

TEMA 10

Penal I DÃ–a 23/1/2002

LA ACCIÃ N Y LA OMISIÃ N COMO PRIMER ELEMENTO DEL DELITO.

El primer elemento de la teorÃ–a analÃ–tica del delito es la acciÃ³n. No puede constituir acciÃ³n el mero pensamiento y la simple disposiciÃ³n de Ã¡nimio, ni la mera resoluciÃ³n delictiva que no se traduzca en actos exteriores.

El primer obstÃ–culo para determinar que es acciÃ³n u omisiÃ³n es que el CÃ³digo penal espaÃ±ol no define que es acciÃ³n ni lo que es omisiÃ³n, pero el caso espaÃ±ol no es un caso aislado, sino que la mayorÃ–a de los cÃ³digos penales no lo hacen.

Los cÃ³digos penales lo que hacen es afirmar cuando una omisiÃ³n o una acciÃ³n es delito. Por lo tanto al ser un elemento muy importante es preciso que se elabore ese concepto. La elaboraciÃ³n la han llevado a cabo la doctrina y los tribunales, pero fundamentalmente la doctrina.

Este interÃ©s se explica porque el primer elemento del delito es la acciÃ³n o la omisiÃ³n. Desde Von Listz el delito se define a partir de una acciÃ³n o una omisiÃ³n.

La doctrina siempre se ha esforzado por elaborar un concepto de acciÃ³n, pero que ademÃ¡s abarcarÃ¡ el concepto tanto de acciÃ³n como el de omisiÃ³n. Este concepto tendrÃ–a atribuida una serie de funciones:

- **FunciÃ³n de elemento bÃ¡sico o funciÃ³n clasificadora.** Es decir, que la primera funciÃ³n que tiene que cumplir es de servir de base para toda la teorÃ–a jurÃ–dica del delito. De esto se deriva que ese concepto que se busca sea lo suficientemente amplio para abarcar todos los comportamientos humanos que sean penalmente relevantes. Que sea capaz de abarcar acciÃ³n, omisiÃ³n, comportamientos dolosos, imprudentes, y todas las combinaciones de Ã©stos.
- **FunciÃ³n de conexiÃ³n o de enlace.** Es decir, que tiene que tratarse de un concepto que vaya uniendo todas las categorÃ–as del delito que predica de esa acciÃ³n. Esto da lugar a una serie de consecuencias y es que ese concepto que se busca tiene que ser:

a) Un concepto suficientemente neutral tanto descriptivamente que no prejuzgue las diferentes categorÃ–as del delito.

- Ese concepto no puede ser tan neutral que quede vacÃ–o de contenido.
- **FunciÃ³n de lÃ–mite.** Que sea capaz de excluir de entrada los comportamientos irrelevantes para el Derecho penal.

Partiendo de la base de conseguir ese concepto, lo que se ha llegado a dar son diferentes conceptos de acciÃ³n, como por ejemplo el hegeliano que se ha desechado. Veamos **algunos con trascendencia**:

Concepto causalista de acciÃ³n. Tuvo gran influencia en el Derecho penal espaÃ±ol. Este concepto se acciÃ³n fue elaborado por V. Listz a fines del Siglo XIX, que concebÃ–a el delito como un comportamiento humano movido por la voluntad que causaba una modificaciÃ³n del mundo exterior. Es decir, V. Listz tiene un concepto del delito muy naturalÃ–stico, que tiene fÃ©cil percepciÃ³n.

Esto lleva a que la acciÃ³n se define como un comportamiento humano impulsado por la voluntad, que lleva a una modificaciÃ³n del mundo exterior. Por lo tanto el concepto de acciÃ³n de V. Listz se distinguen tres

elementos:

- Una acción humana movida por la voluntad.
- Una modificación del mundo exterior.
- Un tercer elemento que vincula la acción y el resultado que es la relación de causalidad.

Estos tres elementos son claves en el concepto causalista de acción del V. Listz.

Lo que nos interesa destacar es que la acción causal es voluntad causal, es decir, es el impulso de la voluntad. Esto quiere decir que lo que a Von Listz le interesa de la voluntad es solamente que esa voluntad pone en marcha el curso causal, y no le interesa para nada cuál es el contenido de esa voluntad (que la acción sea querida).

Hay otros autores que desarrollan este concepto como Belling y Mezger.

Belling desarrollando este concepto causal de acción pone de manifiesto que lo que quería el sujeto es irrelevante, y para constatar si hay o no acción da igual lo que pretendiera. El contenido de la voluntad se estudia en la culpabilidad, no en el concepto de acción.

Mezger en ese mismo sentido dice que sólo interesa saber que es lo que se ha causado, que es lo que ha producido ese sujeto. Es decir, la modificación del mundo exterior.

