico singular y que lo que se le reprochará al autor es la estructuración antijurídica de la voluntad respecto del hecho individual.

Para añadir que:

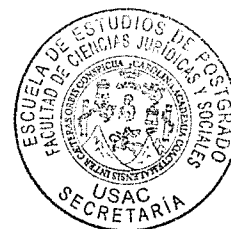
la reprochabilidad presupone además que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de la acción una conforme a Derecho; ése es el caso cuando ha reconocido lo injusto de su hecho o ha podido reconocerlo. (Welzel, H., p. 120)

Y más adelante:

La conciencia de la antijuridicidad no es algo que le sea reprochado al autor, sino la razón por la cual al autor le será reprochado el dolo antijurídico. Al autor se le reprochará su decisión antijurídica, porque podía reconocer su antijuridicidad y, por consiguiente, podía omitirla. Al autor se le ha de reprochar el dolo antijurídico en la medida que podía actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante de sentido. (Welzel, H., 227)

Este criterio lleva a incluir, como supuesto de inculpabilidad, al *error de prohibición*, y enrola al finalismo, en la *teoría de la culpabilidad*, según la cual la cognoscibilidad de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo, que sólo consiste en la conciencia y voluntad de realización de tipo objetivo.

El *error de hecho*, en el finalismo, como error de tipo, corresponde a la faz negativa de la tipicidad. En el causalismo, en cambio, a las causas de inculpabilidad.



Dentro del finalismo, se consideran los casos de no exigibilidad de otra conducta por anormalidad de circunstancias concomitantes como supuestos de mínimo reproche y, por lo tanto, no merecedores de pena.

Tales los supuestos de la coacción, donde también se sitúa el *estado de necesidad disculpante*, relativo a la colisión de bienes de igual valor y de obediencia debida.

He aquí sus esquemas, según Davenoff, D., (2002):

CAUSALISMO	
FAZ POSITIVA	FAZ NEGATIVA
1. ACCIÓN Movimiento corporal voluntario (Con voluntad del movimiento corporal)	1. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN - Estado de inconsciencia absoluta. - Fuerza física irresistible. - Actos reflejos.
2. TIPICIDAD Adecuación de una acción al tipo penal. Tipo penal: descripción de una conducta que efectúa la ley penal.	2. CAUSAS QUE EXCLUYEN LA TIPICIDAD - Atipicidad. - Falta de ajuste de la acción al tipo penal.

3. ANTIJURIDICIDAD • Relación de contradicción entre un hecho y el Derecho.	3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN • Estado de necesidad. • Cumplimiento de la ley. • Legítima defensa propia y de terceros.
4. IMPUTABILIDAD • Comprensión de la criminalidad del acto y dirección de las acciones de acuerdo a ella. • En la teoría psicológica: presupuesto de la culpabilidad. • En la teoría normativa: elemento para determinar el juicio de reproche.	4. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD • Insuficiencia de las facultades. • Alteración morbosa de las mismas. • Grave perturbación de la conciencia. • Minoridad.

5. CULPABILIDAD • Psicológica: relación psicológica entre el autor y su hecho. • Normativa: juicio de reproche que se funda en los siguientes elementos: a) Imputabilidad; b) Dolo o culpa; c) Normalidad de circunstancias concomitantes → exigibilidad de otra conducta.	5. CAUSAS DE INCULPABILIDAD • Error o ignorancia de hecho. • Coacción. • Obediencia debida.
--	---

FINALISMO	
1. ACCIÓN • Movimiento corporal regido por la voluntad en procura del fin anticipado.	1. CAUSAS DE LA ACCIÓN • Estado de inconsciencia absoluta. • Fuerza física irresistible. • Actos reflejos.

2. TIPICIDAD • Adecuación de una acción al tipo penal. Tipo penal: descripción de una conducta que efectúa la ley penal y que comprende tanto lo objetivo como lo subjetivo de ella.	2. CAUSAS DE LA TIPICIDAD • Atipicidad (ausencia de tipo por falta de uno de sus elementos objetivos/ constitutivos) • Error de tipo (incongruencia entre la faz subjetiva y objetiva del tipo por falta o erróneo conocimiento de uno de los elementos objetivos de éste).
--	--

3. ANTIJURIDICIDAD • Relación de contradicción entre un hecho y el Derecho.	3. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN • Estado de necesidad. • Cump. De la ley. • Legítima defensa propia y de terceros.
4. IMPUTABILIDAD • Comprensión de la criminalidad del acto y dirección de las acciones de acuerdo a ella. Elemento para determinar el juicio de reproche (aplica la teoría	4. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD • Insuficiencia de las facultades. • Alteración morbosa de las mismas. • Grave perturbación de la

normativa).	conciencia. • Minoridad.
5. CULPABILIDAD • Reprochabilidad personal por el hecho antijurídico a quien tiene capacidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones y conociendo o debiendo conocer la antijuridicidad de su actuar lo llevó, no obstante, a cabo. • Teoría normativa, que se estructura sobre la base de la imputabilidad y la posibilidad exigible de conocer la antijuridicidad.	5. CAUSAS DE INCULPABILIDAD • Causas que excluyen la imputabilidad. • Error de prohibición. • Coacción, casos de mínimo reproche. • Obediencia debida, casos de mínimo reproche.

2.2. La teoría social de Eberhard Schmidt

Este autor, formuló el que se denomina *concepto social de la acción*. Sostiene que se trata de un fenómeno social en un significado directo de la realidad social. Por su parte, Jescheck define a la acción en ese sentido como “*conducta humana socialmente relevante*” (Jescheck, H-H., 1993, p. 412). La expresión conducta aparece caracterizada como toda respuesta del hombre que, ejerciendo su libertad, reacciona ante las exigencias reconocidas o reconocibles de una situación.

Esta teoría, que ha sido formulada de diversas maneras, originariamente no fue sino una de las muchas tentativas de ajustar o adecuar el causalismo a las exigencias sistemáticas del orden jurídico, principalmente en lo referente a los delitos de omisión. Posteriormente se transformó en una verdadera teoría, con elementos propios y repercusión en la teoría general del delito.

Se considera normalmente que “una conducta tiene *relevancia social*, cuando produce efectos en la relación del individuo para con su medio social, de modo que este último sea afectado por la actuación de aquél” (Juárez, E. & Tavares, X., 1989, p. 89). También se afirma que es relevante socialmente la conducta sobre la cual se puede realizar un juicio de valor.

3. Limitaciones que resultan de definir el delito como acción

Cuando se dice, simplemente, que el delito es *acción*, se limitan ya las previsiones del Derecho Penal a un *comportamiento*.



Como consecuencia de esa limitación, resulta:

- a) Las ideas y los sentimientos por sí mismos no son punibles: no se pena a nadie por lo que piensa o siente, sino por lo que hace. Delito es *únicamente la acción* movida por un pensamiento: *cogitationis poenam nemo patitur*. El Derecho Penal alcanza al elemento psicológico sólo en tanto y en cuanto se vincula a un obrar, a una manifestación externa.
- b) Las condiciones personales, de raza, de color, de grupo, etcétera, y la misma peligrosidad, que es también una condición personal, no pueden ser fundamento de una pena; no se pena a nadie por lo que es, sino por lo que hace.
- c) Concebido el delito como acción prevista por la ley penal, no tiene cabida la analogía. "Fue suficiente la adopción, en 1958, de una definición material del delito, para que se señalará un cambio sustancial en la estructura del Derecho Penal soviético" (Romashkin, P., 1992, p. 494).

4. La acción en lo material como supuesto de una actitud corporal humana

Se dice actitud y no movimiento, porque *en los delitos de omisión el concepto de acción surge de la directa referencia a un tipo penal*, del que resulta que el no hacer algo es o puede ser lo típico.

El autor a quien se atribuye la conducta típica omisiva puede realizar cuantos otros movimientos quieran, pero este hacer *cae fuera del tipo* y es, por lo tanto, indiferente para la ley penal; resulta así que no realizar movimiento alguno, es

decir, la quietud, también puede constituir acción en sentido jurídico-penal. (Muñoz Conde, F. & Luzón Peña, D.M., 1981, p. 179).

Debe entenderse, pues, la palabra acción en el sentido amplio comprensivo del *hacer* y el *no hacer* determinado por el contenido de las figuras delictivas.

5. La acción solo es humana

Cuando se afirma que la acción es actuar humano, limitamos la materialidad del delito a las manifestaciones de la personalidad de un ser humano. Sujeto de la acción es solamente una persona física. Por exclusión, resulta:

a) *Las personas de existencia ideal* no pueden delinquir, sin perjuicio de la eventual responsabilidad individual de sus representantes.

b) *Los animales y las cosas*. Ha quedado en el pretérito la responsabilidad penal de los animales y las cosas inanimadas. El obrar humano no puede ser equiparado al puro acontecer de las fuerzas de la naturaleza o al movimiento de los seres irracionales. La imposibilidad de culpa en animales y cosas es palmar, por ausencia de motivación conforme a representaciones de valor.

6. Elementos de la acción

6.1. Contenido de voluntad

Llena los requisitos de la acción la actividad corporal humana manejada por la voluntad del autor, que la guía con sentido.

Esa voluntad que guía el acto no agota el contenido de voluntad que pertenece a

la culpabilidad, ni toma en cuenta su formación. Una cosa es que la conducta, por ser tal, responda a la decisión del hombre -libre o coacto, imputable o inimputable- y otra que se realice conociendo y queriendo o aceptando algo. No es lo mismo el dominio que guía el movimiento corporal, que el contenido psicológico y volitivo de ese movimiento y el juicio que sobre él pueda hacerse. (Gimeno, V., 2001, p. 143)

La diferencia aparece claramente en el aspecto negativo. Las causas que excluyen la acción tienen ese efecto, precisamente, porque en tales casos el movimiento corporal *no ha sido hecho* por el aparente autor en cuanto persona. El cirujano que está realizando una delicada operación de cerebro, al que un tercero, intencionalmente o no, le da un golpe en el codo, a consecuencia del cual el bisturí penetra profundamente en la masa encefálica, *no ha hecho él el movimiento* que causó la lesión: no lo ha guiado él; *no ha sido autor como persona*; lo mismo hubiera sido, para el caso, que el tercero diera el golpe directamente sobre el bisturí, puesto que fue él quien manejó el movimiento.

Ya se dijo que voluntad es aquí dominio de la actividad o inactividad corporal que el ser humano está normalmente en condiciones de efectuar y proyectar en el medio exterior. “Esa actividad, querida o no, es el autor quien en definitiva la decide y la guía. Por eso debe ser entendida como *voluntaria o motivada*” (Jiménez de Asua, G., 1988, p. 1048).

6.2. La acción y el resultado

La acción comprende también el resultado. Un movimiento corporal sin resultado, entendido éste en el sentido amplio que de inmediato le señalamos, no podría tener

significación para la ley penal, cuyo contenido está limitado a las conductas humanas que lesionan, ponen en peligro o crean posibilidad de peligro para bienes jurídicos.

Por resultado se entiende:

- a) toda mutación en el mundo exterior, producida por el movimiento corporal que contiene la manifestación de voluntad;
- b) la no mutación del mundo exterior, por la inactividad del sujeto de quien se espera la realización de un movimiento corporal.

El sentido que debe darse a la palabra mutación o no mutación en el mundo exterior es cosa largamente debatida. Se tiene por cierto que el efecto del delito puede consistir en un cambio físico o psíquico; damos, también, como fuera de cuestión, que son resultados el daño y el peligro.

A. Todo delito tiene un resultado

A veces, el resultado coincide en el tiempo con la acción. Pero esta circunstancia sólo puede apreciarse en relación con los tipos penales; es en ellos donde se señala si el resultado es, para el caso, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

No ha de pensarse que el resultado peligro deba estar indicado expresamente en la figura, aunque la previsión de tal resultado deba surgir de la figura misma.

B. Cuando una mutación acaecida en el mundo exterior puede considerarse el resultado de un hacer humano

Se dice que entre una y otro hay relación de causalidad: *relación de causa a efecto*. "No se persigue entonces, llegar a determinar cuándo un sujeto es

responsable jurídicamente de un resultado, sino sólo cuando ese resultado le puede ser *atribuido por el Derecho*, que es, por otra parte, más que ser causante físico de tal resultado" (Cordero, F., 2000, p. 135).

La cuestión adquiere dificultad, porque el problema no se limita a la pura relación de causa a efecto propia de la investigación física, sino que entran en juego el *factor humano* y la *descripción legal*, a consecuencia de los cuales, de los resultados atribuibles físicamente a una causa, sólo una parte adquiere relevancia para el Derecho Penal.

