

«Reflexiones en torno de la acción delictuosa»

ENRIQUE RAMOS MEJIA

Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

1. *La definición dogmática del delito.*

Los estudios dogmáticos en el área de las cuestiones penales gozan actualmente de gran predicamento. Ello no significa que enfoques de esa especie hayan alcanzado exclusividad, pues aún en el ámbito estrictamente jurídico GRIPIGNI también señaló la validez de otros exámenes efectuados desde los puntos de vista histórico, filosófico, sociológico y aún político.

Estos últimos permiten, en general, al estudioso, evidentemente, una visión de mayor amplitud, sin límites en principio tan infranqueables. El filósofo tiene libertad para sustentar al respecto su propio parecer, y el político puede moverse de acuerdo con sus propias ideas a fin de sugerir las reformas legales que estime convenientes. Por el contrario, el dogmático se propone como meta, por definición, el conocimiento de la ley penal vigente, a la cual considera como un dogma como algo que le está dado, y ahí se origina la limitación de su labor y la de los conceptos a enunciar

Para el dogmático, el derecho penal es la rama del ordenamiento normativo referente al delito, a su autor y a las consecuencias de orden penal. No puede valerse de otro tipo de definiciones, como aquellas que ponen el acento con preferencia en alguno de los contenidos esenciales de toda ley penal: el delito por un lado, la pena por otro. Es más correcto para él servirse de una definición que indique aquello sobre lo cual versa la norma jurídica cuyo estudio se propone.

Y del delito también debe dar el dogmático un concepto que señale sus requisitos legales esenciales, aquellos elementos o aspectos sin los cuales el delito no es tal y cuya suma ha de ser el presupuesto legítimo de la pena. Puede coincidir la definición dogmática con la legal, es decir, con la que puede adoptar en su articulado la propia ley, pero no hay duda de que en ausencia de una noción de este tipo

puede el dogmático enunciar la definición válida para él a través de las disposiciones legales reguladoras de las condiciones que tornan legítima la imposición de una pena.

Es corriente hoy en día definir el delito, y en ello la prioridad germánica es innegable, como el acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena (VON LIZTS), o como el acontecimiento típico, antijurídico e imputable (M. E. MAYER), o como la acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se de una causa legal de justificación (BELING, en 1930), o como la acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena (MEZGER), o como la acción antijurídica, adecuada a un tipo penal y atribuible a su autor (MAURACH). Posteriormente, este tipo de definiciones, basadas en una tripartición de los elementos o aspectos del delito, predominó también entre los autores italianos y españoles, y aún entre los argentinos (SOLER: acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal; NÚÑEZ: hecho típico, antijurídico y culpable; FONTÁN BATESTRA: acción típicamente antijurídica y culpable; y JIMÉNEZ DE ASÚA: acción u omisión antijurídica y culpable, inclusión ésta que hacemos por haber publicado su autor aquí su obra fundamental).

2. *El hecho como referencia substancial en la definición dogmática del delito.*

Que debe definirse dogmáticamente el delito, no cabe ninguna duda; pues la ley penal de él se ocupa. La primera duda se presenta cuando se trata de optar por el primero de los términos de tal definición, es decir, si se parte de la acción, del acto o del hecho, lo que ha de depender del texto legal que se tenga en cuenta. No puede olvidarse, en efecto, que el marco de toda definición dogmática está dado por la propia ley vigente, y ésta puede dar preferencia a alguno de esos términos sin consideración a su exacto significado metafísico. Aristóteles y Santo Tomás discurrieron largamente a este respecto, pero ocuparse de ello excede los límites de estas reflexiones.

Paréceme que en el derecho penal argentino resulta más correcto el empleo del vocablo "hecho". A él hace alusión, ante todo, una norma tan fundamental como la contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al *hecho* del proceso". También el Código Civil incluye el delito dentro de los *hechos* humanos voluntarios ilícitos (arts. 897 y 898). Y, por último, el propio Código penal reserva el término "acción" para referirse al obrar humano, a la manifestación exterior de la voluntad (arts. 34, inc. 1.º: "dirigir sus acciones"; y 41, inc. 1.º: "la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla"), y se refiere con el vocablo "hecho" a lo que el agente ejecuta y a lo que obtiene de ello, a la acción como manifestación exterior de la voluntad y a la cul-

minación de esa voluntad en el resultado recogido en el tipo legal (arts. 34, inc. 1.º, 45, 46, 47, 54, 55 y 56).

