

## LA TEORÍA DEL DELITO EN SU DISCUSIÓN ACTUAL

*The theory of crime in its current discussion*

JAVIER WILFREDO HUAMANÍ MUÑOZ\*

### RESUMEN

La teoría del delito nace dentro de un ambiente de clara influencia positivista con pretensión científica (Liszt, Beling, Binding), excluyendo la filosofía y los juicios de valor del derecho penal. Se construye un concepto de acción naturalista, limitado a la constatación del movimiento voluntario realizado por el hombre perceptible por los sentidos, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad. El neokantismo (Mezger y Radbruch), genera un nuevo sistema de la teoría del delito, sosteniendo que no es posible prescindir de la dimensión valorativa, volviendo a tener cabida la filosofía dentro del discurso del derecho penal. El finalismo de Hans Welzel, pretende superar el subjetivismo metodológico y el relativismo valorativo del neokantismo, para lo cual desarrolla una metodología ontologista que lo lleva a plantear, desde una perspectiva objetiva, las denominadas “estructuras lógico-objetivas” (la doctrina final de la acción, la culpabilidad como reprochabilidad al poder actuar de otro modo). El funcionalismo es la corriente de pensamiento penal que domina hoy día la discusión del Derecho Penal. Por un lado, tenemos el funcionalismo teleológico de Roxin, quien trata de reconciliar la dogmática y la política criminal, proponiendo una reconstrucción del derecho penal orientando la dogmática a las valoraciones político-criminales. De otro lado, se encuentra el funcionalismo sistémico de Jakobs, quien propone un supraconcepto de carácter normativo para dar cuenta de las acciones dolosas y culposas: la competencia en virtud de

\* Abogado egresado de la Universidad San Martín de Porres, Mg. Derecho Penal, Mg. Derecho Civil y Comercial, Mg. Derecho Constitucional, Mg. Docencia Universidad, Doctor en Derecho, Doctor en Educación, y Ph.D. Philosophy. Profesor en la Academia de la Magistratura - AMAG, en Maestría en Derecho y en Doctorado en Derecho en Escuelas de Postgrado en Universidades.

una organización, distinguiendo la responsabilidad en virtud de organización (responsabilidad basada en deberes generales) y responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales).

**PALABRAS CLAVES:** Teoría del delito, causalismo, finalismo, funcionalismo, competencia en virtud de una organización.

#### **ABSTRACT**

The theory of crime was born within an environment of clear positivist influence with scientific claims (Liszt, Beling, Binding), excluding the philosophy and value judgments of criminal law. A concept of naturalistic action is built, limited to the verification of the voluntary movement carried out by man perceptible by the senses, without taking into account the purpose (or content) of the will. Neo-Kantianism (Mezger and Radbruch) generates a new system of crime theory, arguing that it is not possible to do without the value dimension, reintroducing philosophy into the criminal law discourse. The finalism of Hans Welzel, aims to overcome the methodological subjectivism and evaluative relativism of neo-Kantianism, for which he develops an ontologist methodology that leads him to propose, from an objective perspective, the so-called “logical-objective structures” (the final doctrine of action, guilt as reproach for being able to act otherwise). Functionalism is the current of criminal thought that dominates the discussion of criminal law today. On the one hand, we have the teleological functionalism of Roxin, who tries to reconcile dogmatics and criminal politics, proposing a reconstruction of criminal law, directing dogmatics towards political-criminal evaluations. On the other hand, there is the systemic functionalism of Jakobs, who proposes a supra-concept of a normative nature to account for malicious and culpable actions: competence under an organization, distinguishing responsibility under organization (liability based on general duties) and liability by virtue of institutional competence (liability based on special duties).

**KEYWORDS:** Theory of crime, causalism, finalism, functionalism, competence by virtue of an organization.

## 1. INTRODUCCIÓN

El concepto clásico del delito, propuesto por Bebing y Liszt, parte de una concepción natural de acción. Así, para Liszt, “acción es la producción reconducible a una voluntad humana, de una modificación del mundo exterior” (citado en Gonzáles, 2010, p. 266). El acto de voluntad se convierte en el fundamento de la acción, es la causa del suceso externo, que provoca una modificación causal del mundo exterior perceptible por los sentidos.

