

35

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

4 S. PRÆTIDE ET PRO

Revista

Enero 2015

35

Revista Penal

Enero 2015



Penal

Revista Penal

Número 35

Sumario

Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

Sistemas penales comparados: Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

Bibliografía: por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

Fe de erratas del número 34 338



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher

Paulo César Busato

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

Ficha Técnica

Autor: Paulo César Busato.

Adscripción institucional: Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidade Federal do Paraná - Brasil.

Title: A critical to the possession crimes based on the concept of meaningful action. Connections between the civil law and common law on the thesis of Thomas Vives Antón and George Fletcher.

Sumario: Introducción. 1. El “*rise and fall*” del concepto de acción en la dogmática penal continental hasta el funcionalismo. 2. El debate sobre el concepto de acción derivado del *act requirement* en Estados Unidos de Norte América. 3. El escenario legislativo de avances de barreras de imputación del moderno Derecho penal. 4. ¿Existen coincidencias político criminales? 5. El concepto de acción de Vives Antón. 5.1. La importancia del concepto de acción en el sistema de Vives. 6. El concepto de acción de George Fletcher. 6.1. El rol central del concepto de acción en Fletcher. 7. El coincidente rol político-criminal del concepto de acción de Vives y Fletcher. Especial atención a la crítica a los delitos de posesión. 7.1. La inconsistencia de la idea de posesión como acción. 8. A modo de conclusión. El efecto de acercamiento entre el *civil law* y el *common law*: un síntoma de adecuación epistemológica. Bibliografía citada.

Summary: Introduction. 1. Rise and fall of the concept of action in the continental criminal law system until functionalism. 2. The debate on the concept of action derived from the act requirement in United States of America. 3. The level of criminalization growth on the modern criminal law. 4. Are there political-criminals coincidences? 5. The Vives Antón’s concept of action. 5.1. The relevance of the concept of action in the Vives’s system. 6. The George Fletcher’s concept of action. 6.1. The central role of the concept of action in Fletcher’s theory. 7. The matching political-criminal role of the concept of action of Vives and Fletcher. Special attention to the criticism of the possession crimes. 7.1. The inconsistency of the idea that possession is an action. 8. A kind of conclusion: the effect of rapprochement between the civil law and the common law: a symptom of epistemological adaptation. Literature cited.

Resumen: El presente trabajo se dispone a discutir críticamente la fórmula de los delitos de posesión a partir de la teoría de la acción significativa. Para ello, comenta el desarrollo de las teorías de la acción en el Derecho penal del *civil law* y del *common law* hacia llegar al punto de conexión en las tesis de Vives Antón y George Fletcher respecto del concepto de acción.

Palabras-clave: Delitos de posesión, Teoría de la acción significativa, *common law*, *civil law*, Vives Antón, George Fletcher.

Abstract: This paper intent critically discuss the possession crimes formula, from the theory of meaningful action. To do so, describes the development of the action’s theories in criminal law so the civil law as the common law to reach the connection point in the theses of Vives Antón’s and George Fletcher’s concepts of action.

Keywords: Possession crimes, theory of meaningful action, common law, civil law, Vives Antón, George Fletcher.

Rec. 28-08-2014 **Fav.** 30-09-2014.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ha sido desarrollado a partir de una ponencia en el Congreso sobre *La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas*, que tuvo lugar en Valencia y Castellón en los días 19 y 20 de junio del 2014, organizado por las Universidades de las ciudades valencianas.

En la ocasión, se trataba de discutir las aportaciones de la filosofía del lenguaje como paradigma epistemológico para la crítica al Derecho penal, en especial a los modelos dogmáticos tradicionales.

La discusión dogmática siempre tuvo un trasfondo vinculado a una ilusión cientificista que pretendía explicar lo que hacemos bajo una forma de ciencia.

Las vinculaciones de la estructuración dogmática ha siempre estado alrededor, de alguna forma, de la filosofía kantiana, pero, bastante más cercana de la *crítica de la razón pura*.

Los trabajos del Prof. Vives Antón y del Prof. George Fletcher, de alguna manera, proponen un abandono del paradigma *kantiano* de la razón pura y proponen un acercamiento a los puntos que interesan en la *crítica de la razón práctica*. El estudio de derecho penal debe de desvincularse de una perspectiva dogmática que espera solucionar a todo con absoluta precisión y acercarse de la *praxis*, estudiando los usos de los términos como forma de su reconocimiento práctico.

Así, lo que ofrece el paradigma del lenguaje es una reconstrucción de la misma dogmática a partir del sentido de las palabras, con lo cual, deja de importar *lo que es* un concepto dogmático o una realización criminal, para importar *el cómo se reconoce el sentido* de un concepto dogmático o una realización criminal.

Tanto la evolución del Derecho penal continental, bajo la perspectiva del *civil law* cuanto el Derecho penal anglosajón, en la forma de *common law* encuentran, en el paradigma del lenguaje, el más importante desarrollo de los últimos tiempos y en ello aparece un acercamiento que tiene por eje el concepto de acción.

Evidentemente, todos los aspectos de la teoría del delito cambian a partir de un paradigma del lenguaje

y no cabría, en este trabajo, tratarlos a todos. Pero, justamente con el intento de apuntar para el concepto de acción como eje de los cambios, se utilizará la crítica al delito de posesión como ejemplo de lo que puede aportar la filosofía del lenguaje en términos jurídico penales.

1. El “*rise and fall*” del concepto de acción en la dogmática penal continental hasta el funcionalismo

La importancia del tema de la acción en la teoría del delito del sistema jurídico continental europeo, hacia poco tiempo, se podría describir perfectamente por una parábola, no en sentido del lenguaje, sino en el mismo sentido matemático.

En los albores de la composición de un concepto analítico de delito no se tenía en cuenta la importancia del elemento *acción*, sino que, la gran discusión se enredaba alrededor de la causalidad, que se elegía como el punto clave de determinación del carácter científico del Derecho penal¹.

Refiere Gimbernat², que el primer intento de desarrollo de la teoría del delito buscaba su anclaje en la causalidad.

Pero, la excesiva amplitud del concepto ontológico de causa (*conditio sine qua non*) y la insuficiencia de rendimiento de las teorías normativas (causalidad adecuada, por ejemplo), que negaban la causalidad en situaciones en donde esta estaba indudablemente presente, han llevado la doctrina a decantarse por el desarrollo del otro elemento del injusto —la acción— como el elemento base de la teoría del delito³.

En el comienzo de las formulaciones de un concepto analítico de delito, la pretensión de darle al mismo sistema de imputación un cariz científico⁴, hizo adoptar para la definición de delito, conceptos afirmados por otras ciencias, entre ellos, el mismo concepto de acción, tomado de la física *newtoniana*⁵.

Para von Liszt, que ha sido el autor del tratado más importante de finales del Siglo XIX y principio del Siglo XX, la acción consistía en una modificación del

1 No es demasiado acordar que la principal pretensión de las estructuras analíticas causales-naturalistas era ofrecer un perfil científico para la teoría del delito.

2 En ese sentido GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1990, p. 169.

3 Al dato histórico refiere Gimbernat in GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios...*, cit., p. 169.

4 La pretensión era producto no sólo del impacto producido en el mundo por tesis como la de Darwin, como también pela pretensión de dar una respuesta para la conocida crítica de Kirchmann, en 1847, en el sentido de que tres palabras del legislador bastarían para convertir bibliotecas enteras en basura. (Véase KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La Jurisprudencia no es ciencia*. Trad. de Antonio Truylol y Serra, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 29).

5 En ese sentido, TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 93.

mundo exterior, perceptible por los sentidos, producida por una manifestación de voluntad que se expresaba en la realización u omisión de un movimiento corporal voluntario. Para él, “la manifestación de voluntad, e resultado y la relación de causalidad son los tres elementos del concepto de acción”⁶.

En un primer momento, los conceptos no salían demasiado del eje propuesto por Liszt⁷.

El avance de los modelos de sistemas de imputación, con la constante quiebra de los paradigmas⁸ en uno y otro punto, ha obligado a la reconstrucción permanente del mismo concepto de acción⁹.

Sirve de ejemplo la influencia que tuvo el *neokantismo*, como perspectiva epistemológica axiológica en el planteamiento de conceptos penales como el concepto social de acción¹⁰.

Ello se puede notar en los comentarios que hizo Eberhard Schmidt¹¹ al tratado de su maestro von Liszt, en un intento de depurar el concepto causal propuesto por aquél de la excesiva influencia de las ciencias naturales, al definir la acción como “conducta llevada por la voluntad que concierne, a través de sus efectos, a la esfera de la vida del próximo y se presenta, bajo aspectos normativos, como unidad de sentido social”¹².

El punto de partida de Eberhard Schmidt ha sido compartido y desarrollado por muchos otros autores como Wessels¹³, Jescheck¹⁴, Kienapfel¹⁴, Oehler¹⁵ e Wolff¹⁶, además de recibir la adhesión de los partidarios del concepto *objetivo-final* de la acción como Honig, Engisch¹⁷ o Maihofer¹⁸.

El concepto general de delito ha recibido constantes y sucesivas reformulaciones, siempre teniendo como base un concepto de acción hasta encontrar su cumbre en el punto donde todo el sistema de imputación se ha amparado en él.

Con el finalismo —planteamiento que se pretendía oponer, de modo indistinto, al causalismo y al neokantismo¹⁹— se establece una división que ha asumido perfiles de una verdadera guerra de escuelas, que ha dominado la discusión en el Derecho penal del *civil law* en todas las partes del mundo, por alrededor de unos cincuenta años²⁰.

