

46

Fecha de presentación: octubre, 2017

Fecha de aceptación: diciembre, 2017

Fecha de publicación: febrero, 2018

EL CONCEPTO

Y LAS FUNCIONES DE LA ACCIÓN COMO ELEMENTO DE LA TEORÍA DEL DELITO

THE CONCEPT AND FUNCTIONS OF ACTION AS AN ELEMENT OF THEORY OF CRIME

MSc. Luis Johao Campoverde Nivicela¹

E-mail: lucampoverde@utmachala.edu.ec

MSc. William Gabriel Orellana Izurieta¹

E-mail: worellana@utmachala.edu.ec

Melina Estefanía Sánchez Cuenca¹

E-mail: mesanchez_est@utmachala.edu.ec

¹ Universidad Técnica de Machala. República del Ecuador.

Cita sugerida (APA, sexta edición)

Campoverde Nivicela, L. J., Orellana Izurieta, W. G., & Sánchez Cuenca, M. E. (2018). El concepto y las funciones de la acción como elemento de la teoría del delito. *Universidad y Sociedad*, 10(2), 310-317. Recuperado de <http://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus>

RESUMEN

La acción como categoría del delito constituye su más importante elemento. Interesan al derecho penal solo las acciones humanas penalmente relevantes, aquellas que son expresiones de la voluntad y que producen un resultado socialmente no querido. La acción se constituye de este modo en un límite de aplicación de la teoría del delito, puesto que se debe descartar de su estudio toda expresión o participación del ser humano en que no haya existido voluntad. Toda acción implica necesariamente la determinación de un propósito, meta o fin; pensar de otra manera sería apreciar el mundo de forma ciega ya que es imposible una actuación sin finalidad. La acción, se desarrolla así, en la mente humana con la proposición de esta finalidad, y posteriormente se pone de manifiesto en el mundo objetivo.

Palabras clave: Acción, delito, voluntad, finalidad, finalismo.

ABSTRACT

Action as the category of crime constitutes its most important element. Criminal law is only concerned with human actions that are criminally relevant, those that are expressions of the will and that produce a socially unwanted result. The action constitutes in this way in a limit of application of the theory of the crime, since it must be discarded of its study any expression or participation of the human being in which there has been no will. Every action necessarily implies the determination of a purpose, goal or end; to think otherwise would be to appreciate the world in a blind way since it is impossible to act without purpose. Action thus develops in the human mind with the proposition of this purpose, and subsequently becomes manifest in the objective world.

Keywords: Action, crime, will, purpose, finalism.

INTRODUCCIÓN

Cuando el maestro Carnelutti nos expresó que el derecho penal es superior al derecho civil por cuanto mientras en el primer escenario se discute la libertad en el segundo se discute la propiedad, asumimos la convicción de que es la libertad el vértice del nacimiento de la discusión de las ciencias penales. El delito es una consecuencia de la existencia de la propiedad, no puede existir lesión a un bien jurídico que no tiene un titular legitimamente constituido. Pero, la existencia del delito, su expectativa, que amenaza a la libertad del ser humano, es el producto también de un análisis de varios fenómenos del universo, que han arribado a la mesa de discusión de la dogmática penal.

Para empezar a discutir acerca de la acción como categoría del delito, es importante hacer un retroceso a los más básicos conceptos con que inicia el estudio del derecho penal, pero que a su vez constituyen el punto de partida de las más trascendentes teorías y posiciones que actualmente sostienen los sistemas jurídicos contemporáneos de corte alemán. Esta discusión ha tomado mucho interés en nuestro país Ecuador, ya que desde el año 2014 en que se puso en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, ha sido muy poca la doctrina que se ha desarrollado al respecto por lo que la práctica jurisdiccional adolece también de este vacío referencial.

La pobreza en cuanto al desarrollo de instituciones del derecho penal universal es evidente en el referido cuerpo legal, sin embargo no es interés del presente trabajo realizar una crítica a esta realidad, ni realizar un estudio de la acción o la teoría del delito en un Estado en particular, sino la conceptualización de la acción relevante para el derecho penal en términos generales.