Al entenderse el concepto de acción como la “causación voluntaria de un resultado, lo voluntario se identifica como la capacidad de dominar muscularmente el cuerpo” (Gonzáles, 2010, p. 267). Estamos ante una concepción causal-mecanicista, que si bien puede explicar la causación de un resultado, sin embargo, no puede ofrecer una explicación respecto de la ejecución de la acción (Welzel, 2004, p. 64); es decir, “la razón de la conducta del autor” (Kindhauser, 2012, p. 18).

De esta forma, Liszt identifica la acción como un movimiento corporal de los músculos (objetivamente visible y observable), con capacidad de modificar el mundo. Contrariamente, descarta cualquier acto que no sea causado por la *materialia*, por lo corpóreo, espacial y vi-

sible y, que a la vez no genere un *movimiento* expresado en un cambio del mundo.

La ideología positivista reduce la realidad al movimiento de lo corpóreo observable, concepción que se deja sentir en los juristas de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, tiempo en que surge lo que hoy en día se conoce como la teoría jurídica del delito. Franz von Liszt describe la acción: “como una alteración material, sensiblemente perceptible en el mundo físico exterior, la que se basaba en un esfuerzo muscular o (en los delitos de omisión) en una inactividad de los músculos” (citado en Maurach y Zipf, 1994, p. 254).

Asimismo, para Ernst Bebing, siguiendo a Franz von Liszt, “el concepto de acción en sentido amplio, es definido como conducta humana voluntaria, que abarca tanto a la acción en sentido estricto (= movimiento corporal voluntario), como a la omisión (= inmovilidad voluntaria) (citado en Sergi Cardenal, 2002, p. 33).

En este caso, desde una perspectiva positivista, la acción se limita a la constatación de que voluntariamente un hombre ha realizado un movimiento corporal o ha permanecido inmóvil. Se trata de

un “movimiento corporal externo capaz de percibirse por los sentidos provocada por la voluntad humana, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad” (citado en Kai Ambos, 2007, p. 6).

## 2. METODOLOGÍA

El objetivo principal del presente artículo es poner en discusión si es viable construir un supraconcepto de acción que englobe tanto la acción como la omisión, en donde confrontan el concepto de acción de una perspectiva naturalística, ontológica y normativa. En cuanto a la metodología empleada, el enfoque es cualitativo, tipo básica, el diseño es descriptivo-correlacional, no hay manipulación de las variables en estudio; se ha utilizado como técnica de recolección de datos, el análisis documental, y como método de análisis el analítico-sintético.

## 3. DESARROLLO

### 3.1. La teoría del delito en su formulación natural-causalista

La filosofía positivista imperante a fines del siglo XIX, que divide la parte corpórea (acción) de la parte anímica (intelecto), concibe la acción en términos naturalísticos; “integrada por un movimiento corporal y el resultado de una modificación en el mundo exterior, uni-

dos por un nexo causal” (Almanza/Peña, 2014, p. 22). Beling entiende que la instancia de “la acción” como movimiento corporal –o ausencia de movimiento–, se encuentra “exenta de contenidos de valor e intención” (citado en Kai Ambos, 2007, p. 6), algo que es reservado exclusivamente para la instancia mental. En base a esta distinción, se construye una concepción “bipartita objetiva-subjetiva de la teoría del delito, en donde acción, tipo y antijuridicidad conforman el injusto y la parte objetiva del delito, mientras que la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo” (Kai Ambos, 2007, p. 6).

Pero, este concepto inicial de acción muy pronto resultó insatisfactorio, pues no explicaba el fenómeno de la omisión, al no poder establecer una relación causal entre la modificación del mundo exterior y la voluntad del autor, al no haber sido exteriorizada.

Beling es el creador del concepto de tipo (Tatbestand), asignándole un significado independiente frente a la antijuridicidad y la culpabilidad. El tipo penal consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo del delito; pero a la vez, tiene la particularidad de ser objetivo y valorativamente neutral (Roxin, 1979, p. 57).

El tipo penal está libre de los aspectos anímicos, de todo suceso subjetivo; es puramente descriptivo, no se presenta ningún juicio de valor; mientras que todos los elementos que requieren una valoración judicial para su determinación se caracterizan como normativos, algo que fue descubierto posteriormente por Max Ernst Mayer.

Para la teoría del delito en su formulación natural-causalista, la voluntad última del movimiento, es decir, la finalidad del autor, es irrelevante para la acción; ello se reconduce a la culpabilidad. La tipicidad y la antijuricidad son de carácter objetivo, mientras que la culpabilidad es subjetiva. “Por ello, cualquier cuestión que sea objetiva debe permanecer en la tipicidad y en la antijuricidad, y cualquier cuestión subjetiva corresponde a la culpabilidad” (Almanza/Peña, 2014, p. 34).