No se olvida que ello ha sido impulsado artificialmente por intereses de orden político-criminal de algún autor, como bien ha puesto de relieve la conocida investigación de Muñoz Conde²¹. Pero, ello no borra de la historia el protagonismo que el concepto de acción ha alcanzado en términos de teoría del delito con la discusión entre *causalistas* y *finalistas*.

6 LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2. 3ª ed., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927, p. 297, 300 e 302.

7 Como ejemplo más evidente se puede referir al trabajo de Beling, disponible en lengua española como BELING, Ernst. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 19. “acción” es un *comportamiento corporal* (fase externa, ‘objetiva’ de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo, consistente en la libertad de inervación muscular, o ‘voluntariedad’ (fase interna ‘subjetiva’ de la acción)”.

8 La tesis de Kuhn es de que la ciencia evoluciona a través de una sucesión de quiebra de paradigmas. Véase KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1ª ed., 12ª reimp., trad. de Agustín Contin, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 27.

9 Cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*. Madrid: Editorial Universitat S.A., 1996, p. 250.

10 En ese sentido el comentario de TAVARES, Juárez. *Teoría do crime culposos*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 106, notas 290 e 291 e GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 104.

11 SCHMIDT, Eberhard. “Soziale Handlungslehre”. In *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969, p. 339.

12 WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 20.

13 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 149.

14 KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht: zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*. Frankfurt a.M.: Klostermann, 1966.

15 OEHLER, Dietrich “Der rechtswidrige Vorsatz” in *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951.

16 WOLFF, Ernst Amadeus. *Dre Hanlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1964.

17 Para Engisch la acción es “voluntaria realización de consecuencias previsibles y socialmente relevantes”, Cf. ENGISCH, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1965, p. 38 e ss.

18 Para Maihofer, acción es “conducta que el hombre está objetivamente en condiciones de dominar, dirigida hacia un resultado social objetivamente previsible”. MAIHOFFER, Werner. “Der soziale Handlungsbegriff”. In *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, p. 178.

19 Véase comentario en ese mismo sentido en WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*. Trad. de Felipe González Vicén, Madrid: Aguilar, 1977, p. 197.

20 Así refieren MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luis Ernesto. “A exigência de ação (*act requirement*) como um conceito básico em Direito penal”, In *Revista Justiça e Sistema Criminal* n.º 1. Trad. de Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato, Curitiba: FAE, 2009, p. 9.

21 Véase sobre ello MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

Al final, en términos dogmáticos, era posible plantear, a partir de cada uno de estos conceptos de acción, sistemas de imputación completos y absolutamente distintos el uno del otro.

Esta clase de discusión —igual que el protagonismo del concepto de acción en materia penal— ha durado, como mínimo, más que un par de décadas.

El principio de la pérdida de importancia del concepto de acción en materia penal coincide con el desarrollo de las bases teóricas del funcionalismo.

Demostrada la artificialidad de la idea de los vínculos ontológicos²², se trasladó, quizás indebidamente las críticas válidas en contra del ontologismo para el mismo concepto de acción.

En el plan epistemológico el funcionalismo básicamente ha cambiado la pregunta sobre el Derecho penal, pues ya no se trataba de discutir lo que es el Derecho penal sino para lo que sirve.

De alguna manera, esta perspectiva tuvo la ventaja de alejarse de la pretensión de verdad latente en todos los modelos de imputación de base ontológica.

Por otra parte, una vez que el concepto de acción simbolizaba entonces tal base, las construcciones funcionales de la teoría del delito han progresivamente abandonado las referencias a este concepto, alejándole, primeramente, de la base estructural de la teoría del delito, que pasaba a empezar por la idea de imputación o por la categoría de la tipicidad, o aún, la misma ilicitud²³.

La funcionalización del Derecho penal ha traducido, sin lugar a dudas, una migración desde el campo ontológico para el axiológico en términos de base estructural del sistema de imputación.

Este recorte conlleva, naturalmente, una mejor visión del escenario político-criminal, dejando claro que la composición del sistema punitivo es, antes de todo una

elección y, como tal, representa el modelo de Estado de dónde deriva.

Por otra parte, el punto más agudo del funcionalismo conduce el eje del debate penal hacia la norma.

No es un acaso que, a partir del funcionalismo se haya desarrollado intenso debate sobre la estabilidad de la norma como eje del sistema de imputación; se haya cuestionado la validez y capacidad de rendimiento de la teoría del bien jurídico como criterio de limitación de la intervención penal; se haya desarrollado una teoría de la prevención general positiva como fundamento de la pena y se haya reanudado la importancia de la teoría de la impresión como fundamento de la culpabilidad.

Al lado de todo ello, y en el plan de las normas incriminadoras, aparece con cada vez más frecuencia el empleo de técnicas de tipificación que traducen avances de barreras de imputación y, no pocas veces, aunque traducidos en expresiones verbales, disfrazan un evidente déficit de conducta, como son ejemplo, los llamados delitos de posesión²⁴.

Si se parte de una reducción de la importancia del concepto de acción en la teoría del delito, la senda está abierta para construcciones no comprometidas con el control de conductas, sino que mucho más volcadas hacia un control de comportamientos o de *estados personales*.

2. El debate sobre el concepto de acción derivado del *act requirement* en Estados Unidos de Norte América

Se puede describir un escenario político-jurídico muy similar en los países del *common law*, en especial en Estados Unidos de Norte América, si se toma en cuenta la discusión alrededor del *act requirement*.

Desde el precedente *Robinson vs. California*²⁵, en dónde la Suprema Corte estadounidense rechazó la po-

22 Véase, a respecto de ello, la célebre crítica de Roxin, cuando refiere que "Si realmente se puede obtener resultados prácticos de un concepto supuestamente ontológico, la causa reside en la proyección inadvertida de contenidos jurídicos sobre este concepto y que con posterioridad de él se vuelve a deducir". ROXIN, Claus. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação", in *Problemas Fundamentais de Direito penal*. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª ed, Lisboa: Vega, 1998, p. 108.

23 Expuse más extensamente mis opiniones sobre el tema en BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 135 y ss.

24 Se toma aquí como delitos de posesión todos aquellos cuyos núcleos del tipo traducen situaciones equivalentes al estado de posesión. Así, además de poseer, se incluya *custodiar, almacenar, tener o mantener disponible*, etc.

25 Lawrence Robinson ha sido abordado en la calle en Los Ángeles por un policía, que ha percibido que los brazos de Robinson estaban malheridos, pálidos y llenos de marcas de agujas. El policía ha llevado Robinson a la cárcel. Al día siguiente, un perito de la división de narcóticos ha examinado sus brazos y concluido que las marcas y la palidez de sus brazos resultaban del uso de agujas hipodérmicas no esterilizadas. Robinson ha admitido el uso ocasional de narcóticos y ha sido acusado de violar la ley de California que incriminaba "la adicción al uso de narcóticos". Al revés de la mayor parte leyes penales, que exigen que a una persona se condene tan solo por un hecho criminal, en este caso, Robinson podría ser condenado por su condición, o su *status* de adicto en drogas. El jurado la condenó y el Tribunal de casación de California ha confirmado la condena. La decisión ha sido reformada por la Suprema Corte Estadounidense con base en la exigencia de una acción para incriminar.

sibilidad de cargo en contra del reo por “estar viciado no uso de narcóticos”, con base en la prohibición de incriminación de estados de personas, se ha convenido, en aquél espacio jurídico, que sólo es posible incriminar al alguien por una conducta, es decir, que existe la exigencia de una acción para determinar la posibilidad de cargarse responsabilidad criminal.

Así, se afirmó, en el ámbito jurídico de *Estados Unidos de America del Norte*, como principio jurídico penal, el *act requirement*.

Desde aquél entonces, con distintas fórmulas, ha ganado fuerza esta conclusión en la doctrina, que se ha afirmado como dominante, hacia el punto que incluso sus detractores reconocen que “virtualmente todos los libros de texto y tratados contestan afirmativamente”²⁶ a tal exigencia.

En principio, empero, hay coincidencia en afirmar la acción en Derecho penal desde un punto de vista que coincide básicamente con las fórmulas causales más elementales, tales cómo, la idea del movimiento corporal voluntario, que vienen de escritos ya del mismo siglo XIX²⁷.

La evolución de la discusión sobre la exigencia de una acción como fórmula de incriminación en Estados Unidos ha llegado a su cumbre, tal y como ha pasado en el ámbito del *civil law*, con la consagrada fórmula de Michael Moore, que pone el eje de la acción en la intención de realización, en una perspectiva muy similar a las primeras formulaciones de Welzel, una vez que reconoce en la voluntariedad que rige el movimiento corporal, la expresión del estado mental de deseos y creencias.

Moore²⁸ afirma que “existe un estado (o conjunto disyuntivo de estados) que provoca el movimiento motor, y es casi obviamente probable que tales estados sean distintos cuando el movimiento motor es una ac-

ción y cuando no es”. Pero, luego, añade que el contenido de tal conjunto de estados que dispara el movimiento motor de la acción es un estado de volición que se debe de discutir en el mismo nivel que se discute la existencia de creencias, deseos y intenciones.

Así, trata las voliciones como los estados que han sido estudiados desde los griegos como parte del sentido común de la psicología de las personas racionales.

