

EMILIANO BORJA JIMENEZ

**Profesor Titular interino de Derecho Penal
Universitat de València**

Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del nacimiento de la teoría final de la acción de WELZEL y su progresiva implantación tras la Segunda Guerra Mundial, surgió un enconado debate entre los autores clásicos que postulaban en favor de un concepto causal de acción y la nueva tendencia. Dicho debate fue a su vez reflejo de uno más amplio que se producía en el seno de la teoría jurídica del delito e incluso en el ámbito metodológico general del conjunto del Derecho penal. El enfrentamiento de ambas concepciones fue mitigándose a lo largo de dos décadas, y a partir de los años setenta el concepto de acción perdió parte del interés de los penalistas quienes centraron sus esfuerzos investigadores en problemas básicos del tipo de injusto y de la imputación objetiva. En los últimos años, sin embargo, llama la atención el resurgimiento desde algunas posiciones del interés en el estudio del concepto jurídicopenal de acción, interés que se origina fundamentalmente desde tendencias del Derecho penal muy próximas entre sí, aun cuando sea tan sólo desde el prisma metodológico. Llama la atención, por tanto, que autores susceptibles de ser calificados como “funcionalistas” (aun con grandes particularidades en cada uno de ellos), de la talla de JAKOBS, ROXIN o GIMBERNAT, hayan reflejado en distintos trabajos un notable esfuerzo sobre la necesidad de establecer un concepto de acción válido para el Derecho penal que actúe como presupuesto esencial del resto de categorías del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad).

(1) JAKOBS, Günther: *Der strafrechtliche Handlungsbegegriff: Kleine Studie*. München, 1992; pág. 12. Versión similar *El concepto jurídico-penal de acción*. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992. Traducida por Manuel Cancio Meliá.

Evidentemente, existe más de una versión funcionalista del Derecho penal. En la actualidad se puede decir que hay dos grandes tendencias que engloban distintas posiciones partiendo de presupuestos similares pero con metodologías diferentes, encabezadas, respectivamente, por JAKOBS y ROXIN.

En efecto, la excesiva abstracción a la que ha conducido la moderna Dogmática jurídica ha determinado un notable alejamiento del Derecho penal respecto de la realidad que pretende estudiar, y desde este punto de vista se podría justificar esta característica común a todos los autores funcionalistas que es la representada por la tentativa de llevar a cabo un programa que explique, desde un esquema más concreto que el mero lógico-jurídico, la repercusión real de las diversas instituciones penales en el contexto social en el que nacen y se desarrollan. De ahí que el estudio de uno de los componentes básicos del Derecho penal de todos los tiempos, la acción jurídica-penal, examinada sin embargo desde una perspectiva totalmente diversa, la perspectiva funcionalista, se presente como tarea de notable interés, aun cuando el análisis se centre ahora en una exposición de las distintas posiciones de los autores, en una puesta en común de los diversos puntos coincidentes y en una valoración y crítica general.

Se ha de destacar en este sentido como uno de los autores funcionalistas más importantes de la dogmática actual, Günther JAKOBS, ha manifestado la necesidad de volver a la discusión sobre la problemática en relación al concepto y al lugar de ubicación en la teoría jurídica del delito de la acción jurídica-penal. Y se considera asimismo que hay que retomar el debate en relación al concepto de acción porque en él se encierra una concepción de la sociedad en relación con el Derecho penal (1).

Junto a estas tendencias aparecen también concepciones particulares que, en el concreto ámbito de la acción, presentan una importante propuesta que debe ser, en cuanto a su análisis, tomada en consideración. Aquí nos encontramos ante las tesis de KARLG (2) y GIMBERNAT. Evidentemente, todas y cada una de las diferentes tendencias mantienen puntos en común que fundamentan el que se pueda hablar de un concepto funcionalista de acción, y en este punto es donde se centra el núcleo fundamental de la tesis de la presente investigación. Tal y como se ha indicado líneas atrás, la evaluación y crítica respecto de esta presumible nueva concepción de acción pondrá el punto y final al trabajo aquí elaborado. Se desarrolla, pues, seguida y separadamente, cada uno de los aspectos inicialmente señalados.

II. FUNCIONALISMO Y DERECHO PENAL. BREVES CONSIDERACIONES

Se había indicado que desde los inicios de los años setenta hasta el momento presente, penetra en la Dogmática jurídico-penal una nueva tendencia, denominada funcionalista o final-racional, cuyo denominador común viene definido por una orientación en la sistematización de los diversos conceptos y principios del Derecho penal hacia criterios de política criminal u otros derivados de los fines propios de la pena, en particular, de la prevención general.

(2) La tesis de KARLG no va a ser examinada en este trabajo, pues su concepción de la acción, que otorga gran primacía al elemento intelectual sobre el volitivo, parte de los presupuestos de la teoría biológica, psicológica y sociológica de la cognición que necesitaría, por su novedad, de mucho más que un apartado en este trabajo para poder entrar mínimamente en una exposición detallada de sus planteamientos y consecuencias. Al respecto KARLG, Walter: *Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie*. Berlin, 1991; págs. 424 y siguientes, en las que se encuentra su exposición en el concreto marco de la acción.

También se ha dicho que la concepción funcionalista está integrada por varias tendencias de muy diverso signo. Con el fin de no complicar demasiado la explicación, pasamos a examinar los rasgos sistemáticos fundamentales que presentan las obras de dos de los más representativos autores. De una parte se encuentra la posición de JAKOBS, inmantada de categorías sociológicas y guiada principalmente por criterios de prevención general (es decir, a raíz de la teoría de los fines de la pena). De otra parte, sin abandonar la concepción valorativa del postfinalismo, se desarrolla el programa de ROXIN en el que se intentan conjugar el desenvolvimiento dogmático de la teoría jurídica del delito con la política criminal (es decir, no sólo centrado en los fines de la pena sino en los fines del Derecho penal). Entre ambos existen, claro está, diversas posiciones intermedias que no pueden ser estudiadas ahora, por razones fácilmente comprensibles (3). Se trata, pues, antes de acometer el estudio del objeto fundamental de la presente investigación, esto es, antes de realizar el examen del concepto de acción en el funcionalismo, de llevar a cabo unas breves puntualizaciones sobre las características comunes y generales de estas dos tendencias. En cuanto a los presupuestos de la tesis funcionalista de GIMBERNAT, merced a las particularidades que presenta, será considerada en el momento del específico análisis de la misma.

En una primera línea de pensamiento, en su versión más radical, se parte de los presupuestos del funcionalismo sociológico de PARSON y de la aportación científica de

(3) Realiza esta distinción sistemática de las dos subtendencias, SILVA SANCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona, 1992; págs. 20 y 21. Sin embargo, algún discípulo del propio ROXIN, como ACHENBACH o AMELUNG, parecen encontrarse más cerca de JAKOBS en algunos aspectos.

LUHMANN en el marco de la Ciencia del Derecho (4). En su visión del Derecho penal, se niega el principio clásico que sitúa su función en la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que se mantiene que la lesividad social es algo más que la violación de valores ideales.

La crítica funcionalista, se ha visto, achaca a la Dogmática la pérdida de contacto con la realidad, y el que aquélla haya consagrado la teoría de los valores como postulado fundamental sobre el que se asienta el sistema. La pregunta sobre la función representada por esos valores sería, según los partidarios del funcionalismo, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del derecho positivo. Sería expulsado a la moral, a la religión o a la política. Así, se aconseja al Derecho penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social (5). Incluso frente a la Dogmática del finalismo, que fundamenta su sistema con base en criterios filosóficos de orden ontológico, se sustituyen dichos criterios por una Teoría de la Sociedad (Sociología del Derecho y Teoría del Derecho) que se estructura en atención a los fines que persigue el Derecho

(4) PARSONS, Talcott: *The social system*. 4ª Edic. New York, 1968. LUHMANN, Niklas: *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssoziologie*, 2 tomos. 1ª Edic. Hamburg, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona, 1976; págs. 295 y ss. LUZON PEÑA, Diego Manuel: *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, 1979; págs. 9 y ss.

(5) Al respecto, la exposición de AMELUNG, Knut: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt, 1972; págs. 350 y ss. Más recientemente, del mismo autor, *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*. Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung. Baden-Baden, 1991; págs. 269-279. RUDOLPHI, Hans Joachim: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgütsbegriffs*. Festschrift für HONIG. Göttingen, 1970; págs. 151 y ss. Un resumen de los presupuestos que guían este pensamiento en mi trabajo *El delito de allanamiento de morada*. Tesis inédita. Valencia, 1990; págs. 103 y ss.

penal, que no son otros que los que pretende la colectividad organizada estatalmente (6).

Como presupuesto sociológico, se parte de una concepción de la sociedad en la que ésta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de la misma, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado sólo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida humana en comunidad. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad sólo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el Derecho penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución en orden a la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad (7). Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el Derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

(6) Más concretamente, el funcionalismo más radical representado por JAKOBS, tal y como más adelante se tendrá oportunidad de ver, desarrolla su construcción conceptual jurídicopenal tomando como punto de mira la función estatal de la pena, que en términos generales corresponde con la necesidad de estabilizar las normas de la convivencia. En este sentido, SCHMIDHÄUSER, Eberhard: *Was ist aus der finalen Handlungslehre geworden?* JZ (1986); págs. 109 y ss, 115.

(7) Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft...* cit.; pág. 351.

Claro, que estos postulados, como se ha significado desde un principio, son tomados en mayor o menor consideración dependiendo de la tendencia más o menos radical de cada uno de los autores que la profesa. En general se puede decir que las tendencias más fuertemente funcionalistas (ejemplo de JAKOBS) utilizan en mayor medida categorías que provienen de la Sociología y de la Psicología, mientras que las concepciones menos ortodoxas presentan conceptos acuñados por la tradición jurídica (ROXIN), sin que esta observación implique una total inobsevancia de alguna de las señaladas premisas básicas.

La corriente más sociológica y radical del moderno funcionalismo viene representada, pues, por JAKOBS. De ahí que, aun cuando no sea atendiendo al factor temporal, ni mucho menos, esta primera expresión del pensamiento funcionalista tenga que ser expuesta, por su proximidad con el planteamiento inicial, en primer lugar, centrando el estudio, eso sí, en el concreto marco de la acción jurídicopenal.

III. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL FUNCIONALISMO RADICAL DE JAKOBS

a) El funcionalismo sociológico de Jakobs

Tal y como se ha señalado líneas atrás, desde el punto de vista metodológico, el autor utiliza en su desarrollo dogmático el instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN (8). Con esta concepción como punto

(8) JAKOBS, Günter: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª Edic. Berlin-New York, 1991; págs. 6 y ss, núms. 4 y ss, expresamente en notas 7 y 8. Este mismo planteamiento fue anticipado en su trabajo *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976; págs. 9 y ss. Una clara, concisa y completa exposición en SILVA SANCHEZ: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...* cit.; págs. 69 y ss, núms. 4 y ss.

de partida, define todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social (9). En este sentido, la concepción de la norma penal, presupuesto de toda teoría del delito, no tiene ya un significado lógico o valorativo primario, sino que ésta viene contemplada como un hecho social más. Y así cada uno de los correspondientes elementos de esa teoría jurídica del delito, irá referido funcionalmente a dicha norma, de manera tal que los distintos componentes fundamentales serán interpretados según sea el momento de menoscabo de la función de la regla jurídica. La acción, como es natural, no representa ninguna excepción a esto que se acaba de señalar.