El positivismo imperante “negó la licitud de introducir juicios de valor o referencias a la realidad meta-jurídica en la tarea dogmática; algo de lo que se diferenció del método utilizado por Feuerbach, quien apela a criterios extrapositivos, de carácter racional-ideales o históricos. El método positivista tiene que abstenerse de entrar en valoraciones éticas o de tener en cuenta las impli-

caciones en la realidad social de las normas” (Mir Puig, 2003, p. 189).

Este derecho penal influenciado por el positivismo es formalista. “Sólo busca la ligazón lógico-formal entre los conceptos jurídicos-positivos, sobre cuya base, por inducción, quiere llegar al sistema conceptual, a la construcción jurídica. Busca clasificar al estilo de Linneo, los nuevos conceptos en el seno de las categorías abstractas que integran el sistema” (Mir Puig, 2003, p. 189).

De esta forma, el desarrollo lógico hasta aquí se expresa de la siguiente manera: 1) los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos; 2) esta característica no se da en el caso de los elementos normativos: la ajenedad de una cosa o la honestidad de la joven no se las puede captar por medio de la percepción sensorial, su determinación requiere una valoración; 3) las valoraciones no pertenecen al tipo básicamente, sino a la antijuricidad; 4) los elementos normativos son auténticos elementos de la antijuricidad (Roxin, 1979, p. 62).

### **3.2. El elemento valorativo en la teoría del delito. La influencia del neokantismo**

La influencia del neokantismo en el derecho penal, particularmente de Mezger y Radbruch, genera

un nuevo sistema de la teoría del delito, al sostener que no es posible prescindir de la dimensión valorativa, dado que las ciencias del espíritu, ámbito al cual pertenece el Derecho, está cimentada por referencia a valores, teleológicamente. De esta forma, interpretar es descubrir la valoración expresada por la ley (González, 2010, p. 268).

Las tres categorías centrales de la teoría del delito: acción, antijuricidad y culpabilidad, se muestran poco eficientes para dar cuenta de la realidad del delito, de acuerdo con la metodología positivista. El concepto natural de acción no puede dar cuenta de la omisión, dado que la esencia de la omisión no es negativo-naturalístico, sino negativo-normativa, pues la acción debida no es susceptible de percepción sensorial.

La antijuricidad tampoco encuentra una explicación satisfactoria, al encontrarse despojada de todo elemento valorativo, y expresar “tan sólo una relación lógica, expresiva de la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico”, incapaz de albergar ninguna clase de elementos subjetivos” (Mir Puig, 2003, p. 209). Por ejemplo, “el tomar una cosa mueble ajena sin el consentimiento de su dueño había de ser siempre antijurídico, incluso

cuando faltase el ánimo de apropiación y el de lucro” (Mir Puig, 2003, p. 209).

De igual forma, en el caso de la culpabilidad, el pensamiento causal-naturalístico hacía que se “identificara la culpabilidad con el dolo o la culpa, que no se limitaban a formar parte de la culpabilidad, sino que eran la culpabilidad; pero bajo esta concepción, no encontraban una adecuada explicación, la imputabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad, como el miedo insuperable, por ejemplo” (Mir Puig, 2003, p. 209).

Pero, como bien enfatiza Santiago Mir, ninguna de las modalidades de la culpa se explicaba satisfactoriamente con arreglo a la concepción psicológica, pues, lo esencial en el delito culposo no es nunca la relación psicológica que pueda concurrir, en forma de representación del peligro, sino el momento normativo de infracción de la norma de cuidado. La imprudencia es siempre un concepto normativo, imposible de ser aprehendido por una teoría naturalista de la culpabilidad anclada en el nexo psicológico causalista (2003, p. 210).

Para la concepción neoclásica del delito, “el tipo penal es un juicio por el cual se establece que la

acción subsumida en él constituye un injusto mientras no se demuestre lo contrario” (Roxin, 1979, p. 65). De esta forma, “el tipo deja de ser objeto de la valoración y pasa a contener ya directamente la valoración de todos los hechos que le son subsumibles; la diferencia entre tipo y antijuricidad sólo reside en la siguiente premisa: el juicio de disvalor jurídico emitido en el tipo es provisorio”(Roxin, 1979, p. 65).