La "acción", así, integra el "hecho", junto con el daño o el peligro causados, que son el resultado (art. 41, inc. 1.º). Ella sola no basta para configurar la infracción punible, pues es necesario que se haya puesto en peligro o dañado un bien jurídico.

Nuestro Código penal data de 1921, o sea, de una época en la que el delito era considerado substancialmente como una ofensa a un bien jurídicamente protegido, y en la que se reconocía que la función del ordenamiento jurídico era la de dar protección a los "intereses vitales del individuo y de la comunidad" (VON LISZT) (1). El concepto de bien jurídico tenía tal trascendencia que servía como elemento necesario en la interpretación de la ley, en cuanto "conocer cuál es el bien y el interés lesionado o amenazado por un delito significa conocer el fin que la ley se propone" (2).

Tal punto de vista, sin embargo, fue puesto en tela de juicio por virtud de una serie de factores, algunos con raíz en una nueva concepción filosófica y política, como los postulados defendidos en Alemania por la Escuela de Kiel (DAHM y SCHAFFSTEIN) que, al pretender fundamentar científicamente el Derecho penal nacionalsocialista, aspiraron a establecer un derecho penal de autor y a convertir el delito en una genérica violación de un deber.

Afortunadamente, y en ello no habrá dejado de influir el triunfo de las democracias en la última guerra, esa postura antiliberal fracasó en sus intentos más extremistas, aunque, según lo señala MAURACH, el cambio de acento en orden al contenido substancial del delito no resultó del todo estéril, reconociéndose hoy día en la moderna dogmática penal por los finalistas junto al llamado "disvalor del resultado" el "disvalor de la acción". Se lee en efecto en WELZEL, creador de la revolucionaria teoría finalista: "Para la mayoría de los delitos, ciertamente, es esencial la lesión o amenaza de un bien jurídico, pero solamente como elemento que forma parte de la acción antijurídica personal, nunca en el sentido de que la lesión de un bien jurídico, por sí sola, caracteriza suficientemente lo injusto del hecho"; y añade: "El disvalor personal de la acción es el disvalor genérico de *todos* los delitos penales. El disvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o amenazado) es un elemento constitutivo de *numerosos* delitos (delitos de resultado o de peligro)" (3).

Los excesos en que fácilmente puede caer esta posición al pretender establecer la antijuricidad con independencia de la lesión o del peligro a un bien jurídico y con fundamento en la voluntad del autor, el "injusto personal" en la terminología welzeliana, ha hecho que autores embanderados también en el finalismo, como MAURACH,

(1) Nos valemos aquí y más adelante de la versión española del *Tratado de Derecho Penal*, realizada por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA sobre la 20 edición.

(2) A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giurídico penale*, 1913, p. 580.

(3) H. WELZEL, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956, p. 70.

destaquen la importancia que todavía conserva el concepto de bien jurídico; pues, según sus palabras, “el injusto no puede en modo alguno ser desprendido del ataque al bien jurídico. También los delitos con pronunciado disvalor del acto obtienen su esencia del bien jurídico, que a pesar de estar pospuesto en la conducta, sirve de elemento rector”; y agrega como advertencia: “El realce atribuido al injusto personal deja entrever con claridad otro punto de peligro: este concepto puede hacer desaparecer la distinción entre injusto y culpabilidad y convertir de nuevo, en inseguro, un conocimiento de la ciencia que parecía asegurado” (4).

Es esencial, en consecuencia, el daño o la creación de un peligro para un bien jurídico, lo que constituye el resultado. Acción y resultado, como términos separados lógicamente, aunque no siempre de modo natural, integran el hecho, referencia ésta entonces substancial en la definición dogmática del delito.

Adoptamos así un concepto restrictivo de acción. En contra de este parecer se han pronunciado autores, como MEZGER en Alemania y DELITALA en Italia, partidarios de un concepto extensivo de acción. El primero sostiene que la acción se integra con el querer interno del agente, la correspondiente conducta corporal y el resultado externo, y que los dos últimos constituyen el resultado, dentro de un concepto amplio de acción. Si para nosotros no hay delito sin resultado (de daño o de peligro), para MEZGER no hay acción sin resultado. La tesis de este autor fue criticada con acierto por su traductor y glosador, el profesor español Rodríguez Muñoz: “no es menos cierto que se confunden irremisiblemente la manifestación de voluntad con el resultado. Pues, en realidad, la acción es el resultado menos el elemento interno de voluntad, la resolución de voluntad. Si se quiere hablar en tales supuestos de acción en contraste al resultado, ¿qué habrá de entenderse por ella? Exclusivamente la resolución de voluntad, algo interno, pues en cuanto tal resolución interna trascienda al mundo exterior se convierte ya en resultado. Quizá pudiera pensarse que los inconvenientes del sistema de MEZGER superan a las ventajas que con él se logran. Por ello, no deben extrañar las críticas de que ha sido objeto, en parte justificadas” (5). Para GRISPIGNI, a su vez, tal construcción no hace sino aumentar la confusión ya bastante notable en esta materia.