Penal I DÁ-a 29/1/2002

Crítica al concepto causalista de acción.

Al concepto causalista de acción se le ha rechazado que no sea lo suficientemente amplio para abarcar todos los comportamientos humanos relevantes para el Derecho penal.

Se le ha achacado que no sea capaz de abarcar el concepto de omisión. En la omisión no hay relación de causalidad, la omisión no produce ningún efecto, no pone en marcha ningún nexo causal.

No se puede hablar de no poner una causa, sino desde el punto de vista penal la omisión es no haber evitado un proceso penal que estaba en marcha.

Por ejemplo el socorrista que no evita el ahogamiento de una persona. Lo relevante en este caso para el Derecho penal no es el no haber evitado ese proceso causal que estaba en marcha. (*ex nihilo fit*, de la nada no se produce nada).

Para salvar esta objeción que se le atribuye al concepto causalista de acción Rodríguez Mourullo en España propuso considerar que la omisión es causal si al poner mentalmente la acción que no se ha ejecutado desaparece el resultado, es decir, la acción es causal si al "poner mentalmente" la acción que no se ha realizado el resultado desaparece. ¿Si al tirarse el socorrista lo hubiera salvado? Si la respuesta es afirmativa es causal.

Armin Kaufmann critica esta fórmula y señala que con esta formulación lo único que se consigue es determinar una causalidad potencial, es decir, sólo se consigue decir que la acción no realizada habría evitado el resultado, o sea, no es una causalidad real, no afirmamos una causalidad real.

Armin Kaufmann dice que lo que se consigue en definitiva es decir que la acción no realizada habría sido causal o es causal, pero no decimos nada de lo que nos interesa, que es la omisión.

Otra crÁtica al concepto causalista de acciÃ³n se hace desde el punto de vista de la voluntad. Para el causalismo el contenido no interesa, pero sÃ— la voluntad. Lo que se achaca es que caben omisiones sin voluntad, algo que tampoco resuelven.

RodrÃ—guez Mourullo considera que en muchos casos sÃ— que estÃ¡ presente en la voluntad porque existe lo que Ã©l llama reenvÃ—o voluntario, un ya lo harÃ© luego. Hay omisiones que no son voluntarias, y hay omisiones imprudentes, y no toda imprudencia es consciente.

Concepto finalista de acciÃ³n. Fue elaborado por Welzel en 1931, y ha sido elaborado por discÃ—pulos como Kaufmann, Maura o Stratenwerth. La tesis de partida del concepto finalista de acciÃ³n es que el legislador tiene ante si lo que Ã©l denominÃ— las estructuras lÃ—gico-objetivas, que son estructuras propias de la materia que va a regular el legislador. Estas estructuras pertenecen a la naturaleza de las cosas, es decir, son asÃ— ontolÃ—gicamente.

Entre estas estructuras lÃ—gico-objetivas estÃ— precisamente la acciÃ³n que tiene una estructura finalista (la acciÃ³n humana es finalista), de manera que tenemos que tener presente que si el legislador no toma en cuenta estas estructuras lÃ—gico-objetivas Ã©ste se estarÃ— apartando de la propia naturaleza de las cosas y serÃ—an errÃ—neas.

Welzel pretende conectar el Derecho penal y la ciencia. Para Welzel la acciÃ³n humana es el ejercicio de una actividad finalista. El carÃ—cter finalista de la acciÃ³n se basa en que el ser humano se considera como racional capaz de asignarse fines, y de conducir su actividad gracias al conocimiento que tiene de los cursos causales hacia la consecuciÃ³n de ese fin que se ha asignado, de manera que lo esencial para el concepto finalista de acciÃ³n es el contenido de la voluntad. De manera que es una actividad consciente querida en todo su contenido.

Desde el punto de vista del finalismo la acciÃ³n persigue un fin que es lo que interesa. Para el causalismo el resultado no es necesariamente lo que buscaba el sujeto, el resultado es fruto de una constataciÃ³n de causas, y una de estas causas es la acciÃ³n humana.

La acciÃ³n causal es ciega (porque el contenido de la voluntad no importa), en cambio la acciÃ³n finalista es vidente (porque es dirigida por una voluntad consciente).

El contenido de la voluntad es absolutamente relevante, ademÃ—s ese contenido de la voluntad pertenece a la acciÃ³n

Desde el punto de vista finalista pertenecen a la acciÃ³n todos los elementos que estÃ©n abarcados por la voluntad de realizaciÃ³n que es sinÃ—nimo de voluntad. Elementos de la acciÃ³n:

- El fin perseguido por el sujeto
- Aquellas consecuencias que no eran del fin del autor, pero que estaban necesariamente unidas a la consecuciÃ³n del fin.
- Aquellas consecuencias previstas por el autor como posibles en la realizaciÃ³n contaba. (**CONSTATAR ESTE 3Ã— ELEMENTO**)

Penal I DÃ—a 30/1/2002

La crÃ—tica bÃ—sica al concepto finalista de acciÃ³n es que es un concepto muy adecuado para explicar el comportamiento humano que estÃ— en la base de los delitos dolosos, pero adecuado para explicar la base que estÃ— en los delitos imprudentes.