La norma jurídica refleja así el criterio rector de ordenación social que establece y diversifica los distintos roles en favor del funcionamiento del sistema social. La conducta criminal presupone, ante todo, una forma de expresión con sentido en un contexto socialmente relevante, una forma de interpretación del mundo. Eso sí, esa forma de conformación del mundo es imputada a través del prisma jurídicopenal al agente en tanto que éste exteriorice una expresión de ruptura de un orden vigente. Así se dirá que si alguien destruye sin ningún fundamento una cosa ajena, exterioriza así no sólo su expresión de sentido en los términos: “prefiero la acción de destrucción a la de custodia”, sino también: “yo no veo ninguna norma en el sentido de que prohíba el comportamiento destructivo”, y esto *es* ya una afirmación en la relación jurídicopenal. De ahí que la expresión de sentido jurídicopenalmente relevante de una acción antijurídica no se encontrará ya en la puesta en conocimiento por parte del autor de su particular forma de interpretación del mundo, sino en la inseparable toma de posi-

(9) En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNE-MANN, Bernd: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en el libro colectivo coordinado por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York, 1984; pág. 45. Existe traducción al castellano (*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducido por SILVA SANCHEZ, Jesús María. Madrid, 1991); pág. 54, nota 133.

ción respecto de la vigencia de la norma: el sujeto agente no ve ninguna norma que le obstaculice, bien sea porque no conoce la correspondiente norma, bien sea porque la conoce y a pesar de ello se ha propuesto infringirla (10). Es más, el Derecho penal ya no persigue la mera protección de bienes jurídicos, tal y como se ha señalado en la introducción, sino que centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma. «La norma conforma un motivo dominante; pues el fin de la pena es el mantenimiento de la confianza en el Derecho» (11).

b) La acción como unidad de sentido socialmente relevante

El particular entendimiento de la acción humana se va a originar a raíz de estos presupuestos. Existirá pues conducta humana cuando un determinado comportamiento tenga sentido en un esquema social de comunicación (12). En tanto que unidad de sentido, el comportamiento debe ser susceptible de interpretación a través de un esquema de comunicación socialmente relevante (13). A esta conclusión llega el autor, acep-

(10) JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit.; págs. 33 y 34. Tomando varios párrafos de forma casi literal para expresar más genuinamente el pensamiento del autor.

(11) JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit.; pág. 37.

(12) De hecho, la función de la acción asignada por LUHMANN, en la que se trata de averiguar qué es un sujeto, qué es el mundo exterior para ese sujeto y cuándo puede ser puesta en comunicación (cuándo puede serle imputado) la conformación del mundo exterior con el sujeto, es aceptada por el autor estudiado. JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 137, núm. 21.

(13) JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit.; págs. 28 y 29. «La conexión de imputación del hombre y la causación del resultado con la acción humana no se ha de establecer -a diferencia de lo que sugiere el finalismo- sólo con las anticipaciones psíquicoindividuales de los procesos causales, ni tampoco con un conocimiento general de semejantes acontecimientos psíquicoindividuales, sino que ese esquema de comunicación resulta ya a partir de la aplicación de un esquema de significación. y la constitución decisiva de ese esquema resulta ya de la configuración de la sociedad, no de un entendimiento sólo individual»

tando en este punto el presupuesto filosófico de acción de GEHLEN sin reserva alguna (14).

Esta consideración previa de la acción humana va a tener como consecuencia el que el autor expulse de dicho concepto aquellos acontecimientos que, siendo expresión de la voluntad humana y en cierta medida, manifestación exterior de la misma, no puedan ser evitados de ninguna forma por el sujeto de referencia. Pues ocurre que en los acontecimientos inevitables el sujeto no manifiesta su toma de posición ante la realidad inmediata, dado que en tal caso no se puede decir que haya toma de posición en la medida en que no es posible obtener una interpretación del comportamiento del sujeto como una unidad con sentido. La evitabilidad, por tanto, afirma la toma de posición, y ésta a su vez, afirma la acción. La acción a su vez, tal y como se ha visto, viene caracterizada según GEHLEN por la toma de posición hacia el exterior. Todo ello nos conduce a una primera conclusión provisional en el concepto de acción: la evitabilidad no forma ya parte de la culpabilidad, sino de la acción misma: «Lo inevitable no se encuentra en disposición motivacional de la persona, por eso tampoco puede ésta tomar posición» (15).

Sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, cabe señalar que este concepto de acción se desarrolla claramente cuando el autor hace referencia a la acción impruden-

(14) «El hombre es la esencia agente. El no está... 'sujeto', esto es, es todavía en sí mismo actividad -es, también puede decirse: la esencia que toma posiciones. Los actos de su toma de posición hacia el exterior los denominamos acciones, y precisamente en tanto que es todavía en sí mismo actividad, también toma posición para sí mismo y 'se convierte en sí mismo para algo'... el hombre es *previsor*: (esto es, esencia que prevé). Se encuentra... ordenado a lo lejano, a lo no actual en el espacio o en el tiempo, él vive, -frente a los animales- para el futuro y no en el presente. Esta determinación se debe a las circunstancias de una existencia agente y a que el hombre, en el auténtico sentido, es conciencia humana y a partir de aquí tiene que ser entendido» A. GEHLEN: *Der Mensch*. 13ª Edic., 1986; pág. 32. Citado por JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit; pág. 23.

(15) JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit.; pág. 25.

te. Se pregunta entonces sobre el fundamento de la pena en estos supuestos. ¿Por qué se castiga entonces al que actúa imprudentemente, al que desconoce las consecuencias de su actuación aun cuando las podría haber evitado? Aquí, se dice, el agente proyecta un mundo en el que las consecuencias de su actuación, en el que los costes de su conducta no son calculados, y con ello, no son tomados en consideración. De esta forma, el agente desvalora esas consecuencias, no piensa en ellas. Ese no reflexionar sobre las consecuencias, porque éstas no se valoran como dignas de reflexión, todo ello supone una toma de posición, o lo que es lo mismo, una desvaloración de la no reflexión. A título de ejemplo, se señala que si en el momento de conducir un vehículo de motor no se percata el conductor de que se supera el límite de velocidad prescrito por la ley, porque su observación o no observación no interesa, se está manifestando a través de su conducta que la regulación de la velocidad no tiene significación alguna. La evitabilidad, en definitiva, define el contorno de la acción humana tanto en el delito doloso como en el delito imprudente, y de ahí que sea elemento cosustancial a dicha definición.

También es fácil de comprender que este entendimiento de la evitabilidad inherente a la conducta humana conduzca a su vez a un nuevo entendimiento de la imputación. Frente a la doctrina tradicional, que hasta ahora había mantenido que la acción representa el momento de referencia de la imputación objetiva en orden a la determinación de la vinculación del resultado al sujeto, en la teoría funcionalista radical el esquema se invierte: la imputación es presupuesto básico de la acción, es decir, si no hay imputación, no hay acción, y ello se puede entender cuando en la definición del comportamiento jurídico relevante penalmente se ha introducido el mencionado elemento de la evitabilidad (16). Asimismo, al igual que la

(16) SCHMIDHÄUSER: *Was ist aus der finalen Handlungsbegriffslehre geworden?*... cit.; pág. 115.

imputación marca la propia esencia de la acción, ésta misma se anticipa, como concepto fundamental, tanto al tipo objetivo como al tipo subjetivo. La imputación a través de la evitabilidad se constituye de esta manera en elemento esencial no sólo de la acción sino de toda la teoría del delito en el autor alemán. Es conveniente continuar realizando algunas precisiones en este punto.

A pesar de ocupar la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Bonn que en el pasado perteneció a su maestro WELZEL, se ha señalado sin embargo que para JAKOBS el componente esencial del comportamiento jurídicopenal no se encuentra tanto en la finalidad como en las condiciones de la evitabilidad de una conducta (17). Es decir, el criterio decisivo que marca los contornos de la definición de la acción humana no viene constituido ya exclusivamente por la capacidad de anticipar metas y fines y dirigir los procesos causales en pro de esa anticipación (traducido en otras palabras, dirección de la finalidad hacia el resultado), sino que, por el contrario, el prisma se orienta en atención a las condiciones de la evitabilidad de ese resultado. Se entiende ahora, como tantas veces se ha repetido, que la acción se defina como causación de un

(17) La característica de la evitabilidad como elemento configurador de la acción no es nueva en la doctrina penalista. Uno de los precursores del concepto social de acción, MAIHOFER, definía a ésta como «toda conducta objetivamente dominable con dirección a un resultado social objetivamente previsible». MAIHOFER, Werner: *Der soziale Handlungsbegriff*. Festschrift für E. SCHMIDT. Göttingen, 1961; pág. 178. Aunque expresamente no se hiciese referencia a la nota de la evitabilidad, ésta se encuentra implícita en el concepto de acción de este autor. Sin embargo fue ya KARHS quien elevó a carácter de principio el criterio de la evitabilidad, especialmente en el marco de la imputación típica. De otra parte, HERZBERG establece por primera vez la nota de la evitabilidad como aspecto delimitador del concepto de acción en sentido general: «la acción del Derecho Penal es la no evitación evitable en posición de garante». Tras estos precedentes, JAKOBS representa un paso más en esta evolución al introducir la evitabilidad como elemento intrínseco del concepto de acción. Al respecto, ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I. München, 1992; pág. 145, núm. 33.

resultado evitable (18). Esto no implica que la influencia finalista sea despreciable, por el contrario, se destaca el concepto personal de injusto, el cual se ha dejado notar en la propia concepción del autor (19).

La inevitabilidad de la causación del resultado aportaría la ventaja de que puede incluir en su seno tanto al delito doloso como al culposo (20). Es más, se dirá que no hay ninguna

(18) El mismo autor señala que en el ámbito del delito doloso las diferencias con las tesis finalistas son apenas inexistentes. Pero acto seguido JAKOBS manifiesta que su concepción (calificada aquí como funcionalista radical) cambia el punto de mira desde la finalidad dirigida al resultado delictivo a las condiciones de la inevitabilidad de ese resultado. JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 141, núm. 27.

(19) La personalidad del autor llega a ser un componente esencial en el desarrollo teórico del Derecho penal que propugna JAKOBS. Se afirma que de la negación del cumplimiento de un rol específico asignado al autor no necesariamente se pueden extraer consecuencias para otros ámbitos de su vida, aun cuando se reconoce que ello no siempre es así, puesto que, se expresa, dicha negación en la reprochabilidad individual no sólo afecta a las circunstancias de identidad de un titular de roles, sino que también afecta a la parte del sujeto que forma en los distintos roles la unidad del titular, esto es, que afecta por tanto a las circunstancias de identidad independientes de los roles. Se suele señalar el ejemplo de un cirujano que no presta en su trabajo el cuidado que a él personalmente le es exigible. Esta indicación implicaría el que no se pudiera descartar las dudas existentes sobre su competencia en otros roles, aunque quedase claro que se trataba de la negación de un rol específico, pues en última instancia se haría referencia a la negación que es más común (por no decir total) al conjunto de los roles que le son asignados. Por eso el autor también tendría que cargar con el estigma que ha cultivado en un ámbito de su vida en otros ámbitos. Y por eso el hecho no sólo proporcionaría a las personas ocasión para distanciarse de los roles que normalmente les corresponden y que el mismo autor ha negado, sino que éste queda aislado desde la perspectiva transcendental de los roles. JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 139; núm. 24. El elemento personal, por tanto, aparece como factor de cierta importancia en la definición del injusto.

(20) «La causación de un resultado individualmente evitable es el concepto superior para el delito doloso e (individualmente) imprudente. El conocimiento de la ejecución de la conducta y en el caso dado, de sus consecuencias (en el dolo) o la reconocibilidad general en la imprudencia pertenecen como condiciones de la evitación a la acción, y con ello, al injusto». JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 141, núm. 27.

acción que no sea dolosa o al menos imprudente, en la medida en que ésta es tomada siempre en consideración en atención al ulterior acontecimiento jurídico-penal. Así, falta la acción cuando acontece la producción del resultado de forma inevitable, esto es, ni tan siquiera imprudentemente.