Hay así un *nexo causal jurídico, distinto del físico*, como consecuencia de la exigencia de que el autor tenga el manejo de su hacer para que pueda hablarse de acción en materia penal.

6.3. Definición de la acción

Luego de lo expuesto, podemos definir la acción, en sentido jurídico-penal, como *conducta humana guiada con sentido por la voluntad del autor* (baumann, j., 1986, p. 99).

El dominio de la acción propiamente dicha es exigencia contenida en la definición de diversos autores.

Así schönke-schröder opina que es el comportamiento corporal que es dominado por la voluntad. Maurach expresa que se refiere a la "conducta humana dominada por la voluntad, que la dirige hacia un resultado determinado" (maurach, r., 1995, p. 37) por su parte, jescheck establece que "la autoría se caracteriza a través de la existencia del dominio del hecho" (jescheck, h-h, p. 428).

Ya se dijo que la exigencia de que el autor *maneje el movimiento corporal* y lo

dirija con sentido, aparece muy claramente al estudiar la falta de acción. En la *fuerza física irresistible*, por ejemplo, el movimiento corporal del violento es manejado y dirigido por quien ejerce la fuerza; en tanto que, en la coacción, el movimiento corporal del amenazado *responde a su voluntad, que lo dirige hacia un fin, querido o no*.

Éste es el límite más alto de la acción, sin penetrar aún en el terreno de la culpabilidad. Piénsese si dirige o no su acción y si lo hace o no persiguiendo un objetivo quien, con el caño de una pistola en la nuca, hace los movimientos necesarios para que la combinación de la caja fuerte permita correr el cerrojo.

7. Modalidades de la acción

7.1. En relación con la previsión legal

La acción en sí misma se manifiesta bajo dos formas: comisión y omisión. La naturaleza de la acción relacionada con la figura legal permite distinguir tres modalidades.

8. Delitos de acción o comisión

“Son aquellos que la ley describe refiriéndose a actos positivos del individuo necesarios para violar la prohibición que contiene la norma” (Maier, J.B., 1991, p. 51).

Frente a la norma que prohíbe apoderarse ilegítimamente de los bienes ajenos, surgen las figuras del hurto, la extorsión, etcétera.

8.1. La ley contempla casos de pura omisión u omisión propia

En tales casos, *fija pena para quienes dejen de hacer algo que la norma ordena; lo típico es el no hacer*. Así, frente a la norma que ordena prestar auxilio a un menor de 10 años perdido o desamparado, surge la descripción legal que castiga al que tal cosa no hiciere. En el *finalismo* los tipos omisivos constituyen otra forma de descripción típica que motiva un análisis particular:

- a) El *primer elemento del tipo* es una *especial situación de hecho*, la descripción de determinada situación fáctica que determina el *deber de acción*. Queda pues claro, que el primer elemento del tipo penal es la *situación típica*, determinada situación de hecho descrita en la figura, a través de la cual *nace el deber de actuar*.
- b) La *no realización de la acción mandada* es el segundo elemento del tipo.

Además de darse la situación típica, el sujeto tiene que incumplir con el mandato imperativo de la norma y no realizar la acción que el Derecho le imponía.

- c) Algunos autores agregan un tercer elemento del tipo, que es la *existencia de un poder de hecho para cumplir con la acción impuesta* por la norma.
- d) El *tipo subjetivo* queda completo con el *conocimiento* de tipo objetivo; esto es, *el conocimiento de la situación típica* y de que *se omite la acción mandada*, sin necesidad de que se abarque el mandato de acción que no está en el tipo; y con la *voluntad* de no realizar la acción impuesta por la norma imperativa.

En cuanto al conocimiento, éste tiene que ser actual; esto es, darse en el momento del hecho y además no se equipara el *deber conocer* al *conocer*, sino que es necesario, cuanto menos, que el sujeto se haya representado como posible que se diera la situación

típica y no obstante no haber cumplido con el mandato de acción.

Si un tripulante de un barco de pesca durante la noche oye un ruido característico de un cuerpo al caer al agua y se representa como posible que sea otro miembro de la tripulación, pero no obstante sigue en su marcha, sin averiguar, y en su caso prestar el auxilio que la norma imperativa le imponía deber de ayudar al que está en peligro, habrá actuado con dolo eventual.

En figuras que contienen en el tipo referencias al poder de hecho (pudiere hacerlo sin riesgo personal), el error sobre dicho poder constituirá un error de tipo; de la misma manera que en las otras figuras de omisión, en las que el error en ese caso, estará referido a la situación típica. (Landrove Díaz, G., 2000, p. 128)

En resumen, el tipo, en los delitos de omisión, está conformado por *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. El primero, a su vez, por la descripción de una situación típica y por el incumplimiento del mandato de acción. El tipo subjetivo comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de omitir o no cumplir la acción mandada.

8.2. El deber de actuar está fuera del tipo

El deber de actuar es la consecuencia de la situación típica. En presencia de la situación típica surge el deber de actuar o mandato de acción. Dicho deber de actuar está fuera del tipo, no pertenece a éste y por lo tanto el error sobre él no constituirá un error de tipo *sino un error de prohibición*, que excluirá la culpabilidad si es inevitable.

Se dice que está fuera del tipo porque es un elemento del delito que es la materialización de la norma que está detrás del tipo penal. De la misma manera ocurre con los delitos de comisión, cuya norma prohibitiva no pertenece al tipo.

Según este esquema:

TIPO OBJETIVO	1) Situación típica 2) Incumplimiento del mandato de acción
TIPO SUBJETIVO	DOLO { 1) Conocimiento de la situación típica y de que se incumple el mandato de acción 2) Voluntad de incumplir el mandato de acción

8.3. Los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión son, por lo común, delitos de resultado típico, cometidos mediante omisiones

En los delitos de pura omisión, lo punible es la omisión misma, en los que se está tratando, la omisión por sí sola no es punible, si no se produce el resultado previsto en un delito de resultado típico.

Los ejemplos son clásicos: la madre que no amamanta a su hijo y éste muere por ello; el guardaguasas que deliberadamente no realiza el cambio y ocasiona un desastre ferroviario. En el primer ejemplo, el hecho de no amamantar al niño (omisión) no es punible; pero si esa privación de la obligación de alimentarlo conduce a la muerte de la criatura (resultado de un delito de acción indiferente), entonces el delito se configura.

Para la *atribución* que decide el carácter de *autor*, en estos delitos impropios de omisión, no es suficiente con que quede comprobada la existencia de la omisión y el nexo causal entre ella y el resultado; esto es necesario, pero no suficiente. Se requiere, además, que la persona que causa el resultado esté en una situación que le imponga el deber de hacer. (Schaffstein, F., 1995, p. 178)

En el *finalismo* en estos delitos el tipo se estructura, en principio, de la misma



manera que, en los delitos de omisión propia, con las siguientes modalidades constitutivas.

Adentro del *tipo objetivo* se sitúan:

- a) Una determinada situación, la que se conoce como *situación de hecho*, que genera el deber de actuar, pero que no necesariamente tiene que encontrarse en la descripción contenida en el tipo.
- b) *Incumplimiento del mandato de acción*, que resulta de la situación de hecho.
- c) *Relación causal* entre la no actuación del autor de la omisión y el resultado, y;
- d) Como en los delitos de omisión propios, quedaba fuera del tipo el deber de actuar que surgía de la situación típica, y un error de éste sería materia de error de prohibición y no excluirá el tipo. Son dos los problemas que presenta el esquema del tipo que se ha efectuado. El primero de ellos es el de la fundamentación del *deber de actuar para evitar el resultado* y el segundo es el de la *relación causal*.
- e) El tipo subjetivo del tipo de comisión por omisión puede ser doloso o culposo. En el primer caso, al igual que en los delitos de comisión, importa el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y la voluntad de no realizar la acción ordenada para evitar el resultado.

En otras palabras, el sujeto debe conocer la situación típica y que no realiza la acción mandada para evitar el resultado, debe conocer la relación causal y por último debe conocer el resultado.

Todo esto según el siguiente gráfico:

TIPO OBJETIVO	1) Situación típica 3) Relación causal → 4) Resultado 2) Incumplimiento del mandato de acción
TIPO SUBJETIVO	DOLO { 1) Conocimiento de la situación típica y de que se incumple el mandato de acción y de que ello tiene aptitud para producir el resultado que la ley procura evitar 2) Voluntad de incumplir el mandato de acción

9. Tiempo de la acción

De acuerdo con el tiempo de la acción, se puede distinguir *los delitos instantáneos de los permanentes o continuos*:

10. Delitos instantáneos son los que se consuman en un momento que no puede prolongarse en el tiempo

Para determinar este carácter, es preciso atenderse al verbo con el que la figura respectiva define la conducta o el resultado típico. La forma o el modo de ejecución del delito tiene poco significado para esta distinción, ya que la prolongación en el tiempo del proceso ejecutivo no es lo que importa, sino *el tiempo de la consumación*.

Por ejemplo, el homicidio es un típico delito instantáneo, porque la muerte se produce en un solo momento que determina la consumación, y no pierde ese carácter por el hecho de que su ejecución se prolongue en el tiempo.



Se dice que algunos delitos pueden ser eventualmente instantáneos o permanentes.

Así, Núñez, citando a Grisigni, menciona que:

en el delito de enajenación o adquisición de esclavos, que es instantáneo si consiste en enajenar o ceder una persona, en tanto que es permanente si consiste en mantener en estado de esclavitud. Cada uno de los verbos empleados no da tal alternativa; en el caso, se trata, sencillamente, *de un delito con pluralidad de hipótesis*, de varias acciones típicas distintas, contenidas en un mismo artículo de la ley; en el caso citado, dos son delitos instantáneos, y el tercero es permanente.

(Núñez Barbero, R., 1974, p. 101)

11. Delitos permanentes o continuos son los que permiten que el acto consumativo se prolongue en el tiempo

Del verbo legal resulta esa posibilidad. La expresión verbal con que la ley describe el delito ha de permitir que *la consumación sea continua e invariablemente típica, antijurídica y culpable, durante un tiempo que puede prolongarse*. De suerte que en cualquier momento de ese tiempo el delito se está consumando. El concepto de *permanencia* es válido y se presenta con frecuencia en la omisión.

Un buen ejemplo de omisión lo ofrece el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. La omisión al deber de prestar los medios para la subsistencia se prolonga en el tiempo.



12. Diferencia con los delitos de efecto permanente

Es preciso no confundir estos hechos con los de efecto permanente; éstos, muy comunes, son delitos instantáneos cuyo efecto se prolonga indefinidamente en el tiempo. Por ejemplo, el homicidio.

13. Diferencias con el delito continuado

A éste lo caracterizó Carrara, diciendo que “la continuidad se deduce, precisamente, de la *discontinuidad*. El delito continuado se caracteriza por la concreción de varios hechos, cada uno de ellos con todas las características de un delito. Esta pluralidad de hechos no existe en el delito permanente” (Carrara, F., 1997, p. 162).

14. Diferencias con el delito habitual

Por último, en el *delito habitual* también hay pluralidad de conductas discontinuas, pero cada acto, por sí mismo, no constituye delito. Ello así, porque *la repetición de hechos (la habitualidad) es un elemento de la figura* en los delitos habituales; de modo que para que la acción sea típica ha menester de varios actos, cada uno de los cuales, por separado, no alcanza a satisfacer las exigencias de la figura.



15. Problemas vinculados al tiempo de la acción

La cuestión se vincula con problemas de distinta naturaleza:

- a) Con respecto a la aplicabilidad de la ley en el tiempo;
- b) En relación con la imputabilidad;
- c) En cuanto a la existencia de la antijuridicidad y la justificación;
- d) Para determinar, en ciertos casos, la calidad de partícipe;
- e) Para fijar la prescripción.

15.1. Cuando dos o más leyes se suceden en el tiempo

Y la nueva ley es menos favorable, tratándose de un delito continuo, *la consumación* se ha prolongado en el tiempo, de modo que la situación antijurídica se mantiene el día de entrar en vigencia la nueva ley, ésta resulta aplicable, puesto que *el hecho se consuma también durante su vigencia*. Es decir, que la ley nueva que tipifica o agrava el hecho, es aplicable si una situación preexistente se mantiene.

16. La condición de permanente puede tener efecto también en relación con las circunstancias agravantes

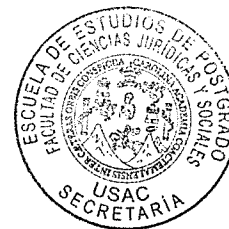
Aún de la misma ley. Es posible que una circunstancia agravante no exista al *comenzar la consumación* y que en el transcurso del tiempo en que ella se prolonga, se cree la situación que tiene por efecto adecuar la conducta a una figura cualificada.

