

ACERCA DE LA CONCEPCION ROXINIANA DE LA ACCION JURIDICO PENAL*

Alvaro Bunster‡

1.- La preocupación en torno del concepto y cometido de la acción jurídico-penal por parte de *Claus Roxin*, el eminente maestro a cuyo jubileo académico nos complace asociarnos con el presente escrito, parece datar especialmente desde su “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, de 1962. Allí tenía, desde luego, por absolutamente inservibles fuera del Derecho penal y de escasa importancia teórica y nula significación práctica dentro del mismo, unas concepciones de la acción como la “naturalista”, la “causal” y la “social”, derivadas del derecho positivo, y que podían aspirar, todo lo más, a ejercer la función de reunir en sí las características válidas por igual para todas las formas de manifestarse la conducta delictiva. No reconocía en este supraconcepto sistemático otro valor que uno puramente estético-arquitectónico.¹ Bien se sabe, por otra parte, que en cuanto al concepto ontológico de acción postulado por la teoría de la acción final, era tesis central del mencionado trabajo crítico -según diría el propio *Roxin* más tarde- “la esterilidad del concepto final de acción (como en general de cualquier concepto de acción) para los efectos del *si* y el *cómo* de la punibilidad.”² Seis años después, en su aporte al volumen en memoria de *Gustav Radbruch*, había avanzado un concepto de acción como “todo lo que puede atribuirse a un ser humano como persona, vale decir, como centro anímico-espiritual de acción, sea que voluntariamente lo haya hecho o dejado de hacer, sea que, a lo menos, lo hubiera debido hacer o dejar de hacer.”³ Podrá discutirse si ya entonces había acordado *Roxin* a la acción una posición sistemática en la teoría del delito,⁴ pero es lo cierto que aquel concepto de acción, como él mismo reconoce, es casi textualmente el que, con la calificación de “funcionalmente orientado”, nos ofrece en su importante *Lehrbuch* aparecido en 1991 y hoy en tercera edición, donde, entendiéndola como ‘manifestación de la personalidad’, dice de ella que es “primeramente, todo lo que puede atribuirse a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción.”⁵

Esta concepción de la acción ha quedado, pues, reafirmada al terminar de plasmar el autor en su obra de conjunto, y tras un sinnúmero de trabajos acerca de diversos contenidos de la teoría del delito, el sistema del Derecho penal al margen de realidades ontológicas dadas, mas bajo la guía de las que son sus finalidades. Trátase de un criterio específicamente jurídicopenal, que estriba en las bases polítocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Y debido a que en esta concepción son los fines del Derecho

* Versión española de la alemana intitulada “Zum Strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin,” incluida en el *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (Berlin, New York: Walter de Gruyter).

‡ Catedrático de derecho penal en la Universidad de Chile desde 1952 hasta 1970. Actualmente Profesor de derecho penal de tiempo completo en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

¹ Roxin “Kritik der finalen Handlungslehre” ZStW 74 (1962), 515,520.

² Roxin, *Strafrecht AT I*, ¹ 1991, § 8 nm. 24.

³ Roxin, “Eigene Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts” en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, DAR 1968, 283.

⁴ Marinucci, *Il reato come “azione”*, 1971, 6 nota 14.

⁵ Roxin, *Strafrecht AT I*, ³ 1997, § 8 nm. 44. En adelante las citas de este autor lo son a esta tercera edición alemana de su tratado, salvo la de la nota 22.

penal y de la pena los que deben orientar los presupuestos de la punibilidad, las categorías básicas del delito (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) se presentan como instrumentos de valoración político-criminal que, en cuanto tales, son también irrenunciables para un sistema teleológico.⁶ Concomitantemente, desaparece, por lo que atañe a la acción, el negativismo de los anteriores escritos, y aunque todavía en 1993 sostenga *Roxin* que *ningún* concepto de acción sirve para resolver concretos problemas concernientes al *sí* y al *cómo* de la punibilidad,⁷ la verdad es que la acción sienta sus reales como en la dogmática más dispuesta a reconocerle la condición de supraconcepto dotado de los cometidos devenidos tradicionales, que la ponen a salvo de verse reemplazada, en la base del sistema del delito, por su disolución en la tipicidad.

En lo que sigue desarrollaremos algunas reflexiones sobre ciertos rasgos generales de esta elaboración conceptual y sistemática.