Como se nota, la similitud con el planteamiento de Welzel es más que evidente²⁹, cuando este afirma que “es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final. Ella es el factor de dirección que sobredetermina el acontecer causal exterior y en virtud de esto lo convierte en una acción dirigida finalmente”³⁰.

El contenido de la acción como el direccionamiento de una intención es el argumento común entre Moore y Welzel hasta el punto que la afirmación del profesor alemán de que “la voluntad final pertenece, por ello, a la acción como factor integrante [...] ya que configura el acontecer exterior”³¹ podría tranquilamente ser atribuido al autor estadounidense.

En *Act and Crime*, Michael Moore traduce el *act requirement* como “antes de alguien ser punido por cualquier delito que sea, debe de tener realizado un movimiento corporal causado por una intención”³². A las omisiones, justifica el castigo a partir de un postulado de libertad, limitando su punibilidad a situaciones en que al déficit de libertad representado por el castigo de la omisión se pueda contraponer la injusticia de no castigarla, con lo cual, tan sólo en contados casos se autorizaría el castigo de las omisiones³³.

Este punto de vista ha sido muy bien recibido por la doctrina anglo-americana³⁴, no obstante su eviden-

26 En ese sentido la afirmación de HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”, in *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. [John DEIGH e David DOLINKO ed.], New York: Oxford University Press, 2011, p. 107.

27 Así la multireferida idea de John Austin de identificar la acción con el movimiento del cuerpo causado por un estado mental voluntario. In AUSTIN, John. *The Philosophy Of Positive Law*. 3ª ed., London: John Murray, 1869, pp. 424 y ss.

28 MOORE, Michael. *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 133.

29 Se percató de ello George Fletcher, que compara las dos concepciones en FLETCHER, George. *The Grammar Of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2007, pp. 269-270.

30 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 49.

31 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán...*, cit., p. 49.

32 MOORE, Michael. *Act and Crime...*, cit., p. 45.

33 Cf. MOORE, Michael. *Act and Crime...*, cit., p. 59.

34 Véase, por ejemplo, los comentarios de PILLSBURY, Samuel H. “Crimes of indifference”, in *Rutger’s Law Review*, v. 105. Newark: Rutger’s School of Law, 1996, p. 112 e HURD, Heidi M. “What In the World Is Wrong?” in *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 5, Newcastle: 1994, pp. 157-184.

te fragilidad en el fundamento del castigo de la omisión³⁵.

De hecho, no hay duda de que el deber de solidaridad, especialmente relacionado con la condición de las personas en el contexto social del hecho es lo que determina la relevancia de la omisión y no cualquier clase de discusión sobre la libertad³⁶.

Pero, después de un amplio reconocimiento del *act requirement* en materia jurídico-penal, cada vez se amplía más el número de autores que desprecian tal exigencia, por distintos motivos³⁷.

En especial Douglas Husak³⁸, sostiene que “la determinación de si la responsabilidad penal requiere o no una acción no es de vital importancia” y que a los filósofos del Derecho penal les ha importado más la afirmación en si misma que los efectos substanciales de tal afirmación.

El autor sostiene³⁹ que no ha sido difícil para el legislador de California, por ejemplo, después del caso *Robinson*, simplemente convertir la ley que trataba de la adicción, por una prohibición del uso de narcóticos, lo que ha permitido la continuidad de la llamada *war on drugs*.

Por ello, Husak⁴⁰ entiende que el *act requirement* tiene como única función práctica de la delimitación de la imputación en un número muy estrecho de situaciones en que igualmente se escapa la culpabilidad y no se puede reconocer, igualmente, la intención o la negligencia.

A ello, añade Husak⁴¹ la crítica de no existir una uniformidad respecto de lo que es efectivamente la acción y, como consecuencia de ello, no hay uniformidad sobre como el *act requirement* debe de ser formulado.

Presenta⁴² los clásicos problemas de imputación en supuestos de omisión y las dificultades de reconocimiento de una acción ontológica —ya sea en las bases

clásicas o en la fórmula de Moore— en casos limítrofes como el conocido ejemplo del guardia del Palacio de Buckingham, quien, aunque remanezca inmóvil durante mucho tiempo, realiza la acción de vigilar.

Como proposición, Husak⁴³ migra hacia el campo normativo, planteando, en oposición al *act requirement* el *control principle*.

Husak⁴⁴ toma como campo de prueba de su planteamiento justamente los delitos de posesión, en donde sostiene que no existe una acción propiamente dicha.

Hay, en efecto, un gran número de incriminaciones de delitos de posesión en Estados Unidos de Norte América, tales como posesión de drogas, armas de juguetes, máquinas de grabación de tarjetas de crédito, registros de préstamos usurarios, registros de apuestas, material pornográfico, materiales contaminantes y un largo etc.

Es más que evidente que uno que esté en posesión de dichas cosas, por el hecho de estar en posesión no realiza —al menos en el plan ontológico— una acción.

Por ello, el *Model Penal Code* determina la legitimación de los delitos de posesión “si el poseedor conscientemente obtuvo o ha recibido la cosa poseída y estaba consciente de su control respecto de ella durante un período suficiente para tener sido capaz de rescindir su posesión”. Es decir: se puede castigar la posesión, pero la justificación del castigo se basa no sobre la misma posesión sino que sobre el hecho de la obtención o recibimiento de la cosa de que se debería librar, que son, ellos sí, acciones.

A partir de ello, Husak⁴⁵ sostiene que no es razonable sostener los castigos a partir de que la situación castigada, aunque no sea en sí misma una acción, se basa en una acción previa o futura a ella conectada, una vez que, de ser así, se podría legítimamente castigar a uno que pensara en derrumbar la Estatua de la Libertad en

35 Sobre ello, véase la crítica de Francisco Muñoz Conde y Luís Chiesa en MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação..., cit., pp. 17-18, en donde ellos defienden el fundamento normativo del castigo de la omisión sobre un deber de solidaridad.

36 En ese sentido la observación crítica de MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação..., cit., p. 18.

37 Por ejemplo, DUFF, Antony. “Action, the Act Requirement and Criminal Liability” in *Royal Institute of Philosophy Supplement*, vol. 55, septiembre del 2004, pp. 69-103; SIMESTER, A.P. “On the So-Called Requirement for Voluntary Action” in *Buffalo Criminal Law Review* 403, vol. 2, n. 1, 1997 y HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., pp. 107-123.

38 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 107.

39 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 108.

40 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 108.

41 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 108.

42 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., pp. 109-110.

43 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 110.

44 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., pp. 111-112.

45 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., pp. 114-115.

un ataque terrorista, porque es una idea que se *basa* en una acción.

De todo ello, saca la conclusión de que más que el *acto* en sí mismo, lo que sostiene la responsabilidad penal es el *control* sobre una situación.

Es decir, lo decisivo al castigar tanto una omisión, cuanto una acción no es la realización sino la capacidad de *control* que uno ejerce sobre la situación misma. Propone, por fin, la sustitución del *act requirement*, por un *control requirement*⁴⁶.

Opone a Moore específicamente, que lo decisivo para el reconocimiento de la responsabilidad penal no es ni la acción misma, ni siquiera la elección respecto de dicha acción, sino que es el control que se ejerce sobre la elección respecto de actuar o no⁴⁷. Así, para el castigo del que conduce sin tomar su medicina contra la epilepsia o del guardia del Palacio de Buckingham, lo decisivo es el control que poseen sobre la realización de lo que hacen, así como para el sonámbulo o el que reacciona al insecto que le da en la cara tras entrar por la ventana del coche, lo que se les quita la posibilidad de imputación es la pérdida del control y no la falta de la acción.

Su conclusión, obviamente, traslada la cuestión para el plan exclusivamente normativo⁴⁸, porque, sin dudas, el análisis respecto del *control* es un juicio de valor que se hace sobre la capacidad de uno de controlar determinada situación específica y los resultados de ella derivados⁴⁹.

La crítica de Husak hacia el concepto de acción cuestiona directamente la validez del concepto de acción como elemento fundante de la responsabilidad penal, llegando a afirmar que “debemos parar de formar opiniones sobre la acción y, posiblemente, rechazarla por completo”⁵⁰.

El normativismo evidente en el planteamiento de Husak remite a tratar el concepto de acción con el mismo escepticismo manifestado alguna vez por Roxin, en su crítica a Welzel, cuando ha calificado los conceptos de

acción propuestos por la doctrina causal y final como absolutamente inservibles fuera del Derecho penal y de escasa importancia teórica y nula significación práctica dentro del mismo. No reconocía en este supraconcepto sistemático otro valor que el puramente estético-arquitectónico⁵¹.

3. El escenario legislativo de avances de barreras de imputación del moderno Derecho penal

No estoy seguro de que se pueda afirmar, como ya es común en la literatura jurídico-penal y criminológica la existencia de un proceso de expansión del Derecho penal a partir de la existencia de un número creciente de leyes conteniendo normas incriminadoras.

Ello porque, si es cierto que la revolución cibernética y los demás avances tecnológicos propios de nuestro tiempo han multiplicado el número de relaciones sociales diarias que tenemos todos, es cierto que una parte de estas mismas relaciones ciertamente será ilícita. Es decir: un aumento en el número de relaciones sociales castigadas normativamente no sirve, por sí sólo, a la demostración de que existe un proceso de expansión del Derecho penal. Habría que buscar —y no tengo noticia de su existencia— a estos fines, un estudio detallado y comparativo entre las relaciones de proporción entre conductas lícitas e ilícitas antes y después del avance tecnológico-cibernético.