17. La imputabilidad debe ser apreciada en el momento del hecho

¿Cuál es el momento del hecho en los delitos permanentes? No hay duda de que el momento es aquí el *tiempo* del hecho. Puede así ocurrir que el autor comience el hecho en estado de inimputabilidad, pero que ese estado desaparezca luego, en el transcurso del tiempo durante el cual la situación creada se mantiene invariablemente antijurídica.

Como quiera que el delito continuo, conceptualmente, puede ser descompuesto en una sucesión de hechos instantáneos, *cualquier momento de la consumación en que el autor sea imputable* es suficiente para tener el hecho cometido con capacidad de culpa, *si en ese momento le fue posible modificar la situación creada.* (Radbruch, G., 2019, p. 208)

A la inversa, si el individuo que retiene a una mujer contra su voluntad es sorprendido en un estado de enajenación mental transitoria, pero, en el momento de comenzar la consumación había sustraído a la mujer con miras deshonestas en estado de normalidad, será responsable por el delito de rapto.



18. La antijuridicidad y la justificación

18.1. La antijuridicidad

Es posible pasar, sin solución de continuidad, de una situación *lícita* a una *ilícita*, por la concurrencia de una circunstancia esencial del delito, que se suma a la situación existente estando el hecho en curso, el que, sin modificarse en su materialidad, pasa así a ser típicamente antijurídico.

18.2. Con respecto a la justificación

En los delitos instantáneos, la defensa no puede ser opuesta legítimamente a un hecho ya consumado, puesto que en esa oportunidad dejaría de ser defensa; en los delitos permanentes, en cambio, la legítima defensa es posible en cualquiera de los momentos de su consumación. Esto se comprende con claridad si se recuerda la posibilidad de descomponer conceptualmente el hecho continuo en una sucesión de instantes. De tal suerte, la defensa interpuesta en cualquier momento de la consumación se opone a los instantes venideros y no a los pasados.

19. La participación

En la participación también aparecen efectos a tomar en cuenta cuando el delito es de acción permanente. La intervención de terceros en el hecho, luego de cumplido el verbo contenido en la ley para los delitos instantáneos, sin mediar promesa anterior, sólo podrá ser encubrimiento; en los delitos permanentes o continuos, en cambio, el tercero



será coautor o cómplice, según el caso, toda vez que la intervención tenga lugar mientras la consumación se prolonga.

20. La prescripción

En el delito instantáneo comienza a correr desde la medianoche del día en que se cometió; en el permanente, ese momento se fija en el día en que dejó de cometerse.

21. Por el resultado

21.1. Materiales y formales

Puede decirse que es tradicional la separación de los delitos, ateniéndose al resultado, en *materiales y formales*. Se mantiene nomenclatura, aun cuando resulta necesario aclarar su significado, pues es visible la tendencia que se opone a ella, entendiendo que distingue entre delitos *con* resultado y delitos *sin* resultado. No es ése el sentido que se asigna a la clasificación, cosa que quedó ya resuelta cuando, al ocuparse de la acción, se dijo que *no hay delitos sin resultado*. (Alberto Bovino, A & Guariglia, F., 1992, p. 108)

Delitos materiales son aquellos cuya consumación requiere un resultado distinto en el tiempo del movimiento corporal constitutivo de la acción propiamente dicha, a la que está vinculada por el nexo causal. Así, por ejemplo, el homicidio, las lesiones, la estafa. Los *delitos formales*, en cambio, son aquellos en los que el resultado coincide en el tiempo con la acción.



Los ejemplos más comunes son la calumnia y la injuria. En estos delitos el resultado *lesión al honor*, queda logrado para la ley al vertirse la especie falsa o injuriosa; no es preciso averiguar si ante terceros o para el propio interesado hubo un efecto determinado; lo que importa es que la acción sea *idónea* para ello. Por eso, cuando alguien es acusado de injuria, no se investiga si el honor quedó realmente lesionado, sino si el contenido de la acción es en sí mismo ofensivo.

El resultado *lesión al honor* es conceptualmente idéntico al de *lesión corporal*; uno es un daño al honor, el otro es un daño en el cuerpo o en la salud; la diferencia en el tiempo del resultado es impuesta por la naturaleza también distinta del bien tutelado.

Por eso dice Mayer que “el resultado puede coincidir temporalmente con la acción; pero es un error destruir la dualidad lógica de los momentos, inducidos por su posible *unidad temporal*” (Mayer, M.E., 2000, p. 157).

21.2. De daño y peligro

Ateniéndose a la naturaleza del resultado, se distingue, también, en delitos de *daño* y de *peligro*. Esta clasificación, no obstante, la opinión de algunos autores, no se superpone con la que los distingue en *materiales* y *formales*. En los delitos de peligro no siempre el resultado coincide con la acción.

La distinción resulta ya del enunciado del fin que se ha fijado al Derecho Penal: son delitos de daño los que se consuman con la lesión efectiva de un bien jurídico; son delitos de peligro, los que se consuman con sólo poner en peligro o crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por la ley penal en esa medida, de acuerdo con lo que dispone el tipo penal.



21.3. Peligro real y potencial

Dentro de los delitos de peligro, se distinguen los de *peligro real* o *concreto* de los de *peligro abstracto* o *potencial*.

“Delitos de peligro real son aquellos en los que el resultado consiste en la causación efectiva y cierta de un peligro” (Bernal del Castillo, J., 2011, p. 138). El momento en que el peligro se produce es el de la consumación.

“En los delitos de peligro abstracto, lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro, aunque no lo provoque en el caso concreto” (Bernal del Castillo, J., 2011, p. 139), como ocurre en el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en los que no es necesario acreditar que la conducta omisiva haya privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia, así como tampoco que se haya creado la posibilidad de que ello ocurra.

En estos casos el momento consumativo coincide con el de la acción propiamente dicha: no es preciso esperar para que el resultado peligro se produzca.

21.4. Peligro común y peligro particular

Se distinguen, también, los delitos de *peligro común* de los de *peligro particular*. Los primeros son aquellos en que el peligro que la ley considera relevante para constituir el delito es un *peligro general indeterminado* para las personas o las cosas; son de *peligro particular* aquellos que se tipifican para la tutela de bienes determinados, los que se acostumbra a llamar de *peligro individual* cuando tienden a proteger contra riesgo la vida o la salud de determinadas personas.



CAPÍTULO III

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Con el análisis de la relación causal, el Derecho hace la primera selección de algunas acciones penales (las que ofrecen problema causal), que en un segundo juicio son valoradas como culpables o inculpables. Hay, pues, un nexo causal jurídico distinto del físico. Llegar a esa selección es lo que se proponen todas las teorías que, de uno u otro modo, tratan de adaptar a las exigencias del Derecho la *doctrina de las condiciones*, que físicamente es inobjetable.

1. Las teorías en la comisión

1.1. Teoría de la equivalencia de las condiciones

La *teoría de la equivalencia de las condiciones o, simplemente, de la equivalencia o de las condiciones* sostiene que “debe considerarse causa *cualquier condición* que, sumada a las existentes, produce un resultado” (Huerta Ferrer, A., 1998, p. 113).

En otras palabras: es causa toda circunstancia sin la cual el resultado no se habría producido. Esta tesis, cuya formulación primera se atribuye a Von Buri, propone como fórmula práctica para resolver la cuestión, la supresión mental de la

condición que se considera; si con tal supresión el hecho no se hubiere producido, existe relación de causalidad.

Para los delitos de omisión, la fórmula es: una omisión es causal únicamente cuando agregada mentalmente la acción omitida, se elimina el resultado.

Las consecuencias de la doctrina expuesta pueden resumirse así:

- a) No impide la relación de causalidad la intervención de un tercero. Así, en el caso del lesionado que muere a consecuencia de una infección producida por su propia negligencia o por impericia del médico que interviene, el autor de la lesión es también autor de homicidio.
- b) No existe relación de causalidad, cuando la supresión del movimiento corporal del autor no hubiere modificado la producción del resultado. Esto ocurre, especialmente, cuando el resultado al cual se dirigía la manifestación de voluntad fue ocasionado por *una nueva serie de causas independientes*.

Von Liszt pone este ejemplo:

Si A hiere mortalmente a B, patrón de una lancha, pero éste se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la lancha naufragó por un golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidad entre la acción de A y el resultado producido, y A sólo puede ser condenado por tentativa de homicidio. (Von Liszt, F., 1999, p. 45)

La falla esencial de esta doctrina, tal como queda formulada, es que lleva sus consecuencias demasiado lejos.

Se da como ejemplo de lo lejos que lleva las cosas la teoría de las condiciones, el caso del herido cuya muerte no habría de producirse a consecuencia de esa lesión, por su carácter leve, que muere por el choque de la ambulancia en la que es conducido o en el incendio del hospital donde se lo asiste. No hay duda de que, suprimida mentalmente la lesión, se suprime también el resultado muerte.

Spendel, citado por Welzel, propone, para subsanar los excesos a que conduce esa formulación primitiva de la teoría de las condiciones, la siguiente versión: una acción es causal cuando, suprimida, no se hubiera producido el resultado concreto, teniendo en cuenta solamente las circunstancias que fueron efectivamente concretadas (p.146).

Sin embargo, la fórmula de Spendel no resuelve el problema causal, pues su falla radica en su amplitud. Más bien el valor de la fórmula radica en reducir la doctrina a sus verdaderos extremos, contra quienes han creído poder tomar en consideración circunstancias posibles no concretadas, por el solo planteo mental de la cuestión.

Son esas exageraciones de la doctrina que hicieron decir a Binding que "con su amplitud se llega a que *todo el mundo sea culpable de todo*"⁴⁸; mostrando el absurdo, pone el irónico y conocido ejemplo de que en los casos de adulterio habría que castigar como coautores, no solamente a la mujer adúltera y a su codeficiente, sino también al carpintero que hizo la cama.

El significado que ha de darse a la doctrina que aquí se trata, entendida como la fórmula Spendel, es la de fijar, por exclusión, *el límite mínimo de la relación de causa a efecto*. En otras palabras, toda acción que no reúna los requisitos exigidos por la teoría de la equivalencia de condiciones no puede ser considerada causal; pero la premisa no es válida a la inversa, pues no toda acción que reúne esos requisitos puede, por ello sólo, ser tenida por causa.

1.2. Teoría de la causa eficaz

La teoría de la *causa eficaz* o de la *condición más eficiente* se formula diciendo que *causa*, en el sentido del Derecho, es la condición que ha contribuido en mayor grado

a la producción del efecto.

Para dar a la proposición una eficacia práctica, es necesario conocer cualitativa y cuantitativamente todas las condiciones a efectos de fijar la contribución que cada una de ellas ha prestado para la producción del efecto, con lo cual resulta prácticamente ineficaz. Esta teoría no consulta ni los principios físicos ni los jurídicos. Además, crea dificultades en la participación, pues es posible que sólo un partícipe haya puesto la condición eficiente, con lo que los demás no serían responsables.

1.3. Teoría de la causalidad adecuada

De entre las doctrinas que se proponen dar a una o varias condiciones el valor de la causa, la que ha alcanzado mayor prestigio es la de la *causalidad adecuada*.

Comienza negando la equivalencia en Derecho de todas las condiciones a los efectos de la relación causal. Es necesario que la condición sea *adecuada para causar el resultado*. Ahora bien: ¿cuándo puede afirmarse que la condición es adecuada? Cuando es idónea; es decir, cuando *generalmente produce ese efecto*. Se trata, pues, de una conclusión alcanzada por vía de la experiencia, obtenida en virtud de la observación de los casos similares.

La consecuencia primera de esta posición es que no resulta suficiente la eliminación *in mente* de la condición de modo que, suprimido con ello también el resultado, se establezca la relación causal. Se requiere, además, que tal resultado sea *ordinariamente* el efecto de tal causa. Por otro lado, no se consideran en relación causal las consecuencias *extraordinarias* o *excepcionales* de la acción.

Teóricamente la doctrina puede considerarse clara: el problema se presenta cuando es necesario determinar, frente al caso práctico, si el efecto responde al encadenamiento normal de los hechos o si cae dentro de lo extraordinario.

La teoría de la causalidad adecuada debe penetrar en el ámbito de la culpabilidad en aquellos casos en que, en virtud de poseer determinados conocimientos especiales, un individuo está en condiciones de prever consecuencias de su obrar que no le es dado representarse a quienes no posean esos conocimientos. (Wezel, H., 1975, p. 87)

Lo que ocurre en tales casos es que el autor tiene el dominio del hecho, no obstante tratarse de consecuencias extraordinarias para el conocimiento de la gran mayoría de los observadores. Puede entonces resultar objetivamente desviado el acontecer causal y, no obstante, subjetivamente, tener el autor el dominio del hecho, un dominio también extraordinario.