Otro elemento que coadyuva al concepto de acción funcionalista en JAKOBS gira en torno a la problemática de la adecuación social. En efecto, como es sabido, ciertas conductas humanas caracterizadas por coincidir con la descripción literal de determinados preceptos de la Parte Especial, aceptadas como normales por la comunidad (lesiones deportivas, falsedades insignificantes, regalos de pequeña entidad a funcionarios, etc.), se estimaban por WELZEL como acciones atípicas por no violar ningún valor éticosocial en la medida en que éstas se consideraban adecuadas socialmente. Frente a WELZEL, que mantenía en tales casos el carácter jurídico-penal de la acción aun cuando faltase la tipicidad, JAKOBS entiende que la adecuación o inadecuación social del comportamiento determina ya la propia acción en sentido jurídico-penal. La adecuación social por tanto es trasladada del estadio de la tipicidad al de la acción. Claro que, esta consecuencia es coherente con el planteamiento inicial, pues aquellas acciones que son valoradas por la comunidad positivamente pese a corresponder con la descripción de un tipo legal, no representan la exteriorización de la interpretación de un comportamiento que viole el respectivo rol asignado. Por el contrario, la adecuación social determina, pese a la presunta tipicidad formal, la conformidad con la función y ello impediría calificar el acontecimiento como acción. De aquí se deducirá otra conclusión a tener presente más adelante: el concepto de acción de este autor viene caracterizado por la nota de lo social, concepto social entendido en clave sociológica.

En este contexto se puede entender que el autor rechace, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción. La consecuencia, de lo visto hasta

ahora, es bien patente: se inclina en favor de un concepto social de acción *sui generis*: «La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias» (21). La definición de acción tiene, en el sentido señalado hasta ahora, y como ocurre en el resto de categorías del delito, un marcado acento social, de tal forma que su contenido viene determinado en atención a su aptitud para ser susceptible de interpretación en un contexto social determinado. De esta forma, el comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal viene considerado en atención al hecho de ser la razón originaria de un resultado. El concepto de acción de JAKOBS es, por tanto, de naturaleza social y causal, o dicho de otra forma, causal desde un contexto social, en la medida en que dicha acción se concibe como el factor causante individualmente evitable de la lesión de la vigencia de la norma. Esto es, causación evitable de un resultado.

El concepto de acción así presentado nace con la pretensión de poder cumplir la denominada función clasificatoria del concepto general de acción. Es decir, se quiere extender su ámbito de validez tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes, tanto a los de comisión como a los de omisión. Ya se ha visto como, apoyado en el criterio de la evitabilidad, el autor ha intentado salvar las dificultades que tuvo el finalismo para poder trasladar sus conclusiones al marco del delito imprudente. Vamos a ver ahora como se intenta resolver el problema en los delitos de omisión.

(21) JAKOBS: *El concepto jurídico-penal de acción...* cit.; pág. 14. Del mismo: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; págs. 136 y ss, núms. 20 y ss. Del mismo: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit.; pág. 27. «Acción como causación individualmente evitable de un resultado, y por tanto, como expresión de sentido».

El autor establece la relación entre la omisión y el resultado a través de la conexión entre el hombre y el acontecimiento. De esta forma, en la omisión el resultado es imputable al omitente, y en este sentido actúa o, si se quiere, se comporta (denominando entonces conducta al concepto superior que abarcaría tanto a la acción como a la omisión) el omitente en la medida en que su omisión es decisiva para la producción del resultado. Se intenta así llevar a cabo la conexión entre el hombre y el proceso del resultado. Y se dirá que en los delitos de omisión también se presupone la evitabilidad en relación a la motivación y al movimiento corporal, tal y como ocurre en los delitos de actividad, pero de forma inversa. En la comisión un conjunto de estímulos consciente o inconscientemente conducen a la constitución de un motivo que da origen al movimiento corporal y éste movimiento corporal ocasiona un acontecimiento. En cambio, en la omisión se produciría un acontecimiento que no habría sucedido si el autor se hubiese motivado en favor de su impedimento y hubiese ejecutado el correspondiente movimiento corporal. En la omisión, como en la acción en sentido estricto o la conducta dolosa o imprudente, la evitabilidad constituye un elemento sustancial. Dicha evitabilidad no sólo comprendería el conocimiento o la reconocibilidad de las condiciones de la producción del resultado, sino que también abarcaría la comprensión de la necesaria relación de dependencia de esas condiciones respecto de la propia conducta del sujeto, esto es, lo que el autor denomina la influenciableidad (22).

En consecuencia, se admite un concepto superior de acción, claramente expresado en las siguientes palabras: «según el concepto de acción aquí aplicado como causación de un resultado evitable y el correspondiente concepto de omisión como no impedimento de un resultado evitable, permite construir un concepto superior de conducta que comprende lo

(22) JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 142; núm. 28.

común del actuar como del omitir en la respectiva diferencia del resultado evitable” (23).

En esta última fase de la exposición del concepto de acción en JAKOBS es necesario tomar en consideración algunas precisiones en lo que se refiere al resultado del delito.

La concepción radicalmente funcionalista del autor se muestra ya cuando define el resultado como lesión de la vigencia de la norma, esto es, y entendiendo norma como criterio rector de ordenación social, como menoscabo de una determinada función social (24). En otras palabras, el autor es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que se concibe el injusto de un delito como la frustración del cumplimiento de un rol asignado al sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, representaría la lesión a la función y se constituiría así en el primer motivo de la incriminación. De todo esto se deduce el por qué el autor llega a definir la acción en base a este resultado y por qué caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma. El resultado se define así como el no reconocimiento de la validez de la norma. O formulado de otra forma, se va a señalar que quien expresamente mantiene que la norma para él no conforma actualmente máxima alguna, actúa, si la expresión se realiza a

(23) JAKOBS: *Strafrecht...* cit.; pág. 143, núm. 32. El autor establece un ejemplo muy clarificador: es indiferente si alguien causa de forma evitable la muerte de otro o si de otra forma no evita las condiciones predispuestas suficientemente para ocasionar una muerte ajena evitable (dolosa o imprudentemente); es lo mismo a pesar de la distinción entre acción y omisión, en la diferencia evitable entre las respectivas alternativas; es precisamente la diferencia entre la vida y la muerte. Formalmente: conducta es la evitabilidad de la diferencia de un resultado».

(24) JAKOBS: *El concepto jurídico-penal de acción...* cit.; págs. 20 y 21.

través de una actividad corporal, y omite cuando toma expresión la no realización de una determinada actividad.

Visto brevemente la definición del resultado del autor, queda por examinar, para finalizar, las relaciones entre dicho resultado y la acción.

La acción es, pues, la objetivización del no reconocimiento de la validez de la norma, por tanto, una expresión de sentido a través de la cual se da a conocer que la norma puesta en cuestión no es una máxima directiva para el autor. Expresión de sentido es una conducta que conduce al resultado exterior evitable del delito, o que puede conducir al mismo, cuando dicha conducta según decisión comunicativamente relevante es la causa determinante del complejo exterior del delito. Así pues, el autor expresa que una norma susceptible de infracción no es para él ninguna máxima rectora (así se expresa la formulación de la acción como unidad de sentido; este sentido que está presente ahora en el mundo es el efecto específicamente jurídicopenal) (25).

En conclusión, JAKOBS parte de un concepto de acción que nos recuerda ya la conocida posición de HEGEL, en el sentido de que su esencia no viene determinada por sus componentes exteriores (movimiento corporal o resultado), sino según su sentido en referencia a la norma (26), pues en primera instancia la acción viene caracterizada por ser la expresión de un sentido. Esta expresión de sentido, que se concreta en la causa de la infracción de la vigencia de la norma, expresión de una toma de posición individual respecto a la misma, tiene que integrar un elemento más, la evitabilidad (pues los acontecimientos inevitables no determinan una debilitación del ámbito de validez de la regla jurídica). De esta

(25) JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff...* cit.; pág. 36.

(26) El propio JAKOBS reconoce esta ventaja de la definición hegeliana de acción, si bien es cierto que se rechaza la total concepción en la medida en que no puede ser aplicada a los delitos imprudentes. JAKOBS: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 127, núm. 3.

forma, el concepto de acción cubre tanto el ámbito de la anti-jurisdicción como el de la culpabilidad.

IV. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA FUNCIONALISMO RACIONALISTA DE ROXIN

a) Presupuestos previos

La segunda tendencia dogmática que aquí se expone viene representada fundamentalmente por ROXIN y sus discípulos (27). De ahí que, antes de examinar la concreta definición del concepto de acción en esta escuela, se considere conveniente analizar brevemente la propuesta del citado profesor alemán, tal y como se ha señalado anteriormente.

Así, se pretende superar desde el punto de vista metodológico la propia constitución hermética y fuera de la realidad de la sistematización dogmática, de un lado; y el excesivo casuismo con el consiguiente problema de ausencia de axiomas científicos del pensamiento problemático, de otro lado (28). Para lograr tal fin, señala el autor, se tiene que acabar con la tajante separación entre Derecho penal y Política criminal llevada a cabo por VON LISZT hace más de un siglo. En efecto,

(27) El primer trabajo en el que ROXIN presenta su programa es *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin, 1970. Existe una versión en castellano: *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco; Barcelona, 1972. La segunda edición es de 1973. El desarrollo de su sistema se ha llevado a cabo a lo largo de numerosos trabajos, que concluyen actualmente en su Tratado de Derecho penal, al cual haremos constante referencia.

(28) Esta idea la expresa con toda claridad MUÑOZ CONDE: «El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema» en la Introducción a la *Política criminal y sistema de Derecho penal* de ROXIN... cit.; pág. 6.

y en la medida en que la Dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser perfectamente correctas desde la lógica interna que la guía, pero totalmente desacertadas desde el punto de vista politicocriminal; y viceversa, remedios totalmente coherentes ofrecidos por la Política criminal pueden ser, desde la perspectiva dogmática, totalmente incomprensibles (29). Se postula entonces en favor de un sistema de Derecho penal abierto, esto es, susceptible de recibir las valoraciones que tildan sus conceptos y principios por la vía político-criminal (30). Se entiende, por ello, que la sistemática presentada por el profesor alemán siga siendo una sistemática valorativa, si bien es cierto que a su juicio ni el neokantismo ni el finalismo han llegado a extraer todas las consecuencias que debieran adjetivizar a su planteamiento como completo. En su opinión, pues, «... los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero -claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades políticocriminales- han sido realizados sólo parcialmente, a modo de planteamiento y con el abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como “teoría dominante”, aunque con muchas variantes» (31). En definitiva, se persigue en cierta medida continuar con la tarea iniciada por el neokantismo, pero sustituyendo la vaga y difusa orientación hacia los valores culturales «... por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena» (32).

(29) ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal...* cit.; pág. 30.

(30) ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal...* cit.; pág. 33.

(31) ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal...* cit.; pág. 39.

(32) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 113, núm. 24. Una moderna versión sobre los diferentes aspectos de la Política criminal en ROXIN, Claus: *Acerca del desarrollo reciente de la Política Criminal*. Traducido por DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, Miguel y PEREZ MANZANO, Mercedes. CPC, núm. 48 (1992); págs. 795 y ss.

Coherente con este planteamiento, la tesis final-racional sigue operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo o el finalismo, si bien es cierto que orienta su estudio desde el primer momento atendiendo a consideraciones de Política criminal.

En este campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional. El tipo es concebido así como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones sociales de los conflictos y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas (33). En un plano más concreto, dos son las aportaciones más notables que se han de destacar.

La primera se refleja en el redescubrimiento y dotación funcional de la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad. En efecto, mientras que para las doctrinas clásica, neoclásica y final, los problemas de relación en los delitos de resultado entre éste y la acción se reducían, en la mayoría de los casos, a una cuestión de conexión de causalidad; la nueva tendencia utiliza como criterio decisivo de imputación del resultado en el tipo objetivo la regla en virtud de la cual se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma. Se cree superado de esta forma el recurso a categorías científico-naturales o lógicas de la causalidad en favor de una mejor explicación pura desde el punto de vista técnico orientada por criterios exclusivos de valoración jurídica (34).

(33) En este sentido SCHÜNEMANN, Bernd: *La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal*. ADPCP, Tomo XLIV (1991); pág. 703.