En el delito doloso el resultado estÃ— abarcado por la voluntad de realizaciÃ³n del sujeto, y Ã©ste es o bien el

fin que pretendía o bien una consecuencia asociada a ese fin.

No ocurre así – con los comportamientos imprudentes porque el resultado se produce de una manera causal, es decir, el comportamiento es la causa del delito imprudente, pero no abarca la voluntad del sujeto, y esto no se consigue explicar con el concepto finalista de acción.

Hay que tener en cuenta que dentro de los delitos imprudentes podemos hablar de dos **tipos de imprudencia**:

- **Consciente.** El sujeto prevé una consecuencia, pero confía que el resultado no se produzca. Por ejemplo el que conduce a mucha velocidad por ciudad confía en no matar, pero sabe que puede pasar.
- **Inconsciente.** El sujeto no prevé una consecuencia, y por eso difícilmente se puede abarcar por el concepto finalista de acción. A diferencia del la consciente el sujeto ni siquiera prevé la consecuencia, y lo que le reprocha el derecho es que tendrá que haberla previsto.

Para intentar salvar esta objeción Welzel reelabora su concepto de acción y dice que también en los comportamientos imprudentes hay una acción finalista real, porque en los delitos imprudentes esa acción finalista está presente aunque lo que nos interesa de ella no es lo que persigue, sino el modo en que se realiza. Es decir, que se realiza de una manera desmedida.

El resultado es consecuencia del modo en que se ha realizado esa actividad finalista.

Según Welzel la finalidad en un delito imprudente es irrelevante para el Derecho penal. Con esta reformulación se consigue salvar el problema de la imprudencia del concepto finalista de acción.

En contra se critica que a pesar de que se salve, se llega en relación con los delitos imprudentes al mismo concepto causal de acción. Además se le reprocha que en relación a los delitos imprudentes la relación de causalidad y el resultado no forman parte de la acción porque no están abarcados por la voluntad de realización, y la relación de causalidad tampoco.

En cualquier tanto caso el resultado como la relación de causalidad en delitos imprudentes sí – forman parte del tipo de lo injusto, no de la acción. Es decir, la acción para Welzel es un concepto ontológico en los delitos dolosos, pero la acción en delitos imprudentes no son ontológicos.

Llegamos a la conclusión que el concepto finalista de acción no es tan ontológico como pensaba Welzel. Es decir, incluye elementos normativos (elemento relevantes para el Derecho penal). También llegamos a la conclusión que de cara a los delitos imprudentes no hay más remedio que normativizarlos, es decir, incluirles elementos normativos.

A favor del concepto finalista de acción, respecto a la criminología que dice que se equipara la acción causalista con la finalista, cabe replicar a esta criminología diciendo que en realidad el contenido de la voluntad no es totalmente irrelevante para el finalismo para los delitos imprudentes.

Otro problema que plantea el concepto finalista de acción es que no es suficiente para abarcar la omisión, porque en ella falta la finalidad y la causalidad. Eso lleva a que desde el punto de vista finalista se responda que la acción y la omisión sí – tiene para el finalismo una nota en común, y esa nota es la capacidad de acción, es decir, que en una acción hay capacidad de acción hasta el punto de que si no hay esa capacidad de acción la omisión no es relevante.

Podemos definir la omisión desde el punto de vista finalista como la acción con capacidad concreta de acción. Esto lleva a poder afirmar que la conducta se puede definir desde el punto de vista del finalismo como la actividad o pasividad comprendida dentro de la capacidad de dirección finalista de la acción (lo

que el sujeto podrá-a haber dirigido a un fin, pero que no lo ha hecho).

A partir de este punto hay autores que llegan a la conclusión que ni el concepto finalista ni el concepto causalista son válidos porque ninguno de los dos cubren lo que tendrán que cubrir, y buscan otras vías por lo que surgen nuevas corrientes. Hay autores que abandonan el plano ontológico del ser el intentan formular un concepto normativo de acción, es decir, qué acciones son relevantes para el Derecho penal.

Surge por tanto el **concepto social de acción** que también se llama **concepto finalista-objetivo**, porque pretenden seguir el mismo camino que el finalismo prescindiendo del causalismo, y además se intenta no estar vinculado al contenido de la voluntad.