3. *La acción como primer elemento del hecho.*

Si el delito es un hecho, y si éste se integra con la acción y el resultado, vinculados ambos por una relación de causa a efecto, resulta lógico comenzar su estudio, que asume el carácter de un análisis sólo por razones de buena didáctica con la acción. Es este el

(4) R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, t. I, p. 264.

(5) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1935, t. I, p. 178.

sistema adoptado casi unánimemente en la dogmática moderna, con excepción de quienes parten del tipo legal que describe la acción y de quienes, en medida mucho menor, parten del autor. El criterio al cual adherimos tiene en cuenta el concepto "estratificado" del delito, el cual va haciéndose cargo, no de un modo natural, sino lógico, de elementos que presuponen uno anterior: la culpabilidad presupone lo típicamente antijurídico y este juicio se formula respecto de la acción. Es que, como dice WELZEL, "una acción *se convierte* en delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad" (6).

Existe entre la gran mayoría de los penalistas el afán por formular definiciones de alcance universal, o bien edificar sobre una base conceptual común instituciones de distinta naturaleza. Así, se ha pretendido dar una misma noción de culpabilidad válida para el hecho doloso y para la infracción culposa, incluida también aquí la culpa inconciente, hipótesis que para algunos es extraña al Derecho penal (KÖHLRAUSCH). Y también, en lo que ahora nos concierne, se pretende formular una definición de acción que dé cuenta de la acción propiamente dicha y de la omisión, del comportamiento típico del hecho doloso y de la infracción culposa, y es común señalar a la *voluntad* como punto de referencia común, según lo hace MAURACH, para quien la acción es "la conducta humana regida por la voluntad y orientada a un determinado resultado" (7), aunque este autor se ve obligado luego por la lógica de su sistema a tratar separadamente el hecho doloso, la culpa y la omisión.

La *voluntad*, sin embargo, no aparece como elemento rector en todos los tipos legales. Se la encuentra, ciertamente, en los hechos dolosos, tanto de comisión como de omisión; pues en éstos últimos si no se hace expresa referencia a alguna de las formas propias de la culpa, la omisión en que incurra el agente debe ser querida para poder ser castigada, como en el caso previsto en el artículo 243 del Código penal. Pero existen muchos casos de delitos culposos por negligencia en los cuales la voluntad no opera de manera alguna como coeficiente psíquico. En ellos lo que trasciende en el accionar externo vinculándose con el resultado es el propio modo de ser del agente, su auténtica personalidad (ANTOLISEI) del olvidadizo, descuidado, negligente, y como existe el deber de obrar de manera que no se dañen los derechos de terceros, "quien desprecia este deber de civismo... es jurídicamente imputable", según la acertada conclusión de MAGGIORE (8).

La propia personalidad, como coeficiente psíquico de la acción en sentido lato, es algo que se encuentra en todo delito. En la gran

(6) W. WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 43.

(7) R. MAURACH, *ob. cit.*, t. I, p. 182.

(8) G. MAGGIORE, *Derecho Penal*, Bogotá, 1954, t. I, p. 599.

mayoría va acompañada por la voluntad. En un menor número de casos se la encuentra sola.

Ese coeficiente psíquico, sin embargo, no basta. Lo que permanece en el fuero interno del individuo está exento de la autoridad de los magistrados (Constitución Nacional, art. 19). Para dar ocasión a la aplicación de la ley penal debe actuarse en el mundo exterior, ejecutándose una acción prohibida u omitiéndose un mandato legal. Si falta alguno de esos dos coeficientes, de orden psíquico uno, de naturaleza física el otro, no hay acción, como en los supuestos de los movimientos reflejos, la plena inconciencia o la fuerza física irresistible.