(34) ROXIN, Claus: *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*. Festschrift für Richard M. HONIG zum 80. Geburtstag. Göttingen, 1970; págs. 133 y ss. Es en este primer trabajo donde ROXIN toma de nuevo la vieja teoría de la imputación objetiva, desarrollada en ulteriores trabajos. Esta teoría, se ha señalado, no era desconocida por la doctrina, pues había

La segunda gran innovación sistemática de la doctrina racional-final consiste en la extensión de la “culpabilidad” a la categoría de la “responsabilidad”. A través de la misma, se trata de responder a la pregunta de sí el autor individual merece la pena en razón al injusto cometido por él mismo. El principal presupuesto de la responsabilidad, es, claro está, la culpabilidad del autor. Pero éste no es el único, tiene que coincidir al mismo tiempo una necesidad preventiva de penalización. Es decir, en virtud de esta categoría, la culpabilidad se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que ésta pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente; y juntas conforman la “responsabilidad” personal y jurídica del autor (35). En este aspecto, el punto de partida es muy similar al enunciado por JAKOBS, pero para evitar la gran crítica que supone el apreciar o no una condición del castigo en atención a los variables criterios de prevención general y especial, el autor tiene en cuenta, en el primer plano de la culpabilidad, los presupuestos personales de abordabilidad normativa. Es decir, presupuesto fundamental de la responsabilidad es la culpabilidad, y ésta es afirmada cuando el autor en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición de recibir la llamada de la norma, o lo que es lo mismo, se encontraba en condiciones normales para ser motivado por el precepto penal. En definitiva, y como expresa el propio ROXIN, «... el concepto de culpabilidad sostenido se apoya en una justificación social de la pena y se asemeja en esa medida a la teoría de algunos propugnadores de la culpabilidad del carácter y del concepto funcional de la culpabilidad de Jakobs.

sido iniciada por el neokantiano HONIG y el hegeliano LARENZ, como reconoce el propio autor (*Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 114, núm. 25 y nota 32), aun cuando la esencia y las principales consecuencias de esta tesis se deban al profesor de München.

(35) Al respecto ROXIN, Claus: *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*. ZStW, núm. 96 (1984); págs. 641 y ss. También en *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 126 y 127, núm. 64.

Pero asegura mejor que ellas la función protectora liberal de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues la culpabilidad no depende de necesidades preventivo generales o especiales, vagas y cambiantes, reales o supuestas, sino de la capacidad de conducción del autor y con ello de un criterio por principio accesible a la comprobación empírica, que pone un límite al poder penal del Estado» (36).

El programa de ROXIN continúa su desarrollo por parte de sus discípulos en cuestiones concretas que afectan a un importante sector del Derecho penal. A este respecto, las investigaciones de WOLTER, FRISCH o del propio SCHÜNEMANN en aspectos como el injusto en los delitos de resultado, la nueva redefinición del dolo o el particular entendimiento del principio de culpabilidad, suponen una concreción de específicas parcelas de la Ciencia del Derecho penal que desenvuelven con bastante nitidez los principios sistemáticos del moderno pensamiento funcionalista. Aquí, sin embargo, se ha tomado como botón de muestra algunos aspectos del planteamiento sistemático del precursor de dicho movimiento, y sobre éste se ciñen las presentes reflexiones (37).

b) La acción como exteriorización de la personalidad

1. *La crítica al concepto causal, final, social y negativo de acción*

Una vez señaladas las características fundamentales de la propuesta sistemática del autor alemán, se ha de profundizar en el concreto aspecto de la acción jurídicopenal. Y esta profundización requiere de un primer examen en relación a la crítica realizada en torno a los conceptos causal y final de acción. En relación al primero, se entiende superado el con-

(36) ROXIN: *Política criminal y estructura del delito...* cit.; pág. 139.

(37) Sobre los desarrollos dogmáticos posteriores señalados en el texto, SCHÜNEMANN: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...* cit.; pág. 51.

cepto naturalístico y causal de acción apenas defendido hoy en su país, por las razones que tantas veces se han apuntado y que no es necesario señalar ahora.

En referencia al concepto final de acción, ROXIN le achaca a esta doctrina los mismos reproches que en su momento se vertieron al causalismo, especialmente en lo que se refiere al delito imprudente. Y en efecto, a fin de cuentas, al agente se le reprocharía su actuar como acción jurídicopenal en la medida en que ha querido algo. La diferencia de unos y otros radicaría, en última instancia, en el lugar en el que se examina ese querer, bien sea en la culpabilidad para los primeros, bien sea en la acción, y por ende, en la tipicidad, para los segundos (38). De igual forma se le objeta al finalismo el pretender derivar del concepto ontológico de acción un sistema susceptible de aportar soluciones a todos los problemas jurídicopenales en la medida en que este proceder metodológico adolecería de algunas contradicciones. Una, en la fundamentación previa, si se acepta la afirmación kantiana según

(38) En efecto, el problema fundamental que tuvo el finalismo ha sido, en todo momento, mantener el sistema en el ámbito de los delitos imprudentes. Después de muchas idas y venidas, algún seguidor del finalismo, especialmente NIESE, y el propio WELZEL (si bien es cierto que éste autor cambiaría su posición con posterioridad) entendieron que también en el delito culposo existía una acción final que determinaba la propia base del mismo. En realidad, si se quiere mantener a ultranza la finalidad como elemento común y estructural que determina el concepto superior de acción tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos, se llegará a la misma conclusión que la alcanzada por la teoría clásica del delito. Y ocurre que, en última instancia, en el injusto culposo se produce una modificación del mundo exterior que se origina en un acto anclado en el querer del hombre. Llámese voluntario, llámese final. Claro está, que lo que ni unos ni otros han estado dispuestos a reconocer es que el querer del agente en estos supuestos es irrelevante desde el punto de vista jurídicopenal y, por tanto, que una acción de tal índole no podría ser substrato que admitiese los predicados de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De hecho, se ha llegado a decir que la tesis de NIESE termina con la total capitulación del finalismo frente a los delitos imprudentes. Al respecto, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit., págs. 141 y 142, núms. 20 y ss.

la cual el Deber Ser no puede deducirse del Ser. Otra, y desde un punto de vista propiamente jurídicopenal, que advierte la inidoneidad en el hecho de que la finalidad, por ser examinada dentro del marco de la tipicidad, deja de constituir una realidad ontológica. Es decir, se trataría más bien de un concepto ontológico cuyo sentido vendría fijado por la conformación del propio ordenamiento jurídico (39).

Pero la no aceptación de la teoría final de la acción no implica una negación absoluta de los avances que se le atribuyen a las consecuencias sistemáticas derivadas de las tesis de WELZEL. Para ROXIN es especialmente significativo el progreso que desde su punto de vista implica el desarrollo finalista sobre la teoría del injusto. Pues se acepta la idea de que dicho injusto no sólo viene fundamentado con base en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, como había propugnado el causalismo, sino en atención al desvalor de la acción de la conducta del concreto autor, introduciendo así el elemento personal en la misma antijuridicidad (40).

En relación a la doctrina social de la acción, el ahora Profesor de München reconoce alguna ventaja respecto de las concepciones causal y final. El elemento esencial sobre el que se estructura el concepto de acción, la relevancia social del acontecimiento, permitiría superar las dos grandes deficiencias que quedaban patentes en las concepciones causal y final. Así, el elemento de lo social podría explicar mejor que el causalismo la ausencia de transformación del mundo exterior (provocada por un movimiento muscular) en los delitos de omisión y ese mismo elemento de lo social sustituiría la finalidad en los delitos imprudentes requerida en las tesis welzenianas, explicando de este modo más coherentemente los supuestos de manifestación delictiva que habían hecho quebrar uno y otro sistema.

(39) Las primeras críticas del autor al concepto final de acción se realiza en el trabajo *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*. ZStW, núm. 74 (1962); págs. 515 y ss.

(40) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 143, núm. 25.

Pero ROXIN, frente a JAKOBS, no es un partidario del concepto social de acción, dado que esta concepción también presentaría algunos puntos débiles a tomar en consideración. De esta forma, se señala que la denominada función delimitadora que debe cumplir el concepto de acción no estaría justificada, puesto que los actos delictivos imputables a las personas jurídicas, los resultados lesivos realizados bajo condiciones de *vis absoluta* o los meros actos reflejos que provoquen un resultado lesivo son supuestos que pueden ser calificados como socialmente relevantes, y de ahí que los partidarios de esta doctrina hayan recurrido a parámetros adicionales tales como la voluntariedad, evitabilidad, dominabilidad, etc (41). También se le objeta al concepto social de acción el que apenas pueda delimitarse del momento valorativo del tipo, «pues la valoración social y jurídica se encuentran en tal relación de dependencia mutua que apenas se pueden manifestar separadamente» (42). Es decir, que en ocasiones la conducta adquiriría relevancia social sólo cuando ésta viniese adjetivada por la tipicidad (perdiendo así su neutralidad sistemática impuesta por la denominada función coordinadora); mientras que en otros supuestos la acción conllevaría en sí misma dicha relevancia social, pero de forma incompleta, siendo necesario acudir a la tipicidad para ser afirmada de forma decisiva. Y ni siquiera algunos criterios correctores como la calculabilidad de las consecuencias (ENGISCH) o la previsibilidad objetiva (MAIHOFER) lograrían, según este autor, deshacer el nudo del error sistemático en el que incurren, dado que «la cuestión acerca del proceso causal y de su previsibilidad no es un problema de acción, sino de tipo, porque sólo se puede conseguir la imputación del resultado típico según reglas de valoración típicas; la significación del sentido

(41) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 144, núm. 29. En su momento hemos visto como MAIHOFER recurría al criterio de la dominabilidad y el mismo JAKOBS al de la evitabilidad, que está muy próximo a este último.

(42) ROXIN: *Strafrecht...* cit.; pág. 144, núm. 29.

social se produce ya por tanto en el horizonte del tipo» (43). En definitiva, el criterio de lo social sería entendido por el autor como un importante punto de vista de interpretación en la teoría del injusto, y precisamente por eso no se concebiría como elemento procedente de un concepto de acción previo a la valoración jurídicopenal (44).

También se rechaza el denominado concepto negativo de acción fundamentado en el criterio de la evitabilidad y defendido últimamente por JAKOBS. Mientras que para este último la nota de la evitabilidad del comportamiento conformaba el núcleo sobre el que se podía construir el concepto superior de acción válido para los delitos activos u omisivos, dolosos o imprudentes; ROXIN niega cualquier relevancia de entidad a dicho elemento en el marco previo de la tipicidad. Porque, entre otras objeciones, en última instancia el concepto de la no evitación sólo tendría sentido bajo los presupuestos de un previo deber de evitar que en Derecho penal sólo podría originarse en el mismo tipo. En realidad, el criterio de la no

(43) ROXIN: *Strafrecht...* cit.; pág. 144, núm. 30. De igual forma señala el autor que otros conceptos jurídicos con dimensión social, como es el caso de la teoría de la adecuación social desarrollada por WELZEL, no se incardinarían tanto en la temática de la definición de acción como en la teoría del injusto. Hay que apuntar aquí una notable diferencia con JAKOBS, pues como se recordará, este autor había criticado a WELZEL precisamente por tratar el problema de la adecuación social de ciertos acontecimientos humanos en la teoría del tipo y no en la propia acción.

(44) El propio ROXIN resume con gran nitidez su propia toma de posición en relación al concepto social de acción: «... la “relevancia social”, a pesar de la fuerza expresiva de este concepto, no resulta muy apropiado como elemento de conjunción sistemática, porque no se trata del “sustantivo” al que se han de fijar los predicados de la valoración jurídica, sino porque con el mismo se caracteriza tan sólo una importante propiedad en la valoración del injusto. También corresponde ello sólo con una utilización usual del lenguaje. Según esto, hay acciones socialmente relevantes, pero también, naturalmente, acciones socialmente irrelevantes. La relevancia social es por tanto una propiedad que una acción puede o no puede tener. Si esta falta, no se excluye la acción sino tan sólo su significación social». ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 145, núm. 31.

evitación evitable supondría utilizar un lenguaje autoreferente que conlleva un empleo paralelo a expresiones lingüísticas como “contravención prohibida” o como “contradicción de la norma”. El criterio de la evitabilidad, por último, no sería apropiado para definir los contornos del concepto de acción en la medida en que no satisficaría claramente los supuestos que entran dentro de su seno con otros que pertenecen al marco de la tipicidad o de la culpabilidad. De esta forma, en la medida en que pueden ser considerados inevitables, habría que calificar como no acciones hechos lesivos perpetrados bajo condicionamientos de error o también los actos cometidos por inimputables; consecuencia dogmática que por otro lado es difícil de admitir.