Iniciar esta conceptualización recordando que el derecho penal es una expresión del poder punitivo del Estado, legitimado a través de la legislación y la discusión de su pertinencia, no es una reiteración innecesaria. No existe derecho penal si no existe un poder punitivo plenamente legitimado, y un derecho penal cada vez menos utilizado, subsidiario, de extrema ratio. El Estado debe ocuparse del ilícito en todos sus niveles y presentaciones, pero el derecho penal siembre deberá constituir la última carta a tomar como posible solución.

No es el derecho penal un fin en sí mismo, es solo un camino, y sus resultados más allá de la idea de la prevención general del delito que la mayoría de estados reconocen, siguen siendo solo una expectativa. De todos modos el delito es un fenómeno constante y de transformación permanente, lo que hace a su vez necesario un permanente estudio no solo de la ley, sino de las diferentes

instituciones que la sostienen. Así, es indispensable la precisión en la conceptualización de cada una de esas instituciones, de manera que exista coherencia en la actuación del Juzgador con la reflexión que sobre el delito existe en el derecho penal universal.

DESARROLLO

A decir de Franz Von Liz (Maurach, 1994). El derecho penal *“es el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia”*; esta definición ha sido extendida por otros autores como Jiménez de Asúa, pero aunque gramaticalmente limitada contiene los elementos que dentro de cualquier definición que pudiera establecerse, no pueden dejar de estar presentes, siendo estos el ius puniendi y el principio de legalidad. Entonces, el derecho penal constituye un instrumento del Estado, que en definitiva, sanciona a los agentes que cometen delitos, ya que tiene el poder legal para castigar y las sanciones que impone se encuentran también establecidas con anterioridad a los actos sancionables; es misión del derecho penal, la protección de bienes jurídicos ante eventuales lesiones o circunstancias que los ubiquen en situaciones de peligro.

La afirmación de que el Estado ha sancionado, corresponde al final de un proceso dogmático de análisis en que se ha considerado un conjunto de presupuestos jurídicos de carácter general que deben concurrir para poder establecer que materialmente es indudable la existencia de un delito; presupuestos que surgen del concepto universal de delito establecido entre otros en la obra de Mezger (Nuñez, 1999): Acción, típica, antijurídica y culpable.

El análisis dogmático de un hecho que se presume constituye infracción penal, es discutido a través de un procedimiento analítico de valoraciones sucesivas: primero se constata la existencia misma de una conducta humana (acción), para luego abrir paso a la determinación de si ese comportamiento es relevante para el derecho penal (tipicidad), afirmación esta que conducirá a verificar si dicho proceder penalmente trascendente se halla en contradicción formal y material con todo el ordenamiento jurídico (antijuridicidad), para finalmente establecer si es, y en qué medida reprochable su ejercicio al autor (culpabilidad) (Abralde, 2008); este sistema de categorización es conocido por la doctrina como teoría del delito y aunque podría decirse, se ocupa de todos los delitos, no lo hace de ellos en forma individual o particularizada, sino más bien se ocupa de los elementos o condiciones básicas y comunes a todos.

La teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal (Bacigalupo, 1999), sirve como método de análisis

del derecho penal, que concluye con la identificación de un hecho y su autor y la determinación de los casos en que el autor responde por su hecho. Siendo un poco pragmáticos, podemos situar a la teoría del delito como un laboratorio del crimen, del que se espera una respuesta científica de si el hecho que llama la atención de la sociedad por que del mismo se desprende un resultado despreciable, es o no un delito.

La respuesta científica a la que se debe arribar con la puesta en marcha del laboratorio del crimen, es de altísimo nivel, claro está, si quien realiza el análisis ha logrado dominar los aspectos positivos y negativos de cada una de las categorías involucradas, y a su vez cada figura o institución, de manera que cuando se deba realizar la exposición de resultados ante un tribunal, no queden dudas de su validez y de su peso sobre la misma ley en sentido estricto, ya que no toda legislación reconoce todas las instituciones la teoría del delito, pero todo tribunal le da mérito al análisis doctrinal y a la legalidad de las conclusiones que de ella se desprenden.