2.- Se esmera *Roxin* en precisar al máximo el concepto de acción, ya adelantado. Comienza por recoger la opinión -según él- más extendida de la acción, que la conceptúa como una conducta humana significativa en el mundo exterior, dominada o al menos dominable por la voluntad.⁸ El, por su parte, no se desentenderá de la voluntad, y hasta llegará a mencionarla, aunque no frecuentemente, junto a la conciencia, en este contexto de la acción.⁹ De su propia concepción de la acción dejará testimonio en dos enunciados fundamentales: según el primero, un hombre habrá actuado si determinados efectos, procedentes o no de él mismo, se le pueden atribuir como persona, o sea, como centro espiritual de acción, por lo que se puede hablar de un 'hacer' o 'dejar de hacer' y, con ello, de una manifestación de la personalidad;¹⁰ conforme al segundo, una acción, en cuanto manifestación de la personalidad, es todo lo que puede atribuirse a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción.¹¹ A una y otra formulación se agrega, por cierto, la idea de proyección a los sucesos del mundo exterior.

La caracterización general en sentido positivo de la acción, esencialmente como manifestación de la personalidad, resulta de haberse excluido todo lo que, según consenso general, no aparece como acción¹²: por lo pronto, todo aquello que se gesta en ese plano anímico-espiritual sin alcanzar proyección exterior, y todo lo que exteriormente se da como emanado del sujeto sin que se origine, en verdad, en aquel centro anímico-espiritual. Para dejar más en claro el alcance de sus enunciados de signo positivo, alcance menos fácil de discernir que si se lo presenta a través de situaciones de sentido negativo, no escatima el autor la referencia exhaustiva, en diferentes momentos de su exposición, a los que, en su entender, son supuestos de ausencia de acción: a) funcionamiento del cuerpo como mera masa mecánica; b) movimientos reflejos, automatismos, ataques convulsivos; c) hechos de animales; d) actos de personas jurídicas, y, en fin e) meros pensamientos, disposiciones de ánimo y demás actitudes o afectos que permanezcan en la esfera interna.

3.- Es palmario que los enunciados roxinianos sobre la acción autorizan a distinguir entre un plano que es el centro anímico-espiritual del sujeto y una expresión o proyección en o a

⁶ Roxin § 7 nm. 53.

⁷ Roxin § 8 nm. 25.

⁸ Roxin § 7 nm. 5.

⁹ Roxin § 8 nm. 44.

¹⁰ Roxin § 7 nm. 54.

¹¹ Roxin § 8 nm. 44.

¹² Roxin § 8 nm. 46.

los sucesos del mundo exterior, oriunda de aquél. Al primero son directa e indistintamente referibles expresiones como el ‘yo’, la ‘instancia conductora anímico-espiritual del ser humano’, el ‘centro’, la ‘capa’, ‘instancia’, ‘esfera espiritual o anímico-espiritual’ de acción, donde ésta se gesta como conducta significativa en el mundo externo, dominada o dominable por la conciencia y la voluntad. La proyección misma al mundo exterior no queda, en cambio, denotada mediante tanta sinonimia, lo que parece obedecer a que, al troquelar el concepto de acción que se examina, según adelante se explayará, *Roxin* evita en lo posible tornar concreta esa proyección con locuciones como ‘movimiento corporal’ u otras tanto o más acentuadamente extrañas al contexto; echa mano excepcionalmente, en cambio, de vocablos como acción o conducta y, por cierto, prefiere ostensiblemente, verbigracia, palabras como ‘suceso’ o ‘efectos’. Todo ello, nos parece, para eludir cualquier compromiso terminológico que pueda tornar inservible o inaplicable el concepto ‘personal’ de acción a la forma omisiva de ésta, y ello sin contar todavía con el desinterés en cualquier referencia a un sustrato de alguna índole en este plexo de enunciados que precisamente se quiere divisar como normativo por excelencia.

Reconocida esta cesura entre centro anímico-espiritual y expresión en el mundo exterior, cabe preguntarse ¿qué es el uno y qué es la otra?