Estas observaciones, sumadas a las que anteriormente se han señalado, ratifican la necesidad de tomar en consideración el *dominio del hecho* como elemento esencial en el problema de la causalidad y de asignar a la culpabilidad función correctora.

La doctrina de la equivalencia de las condiciones y está de la causalidad adecuada puede decirse que resume todas las tentativas que tienen por punto de partida la noción empírica de causa. Mientras la primera adopta la tesis de Von Buri, tal cual fue formulada a través del método de la supresión mental, la segunda trata de fijar un límite para su adaptación jurídico-penal, dando así un paso hacia adelante en la afirmación de que no todas las condiciones tienen relevancia jurídica.



1.4. Teoría de la relevancia de la acción

Frente a estas doctrinas, aparecen las que se remiten a la *relevancia de la acción*, la que debe determinarse considerando cada caso en concreto. No debe tratar se de determinar la relación de causalidad entre un obrar y un *resultado abstracto*, sino teniendo en cuenta un resultado concreto y buscando la solución sobre la base de la naturaleza jurídica de este último (lesiones, muerte, etc.).

Mezger es quien da a la doctrina su forma más precisa: “en los casos en que la acción puede considerarse causal respecto al resultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante; es decir, importante jurídicamente” (Mezger, E., 1935, p. 106).

1.5. Teoría de beling o de la causa típica

Beling da al problema una solución más simple: no es posible resolver a priori el problema de la causalidad; es necesario proceder por inducción, partiendo de los tipos penales. En otras palabras: el problema de la causalidad, tal como hasta entonces se lo había tratado, se reemplaza por el de la adecuación del hecho a un tipo penal.

La tónica la da el verbo fundamental o central que contiene la figura delictiva, verbo que, según beling, “está empleado en su significado común o corriente. De modo que el problema no consiste en determinar qué condiciones tiene el valor de causa, sino en fijar el significado de las palabras *matar*, *apoderarse*, etcétera, que la ley emplea” (binding, k., 141).



Esta tesis, no obstante, el beneficio de su simplicidad y la utilidad aportada a otros problemas, como el de la tentativa, no resuelve por sí sola la cuestión del nexo causal.

1.6. El criterio preferible

El problema de la causalidad debe resolverse tomando en consideración diversas circunstancias y tratando de atenerse más a la realidad de las cosas que a los principios de doctrinas que pretenden resolver la cuestión con *una fórmula* de carácter demasiado generalizador.

En los casos concretos han de hacerse estas comprobaciones:

- a) En primer lugar, existe una doctrina jurídica para fijar la relación de causalidad, la que debe basarse en la física, pero *sin coincidir exactamente con ella*.
- b) En consecuencia, para hablar de causa, es necesario saber primero *si se trata de una condición*: tal es el nivel más bajo de la causalidad. Partiendo de la teoría de las condiciones, el sistema de la supresión mental es el adecuado a ese fin.
- c) Comprobado lo dicho, se dirá que jurídicamente media relación causal cuando el resultado sea la consecuencia de un obrar humano que el autor realiza *teniendo el dominio del curso causal*.
- d) Esa relación causal debe tener, además, *relevancia penal*; es decir, que no todo nexo causal tiene idéntico valor para el Derecho; es necesario que esa causalidad y el resultado sean *adecuados al tipo jurídico penal*.



- e) La comprobación del nexo causal nada dice respecto de la culpabilidad.
- f) Por último, ha de reconocerse a la culpabilidad *función correctiva*.

1.7. Las llamadas concausas

Así encarado el problema causal, partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, carece de sentido hablar de *concausas* en derecho penal o, más bien, podría decirse que es incompatible. Por lo demás, “si se decide que las condiciones que intervienen directamente en la producción del resultado son causas y las que forman parte de *otra o de una nueva cadena causal, no lo son*, se sitúa en la posición de la teoría de la equivalencia de las condiciones” (Maier, J.B.J., 1989, p. 76).

Ese es el criterio en el que se sustentan muchas sentencias de la jurisprudencia, en las que se emplea incluso el método de la supresión mental, aun cuando se invoque la doctrina de la causalidad adecuada o de la causa directa.

1.8. La verdadera concurrencia causal

Una verdadera *concurrencia causal* es la que se presenta cuando dos o más personas ponen cada una, una condición-*causa*- capaz de producir por sí sola (independientemente) el resultado:

- a) El resultado se produce *por efecto de las dos causas*. En tal caso, todos los que pusieron la condición son autores.

- b) Es distinto el caso en que poniendo *varias personas una condición capaz de producir por sí sola el resultado, la consecuencia típica es efecto solamente de una de ellas.*
- c) Es un supuesto distinto el de dos o más personas que *ponen cada una separadamente una condición incapaz por sí sola de acarrear el resultado pero que sumadas lo producen.*

2. La causalidad en la omisión

El tema de la causalidad, de su complejo, se torna aún más dificultoso al considerarse los *delitos de omisión*, ya sea de pura omisión o de omisión impropia.

Durante mucho tiempo fue opinión dominante la que juzgaba imposible considerar el problema de la causalidad material para este grupo de delitos. Pareciera, en efecto, que la acusación de un resultado lleva consigo la noción de una actividad, sin la cual aquél no puede concebirse.

Las dificultades para resolver la cuestión aceptando una causalidad material en la omisión, orientaron la doctrina hacia una concepción de tipo valorativo.

2.1. Teorías de la acción precedente

Un primer grupo de doctrinas fija la acción positiva en una *acción precedente a la omisión*, a consecuencia de la cual el autor se obliga a hacer o dejar de hacer algo en lo futuro; o, como dice Von Liszt: “que hace aparecer como contrario a lo debido el hecho de no obrar” (Von Liszt, F., p. 52).



A esta corriente se le ha objetado que el individuo, en el momento de la acción precedente, puede no tener propósito alguno de obrar de esa manera en oportunidad de la omisión. De tal modo, si bien la acción precedente podría servir para fundamentar la valoración de la conducta posterior del sujeto, no determinaría, sin embargo, el nexo de causalidad.

Estas posiciones eluden tratar directamente el problema causal referido a la omisión, pues persiguen dar con una acción positiva a la que pueden aplicarse los principios generales de la causalidad, de la cual la omisión es una *resultante*.

2.2. Teoría de la acción esperada

Tanto Hippel, como Mezger, comenzaron a tratar la cuestión afirmando que sólo quien contempla lo sucedido desde afuera, es quien da vida a la omisión.

Para Mezger, el *quid* en los delitos de omisión está dado por la acción esperada. Sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, por lo cual resulta totalmente correcta la idea de que la omisión solamente puede ser fundamentada desde afuera (externa, normativamente). Vistas las cosas de este modo, sólo el que juzga puede dar vida a la omisión.

Pero ¿cuándo se puede decir qué una acción es esperada? Para llegar a una solución, la omisión ha de entenderse no como un hecho físico, sino valorándola en relación a la norma que imponga determinada acción.

2.3. La posición de garante

Luego de lo dicho, se echa de ver que lo que se trata como relación causal en los delitos impropios de omisión, se desenvuelve, en realidad, en un ámbito valorativo-social relacionado con el no hacer.

Lo que ocurre es que resulta necesario distinguir más de un aspecto: el de la pura casualidad, el de la posibilidad típica y el de la atribución como autor.

- a) La causalidad física se resuelve con el método de las condiciones: una omisión es causal cuando agregada mentalmente la acción omitida se elimina el resultado lesivo. Sobre esto no parece que haya más que agregar.

La *posibilidad* de comisión por omisión resulta del modo de estar descrito el acto en la correspondiente figura. Admiten esa posibilidad los tipos que se han caracterizado como de *resultado típico* y *acción indiferente*, que bien pueden ser calificados, en este aspecto, de *tipos abiertos*. Comprobada esa característica, sólo se sabe que, para la ley, pueden ser punibles las omisiones que causan determinada lesión jurídica.

- b) La amplitud que se ha señalado a los tipos que *admiten* la omisión impropia (punible), encuentra su justa limitación en la exigencia para que al causante físico le pueda ser atribuida jurídicamente la omisión como autor. Tal exigencia resulta de la posición de garante.

“La responsabilidad por la omisión impropia sólo puede aceptarse cuando resulte que la inactividad en el sentido del tipo está equiparada a la actividad, de acuerdo con la voluntad de la ley” (Navarro, P., 2001, p. 119).



Esto ocurre cuando existen en quien omite *especial relación de deber, de tutela o de resguardo* del bien jurídico que se lesiona. Autor es, entonces, quien por su mayor vinculación con un bien jurídico tiene una posición de garante respecto de ese bien jurídico y no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo.

2.4. Fuentes de la relación

Esa *especial relación* del individuo con el *bien jurídico*, puede tener cuatro grupos de fuentes:

A. Norma jurídica

Deben tomarse en cuenta para el caso las del total ordenamiento jurídico, y no sólo las de derecho penal. El ordenamiento jurídico puede fundamentar deberes de hacer. Tal es el caso del tutor o el curador.

B. Obligación impuesta por la vía contractual

Esto ocurre con la enfermera que está obligada a cuidar y velar un enfermo; el guía de montaña, etcétera. “la obligación contraída hace que el contratado aparezca como *garantizador*”⁵⁵.

C. La actividad precedente constituye la tercera fuente

El que ha causado un peligro se halla obligado a evitarlo, si está en sus posibilidades.



En todos los casos se requiere que el obligado tenga conocimiento de su especial relación con el bien jurídico y que esté en su posibilidad real-física evitar su lesión. Tampoco existe omisión punible si el obrar que es posible para el agente no hubiera evitado el ataque al bien.

D. Comunidades de vida o de peligro

Esta fuente puede sintetizarse así: siempre que existan determinadas comunidades íntimas de vida o de peligro, cada uno de sus miembros está obligado a evitar los riesgos adecuados para los restantes sujetos. Dentro de este criterio se incluyen la responsabilidad que surge por la comunidad matrimonial, tales como el deber del marido de evitar la prostitución o el suicidio de su cónyuge. Dentro de la comunidad de peligro se cita a los alpinistas que están unidos por una misma cuerda.





CAPÍTULO IV

LA AUSENCIA DE ACCIÓN

1. Causales de falta de acción o ausencia de conducta

Las causales tradicionales, que tratan todos los manuales y tratados sobre la cuestión, resultan ser un conjunto bastante heterogéneo de grupos de casos, con escasa o nula incidencia real en procesos penales que hayan sido tratados en los tribunales: los más característicos son los actos reflejos, las situaciones de fuerza física irresistible, y los supuestos de ausencia de consciencia.

De ellas, se puede predicar un denominador común: en *ninguna de estas situaciones existe una personalidad en desenvolvimiento*, pues no se puede afirmar que haya siquiera una consciencia interviniendo en el suceso, y eso que el concepto de consciencia, importado de la ciencia de la psicología, en tanto *función sintetizadora de las funciones mentales específicas*, sólo exige para su verificación, que el autor, al momento del hecho, pueda percibir adecuadamente y ubicarse en tiempo y espacio, y para ello, basta con que tenga consciencia de la separación entre el Yo y el mundo circundante.

Y este déficit es, precisamente, lo que acontece en las tres constelaciones de casos mencionadas, tan típicas como causales de exclusión del filtro de la conducta, como escasas en los repertorios de jurisprudencia.



1.1. Fuerza física irresistible

en los casos de *fuerza física irresistible*, el ser humano actúa como una mera masa mecánica, frente a fuerzas de la naturaleza, o de otras personas que lo impelen inevitablemente a dañar cosas, o lesionar o matar a otros, pero *sin que, en tales casos, pueda advertirse una consciencia en desenvolvimiento*, ya que el causante, obra como si fuera un objeto natural.

A diferencia de otras referencias legales de la época, y de jurisprudencia comparada, algunas legislaciones no distinguen entre *fuerzas de la naturaleza* (como puede ser un terremoto, un rayo que toca tierra, la violencia de una ola, un alud de nieve, la caída de lodo por la ladera de una montaña, el desborde abrupto de un río, un viento huracanado, la erupción de un volcán, un tsunami, entre otros fenómenos similares), y las fuerzas provenientes de otra u otras personas (como es el caso del efecto de *estampida* que puede darse cuando una multitud se aglomera frente a un estadio para asistir a un espectáculo deportivo o a un recital, o dentro de un local bailable, o en el marco de una marcha o de una manifestación, u otros supuestos similares), por lo que el precepto abarca ambas especies. (alonso, j.p., 2006, p. 83)

Es el caso de quien es empujado hacia abajo en una tribuna colmada de espectadores, y que termina impactando en otro, a quien provoca lesiones de consideración. O quien, mientras espera en un paso a nivel con su automóvil es empujado a las vías desde atrás por un camión que se quedó sin frenos, y así, provoca un descarrilamiento ferroviario, con múltiples heridos y daños materiales.