De esta forma, la influencia del positivismo jurídico, producto del apogeo de las ciencias naturales, cedió paso a la filosofía de los valores y a una filosofía del conocimiento derivado del neokantismo, lo que permitió que el Derecho fuese menos formalista, de tal forma que todos los elementos del delito aparecen orientados por la idea de valor, asumiendo el delito una concepción teleológica (Ramos, 1979, p. 24).

Se afirma que el modelo neokantiano fracasó debido a que no pudo armonizar una concepción causal de acción con una noción del tipo como tipo de injusto; pretendió superar el positivismo naturalista pero sin contradecirlo, limitándose a completarlo subjetivamente (concepción valorativa) (Mir Puig, 2003, p. 220).

### 3.3. La teoría del delito como sistema categorial y teleológica

La teoría del delito es un instrumento conceptual que permite aplicar la ley a casos concretos con un grado de seguridad que obviamente no es absoluto, dado que la tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto no conlleva a un resultado exacto (Bacigalupo, 1999, p. 203). En ese sentido, afirma Enrique Bacigalupo: “lo que da legitimidad a la teoría del delito no es el método deductivo utilizado, sino la racionalidad con que permite la aplicación de la ley a los casos concretos (1999, p. 203).

La teoría del delito pretende ser un sistema que reúne los elementos comunes a todo delito, en cuya construcción se parte de conceptos superiores y generales, para luego descender a conceptos más específicos, al modo del sistema botánico de Linneo. Gustav Radbruch señala que la construcción de la teoría del delito sigue un doble fundamento: como teoría del fin de la pena, sigue un fundamento teleológico, y como teoría de las normas, contiene un fundamento categorial; admitiéndose pues, tanto una construcción categorial como otra teleológica (2010, p. 3).

Este doble fundamento lo desarrolla Radbruch señalando que la construcción de la teoría del delito de “modo clasificatorio-categorial es cuando el concepto unitario de lo injusto de la Teoría General del Derecho es reducido al concepto de lo injusto punible merced a una precisión cada vez más detallada (descendiendo de género a especie)” (2010, p. 3). De otro lado, agrega Radbruch que en la construcción de “una teoría deductiva-teleológica del delito, el concepto de lo injusto punible es derivado inmediatamente del fin de la pena, sin pasar por el concepto general de lo injusto (2010, p.3).

En el caso del sistema categorial del delito, parte de la base del concepto superior de todo injusto delictivo, como es el concepto de acción; la acción como concepto superior y último de la especie, constituido en el nexo entre voluntad, hecho y causalidad. Pero, Radbruch se opuso a dicho criterio señalando que “el concepto fundamental de la teoría del delito no es la acción, sino la realización del tipo, dado que el concepto naturalístico absoluto de la acción no es apropiado para servir de piedra angular del sistema penal” (Ramos, 1979, p. 18).

Conforme lo advirtió Radbruch en su momento, el problema

de la acción desde la perspectiva naturalística, acogiendo esta idea de concepto superior, es que no puede explicar la omisión, ante lo cual se ve en la necesidad de reconocer dos sistemas de delito: los activos y los omisivos, que se muestran en el fondo relacionados a un solo criterio. Esto, ligado al formalismo de construir la teoría del delito al modo de compartimentos estancos, “donde la tipicidad le correspondía todos los elementos descriptivo-objetivos, y a la culpabilidad los elementos subjetivo-descriptivos, había ido perdiendo las fronteras, hasta llegar a confundirse, lo cual llevó a Radbruch a rechazar el concepto naturalístico y prejurídico de acción como movimiento corporal voluntario con efectos en el mundo externo” (citado en Gonzalez, 2015, p. 81). Para Radbruch, la piedra angular de la teoría del delito no es ya la acción, sino la realización del tipo; con lo cual se inserta en un sistema valorativo y teleológico, donde importa la significación lingüística y social del delito; es la posición asumida por el neokantismo (citado en González, 2015, p. 82).

### 3.4. El finalismo

Avanzando en el desarrollo de la ciencia del Derecho, Hans Welzel, tratando de superar el subjetivismo

metodológico y el relativismo valorativo del neokantismo, desarrolla una metodología ontologista que lo lleva a plantear, desde una perspectiva objetiva, las denominadas “estructuras lógico-objetivas” (vr. gr., la doctrina final de la acción, la culpabilidad como reprochabilidad al poder actuar de otro modo) (Mir Puig, 2003, p. 209).

