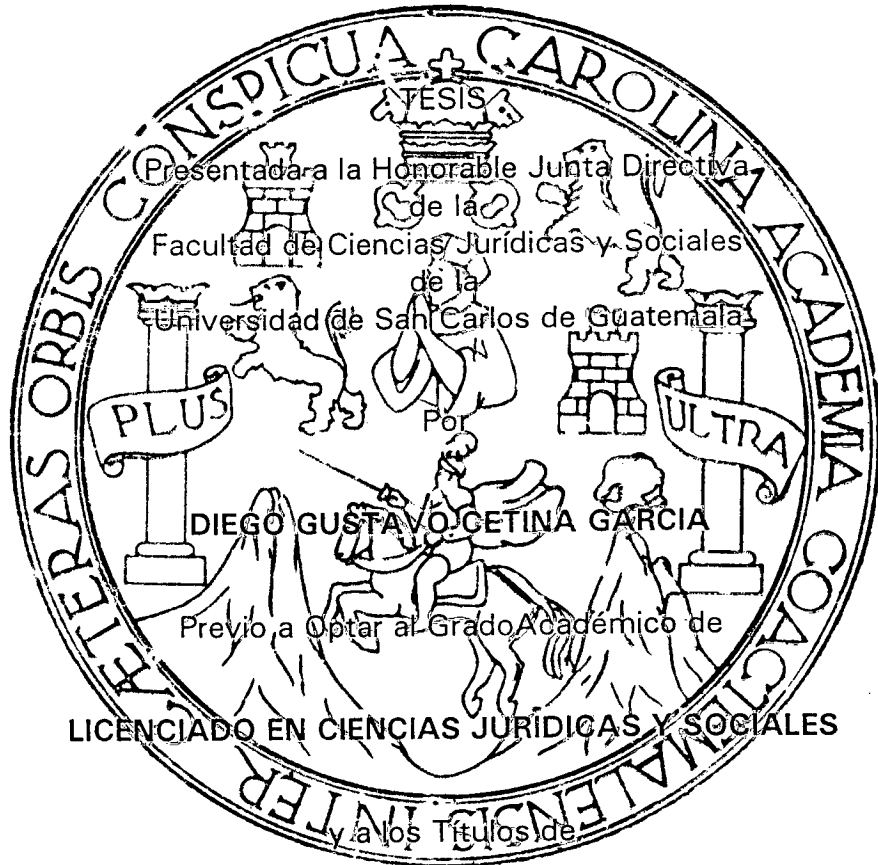


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

EL CONCEPTO FINAL DE ACCION



ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Mayo de 1997

DL
04
+(3220)

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL**

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

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



2876-94

Guatemala, 9 de septiembre de 1996

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

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

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

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

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

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

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

José F. Valásquez
Lic. José Fernando Valásquez Carrera

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



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



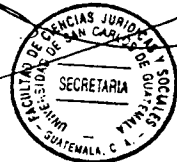
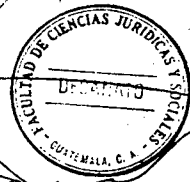
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, ocho de octubre de mil novecientos noventa y -
seis. -----

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

alhj.

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 18
Guatemala, Centroamérica



1135-97
[Handwritten signature]

Abril 15, 1997.

Licenciado:

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

Señor Decano:

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

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

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

Sin otro particular, me suscribo de Usted,

Atentamente,

[Handwritten signature]
Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
REVISOR

EEO/scgf.



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



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

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

alhi.



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

A mis padres

A la universidad de San Carlos de Guatemala

A la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

INDICE

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

El concepto de acción, tiene además de razones sistemáticas

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

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

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

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

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

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

CAPITULO I

1.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL

Se hace a continuación un esbozo histórico de la evolución del

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

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

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

1.2 El Causalismo

1.2.1 Causalismo clásico o naturalista.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

estudiaba ya como un elemento del plano subjetivo.

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

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

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

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

⁵ Jescheck op. cit. pp 275 y ss.

1.2.3 El causalismo valorativo

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

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

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

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

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

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

con la realidad óptica del mismo.

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

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

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

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

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

elementos subjetivos.

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

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

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

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

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

1.2.4 Crisis del causalismo

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

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

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

1.2.5 El concepto social de acción

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

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

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

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

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

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

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

referencia social de la conducta.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2.6 La teoría de la acción finalista

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

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

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

⁹ Maurach-Zipf op. cit. pp. 255

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

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

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

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

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

El nuevo desarrollo de la dogmática tiene por supuesto, un

¹⁰ Hans Welzel op. cit. pp. 53-54

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPITULO II

2.1 IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE ACCIÓN PARA EL DERECHO PENAL

2.1.1 Importancia política y sistemática del concepto de acción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.3 Función de delimitación

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

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

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

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

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

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

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

Las llamadas acciones pasionales o de corto circuito pueden

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

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

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

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

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

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

¹⁵ Maurach-Zipf. op. cit. I pp. 247

¹⁶ Maurach-Zipf op. cit. I pp. 247

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Mir Puig. op. cit. pp. 206

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

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

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

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

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

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

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

I La cantidad de la fuerza

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

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

II La cualidad de la fuerza

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

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

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

2.1.4 Función coordinadora y sistemática

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

¹⁹ Mir Puig op. cit. pp. 200

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

bien poco conveniente resulta para el derecho."²¹

El analizar los componentes del delito, referidos al concepto de acción, los llena de contenido, pues cuando se habla de antijuridicidad o de tipicidad la abstracción de los conceptos, presenta el peligro de olvidar o de no tener presente dentro del sistema que con la teoría se juzgan conductas humanas, éstas sí repletas de contenido. No se olvide que es el concepto de acción el que define como entra la realidad en el sistema de análisis.

2.1.5 Función clasificadora

El concepto de acción, es un instrumento útil en todas las formas de aparición del delito, en delitos comisivos u omisivos, culposos o dolosos. Pues como señala Zaffaroni la conducta, puede ser considerada: presupuesto del delito, entendida como su genero.²² Al grado que Welzel le da al concepto acción final carácter constitutivo, de las propias normas del derecho penal. Pues las normas penales (el derecho en general) no pueden dirigirse a hechos de la naturaleza, sino a acciones y solo a acciones humanas. En palabras de Welzel: " Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino solo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir un conducta final."²³

Es posible, afirmar, que en toda figura delictiva la acción es un elemento constante. La forma de la acción dará características generales a los delitos: delitos de consumación instantánea, de acción permanente y continuados; materiales o de resultado, formales y de pura actividad; de daño y peligro; y la clasificación mas inmediata, la de acciones comisivas, omisivas y de comisión por omisión.

De consumación instantánea: en este tipo de delitos la acción que los consuma se perfecciona en un solo momento, en este tipo de delitos la ley contiene la expresiones para indicar la acción consumativa. No debe darse confusión, no obstante, en el sentido de que no es el carácter físicamente instantáneo el que da esta clasificación, ya que existen delitos instantáneos cuya realización física no es necesaria simultáneamente.

²¹ Fernández op. cit. II pp. 135

²² Para más información, relacionada con los componentes como presupuestos del delito, consultese Zaffaroni op. cit. III pp.43 y ss

²³ Welzel op. cit. pp. 56

Un ejemplo claro lo constituye el homicidio: Artículo 123 Comete homicidio quien diere muerte a alguna persona...

Muchas veces las lesiones que producen la muerte, constituyen un hecho distinto del de la muerte misma (siempre que el período entre las lesiones y la muerte carezcan de relevancia para el derecho) ya que la ley lo que castiga es matar, el hecho consumativo que señala el tipo se produce solo en un instante, el homicidio por cualquier medio, es instantáneo. El hurto es un delito, también de carácter instantáneo, que consiste en apoderarse de algo ajeno, el estado antijurídico del hurto permanece sin embargo aún después de que se ha dado el apoderamiento, puede entonces también ser considerado delito permanente. Las características, la de instantaneidad y permanencia en este caso, no las dan los efectos que causa, sino la naturaleza de la acción.

Delitos permanentes: Se esta en presencia de un delito de naturaleza permanente, cuando la acción que lo constituye, permite que pueda hacerse durar o prolongarse en el tiempo a voluntad, de manera que sea transgresora del derecho, en cada uno de los momentos del lapso que dura. Ejemplo de este tipo de acciones lo constituye por ejemplo el delito, contenido en el artículo 335 del Código Penal:

" Quien, sin título o causa legítima, ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario, atribuyéndose carácter oficial..."

En el citado ejemplo, ejercer, indica el delito en sí y señala un acción prolongada en el tiempo.