4. *La omisión.*

En la pura omisión de un mandato legal, y en los casos en que también se omite un mandato legal o una obligación contractual o el cumplimiento de actos impuestos por la propia conducta precedente y ocurre un daño que debía ser evitado, no se advierte el llamado coeficiente físico, actuación positiva externa. No por ello en tales hipótesis deja, sin embargo, de haber acción en sentido lato, y en ellas las principales cuestiones consisten en determinar la naturaleza jurídica de la omisión, no asimilable desde el punto de vista natural a la comisión o acción en sentido estricto, y en establecer el exacto nexo causal con el resultado en la omisión impropia.

Resulta claro que la omisión, desde el punto de vista natural, carece de existencia concreta, no cae bajo la acción de los sentidos. Ello no quiere decir, sin embargo, que carezca de significado concreto para el Derecho penal, pues éste se hace cargo de ciertas omisiones y castiga al omitente cuando éste deja de hacer lo que le mandan la ley, el contrato o su conducta precedente. Adquiere así la omisión existencia y valor siempre en presencia de una norma y en caso de que ésta sea transgredida, lo que ha hecho pensar a algunos autores, no sin buenas razones metodológicas, que debe ser ubicada y examinada en el capítulo de la antijuridicidad (MEZGER así lo considera, pero la mantiene en el capítulo de la acción por razones didácticas), postura ésta, sin embargo, que, al hacer depender la omisión de su referencia a una norma de deber, ha sido objetada por quienes creen que de esa manera se anticipa en el primer estrato de la teoría del delito algo propio de la antijuridicidad.

No cabe duda que la segunda de las cuestiones enunciadas más arriba respecto del nexo causal en los delitos de comisión por omisión u omisión impropia resulta a su vez más cargado de perplejidades, pues si se acepta que, desde el punto de vista natural, la omisión carece de existencia concreta, ¿cómo puede *causar* un resultado? “*Ex nihilo nihil fit*”, se adujo, y se escucharon a aquel respecto varias opiniones. Según algunos, el coeficiente físico de la

omisión residía en la acción realmente ejecutada en el momento en que se debía actuar para evitar el resultado (KRUG señaló que el hecho de tejer calcetines por parte de la madre desaprensiva en el momento de fallecer su hijo por falta del cuidado debido era la causa de la muerte). Según otros, la causa era la acción realmente cumplida en el momento inmediatamente precedente (al cual se trasladaba así entonces el juicio de culpabilidad, violando los pertinentes principios). La mayoría valora la influencia que pudo haber tenido en el caso concreto la acción impuesta por el ordenamiento jurídico, y omitida a fin de evitar el resultado.

5. *La esencia y la estructura de la acción.*

Nos hemos propuesto, sin embargo, formular unas breves reflexiones en torno del concepto de la acción delictuosa propiamente dicha. No ha resultado superfluo, claro está, lo que hemos dicho hasta ahora, pero parece oportuno a esta altura volver al concepto preciso de acción, pues ha sido a su respecto y en orden a la naturaleza de sus elementos (también aquí el estudio de la acción asume carácter analítico por razones didácticas) donde se han trabado las más agrias disputas, sobre todo entre causalistas y finalistas. De esa manera, según señala WELZEL, la teoría de la acción se ha convertido en la propia teoría del delito, y ello así porque “todo desplazamiento del concepto de acción y toda modificación valorativa irradian necesariamente sobre los elementos del delito” (9), no existiendo “sector alguno dentro de la teoría del delito que no deje de estar afectado por la posición adoptada en favor o en contra de un determinado concepto de acción” (10).

Antes, sin embargo, de las más modernas disputas entre causalistas y finalistas habiáanse sustentado algunos criterios peculiares en torno de la acción.

a) La teoría sintomática, CARRARA, BERNER y BINDING.

De ellos, y sin pretender llevar a cabo un enfoque históricamente ajustado, cabe mencionar en primer término la teoría sintomática, según la cual la acción sólo es un simple indicio o síntoma de una personalidad peligrosa. FERRI, en Italia, y TESAR y KOLLMANN, en Alemania, fueron partidarios de esta tesis, conforme con la cual no puede formularse un concepto realista del delito independiente de la personalidad de su autor. MEZGER, al refutar a sus compatriotas, sostuvo con buenas razones que un sistema penal sintomático puro es extraño al derecho positivo, el que “apoya su juicio desvalorativo del hecho en la acción considerada como tal” (11).

Aunque manteniéndose dentro de un particular marco jurídico,

(9) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 189.

(10) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 190.