Welzel afirma que el Derecho Penal vincula con determinadas categorías ontológicas de la realidad, al legislador y al aplicador del derecho en forma absoluta, impidiendo a este último realizar valoraciones en torno a aspectos referidos a eficacia del Derecho Penal o de política criminal. En ese sentido, “las dos estructuras ontológicas sobre las que asentó la teoría del delito: la acción final (como base de lo injusto) y el poder actuar de otro modo (como base de la culpabilidad), limitan la capacidad de actuar del legislador. No sirven para decidir lo más importante: que acciones finales culpables pueden castigarse como delictivas y cuáles no, ni que criterio ha de orientar la clase y cantidad de pena que debe imponerse en caso” (citado en Mir Puig, 2005, p. 7).

Hoy en día, al reconocerse que la realidad se encuentra mediada por el lenguaje, producto de las corrientes hermenéuticas y analíti-

cas, ya no se puede exigir captar las esencias, propias del ontologismo. “El ontologismo finalista parte de un objetivismo esencialista que desconoce que los conceptos que tenemos no son puros reflejos necesarios de la realidad, sino construcciones humanas basadas en un consenso social contingente. No basta la intención del sujeto, junto a lo fáctico hay que reconocer el papel decisivo de lo normativo” (Mir Puig, 2005, p. 7).

Welzel afirma que “la acción humana es ejercicio de actividad final” (Welzel, 2004, p. 41), es decir, la acción del hombre no solo es causal, sino también un acontecer final. Lo interesante de la doctrina finalista de Welzel no sólo radica en el hecho de que el sujeto pueda anticipar o prever -dentro de ciertos límites-, en base a la experiencia de vida, las consecuencias posibles de su actividad, dirigiendo el acontecer causal hacia el fin perseguido (Márquez, 2003, p. 69); sino que además entiende -desde una perspectiva lingüística-, que las acciones humanas “se apoyan sobre la base de la finalidad con arreglo a sentido” (Mir Puig, 2003, p. 233).

La teoría finalista de Welzel trajo novedades interesantes en la teoría del delito. “Le debemos la reubicación del dolo y la culpa en

el tipo, el concepto de injusto personal y el análisis de los elementos subjetivos de la justificación, la distinción entre error de tipo y error de prohibición, la teoría del dominio del hecho para explicar la autoría, el plan concreto para explicar la tentativa, entre otros” (González, 2010, p. 270).

Pero, en realidad, el nuevo sistema de Welzel sólo consistió en una concepción distinta de la acción, pues, para este autor “la esencia de la acción humana es la finalidad: el ser humano anticipa medios, procedimientos y objetivos, y por consiguiente al actuar siempre persigue una finalidad (...); la estructura óptica de la acción es la finalidad y esta estructura lógica-objetiva procede de la realidad, del mundo del ser” (Gonzalez, 2015, p. 85). Debido a ello, se afirma que incurre en la llamada falacia naturalista (Kant), que consiste en pretender obtener del ser, conclusiones de deber ser.

Uno de los aspectos resaltantes de la teoría finalista es la inclusión del dolo en el tipo. “Si toda acción está dirigida a un fin, consciente y voluntariamente, el dolo pertenece a la misma acción y consecuentemente pasa a integrarse en la tipicidad. A partir de aquí la teoría del delito comienza a distinguir entre tipo objetivo, tipo subjetivo

y culpabilidad” (González, 2015, p. 85). De esta forma, el finalismo le da una particular importancia a lo subjetivo en la configuración del injusto penal (conducta típica y antijurídica), de tal forma que “trajo consigo la formación de una orientación que radicalizó la subjetividad del injusto, convirtiéndola en el eje del injusto, y por tanto, del delito. Para esta orientación de la escuela finalista el injusto penal encontraba su fundamento en el llamado desvalor de la acción, por lo que el resultado se convirtió no más que en una mera condición objetiva de punibilidad” (García, 2012, p.325).

Para el causalismo el tipo carece de un aspecto subjetivo, porque el dolo no pertenece al tipo, sino a la culpabilidad, pues el tipo es concebido como puramente objetivo. En cambio, para el finalismo, el tipo es mixto: subjetivo y objetivo; de esta forma, el dolo es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo, estando el dolo en el tipo subjetivo. “El delito se califica no sólo por el desvalor del resultado, sino también por el desvalor de las acciones, de la voluntad de las tendencias, finalidades y motivos del autor; en definitiva por el desvalor del fenómeno de la acción de por sí” (Márquez, 2003, p. 66).