Las clasificaciones anotadas, es decir de instantaneidad y permanencia, tienen diversa e importante implicación práctica, como sucede en el caso de las causas de justificación. Es posible ejercer la defensa legítima, en los delitos permanentes, durante toda la duración de la acción permanente. Situación que no existe en los delitos instantáneos.

Es igualmente importante, conocer el cese de la acción de un delito para los efectos del computo de la prescripción. Los grados de la participación (autoría, encubrimiento, complicidad) en el delito, es un tema relacionado. Dependerá de las características de instantáneo o permanente, la calificación de la participación de terceros, en los actos posteriores a la acción inicial. A lo sumo, quien participe en un delito instantáneo será encubridor, por otro lado, será: coautor o cómplice, quien participe durante la permanencia, puesto que participa en la consumación.

Delitos continuados: existe delito continuado cuando una serie de acciones iguales violatorias de un mismo bien jurídico, se ejecutan con unidad de resolución, es decir hacia un mismo fin, sin que la repetición de acciones no conduzca al concurso de delitos, que es otro problema.

Delitos materiales o de resultado: Estos exigen para su consumación la realización de un resultado externo, como resultado de la acción del sujeto de delito. Este resultado debe significar, no obstante, un hecho distinto de la acción, el resultado significa la concreta violación del bien jurídico. Tal es el caso del asesinato que se consuma con la muerte o de violación que se consuma con el acceso carnal.

Delitos materiales o de resultado y formales: Los delitos materiales exigen para su consumación, la producción de un resultado externo a la acción, que aunque guarda un vínculo de causalidad con esta, es no obstante un hecho distinto y posterior; que por lo regular representa la efectiva violación del bien jurídico.

Los delitos formales, requieren para su consumación la simple acción descrita en el tipo, sin la necesidad de la producción de un resultado al menos como hecho físico distinto. De este tipo es por ejemplo, el delito de Injuria: " Es injuria toda expresión o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona..."; el delito se consuma al vertir una expresión o ejecutar la acción descrita en el tipo. No importa, al menos legalmente, el alcance concreto de la acción típica. Por supuesto no quiere decir esto que estos delitos no causen lesión (resultado), lesión por lo menos abstracta de la norma.

Entre los delitos formales, están incluidos también los llamados delitos de peligro, en estos no se exige la violación de un derecho subjetivo determinado, como en la injuria (formal) o el homicidio (de resultado). Basta en estos el simple hecho de, con acciones determinadas, poner en peligro el bien jurídico al que el derecho subjetivo está ligado. Delitos en los que el daño latente al derecho, es suficiente para su consumación. Delitos que se constituyen o consuman con la realización de la acción típica. La acción contenida en el artículo 154 del Código Penal, es un buen ejemplo: " Quien abandonare a un niño menor de diez años o a una persona incapaz de valerse por sí misma, que estuviere bajo su cuidado o custodia, será sancionado con prisión de seis meses a tres años. "

Delitos de comisión, de omisión y de comisión por omisión: El delito de comisión son aquellos en los cuales el objeto de la prohibición de un hecho positivo, de modo que la circunstancia o evento consumativo es el resultado de una conducta.

Los llamados delitos de omisión, el objeto prohibido es una abstención. Puede deslindarse la diferencia en su formulación. En el primer supuesto la norma es prohibitiva, por ejemplo: no robar, el precepto está formulado en forma positiva, el que sustrajere. En el segundo supuesto la norma es imperativa: el funcionado está obligado a denunciar los delitos de los que tiene conocimiento, el precepto, dejare de denunciar. Estos últimos son los delitos de

omisión, el delito consiste precisamente en dejar de hacer.

No debe confundir, la formulación y reducirlo al simplismo, definiendo los delitos de comisión como aquellos que se cometen haciendo y de omisión los que se cometen dejando de hacer. Como señala S. Soler: " No es la forma física de la acción lo que caracteriza a uno y otro delito, sino la forma jurídica del precepto violado. Por ello es que existe una categoría intermedia de hechos, en la cual es necesario incluir aquellos hechos que, consistiendo en un resultado positivo, éste, sin embargo, no es imputable a un no hacer sino a un omitir: son los delitos llamados de comisión por omisión. Estos delitos, como su nombre los indica, son verdaderos delitos de comisión, pero a cuyo resultado es posible llegar absteniéndose u omitiendo. El tradicional ejemplo es el de la madre que mata a su hijo no suministrándole alimento. La diferencia entre este delito y uno de simple omisión es palmaria, si se tiene presente que en el ejemplo citado lo que se imputa a la madre es haber dado muerte al hijo, es decir, un resultado positivo, en el cual la omisión no es mas que un medio para lograrlo."²⁴ En los puros delitos de omisión, la actitud omisiva es esencial, es la cuestión del no hacer lo que se imputa.

2.2 El derecho penal de autor

El derecho penal, es derecho penal de acción o de acto, cuando la ley punitiva se ocupa de lo que el hombre hace y no de lo que el hombre es. Al derecho penal de acción le interesa como el hombre se conduce en la sociedad, en su medio; no indaga sobre la forma de ser de las personas, su personalidad, sus hábitos y fundamentalmente su pensamiento.

La idea del derecho penal de acto, sigue siendo un principio no del todo logrado en las legislaciones. En el caso de Guatemala, dentro de las normas que fijan las reglas para la aplicación de la penas, es posible observar, enunciados que tienen su raíces en posturas formadas dentro de la doctrina del derecho penal de autor. Una muestra clara de esto, son algunas de las circunstancias que el juez debe tener en cuenta, para determinar la pena. El artículo 65 del Código Penal, indica que para establecer los límites de la pena a imponer, debe tenerse en cuenta: la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales. Están en buena medida, influenciadas o inspiradas por la ideología del derecho penal de autor, regularmente lo relacionado a la aplicación de las medidas de seguridad y lo relativo a la determinación del estado peligroso.

Puede decirse, que la tendencia del derecho penal moderno, es hacia el derecho penal de acción y salvo las desviaciones como las

²⁴ Sebastian Soler. Derecho Penal Argentino. Tomo I. pp. 283

mencionadas, tal es el caso de Guatemala. El derecho penal de acción o de acto, llamado, derecho penal " de hecho " como lo menciona Jürgen Baumann: " a) A pesar de todas las modificaciones, el derecho en vigor es, por su esencia, derecho penal del hecho. En primer plano figura el hecho cometido por el autor, el resultado perteneciente al mundo exterior de la lesión del bien jurídico " - adelante, advierte Baumann: "... Como derecho penal de autor podría definirse un derecho penal en que esta en primer plano la peculiaridad del autor y que también proporciona el criterio fundamental para graduar la pena. Un extremo derecho penal de autor (derecho penal de sentimiento) tendría que erigir la peculiaridad del autor también en causa de la pena e incluso en punto de partida de la pena. "²⁵

Como se señaló, dentro de la legislación nacional, la garantía, de que las reacciones penales, se basan en actos o en conductas, tiene fuerte cimiento legal. Claramente, en el artículo 10. del Código Penal, se señala: "Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración;"; en el artículo 10, se remarca de nuevo: " Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidas al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión... "; En el artículo sobre desistimiento se indica: "Cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo..."; de igual forma la norma sobre tentativa esta inspirada en el mismo principio: "Hay tentativa cuando con el fin de cometer un delito , se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos..."; La primacia del principio de hecho, puede además detectarse, en lo relacionado con las causas de justificación y en las causas de inculpabilidad.

El principio de "derecho penal de acción o del hecho", es también base de la dogmática procesal penal y del derecho procesal penal en general. Es discutible, sin embargo, el alcance real que el principio tiene ya en el desarrollo del proceso penal, el artículo 65 del Código Penal, ya citado es buena muestra de esto. En este sentido el Código Procesal, permite al tribunal previa solicitud del acusador o del defensor, pedir la división del debate, para poder discutir, primero cuestiones de culpabilidad y luego consideraciones sobre determinación de la penas y medidas de seguridad. En otras palabras, se discute sobre, la mayor o menor peligrosidad del culpable y sus antecedentes personales. Eso sí, luego de discutir sobre conductas y hechos pasados y probados.