En un primer momento, en virtud de la crítica que realiza el autor a los diferentes conceptos de acción (causal, final, social y negativo), parece negarse la misma posibilidad de poder encontrar un concepto de acción válido para el Derecho penal, pero previo al mismo, que tuviese la suficiente sustantividad para poder ser presupuesto material de los ulteriores momentos delictivos (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) y que, en fin, fuese al mismo tiempo válido tanto para los supuestos activos como omisivos, dolosos o imprudentes (45). Esta consecuencia, sin embargo, no llega a producirse porque se postula, bajo una nueva reinterpretación, otro concepto de acción.

2. La exteriorización de la personalidad como fundamento de la acción jurídicopenal

La concepción funcionalista moderada de ROXIN conduce a un concepto de acción que el mismo ha denominado

(45) En uno de sus primeros trabajos, ROXIN parece renunciar a la posible virtualidad de un concepto general de acción y sustenta el sistema no en base a la misma sino tomando como piedra angular el tipo. Así, ROXIN, Claus: *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*. ZStW núm. 74 (1962); págs. 515 y ss.

“acción como exteriorización de la personalidad” (46). Acción desde este punto de vista haría referencia a aquellos actos reflejo de la exteriorización de la persona humana, esto es, que tiene su origen en el dominio del “Yo”, y que, en consecuencia, conforman un conjunto de signos de identidad de la personalidad del autor. Por tanto no serían acciones aptas para constituir el substrato del marco jurídicopenal aquellas consecuencias que aparecen en el mundo exterior y que corresponden con la mera esfera somática del hombre, que parten pues del ámbito del ser puramente material, vital y animal, sin que queden sometidas a ese control del “Yo”, sin la instancia psíquico-espiritual del hombre. De igual forma, se negará la existencia de acción cuando falta la exteriorización de aspectos propios de la personalidad del sujeto, esto es, cuando los meros pensamientos o los impulsos de la voluntad permanecen en el ámbito interno sin transcendencia alguna en la realidad externa (47). Es decir, no hay comportamiento humano o bien cuando el acto exteriorizado no es reflejo de la personalidad del autor, o bien cuando exista un componente de dicha personalidad y éste no se exteriorice en la realidad objetiva.

La posición de ROXIN en torno al concepto de acción como exteriorización de la personalidad no es nueva en la Dogmática penal. Otros autores, como RUDOLPHI o Arthur KAUFMANN ya habían expresado esta idea con más o menos matices (48).

(46) Fue también en un trabajo de juventud cuando ROXIN comienza a utilizar un concepto de acción en la línea señalada. Así, ROXIN, Claus: *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*. Gedächtnisschrift für Gustav RADBRUCH. Göttingen, 1968; pág. 262. En este sentido, acción sería en primer lugar todo aquello que puede ser coordinado por un hombre como centro de acción psíquico-espiritual. «“Handlung” wäre danach alles, was sich einem Menschen als Person, d. h. als geistiges Actionszentrum, zuordnen läßt, sei es, daß er es willentlich getan oder gelassen hat, sei es, daß er es wenigstens hätte tun oder lassen sollen».

(47) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 149, núm. 42.

(48) ROXIN está de acuerdo con Arthur KAUFMANN en que la acción jurídicopenal es una objetivización de la persona, una exteriorización de

Esta concepción de ROXIN parte, como el mismo expresamente reconoce, de la tesis de GIMBERNAT según la cual la acción y la omisión pueden ser subespecies del concepto superior denominado conducta. La conducta haría referencia a la relación del hombre con su entorno, para lo cual se requeriría, en primer lugar, que el Yo estuviese presente en un estado consciente, y en segundo lugar, que fuese posible que el sujeto tuviese un comportamiento físico diferente (49). Queda claro, no obstante, que el enfoque de GIMBERNAT es mucho más psicológico que éste otro de ROXIN. Así, define el comportamiento como «la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)» (50). Existen también otras posiciones que, bien de forma directa, bien de forma indirecta, han ido conformando el cri-

su ser. Pero para KAUFMANN la acción responde también desde este punto de vista personal a una conformación responsable y con sentido de la realidad con consecuencias causales dominables por la voluntad. Frente a esta definición, ROXIN, con buen criterio, entiende que los actos antijurídicos de los inimputables no responden a esa exteriorización de la personalidad que obedece a una conformación *responsable y con sentido de la realidad*. Y, claro está, no admitir que los inimputables puedan perpetrar acciones parece una consecuencia excesivamente radical. De igual forma, frente a otras definiciones de JESCHECK o E. A. WOLFF en las que parece exigirse el requisito de la libertad para poder hablar de acción humana, el autor de referencia niega dicha condición como presupuesto conceptual de la conducta jurídicopenal, pues en tal caso habría que desprestigiar ciertos hechos exculpables ya en el ámbito de la acción. ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 149, núm. 44.

(49) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Handlung, Unterlassung und Verhalten*. Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln-Berlin-Bonn-München, 1989; pág. 164.

(50) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*. ADPCP, núm. XL (1987); págs. 579 y ss., 587. No obstante, tampoco se puede confundir este concepto con el de acción definido causalmente en sentido estricto, pues como el mismo autor señala, en su tesis renuncia al requisito conceptual de la voluntariedad porque no está en condiciones de abarcar los comportamientos automatizados ni fallidos. Otra diferencia fundamental reside en que se considera ausencia de comportamiento

terio de la exteriorización de la personalidad como denominador común de las modernas perspectivas en la teoría jurídica de la acción (51).

A lo largo del desarrollo del concepto de acción, el autor alemán pretende fundamentar la validez del concepto personal de la misma en virtud de su aptitud para poder satisfacer las principales funciones que habitualmente la doctrina atribuye al concepto general de acción. Visto más de cerca se muestra la siguiente argumentación en los puntos sucesivos:

a) En primer lugar, se señala que este concepto de acción cumple la función clasificatoria en la medida en que la definición propuesta puede abarcar todas las formas de manifestación del comportamiento delictivo, bien sea activo u omisivo, doloso o imprudente puesto que dichos comportamientos pueden ser explicados como distintas formas de exteriorización de la personalidad del autor, y en tanto y en cuanto pueden atribuírsele los resultados a él imputados como manifestaciones de su propia obra. Se constituye de esta forma un momento fundamental el cual queda integrado por elementos objetivos y subjetivos en un complejo reflejo de la exteriorización de la personalidad del autor que conforma el presupuesto material objeto de la valoración de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad. De ahí se desprendería la consecuencia de que la función clasificatoria habría encontrado también una respuesta satisfactoria (52).

cuando, aun existiendo esa voluntariedad, no hay un condicionamiento físico del mismo comportamiento. Así, no habría omisión "cuando por incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación era *físicamente imposible* la ejecución de un movimiento". Pág. 506. Más adelante entraremos en las específicas particularidades del concepto de acción en GIMBERNAT.

(51) Así, desde diferentes perspectivas, HRUSCHKA, KINDHÄUSER o SCHMIDHÄUSER. Al respecto, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; págs. 150 y 151, núms. 45 y 46.

(52) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; págs. 151 y 152, núms. 47, 48 y 49.

b) De igual forma se señala que el concepto de acción así expresado podría cumplir las funciones coordinadora y definitoria (53), pues el entendimiento de aquella como exteriorización de la personalidad podría quedar perfectamente vinculado como concepto prejurídico de acción sin incurrir en los errores del naturalismo (movimiento muscular) o del normativismo (no evitación evitable) exacerbado, sin alejarse de la imagen proporcionada por los esquemas de interpretación de la vida cotidiana y comprendiendo al mismo tiempo un sector de la realidad relevante para una valoración previa a la jurídica. La definición de acción bajo el criterio de la exteriorización de la personalidad del autor constituiría de esta forma el sustantivo necesario sobre el que actuaría el proceso de adjetivización del resto de momentos hasta afirmar conjuntamente el delito. La exteriorización de la personalidad se concebiría así, pues, como suficientemente adecuada para conformar la base ontológica sobre la cual se sustentarían los ulteriores estadios en los que se estructuraría el delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) sin prejuzgar ni anticipar ninguno de ellos. Claro está que no en todos los casos la exteriorización de la personalidad puede ser examinada previa y fuera de la valoración jurídica del tipo. Esto ocurre, por regla general, y porque es inevitable, en algunos supuestos de delitos de omisión, en la medida en que aquéllos no pueden ser concebidos sin que exista una expectativa de acción, lo cual implica que su propia afirmación dependa de una previa obligación de actuar impuesta socialmente e inseparable (si se le quiere otorgar relevancia penal) de la valoración jurídica (tipicidad). Este inconveniente se le plantearía fundamentalmente a los seguidores de la teoría social de la acción, en tanto y en en cuanto el comportamiento es concebido bajo el prisma de

(53) En cuanto a la función definitoria, el autor renuncia a proporcionar un criterio que sea susceptible de integrar un sustrato material y de relevante entidad óptica apto para completar todas las manifestaciones de la conducta humana y apto asimismo para construir los ulteriores estadios de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. A este respecto, nos remitimos al resumen que se facilita al finalizar este apartado.

la significación social del mismo, lo cual, especialmente en los delitos de omisión, conduciría a la consecuencia de una difícil separación entre conducta y tipicidad.

Piensa ROXIN, sin embargo, que el criterio de la exteriorización de la personalidad puede integrar una realidad prejurídica, substrato del tipo y separado del mismo, pues en la generalidad de los casos, comportamientos pasivos pueden responder a una manifestación de signos de identidad del agente sin prejuzgar su naturaleza jurídica. A este respecto, se menciona el ejemplo siguiente: si alguien no saluda a un antiguo conocido de forma manifiesta (queda clara su voluntad de no saludar), está expresando una forma de exteriorización de la personalidad con relevancia social, pues en tal caso la expectativa general coincidiría en la espera de un saludo. Esta consideración, sin embargo, sería independiente y previa respecto de la consideración jurídica sobre sí semejante omisión constituye un delito de injurias (54). Evidentemente, y como se ha señalado líneas atrás, en otros supuestos la separación entre comportamiento omisivo y tipicidad es imposible, sobre todo cuando la expectativa de actuación viene determinada exclusivamente por un precepto jurídico (como es el caso de ciertas omisiones en determinados delitos contra la hacienda pública). En semejantes casos, sin la existencia del precepto jurídico la conducta omisiva no defraudaría ninguna expectativa y sólo el mandato legal convierte la omisión en un comportamiento relevante jurídicamente. Es decir, en tales supuestos no existe acción previa al tipo. Más bien, dirá el propio ROXIN, el tipo es el presupuesto de la acción (55).

(54) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pag. 152, núm. 51. Sin embargo, desde la concepción social de la acción también se puede llegar a la misma conclusión. Así, el párroco que se niega a dar la hostia al fiel en el momento de comulgar, está comportándose por omisión y dicha conducta tiene una indudable relevancia y significación social. Cuestión ésta que es previa a la calificación jurídica del supuesto.

(55) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pag. 153, núm. 51.