Pero el finalismo también presenta serios límites dada su formulación filosófica en términos ontológicos, basado en el método deductivo-axiomático. Jakobs afirma que el “finalismo sustituyó a la mecánica por la psicología, pero siguió quedándose con la herencia del naturalismo anterior, pues no logró captar el sentido social del comportamiento” (citado en Gonzáles, 2010, p. 271). La formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológica previa (acción, causalidad, estructura lógico reales, etc.), sino que su principal preocupación debe estar determinada por las finalidades del derecho penal.

Mientras que Roxin cuestiona el hecho de mantener la dogmática y la realidad en planos distintos e incommunicados, y no propiciar la reconciliación y la unidad sistemática de la dogmática y la política criminal.

En efecto, Roxin refiere que el giro de la teoría final hacia las estructuras ónticas y a la realidad social:

ha intentado restablecer, sin éxito, la referencia de la dogmática jurídico-penal a la realidad, devolviendo sobretodo a la teoría de la acción y a la del tipo la

plasticidad de una pura descripción del suceso. El finalismo con su método deductivo-axiomático de derivar soluciones jurídicas de datos ontológicos -como el de acción concebido en sentido prejurídico-, ha creado también un sistema que, ciertamente, se diferencia de la tripartición clásica causal-positivista por un lado, pero que por otro no concede un espacio independiente a las finalidades político-criminales en la dogmática (2002, p. 54-55).

### 3.5. El funcionalismo

En la actualidad predominan las corrientes funcionalistas, las mismas que se alejan del finalismo, unas por su oposición al método lógico abstracto, como el caso de Roxin, otras por censurar su metodología ontológica, como el caso de Jakobs. El funcionalismo teleológico de Roxin ha cifrado su esfuerzo en reconciliar la dogmática y la política criminal, para lo cual “propone una reconstrucción del derecho penal orientando la dogmática a las valoraciones político-criminales; privilegiando la categoría de los fines del derecho penal, particularmente, los fines de la pena” (Gonzáles, 2015, p. 87).

La política criminal traspasa la dogmática penal. El control penal y la pena, no tienen una fundamentación ontológica ni legitimidad, sino que constituyen una necesidad de autoconstatación del Estado. “La dogmática penal no contiene conceptos en si puros o neutros, sino que surgen de una selección política. No es una ciencia o teoría neutra, sino definida desde la política criminal, y por tanto, desde un fin y sus consecuencias” (Bustos, 1994, p. 98).

En líneas generales, se puede decir que “las tesis funcionalistas, además de su explicación funcional de la sociedad y de las normas, reducen la acción humana a la protección de expectativas, al desempeño de roles y a primar la noción de deber, orientándose hacia finalidades preventivo generales” (González, 2015, p. 90).

#### 4. DISCUSIÓN: EN BÚSQUEDA DEL SUPRACONCEPTO DE ACCIÓN QUE ENGLOBE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN

En este acápite vamos a revisar algunas posturas que pretenden crear un supraconcepto que englobe tanto la acción como la omisión. En principio, señalar que hay quienes sostienen la imposibilidad de formar dicho supraconcepto, como el caso de Radbruch, quien sostiene que si la omisión tuviera en

común con la acción los elementos de la voluntad, hecho y causalidad, entonces podría haber conciliación entre ambos; pero en puridad, se agota en su negación. Utilizando una imagen muy común para negar esta posibilidad, refiere que es como subsumir en un supraconcepto afirmación y negación (a y no-a), lo cual es imposible. Para Radbruch, la acción se identifica con el movimiento corporal en el mundo exterior y el resultado que causa dicho movimiento, algo que en definitiva no existe en la omisión, y por consiguiente, “no puede estar en relación de causalidad con ningún resultado del mundo exterior” (Gimbernat, 1987, p. 596-598).

Pero hay autores quienes piensan que si es posible formar un supraconcepto de comportamiento humano que englobe tanto la acción como la omisión. Así, Gimbernat apuesta por un concepto ontológico que se sitúa en el mundo del ser, al señalar:

La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo –perteneciente pues, a la esfera del ser y no a la del deber ser-, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es de-

cir: porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceres malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón) (Gimbernat, 1987, p. 579).

De esta forma, para Gimbernat la elaboración de este supraconcepto sería axiológicamente indiferente, siendo su naturaleza ontológica, abarcaría tanto la conducta activa como pasiva.