Por otra parte, es cierto que la expansión del Derecho penal está claramente presente en otro plan, lo de las técnicas de tipificación.

Si todo delito se equilibra en un desvalor de acción y un desvalor de resultado, las técnicas de tipificación que acortan exigencias respecto de estos dos polos, ciertamente pueden corresponder a un real proceso de expansión.

Y es eso que se nota en nuestros días. Basta, para ello, una mirada atenta a la clásica división entre el desvalor de acción y desvalor de resultado sobre la

46 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., pp. 166 y ss.

47 HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 118.

48 El autor hace mención expresa a que su proposición consiste en un análisis normativo-axiológico en HUSAK, Douglas. “The Alleged Act Requirement in Criminal Law”..., cit., p. 118 y p. 121.

49 La otra interpretación posible —que no parece ser la opinión defendida por Husak— es entender el *control* en el sentido ontológico, como efectivo control por parte del agente, que remite quizás a algo similar a la tercera formulación de la teoría de la acción de Welzel, bautizada de *kybernetischer Handlung*, en dónde abandona la perspectiva final de la acción por un modelo de *acción cibernética*. Se trata del título *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, publicada en Brasil, traducida de la versión española de Cerezo Mir como WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

50 HUSAK, Douglas. *Philosophy of Criminal Law*. Totowa: Rowman & Littlefield, 1987, pp. 97.

51 La publicación original data del año 1962, como ROXIN, Claus. “Kritik der finalen Handlungslehre” in *ZStW* 74, pp. 515, 520. El artículo ha sido incluido en el recopilatorio ROXIN, Claus. “Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação”..., cit., 1998.

cual se equilibra el proceso de formulación de la imputación.

El avance en el ámbito del desvalor de resultado se traduce en el aumento progresivo del empleo de la técnica de delitos de peligro, en especial los de peligro abstracto.

Por otra parte, en lo que refiere al desvalor de acción, la quiebra de la exigencia de una acción propiamente deriva justamente en la criminalización de un estado de persona que se traduce en la técnica de los delitos de posesión y de tenencia.

Evitando, desde luego, una mayor digresión respecto del tema⁵², se puede, con tranquilidad, afirmar que hay consenso doctrinal sobre la existencia, en nuestros días, de un avance de barreras de imputación y que una de ellas, que ha despertado un creciente interés doctrinal, ha sido precisamente la técnica normativa de establecimiento de delitos de posesión. Se afirma que “el recurso a los delitos de posesión se ha convertido en una de las estrategias predilectas del nuevo modelo denominado Derecho penal del riesgo o de la seguridad”⁵³.

La cuestión central en estos supuestos es que la conducta de posesión no suele ser, en sí misma, nociva, sino que, lo que es nocivo es la utilización del objeto que se posee, circunstancia que precede o sucede el acto de posesión mismo⁵⁴.

Así, en realidad, lo que se puede afirmar es que el castigo de tales delitos no es más que una pretensión de reducir el potencial de utilización de un objeto peligroso⁵⁵.

En ello, lo cuestionable es justamente la existencia de una conducta. Aparece aquí algo muy cercano a lo que alguna vez la doctrina alemana ha calificado de *Zustandsdelikte* (delitos de estado)⁵⁶, con el claro problema de que se puede preguntar, con respuestas negativas si el sujeto *ha hecho* algo o si el sujeto *ha dejado de cumplir un deber*. El castigo de un estado de persona abre paso para las peligrosas posibilidades de un Dere-

cho penal de autor, aunque siempre existan herederos del burdo e inútil discurso punitivo saliendo en defensa del empleo de fórmulas capaces de distender indebidamente el castigo⁵⁷.

Por otra parte, importa dejar constancia de que esta situación político-criminal, coincide, al menos en los dos principales sistemas jurídicos occidentales, en un momento en que el concepto de acción se traslada para la una posición de ostracismo en las fórmulas de imputación.

4. ¿Existen coincidencias político criminales?

Existe, por tanto, una coincidencia que no puede pasar en blancas nubes: la falencia de los conceptos ontológicos de acción, tanto en el *civil law* como en el *common law*, han producido un déficit de contención del sistema punitivo.

En ese punto, a mi juicio, existe un papel importante a cumplir para un concepto significativo de acción.

Las bases teóricas ofrecidas por el Prof. Vives Antón han puesto de relieve que a partir de la filosofía del lenguaje, un nuevo concepto de acción puede, perfectamente constituir una de las bases para la estructuración del sistema de imputación.

Según Hassemer, esta aproximación progresiva entre el Derecho y el lenguaje deviene justamente de la necesidad de aquél de producir respuestas a problemas prácticos:

“La clasificación de la semiótica —teoría del lenguaje y de su uso— es muy útil, si se quieren conocer los límites hasta los que la ley puede vincular en sí al juez. En la “sintaxis” o *sintáctica* se trata de las relaciones de los signos lingüísticos entre sí, de gramática, de lógica, de formas y de estructuras. En la *semántica* se trata de las relaciones de los signos lingüísticos con la realidad, de significado, de experiencia, de realidad. En la *pragmática* se trata de la relación de los signos lingüísticos con la realidad, de significado, de experiencia, de realidad. En la *pragmática* se trata de la relación de los signos lingüísticos con su uso

52 Para mayores detalles sobre la situación político criminal, en España, véase MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. En Alemania, PRITZWITZ, Cornelius. “El derecho penal alemán, ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal” in *La insostenible situación del Derecho penal*. Trad. de Castiñeira, Granada: Comares, 2002, pp. 427 y ss.

53 COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2012, p. 19.

54 En ese sentido MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação...”, cit., p. 25.

55 MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação...”, cit., p. 25.

56 Sobre la relación entre delitos de posesión y delitos de estado, véase ECKSTEIN, Ken. *Besitz als Straftat*. Berlin: Dunker & Humblot, 2001, en especial pp. 227 y ss.

57 Por ejemplo, COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión...*, cit., pp. 69 e ss.; quien trata de distorsionar la teoría de la acción de Vives, en aras de defender el castigo de la posesión con un discurso político criminal más adecuado a posiciones ciegas a los efectos de la actuación del sistema de imputación como las de Jakobs o el mismo Mezger.

en situaciones concretas, de acción, de comunicación, de retórica, de narración⁵⁸.

Un nuevo referencial para el desarrollo de esta pretensión se ofrece a partir de la Filosofía del lenguaje. Las teorías de la argumentación y de la comunicación, han posibilitado un cambio de punto de vista desde las aspiraciones del mismo derecho, en el sentido de, por un lado, cambiar la pretensión de verdad por una pretensión de justicia y de otro, permitir la confluencia de aspectos normativos y ontológicos bajo la medida de la comunicación de un sentido.

Esta posición, porque novedosa, naturalmente cuenta con adhesión todavía tímida, aunque nítidamente creciente, en el escenario jurídico penal del *civil law*⁵⁹.

Hay, sin duda, algún factor que lo explica.

La dogmática penal ha sido, para Alemania, un producto de exportación de mucho éxito, pero, ha sido vendido como un producto dotado de una precisión que, en realidad, simplemente no existe.

Por primera vez en la historia de la dogmática jurídico-penal, la proposición de un nuevo paradigma epistemológico para la teoría del delito no nace en Alemania.

La amplia difusión del pensamiento jurídico y filosófico alemán en todo el mundo y la escasa atención dedicada por los autores alemanes hacia lo que pasa en otros ámbitos jurídicos asociada a la velocidad de las informaciones en los días de hoy, ha terminado por desplazar el lugar de desarrollo de los sistemas de imputación.

Por ello, la filosofía del lenguaje, tan impulsada por los filósofos alemanes, no ha rendido, en aquel país, unos frutos tan impresionantes en el Derecho penal como es el trabajo del Prof. Vives Antón.

Asimismo, quisiera destacar que, el estudio de las bases filosóficas que remontan a Wittgenstein igualmente ha inspirado una disidencia en el ámbito del *common law*, en lo que refiere a la estructura del sistema de imputación, en especial, en lo que refiere al concepto de acción.

Se trata de la obra del Profesor de Columbia George Patrick Fletcher, cuyas conexiones con la idea de acción trabajada por Vives Antón son más que evidentes e, incluso, admitidas expresamente por el primero⁶⁰.

Aunque vinculado a una forma de trabajo bastante más pragmática —y luego, más sencilla— que el monumental libro de fundamentos del Prof. Vives, Fletcher ofrece un concepto *intersubjetivo* de acción que, por una parte, pretende superar el modelo ontológico que ha orientado siempre los estudios jurídico-penales estadounidenses y, por otra, establece una base estructural para el mismo sistema de imputación⁶¹.

Así como la teoría de Vives, las proposiciones de Fletcher todavía no son dominantes en el ámbito jurídico del *common law*, aunque nítidamente reciben cada vez más atención de los penalistas.

Importa destacar, por tanto, las coincidencias de los planteamientos de Fletcher y Vives respecto de la teoría

58 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 221.