Podría empezar el estudio de la acción, haciendo un análisis dirigido a determinar su ubicación en la teoría del delito, no obstante, esta ubicación, es algo que ya no se discute en la actualidad, simplemente, los diversos autores han coincidido en que la acción se encuentra antes de la división de los hechos punibles en delitos dolosos y culposos, de modo que su análisis es anterior al estudio de la teoría del tipo, como afirma Maurach, **la existencia de una acción es el presupuesto de todo delito**, si no existe acción, no tendría sentido hacer un análisis a fin de determinar si un resultado puede ser reprochado a un autor, si es o no contrario a la norma y en principio si existió o no dolo en su ejecución.

En el presente estudio, me ocuparé del primer elemento del delito, la acción, partiendo de un pequeño análisis de la evolución de su concepto hasta llegar al concepto finalista, para enfocarnos en la determinación de la función más importante que este elemento cumple en la estructura de la teoría del delito y finalmente conocer su alcance.

Por excelencia la estructuración del concepto de acción ha sido defendida con mayor fundamento desde un punto de vista natural o causal y desde una perspectiva de acción finalista, es interesante además el concepto de acción personal establecido por Claus Roxin, sin embargo nos referiremos con mayor profundidad a las primeramente enunciadas por ser la finalista la mayormente aceptada en la actualidad y la causal por ser la concepción que predominó de manera anterior y que motivo el desarrollo de una concepción **finalista**.

La concepción causalista de la acción fue desarrollada por Liszt y Beling. Para los causalistas, la acción estaba

integrada por dos elementos, el proceso causal externo y el contenido de voluntad, objetivo y subjetivo respectivamente. No interesa para los causalistas si el autor pretendió o no el resultado, lo que importa para ellos es, que el resultado producido responda a una acción voluntaria del autor. El contenido de voluntad, el querer del autor, era un problema que se “enviaba” para que sea discutido en la culpabilidad.

El concepto de acción de V. Liszt encierra a **“todo movimiento corporal causado por un acto voluntario”**. Para este autor, **la acción consiste en la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana**. Como expone Zaffaroni (2001), la necesidad de establecer una definición abarcativa (acción y omisión), llevó a los causalistas a establecer con simpleza que acción es la **“voluntad de apretar el gatillo”**

La concepción de la acción causalista frente a la finalista de Welzel (el concepto causal es anterior, pero no negaba la existencia de la finalidad), trata de solucionar el problema de estructurar un concepto que enmarque los delitos dolosos y los culposos. Para los causalistas, esto se soluciona con su concepto, incorporándole, el resultado típico y sacrificando así la finalidad o contenido de la voluntad del autor.

Los delitos culposos, donde el resultado es producido por la voluntad que no consideró la posibilidad de concreción del mismo, entran a la perfección en el concepto causal de acción. Así, no existía problema para que dentro del concepto de acción, pudiera incorporarse la conducta de quien mata a alguien con premeditación (dolor directo), de quien tratando de suicidarse estrella su vehículo contra una pared y solo muere su acompañante, (dolor indirecto), el de quien por ir apurado excede a la velocidad permitida en una zona escolar producto de lo cual mata a un niño (dolor eventual) y aquel que por contestar su celular no se da cuenta que alguien iba a cruzar la calle causándole la muerte (culpa). Finalmente surgió el problema del concepto causal de acción por incorporar dentro de sí, las conductas omisivas, que sin lugar a duda integran el concepto de acción.

Si la omisión consiste precisamente en la inexistencia de una voluntad causal del resultado socialmente no querido, si no que el resultado se produce por la existencia de un nexo causal distinto a la voluntad del autor, cómo podría hablarse de acción desde el punto de vista causalista. Para solucionar aquello Liszt sostuvo, que para los delitos de omisión era suficiente un **elemento análogo a la causalidad del hacer**; es decir el salvavidas que ve que un niño se ahoga y lo deja ahogar, equivale a haberlo empujado determinando así su muerte.