Pese a estas importantes excepciones, puede argumentarse que el principio de acto o de hecho, corre, dentro del derecho procesal penal. La conducta es parte de su propia estructura y base del

²⁵ Jürgen Baumann. Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema pp. 25

mismo. J. Maier lo considera presupuesto del principio de Defensa, al respecto dice: " b) Imputación necesaria.- En primer lugar, para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho o haber omitido hacer, en el mundo fáctico, con significado en el mundo jurídico, lo que en materia procesal penal se conoce como imputación." Luego agrega el autor argentino: " El núcleo de esa imputación es, según ya pudo observarse, una hipótesis fáctica - acción u omisión según se sostenga que lesiona una prohibición o un mandato del orden jurídico- atribuida al imputado, la cual, a juicio de quien la formula, conduce a consecuencias jurídico-penales, pues contiene todos los elementos, conforme a la ley penal, de un hecho punible. La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídicopenal a la que pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que se afirman, guían también a evitar la consecuencia o reducirla."²⁶ Así en las legislaciones procesales actuales, el hecho, es uno de los pilares de todo el proceso. Tal es el caso de Guatemala, de la que es posible traer aquí, varios ejemplos.

En el artículo 2 del Decreto 51-92 Código Procesal Penal, se dice: " No hay proceso sin ley. (Nullum proceso sine lege). No podrá iniciarse ni tramitarse denuncia o querrela, sino por actos u omisiones calificados como delitos o faltas por una ley anterior. Sin ese presupuesto, es nulo lo actuado e induce responsabilidad del tribunal. " Responden a este principio, además, los artículos 5 y 6, cuyas reglas, respectivamente son: -Sólo después de cometido un hecho señalado como delito o falta y de las circunstancias en que pudo ser cometido-; -Sólo después de cometido un hecho punible se iniciará proceso por el mismo.

El principio de acto, constituye uno de los requisitos de la llamada "prohibición de persecución penal múltiple " (Ne bis in idem), al respecto Maier, describe tres requisitos generales, a tomar en cuenta, para develar cuando se viola el citado principio, es decir cuando existe persecución penal múltiple. Señala el profesor argentino: "Los juristas a fin de responder analíticamente a los problemas que el principio plantea, han requerido la conjunción de tres identidades distintas para dar solución abstracta a la infinidad de casos posibles. Ellas son, mencionadas en latín: eadem persona (identidad de persona perseguida), eadem res (identidad del objeto de la persecución) y eadem causa petendi (identidad de la causa de la persecución."²⁷ Posteriormente el

²⁶ Julio B. J. Maier Derecho Procesal Penal Argentino tomo I vol. b pp. 317 y 318.

²⁷ Maier op. cit. I b pp. 376

mismo autor, indica: " c) Identidad objetiva.- I. Empero, según se advirtió y como se comprende sin esfuerzo, la mera identidad personal no es suficiente. Para que la regla funcione y produzca su efecto impidiendo característico, la imputación tiene que ser idéntica, y la imputación es idéntica cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona (identidad del objeto=eadem res).²⁸ El artículo 17 del Código Procesal Penal contiene, el citado principio: "Unica persecución. Nadie debe ser perseguido penalmente más de un vez por el mismo hecho...".

El acto o hecho que se persigue, es una de las piezas fundamentales del juicio, es por ello que la disposición relacionada a la acusación señala tal requisito como sustancial. En los términos siguientes: Artículo 332. Acusación. Con la petición de apertura se formulará la acusación, que deberá contener:... 2) La relación clara, precisa y circunstancias del hecho punible que se le atribuye y su calificación." El juicio será siempre sobre un hecho.

La prevalencia de criterios de derecho penal de autor o de derecho penal de hecho, es resultado, de cuestiones jurídicas, vinculadas directamente con la naturaleza, para unos teóricos, o, función, para otros, del sistema penal en general. En otras palabras, la concepción de derecho penal de acción, sintetiza toda una gama de principios políticos y requisitos técnicos que la misma ciencia penal ha desarrollado.

El derecho penal de acto es pues una exigencia política del Estado Democrático de Derecho y un mecanismo necesario para el funcionamiento coherente y garantizador del sistema penal, pues el concepto responde a las exigencias esenciales del derecho penal.

Carácter de exterioridad del derecho penal y acción: dentro del interés de las disciplinas jurídicas, por lo general, son irrelevantes los actos del fuero interno, que no se manifiestan de manera alguna en el entorno social, en el entorno físico. Ya el siglo pasado, en Pisa, Francesco Carrara (y desde una fundamentación cristiano-católica), decía: "Para que un acto pueda ser políticamente imputable, no basta que lo sea desde el punto de vista moral, no que sea en sí malvado, según el precepto moral. Es menester, además, que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso. Esto se sigue del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y de declararlas delito, se atribuye a la autoridad social como medio de mera defensa del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno. Y como no es posible que la agresión al derecho tenga ni siquiera un principio de ejecución sin un acto exterior por ello cualquier represión dirigida contra los meros actos internos carecerá del fundamento necesario para su legitimidad, porque no la

²⁸ Maier op. cit. I b pp. 380

requiere la necesidad de la defensa del derecho. Castigar los pensamientos es la formula común para designar el apogeo de la tiranía." Luego el profesor italiano, concluye: "Así como en un tiempo el derecho criminal bastardeó de su verdadera índole, bajo los gobiernos teocráticos, por la confusión del pecado con el delito, así también degeneró bajo otros gobiernos por la confusión del vicio con el delito."²⁹

La exigencia de exterioridad, la necesidad de trascendencia al mundo físico exterior y la exclusión del interés del derecho de los "actos" internos, es común ya desde el siglo dieciocho, a todas las ramas del derecho y al derecho penal en especial.

Soler argumentaba, que la mencionada filosofía del siglo dieciocho cimento: "...una de las características mas acentuadas de nuestro derecho penal..., consiste en que esa negación de un valor socialmente reconocido, para entrar en el área del derecho penal, debe reunir cierta característica de exterioridad". El derecho no es un puro orden lógico o ético; los hechos que el derecho estima como valores son, antes que nada, hechos del mundo exterior, objetos importantes para la vida social, intereses colectivos, y por eso se llaman bienes jurídicos o intereses jurídicos."³⁰

A lo anterior debe agregarse que, nunca el derecho debe pretender imponer un modelo moralizante. Su razón es, como dice Soler, proteger bienes jurídicos, carece de legitimación para dirigirse a fenómenos internos. Debe dirigirse a fenómenos externos a efectiva lesión de bienes jurídicos, en palabras del profesor cordobés: "La violación de la norma no es, pues, una destrucción de ella, sino una destrucción de aquello que la norma quería que ocurriese: la violación ocurre en el mundo del ser; es la destrucción o la disminución de un bien, no de una norma, la norma es invulnerable."³¹ Y es esta idea de exterioridad la que a su vez fundamenta al concepto mismo de acción, el mismo, debe ser necesariamente ontológico.

La acción no es, sin embargo, un hecho meramente objetivo, tiene necesariamente, aspectos subjetivos, de gran utilidad práctica (piensese por ejemplo en las causas excluyentes de la acción, que trata la dogmática penal). La cuestión de la subjetividad será tratada posteriormente.

Actualmente, es aceptada, casi con generalidad, la

²⁹ Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte General Volumen I pp. 38 y 39.

³⁰ Soler op. cit. I pp. 39

³¹ Soler op. cit. I pp. 39 y 40.

fundamentación del concepto de acción desde dos perspectivas, una dogmático penal- es decir la acción como un elemento indispensable de la teoría del delito. Y la otra -como síntesis, de un conjunto de principios políticos fundamentales del Estado de Derecho. Luigi Ferrajoli, en "Derecho y Razón", destaca con lucidez, las perspectivas señaladas y da a las mismas una fundamentación garantista.

Para Ferrajoli, entre otras ideas, la de acción, responde a claros postulados de política-jurídica, definidos extensamente desde la ilustración. Y señala como principales, al principio de separación entre el derecho y la moral y al influjo de la filosofía utilitaria en el derecho.

Dice Ferrajoli, citando a Samuel Pufendorf y a C. Tomasio: "Ante todo esta el criterio de utilidad: sólo las acciones externas y no los <<actos internos>>, esto es, los pensamientos y las intenciones, al igual que los <<vicios>> y la <<maldad de ánimo>>, no son perjudiciales para nadie y nadie esta interesado en su punición ni se preocupa por vengarlos." Afirma luego L. Ferrajoli, que debe existir una necesaria conexión entre la acción y el resultado, conexión que se encarga de desarrollar la dogmática del siglo dieciocho, configurando el llamado "elemento objetivo" y la idea de efectiva lesión del resultado o daño causado por la acción. La materialidad de la acción es así requisito necesario para la dañosidad. Excluyéndose así los hechos resultado de casos fortuitos. No tiene ninguna utilidad prohibir actos internos, pues estos no ocasionan una efectiva lesión. La función preventiva de la pena en estos actos, no tiene, sentido alguno.