59 Veja-se, por ejemplo, además del precursor VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014; ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte General y parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal" in *Nuevo Foro Penal*, nº 62, 1999, pp. 117 y ss.; CUERDA ARNAU, María Luisa. "Límites constitucionales de la comisión por omisión" in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* [Valencia: Tirant lo Blanch, 2009; CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. "Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo e imprudencia", in *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. [Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer y María Luisa Cuerda Arnau - coords.] Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 139 y ss.; GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. En Brasil, asumiendo expresamente la dimensión del lenguaje en la elaboración de la teoría del delito BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007; MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Ensaio Crítico sobre a ação*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. Adoptando el modelo comunicativo de un concepto de acción, TAVARES, Juárez. *Teoria do crime culposos*. 3ª ed..., cit., pp. 200 e ss. De un modo un poco más superficial también QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 9.

60 Fletcher refiere que "La teoría comunicativa que mantengo aquí se basa en la distinción entre comprensión (*verstehen*) y explicación (*erklären*), tal como fue desarrollada por William Dilthey y otros humanistas del siglo XIX. Un argumento parecido para la comprensión de la noción de la acción apareció también en la obra de un colega jurista español, Tomás Vives Antón". FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., pp. 281-282.

61 Comentan la coincidencia metodológica entre las proposiciones de Vives y Fletcher MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. "A exigência de ação...", cit., p. 13.

de la acción, en especial el rol central que tal concepto de acción juega en sus estructuraciones⁶².

5. El concepto de acción de Vives Antón

Vives parte de la concepción fundamental de que la acción no puede ser un hecho específico y ni tampoco ser definida como el sustrato de la imputación jurídico-penal, sino que más bien representa “un proceso simbólico regido por normas”⁶³ que viene a traducir “el significado social de la conducta”⁶⁴. Así, para Vives el concepto de acciones es el siguiente: “interpretaciones que, según los distintos grupos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano”⁶⁵ y, por lo tanto, ellas deberán representar, en términos de estructura del delito, ya no el sustrato de un sentido sino el sentido de un sustrato⁶⁶.

Con ello, Vives logra diferenciar entre acciones que son dotadas de sentidos o significados⁶⁷ y comportan interpretaciones —y hechos— que no tienen sentido y comportan, tan sólo —descripciones—.

Por otra parte, el sentido de dichas acciones es dictado por reglas que las rigen⁶⁸. Tales reglas, empero, se reconocen como tales en cuanto tengan su uso establecido, pues, sólo así pueden determinar el sentido de una conducta y no pueden ser reducidas únicamente al patrón de reglas jurídico-positivas o legales, como

alguna vez se ha hecho⁶⁹. Es decir, el reconocimiento de la acción deriva de la expresión de sentido que una acción posee. La expresión de sentido, empero, no proviene de las intenciones que los sujetos que actúan pretenden expresar, sino del “significado que socialmente se atribuya a lo que hagan”⁷⁰. Así, no es el *fin* sino el significado que determina la clase de las acciones, luego, no es algo en términos ontológicos, sino normativos. Vives lo deja claro con un ejemplo:

“[...] mi comprensión de un partido de fútbol depende de conozca las reglas del juego y, de que, por consiguiente, pueda efectuar una correcta atribución de intenciones a los movimientos de los jugadores: si desconozco las reglas, no soy capaz de inferirlas y nadie me las explica, no entenderé el juego y no sabré, en realidad, qué está pasando allí (ni siquiera podré predecir qué intenta hacer un jugador que se halle en posesión de la pelota). Pero, una vez las conozco y puedo hacer por consiguiente, las atribuciones de intención correctas, no siempre calificaré las jugadas (las acciones de los jugadores) en base a las intenciones que les atribuyo: v.g., si un defensa tiene la intención de despejar, pero introduce el balón en su portería, no diré que ha despejado, sino que ha marcado un gol a su propio equipo. Las atribuciones de intención se hallan, según lo dicho, enclavadas en el seguimiento de reglas y son constructivas del significado, en términos generales, pero no en la forma de una relación uno a uno: las reglas, que se materializan en atribuciones de intención, operan,

62 Otras coincidencias derivadas de la adopción de conceptos similares o coincidentes entre Vives y Fletcher se pueden notar en los términos de separación entre justificación y exculpación, en del tratamiento del dolo y las soluciones del problema del error.

63 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 205.

64 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 205.

65 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 205.

66 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 205.

67 Con la palabra “sentido”, o “significado”, Vives pretende referir a la teoría del significado como uso de expresiones, que arranca del pensamiento del primero Wittgenstein, del *Tractatus*, y se combina con la teoría de los juegos del lenguaje, para cuya descripción más detenida remito a VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., pp. 208-211.

68 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 213.

69 Jakobs (JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 865 y ss.) igualmente adopta una injustificada interpretación reduccionista del concepto de acción comunicativa propuesto por Habermas. Lo que hace Jakobs es recoger el concepto de “acción formativa” o “acción regulada por normas” presentado por Habermas como introducción a su propuesta y lo presenta como si eso fuera el resumen de la teoría de la comunicación. Incluso conviene decir que este modelo, es completamente rechazado por este autor como insuficiente para describir el proceso de comunicación. Habermas describe en detalles la concepción adoptada por Jakobs (Vide HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987, pp. 127-129), incluso describiendo lo que Jakobs llama proceso de comunicación personal, la aceptación compartida de reglas, no como acción comunicativa, sino como “acción regulada por normas”, la cual ubica conjuntamente al “modelo de acción teleológico” y la “acción dramática”, como proposiciones que no logran llegar a la profundidad de la “acción comunicativa, la cual opera “un supuesto más: el de un *medio lingüístico* en que se reflejan como tales las relaciones del actor con el mundo”. Habermas sostiene que mientras “el **modelo normativo de acción** concibe el lenguaje como un medio que transmite valores culturales y que es portador de un consenso que simplemente queda ratificado con cada nuevo acto de entendimiento”, por otro lado “sólo el concepto de **acción comunicativa** presupone el lenguaje como medio de entendimiento sin más abreviaturas, en el que hablantes y oyentes se refieren, desde el horizonte preinterpretado que su mundo de la vida **representa, simultáneamente a algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo subjetivo**”. (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa...*, cit., pp. 137-138). En el mismo error categorial incurre Cox Leixelard en COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión...*, cit., p. 95.

70 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 214.

a menudo, prescindiendo del propósito de quien las sigue o infringe⁷¹.

El fin queda claramente desvinculado de la determinación de la acción. La acción es determinada por el sentido que le dan las reglas según las cuales se le interpreta. Por ello, “la determinación de la acción que se realiza no depende de la concreta intención que el sujeto quiera llevar a cabo, sino del código social conforme al que se interpreta lo que hace”⁷².

Las prácticas sociales son pues, contingentes de la acción y de la intención⁷³. Se habla de intenciones ya expresadas en las acciones y no determinantes de ellas. Por ello, “los movimientos corporales no son interpretados como acciones a causa de la presencia previa o coetánea de intenciones”⁷⁴, en realidad, es la existencia de un seguimiento de reglas que permite identificar el sentido que yace en la acción e inferir la realización de una intención⁷⁵. Luego, “hay una intencionalidad externa, objetiva, una práctica social constituyente del significado”⁷⁶.

Empero, es también cierto que no toda acción es intencional⁷⁷, lo que otra vez comprueba que el núcleo de la acción no está en la intencionalidad, lo que explica claramente el fracaso del modelo finalista propuesto por Welzel en explicar el delito imprudente. Al revés, la propuesta de Vives en seguir al modelo filosófico de Wittgenstein, se aleja de todo eso para identificar la acción según el significado, las reglas y el seguimiento de las reglas, lo que sí, por un lado, reconoce que hay una relación interna entre acción e intención, en modo alguno determina que toda la acción, en cuanto expresión de sentido, deba consistir, necesariamente, expresión de una intención⁷⁸.

Resulta, pues, que en términos normativos, hay tanto supuestos imprudentes cuanto dolosos, siendo que lo que identifica estos últimos —por cierto— normativamente, es la expresión de sentido que se traduce en el

compromiso con la producción del resultado típico, que no ocurre en la imprudencia.

Es necesario, finalmente, dejar puesto que el elemento fundamental que orienta el esquema de Vives y que, al mismo tiempo le insiere la dimensión de preservación del componente humano —aunque sea normativamente estructurado— es la idea de libertad de acción, que es justamente el punto de unión entre su teoría de la acción y su teoría de la norma (los dos pilares básicos de su sistema de imputación).

Para Vives, la idea de libertad de acción que ubicada en la culpabilidad ha provocado un intenso y aporético debate entre el determinismo y el libre albedrío, a nada conduce.

Así, propone Vives algo completamente distinto: que la libertad de acción no fundamenta la culpabilidad sino la acción. La libertad de acción ha de ser el presupuesto de la imagen de mundo que da sentido la misma acción⁷⁹.

Es que no se comprueba la libertad de acción en bases empíricas, sino que se trata de concebir el mundo desde la libertad de acción en ella misma expresada, que es lo que permite el juicio de aplicabilidad de alguna norma. Por el contrario, si se reconoce la ausencia de dicha libertad, no se puede pretender aplicación de ninguna clase de reglamentación jurídica⁸⁰.

5.1. La importancia del concepto de acción en el sistema de Vives

Tras el largo recorrido que Vives emprende, tanto en su análisis de la doctrina penal cuanto de la filosofía sobre la acción, el autor apunta hacia la importancia de la adopción de un adecuado concepto de acción en materia jurídico-penal.

Esta no reside en dar respuesta a las interrogantes que la doctrina tradicionalmente viene planteando a partir de distintos conceptos explicativos de acción.

71 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 215

72 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 216.

73 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 218.

74 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 218.

75 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 218.

76 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 219.

77 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., pp. 215-216.

