

Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Fiscal de la Audiencia de Pontevedra

SUMARIO: Introducción.—1. El actuar humano como base del delito: las doctrinas causal y final de la acción.—2. La revisión crítica de la teoría del delito llevada a cabo por los finalistas: puntos de ataque y controversia.—3. La teoría del delito y sus elementos desde el punto de vista de los finalistas: A) el contenido sustancial del delito; B) el contenido voluntario de la acción; C) la acción dolosa y la acción culposa; D) las omisiones; E) la doctrina del tipo; F) la antijuricidad; G) la culpabilidad; H) las cuestiones del dolo, la culpa y el error.—4. Conclusiones críticas finales.

La crisis conceptual del delito acusada en los años inmediatamente anteriores a la última guerra, no se centró sólo en su contenido esencial (1), sino que alcanzó aún en mayores proporciones a su concepto formal, a su definición jurídica. Esta definición se había fijado más en la forma que en la realidad natural del hecho ilícito penal. El delito como actuar humano que se desarrolla en sociedad, se había abandonado a la Criminología. Al Derecho no le interesa el *ser*, sino el *deber ser* de las conductas. Pese a ello, en la definición del delito, centrada en una enumeración de caracteres o elementos componentes, había algo más que una referencia formal, ya que cada uno de esos elementos constituía un concepto pleno de significado y cuya naturaleza no siempre era de fácil determinación. De ahí que al ponerse en disputa el significado y contenido esencial de tales caracteres del delito la controversia repercutiera sobre la definición que, aún permaneciendo la misma en su forma lexicográfica, sufría cambios constantes en su significado conceptual. Pues aunque en principio hubiese un general consenso en cuanto a los caracteres que ha de reunir el hecho ilícito sancionado con pena, que se construye a partir de BELING (2) sobre la

(1) Vid. CONDE-PUMPIDO: *La crisis del contenido sustancial del delito*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1960, fasc. IV, págs. 385 y siguientes.

(2) BELING: *Die Lehre von Verbrechen*, 1906. Aunque los conceptos de antijuricidad, culpabilidad y punibilidad eran constitutivos del concepto de delito en Alemania desde BOHEMERO (*Elementa Jurisprudentia Criminalia*, 1732), el mérito de la introducción del concepto de tipicidad pertenece a BELING y a su difusor, M. E. MAYER.

base de los caracteres o elementos (3) fundamentales de la acción, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad, a la hora de establecer las relaciones entre ellos existentes y determinar el verdadero significado y esencia de cada uno las divergencias son tales que podríamos decir que, aún partiendo de una base aparentemente unitaria —la definición del delito como acción típicamente antijurídica y culpable—, se obtienen sistemas penales diferentes.

Así ocurre con la moderna doctrina llamada de la *acción finalista*, en la que, aún admitiéndose por su iniciador, WELZEL (4), aquellos esenciales elementos, desde el momento en que se formula un nuevo concepto del primero —la acción— los otros —antijuricidad, tipo, culpabilidad— sufren una transformación en su contenido y vienen sometidos a nueva elaboración. A la exposición y análisis de esas nuevas posiciones, que por la extensión que han adquirido son merecedoras de atención y estudio, dedicamos este trabajo.

1. El primero y fundamental elemento de la definición del delito, el que ha de “servir de punto de arranque del sistema” y el que ha de “soportar sobre sí los atributos-valores de la *antijuricidad* y la *culpabilidad*” (5), es la *acción*, esto es, el actuar de un hombre.

Para el sistema penal tradicional, *acción* es acto humano entendido en sentido “causal”, esto es, manifestación de la voluntad de un hombre ligada a un resultado dañoso por una relación lógico-natural de causalidad. Este concepto causal de la acción es esencial tanto para la teoría general del delito como para la construcción de las figuras de delitos concretos de la Parte especial. En efecto, concebido el delito como ataque a un bien jurídico, en cuya lesión o puesta en peligro consiste el resultado penado en la ley, se hace necesario, como base material de la imputación de tal resultado al sujeto, que este sea factor causante del mismo. Podríamos decir que la construcción causal de los delitos se asienta en los dos pilares de la lesión de un bien jurídico y la contradicción del acto con el Derecho objetivo. Y como ambas concepciones eran las dominantes en el momento de la promulgación de los Códigos penales del siglo XIX, la mayor parte de los tipos en ellos previstos están formulados causalmente y con meras descripciones objetivas. Sólo como reminiscencia de anteriores épocas dominadas por el subjetivismo ético-religioso, a que en otra parte aludi-

(3) No es éste el momento de entrar a discutir si se trata de elementos del delito como concepto jurídico o caracteres del hecho ilícito penal, esto es, del hecho sancionado con una pena.