Para que se active esta causal de exclusión de la conducta, la fuerza ha de ser



irresistible, en el sentido de que no deje ninguna opción al que la sufre (*vis absoluta*). Si no lo es, quien la padece bien podría resistirla o, al menos, contar con esa posibilidad y, por lo tanto, habrá conducta -activa u omisiva, según el caso-. Por ello, no hay que confundirla con los supuestos de *vis compulsiva*, que, en todo caso, pueden llevar a una situación de exculpación por inexigibilidad de otra conducta.

Como fue un caso tratado por el Tribunal Supremo español, en el cual el conductor de un tranvía transitaba por una calle con una pendiente pronunciada, y al producirse un corte de energía eléctrica, que le impidió accionar los frenos, este se desplazó calle abajo y atropelló unos peatones, que murieron.

La fuerza irresistible puede generar (hipotéticamente) el desplazamiento forzoso del sujeto pasivo (el ejemplo de laboratorio de quien toma la mano del otro y lo obliga con *vis absoluta* a firmar un documento), pero también, y en verdad más frecuentemente, su inamovilidad, como cuando se ata, esposas o encadena a alguien, o bien, más modernamente, se le administra un poderoso narcótico, de modo de impedirle todo movimiento (*vis absoluta*) y, con ello, descartar que en el caso pueda apreciarse un comportamiento omisivo.

1.2. Actos reflejos

Algo similar sucede con los denominados *actos reflejos*, que son reconocidos en las ciencias médicas como mecanismos de reacción que el cuerpo humano dispone frente a ciertos estímulos externos (tales son los casos de un golpe o cambios bruscos de temperatura), y que están completamente al margen no solo de la voluntad del causante, sino también de su consciencia, a punto tal, que dichos actos reflejos también

pueden tener lugar, aun cuando el paciente se encuentre en estado de coma, o similares.

De modo tal, que frente a posibles daños o lesiones causadas a partir de la generación de un *acto reflejo*, tampoco podrá acudir al ámbito penal para resolver la cuestión, pues debemos predicar de él, que ni siquiera constituye conducta en sentido jurídico-penal, pues se trata, en definitiva, de un movimiento muscular que no está guiado ni por la voluntad, ni por la consciencia del causante sino que obedece a un mecanismo de reacción automática no atribuible a sus designios, ni a su personalidad.

Solo se puede aventurar aquí casos imaginarios, como el del médico que golpea con un pequeño martillo el tendón rotuliano a la altura de la rodilla del paciente, y que al producir en este un brusco movimiento reflejo de la pierna, inutiliza un ordenador costoso.

1.3. Ausencia de consciencia

Este es otro supuesto de causal de falta de acción en sentido jurídico-penal, los casos de *ausencia de consciencia*, esto es, “los contextos en donde la persona se encuentra en ciertos estados -transitorios o permanentes-, en donde su consciencia no está disponible, en términos absolutos” (Beling, E., 1994, p. 201).

El más común de ellos es el del *sueño profundo*, estado en el cual, movimientos corporales generados a partir de experiencias oníricas (incluidas el sonambulismo y la parálisis del sueño) que eventualmente trasuntan en afectaciones a terceros (daños, lesiones, entre otros) no pueden ser considerados *conducta* en los términos de este primer filtro de la teoría del delito.

La cita obligada en muchos manuales es la de la madre que se acuesta en la cama junto a su criatura recién nacida y, mientras está profundamente dormida, realiza un movimiento corporal que termina asfixiándola: este curso causal, inmediatamente anterior a la muerte de la víctima, al no estar connotado por una consciencia en desenvolvimiento, no podrá definirse como conducta en sentido jurídico-penal.

Ello no quita que, de ser el caso, corresponda de todos modos imputar a la madre por homicidio imprudente, a partir de un comportamiento precedente descuidado, que sí realice conducta en sentido jurídico-penal, y respecto del cual se pueda fundamentar tanto el nexo causal (si es una acción) como la imputación al tipo (tanto sea una acción como una comisión por omisión): sería el caso de la madre que, con violación al deber de cuidado, acuesta ella misma a la criatura a su lado, pese al riesgo evidente de que, durante el sueño, se genere una situación de peligro.

No lo sería, en cambio, en el caso en que sea el padre quien, imprudentemente, acueste a la criatura al lado de su madre, mientras ella ya está profundamente dormida (en este caso sólo cabrá imputar al padre por su proceder imprudente).

En cierto caso, una mujer de 34 años estaba sola con su hija de dos meses cuando se desmayó y -según parece- aplastó a la bebé, quien murió como consecuencia del golpe. La justicia investigó el caso, aunque, en principio, el fiscal planteó que sería un accidente.

En esta clase de situaciones, al igual que en los grupos de casos precedentes, no se cuenta con una consciencia en desenvolvimiento y, por lo tanto, no se puede dar por satisfecho el aspecto subjetivo de la conducta, la presencia de una voluntad que guía la causalidad, o, al menos, como sostiene Roxin, atribuir ese comportamiento exterior



como manifestación (aún rudimentaria) de la personalidad del autor.

Debe recordarse aquí que, a diferencia de la ciencia de la psicología, los componentes inconscientes y subconscientes carecen de relevancia para la construcción del concepto jurídico-penal de conducta.

Al mismo desenlace se ha de llegar, frente a situaciones, tales como cuando la persona cae en un estado de coma, o está bajo los efectos de la anestesia general, o sufre un desmayo, o se halla bajo un cuadro de parálisis histérica, o bien se encuentra inmerso en un episodio típico de epilepsia.

Se puede citar aquí el caso en que un chofer de remise, que circulaba por una autopista mientras llevaba dos pasajeras, sufrió un ataque epiléptico, que lo llevó a perder totalmente el control del vehículo que manejaba, y ante la imposibilidad de reaccionar ante los reclamos de las mujeres para que detenga la marcha, estas se arrojaron del automóvil, con lo cual, una de ellas falleció, y la otra, sufrió lesiones de consideración.

En este caso, probado el cuadro de epilepsia del acusado, el Tribunal consideró el episodio de la conducción del rodado en ese estado como de *ausencia de consciencia*. Casos como éste, donde podrían existir reacciones corporales sin intervención -de ninguna manera- de la voluntad, quedarían fuera del concepto de acción y, en consecuencia, serían irrelevantes para el Derecho penal. Una conducta humana que no puede ser controlada de acuerdo a la naturaleza humana, no constituye un punto de partida válido para poder afirmar la responsabilidad penal.

Pero en términos de establecer los límites de la eximente de *ausencia de consciencia*, los supuestos no van más allá de los mencionados, junto con algunos otros

asimilables, diagnosticados por la *lex artis* de un modo similar. Como se puede advertir, la vara para postular a dicha eximente es muy alta y, por lo tanto, resultan sumamente escasos, prácticamente inexistentes, en los registros de jurisprudencia.

Fuera de tales situaciones excepcionales, en todos los demás casos, habrá que afirmar la existencia de una *conducta* y, por ende, dar por superado este primer filtro de la teoría del delito, para dirigir la atención entonces a la verificación de todas las exigencias de la tipicidad.

Así:

todos los supuestos de *insuficiencia o alteración de la consciencia*, tanto permanentes como transitorios, denominados como *estados de inconsciencia*, por ejemplo, cuestiones relacionadas con el desarrollo y madurez intelectual de las personas, o bien con situaciones de intoxicación del autor, más allá de su gravedad, serán cuestiones que podrán analizarse en la tipicidad, o de bien en la culpabilidad, pero de todos ellos, se puede decir que realizan *conducta* en sentido jurídico-penal. (Creus, C., 2013, p. 74)

Para superar este primer amplio filtro, basta con que se demuestre que el autor conserva al menos una línea de consciencia (debe recordarse, en tanto actividad sintetizadora de las funciones mentales específicas, que haga que al autor le conste su ubicación en tiempo y espacio, y que comprenda que su Yo está separado ontológicamente del mundo exterior), algo que se verifica en todos estos supuestos, incluso los más agudos, como los casos de intoxicación plena.

Esta misma afirmación, cabe respecto no solo de niños de corta edad, sino también en relación con personas con discapacidades mentales, incluso severas o



profundas: todas ellas realizan conducta en sentido jurídico-penal y, por lo tanto, habrán de superar este primer filtro de la teoría del delito; en todo caso, será cuestión de marginarlos del ámbito punitivo, ya en la tipicidad (por ausencia de dolo), o bien en la culpabilidad (por inimputabilidad).

Aunque esto no siempre fue así. Durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX, en un contexto de rápida expansión del discurso científico del positivismo desde las ciencias naturales hacia las ciencias sociales, surgieron las *teorías neo-darwinistas*, también llamadas del *Darwinismo social*, que se basaban en la Teoría de la *evolución de las especies* de Charles Darwin, para ir mucho más allá de lo postulado por este autor, y aseverar temerariamente, en los ámbitos científicos de la antropología, las ciencias médicas y la criminología, que los Estados debían tomar medidas proactivas para mejorar la especie humana, en el sentido, en lo que nos interesa puntualizar aquí, de considerar que los individuos con fallas, retrasos o deficiencias, físicas o psíquicas, constituirían elementos desechables de entre la población, respecto de los cuales debían adoptarse medidas de *ortopedia social* o de *higiene racial*.

Para ello, se empleaba asiduamente (como lo hacía el neodarwinista británico Herbert Spencer) la comparación de la sociedad con la de un organismo vivo, un cuerpo social, en el cual existían *células superiores*, que se correspondían con personas sanas y con el perfil racial adecuado, y *células inferiores*, esto es, individuos descartables, disfuncionales, inservibles, excrecencias del organismo social, que debían ser suprimidas, ya sea mediante las técnicas de esterilización (para evitar la descendencia de indeseables), o directamente por medio de técnicas de eutanasia (muerte administrada), de modo de mejorar el *perfil de la población* y, con ello, favorecer la



evolución de la especie.

En tal sentido, estos autores, con un discurso pretendidamente científico, sostenían que era necesario en ciertos casos, descartar las *células deficientes*, cancerosas, del *cuerpo social*; también apelaban a la metáfora de la *amputación del miembro infectado con tal de preservar la salud del cuerpo social* en su conjunto; o a la del jardín, en donde debía hacerse lugar -a expensas de la ralea, la maleza y los yuyos-, para que crezcan y florezcan las especies deseadas.

Estas teorías, lamentablemente, fundamentaron muchas legislaciones que convirtieron en obligatoria la esterilización de personas con ciertas discapacidades mentales, algo que ocurrió a comienzos del siglo XX en algunos estados de los Estados Unidos, o en Suecia.

Pero el caso más siniestro en tal sentido tuvo su simiente en una monografía con pretensiones científicas, denominada *Vidas desprovistas de valor vital* publicada en Leipzig, Alemania, en 1920.

Allí, un prestigioso médico psiquiatra forense, Alfred Hoche, realizó una individualización y detallada descripción de los grupos que clínicamente debían considerarse como de discapacidad mental severa o profunda: oligofrenia, idiocia, síndrome de down, demencia senil, locura, etcétera.

Tras ello, en la segunda parte del texto, quien para ese entonces era tal vez el jurista penal más reconocido de Alemania, Karl Binding (que por ejemplo, impuso el concepto de *bien jurídico* en las ciencias penales), para ese entonces de unos 80 años, haría su póstuma, y ciertamente funesta, aportación al pensamiento científico penal de aquella época: sostendría que, respecto de todos estos colectivos de personas, con



retrasos mentales profundos, se trataba invariablemente de vidas que eran soportadas miserablemente, plagadas de sufrimientos y frustraciones, arrastradas día a día no solo por quien padecía estos cuadros, sino también por su entorno familiar y social, para quien aquel era una carga en términos financieros, en fin, que se trataba de vidas desprovistas de valor vital, algo que estaba muy instalado en los círculos científicos conservadores tanto en Europa como en América.