Este concepto finalista-objetivo surge después de otros intentos también abarcables por el concepto social de acción. En esos primeros conceptos sociales de acción hay que citar a Schmied, Englich y Maihofer, que destacan porque pretenden prescindir completamente del concepto subjetivo.

Estos primeros conceptos sociales de acción para saber lo que es acción habrá-a que ir tipo por tipo comprobando cuáles son los comportamientos relevantes. Todos estos conceptos tienen en común que definen la acción como un comportamiento socialmente relevante, lo que añade nada. Además para saber lo que es socialmente relevante hay que ver si encajan en cada tipo correspondiente.

Tras esos fracasos del concepto de acción puramente objetivo, Jescheck pretende mantener un aspecto subjetivo y propone un concepto final objetivo.

Para Jescheck la acción en los hechos dolosos se define igual que en el finalismo. En los delitos imprudentes y omisiones el tipo básico es la posibilidad de finalidad.

Este autor define la acción como una respuesta humana antes una exigencia social que el sujeto reconoce o puede reconocer.

Pero hay autores que sí introducen dentro del concepto de acción la relevancia social del comportamiento, aunque, en realidad mantienen un concepto causal o final de acción porque en realidad no son partidarios del concepto social (Jiménez de Assua y Mir Puig).

Solamente hay una excepción: Rodríguez Mourullo, que sí que mantiene un concepto social de acción de Wessels que dice que la acción es una conducta socialmente relevante dominada por la voluntad o dominable.

Crítica al concepto social de acción.

En primer lugar cabe decir que no se trata de un concepto valorativamente neutral porque es un concepto que incluye ya la previsibilidad objetiva.

Además no es un concepto particularmente adecuado para cumplir la función de elemento básico, porque decir un comportamiento socialmente relevante es muy abstracto, con lo que no puede cumplir la primera finalidad del concepto de acción.

Autores como Roxán dicen que acción es un “elemento estético” porque:

- O bien nos dan conceptos de acción vacíos de contenido.
- O porque nos hace ir tipo por tipo para ver si la acción corresponde a algún tipo.

Eso lleva a que otros autores opten por elaborar un **concepto normativo de acción**.

Roxñ define la acciñ como una conducta personalmente imputable. Ese concepto tan amplio lo concreta posteriormente Roxñ recurriendo a criterios de imputaciñ de la acciñ y del resultado. Por ejemplo a travs del criterio de la disminuciñ del daño.

Posteriormente Roxñ cambia el criterio de acciñ diciendo que acciñ es toda manifestaciñ de la personalidad. Lo que intenta restringir luego a travs de criterio de imputaciñ de la acciñ y el resultado.

Esto ha recibido críticas porque adelantan categorías que vienen despues, fundamentalmente contenidos del tipo.

Otro concepto importante es el de Jakobs, que define la acciñ como la causaciñ de un resultado evitable por el sujeto. Este concepto tampoco resulta válido, ya que prejuzga la culpabilidad, y por tanto tampoco es valorativamente neutral.

La segunda corriente o vía posterior al finalismo estaría integrada por esos autores que consideran que no hay uno, sino dos conceptos como elementos bases del tipo: acciñ y omisiñ.

Entre estos autores se encuentra Cerezo Mir, que considera que esos dos conceptos pueden cumplir una función de base, enlace y límite.

Todo este problema de tratar de buscar un solo concepto fue fruto de un planteamiento exagerado, fundamentalmente porque el Código penal alemán ha hablado siempre de la acciñ y no de la omisiñ. Eso lleva a doctrina alemana a la búsqueda de un solo concepto, y la doctrina alemana arrastra a la demanda.

Cerezo es un autor finalista, pero llega a la conclusión de que no hace falta un solo concepto.

Concepto de acciñ y omisiñ adoptado.

Vamos a partir del finalismo. El concepto finalista de acciñ es un concepto que explica los delitos dolosos mejor que ningún otro concepto porque atiende al contenido de la voluntad. También nos sirve para explicar los delitos imprudentes.

De cara a la omisiñ tampoco hay problema porque podemos _____ con dos conceptos, el de acciñ y el de omisiñ. Definimos omisiñ como la acciñ con capacidad concreta de acciñ. (**FALTA PALABRA**)

Otra ventaja es que permite partir de un concepto del ser humano como un ser responsable que persigue unos fines y es capaz de conseguirlo.

Cerezo reconoce que el concepto de acciñ de Welzel no es tan ontológico. El problema es que es un concepto que adelanta el dolo, porque en relación con los delitos imprudentes sólo nos interesa el modo en que se desarrolla la acciñ.

Vamos a mantener el concepto finalista de acciñ, pero admitiendo que debe tener una base normativa.

1

2