No obstante, ni tan siquiera en estos supuestos (en los que no se puede separar el concepto de acción del concepto de tipo) se rehúsa al criterio de la exteriorización de la personalidad como adecuado para cumplir la función coordinadora. Pues la realidad de la existencia humana que supone la exteriorización de la personalidad no vendría constituida sólo en atención a consideraciones de índole dinámico-corporal o psicológico, sino que por el contrario, aquélla podría quedar determinada en base a categorías de valoración humana, individuales, sociales, éticas, pero también jurídicas. Y es que, si bien es cierto que en los delitos de comisión no es necesario recurrir ni a criterios sociales ni a criterios jurídicos para establecer la existencia de una exteriorización de la personalidad, en los delitos de omisión por el contrario es absolutamente imprescindible el recurso a la valoración social en unos casos, y en otros incluso la obligación legal aparece como condición necesaria para establecer la posibilidad de la exteriorización de la personalidad.

ROXIN llega de esta forma a una primera conclusión provisional: el hecho de que en un pequeño ámbito de formas de conducta coincidan acción y tipo no puede significar que el criterio propuesto no sea válido, pues en tal caso la imposibilidad de definir la conducta de forma independiente de la tipicidad no vendría impuesta por el hecho de encontrarse ante un concepto de acción débilmente constituido, sino por la propia naturaleza de la técnica legislativa de tipificación. Y esto no entraría en contradicción si se tienen presentes los presupuestos metodológicos de una sistemática teleológico-valorativa (como la sustentada por el autor) (56).

(56) «... es normal que una y la misma circunstancia (aquí, un mandato de acción) pueda ser relevante bajo los aspectos valorativos de diferentes categorías delictivas (aquí: tanto la acción como el tipo). Allí donde el "objeto de la valoración" (aquí: la exteriorización de la personalidad) cobra vida ya a través de un acto de valoración jurídica (el mandato de acción típica), la acción tiene que mostrar también como elemento de comunicación aquella combinación de estructura insoluble entre Ser y Deber Ser que es característica para ese ámbito parcial de la conducta delictiva». ROXIN: *Strafrecht...* cit.; pág. 153, núm. 53.

c) También se cree cumplir la denominada función delimitadora de la acción con el criterio de la exteriorización de la personalidad. De esta forma, se excluyen ya los siguientes supuestos que no constituirían ni tan siquiera el presupuesto de la conducta humana previo a la valoración de la tipicidad y antijuridicidad. Así, no serían exteriorizaciones de la personalidad los actos lesivos cometidos por los animales, que no poseen ni voluntad, ni finalidad equiparada a la humana. Tampoco serían calificadas de acciones las consecuencias provocadas por las personas jurídicas, dado que éstas no cuentan con una substancia psíquicoespiritual. Asimismo, no constituyen acción el ánimo, los pensamientos, las meras ideas o impulsos internos del sujeto, pues aunque conformen el estado interno del sujeto, y con ello también su personalidad, faltaría la “exteriorización” de la misma.

Evidentemente, tampoco serían acciones aquellas consecuencias provocadas por el cuerpo humano considerado desde tan sólo su aspecto físico, como puesta en movimiento de una masa corporal en la que no intervienen los centros psíquico-espirituales. Entrarían aquí como formas de exclusión de la acción todos los acontecimientos lesivos producidos bajo los efectos de narcóticos, delirios sin consciencia, brotes epilépticos, alcohol o estupefacientes. Del mismo modo, y por los mismos motivos, se excluyen de la calificación señalada todos los supuestos de *vis absoluta*. Aquí existiría exteriorización, pero no de una personalidad puesto que faltaría la base anímica que conforma la identidad del sujeto. Desde este punto de vista no habría gran diferencia entre la repercusión o inactividad del cuerpo humano o la provocada por un animal o una cosa (57).

También se utiliza el criterio de la exteriorización de la personalidad en los complicados supuestos de actos reflejos, automatizados o aprendidos (pero ejecutados inconscientemente) en el campo de los delitos imprudentes en el tráfico

(57) ROXIN: *Strafrecht...* cit.; págs. 153, 154 y 155, núms. 54-59.

rodado. En muchos de estos supuestos, el acto objeto de enjuiciamiento no es un acto reflexivo, y la determinación de si el mismo constituye acción o no, no vendría determinado por el resultado acaecido (feliz o desgraciado). Porque, se dice, tan inconsciente como el acto que produce el accidente es la maniobra de conducción más feliz. Conscientes o inconscientes, serían actos aprendidos reiterativamente y automatizados por la experiencia. Desde esta perspectiva serían, pues, actos que conforman la disposición de la personalidad. El hecho de su provocación darían lugar a su exteriorización con independencia de si conducen a consecuencias beneficiosas o dañinas, y en la medida en que son consecuencia de un aprendizaje anterior que se lleva a cabo bajo ciertos presupuestos de disposición del autor, su manifestación en el mundo exterior respondería a la materialización de un aspecto de la personalidad del sujeto agente (58). En estos y otros casos semejantes, el autor, frente a la tradicional negación de doctrina y jurisprudencia, va a admitir la existencia de acción. puesto que la voluntariedad, finalidad o el plan del autor no constituyen criterios de su determinación si se combinan con la libertad o la plena consciencia. En estos supuestos, pues, la existencia de una conducta humana jurídicamente relevante se fundamentaría en la dirigibilidad interna del sujeto, en lo que STRATENWERTH llama "finalidad inconsciente". Porque se defiende la existencia de la acción en tanto que el acto corporal corresponda con la exteriorización de la personalidad del sujeto, esto es, en tanto que exista una relación de acoplamiento entre el aparato psíquico del agente y los hechos o acontecimientos del mundo exterior determinantes del entorno de aquél (59).

Para finalizar con el concepto de acción en el autor alemán se ofrece un resumen de toda su doctrina, precisamente el mejor resumen que corresponde con aquél que el mismo penalista nos proporciona: «El concepto personal de acción desarrollado aquí -frente al naturalístico o al final, pero coincidiendo

(58) ROXIN: *Strafrecht...* cit.; pág. 156, núm. 61.

(59) ROXIN: *Strafrecht...* cit.; pág. 157, núm. 64.

do con el social y el negativo- es un concepto normativo. Es normativo en tanto que el criterio de la exteriorización de la personalidad resalta en primer lugar el aspecto decisivo de valoración del que se parte aquí en el examen jurídico de la acción. También es normativo (*normativ*) en tanto que éste se basa, en los ámbitos fronterizos, en una decisión jurídica que corresponde con ese punto de vista de valoración. Pero no es normativístico (*normativistisch*) porque toma en consideración la realidad de la vida desde el punto de vista más ajustado a la misma y porque puede tener en cuenta en todo momento los más recientes conocimientos de la investigación empírica.

El concepto de acción aquí representado se diferencia de casi todos los otros conceptos de acción en que, de una parte, proporciona un concepto superior para toda manifestación de la conducta delictiva, pero, por otra parte, renuncia con ello a buscar la comunidad conceptual en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporeidad, finalidad, no evitación). Las formas de manifestación de la exteriorización de la personalidad son muy diferentes y encuentran su marco común sólo en el hecho de que éstas se pueden imputar a la esfera psíquico-espiritual del hombre, a su personalidad. De ahí que la caracterización como “exteriorización de la personalidad” tampoco ofrezca ninguna definición de la que se pudiera deducir desde el punto de vista lógico y en el caso particular qué es acción. De otro lado, ésta es más extensa que una mera denominación general de manifestaciones heterogéneas. Se trata más bien de un concepto concreto-general en el sentido señalado anteriormente en el que se designan (y se abarcan) todas “las objetivaciones de la personalidad”, que proporciona una regla que se ha de desarrollar concretamente en la realidad y que ya se puede reconocer en la plenitud de sus acuñamientos en el fenómeno “acción”. Semejante clase de formación conceptual no es una solución turbadora, sino que ésta es en los conceptos muy comprensivos, sino se quiere violar científicamente la materia jurídica con su riqueza en

particularidades, la única forma adecuada de formación conceptual...» (60).

V. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN EN GIMBERNAT

a) Consideraciones iniciales

La tercera y última versión funcionalista sobre el concepto jurídico de acción que ahora se examina es la mantenida en nuestro país por GIMBERNAT. La propuesta teórica de este autor en un tema tan crucial ha tenido una clara repercusión fuera de nuestras fronteras, y de esta forma se ha visto ya que el propio ROXIN acepta en su tratado la formulación del profesor español. La gran influencia de la sistemática de GIMBERNAT en la doctrina penal de los últimos veinte años, y la novedad del nuevo planteamiento en torno a la conducta jurídicopenal, son, junto a las anteriores consideraciones, razones de peso que justifican en gran medida un análisis, breve pero particularizado, de su propia posición al respecto (61).

En efecto, y como es sabido, GIMBERNAT es también uno de los precursores (sobre todo en España, pero con influencia en otros espacios geográficos) de una tendencia en el ámbito de la formulación sistemática del Derecho penal, que se caracteriza por el hecho de que puede ser teñida de alguna forma con el adjetivo de “funcionalista”, elemento

(60) ROXIN: *Strafrecht...* cit.; págs. 157 y 158; núms. 67 y 68.

(61) El concepto de acción de GIMBERNAT se formula, en sus aspectos sustanciales, en dos trabajos de notoria importancia, uno en lengua castellana, otro en alemana, que son tomados en consideración especialmente a partir de las presentes líneas. Así GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*. ADPCP, tomo XL (1987); págs. 579 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Handlung, Unterlassung und Verhalten*. Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN. Köln-Berlin-Bonn-München, 1989; págs. 159 y ss.

común con los dos anteriores autores, que justifica el tratamiento en el presente trabajo de los aspectos sustanciales de la concepción gimbernatiiana. Por esta razón, como presupuesto previo y antes del estudio del peculiar concepto de acción presentado por el autor, se ofrece un resumen básico e introductorio de los aspectos esenciales del particular punto de vista con el que se examina el Derecho penal, y más concretamente, la teoría jurídica del delito.

b) Presupuestos sistemáticos del funcionalismo de Gimbernat

Las tendencias funcionalistas o racionalistas en relación al fin son las más importantes dentro de aquéllas sistemáticas que aceptan las consecuencias fundamentales del finalismo, si bien desde un punto de vista metodológico totalmente distinto. El examen de los diversos componentes de la estructura del delito se realiza, no en atención a elementos valorativos que derivan de la consideración del objeto de protección de la norma (metodología teleológico-valorativa), o con base en un concepto ontológico y final de acción (metodología finalista), sino en referencia a la correspondiente función que representa cada componente del ilícito, poniendo el acento en los fines que persigue el respectivo presupuesto de la norma penal o su consecuencia jurídica fundamental: la pena.

Partiendo de estas premisas básicas, construye GIMBERNAT su sistema de Derecho penal. Ahora bien, frente a las concepciones funcionalistas germánicas que se apoyan (sobre todo las más radicales) en la teoría sociológica de los sistemas, la propuesta del autor español se desarrolla en atención a ciertas consideraciones científicas derivadas de las tesis del moderno psicoanálisis postfreudiano (62). De esta forma,

(62) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?* en Estudios de Derecho penal. Madrid, 1976; págs. 64 y ss. Existe una tercera edición de esta obra (Madrid, 1990), en la que también se contiene éste (págs. 140 y ss) y otros artículos que mentaremos ulteriormente. Pero, dado que el contenido de los mismos no ha variado, seguiremos citando la primera edición.

se pretende fundamentar racionalmente la función que cumple la institución de la pena, que ya no puede ser la justa retribución por el mal causado, sino, por el contrario, «... la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento» (63). La pena es concebida así como un importante instrumento de política social, es un medio de encauzamiento de conductas a través de la compulsión psicológica que produce en el individuo la amenaza del mal que representa la sanción. La gravedad de la pena, a su vez, se determinaría en atención a la entidad del bien jurídico, cuestión que parece resolverse considerando la conmoción social que produce el ataque anti-jurídico, y según que la modalidad de la agresión sea dolosa o culposa (64). La función de la pena, pues, consiste básicamente en mantener la prevención general, en evitar la comisión futura de delitos para preservar la convivencia social ante la inseguridad que supone un alto índice de criminalidad. Criterio rector de todo su sistema es también, en otro plano, la consideración de que la actividad represiva del poder público tiene un límite en el Estado de Derecho, y éste reside en que la pena sólo puede imponerse, en la medida en que implica un notable sacrificio de derechos del individuo, en tanto y en cuanto su aplicación sea necesaria para prevenir el delito. La necesidad de pena se constituye así en principio general de toda la construcción sistemática del autor citado.