Miguel Polaino, cuestiona la posición de Gimbernat y más bien defiende “un concepto funcional-social de acción, en el que la naturaleza ontológica o normativa se halla en segundo plano, y en el que el aspecto de la sociabilidad es plenamente constitutivo” (2008, p. 331). Miguel Polaino afirma que en última instancia Gimbernat lo que hace es defender un concepto na-

turalístico de comportamiento, en el que acción y omisión se definen de manera ontológica y prejurídica; pero ese tipo de acción no puede ser acción en sentido penal, sino en un amplio sentido naturalístico, dado que en su concepto se incluyen acciones y omisiones que no tienen ninguna relación con el derecho penal (2008, p. 325).

Por ello, para Miguel Polaino, “el supraconcepto que pueda obtenerse de las acciones y omisiones penalmente relevantes no puede ser un supraconcepto naturalístico, ni neutro ni necesariamente ontológico, sino, que comparta alguna de las características del derecho penal, esto es, no un supraconcepto que sea aplicable a todo el ámbito del mundo del ser, sino un supraconcepto más restringido, más específico penalmente” (2008, p. 325).

Miguel Polaino afirma que Gimbernat se contradice cuando señala por un lado, que acción y omisión son dos conceptos ontológicos y no valorativos, para después referir que la omisión es un no hacer que se debería hacer (normativo y valorativo), de tal forma que la omisión se vincula con el deber. Si esto es así, es obvio que sería contradictorio proponer un supraconcepto de acción y omisión de carácter ontológico y no valorativo, por un lado, y

de otro lado, afirmar que la omisión es de normativa y valorativa (2008, p. 327). El derecho penal posee una naturaleza normativa y axiológica que de por sí hace insuficiente que el supraconcepto sea edificado bajo un prisma exclusivamente normativo, naturalístico y avalorativo.

Pero el funcionalismo de Jakobs se construye bajo el elemento de la evitabilidad en el seno del concepto de acción, de tal forma que sostiene que la acción es un comportamiento exterior evitable (citado en Polaino, 2008, p. 310). Por lo que a criterio de Enrique Gimbernat, la normativización del concepto de acción lo que hace es “convertir a toda acción en una omisión, y con ello, y siendo la omisión un concepto normativo (desvalorado) (desde la perspectiva de Gimbernat), a toda acción en un concepto también y necesariamente desvalorado, con lo cual y, en consecuencia, se niega la calidad de comportamiento a las actividades axiológicamente indiferentes o valiosas” (Gimbernat, 1987, p. 602).

La propuesta de Jakobs como supraconcepto para unir acción y omisión, consiste en la categoría: “competencia en virtud de una organización”. De esta forma, Jakobs realiza una distinción entre responsabilidad en virtud de organización (responsabilidad basada en deberes

generales - *neminem leade-*) y responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales).

El hombre configura el mundo mediante el trabajo, mediante la actividad, y ello incluye las omisiones; pero esto implica también organización. Es decir, “por medio del comportamiento organizativo de los hombres la conformación del mundo se convierte en contingente, y por ello es necesario, como compensación, mudar a los hombres en personas, esto es, en portadores de roles que administran sus ámbitos de organización según estándares fijos y que en caso de administración defectuosa conducen a responsabilidad” (Jakobs, 1996, p. 861).

De esta forma, los seres humanos al vivir en sociedad, en un mundo socialmente configurado de una determinada manera, tienen un status especial, como funcionario público, como médico o como padre, que viene definido por un haz de derechos y deberes. “El status general configura por tanto la competencia por organización; a cada uno compete, en virtud de su status general, esto es, como sinalagma de su derecho de organización, garantizar que, en el contacto con una organización ajena, la propia tenga una configuración que se mantenga

dentro del riesgo permitido” (Sessano, 2006, p. 3).

La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización. No responde en su condición de hombre, sino de persona.

Cuando la persona, distinto al ser humano -dado que aquél es un producto social, y éste el resultado de procesos naturales-, cumple el rol asignado, entonces satisface la expectativa social; de ahí que la infracción de un deber inherente al rol implica defraudar la expectativa social. Lo importante del rol es que no sólo define la posición que cada persona o sujeto ocupa en la sociedad, sino que además representa el límite de su propia responsabilidad. De esta forma, el rol se convierte en una garantía porque garantiza que a una persona sólo se le va a responsabilizar por el deber que el rol le asigna, más no por un rol ajeno (Polaino, 2015, p. 384).