Desde luego, nos hallamos frente al primero, el centro anímico-espiritual, ámbito que en la concepción roxiniana es de gran significado y sumo realce, y al que aparecen, más que vinculadas, referidas la acción misma y la connotación de ser ella manifestación de la personalidad. Este centro anímico-espiritual se alza sobre la mera ‘esfera corporal (‘somática’) del hombre o ámbito material, vital y animal del ser’, en términos de que los efectos que parten únicamente de esta última esfera o ámbito (el subrayado es nuestro) no pueden ser considerados acciones. Es en aquel centro anímico-espiritual, y no en la esfera corporal del hombre, donde se genera, pues, la acción, dominada o al menos dominable por la voluntad. Lo que parta, en cambio, de su mera esfera corporal (‘somática’) hacia los sucesos del mundo exterior no puede merecer el nombre de acción. La acción del sujeto aparece como *mya*, a no mucha distancia de la imputación hegeliana como aquello que en una conducta puede ser reconocido como *propio* del agente,¹³ ni de la acción reconocida por *Beling* en el episodio vital que tiene al hombre como *señor* de su cuerpo.¹⁴ Pues bien, difícilmente podríamos hablar de algo perteneciente a alguien como suyo, máxime no tratándose de una cosa sino de una manifestación conativa, si no pensásemos en la voluntad como poder conductor de ella, como su sustentación de índole psicológica. Y la voluntad, que *Roxin* evita, como hemos dicho, mencionar demasiado, anida en el ‘yo’, la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano, si es que no cabe ya identificar de una vez por todas esa instancia con la voluntad. Tal vez la diferencia de matices, si el autor quiere establecer alguna, pueda hacer que la acción enfrente con mayor éxito los formidables escollos que en esta perspectiva de la voluntad oponen, *inter alia*, al menos los delitos culposos, los omisivos y, entre estos, los debidos a mero olvido.

¿Y qué decir de la acción misma, que surge de ese ámbito en que se alberga la voluntad? Poco, en verdad. El autor ha desplegado un ingente esfuerzo por apartar de su idea de acción toda ‘físicidad’. Empiezan por mostrarlo los propios vocablos usados para denotar la acción: ‘suceso’, ‘efectos’, ‘lo que parte de...’, con lo que se evade, es cierto, una denotación clara y distinta, y sólo queda, curiosamente, la idea de expresión o proyección,

¹³ Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 3. Aufl. Suplemento a § 115.

¹⁴ *Beling Lehre vom Verbrechen*, 1930, 14.

otra vez, a ‘los *succesos* del mundo exterior’, esto es, la pura idea de exteriorización, con lo que no se nos dice en absoluto cómo verdaderamente es y en qué consiste aquello en que tal exteriorización encarna. Anticipábamos que el uso de un lenguaje elusivo, casi el no uso de lenguaje alguno, nos deja sin peripecia externa en que reconocer la acción, lo que nos induce a pensar en la cuidadosa evitación de términos que pueda más tarde resultar imposible hacer aplicables también a la omisión. Acaso sea capaz de ayudarnos en este asunto la insistente referencia a lo ‘personal’ de la acción y al enunciado de la manifestación de la personalidad, de que pasamos ahora a ocuparnos.

4.- Hemos creído seguir a nuestro autor en el menester de ensamblar en una trabazón, que ciertamente él siempre ha de haber tenido por muy firme, las piezas conceptuales con que hasta el momento hemos contado: el centro anímico-espiritual, en que nos ha parecido ver anidar la voluntad, y su expresión en los procesos del mundo exterior, en donde procuramos asir una acción que nos rehúye y se nos difumina como un ente casi inaprehensible. ¿Cómo y por qué a esta estructura de la acción, que parecería suficientemente delineada, ha venido a ceñirla y abrazarla la ‘manifestación de la personalidad’, a fin de terminar de concederle su debido y preciso significado jurídico?

La acción ha quedado ya caracterizada como un producto de la conciencia y la voluntad, producto gestado, con proyección hacia el exterior, en el centro anímico-espiritual de un ser humano. Si al requerir, además, la connotación de una ‘manifestación de la personalidad’ se quiere imprimir a la acción una inflexión normativa, veamos en qué puede ella consistir, y, en seguida, si no había ya en el concepto propuesto de acción suficiente normatividad como para no beneficiarse de la que pudiera aportarle la ‘manifestación de la personalidad.’”

Al hilo de las páginas consagradas en el *Lehrbuch* al tema de la acción, se tiene por presente la manifestación de la personalidad en episodios de variada índole (actos efectuados en estado de trastorno mental, omisiones, delitos por olvido, imprudencia, y otros). Ni allí, ni en ninguna página del texto consagrado a la teoría de la acción se fundamenta diferenciadamente esta implicación de lo *personal* que no sea su origen en la instancia controladora del ‘yo’, ni se brindan elementos que permitan ver en esta ‘personalidad’ que aparecería ‘manifestada’ otra cosa que individualidad, proveniencia de la acción de lo íntimo de cada quien, y, en este sentido, autenticidad, genuinidad.