De lo señalado líneas atrás se deduce que, para GIMBERNAT, la norma penal es fundamentalmente norma de motivación. A partir de esta consideración en relación con lo dicho en materia de consecuencia jurídica, extrae todos los presupuestos sobre los cuales estructura su teoría jurídica del delito.

(63) GIMBERNAT ORDEIG: *¿Tiene un futuro la Dogmática...* cit.; págs. 70 y 71.

(64) GIMBERNAT ORDEIG: *¿Tiene un futuro la Dogmática...* cit.; págs. 73 y ss.

De esta forma, el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: «... en él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar» (65). De ahí se sigue que, si el legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objeto de la prohibición y, por tanto, «... el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida» (66). Es así como, por vía distinta al finalismo, se llega a la conclusión de que el dolo se encuentra dentro del tipo. Este mismo hilo argumentativo es trasladado al delito imprudente, y de igual forma, en la medida en que la pena puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que la misma representa, el deber de cuidado se incluye también en la tipicidad. Esto es reforzado con la idea que constantemente gira en toda su propuesta sistemática: «... no son causaciones de resultados -sólo constatables ex post-, sino conductas dolosas o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y -de esta manera- prevenir; por ello, sólo la conducta dolosa y -si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico- la imprudente puede ser objeto racional de tipificación: la cuidadosa es impune por falta de tipicidad» (67). Partiendo de este

(65) GIMBERNAT ORDEIG: *El sistema de Derecho penal en la actualidad* en Estudios de Derecho penal. 1ª Edic. ... cit.; pág. 94. En otro pasaje de este mismo trabajo el autor señala: «Sabemos ya en qué consiste y cuál es el tipo penal. Consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar -mediante la amenaza con una pena- para que dicha conducta no se cometa» (pág. 97).

(66) GIMBERNAT ORDEIG: *El sistema de derecho penal en la actualidad...* cit.; pág. 95.

(67) GIMBERNAT ORDEIG: *El sistema de derecho penal en la actualidad...* cit.; págs. 97 y 98, nota 40.

concepto amplio de tipo de injusto como descripción de lo prohibido, se lleva a cabo aún una extensión mayor al considerar que el mismo está integrado por el tipo en sentido estricto (positivo) y por la ausencia de las causas de justificación, que, coherente con su posición, quedan definidas como elementos negativos del tipo (68).

El sector de la antijuridicidad se define en atención al ámbito de lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir. Es decir, antijurídico es aquello que el Derecho desea prohibir *erga omnes*. De ahí que los supuestos de inexigibilidad, que no son amenazados con pena, no porque ésta no resultase eficaz, sino por el simple hecho de que el legislador no pretende inhibir de forma general la conducta lesiva al bien jurídico en determinadas circunstancias, sean considerados como causas de justificación y no de exculpación (69). El sector de la culpabilidad, por el contrario, se delimita, no con base en un juicio de reproche, como se ha definido por causalistas, finalistas o partidarios de la concepción social de la acción, sino por meras razones de prevención general en directa relación con el principio de necesidad de pena. En este sector de la culpabilidad se establecen ciertos límites al poder punitivo del Estado en la medida en que se requiere, para que el sujeto pueda ser castigado por la comisión de un comportamiento antijurídico, que haya podido haber sido accesible a la llamada de la motivación de la norma a través de su consecuencia jurídica. Es decir, se exige que el sujeto sea una persona imputable, bien permanentemente, bien en el momento de la perpetración del hecho; o que en el espacio temporal de la realización del ilícito haya estado en condiciones, de igual forma, de haber podido conocer la prohibición determinada por la norma penal, y con ello, haber sido susceptible de ser

(68) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*. Madrid, 1979; pág. 34.

(69) GIMBERNAT ORDEIG: *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad* en Estudios de Derecho penal... cit.; págs. 116 y ss.

influido por ésta (70). La ausencia de pena en los supuestos de falta de “culpabilidad” (y se entrecomilla el sustantivo, puesto que el autor rechaza el concepto tradicional de culpabilidad) se justificaría, de forma mediata, por esa imposibilidad de motivación de la norma en el sujeto que comete el injusto, pero, directamente, la razón fundamental está unida a criterios de prevención general (71). La imputación subjetiva (equivalente a lo que la mayoría de la doctrina denomina juicio de reproche) quedaría así reducida a dos momentos fundamentales: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad (72).

Son muchas las peculiaridades de la concepción sistemática de GIMBERNAT, que, por obvias razones, no pueden ser examinadas ahora con especial detenimiento. En lo que interesa resta señalar que el autor mantiene un específico concepto causal de acción (entendido de forma general, que comprende tanto el hacer activo como omisivo, y que él denomina “comportamiento”), pero no en razón a una metodología naturalística, sino fundamentado en atención a su punto de partida anclado en la teoría psiconalítica de la acción humana. Precisamente este punto es el que va a ser desarrollado a partir de este momento.

c) El concepto causal psicológico de acción

El autor español sigue siendo fiel a su funcionalismo psicológico en materia de acción, pues ésta toma como

(70) GIMBERNAT ORDEIG: *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad* en Estudios de Derecho penal... cit.; págs. 114 y ss.

(71) Son muchos los pasajes en la obra de GIMBERNAT en los que directamente se conectan fines de la pena y culpabilidad, fundamentalmente en atención a criterios de necesidad de pena. Traemos a colación una de las tantas referencias al respecto: «Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales y menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales». *¿Tiene un futuro la dogmática...* cit. pág. 77.

(72) GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte general del Derecho penal...* cit.; págs. 69 y ss.

núcleo fundamental la relación del sujeto, del Yo, con el mundo exterior.

Se acepta el concepto prejurídico y general de acción que viene abarcado bajo el término “comportamiento”, y que englobaría tanto el comportamiento positivo como el negativo, el hacer como el no hacer. Aquél tendría naturaleza ontológica desde el momento en que el núcleo conceptual del mismo vendría estructurado en torno a una actividad dominada o dominable por la consciencia que se exterioriza en el mundo exterior. Este, en cambio, se caracterizaría por no realizar una determinada acción. Desde este punto de vista, la conducta negativa tendría naturaleza tanto ontológica como normativa (73). Ahora bien, cuando la no ejecución de la acción coincide precisamente con aquélla que debía ser realizada conforme a la norma, entonces el comportamiento negativo pasa a ser definido como *omisión* y éste tiene siempre naturaleza valorativa (74). De ahí que esta diferencia entre ambos tipos de con-

(73) El esquema de jerarquía conceptual en materia de conducta lo ofrece con una nitidez insuperable (como por otra parte suele ser normal en toda explicación del autor) el propio GIMBERNAT: «La omisión es una especie del género comportamiento pasivo y este es la especie -a su vez y frente a un concepto más amplio- del género comportamiento sin más (que abarca tanto al pasivo como al activo). El *genus proximus* es, al mismo tiempo, género del concepto inferior y especie del superior, según se vaya bajando o subiendo en la escala conceptual». *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento...* cit.; pág. 594, nota 45.

(74) GIMBERNAT sostiene una posición intermedia entre aquellos autores que defienden que no pueden existir omisiones fuera del manto de la tipicidad (concepción totalmente valorativa) y estos otros que mantienen que ya la omisión tiene naturaleza eminentemente ontológica. Sin embargo, la omisión no puede nacer sino existe una norma previa que determine la conducta debida esperada y no realizada, y desde esta perspectiva, la omisión se contempla fundamentalmente desde el punto de vista normativo. Ahora bien, aun manteniendo la anterior aseveración, se dirá también, y con razón, que pueden existir omisiones en el estricto sentido del término previas a la tipicidad y sin perder un ápice de su constitución valorativa. Pues existen normas que determinan la obligación de hacer fuera del marco jurídico, como es el caso de las reglas sociales, éticas, religiosas, etc., las cuales son imprescindibles para que la omisión pueda tener vida. Negar la existencia de omisiones

ducta no puede consistir, necesariamente, en la actividad o pasividad del sujeto (75).

La base de este concepto general de acción, que abarca tanto la conducta activa como la omisiva, se encontraría, como se ha anunciado líneas atrás, en un componente psíquico fundamental: «la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior» (76). Junto a este término esencial (por otra parte, coherente con toda la sistemática del autor, puesto que el elemento psicológico siempre se encuentra presente en toda su doctrina), existe otro componente que justifica la denominación del concepto de acción establecida aquí como causal-psicológico, que hace referencia a la posibilidad de dominio de los procesos causales que se desarrollan en torno al sujeto o por el propio sujeto (77). Sin embargo, a diferencia de la antigua concepción puramente causalista, no

fuera del ámbito de la tipicidad significaría afirmar que el estado de lo prejurídico es exclusivamente ontológico y ello no es así desde el momento en que fuera del Derecho también gobiernan otro tipo de normas y reglas. Así, GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento...* cit.; págs. 582 y 583. En el mismo sentido, en *Handlung, Unterlassung und Verhalten...* cit.; pág. 161.

(75) El comportamiento omisivo no puede quedar reducido a la exigencia de una simple pasividad del sujeto, a un estado de distensión muscular. Al sujeto que le es imputado objetivamente una omisión no se le exige para establecer la responsabilidad criminal una total inmovilidad. Es suficiente que realice una actividad distinta a la ordenada por la norma. En este sentido, con amplia información doctrinal, GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento...* cit.; pág. 592 y nota 41.

(76) «... el concepto de comportamiento... podría definirse ya como la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien.» GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento...* cit.; pág. 587. En este mismo sentido, en *Handlung, Unterlassung und Verhalten...* cit.; pág. 165.

(77) «... el manejo de esos procesos (sc. causales) ha de manifestarse de alguna de estas dos maneras: activa (iniciando o modificando procesos causales o pasivamente (dejando que los ya iniciados sigan su curso o que los potenciales se vayan a iniciar)).» GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento...* cit.; pág. 599, nota 70.

se exige que la conducta sea siempre voluntaria en el sentido de “querida”, o mucho menos, como establece la concepción final, dirigida a un fin. Frente a ambas tesis, GIMBERNAT establece como presupuesto espiritual de la conducta el que el Yo se encuentre, primero, consciente, y segundo, en estado físicamente libre con capacidad de variar la actividad que despliega el propio sujeto o que despliegan otros en su entorno. Se pretende de esta forma resolver los problemas que causalistas y finalistas encuentran en la definición de acción de comportamientos automatizados (andar, conducir) o actos fallidos (equivocación en la aprehensión de un objeto, tomando otro peligroso), que no son comportamientos ni intencionales ni finales (78).

En resumen, GIMBERNAT admite, al igual que los dos autores anteriormente señalados, la categoría jurídicopenal de acción presupuesto de la tipicidad y del resto de estadios del delito. Este concepto general de acción quedaría absorbido bajo el término “comportamiento”, que estaría integrado tanto por la acción en sentido estricto como por la propia omisión, componentes que, lejos de excluirse por motivos de antagonismo lógico, se complementarían. La base material o valorativa de ambos se encontraría en el manejo de procesos causales (comportamiento activo) o en el dejar iniciar o continuar la cadena de la causalidad sin variación o interrupción pudiendo o debiendo hacerlo (comportamiento pasivo). El elemento espiritual de su propuesta en relación a la definición de conducta vendría estructurado en torno a la instancia subjetiva del Yo que depende de la consciencia y que domina la motilidad. De ahí que no exista conducta cuando el Yo no depende de esa consciencia, por encontrarse ausente, (estados de sonambulismo) o ésta no esté en condiciones (pese a su presencia) de hacerse cargo de la motilidad (supuesto en los que es imposible desde el punto de vista físico la intervención del sujeto

(78) GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento...* cit.; págs. 587 y 588. *Handlung, Unterlassung und Verhalten...* cit.; pág. 164.

en la modificación del mundo exterior). Por último, en el ámbito de la omisión, ésta sería una subespecie del comportamiento pasivo, con el que tendría en común el que el sujeto no lleva a cabo actividad alguna, pero diferenciándose en el sentido de que en la conducta omisiva no se realiza precisamente la acción que el omitente debía haber ejecutado (79).