(11) E. MEZGER, ob. cit., t. I, p. 195.

y por ende al margen de criterios criminológicos como los que dieron sustento a la teoría sintomática, los clásicos no enunciaron un concepto preciso de acción. CARRARA, ciertamente, formuló un cuadro congruente del delito, con su teoría de las fuerzas, considerando el dolo y la culpa como voluntad conciente (fuerza moral subjetiva) que se esfuerza hacia un cierto fin (fuerza física objetiva) a través de un movimiento corporal (fuerza física subjetiva), pero no profundizó en los problemas propios de la acción.

Refiriéndose a esa época, en la cual vio la luz al insigne "Programa", aunque con más exactitud a las postrimerías del siglo XIX, pudo decir Radbruch en 1904 que en aquel entonces el concepto de acción "deambulaba como un espíritu sin nombre y sin forma a través del sistema penal" (12), habiéndolo correspondido según él a los hegelianos (ABEGG, BERNER y KOSTLIN, según MEZGER) el mérito de haber materializado tal concepto.

A partir de ese momento, en efecto, se ve enunciar un concepto valorizado de acción, vinculado con alguno de los restantes elementos del delito, pero sin llegar a formularse una concepción propia y capaz por ello de influir por sí sola en los extractos superiores y modificar la estructura de la teoría de delitos. Así, BERNER relacionó la acción con la imputabilidad, sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es imputable, recordando MEZGER que, según los hegelianos, la *imputación* es el *juicio* por el que se expresa que un hecho es una *acción*. Según esta tesis, el inimputable sería incapaz de actuar.

A su vez, BINDING partió de la valoración de la acción como infracción a la norma, siendo indiferente según él para el derecho lo que pueda entenderse como acción en un plano natural, pues "el concepto de acción del lenguaje común no existe siquiera" (13). Años después adherirá a este punto de vista GRAF ZU DOHNA, para quien el concepto natural de acción fracasa frente a la culpa y a la omisión (según él, *acción culposa* sería una "contradictio in adjecto"), por lo cual define el delito como conducta imputable que infringe la norma.

Otras opiniones podrían añadirse como característica de esta última corriente, que no antepone necesariamente la acción a los restantes elementos del delito y que perdura, aunque no podría efectuarse en la evolución doctrinaria un corte absoluto, hasta la irrupción del concepto natural o causalista de la acción por obra, primeramente de VON LISZT, y luego de BELING.

b) La teoría causal.

Es, en efecto, a principios de este siglo cuando comienza a superarse la concepción prenatalista y a otorgarse a la acción un lugar adecuado dentro de la teoría del delito e independiente de los restantes elementos, en los cuales, sin embargo, repercute desde su posición básica. El lugar de la acción, sin embargo, como dice MAU-

(12) E. MEZGER, ob. cit., t. I, p. 191.

(13) Citado por E. MEZGER, ob. cit., t. I, p. 191.

RACH, "no prejuzga aún su concepto y estructura" (14), y así habrá desde entonces acuerdo en concebir a la acción como fundamento de todo delito, pero no tardará en oponerse a una primera concepción natural o causalista y a la estructura consiguiente del delito, que nace a comienzos del siglo con las teorías de los autores nombrados más arriba, la llamada concepción finalista, que nace alrededor de 1930 y que modifica a su turno la precedente estructura del delito.

Aquella primera posición se originó en corrientes mecanicistas derivadas del positivismo filosófico de fines del siglo XIX, y sostuvo un concepto de acción desprovisto de cualquier valoración. La acción fue concebida como conducta voluntaria que causa una modificación en el mundo exterior, según VON LISZT, para quien aquí hablar de volición del resultado sólo induciría a errores. De la misma opinión fue BELING, para quien la acción es el "comportamiento corporal (fase exterior u objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular como fase interna o subjetiva de la acción); ello es, un comportamiento corporal voluntario consistente ya en un hacer, movimiento corporal, ya en un no hacer (omisión), como distensión de los músculos" (15). Recuérdese que para VON LISZT la injuria consistía en una serie de movimientos de laringe, producción de ondas, estímulos auditivos y procesos cerebrales.

La acción era un proceso mensurable por la ciencia de la naturaleza y libre de cualquier valoración, incolora, según la expresión de BELING, y por ello, con rigor lógico, la consideración valorativa de la voluntad del resultado se cumplía en el ámbito de la culpabilidad, pues el delito era también para VON LISZT el acto culpable contrario al deber. Se operaba, puede decirse, un desdoblamiento del proceso voluntario: la voluntad que apuntaba a su mera manifestación exterior caracterizaba a la acción; la voluntad que apuntaba al resultado pertenecía a la culpabilidad.