## 5. CONCLUSIONES

1. El concepto de acción, dentro de una concepción natural-causalista, es entendida como conducta humana voluntaria, que abarca tanto a la acción en sentido estricto (movimiento corporal

voluntario), como a la omisión (inmovilidad voluntaria).

2. El positivismo jurídico de fines del siglo XIX, muy pronto, al constatar su serios límites para dar cuenta de la realidad penal, cedió paso a la filosofía de los valores y a una filosofía del conocimiento derivado del neokantismo, que permitió que el Derecho fuese menos formalista, de tal forma que todos los elementos del delito aparecen orientados por la idea de valor, asumiendo el delito una concepción teleológica.
3. Hans Welzel, postula una metodología ontologista que lo lleva a plantear, desde una perspectiva objetiva, las denominadas “estructuras lógico-objetivas” (la doctrina final de la acción, la culpabilidad como reprochabilidad al poder actuar de otro modo); afirma que la acción humana es ejercicio de actividad final, es decir, la acción del hombre no solo es causal, sino también un acontecer final; de esta forma, el sujeto pueda anticipar o prever -dentro de ciertos límites-, en base a la experiencia de vida, las consecuencias posibles de su actividad, dirigiendo el acontecer causal hacia el fin perseguido.

4. Hoy en día predominan las corrientes funcionalistas, teniendo de un lado, el funcionalismo teleológico de Roxin, quien propone una reconstrucción del derecho penal orientando la dogmática a las valoraciones político-criminales. De otro lado, se encuentra Gunther Jakobs, quien propone un supra-concepto de carácter normativo para dar cuenta de las acciones dolosas y culposas, distinguiendo entre responsabilidad en virtud de organización (responsabilidad basada en deberes generales) y responsabilidad en virtud de competencia institucional (responsabilidad fundamentada en deberes especiales).

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almanza, Frank; Peña, Oscar (2014). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima; APECC.
- Bacigalupo, Enrique (1999). *Derecho penal. Parte general* (2a ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bustos Ramírez, Juan (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: PPU.
- Cardenal Motraveta, Sergi (2002). El tipo penal en Be-  
ling y los neokantianos. Barcelona. Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/1410/TOL77.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- García Cavero, Percy (2012). *Derecho Penal. Parte General* (2a de.). Lima: Jurista Editores.
- González Cussac, José (2015). Los antiguos y nuevos horizontes de la Dogmática penal. En: *Cuadernos de Derecho Penal*, N° 13, enero-junio, pp. 77-110.
- Gonzáles, Ramón Luis (2010). Sobre el concepto jurídico-penal de acción en el derecho penal moderno. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste*, Vol. 4, N° 7, pp. 265-278.
- Gimbernat, Enrique (1987). Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 40, Mes 3, pp. 579-608.
- Jakobs, Ghunter (1996). La imputación penal de la acción y la omisión. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XLIX, Fascículo 3, Boletín Oficial del Estado (BOE), pp. 835-874.

- Kindhauser, Urs (2012). Acerca del concepto jurídico penal de acción. En: *Cuadernos de Derecho Penal*. Julio, pp. 11-41 (18).
- Márquez Piñero, Rafael (2003). *Teoría de la antijuridicidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mir Puig, Santiago (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mir Puig, Santiago (2005). Límites del normativismo en derecho penal. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 7, pp. 1-18.
- Muñoz Conde, Francisco; García Aran, Mercedes (1998). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Polaino Navarrete, Miguel (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Polaino Navarrete, Miguel (2008). Que queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y la función del concepto de acción en Derecho Penal. En: García, Carlos; Valle, Margarita; Cuelda, Antonio; Martínez, Margarita; Alcácer, Rafael; Gimbernat, Enrique (Coords.) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Madrid: Edisofer.
- Ramos Mejía, Enrique (1979). La teoría del delito desde Liszt y Beling a hoy. En: IDEARIUM, N° 4/5, pp. 15-34.
- Radbruch, Gustav (2010). Sobre el sistema de la teoría del delito. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 12, pp. 1-13.
- Roxin, Claus (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Buenos Aires; Depalma.
- Roxin, Claus (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (2a. ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Sessano Goenaga, Javier (2006). Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología*. Núm. 08-03; pp. 01-25.
- Villavicencio Terreros, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- Welzel, Hans (2004). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalística*. Buenos Aires: Editorial B de F; p. 64.