Algo más que el atisbo de un concepto de acción ‘personal’ había ya habido, por cierto, en la ciencia penal alemana antes de *Roxin*, cuyo *Lehrbuch*¹⁵ recuerda y critica una teoría de la acción ‘personal’ elaborada por *Arthur Kaufmann*¹⁶ con precedencia a lo que *Roxin* escribiera en su tributo ya mencionado a la memoria de *Radbruch*. No sigue aquél a *Arthur Kaufmann* en un concepto –desde luego, ontológico– de acción que tiene por asaz estrecho, en razón de vincular demasiado la acción ‘personal’ a la ‘libertad’,¹⁷ pero, la verdad sea dicha, los esfuerzos de *Arthur Kaufmann* tienen, por lo pronto, el valor de estimular una intuición de lo ‘personal’ de la acción, como, verbigracia, cuando se traducen en aseveraciones como ésta: “Responsabilidad de la persona significa capacidad de autoconciencia espiritual y de la autodisposición que de ella resulta; dicho más

¹⁵ Roxin § 8 nm. 46,47.

¹⁶ Arthur Kaufmann “Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre”, en *Festschrift für Helmut Mayer*, 1966, 79 ss, 101.

¹⁷ *Ibid.*

propriadamente, capacidad, potencia, aptitud latente de autodisposición espiritual, no necesariamente su existencia; también el niño inmaduro y el enfermo de la mente son personas”,¹⁸ enunciado que, hasta allí, se mantiene muy aceptablemente en el ámbito conceptual de la acción y en la visión de la misma como ‘personal’, pero que en seguida se abre a una proposición algo más vasta que penetra decididamente en otro terreno, el de la responsabilidad. Para *Arthur Kaufmann* este deslizamiento no podría ser nunca, por cierto, un desliz, puesto que en aquel mismo trabajo define la acción humana, en su esencia, como “conformación responsable y plena de sentido de la realidad con las consecuencias causales dominables (en el más amplio sentido) por la voluntad (imputables a la acción).”¹⁹ Para *Roxin*, es, en cambio, como ya dijéramos, un motivo de serio desacuerdo, dada su preocupación, presumimos, por incluir en su concepto de acción sucesos humanos que parecen hallarse ‘por debajo’ de la voluntad.

No es en el artículo dedicado a la memoria de *Radbruch* sino en el *Lehrbuch* aparecido trece años después donde *Roxin* menciona especialmente, entre quienes sustentan una posición muy próxima a la suya en este tema de la acción, a *Rudolphi*. Al ocuparse este autor de ‘la acción humana como objeto de las normas jurídicas’, sostiene que si el medio con que cuenta el Derecho penal para alcanzar el fin de evitar resultados socialmente dañosos son los mandatos y prohibiciones contenidos en las normas jurídicas de realizar determinadas acciones humanas, objeto de los mandatos y prohibiciones jurídicopenales ha de ser el hecho de que se las emprenda o se las omita. El delito presupone, en consecuencia, emprender una acción socialmente dañosa u omitir una acción socialmente útil: actuar y omitir son las dos posibilidades básicas de la conducta punible. Ciertamente que en el plano óntico, según lo ha demostrado *Radbruch* -continúa *Rudolphi*- acción y omisión nada exhiben en común, se comportan como a y no a, y no pueden, por una consideración ontológica, reunirse en un concepto superior, pero pueden ser reconducidas a tal supraconcepto, y a la consiguiente unidad, por una consideración de carácter valorativo, si se piensa que objeto de una norma sólo puede ser, en fin de cuentas, lo que es posible omitir o realizar, y que objeto de las prohibiciones y mandatos jurídicopenales sólo puede invariablemente ser lo humanamente posible. Desde este aspecto, todo delito, así activo como omisivo, presupone ante todo que se le conciba como susceptible de ser dominado por un ser humano en la situación concreta. Dicho de otro modo, todo delito presupone una conducta personal atribuible (o imputable) y poder, asimismo, reunir tanto el actuar como el omitir humano dentro del *concepto de conducta personal atribuible (o imputable)*.²⁰

Sería difícil que pudiera *Roxin*, en principio, rechazar el pasaje aquí casi textualmente reproducido, donde se ofrece una fundamentación coherente y clara de la acción entendida como ‘personal’, y bastante más próxima a su pensamiento que el de *Arthur Kaufmann*. Ello no significa, por cierto, una coincidencia plena de ambos autores acerca de la vasta problemática de la acción jurídicopenal.

Así pues, mientras para *Arthur Kaufmann* el concepto de acción ‘personal’ ha de entenderse ontológicamente y conlleva la idea de libertad, y para *Rudolphi* todo delito presupone una conducta incluida en el concepto de lo *personalmente atribuible*, en términos de que para esta imputación no es necesario el ser humano en su respectiva individualidad,

¹⁸ Arthur Kaufmann 116.

¹⁹ Citado por Roxin § 8 nm. 46.