No creo que pueda decirse que esta teoría desconoció que el hombre actúa de conformidad con los fines que se propone, o que sostuvo que la acción humana es algo semejante a los fenómenos naturales. Estimo que aquel desdoblamiento obedeció en realidad a un criterio metodológico, según el cual correspondía todo lo objetivo a la acción y a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

Esta concepción del elemento básico se reflejó, evidentemente, en los restantes elementos del delito, siendo entendida la antijuridicidad como mera lesión de un bien jurídico y estimada la culpabilidad como un simple nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, tanto a través del dolo como de la culpa. Y parecía haberse llegado así a un punto tal en la evolución del Derecho penal en el que era imposible pretender mayor perfección teórica. La estructura del delito se presentaba como una construcción armónica, debido sobre todo a la

(14) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 189.

(15) E. VON BELING, *Esquema del Derecho Penal*, Buenos Aires, 1944, p. 19.

atrayera y clara división de lo objetivo y de lo subjetivo y a su ubicación en sectores bien diferenciados.

c) El normativismo intermedio.

La dogmática, cuya importancia señaláramos al comenzar estas reflexiones, hacía sin embargo importantes progresos, y una nueva corriente filosófica apareció en Europa, la filosofía de los valores de la Escuela Sud-occidental alemana de Windelband, Rickert y Lask. Por obra de la conjunción de estos factores se comenzó a revisar algunos de los postulados del precedente positivismo. Se mantuvo, es cierto, en la doctrina valorativa expuesta principalmente por M. E. MAYER, HEGLER, SAUER y MEZGER el concepto natural de la acción, aunque este último parece adoptar una postura que incluye también un concepto finalista, siendo para él una "insensatez" discutir en Derecho penal si se es "finalista" o "no finalista" (16), pero a la violación de un bien jurídico como contenido substancial del delito se opuso la violación de un deber, se examinaron los elementos subjetivos del tipo, se distinguieron los tipos causales de los tipos finales, se puso de relieve el fracaso del psicologismo a los efectos de establecer la culpabilidad sobre la única base del nexo psíquico entre el autor y el resultado, lo que condujo a la formulación de la teoría normativa de la culpabilidad por obra, además, de FRANK, FREUDENTHAL y GOLDSCHMIDT.

No obstante, como acertadamente lo expresa CÓRDOBA RODA, "no puede menos que llenar de perplejidad el que en tanto que tipo y antijuridicidad se colman de elementos subjetivos, y la culpabilidad se configura como juicio de reproche, el presupuesto de toda esta estructura, la acción, continúe siendo concebida en el sentido causal" (17).

d) La teoría finalista.

No tardó, sin embargo, en llevarse un ataque frontal contra la teoría causal de la acción. Fue iniciado en 1931 por WELZEL en su artículo "Causalidad y Acción", y produjo con el correr de los años, al modificarse la esencia y la estructura del elemento básico, una verdadera revolución en la teoría del delito. Desde 1964 cuenta el lector de la lengua española con la versión castellana de "Das neue Bild des Strafrecht ssystems": "El nuevo sistema del Derecho penal", obra que resume los capítulos más importantes de la doctrina de la acción finalista. En ella señala WELZEL el origen filosófico de su pensamiento y la influencia ejercida por una nueva psicología no mecanicista, aunque también cabe advertir que su teoría vino a ser el punto final de una serie de nuevos desarrollos dogmáticos.

Para dicho autor, "la Ciencia del Derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo..., pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para compren-

(16) E. MEZGER, *Derecho Penal. Libro de Estudio*, Buenos Aires, 1958 p. 88.

(17) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, página 33.

der el contenido de las definiciones y para comprender también correctamente las valoraciones jurídicas" (18), y ello hace, afirma, que "el Derecho penal esté vinculado a la estructura final de la acción" como premisa ontológica, caracterizada, como acción humana, por ser "ejercicio de actividad final" (19). Agrega: "La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines", por lo cual "la espina dorsal de la acción final es la voluntad, conciente del fin, rectora del acontecer causal" (20). Y, criticando a los causalistas, expresa: "El defecto fundamental de la acción causal consiste en que no sólo desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad, como factor de dirección para la acción, sino que incluso la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal desencadenado por un acto voluntario cualquiera" (21).