Pero Binding, en este opúsculo, dará un paso más allá, dirá que:

si en el futuro, eventualmente, un Estado decidiera tomar medidas activas en pos de resolver esta situación, en términos de organizar y administrarles una muerte digna a estos grupos de pacientes, lo es que el Estado no estaría cometiendo homicidio doloso, ya que los sujetos pasivos, en verdad, no están en condiciones de disponer, hacer uso y goce del bien jurídico vida, o si lo hacen, sería en una proporción tan insignificante, que no alcanzaría para considerar mínimamente afectado el bien jurídico en cuestión y, por lo tanto, dicho accionar estatal quedaría por completo marginado de la posibilidad de reproche penal: no se trataría de asesinatos, ya que no habría afectación real al bien jurídico vida, al tratarse los sujetos pasivos de *vidas que no merecen ser vividas*. (Binding, K., p. 90)

Con esta postura, el más importante penalista de aquel momento, con todo su prestigio, sostuvo en un texto de características pretendidamente científicas, que las personas con discapacidades mentales no pueden ser consideradas persona en sentido jurídico, ya que no son portadoras de valor vital y, por ende, una actuación estatal en pos de quitarles la vida no constituiría homicidio, ni acarrearía ningún otro tipo de

consecuencias penales.

Dos décadas más tarde, en septiembre de 1939, en el contexto de la Alemania nazi, Adolf Hitler firmará una orden en la Cancillería en Berlín, ordenando a dos médicos de su confianza la puesta en marcha de un programa secreto de eutanasia masiva en todo el territorio del Reich, denominado *Aktion T-4*, dirigido a organizar una burocracia de médicos, enfermeros y otros especialistas, con el objetivo de asesinar a todos los pacientes de instituciones de salud en donde estuvieran internadas personas desprovistas de valor vital, y con ello que apelaba a la terminología científica propuesta por Hoche y Binding en su trabajo de 1920.

Como hoy se sabe, el programa T-4 funcionó hasta fines de 1941, y con él segó la vida de unas setenta mil personas, todas ellas con diferentes tipos de discapacidades mentales, la gran mayoría niñas, niños y adolescentes, también muchas personas ancianas, en fin, las personas más vulnerables que se pueda imaginar, y también, las más necesitadas de asistencia del Estado.

En el marco de este programa siniestro, estos miles de víctimas indefensas, fueron seleccionadas de los lugares donde estaban alojadas (neuropsiquiátricos, manicomios, hospicios), trasladadas en vehículos de la organización y cruelmente asesinadas en *clínicas de la muerte*, envenenadas con gas, un preludio de lo que luego se aplicaría también en el contexto de la *Solución final* a los judíos de toda Europa. (Welzel, H., p. 90)

En conclusión, la humanidad aprendió la lección. Tras la estela de horror que dejó el programa T-4, y luego, Auschwitz, hoy en día nadie discute que desde el momento en que se nace, y sin importar nuestras características morfológicas, psíquicas, físicas, de



edad, género o aspecto, todos somos personas en sentido jurídico (como lo enfatiza desde 1948 la DUDH en su artículo 6°), tenemos los mismos atributos y derechos, y entre los más básicos, todos disponemos de consciencia y realizamos conducta, a la vez que todos somos portadores plenos del bien jurídico vida, así como también de los bienes jurídicos *libertad y dignidad*. Negar estos atributos universales significaría abrir nuevamente las puertas a un pasado que no querríamos repetir nunca más.

1.4. Hipnosis

Fuera de ello, de los grupos clásicos, ya no se toma en cuenta la situación de *hipnosis* o *hipnotismo* (allí cuando alguien afirma haber obrado mientras estuvo bajo los efectos de este método), ya que con el correr de las décadas, en la segunda mitad del siglo XX, en especial a partir de los aportes de la *Escuela de París*, fueron crecientes las dudas sobre su legitimidad, para llegar a sostenerse hoy en día que no está demostrado científicamente que la *hipnosis* genere efectivamente un estado de ausencia de consciencia (y, por lo tanto, habrá de afirmarse la conducta en estos casos). Por lo demás, nunca se ha visto un caso en los tribunales en donde se haya tenido que tratar seriamente un planteo de esta naturaleza.

1.5. Actos impulsivos en cortocircuito

Según doctrina mayoritaria, tampoco son aceptados como casuales de ausencia de acción, los denominados *movimientos impulsivos*, *actos instintivos* o en *cortocircuito*, las reacciones explosivas, o bien los llamados automatismos, que aparecen frente a

estímulos externos o internos, en los que la voluntad participa, aunque sea en forma mínima, y que terminan generando afectaciones a terceros.

Sobre este particular, sostiene Jesús Silva Sánchez que, a diferencia de lo que sucede con los actos reflejos, en los actos impulsivos o en cortocircuito "... se advierte una diversidad de reacciones ante el mismo estímulo que se halla en función de lo agresiva, medrosa, etc., que sea la concreta persona afectada (ataques de ira, reacciones de pánico, manifestaciones explosivas de la sexualidad, etc.)" (Silva Sánchez, J., 1991, p. 12) , a lo que este autor agrega que en este tipo de comportamientos "... pese a la rapidez y a la reducción del nivel de consciencia, se abandona claramente el nivel de las meras reacciones causales-fisiológicas para entrarse en las capas (por profundas que estas sean) de la personalidad"(Silva Sánchez, J., 1991, p. 14).

En efecto, estas reacciones instintivas son atribuibles al carácter y personalidad propia del autor y, por esta razón, quedan alcanzadas por el concepto de conducta, en tanto comportamiento humano que modifica el mundo exterior.

No son muy habituales en la jurisprudencia. Véase este precedente en España, según los hechos descritos por el propio Tribunal Supremo (sentencia del 23/09/1983):

El procesado don José se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de sus convecinos don Luis y don Eladio. En un determinado momento, el citado don José se inclinó hacia adelante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a don Eladio, y con las piernas un poco separadas, «este le agarró con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolido don José, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo



de tal modo que don Eladio cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas. Don Eladio falleció horas después..." debido al golpe producto de la caída.

O bien, este caso, acaecido en Alemania, en 1975:

Cuando A trazaba una curva con su coche le entró por la ventana, que se encontraba abierta, una mosca en un ojo. Por lo cual, A realizó un brusco movimiento de defensa con la mano. Este movimiento se reflejó sobre el volante. Como consecuencia de ello, A perdió el dominio sobre su coche y se desplazó sobre el carril contrario, donde se produjo una colisión con un coche que venía por ese carril. De dicha colisión resultaron heridas varias personas.

También este otro caso, publicado en diarios de Europa, en este caso *La Vanguardia*, de Barcelona, el 15/08/1986:

Francia: homicidio involuntario por broma de verano. La típica broma de verano de rociar con agua fría a un amigo cuando toma el sol acabó en tragedia en un camping de la localidad de Damgan, en el este de Francia. El drama se desarrolló cuando uno de los tres jóvenes que estaban pasando sus vacaciones en un camping de Damgan se levantó para beber agua. A su regreso, decidió gastar una broma a su amiga, por lo que se le acercó por detrás sin que este la viera y le roció la espalda con agua helada. La joven tenía un cuchillo en la mano y, en un acto reflejo lo lanzó hacia atrás, clavándose en el pecho del bromista y produciéndole la muerte instantáneamente.

Roxin trae también como ejemplo un caso juzgado en Frankfurt en 1965:

Una mujer que conduce de noche un coche por la autopista a 90 km/h, ve de pronto a una distancia de 10 a 15 metros por delante un animal del tamaño de una liebre, por lo que gira el coche a la izquierda y choca contra la valla divisoria, produciéndose la muerte de la acompañante. (Roxin, C., 1997, p. 216)

En tales reacciones espontáneas, apenas es percible una voluntad consciente. Sin embargo, como sostiene Roxin, "... lo correcto es afirmar que concurre una acción, pues se da -aunque sea sin reflexión consciente- un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido a un objetivo, y eso basta para admitir que hay una manifestación de la personalidad" (Roxin, C., 1997, p. 219) que se exterioriza en el mundo real y no sin consecuencias.

En definitiva, así como los *actos reflejos* son uniformes y hasta predecibles, y no constituyen conducta, los *movimientos impulsivos* o en *cortocircuito*, en cambio, dependen de cada cual, de su estructura de personalidad, de su conformación psicológica, de su experiencia y grado de maduración, de su capacidad para prever el advenimiento de dichos estímulos, de sus niveles de ansiedad y estrés, a veces también pueden influir en la forma de reaccionar el consumo de sustancias estimulantes (como el alcohol o ciertas drogas) o deprimentes del sistema nervioso (como ansiolíticos o calmantes).

Como afirma Silva Sánchez, "... puede estimarse ya clásica la tesis que entiende que los actos impulsivos, instintivos o en cortocircuito no son actos reflejos y que, en consecuencia, se da en ellos una acción en sentido jurídico- penal" (Silva Sánchez, J., p. 10).

Por todo lo cual, claramente aquí se está en el terreno de la conducta, y en todo caso, de apreciarse en algún supuesto, un injusto por imprudencia, habrá que ver si este supera el reproche característico de la culpabilidad, al constituir posiblemente un *estado de inconsciencia transitorio*, que bien podría atenuar o incluso eximir de pena al autor.

1.6. La tenencia como conducta

Por otra parte, veremos más adelante que existen muchos tipos penales que reprimen la mera detentación de cosas (desde explosivos, hasta sustancias estupefacientes), a partir de que el legislador, considerará que pueden constituir una puesta en peligro para determinados bienes jurídicos: son los llamados *delitos de tenencia*.

Pues bien, respecto de ellos, la postura doctrinaria dominante en jurisprudencia, es la que sostiene que llevar consigo un objeto, tenerlo bajo la propia órbita de custodia, es ya de por sí *conducta* en sentido jurídico-penal, puesto que, efectivamente, tal hecho no deja de ser un comportamiento humano voluntario, con trascendencia en el mundo exterior de un modo cognoscible o, si se quiere, un comportamiento exterior evitable.

En todo caso, la discusión en torno a su constitucionalidad no pasa por si tales tipos penales superan o no el filtro de la conducta, sino más bien están enfocadas en la tensión existente entre estas figuras penales y la garantía constitucional de lesividad.

1.7. Síntesis

Si se hace un repaso de lo visto hasta aquí, en términos de analizar cuáles serían los grupos de casos que funcionarían como *válvulas de escape* frente al filtro de la conducta, la cosecha hasta ahora sería ciertamente magra: no lo son los *actos instintivos* o en *cortocircuito*, los efectos de la hipnosis ni las situaciones de tenencia como causales de falta de acción, así como tampoco todos los llamados estados de inconsciencia.

No quedan, entonces, como causales de exclusión de la conducta, mucho más que casos de laboratorio: *fuerza física irresistible*, *actos reflejos*, y situaciones de *ausencia de consciencia*, con las férreas limitaciones recién expuestas, que dejan un margen poco más que nulo para excluir algún supuesto, a esta altura tan temprana de la teoría del delito.

Entonces, ¿en dónde finca la relevancia político-criminal del estrato de la conducta como primer paso de la teoría del delito? ¿Qué otros casos permiten marginar de las pretensiones punitivas estatales? Para responder a este interrogante, se debe examinar el origen del Derecho penal de autor.

1.8. Legislación penal de autor

“En el desarrollo de la historia de los sistemas penales previos al advenimiento del Derecho penal liberal, desde siempre existió un repertorio de castigos estatales al servicio del regente propio de cada época” (Hendler, E., 2014, p. 59). Por lo general, se trataba de dispositivos feroces, aberrantes e ilimitados: penas de muerte o de suplicios, mutilaciones, reducción a esclavitud o servidumbre, el destierro, entre otras, eran las



más habituales.

Fue recién hacia fines del siglo XVIII, que las garantías penales hicieron su ingreso en la historia, con el propósito de ponerle ciertos límites al decisionismo penal propio de los modelos absolutos. En ese contexto, a lo largo de quinientos años, los sistemas penales imponían penas no tanto a partir de lo que los *súbditos hacían*, sino más bien a partir de lo que eran, de su forma de ver el mundo, sus creencias, su cultura, sus hábitos, su clase social, color de su piel, sus inclinaciones, su pertenencia étnica, etcétera.

Como sostiene Ferrajoli, “la historia de los sistemas penales, siglo tras siglo, y hasta el advenimiento de la Ilustración, está marcada abrumadoramente por la persecución penal a los considerados enemigos del poder estatal, ya sea por motivos políticos, económicos, religiosos, o de alguna otra índole” (2005, p. 33).

Así lo demuestran los estudios criminológicos más recientes, a partir del camino abierto por Wayne Morrison, que finalmente han puesto la atención en los interminables procesos de características genocidas que los poderes de turno, en Europa y luego también en América, consumaron, al emplear la herramienta penal como un artefacto central para cumplir acabadamente con esos propósitos.

Lo único que fue variando a lo largo de los siglos, fueron los rótulos de quiénes debían ser considerados enemigos, para así dirigir contra ellos la maquinaria punitiva estatal, que adquirió aún mayor efectividad, a partir de la instalación del modelo cultural inquisitivo.