El otro fundamento señalado por Ferrajoli, es la que él llama, herencia ilustrada, de separar Derecho y Moral (separación a la que el autor designa como, principio axiológico). Así, resalta el autor italiano, que los teóricos laicos de la Ilustración, sostuvieron la necesaria separación entre derecho y moral, con la conocida argumentación de que: " No todos los pecados deben ser prohibidos, ya que no es tarea del derecho sancionar o imponer la moral." Luego, continúa Ferrajoli: "Esta tesis encuentra en los principios de exterioridad de los actos susceptibles de prohibición penal y de reserva de los actos internos al dominio específico y exclusivo de la moral sus dos corolarios más relevantes política y éticamente. De hecho, si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho moral a la inmoralidad es quizá el principio, más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno."³²

La acción y la subjetividad: el enfatizar tanto sobre la

³² Luigi Ferrajoli Derecho y Razón pp. 481

objetividad de la acción, no debe no obstante, llevar a confusión, pues efectivamente, una acción cuenta con una carga subjetiva de gran importancia. Uno de los principales logros de la teoría finalista, ha sido delimitar, hasta donde, la subjetividad es importante para reprochar a un sujeto su proceder.

En efecto, una acción para ser tal, debe tener fundamento en la voluntad, pero solo voluntad que de alguna manera tiene efectos externos. La sustancia de los actos jurídicos en general, tiene fundamento en la voluntad, cuestión en la que existe, al menos en la teoría del derecho occidental, acuerdo general.³⁴ Si un acto carece de voluntad, no es objeto de regulación jurídica, mucho menos objeto del derecho penal, parte del ordenamiento jurídico, que debe tener siempre en cuenta, el principio de ultima ratio, o sea el de mínima intervención punitiva del Estado.³⁵ Es este aspecto subjetivo, al que penalistas clásicos llamarán "voluntariedad" término acuñado para el derecho penal por F. von Liszt, el que define a la acción, y se convierte a su vez en un límite para imputar responsabilidad, ya que el mismo hace que se tomen como acciones, los actos manejados por las instancias psíquicas superiores de la personalidad, como señala Fernández Carrasquilla.³⁶

Es conveniente, hacer énfasis sobre el alcance de la subjetividad. Esa cantidad de los elementos psíquicos necesarios, misma que Fernández C. califica como "coeficiente psíquico mínimo", no debe confundirse con la culpabilidad. Este psiquismo necesario debe reducirse a la voluntad del acto, que en su momento quedara excluida por una razón de involuntabilidad.

CAPITULO III

3.1 CRÍTICAS AL CONCEPTO DE ACCIÓN

Para la mayoría de causalistas, finalistas y representantes de la teoría social, la acción forma parte del sistema del hecho

³³ Se utiliza aquí el termino -subjetividad- como interioridad del autor.

³⁴ Confrontar, especialmente la obra histórico-jurídica de Hans Hatenhauer, en lo referido al desarrollo de la teoría del acto jurídico, en " Conceptos fundamentales de Derecho Civil".

³⁵ Sobre el principio de ultima ratio, consultar: Santiago Mir Puig op. cit.

³⁶ Fernández op. cit. II pp. 24

punible, existen no obstante posiciones, que dentro de su análisis diluyen la significancia de esta o le niegan totalmente relevancia alguna.

Para algunos el papel fundamental dentro de la teoría del delito lo desempeña la tipicidad o el tipo, estas posiciones influenciadas por el neo-kantismo, en el sentido de que si es el derecho el que crea las conductas típicas o es el derecho (el tipo) el que construye el concepto de acción típica que le interesa. Fue esta la postura de Gustav Radbruch, de quien Zaffaroni dice: "Radbruch revisó su concepción de la acción en 1930 e introdujo en la dogmática moderna la idea de que el papel básico lo desempeña el tipo... Radbruch introduce la afirmación de que" el concepto fundamental de la teoría del delito no es la acción sino la realización del tipo."³⁷ Esto lo decía, Radbruch, dentro del contexto de la discusión sobre el alcance del concepto de acción referido a hechos de acción y comisión, pero sirvió igualmente para reforzar las ideas de inclusión de la acción en el tipo.

Otro autor importante, que perfiló su teoría con estas características, fue Helmut von Weber, el profesor alemán sostenía: "...hay tipos que con su verbo nuclear requieren una actividad final, pero hay otros en los que se demanda la producción de un resultado y ambos no pueden cubrirse con el puro concepto finalista ni con el de la teoría causalista, es decir que en unos, habrá que manejar un concepto de acción y en otros otro. Considera que la cuestión de la omisión no debe tratarse en el plano de la causalidad, sino en el requerimiento típico..." continúa Radbruch, ejemplificando: "... la madre tanto mata su niño si le coloca una almohada en la cabeza como si no se la quita, lo que implica la equivalencia de ambas conductas para el tipo. También afirma que en ocasiones resultan típicas conductas reflejas, como la risa en la injuria" termina G. Radbruch, diciendo: "... que el derecho penal debe manejarse con un concepto de conducta que abarque todos estos supuestos y que no puede ser el final, ni el causal ni el social, sino un concepto elaborado en cada supuesto a partir de los requerimientos típicos."³⁸ De ello que von Weber sostiene la acción desde lo que dice el tipo, negando así a ésta su carácter ontológico.

Otra construcción importante, que rechaza el concepto de acción, es la elaborada por Schmidhäuser, para él lo más importante del sistema del hecho punible, son el injusto y la culpabilidad. Citado por Zaffaroni, expone: "La sistemática de los caracteres del delito se establece conforme al objetivo de los esfuerzos sistemáticos. Este objetivo del orden de las características generales del delito sólo puede ser la real aplicación del derecho,

³⁷ Zaffaroni op. cit. I pp. 123

³⁸ Zaffaroni op. cit. pp. 123 y 124

lo que implica que siempre habrá que preguntar a la consecuencia jurídica de la pena si a ella y a su orden se dirige la característica del delito. En este sentido se habla en los siguientes capítulos de una decidida sistemática teleológica de los caracteres del delito.³⁹ Entiende a la acción como un movimiento meramente físico o corporal voluntario, que afecta un bien jurídico, con esto Schmidhäuser no sale del círculo del causalismo, aunque conciba todo el sistema teleológicamente.

La crítica más importante en los últimos años al concepto de acción, es la vertida por Claus Roxin, contenida en una conferencia, pronunciada en los años sesenta, en la escuela de derecho de Hamburgo, que tiene repercusiones aún hoy.

En su disertación, Roxin, propone, como método expositivo, el dar respuesta a tres preguntas, en las cuales fija, la posición del autor mencionado en torno al concepto de acción.

Se pregunta C. Roxin: "1a. ¿Por qué antes no podía obtener una influencia decisiva el concepto jurídico penal de acción?; 2a. ¿Cuáles son las causas de que haya conseguido su actual posición central y su fuerza de irradiación incluso sobre otros campos del derecho?;⁴⁰ y la tercera que puede ser formulada en estos términos: ¿Cuál es la capacidad de rendimiento del concepto?

A la primera interrogante, responde con los siguientes argumentos: desde Radbruch, el fin de la teoría de la acción, ha tenido como objetivo elaborar un concepto que sea aplicable tanto a delitos dolosos como culposos, lo que implica en palabras de Roxin: "Que no sirve absolutamente para nada fuera del derecho penal."⁴¹

Roxin dice, que el concepto de acción nace necesariamente de la ley. Pues todos los conceptos son derivables de la ley positiva. Roxin: "... y no puede ser de otro modo, porque tal concepto se obtiene mediante abstracción de la diversas manifestaciones de la conducta punible, por lo cual permanece unido a ellas. Si por ejemplo, el legislador sacara fuera del campo del derecho penal los delitos culposos, inmediatamente tendría que modificar el concepto de acción."⁴² Otro argumento de Roxin, es el de que el concepto de acción del derecho penal es irrelevante en otras disciplinas jurídicas, pues dentro del campo del derecho civil y del derecho público existen conductas que pueden llegar a tener consecuencias

³⁹ Zaffaroni op. cit. pp. 125

⁴⁰ Claus Roxin. Problemas Básicos del Derecho Penal. pp. 84

⁴¹ Roxin op. cit. pp 85

⁴² Roxin. op. cit. pp. 85

dentro de estos ámbitos y sin embargo ninguna en el campo jurídicopenal. Así, el autor señala: "2o...incluso dentro del campo del derecho penal sólo tiene escasa importancia teórica y carece totalmente de importancia práctica."⁴³ Añade, que el concepto de acción, no tiene realmente un uso práctico, pues no importa, según él, el concepto que se use: "movimiento corporal voluntario", "causación de modificaciones en el mundo exterior" o "comportamiento socialmente relevante, todas estas, no sirven de nada. "De ellos no se puede deducir nada que no se supiera ya anteriormente; y no podía ser de otro modo, porque el producto de un proceso de abstracción nunca puede ser más que su sustrato".⁴⁴ Da Roxin, al concepto de acción, un valor meramente -estético arquitectónico- pues los sistemas pueden funcionar sin él, tal el caso del desarrollado por Gustav Radbruch.