²⁰ SK-StGB Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch- *Rudolphi* (Agosto 1999) antes del § 1 nm. 17,18.

sino sólo, de acuerdo a su naturaleza general, su esencia capaz y racional de autodeterminación y dominio del suceder causal, el concepto de acción de *Roxin* es decididamente presentado como normativo, y su normatividad no reside, por cierto –según su opinión- ni *per se* en el centro anímico-espiritual de donde dimana, ni en la acción misma, sino en esto que él designa como ‘manifestación de la personalidad.’

Roxin no acuña esto de la ‘manifestación de la personalidad’ en la que es, hasta donde sabemos, su primera reflexión sistemática sobre el concepto de acción jurídicopenal, contenida en sus observaciones a la relación entre la idea y la materia del derecho, con que honra la memoria de *Gustav Radbruch*. Allí, en un fino juego académico, recoge la elegante cuestión metodológica propuesta en insuperables términos por el recordado iusfilósofo y penalista: “Así como la idea artística se acomoda al material, y una es cuando quiere asumir forma corpórea en el bronce, y otra cuando quiere hacerlo en el mármol, así también toda idea innata ha de corresponder al material. Denominamos a esta relación la *determinabilidad material de la idea*, al hacer conscientemente nuestro el doble significado de tal denominación -determinada *a través* de la materia, por estarlo *para* la materia- en tanto procuramos concebirla, ante todo y con independencia de toda determinabilidad material, como la *forma pura de la idea*.”²¹ El marco de esta tensión dialéctica es el escogido por *Roxin* para ofrecer por primera vez, que sepamos, su visión de la acción como ‘personal’, concebida desde el punto de vista de la atribuibilidad personal (*personale Zurechenbarkeit*), sin que todavía se mencione siquiera la ‘manifestación de la personalidad’ sino, todo lo más, la ‘persona’ como un criterio ideal para considerar la acción, conforme aparece de la definición entonces ofrecida: ‘...todo lo que a un hombre *como persona*...’ (‘...alles was sich einem Menschen *als Person*...’). El objeto de este juicio, acompañado de su predicado de valor, expresa *Roxin*, que cabría denominar ‘conducta personalmente atribuible’ (*personale zurechenbare Verhalten*), pudiera ser, en consecuencia, de una muy variada cualidad atendiendo a la materia, como sería el caso, por ejemplo, de un hecho intencional frente a una omisión informada de culpa inconsciente. “La unidad de lo que en Derecho penal denominamos ‘acción’ no reside en lo material (‘arbitrio’, ‘causalidad’ y demás) sino en lo normativo, en el vínculo espiritual.”²²

5.- Pues bien, intentemos la tarea de desentrañar el sentido de la ‘manifestación de la personalidad’ con los propios materiales conceptuales aportados por *Roxin*.

En primer lugar, su particular sensibilidad a la tendencia a ‘normativizar’ los conceptos, muy propia de la moderna dogmática, lo mueve a elaborar en su *Lehrbuch* el concepto de acción con la ‘manifestación de la personalidad’ como su médula misma, y que le confiere a aquélla carácter normativo, por representar de antemano, en su parecer, el aspecto valorativo decisivo, que es el que cuenta para el examen de la acción.²³ En segundo lugar, la unidad de la acción no se define para él por algo empíricamente preexistente (ya sea la causalidad, la conducta voluntaria o la finalidad) y que estaría por igual en la base de todas las manifestaciones de conducta punible, sino sólo por la *identidad del aspecto valorativo* (la bastardilla es nuestra), que es el ser la acción, en definitiva, ‘manifestación de la personalidad’, por ser referibles los efectos de lo actuado u omitido por el sujeto a él mismo como persona, como centro anímico-espiritual.²⁴ En tercer lugar, renuncia *Roxin* a

²¹ Radbruch, “Rechtsidee und Rechtsstoff,” *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 1923/1924, 343.

²² Roxin, op. cit. en nota 3, 262.

²³ Roxin § 8 nm. 73.