78 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 223. Sobre la crítica al modelo welzelizano véase VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 222, especialmente nota 54.

79 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General* 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 62 y ss.

80 COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*. 5ª edición, Tirant lo Blanch: Valencia, 1999, pp. 542-543.

Al revés, lo que se propone es justamente cambiar a la pregunta misma.

Es decir, la proposición de entender la acción como un sentido ofrece el punto de vista adecuado para percibir que el problema del *supraconcepto de acción* estaba, en realidad, mal planteado, debiendo disolverse como problema, para dejar revelar lo que va debajo, que es la auténtica esencia de los problemas relacionados a la acción en materia jurídico-penal⁸¹.

Entre ellos, abultan como evidentes recortes minimalistas las preguntas sobre ¿qué es, y como se produce el significado? y ¿qué es una intención y cuándo podemos atribuir intenciones?⁸².

Con ello, es más que evidente que, partiendo de otro referente epistemológico, se renueva, en la discusión sobre la imputación, la necesidad de demostración de la acción como elemento clave de la misma imputación.

Después de intensa crítica metodológica y de funcionalidad a las fórmulas ontológicas (causalistas y finalistas) y a los modelos de imputación funcionalistas, que sobrecargaran aspectos relacionados a la *relevancia* del acto, a la *lesividad* del acto y también a la *contrariedad del deber*, Vives propone la reconstrucción de la teoría del delito a partir de la categoría del tipo de acción⁸³.

El análisis que se procede, en esta categoría, de la acción en sí misma, tiene el objetivo de reconocer “si, en efecto, estamos o no ante una acción de una clase que se trate o, incluso, si podemos o no hablar de acción cualquiera que sea la clase de acción en que pensamos”⁸⁴. Esto es, si “nos hallamos ante una acción (esto es, ante una conducta que *sigue una regla* y que, por consiguiente, puede ser entendida como una acción en tanto incorpora un significado) y no ante un simple hecho natural”⁸⁵.

O sea, a partir de Vives, se pone de relieve, otra vez, la discusión respecto de la acción.

6. El concepto de acción de George Fletcher

En su libro *Basic Concepts In Criminal Law*, Fletcher inicia la discusión sobre la acción en Derecho

penal con la afirmación sobre una concordancia entre todos los sistemas jurídicos: que *la pena sólo se puede imponer por una acción humana*⁸⁶.

No hay dudas que este es un punto de intersección indudable. Sea un sistema jurídico basado en la teoría del delito, sea un sistema jurídico basado en precedentes judiciales, no hay dudas que la pena es una respuesta a conductas humanas⁸⁷.

Otra cosa, muy distinta, es la definición de lo que es, efectivamente, *acción* a efectos penales.

Para discutirlo, Fletcher adopta un método de recorte negativo, es decir, procura atacar las respuestas a la pregunta sobre la acción que considera insuficientes.

En primer lugar, como es obvio, rechaza la idea de acción como *movimiento corporal*⁸⁸. Apunta como razón más fuerte para ello, el hecho de que “si A coge la mano de B y golpea a C, la mano de B ciertamente se ha movido, pero, ello no constituye una acción”⁸⁹. En su planteamiento, admitir eso como acción equivaldría a tratar el autor como objeto y no como sujeto⁹⁰.

En efecto, el hecho de imputar la responsabilidad penal no puede ser una imposición en contra de alguien por el simple movimiento, porque este puede ser el resultado de una intervención ajena. El castigar por el simple movimiento implica reconocer en la misma fórmula del castigo una especie de imposición que no trata su destinatario como un sujeto capaz de interferir en la posibilidad de aplicación de la norma a partir de sus decisiones, sino como mero objeto de interferencia estatal.

Seguidamente, Fletcher apunta que, de manera general, la condición de sujeto, que determina la acción, es decir, de sujeto que es “dueño y señor” de determinada conducta, se suele asociar a la manifestación de voluntad.

Es decir: para que a un movimiento corporal se le pueda identificar como acción, hace falta vincularlo a la voluntad de un autor.

81 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 206.

82 Véase estas entre otras preguntas que se propone discutir Vives en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 222.

83 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 273.

84 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 260.

85 VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos...*, cit., p. 276.

86 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts in Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 44.

87 Aunque quepa, hoy por hoy, discutir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluso, su capacidad de acción, parece correcto deducir que ello no puede llevar a más que la aplicación de medidas, vinculadas a la peligrosidad y no a la pena.

88 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 44.

89 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 44.

90 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 44.

De ello deriva una opinión, más o menos extendida, tanto en el Derecho estadounidense, cuanto en el Derecho europeo continental, de que la acción sería una *contracción muscular voluntaria*⁹¹, *movimiento corporal voluntario*⁹².

Fletcher, empero, advierte que la idea de que la acción, en términos penales, pueda ser concebida como un *movimiento voluntario*, conduce a distintos problemas, uno de ellos de tipo filosófico: “¿Cómo saber cuando el movimiento de la mano es consecuencia de una voluntad de mover la mano?”⁹³.

A parte de ello, es bastante obvio que la falta de este mismo movimiento voluntario no siempre puede representar la ausencia de una acción, como se puede pensar respecto del psiquiatra que utiliza el silencio como terapia o los estudiantes que escuchan callados las explicaciones del profesor o de la persona que, maquilada y vestida de época, permanece inmóvil en una plaza, al lado de un sombrero con un cartel pidiendo por donaciones⁹⁴. En ninguno de estos casos, se puede hablar que el sujeto no ha realizado una acción.

Por otra parte, el mismo psiquiatra, si se quedó dormido durante la sesión, no podrá decir que *hizo terapia*⁹⁵.

El profesor estadounidense apunta que esta constatación conduce a un ciclo vicioso, pues, “definimos la acción como manifestación de la voluntad, pero sabemos que la voluntad es operativa sólo si percibimos la acción en el movimiento corporal del autor”⁹⁶.

Así, parece evidente que no es posible basar la identificación de la acción ni en el simple movimiento voluntario, ni en la simple voluntad interna del sujeto. Hay algo más que conduce a reconocer en una situación concreta que un sujeto tiene una realización como *obra suya* y por ello, debe de ser responsable por los resultados que derivan de ella.

Este punto es mejor aclarado más tarde, por Fletcher, en su *Grammar Of Criminal Law*, al proponer que es “la noción de habla y de significado comunicativo del habla que nos ofrece, pues, una toma adecuada de la teoría de la acción”⁹⁷.

El punto fundamental desde donde se debe estudiar la acción es que se trata de un concepto de debe de ser fijado en el futuro y por terceros, con lo cual, está lejos de poder establecerse a partir de una abstracción metafísica separada de su contexto y de la realidad social en la cual los sujetos actúan.

Lo decisivo es, pues, “la forma en la que nosotros, como observadores, comprendemos si el movimiento o el no movimiento constituyen una acción”⁹⁸.

En lo que refiere al concepto de omisión, igualmente Fletcher hace un recorte negativo, empezando por criticar, por inadecuada, la idea de que “si no hago las cosas, las estoy *omitiendo*”⁹⁹. Como mínimo, no es posible pensar la imputación penal a partir de eso, ya que no todo lo que dejamos de hacer se puede considerar omisión¹⁰⁰.

El autor utiliza los ejemplos de dar una limosna a un mendigo no significa la omisión de darla a otros cuantos mendigos y del médico que, al atender un paciente no está omitiendo el tratar a miles de otros¹⁰¹.

Concluye de ello Fletcher¹⁰² que el omitir depende de *factores contextuales* que convierten el hacer omitido como una conducta esperada y normal.

En su *Grammar of Criminal Law* es que el autor finalmente desarrolla de modo más vertical un *concepto comunicativo de acción* con base justamente en la idea de que la acción se determina según el contexto en el cual un movimiento o un no-movimiento tiene lugar. Es decir: para determinar si la acción es de tal relevancia que a ella se le puede atribuir responsabilidad penal, es necesario examinar las circunstancias en

91 Esta concepción ya aparecía en el ámbito jurídico del *common law* en el Siglo XIX, como, por ejemplo, en HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little Brown, 1881.

92 Así, la proposición de Michael Moore in MOORE, Michael. *Act and Crime...*, cit., mencionada por Fletcher en FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 44, nota 4.

93 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 45.

94 Los ejemplos son de Fletcher y están en FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., pp. 271-272.

95 Cf. FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 272.

96 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 45.

97 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 279.

98 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 282.

99 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 46.

100 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 46.

101 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 45.

102 FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts...*, cit., p. 46.

las cuales determinada conducta comisiva u omisiva tiene lugar.

En resumen: para Fletcher, a los actos no se debe de entenderlos como un proceso ontológico puro ni como la orientación de deseos internos, sino que como una forma de comunicación, como una conducta significativa que tiene sentido tanto para la persona que actúa cuanto para todos nosotros¹⁰³.

Así, la comprensión de la acción/omisión como algo contextual, conduce a tomar en cuenta, eventualmente, los varios actos realizados como elementos contextuales componentes de la acción misma, de tal modo que no se puede —como suele ocurrir con los modelos de matriz ontológico— que confundirla con los actos fraccionales que le componen¹⁰⁴.

6.1. El rol central del concepto de acción en Fletcher

Fletcher¹⁰⁵, así como Vives, refiere expresamente a la importancia de la discusión respecto del concepto de acción en Derecho penal, que se traduce en prohibir el empleo del aparato punitivo en contra de otra cosa que no sean conductas.