A la segunda interrogante, responde Roxin, más o menos en estos términos. Señala: que la teoría final de acción, es un concepto extra legal no una "...abstracción de los tipos penales regulados legalmente"⁴⁵ Es un concepto que engloba en sí, la ontología de la acción. Al punto que Roxin dice: "...en lugar de vincular el concepto de acción a la ley, esta teoría quiere vincular al legislador en cuanto regule acciones humanas, a su concepto de acción prejurídico."⁴⁶ Esta característica, es una de las que los han hecho dominante, pues implica que pueda usarse en todos los campos del derecho, de hecho ha sido adoptado por algunos civilistas. Agrega Roxin, que esta idea no solo ha tenido consecuencias teóricas como la señalada arriba sino y principalmente, pretendidas consecuencias prácticas, incluso usadas en el derecho civil. De la cuales, resalta las más importantes, para así dar respuesta a la segunda interrogante planteada, ¿Cuáles son las causas de que haya conseguido su actual posición central y su fuerza de irradiación incluso sobre otros campos del derecho?

Roxin, expone varias críticas. Una de las fundamentales, consiste en afirmar que el concepto mismo de acción final, es falso ontológicamente. Argumenta: "Pues bien ¿por qué no ha de estar establecida ontológicamente la esencia de la finalidad? Mi respuesta es la siguiente: porque los fenómenos jurídicos no son meros procesos causales y, por ello, su control no basta para convertir un suceso en acción en el sentido de esa teoría. Es cierto que ello sería posible desde un punto de vista puramente científico-natural; pero hay un viejo ejemplo que la mayoría de las veces se aduce para reducir al concepto naturalista de acción: la

⁴³ Roxin op. cit. pp. 85

⁴⁴ Roxin op. cit. pp. 86

⁴⁵ Roxin. op. cit. pp. 86

⁴⁶ Roxin. op. cit. pp. 87

definición de la injuria como puesta en movimiento de ondas sonoras y como causación de excitaciones sensoriales en el oído del afectado. Esto es ridículo, ciertamente: pero ¿acaso sería menos ridículo querer caracterizar la acción de la injuria como supradeterminación final de ondas sonoras tendente a producir sacudidas del tímpano? Si se considera absurda una cosa así -lo que hará incluso cualquier finalista-, habrá que admitir que en los fenómenos jurídicos hay contenidos de significación social que no se pueden entender como control de factores causales."

Roxin esconde en su razonamiento la cuestión principal, pues la concepción del finalismo trata de descubrir las acciones tal como son en el acontecer, la relevancia para el derecho de estas es cuestión de la tipicidad. Situación que no es parte del análisis del autor. Roxin no sale nunca del círculo que le marca la tipicidad, para él ésta llena de contenido y de finalidad. Es la ley la que llena de importancia la acción del hombre. Es importante la posición de Zaffaroni en este punto: "si el legislador no toma en cuenta ningún contenido de sentido, ¿quiere ello significar que hay acciones sin contenido de sentido? La respuesta de Roxin debería ser afirmativa, puesto que la crítica al finalismo finca en que eventualmente el legislador los toma en cuenta. Llega Roxin a afirmar que cuando el contenido de sentido de una acción permanece oculto para su autor, es coherente negar la existencia de finalidad en la misma. Esto revela claramente el carácter idealista de su planteamiento: cuando la acción no tiene el fin típico, no tiene fin alguno."⁴⁷

Con esta idea Roxin no invalida por supuesto el concepto finalista, sino todo los otros, como elemento previo a la tipicidad. En última instancia, trabaja sin un concepto ontológico de acción. Como bien dice Zaffaroni en sentido general, la labor de Roxin ha sido la de desarrollar las ideas de von Weber.

Las teorías críticas del concepto de acción y las que particularmente niegan el concepto finalista, son producto de concepciones idealistas, que tienden a alejar al jurista de la realidad, situación especialmente peligrosa en el plano de la dogmática penal, en la que debido a la abstracción de la misma, este peligro es frecuente. Por el contrario, el realismo de la teoría final, acerca al derecho penal al mundo real y contribuye a que la discusión dogmática no olvide que tras las discusiones de interpretaciones normativas, están los conflictos y el actuar de seres humanos.

Es no obstante el contenido político del concepto de acción, el que le da su principal importancia, pues posibilita en mejor forma la visión dogmática desde una perspectiva político criminal.

⁴⁷ Zaffaroni op. cit. III pp. 126 y 127

CAPITULO IV

4.1 ACCIÓN EN EL DERECHO PENAL GUATEMALTECO

El tema de la acción en el derecho penal, ha sido objeto de escaso interés, para los investigadores nacionales de esta disciplina jurídica. En la mayoría de trabajos, el tema es tratado en sus aspectos básicos. Salvo la obra de Julio Eduardo Arango Escobar "Las sistemáticas causalistas y finalistas en el derecho penal" importante monografía sobre el desarrollo histórico del tema en la dogmática europea, no existen estudios específicos sobre la cuestión objeto de esta tesis.

Es posible no obstante, esbozar el desarrollo teórico de la acción en Guatemala en el presente siglo, esbozo limitado dada la dificultad de acceso a la bibliografía que el medio presenta, haciendo en lo posible la justa contextualización, de las ideas y posiciones que sobre el problema se exponen.

En Guatemala, como en muchos de los países de Latinoamérica, se ha sufrido un rezago teórico, en cuanto a la mayoría de discusiones científicas importantes en gran cantidad de temas de interés jurídico y, la discusión sobre el concepto de acción no ha sido la excepción. Debido a esto, es posible encontrar en casi la totalidad de la bibliografía nacional, concepciones fundadas en la más clara tendencia causalista, sumada a esta en algunos, una definida posición positivista desde el punto de vista criminológico.

En los años treinta, el profesor Oscar Zeceña publica su obra, "Derecho Penal Moderno", en el mismo dice: "Delito es el acto opuesto al derecho, causado contra las personas o las cosas y regularmente sancionado por la ley"⁴⁸, y pasa de inmediato a aclarar los conceptos de su definición. Zeceña concibe al derecho penal, como derecho penal de acto, dentro de una tendencia objetivista, así expone: "Digo que el delito es el acto, porque ello quiere decir hecho, o sea, según el lenguaje jurídico, <<la objetividad material de la acción>>. Omito apuntar que delito sea la acción u omisión, teniendo en cuenta que modernamente la palabra hecho comprende dos especies: la comisión... y la omisión... y en consecuencia basta con sólo consignar en la definición acto, para comprender la relación eficiente de todas las intervenciones u omisiones personales en el mundo exterior. Opuesto al derecho, es decir, antijurídico."⁴⁹

⁴⁸ Zeceña Oscar. Derecho Penal Moderno pp. 94

⁴⁹ Zeceña Oscar op. cit. pp. 94

Posteriormente, el autor señala: "A la inversa de lo anterior: siendo los hombres los que hacen las leyes, estas sufren modificaciones sin cesar, a medida que evolucionan las costumbres, pudiendo ocurrir actos, causados contra las personas o las cosas, que no entren dentro del marco de la disciplina penal". Zeceña aquí, define al acto, como un concepto prejudicial, necesariamente previo a su tipificación. Las ideas de Zeceña, están vinculadas con las viejas doctrinas de la responsabilidad objetiva, pues en su libro indica, que omite definir que el delito sea un acto voluntario, pues estos no siempre son hechos concebidos por el delincuente.

En la parte del manual referida a los Delitos de Acción y de Omisión, señala: "...la acción, <<consiste en un movimiento físico del individuo, conducente a producir un cambio o modificación dados, se realicen o no, siempre que exista una relación causal entre el movimiento indicado y el resultado obtenible>>. Esto de que <<se realicen o no>> obedece a que tan acción criminal comete el que dispara y mata a una persona, como el que sin haber blanco, también dispara contra otra persona. En mi concepto la acción punible es todo movimiento corpóreo cuando concurre la voluntariedad y es penado por la ley."⁵⁰ Es innegable la adopción de las tesis causalitas en este autor, pero acorde al desarrollo de la teoría del delito de su época.