Así mismo, se precisó un intento por parte de Beling, que consistió en transformar la omisión en un hacer, en el mismo caso, la acción de dejar que se ahogue es un hacer voluntario del autor, es decir, el salvavidas tiene la voluntad de dejar que se ahogue, es esto una acción causal de dar muerte.

La imposibilidad de satisfacer la incorporación imprescindible de los delitos de omisión al concepto de acción puso en evidencia la imprecisión del concepto causal de acción, que sumado a lo señalado, la incorporación del resultado en la acción, la constituye en una concepción de acción incorrecta.

Frente a la concepción causal de acción, nace la llamada *teoría de la acción finalista*, fundada por Welzel y muy estudiada por Busch, Niese, Stratenwerth y Armin Kaufmann. Welzel afirma que la “*acción humana es el ejercicio de la actividad final*”, la finalidad se basa en que el hombre gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos.

Para el finalismo si vas a lanzar una piedra al río, sea por deporte o recreación como finalidad, existe en esa determinación de actuación, un saber causal, un dominio de los efectos que se pueden desprender de lanzar la piedra al río, por ejemplo si lanzas la piedra y golpeas a un bañista que se encontraba sumergido en ese momento, el mismo que producto del impacto con el proyectil. No cabe duda de que los movimientos fueron voluntarios y de que existió una finalidad en la actuación.

Incluso en actuaciones inverosímiles el ser humano domina la causalidad de sus actuaciones, y puede prever las consecuencias, por lo que podría buscar alcanzar su propósito o finalidad a través de otros medios, por ejemplo en el caso en que lanzar por la ventana del auto una botella de plástico las misma que cae en la vista de un indigente que dormía en la orilla de la carretera.

Para los finalistas, *es un efecto* del concepto de acción, ser un acto de voluntad dirigido a un fin y a una meta.

En “nuevo sistema de derecho penal” y “derecho penal alemán”, Welzel, expone su consideración de que la finalidad es vidente mientras que la causalidad ciega, quien dispara a quien pensaba era un ladrón que trepaba la pared de su casa, cuando en realidad era su hijo que no tenía llaves para acceder por la puerta principal, *ciegamente* ha cometido una acción de parricidio, pero *videntemente* ha ejecutado una acción final de defensa.

El direccionamiento de la acción se realiza en dos fases, una que transcurre totalmente en el interior del cerebro

humano y otra que se pone de manifiesto en el mundo objetivo, que constituye la materialización de la voluntad del autor dirigida hacia un fin, meta o propósito, una acción finalista.

A su vez la primera fase, se compone de una subfase de retroceso, llamada así por su mismo creador, que consiste en la proposición misma del fin y en la selección de los medios que el autor considera idóneos e inequívocos para que ese fin se perfeccione. Luego de aquello existe una subfase que se dirige hacia adelante y consiste en la consideración interior que el autor hace de los efectos que podría generar la ejecución de los medios seleccionados para alcanzar la meta que se ha propuesto, efectos concomitantes.

Los finalistas reconocen la posición que Welzel ha expuesto como fundamento de la acción finalista. Si el ser humano domina una saber causal en la segunda subfase mencionada, conoce que necesariamente su acción ha de producir efectos ajenos a los que su fin persigue, incluso está el ser humano en la capacidad de representarse efectos producto de su ejecución, que aunque no se han de concretar necesariamente, podrían producirse. Bien puede el autor habiéndose representado estos efectos, guiando su voluntad hacia la misma finalidad, seleccionar medios que los eviten.

En la segunda fase, ya hablamos de una acción cuyo contenido de voluntad puede ser relevante para el derecho penal, de acuerdo a, si en el marco del principio de legalidad ha lesionado o no un bien jurídico protegido.

La acción no puede existir si en el mundo real no se pusieron en marcha los elementos desarrollados por el autor en la primera fase; es decir, para que exista acción el autor una vez que se ha propuesto un fin y seleccionado los medios, considerando los efectos concomitantes de su detonación, debe ponerlos en marcha en el mundo objetivo.

Notamos aquí, que la acción finalista incluye los actos voluntarios, cuyos resultados eran queridos por el agente y aquellos con los que contaba, así, bien un resultado puede ser producto de un movimiento voluntario del hombre, pero no necesariamente será siempre un acto querido, ya que el contenido de voluntad puede no haber contado con su posible materialización.