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El funcionalismo en sus tres versiones expuestas (sociológico, valorativo y psicológico) ha vuelto de nuevo, como en su día lo hiciese WELZEL y sus discípulos, al estudio sobre el concepto general de acción, si bien esta vez desde perspectivas y posiciones distintas por hallarse los autores en tendencias diferentes. Esta vuelta reciente a una discusión en torno a una categoría que había perdido su primordial relevancia de las décadas inmediatamente sucesivas a la postguerra, se puede explicar fundamentalmente atendiendo a dos órdenes de consideraciones.

De una parte, las tesis funcionalistas están determinando en la actualidad un nuevo modelo metodológico que se está imponiendo poco a poco tanto en Alemania como en España. Ahora bien, frente al finalismo que apoyó su concepción científica del Derecho penal en el concepto ontológico de la acción, el actual funcionalismo recurre a esta categoría para revalidar su propia sistemática estructurada en elementos distintos de la conducta jurídicopenal. Esta tesis que aquí se defiende viene corroborada por el hecho de que los recientes estudios, trabajos e investigaciones de los autores citados en

(79) Si bien es cierto que el mejor resumen lo proporciona, una vez más, el propio GIMBERNAT. Así, *Handlung, Unterlassung und Verhalten...* cit.; págs. 166 y ss. *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento...* cit.; págs. 593 y ss.

esta temática vienen precedidos, en los tres, de un anterior y claro planteamiento dogmático de su perspectiva del Derecho penal. La modelación del concepto general de acción representaría la afirmación del sistema y una sólida base para demostrar su aptitud y coherencia.

De otra parte, y en la medida en que el funcionalismo pretende siempre una explicación más real del Derecho penal, más próxima a la sociedad y al individuo, su punto de mira no podía desviarse del estudio de la conducta humana que arranca precisamente de la propia constatación de la persona y de la comunidad. Otras categorías del delito presentan una mayor dosis de abstracción, que si bien se acercan a una teoría pura del Derecho penal, pierden sin embargo el necesario horizonte de la realidad.

Las tres tesis sobre la acción aquí presentadas pretenden cumplir la denominada función delimitadora de la acción que determina ya en un primer estadio (previo a la tipicidad) el sector de los acontecimientos que *prima facie* deben ser desterrados, merced a su irrelevancia, del ámbito jurídico-penal. Y en este sentido el concepto social de JAKOBS le lleva a establecer como criterio de distinción la evitabilidad del resultado, de tal forma que negará el carácter de conducta penal a los actos que pese a su origen humano sean totalmente inevitables, como actos reflejos, supuestos de *vis absoluta*, movimientos corporales sin voluntad, etc. Esta consideración obliga al autor, además, a introducir la imputación como componente de la acción, extrayéndola del lugar natural que le correspondía, esto es, de la tipicidad.

Las debilidades de este criterio se manifiestan en un primer examen superficial. Habría que considerar acciones las actuaciones de las personas jurídicas y por el contrario, entender que las lesiones de bienes jurídicos realizadas por inimputables no son acciones en la medida en que éstos no se encuentran en condiciones de dominar los correspondientes procesos causales y el respectivo resultado aparecería, desde

este punto de vista, como inevitable. Evidentemente, estas consecuencias no son nada deseables en el estado actual de la dogmática penal ni conciliables con las diferentes legislaciones occidentales. En el fondo, y como ha señalado el propio ROXIN, el primer problema que presenta en este estadio el concepto de acción de JAKOBS no es diferente del que plantea el concepto social de acción, y no es otro que éste que se origina por la desnaturalización de las categorías del delito. La acción debe ser previa a la valoración, es decir, previa al tipo. Y los criterios de imputación, como la evitabilidad, calculabilidad o dominabilidad siguen siendo criterios normativos de imputación cuya ubicación correcta parece encontrarse en el marco valorativo del tipo.

Más acertado se muestra, como criterio de distinción entre el actuar relevante e irrelevante desde el punto de vista jurídicopenal, el empleado por GIMBERNAT y parcialmente asimilado por ROXIN. Ahora bien, parece preferible la definición utilizada por el profesor español tanto desde el punto de vista de las garantías inherentes al moderno Derecho penal como desde el punto de vista práctico de la concreción real del parámetro empleado. En efecto, si se define el comportamiento penal como exteriorización de la personalidad del autor, como defiende el profesor alemán, se está profundizando en un Derecho penal, al menos a nivel conceptual, cada vez más próximo al denominado Derecho penal de autor. La exteriorización de la personalidad que define la acción penal parece poner más énfasis en la conformación de la forma de ser del agente que en el particular acto objeto de la subsunción del precepto sancionador (80). Pero en lo relativo al requisito

(80) Este paulatino acercamiento de ROXIN al Derecho penal de autor no es ni casual ni aislado. Aun cuando su funcionalismo teleológico impulse su concepción teniendo presente siempre los principios clásicos del Derecho penal de las garantías, las necesidades de política criminal también tienen su peso específico en la elaboración del sistema, y en este sentido la huida de la abstracción le lleva en varias ocasiones a un acercamiento a los aspectos sustanciales del sujeto delincuente. No aparece por casualidad la definición de la acción como exteriorización de la personalidad, ni tampoco

de la exteriorización se está ofreciendo un parámetro ajustado al efecto. GIMBERNAT es mucho más preciso en este aspecto y frente al vago (y peligroso) recurso de la personalidad del autor utiliza componentes individuales más precisos como la referencia a la instancia del Yo consciente y físicamente libre... frente a la exteriorización, la referencia a la relación de ese Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando, incidiendo o no perturbando procesos causales.

La otra gran preocupación del funcionalismo parece ser el encontrar un concepto general de acción válido tanto para el comportamiento activo como para el pasivo, válido tanto para el comportamiento doloso como para el imprudente. Y aquí encontramos también dos preferencias distintas. Mientras que JAKOBS con el criterio de la evitabilidad y ROXIN con el recurso de la exteriorización de la personalidad parecen explicar sin grandes dificultades la validez del concepto de acción tanto para el hecho doloso como para el imprudente; GIMBERNAT se mueve en el plano teórico como pez en el agua en su explicación dirigida a la equiparación entre conducta activa y omisiva bajo el supraconcepto del comportamiento. Y viceversa, ni JAKOBS ni ROXIN parecen encontrar una abierta justificación dogmática de sus respectivas posiciones en el marco de los delitos omisivos; mientras que GIMBERNAT apenas si dedica algún comentario aislado al supuesto del hecho imprudente. Estas ventajas y dificultades también tienen su justificación en el estadio previo de los presupuestos sistemáticos.

Un concepto social funcionalizado de acción como el de JAKOBS, una teoría sociológica del Derecho penal como la mantenida por el autor reúne todas las condiciones para explicar con bastantes visos de coherencia el fenómeno del

es superficial el reconocimiento como mérito del finalismo el haber introducido en la teoría jurídica del delito el concepto personal de injusto, o, por último, su concepción de la culpabilidad como reproche personal por el carácter, cercana a la mantenida por JAKOBS.

hecho imprudente, en tanto que éste, por su propia naturaleza, aparece como el resultado de nuevas agresiones a bienes jurídicos de notable importancia en el desarrollo cada vez más complejo de la moderna civilización occidental. Y más completa tiene que ser la explicación si se toma en consideración que el factor común de la definición, "la evitabilidad", constituye el núcleo esencial del comportamiento culposo. De otra parte, el actuar imprudente encuentra fácilmente un común denominador en los aspectos individuales del sujeto que identifican una parcela de la forma en que desenvuelve su vida bajo el esquema de la "exteriorización de la personalidad" de ROXIN. La omisión, en cambio, presenta mayores dificultades acudiendo a elementos de conjunción en el reflejo existencial del sujeto agente, en la evitabilidad o en la causa de la rebeldía a la pretensión de vigencia de la norma.

El comportamiento omisivo, en cambio, desde la óptica de la relación entre el Yo consciente y el mundo exterior (entendido no sólo desde el punto de vista óptico, sino también valorativo) en atención a la forma en que interviene el sujeto en el desarrollo del proceso causal, aparece como forma apta de determinación del modelo explicativo del delito omisivo. Pero al dotar GIMBERNAT a su concepto de acción de un marcado componente causal, y sobre todo, psicológico; afloran las dificultades para poder establecer en el ilícito culposo la relación entre el Yo consciente y el mundo exterior. El autor español tendría que enfrentarse una vez más ante aquél obstáculo que se le presentó a los autores causalistas clásicos de establecer la relación psíquica entre hecho y autor, si bien es cierto que allí el problema se ubicó en el momento de la culpabilidad y aquí en el previo de la acción.

Es de destacar en los tres modelos funcionalistas una nota común en el particular estudio de la acción. Esa nota común define el núcleo del concepto de acción de cada uno de los autores en atención a la relación del aspecto más íntimo del sujeto con un ámbito de la realidad exterior, sea valorativo

o material. En este sentido, JAKOBS formula su concepto de acción en atención a la toma de posición del sujeto frente a la vigencia de la norma. ROXIN estructura su concepción en torno a la personalidad del sujeto, que es al fin y al cabo una forma de determinar la toma de posición del autor, y su exteriorización, que muestra la presentación del sujeto ante la realidad que le circunda. Por último, en GIMBERNAT la relación se establece, como tantas veces se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, entre el Yo consciente y físicamente libre y el mundo exterior, teniendo en cuenta que esta relación acontece con visos más materiales que en el primer autor citado en la medida en que aquí se está enfatizando la incidencia del sujeto agente en el proceso causal que conduce al resultado.

Y todo ello nos lleva de nuevo a la idea que se ha introducido al principio de estas consideraciones finales: la elaboración del modelo teórico de la acción por parte de cada uno de los autores citados responde claramente a la representación propia de la sistemática funcionalista presentada por cada uno de ellos. Volviendo a lo dicho en el párrafo anterior, la referencia a la toma de posición del agente frente a la vigencia de la norma sigue representando una capitulación del aspecto individual de la acción en favor del funcionamiento del sistema social, posición coherente en la doctrina funcionalista radical de JAKOBS. Este aspecto se suaviza bastante en la tesis de ROXIN, quien teniendo presente el principio del hecho en Derecho penal, exige como requisito el que esa toma de posición del autor se exteriorice en el mundo real. El tinte funcionalista del autor sigue estando presente, pero, también en el concreto marco de la acción, éste no llega a romper con los principios del Derecho penal clásico. Finalmente, el modelo de GIMBERNAT en materia de acción representa una baldosa que casa perfectamente con su suelo sistemático. La relación entre necesidad de pena en referencia a la prevención general y a la propia función del Derecho penal se apoya en la incidencia motivacional de la amenaza de la sanción en el

sujeto. Por tanto, el factor psíquico representó en su día la piedra angular sobre la que se construye su teoría del ilícito. Componente esencial del mismo, la acción, no podía ser de otra forma, viene definida en orden a dos polos fundamentales: el Yo consciente y físicamente libre, de un lado, y el mundo exterior, de otro. El psicologismo postfreudiano inmanta toda una concepción del Derecho penal, y la conducta no es ninguna excepción.

El renacimiento de la discusión sobre un elemento del delito casi olvidado, la acción, pues, vuelve con la misma pretensión que en su día, salvo las diferencias apuntadas, perseguía el finalismo. Una incursión metodológica que no impuso sus postulados fundamentales, pero sí la mayoría de sus consecuencias sistemáticas. Quizá los sistemas funcionalistas, merced a la gran repercusión que están cobrando en las nuevas tendencias jurídicopenales, también revelan esa tentativa de discusión metodológica a través de la redefinición de la conducta punible. De momento se ha conseguido iniciar el camino, pues el retorno al debate sobre la acción, ya ha comenzado.