En su libro, "Introducción al estudio del derecho penal", Rafael Cuevas del Cid, hace una erudita exposición de los postulados básicos del derecho penal, lamentablemente, no contiene la misma, desarrollo específico sobre el sistema del hecho punible. Pero si, adopta posición en cuanto al tema fundamental, de ver el delito como un acto, al respecto dice: "En el derecho penal, más que en ninguna otra rama jurídica, la facultad esta condicionada por la norma y, en esa virtud, la actividad del Estado no debe producirse arbitrariamente, sino ajustarse totalmente a lo que señala el derecho objetivo. De tal manera que el Estado no puede perseguir sino las acciones que la norma objetiva ha delineado como delitos, ni imponer pena a actos distintos de aquellos que encuadren en tales delitos, ni aplicar sanciones diferentes a las que la propia norma objetiva establece. Tal es el fundamento del principio liberal "nullum crimen, nulla poena sine lege" que constituye el pilar básico de todo ordenamiento penal democrático y que solamente ha sido rechazado por aquellos códigos que sirven de instrumento a sistemas totalitarios, como los fue el Código del Nacional-Socialismo Alemán y como lo es, actualmente, el del Comunismo Soviético."⁵¹

⁵⁰ Zeceña. op. cit. pp. 97

⁵¹ Rafael Cuevas del Cid. Introducción al Estudio del Derecho Penal pp.52

La cita anterior, debe relacionarse con una de las conclusiones de su libro, de la que es posible inferir, la claridad con que el autor percibía el peligro que el derecho penal de autor representa. Así con la agudeza, que caracteriza toda su obra, Cuevas del Cid, concluye: "Las medidas de restricción de la libertad individual no pueden ser aplicadas exclusivamente sobre la base del estudio de la personalidad del delincuente, porque, por profunda que sea la convicción de que los estudios de antropología criminal pueden arrojar resultados de excepcional importancia acerca de las causas del delito y de los remedios contra éste ciertamente en el momento actual, no han llegado aun a conclusiones de tal modo ciertas y definitivas como para que el juicio pericial pueda ser adoptado como base exclusiva para la aplicación de dichas medidas. Y por lo tanto, la condición fundamental para su aplicación continúa siendo siempre el delito cometido..."⁵² El profesor guatemalteco, identifica con claridad la importancia política del principio.

Jorge Alfonso Palacios Motta, sostiene, que definir el delito es algo complejo y difícil, si al definir el mismo se desea incluir en la definición, los elementos dogmáticos que lo conforman y hacer al mismo tiempo una relación con el orden jurídico penal concreto, para él, el orden jurídico-penal guatemalteco.

Luego de la advertencia, intenta una definición: "...opinamos que delito es un acto del hombre (positivo o negativo), legalmente típico, antijurídico, culpable, imputable a un sujeto responsable, en ocasiones previa determinación de condiciones objetivas de punibilidad y al cual se le impone una pena y/o medida de seguridad."⁵³

Palacios Motta, indica que el primer elemento positivo del delito es la acción a la que además puede denominarsela, acto, hecho, hecho penal, conducta o acontecimiento. No sin advertir que la utilización de algunos puede presentar una amplitud peligrosa - hecho, hecho penal, conducta, acontecimiento-. Advierte el profesor guatemalteco, que el acto se caracteriza por la voluntad, que produce el resultado, e incluye bajo el concepto de acción tanto el hacer como el omitir.

Aunque el autor citado, no hace alusión expresa al principio político de la materialidad de la acción, sí señala que la conducta es un requisito esencial para que el delito pueda presentarse. Así: "Para que exista el delito es necesario que se produzca una conducta humana, la cual es el elemento básico del acto

⁵² Cuevas op Cit. pp. 294

⁵³ Jorge Alfonso Palacios Motta. Apuntes de Derecho Penal 2a. parte pp. 16

antisocial."⁵⁴ Como el mismo lo advierte su definición de acción, toma forma de las definiciones de autores como, Fontan Balestra, Cuello Calón y Soler. Y la influencia de estos autores, es evidente, pues dan a la concepción del autor objeto de análisis, una tendiente posición hacia el causalismo valorativo, situación que se advierte al estudiar los que Palacios, considera como elementos del delito. Para éste, la acción es manifestación de voluntad, no mera voluntariedad como en el caso de Zeceña por ejemplo, que incluso acepta la pura responsabilidad por el resultado. Siguiendo a Palacios M.: "La conducta o acción es un producto de su voluntad; debe existir un nexo entre el querer del hombre y su accionar activo o pasivo. La voluntad humana como un querer en el que interviene la racionalidad, se manifiesta claramente en los delitos dolosos. La manifestación debe ser consciente, espontánea, referida a una determinada representación y con una finalidad determinada; esa manifestación de voluntad puede ser un movimiento corporal o una inactividad del cuerpo."⁵⁵

En otro pasaje, el profesor Palacios Motta, deja traslucir, su posición valorativa. El acto humano, positivo o negativo produce un cambio o transformación en el mundo exterior, mutaciones en la realidad circundante. Los cambios producidos son de carácter jurídico objetivo o material y de carácter subjetivo. El resultado que produce la acción abarca no solo los cambios que se dan en el mundo exterior a consecuencia de la actividad del hombre, sino también los que se producen debido a la omisión o abstracción de un deber al que se está legalmente obligado."⁵⁶ Y se dice que deja traslucir, su posición, pues el considerar que los cambios que produce la acción, son de carácter jurídico objetivo, o el considerar que la omisión y la acción son estructuras idénticas. Es valorar cuestiones del mundo externo bajo criterios estrictamente valorativos, con sustento exclusivo en la norma. En otras palabras, Palacios Motta entiende la acción a partir de la ley, y no como una estructura óptica previa.

En su obra "Criminología -Política del Estado en la legislación penal-", Fabian Ymeri, sustenta tesis contradictorias, debido sin duda a la fuerte carga del filosofía del positivismo criminológico que su trabajo contiene, de ello que Ymeri señala: "No es que los hechos sean propiamente ambiguos o confusos; la dificultad consiste en el concepto de lo que es delito, desde el punto de vista ético-jurídico". ¿Que hechos u omisiones debemos apreciar como delito? ¿Cuáles son sus características?

Generalmente se considera delito todo acto antisocial que

⁵⁴ Palacios op. cit. pp. 22

⁵⁵ Palacios op. cit. pp.23

⁵⁶ Palacios op. cit. pp. 23

causa daño; pero este concepto es muy amplio y peligroso para la redacción de leyes positivas, porque se incluirían, hechos u omisiones que corresponden exclusivamente a la ética social, a la moral pública.⁵⁷ En cierta medida, acepta el principio del derecho penal de acto, sin embargo es posible, después encontrar en su obra pasajes extensos, vinculados directamente al derecho penal de autor, que se contraponen a su idea señalada arriba. Ymeri considera que para valora y tipificar conductas deben tenerse en cuenta, rasgos del autor, tales como: La herencia genética, medio ambiente, la raza, etc.

Julio Cesar Zenteno Barillas, sobre la acción dice: "6.) Nuestro criterio acerca de la Acción.

Estamos de acuerdo, con la doctrina, al definir la acción como aquella conducta humana voluntaria exterior, encaminada a la obtención de un resultado el cual (es resultado) se traduce en una lesión efectiva o bien en peligro de lesión. En ese sentido creemos que la acción en esencia constituye el delito no porque -según nuestro criterio- contraría el ordenamiento legal, sino porque es una acción reprochable que produciéndose dentro de la sociedad, le causa o provoca un daño a ella, o a un sujeto que es parte de la sociedad y que irreversiblemente les lesiona directa o indirectamente o sea, que la acción estricto sensu, constituye juntamente con la antijuridicidad el soporte natural que determina y da vida al fenómeno llamado delito, en tanto y en cuanto lesione o provoque una lesión al hombre, a la sociedad o a sus bienes independientemente de que este tipificado como tal, queremos dejar clarificado que estamos de acuerdo con que el delito se constituye de otros elementos integrantes, que le viabilizan jurídicamente y es también menester aclarar que el concepto es valedero para los delitos universalmente válidos en cualquier sociedad y basado en valores fundamentalmente constantes de la sociedad, los que tienen una validez real y otra formal y también para los delitos producto de la creación ficticia de la clase dominante."⁵⁸

"Por cuanto que en los tres casos, hay acción humana referida a valores impuestos o no, en los dos primeros ejemplos habrá una antijuridicidad con base real, pero en el último ejemplo la antijuridicidad será inventada por el dominador, más sin embargo, en todos los casos siempre habrá acción humana."⁵⁹

⁵⁷ Fabian S. Ymeri Criminología, política del Estado en la legislación penal pp. 36

⁵⁸ Julio Cesar Zenteno Barillas. Elementos genéricos del Delito" (estudio crítico). Tesis de Graduación. USAC Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales 1976. pp. 76

⁵⁹ Zenteno op. cit. pp. 19

En los pasajes citados el autor deja claras algunas ideas para él, la acción debe formar parte del concepto de delito, aunque con una fundamentación iusnaturalista de la cuestión, ya que par el la misma junto con la antijuridicidad son el "soporte natural" al grado que las acepta aún antijurídicas aún y cuando no estén tipificadas.