Aunque los detractores del concepto de acción finalista lo han criticado, es muy aceptable, que el concepto de acción finalista incluya los actos voluntarios de una persona que generan resultados repudiados socialmente pero con los que no contaba. Maurach (1994), expone como ejemplo que, quien limpiando una escopeta mata a una

persona producto de un disparo que se realiza, ejecuta una acción final de *limpiar la escopeta*, el efecto muerte con que no contaba el autor ha pasado ya la categoría de acción que constituye el primer escalón de la teoría del delito, el hecho de si existió dolo o imprudencia en la muerte de la persona, se discutirá en el escalón siguiente.

Así en la actualidad, se tiene por cierto que el concepto de acción causal tiene escasa utilidad práctica y muchas dificultades teóricas (Zaffaroni, 2001), ya que por un lado no logró *erigirse en un concepto superior capaz de brindar una base común para la acción y la omisión* que si satisface el concepto finalista y en segundo lugar porque la causalidad *no tiene límites y son infinitas las acciones que son causas de resultados típicos*.

Abarcar todas las funciones del concepto de acción, que Roxin (1997), llamó *cometidos fundamentales*, es lo que ha complicado la estructuración de un concepto de acción que dentro de la teoría del delito pueda satisfacer plenamente. Estas funciones a cumplir por el concepto de acción son:

- a. La necesidad de involucrar en su estructura semántica, todas las formas que dentro del derecho penal son consideradas conductas punibles. Como elemento básico del derecho penal, la acción en su concepto debe abarcar la acción dolosa, la acción culposa y aquella acción en que precisamente no existe manifestación alguna de voluntad como nexo causal frente a un resultado, la omisión.

Esta función como elemento base, es cumplida sin problemas por el concepto Welzeliano, como ya se afirmó, el concepto finalista, exige una conducta voluntaria guiada hacia un objetivo, que es fácil determinar en las conductas dolosas y culposas de acción, y que se puede apreciar además en las conductas omisivas.

Precisamente, la imposibilidad de cumplir con este *cometido*, es la determinante de la debilidad (o imprecisión) del concepto causal de la acción.

Si la omisión constituye una inhibición de la obligación de moverse, mal hace el causalismo el convertir el omitir en un hacer. Si el concepto de acción es para los causalistas un movimiento corporal voluntario, no podemos incluir a la omisión donde el movimiento corporal no parece, y el concepto no alcanza a una apreciación negativa del movimiento.

Si el Policía no acude al auxilio de quien se lo solicita, y decide continuar leyendo su diario, no omite según el concepto causal, ya que no genera un movimiento que determine el resultado, la responsabilidad del Policía por la muerte de la persona que requería el auxilio, se queda

fuera de la discusión penal en la órbita del causalismo al menos.

En la órbita del finalismo, existe una omisión sin lugar a dudas, existe voluntad y finalidad que son los presupuestos que este concepto exige. La voluntad del policía es la que determina la inhibición del movimiento o de la conducta que debió realizar para brindar auxilio, y su finalidad fue la de seguir leyendo su diario.

- b. Cumplir una función de enlace de todas las demás categorías del delito, de este modo se constituye en la columna vertebral del sistema jurídico penal. Los elementos del delito se unen a través de la acción, y se adjetiviza su concepto como acción típica, acción típica antijurídica y como acción típica antijurídica y culpable.

Así, a pesar de estar presente en todo el análisis categorico, el concepto de acción debe ser neutral frente a los demás elementos, por lo tanto no puede incluir ni arribar en caso alguno, los elementos que estructuran los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La acción no puede en su concepto definir si un acto voluntario es doloso o culposo, no puede incluir en su definición la determinación de si el acto es contrario a la norma o que sea una acción que lesiona un bien jurídico, pero que se encuentra permitida, finalmente el concepto de acción no puede contener la respuesta, ni siquiera una enunciación mera de si al autor se le pueda o no reprochar un acto que ejecutó con voluntad.