²⁴ Roxin § 7 nm. 54.

buscar en todas las manifestaciones de la conducta delictiva lo que conceptualmente tienen en común en la unidad del sustrato material (voluntariedad, corporalidad, finalidad, no evitación o similares).²⁵ Al aparecer la manifestación de la personalidad bajo formas muy diversas, éstas sólo encuentran su elemento común en que pueden imputarse a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad.²⁶ En cuarto lugar, señala todavía el autor que la manifestación de la personalidad no ofrece una definición de la que lógicamente pudiera deducirse en el caso concreto lo que es una acción, ni es una denominación colectiva de conceptos heterogéneos, sino un concepto que, al designar todas las “objetivaciones de la personalidad”, brinda un criterio que debe desarrollarse concretándolo en la realidad, y que sólo en la multitud de sus caracterizaciones permite reconocer el fenómeno ‘acción’.²⁷

De lo glosado se percibe la extensión, en sentido lógico, con que *Roxin* elabora su concepto de ‘manifestación de la personalidad’, que en verdad no nos había exhibido en absoluto, hasta ahora, otra connotación que no fuese la de acordar a las acciones propiamente tales una característica que de ella no representara otra cosa que un sinónimo. Pero es menester no perder la ilación del pensamiento roxiniano. Para precisar el concepto de acción jurídico-penal no ha recurrido a criterios causal-naturalistas, finales o sociales, sino a los que él llama personales y que se expresan, en el instante último de evolución de su pensamiento sobre este particular, en la ‘manifestación de la personalidad’, criterio esencialmente normativo que él aspira a ver erguirse sobre el sustrato material en que necesariamente reposa, y erguirse a tal extremo como para llegar, incluso, a prescindir del expresado sustrato, y hasta a desprenderse de él. Ese enfoque parece haber sido inspirado por la oposición recíproca indicada por *Radbruch* entre idea y materia, oposición que *Roxin* tratará de resolver poniendo, por cierto, la idea por sobre la materia, la valoración por encima del sustrato, la ‘manifestación de la personalidad’ por encima de los hechos, circunstancias o situaciones que conforman, digamos, lo existencial.

6.- Nuestro autor no se ha propuesto llegar al desconocimiento, en esta valoración que él acomete, y que alcanza -en su entender- su suprema y sintética expresión en la ‘manifestación de la personalidad’, de la existencia de un sustrato sobre el cual hacerla recaer, pero ha sostenido que la *unidad de la acción no se define por algo empíricamente preexistente, sino por la identidad del aspecto valorativo*. Con todo, en algunos importantes supuestos de ausencia de acción presentados por él mismo como tales, analiza detenidamente el sustrato, para terminar valorándolo, como luego se verá, en el sentido de que la acción como tal no es concebible. En otros, cabe presumir, se admite la existencia del sustrato, pero sin ponerlo especialmente de resalto relativamente a la presencia de la acción como manifestación de la personalidad, según también se mostrará adelante. Ni el uno ni el otro es siquiera el caso de dos supuestos de ausencia de acción por él expresamente referidos y considerados, que en nuestra opinión no deberían ser tratados en la teoría de la acción sino en la del sujeto activo: los hechos de los animales y los actos de las personas jurídicas. Hace tiempo que los primeros han quedado al margen del enjuiciamiento penal, y en Alemania pugnan los segundos por entrar al ámbito del derecho punitivo, contra la posición jurisprudencial y doctrinal amplísimamente mayoritaria que, tal vez, sólo los aceptaría si se admitiese que, junto a acciones de seres humanos gestadas en el centro anímico-espiritual del ser, otras acciones procedentes de entes colectivos, tenidas como tales acciones en

²⁵ Roxin § 8 nm. 74.

²⁶ Roxin § 8 nm. 74.

²⁷ Roxin § 8 nm. 50.

cuanto objeto posible de imputación estrictamente normativa, podrían transponer los umbrales de la teoría de la acción jurídicopenal, y ser objeto consiguientemente, entre otras, de aquella discusión acerca de si la valoración respectiva debe o no apoyarse en un sustrato dado.

A veces llega *Roxin* a una valoración tras cuidadoso examen del sustrato, decíamos. Esto acaece con los dos importantes grupos de ausencia de acción consistentes, el uno, en el comportamiento del cuerpo humano por obra de fenómenos internos, como movimientos reflejos, automatismos, ataques convulsivos; y el otro, en el desempeño de ese mismo cuerpo como una mera masa mecánica por efecto de un impulso o fuerza, a veces del todo externa, en que el espíritu y la psique no hayan participado de algún modo o no hayan tenido oportunidad de intervenir en el proceso. Ya esa sola dicotomía lleva envuelto un juicio de valor, a que nuestro autor ha sido movido por la contemplación de una diversidad fáctica de apreciable amplitud, si se considera que entre las situaciones de ausencia de acción del primer grupo cuéntense reacciones reflejas, automatismos, hechos producidos en gracia a impulsos de alta intensidad u originados en un estado de embriaguez con pérdida de conocimiento, y que entre las del segundo cabe anotar la narcosis, formas de alto grado de delirio, desmayos o inconsciencia profundos, convulsiones epilépticas, hemorragias y otros desahogos fisiológicos incoercibles, calambres, *vis absoluta*. Y todos estos supuestos, en fin, se gestan con apoyo en un material fáctico que yace primariamente desmenuzado en una casuística variadísima e inabarcable. El autor parte de un examen cuidadoso de esa casuística y efectúa en torno de ella consideraciones del más diverso orden, hasta alcanzar una valoración, cual es, en este caso, la de que tales sucesos no constituyen acciones sino meros remedos de tales porque no se gestan en lo que él ha denominado ‘centro anímico-espiritual de acción’, y al ser ese el caso, no procede que el Derecho las haga objeto de sus prescripciones, por no cumplir con ello función alguna.