(4) WELZEL: *Derecho penal. Parte general*. Trad. al castellano de Fontán y Friker, Buenos Aires, 1956. En general, hasta donde nos lo permita la necesidad de seguir fielmente la evolución del pensamiento de WELZEL, y en atención a los lectores de habla castellana, procuraremos hacer las citas de la doctrina de este autor en relación a esta obra.

(5) Cfr. MEZGER: *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, Edit. Rev. de D.º priv., 2.ª ed. t. I, pág. 190.

mos (6), se entremezclan con aquéllos algunos tipos subjetivos, que precisamente serán los que sirvan de punto de partida para nuevas concepciones de la acción.

Se nos presenta, pues, dominado el sistema penal por el llamado *dogma causal o dogma de la causación*, según el cual: a) el prototipo del hecho ilícito penal está representado por una modificación del mundo exterior; b) esa modificación ha de consistir en la lesión de un bien jurídico; y c) el nexo físico entre el autor y el resultado es puramente de causa a efecto. Así aparecen causalmente concebidos tanto los delitos de acción como los de omisión (incluso aquellos de comisión por omisión, en los que el carácter pasivo del acto se cohonesta difícilmente con la activa idea de la causalidad de un resultado); tanto los delitos de lesión como los de peligro (incluso los de simple prohibición, en los que el peligro para un bien jurídico solamente es concebible en abstracto); y tanto aquellos en que la causación del resultado era querido por el sujeto (tipos dolosos) como aquellos otros en que se producía independientemente de esa voluntad e incluso de su previsión (culpa inconstiente).

Ése concepto de acción tenía la pretensión de constituir un concepto natural, ser el resultado de una observación experimental y acotar una parcela de la realidad para hacerla soporte de la valoración jurídica. De ahí las referencias bífrentes que soñan hacerse a “la mutación del mundo exterior”, como contenido objetivo del acto, y a la “manifestación de voluntad”, como contenido subjetivo. Aunque a continuación, con notoria incongruencia, se reconocieran como acciones conductas humanas que no provocaban alteración del mundo externo, ni exigían un ejercicio expreso de la facultad volitiva: nos referimos a las omisiones y a los actos instintivos o habituales.

En cuanto a las omisiones, si bien pueden constituir también una conducta voluntaria, difícilmente pueden considerarse como una alteración del mundo exterior. La corporalidad de la omisión ha sido problema que originó mucha literatura penal y que no pudo ser resuelta más que recurriendo a su aspecto negativo del acto debido o acto esperado. Pero al fundamentar el delito de omisión “desde fuera (externa, normativamente)” (7), se negaba el carácter del concepto de acción y se introducía en él un concepto “potencial” que ya no pertenece al mundo natural del “ser”, sino al terreno axiológico del “deber ser”. La omisión queda reducida a una mera relación entre la voluntad y la violación del Derecho, sin que aparezca en ella la corporalidad que se pretende. El recurrir, ante la ausencia de actividad física, a la acción realizada en vez de la esperada o a esa misma acción esperada, sólo existente en el mundo del “deber ser”, hace más patente que en la omisión no hay acción sensible en sentido natural.

En lo que hace a los actos instintivos o habituales, son considera-

(6) Vid. § 1 del trabajo citado en la nota 1.

(7) MEZGER: *Op. cit.*, pág. 288.

dos como acción, pese a que se ejecutan como mera reacción a un estímulo externo, sin necesidad de que intervenga conscientemente la voluntad. Para explicar el carácter voluntario de estos actos, como de los constitutivos de culpa inconsciente y aun de ciertas omisiones puras, se habla de "noluntad", esto es, el funcionamiento de la voluntad que "puede" impedir el acto, inhibiéndolo, y no lo impide (8). También aquí aparece una referencia al terreno extranatural de lo potencial (9).

Por último, para el concepto tradicional de acción era suficiente la volición del acto, sin que fuera precisa la del resultado; esto es, el mero hecho de querer, no el contenido de ese querer. Esa volición del resultado, ese contenido del querer, sólo eran trascendentes en el momento posterior del juicio de culpabilidad.

A las ya clásicas objeciones de RADBRUCH (10) sobre ese concepto de acción se agregan posteriormente las críticas y revisiones del dogma causal.

Unas, como la de HELLMUTH MAYER (11), quedan reducidas a minar su señorío y a destacar la insuficiencia de la concepción causal para comprender el verdadero contenido de los tipos. Sin entrar ahora en el detalle de los puntos en que basa su crítica, señalaremos como conclusión fundamental, de las afirmadas por H. MAYER, que "el sencillo delito de acción no puede ser concebido simplemente como proceso de causación, esto es, como un proceso compuesto por un resultado y una causación voluntaria del mismo, porque existen numerosas e importantes posibilidades de causación que no caen bajo la imagen que el uso normal del lenguaje y la tradición jurídica vinculan al verbo elegido para la descripción legal de un delito doloso. Así, no bastan, por ejemplo, cualesquiera de las posibilidades de causación de la muerte para constituir el tipo de *matar*: "el que desencadena una

(8) Vid. CAMPISI: *Rilevati sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova, 1959, pág. 12.