La característica más saliente de la teoría finalista es entonces, claro está, la inclusión del dolo en la acción, o, según otra terminología, su consideración como parte subjetiva del tipo, aunque sin ser entendido en el sentido valorativo vigente hasta ese entonces, según el cual comprendía también el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, sino como simple dolo natural que abarca el mero conocimiento de los hechos constitutivos, según esa otra terminología, de la parte objetiva del tipo, cuya congruencia entonces con la parte subjetiva resulta indispensable, según señala MAURACH. Ello ha hecho decir a NIESE que sólo puede ser considerado representante del finalismo quien ubica el dolo en la acción (22), aunque por otro lado pueden citarse autores como MEZGER, GALLAS y BOCKELMANN, que, reconociendo la estructura final de la acción, no estiman necesario que el dolo sea elemento constitutivo de lo injusto en los delitos dolosos y lo mantienen dentro de la culpabilidad.

La teoría finalista de la acción, al modificar la esencia de ésta, también repercutió evidentemente en el resto del sistema, principalmente en el ámbito de la culpabilidad, libre desde entonces de rastros psicológicos, conservadores en ella por el normativismo, y transformada en un puro juicio de valor sobre la base de la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad.

Pero fue objeto también, a su vez, de severas críticas, principalmente porque pretendió subordinar tanto la acción dolosa como la culposa al concepto general previo de acción finalista, en la cual, como quedó puntualizado con palabras de WELZEL, era requisito esencial la voluntad conciente del fin y rectora del acontecer causal.

(18) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964, p. 14.

(19) Id., p. 25.

(20) Id., p. 25.

(21) Id., p. 32.

(22) Citado por H. C. FRAGOSO, *Conducta Punível*, Sao Paulo, 1961, p. 19.

MAURACH, finalista también, dice que “los ataques contra la teoría final, en tanto se dirigen contra la finalidad de los hechos punibles culposos, están justificados”, pues “la concepción primitiva de WELZEL referida a estos hechos punibles muestra realmente una deficiencia” (23). El creador del finalismo buscó bien pronto resolver tal problema, originado en su primera idea de tener que referirse también la finalidad en los hechos culposos al resultado típico, y distinguió entonces entre una finalidad actual, propia del hecho doloso, y una finalidad potencial, característica del hecho culposo, el que, sin embargo, puede ser evitado también *finalmente* mediante un comportamiento prudente y cuidadoso. Pero esta solución fue objeto a su vez de críticas, pues obliga a incluir respecto de la acción culposa un juicio de valor propio de la culpabilidad (24), lo que dio origen a un nuevo cambio: en el hecho culposo también hay ciertamente acción finalista, pero en ellos la finalidad se dirige a un resultado extratípico.

No concluyeron tampoco allí las objeciones, aunque, cabe señalarlo, la nueva polémica no surgiría dentro del finalismo ortodoxo. No todas las críticas más recientes han llegado a estas latitudes, por razones que por conocidas no he de consignar, y no es fácil entonces el acceso a ellas. Afortunadamente, hemos tenido oportunidad de leer hace poco tiempo un libro de ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG sobre “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, en el que se hace referencia a las que tal vez podrían ser las últimas objeciones a la teoría finalista dentro y fuera de Alemania. Tales objeciones se dirigen una vez más contra la manera en que el finalismo explica hoy la cualidad de la acción en los hechos culposos, hipótesis en la cual es acción ahora para esa teoría, según sus críticos, “toda manifestación de voluntad dirigida finalmente a un resultado cualquiera” (25), lo que significaría, según RODRÍGUEZ MUÑOZ y KAUFMANN, citados en nuestra fuente, que el finalismo vuelve en este aspecto a la teoría causal de la acción: es acción querer un resultado cualquiera, sin valorar el contenido de la voluntad.

Más lejos llegó con su crítica el autor español a quien leíamos recientemente. Para RODRÍGUEZ MUÑOZ y KAUFMANN la coincidencia entre las teorías causal y final de la acción sólo existe en los hechos culposos. Para GIMBERNAT ORDEIG la coincidencia es total, pues “al afirmar el finalismo que en los delitos culposos existe acción en el momento en que se persigue un fin cualquiera, está estableciendo un concepto de acción que tiene que ser válido también para los delitos dolosos; esto es: al abandonar la finalidad potencial, el finalismo re-

(23) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 209.

(24) H. C. FRAGOSO, en la obra citada, nos recuerda que, para evitar tal problema, Busch sostuvo que los delitos culposos constituyen “cuerpos extraños” en el Derecho penal, y Germann propuso abandonar la culpa y considerar a los delitos culposos como delitos dolosos de peligro (p. 23).