El concepto de acción personal de Roxin, sufre esta debilidad, que fue reconocida por el mismo expresando "que el concepto de manifestación de la voluntad no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo", se refería el autor a algunos casos de omisión, ya que dentro del concepto personal, no son separables acción y tipo.

1. En este espacio, entendido ya el contenido del concepto de acción finalista y su aprobación actual dentro de la teoría del delito, continúo con este estudio, tratando de establecer con claridad aquello que encierra la función de la acción que sobresale dentro del sistema de categorización por niveles que integra, la función o cometido de delimitación.

El concepto de acción debe dejar a un lado todo lo que desde el inicio se entiende no puede o no está en la posibilidad de motivar un estudio jurídico penal.

Empezaré reconociendo, que al derecho penal le interesan únicamente las acciones humanas, aquellas que realiza el hombre y que han lesionado un bien jurídico. Pero no toda acción realizada por el ser humano es relevante para el derecho penal, no todas interesan al punto de

motivar un análisis en el marco de la teoría del delito; así la principal función de la determinación del concepto de acción consiste en la delicada tarea de hacer las veces de límite o filtro para seleccionarlas.

Maurach afirma que para que una conducta socialmente relevante pueda ser considerada acción depende de si estaba o no dirigida por la voluntad, por ello deben ser eliminadas del concepto de acción las presentaciones de conducta cuya determinación no obedecen a un acto voluntario, algo en que todos los conceptos de acción propuestos han coincidido.

“Solo acciones humanas pueden constituir la base de la responsabilidad penal” (Maurach, 1994), puesto que es el único ente capaz de realizar actos voluntarios. Existen acciones que a pesar de ser ejecutadas por el hombre, son indiferentes para el derecho penal, a esas se suman las acciones que nacen del movimiento dialéctico de la naturaleza, y finalmente manifestaciones que tienen que a pesar de producir resultados no queridos por la sociedad, no responden a una acción del hombre que merezca atravesar por todo el análisis categórico.

Para algunos autores como Jackos, esta función puede ser llamada también, función clasificatoria, entendida como sustento común para cualquier forma de aparición de punibilidad (Welzel, 1951).

Las acciones que interesan al derecho penal son, en primer lugar aquellas en las que la voluntad de realización está dirigida a la producción de un resultado que la sociedad no desea, o que busca no se produzca, para ello la prevención a través de la penalización; en segundo lugar aquellos actos en que el hombre se excede en la confianza de que el resultado no se ha de producir, a pesar de que estaba a su alcance la determinación que pudo evitarlos, es decir es su imprudencia la que finalmente determina la materialización de un resultado socialmente no querido; finalmente aquellas acciones en que precisamente el hombre no actúa, pero que la sociedad ha mandado a actuar con la visión de que un resultado no se produzca, cuando el que omite tiene a su alcance los elementos que con certeza hubiesen evitado la consumación.

La concepción finalista de la acción, cumple perfectamente con esta función al establecer dentro de su contenido, la necesidad de que la voluntad de un acto se encuentre guiada hacia una meta, propósito o fin.

Así es la voluntad finalista de un autor de homicidio doloso, que incluso puede llegar solo a ser una tentativa, la que interesa al derecho penal para el análisis posterior. Lo mismo sucede con la voluntad finalista de quien con la finalidad de ejercitarse levanta la pierna al punto

de golpear a una persona en la cabeza y causarle una fractura, y del mismo modo, interesa al derecho penal la acción finalista del salvavidas que dolosamente deja a un niño ahogarse en la piscina, o que se duerme y el niño se ahoga porque nadie pudo darle aviso al salvavidas, en ambos casos de omisión, existe una voluntad final, que determina la existencia de una acción que produce un resultado relevante para el derecho penal y por lo tanto son susceptibles, de atravesar todas las categorías de la teoría del delito.