Son conocidas las persecuciones, entre los siglos XIII y XVI, a herejes, grupos religiosos (como los judíos o los musulmanes) y mujeres (mediante atribuciones de brujería, hechicería y similares), para luego en los siglos siguientes, reorientar la mira



hacia los integrantes de los pueblos originarios (tras la ocupación del continente americano), esclavos (en especial provenientes de África), masones, liberales contrarios a la corona, entre otros, para ir mutando una vez más en la Modernidad, a partir de la Revolución Industrial, y así emplear la persecución penal a partir del siglo XIX sobre amplios sectores poblacionales migrantes del campo a la ciudad, identificados como *vagos, mendigos, chusma, merodeadores* o señalados por hábitos o prácticas que simbolizaban la llamada *mala vida*.

Finalmente, luego de la irrupción de nuevas ideologías, a fines del siglo XIX, esos mismos sistemas penales se adaptaron una vez más para perseguir a grupos políticos, y a todos aquellos que simpatizaran con sus ideas, bajo rótulos tales como *comunistas, socialistas, anarquistas, subversivos*, etcétera. ¿Cuál es el denominador común de absolutamente todos estos casos, que atraviesan la historia de la penalidad?

Que el desencadenante del castigo penal no constituía una infracción en concreto, un delito, la realización de una conducta tal cual hoy se la conoce, sino que *los Estados condenaban masivamente por lo que la persona era*, por algún atributo de su personalidad, por cuestión de género, por su pertenencia a cierto grupo religioso o étnico, por su orientación sexual, por sus ideas políticas, sus objeciones de conciencia, por su nacionalidad, o bien por su aspecto, por el color de su piel, por su pertenencia cultural.

En efecto, “en los sistemas penales de antaño, bastaba que el poder despótico emitiese una orden verbal, o a veces un decreto, al definir como *enemigos, extraños a la comunidad*, o con términos similares, al grupo marcado, para que de inmediato, comience la persecución a través de la herramienta penal de ese Estado” (Hendler, E. S., p. 67).

Por supuesto, que, con el advenimiento del Derecho penal liberal, la humanidad no asistió al desmantelamiento definitivo de esta práctica despótica de persecución penal. Esta prosiguió, en especial, a lo largo del siglo XX, anidado en el seno de las estrategias desplegadas por regímenes de signo opuesto a los modelos democráticos y constitucionales promovidos a partir de las revoluciones norteamericana de 1776 y francesa de 1789.

Así, durante el siglo XIX, la sucesión de *etiquetamientos de autor* para la represión penal continuó, y ya en el siglo XX, se expandió aún más, hasta límites nunca antes vistos, en el contexto de los modelos autoritarios y totalitarios que infestaron Europa y América (así como los restantes continentes) y que forzarán al máximo los engranajes de la maquinaria punitiva estatal, para deshacerse de sus ocasionales y sucesivos *enemigos del Estado*, entre los cuales destacaron, por su crueldad y vastedad, tanto el nacionalsocialismo (que persiguió a judíos, eslavos, gitanos, comunistas, socialistas, homosexuales, testigos de Jehová y otros), como el estalinismo (que hizo lo propio con un amplio espectro de disidentes políticos, además de castas nobiliarias y militares, propietarios de tierras, minorías nacionales, etcétera).

Sirve como ejemplo de ello, la sanción de la *Ley de delincuentes habituales* por parte de la Alemania nazi en noviembre de 1933 -primera reforma penal importante que concretó ese régimen- que no solo introdujo las llamadas *medidas de seguridad* por primera vez en ese país, sino que, además, dispuso la accesoria de presidio por tiempo indeterminado, junto con el dictado de la tercera condena, si *la valoración global de los hechos* pusiera de relieve que el autor era un delincuente habitual peligroso.



En esa misma línea, se puede citar también la infausta *Ley sobre parásitos del pueblo*, sancionada en la Alemania nazi el 5 de septiembre de 1939 -es decir, cuatro días después del inicio de la guerra en Europa, como punto de partida de lo que se iba a conocer en Alemania como el *derecho penal de guerra*-, cuyo parágrafo 4º castigaba con penas de 15 años de prisión y hasta con pena de muerte *cuando así lo exija el sano sentimiento del pueblo*, al que aprovechándose de las circunstancias de la guerra dolosamente cometa cualquier delito, un agravante que apuntaba más al autor que al hecho por este cometido.

A ello, se le sumó una legislación complementaria en el marco del *Código Penal de guerra*, de impronta nacionalsocialista, que profundizó su orientación hacia la persecución penal de autor, ya que según el parágrafo 1º de la ley dictada el 4 de septiembre de 1941, se estableció pena de muerte tanto para el delincuente habitual peligroso como para el delincuente contra la moralidad, cuando la protección del pueblo lo exigiera.

Asimismo, en España, sería sancionada en 1933 la tristemente célebre *Ley de Vagos y Maleantes*, otro claro ejemplo de rendición de la legislación y las ciencias penales locales ante el medio siglo de influencia de los discursos del positivismo criminológico, la cual consagraba el principio de defensa social frente a categorías de delincuentes natos y otros grupos sociales indeseables, y permitía la aplicación de medidas predelictuales (sin exigir la previa comisión de un delito), especialmente dirigida a *peligrosos sociales, vagos, maleantes, prostitutas, etcétera*.



En suma:

... el mismo esquema viene reproducido por la persecución penal de los herejes y las brujas y, en tiempos modernos, por el modelo nazi del tipo normativo de autor, por el estalinista del enemigo del pueblo y por el positivista del delincuente nato o natural. Son reconducibles a él por ejemplo, las normas que disponen medidas punitivas contra los ociosos, los vagabundos, los proclives a delinquir y similares. (Ferrajoli, L., 1996, p. 101)

Otro ejemplo ominoso de este tipo de legislación penal de autor, ha sido la famosa ley de residencia n° 4.144, vigente en Argentina entre 1902 y 1958, orientada como estaba, en sus *criterios de expulsión* a portadores de *ideologías foráneas* -como el anarquismo o el comunismo, o bien a miembros de la resistencia obrera.

Echar mano a *legislación penal de autor* también caracterizó a las dictaduras latinoamericanas en Argentina, Chile, Uruguay, Brasil y Paraguay durante las décadas del 60 y 70 del siglo pasado, donde una vez más, la metodología preferida de las cúpulas militares para la represión estuvo guiada por decretos, bandos y leyes de facto, que directamente, definían como *enemigos del Estado*, *subversivos* y rótulos similares, a los grupos de disidentes y opositores políticos que pretendían neutralizar, y sus integrantes, por ende, fueron perseguidos por sus posturas o elecciones ideológicas o políticas, más allá de que hubieren cometido o no, acto alguno con trascendencia a terceros.

1.9. La cuestión en la actualidad

Hasta aquí entonces, la enorme importancia que tiene este estrato de la conducta, como puerta de entrada a la teoría del delito, desde una perspectiva político-



criminal: *la de constituir un dique infranqueable para toda propuesta actual de legislación penal de autor, es decir, de pretender criminalizar autores por lo que son, eligen, piensan o creen.*

Sin dudas, el repudio a toda manifestación de legislación penal de autor, ha sido el salto civilizatorio más importante, generado puertas adentro de los sistemas penales modernos. O si se quiere, el recorte más significativo a las pretensiones punitivas estatales respecto de las libertades y derechos ciudadanos.

Es que la *persecución penal de acto* puede terminar en el castigo penal de algunas decenas de miles de acusados. La *persecución penal de autor*, en cambio, tiene siempre la potencialidad de condenar de forma ilimitada.

Dicho de otro modo:

Es la *persecución penal de acto* la que, por lejos, mejor sujeta las pulsiones expansivas del poder punitivo estatal -que siempre tiende al despotismo y al exceso- y, por lo tanto, es esta la única forma de persecución, dentro del sistema penal, que resulta compatible con el modelo democrático y constitucional de estado. (Florian, e., 1934, p. 92)

En cambio, la *persecución penal de autor*, por su carácter represivo prácticamente sin limitaciones, es ciertamente compatible con el modelo autoritario de Estado, en donde, la lógica del enemigo es parte inherente a su razón de ser, ya que permite el desenvolvimiento en el tiempo del régimen, le da su estabilidad, a través de la cohesión interna de sus seguidores, que se identifican por carácter opuesto, en la construcción de dicho enemigo, como sostuvo Hannah Arendt en *Los orígenes del totalitarismo*.

Por todo ello, la referencia al Derecho penal de autor abriga peligros que es menester prevenir. En todo caso, se trata más bien de *persecución penal de autor*, o como propone Binder, "*política criminal de autor*, o según corresponda, se le puede denominar *legislación penal de autor*, o bien *discurso penal de autor*" (Maier, J.B.J. & Binder, A., 1995, p. 29).

Estas prevenciones semánticas no están referidas sólo a cuestiones existentes en tiempos remotos o pasados, sino lamentablemente también a situaciones que ocurren en la actualidad, pues son aún frecuentes los intentos, desde ciertos sectores políticos o mediáticos, de volver a instalar con fuerza este tipo de propuestas retrógradas e inconstitucionales.

Y es que la disputa entre un modelo de *persecución penal de acto* y un modelo de *persecución penal de autor* no se limita a la parte especial de un código penal, es decir, a la legislación penal propiamente dicha, sino que dicha dialéctica se extiende también a toda otra forma de producción legislativa -de carácter local- con pretensiones de ejercer control social, como lo han sido y siguen siendo *los edictos policiales*, o *los códigos de faltas y contravenciones*, donde muchas veces se filtran estas tendencias autoritarias, de querer sancionar penalmente situaciones, o circunstancias que no constituyen conducta.

La vigencia de tales normativas en la actualidad constituye un verdadero escándalo por su total incompatibilidad con los preceptos ya vistos, consagrados en los máximos niveles de nuestro ordenamiento jurídico que, por supuesto, incumben también a los Estados provinciales y municipales.

Y pone de resalto, la importante función político-criminal que cumple, hasta nuestros días, el concepto jurídico-penal de conducta, como primer límite importante al



poder punitivo del Estado, al marginar tempranamente esta clase de legislación, de toda pretensión punitiva estatal, que resulta incompatible con el Derecho penal.

2. Las medidas de seguridad como legislación penal de autor

En los inicios del siglo XX el discurso dominante en las ciencias penales estaba fuertemente influenciado por el positivismo criminológico, y sus teorías del estado peligroso y de la *defensa social*.

En aquel contexto histórico, el fundamento del ejercicio del poder punitivo estatal descansaba sobre la idea extendida, según la cual, la pena debía tener tres vías, la *advertencia (condena condicional)* para el delincuente ocasional; la *resocialización (condena efectiva)* para el delincuente arraigado pero recuperable; y la *inocuización (reclusión indeterminada en establecimientos especiales)* para los delincuentes por naturaleza, o de cualquier otro modo, considerados irrecuperables. El principal impulsor de este esquema punitivo fue Franz von Liszt, en la Alemania de fines del siglo XIX y comienzos del XX.

En esta misma lógica, era de rigor en aquel entonces, que además del dispositivo de la pena, que en definitiva les cabía a todos los delincuentes imputables, los Estados debían adoptar medidas de seguridad respecto de aquellos delincuentes declarados inimputables que, por sus características fisiológicas o sus inclinaciones, se consideraba de antemano que constituían un peligro para la sociedad, y así pasaban a formar parte de los llamados *delincuentes por estado*.

Más allá de los rótulos diferenciados, no hay dudas de que, desde el punto de vista material, se trata de la imposición de verdaderas penas, solo que se pretende



su aplicación sorteando la exigencia de atribución de culpabilidad, ya que se hace depender la decisión exclusivamente con base en la personalidad del autor, prácticamente sin límites que permitan una sujeción de la violencia estatal. (Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2013, p. 162)

De hecho, en Alemania, el sistema de doble vía y las medidas de seguridad no estaban previstos en el antiguo Código Penal de 1871, ni fueron receptados durante la República de Weimar (1919-1932), sino que fueron introducidos por la dictadura nacionalsocialista, por ley del 21 de noviembre de 1933, que así habilitó al sistema judicial penal a aplicar penas más allá de la culpabilidad del autor.

Al respecto, afirma Monika Frommel, que:

las víctimas seleccionadas a través de las medidas de *custodia de seguridad* durante la era nazi probablemente fueron enviadas a campos de concentración, aunque hasta hoy apenas nadie se acuerde de los llamados criminales asesinados en esos campos, ya que no se les considera víctimas del nacionalsocialismo, ni son identificados como grupo (Frommel, M., 1982, p. 623)

Ello explica también que esta *Ley contra delincuentes habituales* (de 1933) no sea considerada ni siquiera hoy como un ejemplo característico de la política criminal nacionalsocialista.