(25) E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, p. 107.

conoció, tácitamente, que los delitos dolosos son acciones, no porque el autor haya querido realizar el resultado típico, sino porque ha querido realizar un resultado cualquiera" (26).

También se da cuenta en la misma obra de la más reciente crítica de ROXIN y de la contestación polémica de WELZEL, ambas entre los años 1962 y 1964. Para el primero, "la finalidad, tal como es entendida, como constituyente de la acción, por sus partidarios, y tal como ha de ser entendida para que sea jurídicamente fructífera, presupone junto a la dirección de los factores causales la aprehensión del sentido. Con ello, el concepto de acción pierde su condición de ser algo que viene previamente dado. Si queremos saber si alguien ha actuado finalmente, no sólo necesitaremos preguntar: ¿ha dirigido los factores causales? —lo cual es constatable prejurídicamente— sino que, además, tendremos que examinar si ha entendido el sentido de los datos objetivos, y para ello será preciso tener en cuenta que los elementos de sentido jurídicamente relevante son seleccionados únicamente por el legislador"; por ello, el concepto final de la acción no es algo ontológicamente dado, sino que es un "producto jurídico-normativo por excelencia" (27). La respuesta de WELZEL dejó entrever que, para él, el legislador es libre para seleccionar las acciones prohibidas mediante su tipificación, pero que está vinculado a la estructura final de la acción, y distingue entonces ahora entre "dolo típico" y "voluntad final de acción": "todo dolo típico es una voluntad final de acción, pero no toda voluntad final de acción es un dolo típico" (28).

Para ROXIN, si se mantiene la identificación entre dolo y finalidad, como es el legislador quien determina los elementos del tipo el concepto final de acción será un concepto jurídico-normativo por excelencia. Pero WELZEL ahora distingue dolo y finalidad. El dolo ha de depender de los elementos del tipo, y dejará de ser, como pensó un tiempo el finalismo, dolo natural, sino un concepto normativo. Sólo la pura voluntad de acción es algo ontológico y previamente dado. Y concluye el expositor español: "Pues bien, eso que ahora dice el finalismo lo viene diciendo, desde hace ya muchos años, el concepto causal de acción; para saber si ha habido acción o no basta con determinar si hubo voluntad (en la actual terminología welzeliana: voluntad final de acción); el contenido de la voluntad sólo interesa para la cuestión del dolo (del dolo típico, como lo llama ahora WELZEL)" (29).

Estas más largas referencias a las críticas formuladas al finalismo resultan justificadas porque respecto de esta teoría se da una situación que no ocurrió en orden a la teoría causal, pues WELZEL vive aún y él mismo ha respondido a las objeciones de sus contrarios.

(26) Id., p. 115.

(27) Id., pp. 111 y 112.

(28) Id., p. 112.

(29) Id., p. 113.

Como puede apreciarse, las censuras a la teoría final han sido formuladas desde los mismos ángulos desde los cuales partieron las objeciones a la teoría causal, o sea, la esencia misma de la acción como base de la teoría del delito y su consideración como fundamento común de los hechos dolosos y culposos. No cabe duda que en el plano natural toda acción humana es finalista, pues hay en ella una voluntad que pretende el logro de determinados fines y gobierna y dirige hacia ellos el accionar externo. Pero no todos los tipos legales recogen comportamientos de esa especie para amenazarlos con una pena, y en algunos ni siquiera se advierten procesos voluntarios. Por ello tiene que fracasar el intento por encontrar el mismo dato ontológico para el hecho doloso y el culposo, cuya diferencia se opera en varios niveles: acción, tipo, culpabilidad.

¿No habrá tenido razón CARRARA cuando expresó que “en un lenguaje exacto la designación *delito* se reserva únicamente para los hechos dolosos”? (30) ¿Y no habrán tenido razón los prácticos de los siglos XVII y XVIII cuando a los hechos culposos los consideraron como *quasi delitos*?

6. Conclusión.

Las precedentes reflexiones no han pretendido agotar los temas relativos a la acción delictuosa, ni aún el vinculado con su esencia, al cual habrá que volver para tomar partido. Tal vez el arduo camino pueda ser desbrozado paso a paso viendo funcionar las posiciones más contrapuestas en relación con algunos problemas concretos del Derecho penal, como, por ejemplo, el concepto de autor y de cómplice y el grado de dependencia de la culpabilidad respecto de la autoría. Sin plazo fijo, queda asumido el compromiso (31).

(30) F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1947, párrafo 86.

(31) El presente trabajo se publica con la autorización de la revista *La Ley*.