Finalmente, están los casos que no interesan al derecho penal ya que no existe en su ejecución una voluntad directriz, es decir las causales de exclusión de acción (Balestra, 1998). Dentro del presente tema, han existido algunas divergencias entre los diferentes tratadistas, pero por excelencia, son excluyentes de acción:

- a. La fuerza física irresistible.- Para Maurach, no son acciones las conductas corporales provocadas por una fuerza irresistible en forma mecánica, es indiferente el origen de la fuerza que determina la ejecución que por extensión provoca un resultado (humana o natural).

En los casos de fuerza irresistible, existe una fuerza activa y una pasiva. La fuerza activa puede tener un origen natural como en el caso de que un temblor haga que una persona tropiece con una reliquia muy antigua y de alta estimación, o un origen humano, como en el caso de que una persona tropiece con otra y esta última a su vez provoque la caída y lesión de otra, en el primer caso la persona se convierte en una prolongación del temblor y en el segundo una prolongación del cuerpo de otra.

Lo importante, al momento de considerar la presencia de una ejecución material producto de una fuerza irresistible es la *vis absoluta* del autor es decir, su facultad de dirección de su conducta totalmente anulada.

El problema puede presentarse cuando no sea fácil establecer la ejecución en vis absoluta frente a una posible vis compulsiva, donde el caso efectivamente se constituye en acción para efectos de la consideración jurídico penal, como los casos en que existe fuerza producto de una coacción, que no limita la facultad de dirección de la voluntad, pero si la libertad para actuar, caso que corresponde a un análisis en la categoría de la culpabilidad.

Siguiendo la línea de ejemplos anteriores, el salvavidas que es atado de tal manera que le es imposible moverse no omite pues se encuentra en vis absoluta, en el caso de que el niño que cuidaba se ahogue. Desde un punto de vista finalista, no existiendo dominio del direccionamiento de la voluntad, mucho menos puede existir una finalidad.

- b. Los estados de inconsciencia.- No existe acción, en las situaciones en que el cuerpo de una persona funciona solo como masa mecánica, sin que haya intervenido una voluntad directriz. En esta situación el cuerpo no actúa como prolongación de una fuerza extraña, sino como masa inerte, como un objeto, elemento sin voluntad en la naturaleza, incapaz por lo tanto de establecerse una finalidad en su existencia.

Ahora bien, es lo importante en este caso, diferenciar la falta de conciencia que anula la posibilidad de acción, con las alteraciones de conciencia que eliminan la libertad para actuar conscientemente, es decir los casos de trastornos de conciencia que son problema de la culpabilidad.

El hombre que en estado etílico se dirige hasta su auto, de entre 50 llaves escoge inmediatamente la que corresponde al arranque de este, lo enciende y conduce durante 1 kilómetro luego de lo cual provoca la muerte de una persona a quien no logró distinguir entre las sombras del camino, ha actuado, pues con claridad se distinguen varias manifestaciones de voluntad, otra cosa es que esa voluntad se haya encontrado limitada. No existe acción cuando el hombre en estado etílico se derrumba frente a una vitrina, provocando su destrucción, lo mismo sucede con los desmayos y delirios febriles, estos son perfectos estados de inconsciencia.

- c. Los movimientos reflejos son también causales de exclusión de la acción, también con algunas características que ayudan a distinguir su efectiva presencia en la materialización de un resultado.

Es fácil abstraer, que no existe acción cuando se rompe un jarrón en un consultorio médico por el empuje de un musculo activado por el golpe que el médico le propina con un martillo. Este movimiento reflejo no es una acción puesto que *“la excitación de los nervios motores, no está bajo influencia psíquica”*, sino que el estímulo corporal se transmite directamente del centro sensorial al del movimiento (Roxin, 1997), no son expresión del *psiquismo del sujeto* (Balestra, 1998), y por ello resulta incuestionable la falta de acción.

Lo mismo sucede si una persona provoca cosquillas en otras al tocarle la parte posterior del cuello y como reflejo este mueve un brazo dejando caer un florero sobre el pie de otra.