Está, pues, a la vista que no siempre se ha desentendido *Roxin* por entero del sustrato, pese a su insistencia en situarlo muy en segundo plano al valorar un suceso proveniente del ser humano como acción o no acción. Y, por lo que hace a la conclusión, parece notorio que a ella se llega sin necesidad de echar mano de la manifestación de la personalidad, que ya en este contexto divisamos como una connotación superabundante.

No se hace, por cierto, mención del sustrato en el único supuesto de ausencia de acción a que falta referirse, de los cinco mencionados en el apartado 2 de este escrito, a saber, el de los impulsos o pensamientos de índole delictiva que permanecen en el fuero interno sin objetivarse ni trascender al exterior en manera alguna, y que quedan abarcados por el apotegma *cogitationis poenam nemo patitur*. Parecería del todo superflua, en el contexto de ausencia de acción, la mención a contenidos puramente internos del espíritu humano, ya que el cometido excluyente del concepto jurídicopenal de acción concierne precisamente a sucesos humanos externos que no pueden, sin embargo, ser valorados como acciones, y no a lo que, por no acaecido, carece de presencia en el mundo exterior. Esto, claro está, sin perjuicio de los difíciles problemas que suscita el alcance del apotegma en el campo de los delitos de omisión.

7.- Pero no es sólo a propósito de la ausencia de acción que cabe reflexionar acerca de la manifestación de la personalidad. Esta traspasa toda la problemática de la acción, ya que nuestro autor es decididamente de la tendencia a tener a ésta por un supraconcepto con las funciones que le asigna la dogmática hoy dominante. Por tanto, su concepción vale por igual para la acción en sentido estricto y para la omisión, para el tipo doloso y el culposos,

un par de binomios que en este contexto parecen no merecer mayor análisis por parte de *Roxin*. Hasta la omisión por imprudencia inconsciente es una manifestación de la personalidad atribuible al sujeto por infracción de la norma y contraria a la prohibición como ‘obra suya’, pues si no se pudiera imputársela no sería posible tampoco fundamentar la antijuridicidad o incluso la punibilidad de aquélla. En fin, aunque el autor de una omisión por ignorancia inculpable de la norma se halle en error de prohibición invencible, su omisión es para *Roxin* una manifestación -si bien no reprochable jurídicopenalmente- de la personalidad.²⁸

En seguida, si hablamos todavía de substratos, éstos, por cuanto hace a la contraposición acción-omisión, no pueden convivir en un género común, porque no es dable reconducirlos a una clase unitaria. Es la omisión la que hace de esta tarea una empresa imposible, sin que sea éste el lugar y la ocasión para abrir el debate sobre cómo precisar para la omisión un substrato que, por supuesto, sea algo más que una mera *cogitatio* coetánea de un simple no hacer, ejercicio intelectual que con frecuencia no ha conducido a resultado más promisorio que el aserto de que la omisión no se agota en una mera *cogitatio*. *Roxin* no se hace cargo, donde en verdad no corresponde, del concepto de omisión y de su posible sustrato, pero no deja de evocarlos veladamente y de soslayo al desarrollar en su *Lehrbuch* el cometido de enlace o unión que reconoce a la acción (comprensiva, por cierto, de la omisión), donde concluye: “En materia de acciones (conductas) comisivas no es necesario recurrir a la categoría de lo social ni a la de lo jurídico para comprobar si, en verdad, existe una manifestación de la personalidad; en la mayoría de las omisiones esto se da ya por inclusión de la esfera social; en otras, hasta el mandato jurídico es condición necesaria de la posibilidad de una manifestación de la personalidad.”²⁹

En lo que concierne al binomio dolo-culpa, ya se habrá advertido que nuestro autor se abstiene de cualquier consideración relativa a la discutida reconducción de la última a la voluntad.