En el resto del contenido, de su exposición, el autor toca. de manera superficial, problemas importantes, que por su complejidad exceden por mucho, las pretensiones de este trabajo. Y que solo como enunciación, pueden ser mencionadas, el problema de la selectividad del derecho penal, la definición de que bienes jurídicos deben ser protegidos y que no y como debe hacerse esa definición, la existencia de los llamados delitos naturales, la relación entre lo antijurídico y lo justo como un valor.

En su tesis de graduación Alfonso René Ortiz Sobalvarro "La responsabilidad penal del médico y cirujano", el ponente toma completo partido por las ideas causalista, desde la visión de Cuello Calón.

En su trabajo "El delito como acción punible" Eumelia Marjorie Gutierrez Herrera", con poca claridad adopta la ideas del causalismo, poca claridad ya que considera a la acción penal y a la acción procesal penal como una misma cosa, no obstante en un fragmento de su trabajo, dice: "La acción pues en sentido amplio no es otra cosa que la conducta exterior voluntaria dirigida hacia la producción de un resultado; de consiguiente comprende, la conducta actividad o hacer positivo, ... la primera consiste en un movimiento o conjunto de movimientos corporales voluntarios encaminados a obtener un fin determinado."⁶⁰

H. A. De León Velasco y J. F. de Mata Vela, sitúan dentro de su "Curso de Derecho Penal Guatemalteco", el concepto de acción, con la importancia que actualmente tiene en la doctrina del derecho penal. Resaltando las principales consecuencias, que la doctrina finalista, tiene, para la actual teoría del delito, de lo cual exponen: "De ahí, se siguen tres modificaciones esenciales en la estructura del delito:

1. La conciencia de la antijuridicidad tuvo que separarse del dolo, una vez entendido este como la realización de la voluntad. La conciencia de antijuridicidad se convierte en el factor central del concepto de culpabilidad.
2. Se distinguen los supuestos de error en forma distinta de la teoría anterior (error de hecho y error de derecho), y se

⁶⁰ Eumelia Marjorie Gutierrez Herrera. El Delito como acción punible. Tesis de Graduación USAC Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 1977 pp. 29

plantean: a) el error de tipo, que excluye el dolo, y con él, la punibilidad. b) El error de prohibición, que elimina la conciencia de antijuridicidad.

Esta teoría, tiene en cuanto a la imprudencia y la omisión otros puntos de vista. En cuanto a la imprudencia, afirma que es la inobservancia del cuidado exigible y, concibe el delito de omisión como forma especial del hecho punible.⁶¹ Para luego argumentar su crítica, en estos términos:

"Puede aceptarse que, siendo acertada la descripción del finalismo en cuanto a las acciones voluntarias anticipadas mentalmente, de carácter consciente, no todas las acciones se basan en estas acciones anticipadas mentalmente, vg., las acciones automatizadas, las lúdico creativas y las pasionales.

Además, la conducción del proceso causal mediante impulsos de la voluntad, característica de la acción final, falta en los hechos omisivos. Así también en los imprudenciales. La imprudencia consiste en la ejecución descuidada de una acción final, pero el carácter descuidado de la ejecución no es precisamente, momento alguno de su finalidad. La infracción de la norma de cuidado no puede equipararse a la acción final, pues el juicio de incorrección puede formularse solo a la vista del resultado que había que evitar (Jescheck, id, 294)⁶²

CAPITULO V

5.1 CONSECUENCIAS DEL CONCEPTO DE ACCION FINAL

Como se señaló el desarrollo dogmático de los elementos del delito ha sido objeto de escaso desarrollo en el medio. El porque de esta limitación, en el uso y discusión de esta parte de la ciencia jurídico penal, parece encontrarse en el escaso desarrollo del Estado de derecho en Guatemala. Puede suponerse que, no ha sido objeto de estudio porque simplemente el sistema de justicia no ha necesitado o ha obviado el uso de mecanismos que tornen transparentes sus decisiones, pues el uso de lenguaje y de la metodología de la teoría del delito, racionaliza y facilita la aplicación del derecho y garantiza la seguridad. Suma además, la posibilidad de argumentar con la certeza de que todos los vinculados al derecho penal, en casos concretos, hablen el mismo

⁶¹ Héctor Anibal de León Velasco, José Francisco de Mata Vela. Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Parte General y Parte Especial. pp. 148 (a), 148 (b)

⁶² De León Velasco, De Mata Vela op. cit. pp 148 (b)

idioma, es decir que manejen en su discurso, conceptos, ideas y categorías similares.

Las ventajas de la dogmática se harán evidentes, solamente mediante su uso, por ello a continuación se exponen algunos puntos concretos del derecho nacional, en los que el concepto final de acción y una teoría del delito que responde a ella, pueden ayudar a resolver, utilizar en forma adecuada o simplemente a que estos problemas sean pensados de forma distinta.

1. En primer lugar, el concepto de acción tiene la función, de exclusión (ver capítulo II Función de delimitación). Esta se deriva del primer artículo del código penal, que señala que solamente se puede imponer penas por hechos que están calificados como delitos o faltas. El hecho debe entenderse como una acción humana, la cual debe estar calificada, definida, delimitada, debe ser típica. Se excluyen así a todos los hechos (conductas) que pueda ejecutar el ser humano pero que no tienen interés alguno para el derecho penal, aunque muchas veces si tengan carácter antijurídico, tal el caso del incumplimiento de un pago o el de un despido sin causa justificada, que serían objeto de interés del derecho privado y del derecho laboral respectivamente.

El uso del concepto de acción sirve también para desterrar del derecho penal aquellos hechos en los que presenta dificultad definir, si se esta ante una acción que en un primer momento parece ser una acción típica o no. Tales son los casos que presenta y resuelven los excluyentes de la acción, o sea, las acciones provenientes de actos reflejos, de estados de inconsciencia y las acciones en las que interviene la fuerza física irresistible.

2. La sistemática de la acción finalista facilita la interpretación del artículo 10 del Código penal; norma general fundamental para la imputación en casos concretos: :

"Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta."

La norma prescribe que la acción u omisión debe ser normalmente idónea para producirlos. Estos conceptos sin embargo deben ser llenados de contenido, pues la ley trata el tema de una manera general. ¿Cual es una conducta típica idónea para producir un resultado típico?, la respuesta a esta cuestión, hace ineludible su interpretación dogmática, si se quiere encontrar el sentido correcto, garantista y segura del precepto, en cada caso concreto. La perspectiva dogmática en la que se posiciona el analista, resultará en diferentes soluciones.

Si se hace el análisis desde una concepción finalista, se entiende la acción como ejercicio de actividad final, o sea una acción en la que el autor busca la consecución de un fin. La consecuencia o resultado de las acciones, serán relevantes para el derecho penal, cuando sean las previstas por el autor. Así, si el fin del autor es cometer un asesinato, será irrelevante para el tipo del asesinato, si éste se ejecuta con un arma de fuego, ahogando a la víctima o con una bomba. A este razonamiento, es sin embargo fácil arribar ya sea desde una posición finalista, causal natural o valorativa. Pero como puede leerse al final del artículo 10, este dice: "...o cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta". Esto plantea una cuestión a resolver, y que se presenta en todo el ordenamiento sustantivo penal. El de la responsabilidad objetiva o por el resultado. Es decir, si el orden jurídico nacional permite que a los ciudadanos se les impute responsabilidad penal por las consecuencias de sus acciones que no fueron ni siquiera previstas como posibles.