Y es a partir de la comunicación que se establece las notas distintivas de la acción, justamente porque sólo ella es capaz de un abordaje comprensiva y no meramente explicativa del fenómeno de la acción¹⁰⁶.

Fletcher añade que:

“A la hora de estructurar la definición del delito, la noción de acción humana constituye la base de una serie de distinciones básicas en Derecho penal. Las acciones se contrastan con las acciones voluntarias, con culpabilidad con consecuencias y con *status*. En adición, la distinción entre el Derecho penal basado en la acción y el Derecho penal basado en la persona del delincuente se ha convertido en una cuestión central de la actual política criminal”¹⁰⁷.

No hay duda alguna, por tanto, que los dos autores que basan sus conceptos de acción en la filosofía del lenguaje están de acuerdo de que la acción juega un rol decisivo en el sistema de imputación.

7. El coincidente rol político-criminal del concepto de acción de Vives y Fletcher. Especial atención a la crítica a los delitos de posesión

Es evidente que, si al concepto de acción se le ha de identificar a partir de un contexto social compartido, se convoca hacia dentro de la teoría jurídica de la imputación, las teorías sociales y con base en el uso social se determinará la relevancia de social de determinada acción¹⁰⁸.

Así, tanto la clase de arma utilizada para agredir importa para la determinación de una pretensión de causar la muerte o sólo lesiones, como la situación financiera de un empresario que desvía dinero para su empresa puede ayudar a diferenciar un error de registro de un fraude¹⁰⁹.

Por tanto, es posible afirmar, con Fletcher, que “la noción de comunicación por el lenguaje permite una aproximación humanística al concepto de acción”¹¹⁰.

Desde el plan político-criminal, la recuperación del protagonismo de la teoría de la acción en el ámbito de la teoría del delito permite estructurar la crítica a partir de su función que es justamente vincular el control social penal a conductas, facilitando la discusión respecto de la legitimidad de técnicas de tipificación que ponen en entredicho la expresión de un Derecho penal del hecho.

La más discutible entre las técnicas es la técnica de delitos de tenencia o posesión.

Es aquí, quizás, un punto clave en el cual el reanudar de la discusión respecto de la acción pueda probar más incisivamente su valor. No porque sean novedosos, ya que la técnica se conoce desde el mismo Derecho romano, con la punibilidad de la conducta de *ambulare cum telo*¹¹¹, o la tenencia de veneno¹¹² que no es más que el antecedente de nuestro delito de posesión ilegal de armas, sino que por el hecho ineludible de que cada vez más se recurre legislativamente a nociones como la *posesión* y *tenencia* para definir el ámbito de lo punible¹¹³.

103 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 282.

104 En ese sentido el comentario de MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação...”, cit., p. 12.

105 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 266.

106 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 281.

107 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 286.

108 En ese sentido MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação...”, cit., p. 13.

109 Los ejemplos están en MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação...”, cit., p. 13.

110 FLETCHER, George. *The Grammar...*, cit., p. 281.

111 Digesto (D. 48.8.3.1).

112 A ello refiere SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 14, Madrid: UNED, 2004, p. 156.

113 Cf. COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión...*, cit., p. 6

Empero, Schroeder refiere a una expresiva moderación del empleo de la técnica de delitos de posesión coincidente con el periodo de la llamada Ilustración¹¹⁴.

La reanudación de la proliferación de delitos de posesión data, según la doctrina, en la segunda mitad del Siglo XX¹¹⁵.

Con ello, es posible establecer un paralelo entre los periodos de política criminal menos punitiva, con el recorte de las fórmulas de delitos de posesión, lo que permite admitir, *contrario sensu*, que tal técnica constituye un importante instrumento represivo.

Tanto es así, que los autores que defienden la validez de los delitos de posesión no dudan en apuntar que “la penalización de la posesión sirve para ahorrarse la prueba de la adquisición de objetos”¹¹⁶, sosteniendo que ello no les quita la legitimación¹¹⁷.

En el *common law*, hay un punto decisivo de tal reanudación: el caso Robinson, ya referido.

Según Fletcher, este es un ejemplo de castigo de estado de persona, una vez que el Estado de California le condenó por *ser un adicto*, criticándole ese y todos los casos de delito de posesión a partir de la idea que se tratan de delitos con una *amplitud excesiva*, una vez que “no todo el que posee realiza una conducta que amenaza a otros o que es, en un sentido significativo, peligrosa”, constituyendo verdadero ejemplo de *malum prohibitum*¹¹⁸.

Esta clase de imputación es notadamente una de las formas más evidentes de expansión del Derecho penal, en el sentido nocivo que puede guardar el término¹¹⁹.

Por ello, el rescate de la importancia de la discusión respecto de la acción constituye un mecanismo legítimo, humanista y democrático de resistencia en contra del avance punitivo.

Lo más importante de la afirmación de un concepto de acción en el sistema de imputación, como bien des-

tacan Muñoz Conde y Luís Chiesa, es que si la acción es el centro gravitacional de la imputación, de ella se recortan factores extrínsecos al acto, como la peligrosidad de autor, su pertenencia a determinado grupo étnico o racial, sus convicciones políticas o religiosas, etc.¹²⁰.

Ello, empero, reside en todas las fórmulas a respecto de dicho concepto.

Ocurre que también parece que un concepto de acción adecuadamente desarrollado y ocupante de una posición de protagonista en el sistema de imputación puede permitir negar legitimidad a determinadas técnicas de tipificación que suponen recortes de garantías defensivas, en especial, los supuestos de los llamados delitos de tenencia o de posesión, como se ve adelante.

7.1. La inconsistencia de la idea de posesión como acción

Las *acciones* son realizaciones de uno y son diferentes de los *hechos*, porque estos simplemente *ocurren*.

Examinemos más de cerca un ejemplo: dos policías descubren en un cajón en la casa de Daniel, un revolver. Le preguntan por la licencia para la posesión del arma y Daniel dice que no la tiene. ¿Hay delito de tenencia ilegal de armas?

Supongamos aquí dos variables probatorias. En la primera, se demuestra que Daniel ha recibido el revólver de Ricardo y el mismo ha guardado el arma en el cajón. En la segunda, Ricardo, cuando estuvo en la casa de Daniel, ha metido el revólver en el cajón y se ha olvidado de él.

Parece lógico sostente que tan sólo en el primer caso hay delito.

Pero, ¿por qué?

No podríamos decir que la diferencia para la existencia de la *acción* de poseer esté en que en el primer caso Daniel está consciente de que posee el arma y en el

114 SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”..., cit., p. 156.

115 Uno de los casos más perseguidos recientemente en todo el mundo es el caso de la posesión de material de pornografía infantil. El tema es comentado por SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Das 27. Strafrechtänderungsgesetz - Kinderpornographie”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º, 40. München: C. H. Beck, 1993, pp. 2581-2582. Otro punto característico del moderno derecho penal es el delito de tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos, art. 270, párrafo 3º do Código penal español. También apuntando para la retomada de importancia de los delitos de posesión, ECKSTEIN, Ken. *Besitz als Straftat*..., cit., pp. 22 y ss.; NESTLER, Cornelius. “La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, in *La insostenible situación del Derecho penal [Instituto de ciencias criminales de Frankfurt a.M. - ed.]*. Trad. de Guillermo Benlloch Petit, Granada: Comares, 2000, pp. 63 y ss.

116 Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”..., cit., p. 162.

117 Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”..., cit., p. 164.

118 FLETCHER, George. *The Grammar*..., cit., p. 295.

119 Hay quien apunte para la inconstitucionalidad del delito de posesión en general, por ejemplo, LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996, pp. 318 y ss.

120 MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luís Ernesto. “A exigência de ação...”, cit., p. 7.

segundo no, porque, en este caso, estaríamos sosteniendo la existencia de la acción en la instancia interna del sujeto, que es su consciencia, volviendo a la confusión entre el aspecto interno del querer y conocer, es decir, de las intenciones, para definir la acción.

Hay que reconocer que lo que hace diferencia es que, en la primera variante probatoria, Daniel ha *recibido* el arma y el *recibir* es una acción. En la segunda, su posesión no deriva de su condición de *señor y dueño* del hecho, sino de una postura de pasividad, de algo que *se le ocurrió*.

Claro está que si hay omisión, el castigo posible se vincula a un deber. Si Daniel estuviera consciente de que Ricardo dejara el arma en el cajón, debería entregarla a las autoridades públicas. Pero, en este caso, igualmente, no es el *hecho* de poseer lo que se castiga, sino la violación del deber de entregar el revólver a las autoridades. El deber de librarse del arma, una vez que no tenía autorización para estar con ella¹²¹.

Con ello, se llega a que las razones de reconocimiento de la posibilidad de castigo de la posesión o bien derivan de la acción precedente de recibir o de la omisión subsecuente de del deber de entregar el arma, y nunca de la posesión de la misma.

Y, ¿por qué?

Porque la posesión, en sí misma, es un *hecho* y no una acción¹²², como de ello ya se percatara el Model Penal Code estadounidense, refiriendo a que la justificación del castigo no está en el poseer, sino en adquirir y o librarse, siendo posible hacerlo, de la cosa adquirida.

Desde el punto de vista de la dogmática alemana, se sostiene la punibilidad de la posesión rechazando el argumento del Model Penal Code a partir de la afirmación de que “Los peligros no consisten en la adquisición de objetos ni en la omisión de su entrega, sino en la posesión como estado”¹²³. Pero, esta posición no puede prevalecer porque el peligro abstracto de una conducta, es decir, un delito de *conducta peligrosa* puede expresarse en la conducta de adquirir o la omisión de la entrega, pero, nunca, en la posesión en sí misma.