8.- En este vasto campo no configurado de manera puntual se ha dejado, pues, de lado todo recurso o invocación del substrato en que normalmente reposa la valoración, y se ha negado cabida a *lo empíricamente preexistente* en favor de la *identidad del aspecto valorativo*. Lo empírico preexistente, él mismo lo dice, que estaría por igual en la conducta punible - la causalidad, la conducta voluntaria, la finalidad- no es, sin embargo, lo que define la acción, pero sí la define aquello que, siendo tan diversas como son las acciones, tienen ellas de elemento común: el poder imputarse a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su *personalidad*, que es donde, suponemos, debemos reconocer la *identidad del aspecto valorativo*. Se entiende que la manifestación de la personalidad no sea una definición de la que, en un caso concreto, pueda deducirse lógicamente lo que es una acción, y que no se esté ante tal manifestación como frente a una denominación colectiva apta para designar un universo de conceptos heterogéneos. Lo que debería llegar a entenderse, en verdad, es, según *Roxin*, la manifestación de la personalidad, que en terminología apreciablemente análoga a la de *Arthur Kaufmann* y *Rudolph*, caracteriza como un “concepto que, al designar todas las ‘objetivaciones de la personalidad’, proporciona un criterio que debe desarrollarse concretándolo en la realidad y que sólo en la multitud de sus caracterizaciones permite reconocer el fenómeno ‘acción.’”³⁰

²⁸ *Roxin* § 8 nm. 74.

²⁹ *Roxin* § 8 nm. 55.

³⁰ *Roxin* § 8 nm. 74.

Roxin se ha esforzado por alcanzar un concepto ‘personal’ de la acción jurídicopenal que satisfaga sin restricciones los cometidos que, conforme a su visión del derecho penal y de la pena, cabe exigir de ese concepto. Lo acompaña el éxito en fundamentar su funcionalidad por lo que atañe al cometido delimitador o excluyente que sustantivamente incumbe a la acción en el contexto del delito (los restantes no han sido materia de este escrito), al otorgar a esa funcionalidad el mismo sentido que le acuerda tratándose de los predicados, todos valorativos, de la misma: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Con ello, por añadidura, contribuye a afianzar racionalmente el régimen de garantías propio del moderno enjuiciamiento penal, que pone al margen de éste todo lo que no sea acción. Merece plácemes, asimismo, ya en el plano conceptual constructivo, que no haya partido de un concepto prejurídico de acción sino de uno normativo, con las necesarias valoraciones que esto apareja.

Las reflexiones que nos sugiere como totalidad esta concepción suya de la acción, y de que en buena parte hemos dejado aquí testimonio, no terminan, sin embargo, de formar en nosotros la convicción de que la forja de un instrumento apto para resolver muchos problemas que ella plantea a la teoría del delito sea ya, de su parte, una tarea concluida. El impulso inicial de su conceptualización, por lo pronto, alude a “una conducta humana significativa en el mundo exterior dominada o, al menos, dominable por la voluntad,”³¹ lo que importa la lisa y llana admisión de la voluntad, con los problemas consiguientes en materia de delincuencia omisiva y culposa, a lo menos. La preocupación, en seguida, por no dejar la omisión fuera del supraconcepto de acción, debido tal vez a lo imperceptible e intangible que distingue a la perpetración omisiva del hecho, trátase de los impropios como de los propios delitos de omisión, y, por otra parte, el encomiable afán de caracterizar aquel supraconcepto en términos asertivos conduce involuntariamente, creemos, a desdibujarla y a referirse a ella como a un ‘suceso’ o a un ‘efecto,’ lo que no parece muy adecuado.

Pero esto no es todo. La exposición de la acción en el sistema de *Roxin*, junto al desvelo por ofrecer su concepto en sentido asertivo, despliega un sinnúmero de supuestos de ‘no acción’, cuyo heterogéneo fundamento ha sido ya objeto de nuestras reservas. En seguida, la tendencia del autor a abroquelarse en una normatividad que bordea la ausencia de sustrato no parece, a nuestro juicio, tener otra explicación que reconducir esos variados supuestos a un fundamento único, para contar con una base simétrica sobre la cual erigir una concepción de la acción de plenitud sistemática que, obstaculizada por la rigidez de lo concreto, hace necesaria y provoca la entrada triunfal de lo normativo bajo la veste de la *identidad del aspecto valorativo*. Al servicio de esta identidad se acuña el concepto de ‘manifestación de la personalidad’ que, pese a la conceptualización ofrecida por *Roxin*, no logramos identificar en el contenido de sentido que él parece adjudicarle, y en donde, por nuestra parte, sólo percibimos la auténtica o genuina procedencia de la acción de la persona, entendida esta última en el mero alcance de su individualidad.

³¹ Roxin § 7 nm. 5.