Y esto tiene relevancia constitucional, pues en varias ocasiones la ley fundamental le jerarquía constitucional al derecho penal de acto, en el artículo 50.: "Toda persona tiene derecho a hacer lo que la ley no prohíbe; no está obligada a acatar órdenes que no estén basadas en ley y emitidas conforme a ella. Tampoco podrá ser perseguida ni molestada por sus opiniones o por actos que no impliquen infracción a la misma." Entonces, lo que no está prohibido está permitido, de ello que el Estado sólo deba prohibir acciones. En el artículo 17 de la Constitución: "No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración." A esto debe agregarse, la calidad que el artículo 46 otorga a los instrumentos internacionales, que están inspirados en las mismas ideas del derecho penal de hecho, obligan a todos los funcionarios públicos en la creación y aplicación de la ley.

Cuando la ley dice (artículo 10 del Código penal), "Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado... cuando la ley expresamente lo establece como consecuencia de determinada conducta." Debe entonces resolverse la cuestión de si, esta consecuencia debió ser prevista por el autor o no, era el agente consciente del resultado.

Desde un causalismo consecuente la respuesta a esta interrogante debe ser afirmativa, pues si se considera que debe prescindirse del contenido o fin de la voluntad, como lo hace el causalismo, los resultados de la acción son atribuibles a esta automáticamente. El causalismo no permite darse cuenta del problema.

Para el finalismo y sus fundamentos la idea de la responsabilidad objetiva, es contradictoria con su sistemática, es decir, las consecuencias de las acciones que no fueron prevista en

forma alguna por el autor, por principio no pueden ser fuente de responsabilidad penal. Una concepción finalista de la acción da argumentos incluso para discutir la constitucionalidad de los casos de responsabilidad objetiva de la ley penal, por ejemplo:

El caso que presenta el artículo 40 del Código penal, en el que se delinea como generador de responsabilidad penal de partícipes extraños al hecho. El del artículo 125, sobre Homicidio en riña tumultuaria, Homicidio preterintencional (artículo 126), Aborto calificado (artículo 136), Aborto preterintencional (artículo 138). El segundo supuesto del tipo de Abandono por estado afectivo (artículo 155), el segundo supuesto del artículo 201 referente al Plagio o secuestro.

3. El desarrollo dogmático desde la base del finalismo, resuelve en forma más adecuada los casos de delitos que alcanzaron solamente el grado de tentativas.

El artículo 14 del Código penal prescribe: "Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del agente." Elemento fundamental de la tentativa, dada la inexistencia de un resultado fáctico o situacional, es entonces el elemento subjetivo, en otros términos, es necesario saber si el agente actuó con dolo o con culpa.

Y no puede ser de otra manera, pues en la tentativa la única circunstancia que no se presenta, por razones ajenas al autor, es el resultado. Pero la imputación penal exige, para poder hacer responsable penalmente a una persona, que se compruebe la existencia de dolo o culpa.

Desde una posición causal, es imposible resolver el tema de la tentativa sin entrar en contradicciones con la idea de acción de los causalistas, pues siendo estrictamente consecuente con sus postulados, ninguna tentativa sería punible, puesto que los delitos tentados no agotan el injusto. Ya que si este es estrictamente objetivo, como el causalismo señala, en una tentativa, se presenta nada mas una acción típica sin resultado, de la cual no es posible analizar las circunstancias subjetivas, pues éstas por no agotarse el injusto no se dan, ya que no se llega a analizar la culpabilidad. De ello que al resolver los casos de tentativa se incurra en contradicciones al traer elementos del nivel de la culpabilidad (dolo o culpa) al plano del injusto para resolver estos casos.

El finalismo presenta una solución mas rápida y segura. Simplemente porque analiza el dolo y la culpa ya en el tipo, aunque no se haya producido el resultado. Recuérdese que el dolo y la culpa, en este método de análisis son elementos del tipo subjetivo. El finalismo, con una visión mas realista de la realidad, incluye dentro del injusto también elementos internos o subjetivos de la

acción del agente.

4. En la parte general del Código penal Capítulo III se incluye como causas de inculpabilidad, la fuerza exterior. La teoría de la acción sin embargo permite dilucidar que esta es realmente una excluyente de la acción y no una causa de inculpabilidad. En la práctica esto puede ser utilizado incluso para que los operadores de justicia desechen casos, por esta razón, ya que si no hay acción, no hay nada que competa al derecho penal. Contrario a esto, si se entiende a la fuerza exterior como una circunstancia que modifica o anula la culpabilidad, habrá que discutir a ésta dentro de un proceso, utilizando recursos materiales y humanos que pudieron evitarse con una adecuada aplicación de la ley.

Las anteriores son algunas de las soluciones que el uso del concepto de acción brinda para resolver situaciones poco claras que requieren una interpretación estricta del texto legal. El concepto final de acción es sin embargo solo el principio de una forma distinta de interpretar la ley y resolver casos concretos. Dado el carácter constitutivo de ésta, obliga a quien la adopte o estudie a revisar casi por completo las categorías que usualmente ha utilizado. Por otro lado, el concepto de acción guarda en su seno el principio político del derecho penal de acto, idea que es necesario afianzar en todos los ciudadanos y especialmente en los directamente vinculados al derecho penal.

6. CONCLUSIONES

1. La discusión, en torno al adoptar, un criterio finalista o causalista de acción, esta superada como tema de discusión dentro de la ciencia del derecho penal.
2. El finalismo, significó para la dogmática penal, un cambio completo del sistema de análisis, que en mayor o menor medida puede apreciarse, en las distintas y construcciones de teoría del delito.
3. Es necesario en el contexto nacional, superar los esquemas trazados en el causalismo, para hacer viable el desarrollo del derecho penal en el medio, acorde a sus mas modernos exponentes.
4. El concepto de acción, es de suma importancia para el Estado de Derecho. Pues un derecho penal basado en este, es fundamentalmente una garantía de carácter político para los ciudadanos.
5. El concepto de acción, como elemento del delito, tiene carácter constitutivo, ya que da sustancia o materialidad a todos los otros elementos del delito, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

7. BIBLIÓGRAFÍA

1. Baumann Jürgen, Derecho Penal. Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1981.
2. Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal Español, Parte General. Editorial Ariel Barcelona, España, 1984.
3. Carrara Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General. Editorial Temis Bogota, Colombia, 1988.
4. Cuevas del Cid Rafael, Introducción al estudio del Derecho Penal. Editorial Universitaria, Guatemala 1954.
5. De Leon Velasco H. A. De Mata Vela F., Curso de Derecho Penal Guatemalteco. Editorial Llerena Guatemala, 1995.
6. Fernández Carrasquilla Juan, Derecho Penal Fundamental. Editorial Temis, Colombia, 1989.
7. Ferrajoli Luigi, Derecho y Razón. Editorial Trotta Madrid, España, 1995.
8. Hattenhauer Hans, Conceptos fundamentales del derecho civil. Editorial Ariel Barcelona, España, 1987.
9. Jescheck Hans H., Tratado de Derecho Penal, Parte General. Editorial Comares Granada, España, 1993.
10. Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal Tomo III. editorial Losada S. A. Buenos Aires, Argentina, 1960.
11. Maier Julio B. J., Derecho Procesal Penal Argentino tomo 1. Editorial Hammurabi Buenos Aires, Argentina, 1989.
12. Maurach Reinhar - Karl H. Zipf, Derecho Penal Parte General. Editorial Astrea Buenos Aires, Argentina, 1994.
13. Mezger Edmundo, Derecho Penal Parte General. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1985.
14. Muñoz Conde Francisco, Teoría General del Delito. Editorial Temis, Colombia, 1990.
15. Palacios Motta Jorge Alfonso, Apuntes de derecho penal, editorial Serviprensa Centro Americana, 1979.
16. Roxin Claus, Problemas Básicos de Derecho Penal. Editorial Reus Madrid, España, 1976.

17. Sancinetti Marcelo A., Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Editorial Hammurabi Buenos Aires, Argentina, 1991.
18. Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino Tomos I y II. Editorial La Ley Buenos Aires, Argentina, 1945.
19. Welzel Hans, Derecho Penal Aleman. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.
20. Ymeri Fabian S. Criminología, política del estado en la legislación penal, editorial de Autores Nacionales, 1965
21. Zaffaroni Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1991.
-Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo III. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, Mexico, 1988.
22. Zeceña Oscar, Derecho penal moderno. Editorial Nacional Guatemala, 1936.
23. Zielinski Diethart, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Editorial Hammurabi Buenos Aires, Argentina, 1990.

Tesis

1. Guiterrez Marjorie, El delito como acción punible. USAC Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1977.
2. Sobalbarro Ortiz Alfonso René, La responsabilidad penal del médico y cirujano. USAC, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1976.
3. Zenteno Barillas Julio Cesar. Elementos genéricos del delito. USAC, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1976.