De todos modos, es importante reconocer que la determinación de inacción por la existencia de un movimiento reflejo no es tan simple en todos los casos. Para el finalismo no existe acción en el caso en que se provoca un choque producto de un movimiento brusco de defensa que el conductor hace cuando su brazo es picado por una

serpiente, ya que no existe planificación, ni voluntad, sino simplemente un reflejo condicionado por la necesidad de defensa. Por el contrario, dentro de la concepción personal de la acción de Roxin, aunque en estos casos no haya reflexión consciente se da un movimiento defensivo transmitido psíquicamente y dirigido hacia un objetivo, lo que es suficiente para que exista una manifestación de la personalidad, por lo tanto acción.

Para mi consideración, no es posible hablar de acción en el presente caso, puesto que no existe siquiera una perceptible voluntad consciente, la defensa ante una piedra que entra en el ojo del conductor, ante un insecto que lo golpea y se queda en su interior, no son efectos de una voluntad dirigida a su rechazo, sino un movimiento reflejo sin influencia psíquica, otra cosa es, que una vez que el insecto entra en su ojo, el reflejo no lo lleve a producir un resultado no querido, si no que el resultado se produce luego de unos instantes en que el conductor ansía sacarlo de su ojo y deja de ponerle atención a la vía, finalista-mente, existiría acción.

CONCLUSIONES

Las tres funciones de la estructuración de un concepto de acción son trascendentales para efectos del análisis jurídico penal propio de la categorización en la teoría del delito, es innegable que la función sobresaliente, es la limitadora, clasificatoria o de delimitación; esto es virtud, de que el mundo en movimiento constituye una permanente materialización de acciones y someterlas todos al estudio penal sería en primer lugar infructuoso y en segundo lugar entorpecedor.

El filtro del sistema penal, la acción, establece un punto de partida idóneo para la determinación del dolo o culpa en la tipicidad, la contravención al sistema jurídico en la antijuridicidad y la reprochabilidad al autor en la culpabilidad.

La concepción finalista de la acción cumple plenamente la función de límite, de manera que bajo su óptica solo acciones relevantes para el derecho penal pueden llegar a atravesar todas las categorías de la teoría del delito ahora si de manera precisa y fundamentada; fácilmente este concepto se constituye como base y como elemento de unión de los demás elementos del sistema que integra.

Es determinante que los conceptos modernos y universales de la teoría del delito arriben en su amplitud a los sistemas jurídicos, ya que en el caso de la acción poco o nada se aprecia en el quehacer legislativo, no solo del concepto mismo de acción, sino de sus causales de exclusión. La falta de concepciones claras podría determinar una gran confusión en la práctica jurisdiccional donde

las casuales de exclusión de la acción podrían apreciarse como exclusión de culpabilidad, lo que sería realmente atroz para la técnica y la dogmática penal.

Finalmente, expresamos nuevamente el concepto finalista de acción, el acto humano voluntario dirigido hacia un fin o como Welzel expresó que *“la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista”*. Para poder establecer que efectivamente existió una acción humana, no basta con constatar que el autor haya actuado conscientemente y con voluntad, sino que su voluntad haya sido dirigida hacia un fin. Debemos entender a la finalidad como el propósito de toda acción humana, y no a la finalidad delictiva propiamente dicha, que si bien puede estar presente es solo una situación circunstancial. El dolo o la culpa son elemento de la tipicidad como categoría del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abraldes, S. (2008). *Consideraciones críticas sobre la teoría de la imputación objetiva: el cuidado objetivamente debido como base del delito imprudente*. Buenos Aires: Instituto de investigaciones jurídicas UNAM
- Bacigalupo, E. (1999.). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Balestra, C. F. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. Buenos Aires: DSC.
- Maurach, R. (1994). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica de Argentina.
- Muñoz Conde, F., & Hassemer, W. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Lironk Lo Blllonch.
- Nuñez, R. (1999). *Derecho Penal. Parte general*. Cordova-Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas S.A.
- Welzel, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Astrea.
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal aleman. Parte general*. Santiago: Editorial juridica de Chile.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema de derecho penal. Una introducción a la doctrina de la*. Buenos Aires: IBdeF. Cerezo mir.
- Zaffaroni, E. R. (2001). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Sociedad Anónima editora.
- Zaffaroni, E. R. (2005). *En torno de la cuestion penal*. Buenos Aires: IBdeF.