Así, el tema no es definir lo que *es o no peligroso* sino *lo que se puede prohibir como conducta peligrosa*.

Además, la simple afirmación de que el peligro está en poseer es absolutamente falsa para una gran cantidad de delitos, si se tiene en cuenta el bien jurídico. Por ejemplo, la tenencia de pornografía infantil no amplía en nada la agresión al bien jurídico intimidad que se lesionó por la adquisición y podrá tener ampliada su lesión por la difusión, pero, nunca por la posesión¹²⁴.

Así, el argumento del peligro resulta insostenible.

Igual que *poseer*, *llover* también representa un hecho en forma verbal. La diferencia específica es que *poseer* supone una persona. Pero, ello no basta para convertir un *hecho* en *acción*. Es que *poseer*, igual que *llover*, es algo que simplemente ocurre, aunque *poseer* ocurre a uno. Se exige el sujeto, pero, en una condición de pasividad y nunca como el *dueño y señor* de la realización de algo.

Así, se llega a que *poseer*, en sí mismo, no puede ser *acción*, aunque pueda, eso sí, consistir en un elemento circunstancial probatorio de una *acción* precedente o de una *omisión* subsecuente.

Como visto, solamente a partir de una comprensión del lenguaje es posible comprender correctamente los delitos de posesión.

Por ello, se recomienda no sólo el incremento de los estudios sobre la teoría significativa de la acción, sino que también, la aclaración y crítica a sus manipulaciones indebidas.

8. A modo de conclusión. El efecto de acercamiento entre el *civil law* y el *common law*: un síntoma de adecuación epistemológica

Se ha visto como las construcciones jurídico penales han ido evolucionando de tal manera que se produjo un natural acercamiento entre los modelos del *civil law* y del *common law*. En este acercamiento, un papel central es ocupado por las aportaciones de la filosofía del lenguaje, en especial la teoría de la acción.

121 Explorando ejemplo parecido, Schroeder llega a conclusión semejante, pero, insiste en afirmar el disvalor de la posesión. Cf. SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”..., cit., p. 167.

122 En ese sentido, aunque por otros fundamentos, se posiciona Eberhard Struensee em STRUENSEE, Eberhard e JAKOBS, Günther. “Delitos de tenencia”, in *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 123-124.

123 SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”..., cit., p. 167.

124 Para una discusión específica sobre la tenencia de pornografía infantil véase ESQUINAS VALVERDE, Patricia. “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación”, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, nº 18. Madrid: UNED, 2006, pp. 171-228, especialmente pp. 185 y ss.

Desde la teoría de la acción significativa es posible aportar importante crítica, por ejemplo, a los delitos de posesión.

En el ámbito jurídico penal, no solo la construcción de un Derecho penal internacional, a raíz del Tratado de Roma, como el mismo Derecho Penal europeo, remiten a una necesidad de ajuste en las categorías del delito.

Por otro lado, el mismo fenómeno de globalización plantea problemas cuya solución ya no se puede proponer en el ámbito local, como suelen ser los problemas de ámbito económico o ambiental.

Lo mismo se puede decir respecto de las técnicas de tipificación, cuyo acercamiento, al menos en lo que refiere a un avance de barreras de imputación tanto en el desvalor de acción cuanto en el desvalor del resultado, es más que evidente.

Finalmente, no se puede olvidar que algunos nuevos objetos de atención como la responsabilidad penal de personas jurídicas, las formas de participación delictiva y los niveles de reprobación subjetiva por prácticas delictivas han obligado tanto a los teóricos del *civil law* como a los del *common law* a mirar hacia fuera de sus mismos sistemas jurídicos.

No es un acaso el avance de estudios como los de Otfried Höffe en el sentido del desarrollo de un sistema penal intercultural¹²⁵.

Es evidente que todavía estamos muy lejos de un sistema penal uniforme, pero, los avances representados por la teoría de la acción significativa demuestran, por lo menos, que la base epistemológica de tal formulación puede, perfectamente, arrancar de la filosofía del lenguaje e ya tiene demarcado su punto de arranque justamente en la obra del Prof. Vives Antón.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AUSTIN, John. *The Philosophy Of Positive Law*. 3ª ed., London: John Murray, 1869.
- BELING, Ernst. *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo*. Trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires: Depalma, 1944.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho penal” in *Nuevo Foro Penal*, n.º 62, 1999.
- BUSATO, Paulo César. *Derecho penal y acción significativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- BUSATO, Paulo César. *La tentativa de delito. Análisis a partir del concepto significativo de acción*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CARBONELL MATTEU, Juan Carlos. “Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo e imprudencia”, in *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*. [Juan Carlos Carbonell Mateu, José Luis González Cussac, Enrique Orts Berenguer y María Luisa Cuerda Arnau, coords.] Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal*. 5ª edición, Tirant lo Blanch: Valencia, 1999.
- COX LEIXELARD, Juan Pablo. *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2012.
- CUERDA ARNAU, María Luisa. “Límites constitucionales de la comisión por omisión” in *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. [Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- DUFF, Antony. “Action, the Act Requirement and Criminal Liability” in *Royal Institute of Philosophy Supplement*, vol. 55, septiembre del 2004.
- ECKSTEIN, Ken. *Besitz als Straftat*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.
- ENGISCH, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1965.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia. “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2): razones para su destipificación”, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 18. Madrid: UNED, 2006.
- FLETCHER, George Patrick. *Basic Concepts in Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1998.
- FLETCHER, George. *The Grammar Of Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 3ª ed., Madrid: Tecnos, 1990.
- GORRIZ ROYO, Elena. *El concepto de autor em Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Vol. I, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 1987.

125 Cf. en HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. de Rafael Sevilla, Barcelona: Gedisa, 2008, pp. 149 y ss.

- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 2ª ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984.
- HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. de Rafael Sevilla, Barcelona: Gedisa, 2008.
- HOLMES JR., Oliver Wendel. *The Common Law*. Boston: Little Brown, 1881.
- HUSAK, Douglas. "The Alleged Act Requirement in Criminal Law", in *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. [John DEIGH e David DOLINKO ed.], New York: Oxford University Press, 2011.
- HUSAK, Douglas. *Philosophy of Criminal Law*. Towata: Rowman & Littlefield, 1987.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.
- KIENAPFEL, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht: zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1966.
- KIRCHMANN, Julius Hermann von. *La Jurisprudencia no es ciencia*. Trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1ª ed., 12ª reimp., trad. de Agustín Contín, Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- LAGODNY, Otto. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1996.
- LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2, 3ª ed., trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1927.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Derecho penal Parte General I*. Madrid: Editorial Universitas S.A., 1996.
- MAIHOFFER, Werner. "Der soziale Handlungsbegriff". In *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MASCARENHAS JUNIOR, Walter Arnaud. *Ensaio Crítico sobre a ação*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- MOORE, Michael. *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco e CHIESA, Luis Ernesto. "A exigência de ação (*act requirement*) como um conceito básico em Direito penal", in *Revista Justiça e Sistema Criminal nº 1*. Trad. de Rodrigo Jacob Cavagnari y Paulo César Busato, Curitiba: FAE, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*. 2ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- NESTLER, Cornelius. "La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes", in *La insostenible situación del Derecho penal [Instituto de ciencias criminales de Frankfurt a.M. ed.]*. Trad. de Guillermo Benlloch Petit, Granada: Comares, 2000.
- OEHLER, Dietrich "Der rechtswidrige Vorsatz" in *Juristenzeitung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1951.
- ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEZ CUSAC, José Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte General y parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PILLSBURY, Samuel H. "Crimes of indifference", in *Rutger's Law Review*, v. 105. Newark: Rutger's School of Law, 1996, p. 112 e HURD, Heidi M. "What In the World Is Wrong?" in *Journal of Contemporary Legal Issues*, vol. 5, Newcastle: 1994.
- PRITTWITZ, Cornelius. "El derecho penal alemán, ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal" in *La insostenible situación del Derecho penal*. Trad. de Castiñeira, Granada: Comares, 2002.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal. Parte geral*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- ROXIN, Claus. "Contribuição para a crítica da teoria finalista da ação", in *Problemas Fundamentais de Direito penal*. Trad. de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª Ed., Lisboa: Vega, 1998.
- SCHMIDT, Eberhart. "Soziale Handlungslehre". In *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1969.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Das 27. Strafrechtänderungsgesetz - Kinderpornographie", in *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 40. München: C. H. Beck, 1993.

- SCHROEDER, Friedrich-Christian. “La posesión como hecho punible”, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, n.º 14, Madrid: UNED, 2004.
- SIMESTER, A.P. “On the So-Called Requirement for Voluntary Action” In *Buffalo Criminal Law Review* 403, vol. 2, n. 1, 1997.
- STRUENSEE, Eberhard e JAKOBS, Günther. “Delitos de tenencia”, in *Problemas capitales del Derecho penal moderno*. Trad. de Marcelo Sancinetti, Buenos Aires: Hammurabi, 1998.
- TAVARES, Juárez. *Teoria do crime culposos*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*. Trads. de Felipe González Vicén, Madrid: Aguilar, 1977.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires: Depalma, 1980.
- WOLFF, Ernst Amadeus. *Dre. Hanlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1964.