Un proceso similar se vivió en la Italia fascista (1922-1943), donde este mismo sistema de doble vía se introdujo en el Código Penal en 1930, en los artículos 199 a 240, con un detallado sistema sancionador, que partía de la premisa de calificar al autor como *socialmente peligroso*, por ser probable que cometa cualquier delito futuro, es decir, como medida de defensa social.



Al respecto, afirma Ferrajoli que "El fascismo introdujo estos horrores como instrumentos para la represión y la curación de los condenados enfermos mentales:

curación represiva o represión terapéutica, cuya naturaleza *científica* queda ilustrada, con la acostumbrada brutalidad, en la exposición de motivos del código por el ministro Arturo Rocco e incluso fue ampliada en 1931, para alcanzar también a los inhábiles para cualquier trabajo útil y que no tengan medios de subsistencia. (Ferrajoli, L., p. 783)

Aunque cueste creerlo desde nuestra perspectiva del siglo XXI, este paradigma era el vigente en todo Occidente, al menos hasta Auschwitz, donde todos estos discursos confluyeron y mostraron su peor rostro. Así y todo, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, muchos autores lo siguieron defendiendo como si nada hubiese sucedido, como se puede ver en la obra de Welzel, quien aún en 1969 seguía defendiendo este modelo en la propia Alemania, al considerar, entre los delincuentes por estado, a los *anómalos mentales peligrosos* y los *toxicómanos*.

Fue precisamente en ese año, 1969, que la encendida defensa welzeliana de dicho instituto no impidió que, finalmente, el parlamento alemán derogase dicha legislación, que así permitió desmontar finalmente todo un sistema de agravantes por razones de autor y restringió fuertemente las *medidas de corrección y seguridad* en relación con la regulación creada por el legislador nazi en 1933.

Se terminó así en Alemania con la existencia legal de la *custodia de seguridad*, otra macabra institución engendrada en el seno de las ciencias penales, gracias a la confluencia de una criminología, una teoría del delito y una teoría de la pena que, con su prestigio (supuestamente) científico, le dieron legitimidad a una política criminal que,



durante décadas, apuntó a purgar a la comunidad nacional de los *elementos peligrosos*, *dañinos*, *extraños o asociales*, a *extirpar* del seno del organismo social a sus *células defectuosas*, a ejecutar medidas activas tendientes a concretar políticas *de ortopedia social* o de *higiene racial*, y que no por nada tuvo su momento de auge durante los años de vigencia del nacionalsocialismo, como puso de resalto Jescheck en su *Tratado*.

Como se puede advertir, se trata de una ideología más propia de modelos políticos autoritarios. Es que las *medidas de seguridad* se caracterizan por no reconocer a la culpabilidad como un límite a su extensión en el tiempo y, por lo tanto, resultan incompatibles con uno de los tres pilares básicos que hacen al Derecho penal.

La incompatibilidad de las *medidas de seguridad* con las normas superiores se ha hecho aún más evidente a partir de la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Constitución Nacional. Con solo recordar algo tan elemental como que, en las medidas de seguridad, por su propia naturaleza, no rige el principio de retribución, esto es, el principio según el cual la sanción penal ha de ser consecuencia del delito. (Dayenoff, D., p. 57)

La conducta, como primer filtro de la teoría del delito, es un *comportamiento humano trascendente en el mundo exterior de un modo cognoscible*, concepto este que, por necesidades político-criminales, comprende tanto al fenómeno de la *acción* como al de la omisión, y a la vez, tanto a comportamientos *dolosos* como *imprudentes*.

Desde el punto de vista de su composición, y de acuerdo con el esquema finalista (dominante en doctrina y jurisprudencia), la conducta posee un aspecto objetivo (la modificación del mundo exterior a partir de ella) y un aspecto subjetivo (una voluntad en desenvolvimiento), por lo que se trata de un concepto *complejo*. Esta característica del



concepto de conducta (como primer filtro de la teoría del delito) explica que todo el injusto penal pase a ser *complejo* (objetivo-subjetivo).

Se pueden identificar cuatro grupos de casos de exclusión de la conducta, tres de ellas muy poco relevantes en la práctica: fuerza física irresistible, actos reflejos, ausencia de consciencia. Y uno de gran importancia político-criminal: la marginación de la posibilidad de ejercer poder punitivo frente a todas aquellas manifestaciones de *persecución penal de autor*, o de *legislación penal de autor*.

En cambio, deben considerarse conducta tanto los grupos de casos de los llamados *actos instintivos* o en *cortocircuito*, como las situaciones de *tenencia de objetos* o *cosas*, en cuyo caso, se da por superado este primer filtro de la teoría del delito.





CONCLUSIÓN

A una forma de organizar la persecución penal, tan extendida e importante en la historia de los sistemas penales, se la ha dado en llamar *Derecho penal de autor*, para diferenciarlo del más moderno y civilizado Derecho penal de acto, que es aquel en donde, para imponer un castigo penal, se requiere por parte del autor, que haya realizado una conducta tipificada en un delito.

Pero resulta imperioso, en la dogmática penal actual, abandonar esta denominación, según la cual existiría un presunto *Derecho penal de autor*. Es que si se comprende bien de qué se trata el *Derecho penal* -en tanto desarrollo pormenorizado de un conjunto de garantías constitucionales penales que sirven como dique de contención frente al poder punitivo estatal-, éste, siempre habrá de ser de acto, y nunca de autor, precisamente porque en un Estado democrático, cualquier propuesta de legislación penal que prevea el castigo por lo que alguien es y no por lo que hizo, no podría superar ni el filtro de la estricta legalidad, ni el de lesividad, ya que ambos exigen como presupuesto la realización de una conducta, así como tampoco el de culpabilidad, ante la falta de un injusto, que pueda ser objeto de reproche.

En el tipo de autor, la hipótesis normativa de desviación es simultáneamente sin acción y sin hecho ofensivo. La ley, en este caso, no prohíbe ni regula comportamientos, sino que prefigura *status* subjetivos directamente interminables: no tiene función regulativa, sino constitutiva de los presupuestos de la pena.

Es claro que, al faltar, antes incluso que la acción y el hecho, la prohibición, todas las garantías penales y procesales resultan neutralizadas. Se trata, en efecto, de una



técnica punitiva que criminaliza inmediatamente la interioridad, o peor, la identidad subjetiva del reo y que, por ello, tiene un carácter explícitamente discriminatorio, además de antiliberal.

De modo tal, que, en el marco de un Derecho penal correctamente entendido, de base constitucional, hablar de *Derecho penal de autor* constituye una franca contradicción en sus términos, un oxímoron (si es *Derecho penal* jamás podría ser de autor), mientras que hablar de Derecho penal de acto vendría a ser una redundancia o pleonismo, porque ya sabemos de antemano, que todo *Derecho penal*, siempre, necesariamente, será de acto.

En conclusión, deberíamos dejar de referirnos a ellas, no solo para adecuarlas al siglo XXI, sino porque seguir empleándolas, permitirían dejar la puerta abierta para que hoy en día -después de Auschwitz, después de la ESMA-, pudiera seguir tolerándose, en el seno del Derecho penal, presupuestos de pena que no requieran la realización de una conducta y que se satisfagan tan solo por la identificación de un autor determinado.

Si esto ocurre, se trata de un síntoma de supervivencia del modelo autoritario entre nosotros, algo que resulta inaceptable e incompatible con principios consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.



BIBLIOGRAFÍA

- Alberto Bovino, A. & Guariglia, F. (1992). Los conflictos como pertenencia. *De los delitos y de las víctimas*. Editorial Ad Hoc.
- Alonso, J. P. (2006). *Interpretación de las normas y derecho penal*. Ediciones Didot.
- Ashworth, A. (1999). Principio de derecho penal. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*.
- B. J. Maier, J. (2003). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto.
- Baumann, J. (1986). Derecho Procesal Penal. Ediciones Palma.
- Beccaria, C.(2005). *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial.
- Beling, E. (1994). Esquema de derecho penal. *La teoría del delito tipo*. Editorial Depalma.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. & Arroyo Zapatero, L. (2004). *Curso de derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Bernal del Castillo, J. (2011). *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Editorial Atelier.
- Binding, K. (1985). Manual de derecho penal. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*.
- Bovino, A. (1998). *Problemas de derecho procesal penal contemporáneo*. Editores del Puerto.
- Carrara, F. (1997). *Programa de derecho criminal. Parte Especial*. Volumen I. Editorial Temis.



- Cordero, F. (2000). *Procedimiento penal*. Editorial Temis. Bogotá.
- Creus, C. (2013). *Derecho procesal penal*. Editorial Astrea.
- Dayenoff, David. (2002). *Derecho penal. Parte general*. Editorial García Alonso.
- De La Oliva, A. (2004). *Derecho procesal penal. Centro de Estudios Ramón Areces*.
- Fenech, M. (2001). *Derecho procesal penal*. Editorial Labor.
- Ferrajoli, L. (2005). *Justicia penal y democracia*. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (1996). *Derecho y razón*. Editorial Trotta.
- Florian, E. (1934). *Elementos del derecho procesal penal*. Editorial J.M. Bosch.
- Fontán Balestra, C. (1996). *Tratado de derecho penal*. Tomo II. Editorial Abeledo-Perrot.
- Frommel, M. (1982) *Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de welzel*.
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 42.
- Gimeno, V. (2001). *Lecciones de derecho procesal penal*. Editorial Colex, S.A.
- Gómez, E. (1999). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Tomo I. Compañía Argentina de Editores.
- Hendler, Edmundo S. (2014). *Sistemas penales comparados*. Ediciones Didot.
- Huerta Ferrer, A. (1998). *La relación de causalidad en la teoría del delito*. Editorial Bosch. Barcelona.
- Jescheck, Hans-Heinrich. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Editorial Comares.
- Jiménez de Asua, G. (1988). *Tratado de derecho penal*. Tomo III. Editorial Abeledo Perrot.
- Juárez, E. & Tavares, X. (1989). *Teorías del delito*. Editorial Hammurabi.



- Landrove Díaz, G. (2000). *Introducción al derecho penal español*. Editorial Tecnos.
- Lorca, A. (1988). *Derecho procesal penal*. Editorial Tecnos.
- Maier, Julio B. J. & Binder, A. (Comp.). (1995). *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor david baigún*. Ediciones del Puerto.
- Maier, Julio B. J. (1996). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto.
- Maier, Julio B. J. (1991). La víctima y el sistema penal. *De los delitos y de las víctimas*. UNAM.
- Maier, Julio. B. J. (1989). *Derecho procesal penal argentino. Fundamentos*. Editorial Hammurabi.
- Maurach, Reinhar et al. (1995). *Derecho penal*. Tomo I. Editorial Astrea.
- Mayer, Max E. (2000). *Normas jurídicas y normas de cultura*. Editorial Hammurabi.
- Mezger, Edmundo. (1935). *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Revista de Derecho Privado.
- Muñoz Conde, F. & Luzón Peña, D. M. (1981). *Iniciación al derecho penal de hoy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Musco, E. & Fiandaca, G. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Marcial Pons.
- Naucke, Wolfgang. (2006). *Derecho penal. Una introducción*. Editorial Astrea.
- Navarro Frías, I. (2010). *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Editorial Comares.
- Navarro, P; Bouzat, A., & Esandi, L. (2001). *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación y aplicación de normas penales*. Alveroni Ediciones.



Núñez Barbero, R. (1974). *La estructuración jurídica del delito culposo, problema actual de la dogmática. Separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.*

Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2013). *Teoría de la legislación y derecho penal. En: compliance y teoría del derecho penal.* Editorial Marcial Pons.

Radbruch, G. (2019). *Historia de la criminalidad.* Ediciones Jurídicas Olejnik.

Romashkin P. (1992). *Fundamentos del derecho penal soviético.* Editorial Trotta.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general.* Tomo I. Editorial Civitas.

Sancinetti, M. (2007). *Casos de derecho penal. Parte general.* Tomo I. Editorial Hammurabi.

Sancinetti, M. (2003). *Dogmática del hecho punible y ley penal.* Editorial Ad Hoc.

Schaffstein, F. (1995). *Las enseñanzas generales del crimen en su desarrollo por la ciencia del derecho penal común.* Editorial Tirant lo Blanch.

Silva Sánchez, J. (1991). *Lecciones de derecho penal.* Ediciones Didot.

Von Liszt, F. (1999). *Tratado de derecho penal.* Tomo II. Editorial Reus.

Welzel H. (1997). *Derecho penal alemán.* Editorial Jurídica de Chile.

Wezel, H. (1975). *Causalidad y acción. Cuadernos de Los Institutos No.126. Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.*

Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de derecho penal.* Tomo III.