(9) Vid., para confirmar esto, MEZGER: *Op. cit.*, pág. 283: "El querer no pertenece a la esencia de la omisión." También aquí se recurre a la acción esperada.

(10) Sabido es que RADBRUCH negó la posibilidad del concepto de acción como categoría superior que abarque los delitos de acción y los de omisión, afirmando que el sistema penal aparece ya dividido en dos partes a partir del concepto de acción en sentido *natural*. Esta escisión alcanza a la totalidad del sistema: acción-omisión; dolo-culpa. Por eso la acción no sirve como base para esas parejas de "conceptos alternativos". Y si bien la dualidad dolo-culpa puede superarse mediante "una definición de culpabilidad apropiada", la dualidad acción-omisión implica un contraste insuperable, pues la omisión es por sí una "negación de la acción", por lo que hacer y no hacer (A y no A) no pueden ser abarcadas por una categoría superior. De ahí que el concepto de acción sea un instrumento inútil en Derecho penal y deba ser sustituido por el de "realización del tipo" (Cfr. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904).

(11) Cfr. H. MAYER: *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, 1936, § 19. Las citas del texto corresponden al ap. VI. n. 1, en las págs. 184 y ss.

huelga general o una huelga en una rama fundamental para la vida —cita como ejemplo— causa la muerte de enfermos y niños y no puede menos de preverlo así, pese a lo que, en ningún lado se le acusa de homicida... En las descripciones típicas más complejas del *sus-traer*, del *jurar*, etc., el dogma causal se veda a sí mismo. Por el contrario, el tipo abarca también omisiones. Pero no todo el que omite impedir la modificación es castigado también como autor." (Señala previamente cómo los esfuerzos realizados para una construcción causal de las omisiones han fracasado, y cómo la teoría de la acción exigible es un mero arbitrio para poder castigar, caso a caso, los supuestos de comisión por omisión —cuya impunidad resultaría intolerable: "en realidad lo que ocurre —dice— es que los Tribunales afirman el deber jurídico de actuar cuando creen necesitar de su apoyo, y lo niegan cuando quieren absolver al procesado".)

De más amplios vuelos, pues pretende sustituir el dogma causal y el tradicional concepto de la acción por nuevas concepciones, es la crítica formulada por HANS WELZEL (12) como base para la construcción de su doctrina de la acción finalista.

Para ese autor, el concepto naturalístico de la acción según el que la esencia del acto descansa en una alteración del mundo exterior provocada por la voluntad, independientemente de que la voluntad lo haya querido o simplemente previsto, es tan sólo el fruto de una concepción mecanicista de la vida, propia de la mentalidad positivista del siglo XIX. La filosofía positivista, enfrentándose al idealismo hasta entonces en boga, especialmente en Alemania, niega valor a la metafísica, reduciendo el objeto de la ciencia a la realidad natural, cuyo desarrollo y modo de presentarse a la observación del hombre está presidido por la relación causa-efecto, esto es, mecánicamente (13). Surge así el dogma causal, que se aplica por igual a las ciencias naturales, a las sociológicas, a las históricas y a las jurídicas.

En el campo del Derecho penal encuentra eco esa corriente en el positivismo italiano y en la escuela sociológica de V. LISZT. Este, sobre todo, aplica la tesis a la teoría de la acción, concibiendo ésta como el resultado de un paralelogramo de fuerzas, cuyo vector se dirigirá indefectiblemente en la dirección de la mayor magnitud: el móvil más fuerte prevalecerá necesariamente. "Hablar de una volición del resultado sólo puede inducir a errores" (14). Con esto se relaciona el concepto material de "corporalidad" de la acción, en la que el resultado

(12) H. WELZEL: *Kausalität im Handlung* in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1931, vol. 51, pág. 703 y s. s.; *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935; *Das Grundgefüge der verbrecherischen Handlung*, in "Zeitschrift", 1958, pág. 502 y s. s.; *Studien zum System des Strafrechts*, in "Zeitschrift", vol. 58, págs. 431 y s. s. Cfr. también su "Derecho penal", cit. págs. 39 y siguientes.

(13) WELZEL: *Naturalismus und Wertphilosophie*, págs. 25 y ss.

(14) Cfr. V. LISZT: *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Asúa, 1919, tomo II, págs. 286 y ss.

es siempre "un cambio del mundo exterior" (LISZT, loc. cit), lo que conduce incluso a tratar de configurar físicamente el delito de injuria como un movimiento de las cuerdas vocales que, a través de las ondas aéreas, provoca en el tímpano un movimiento parejo.

A esa concepción mecanicista del mundo del Derecho, que prescindía en absoluto de la idea del "yo", como portador de una capacidad de elección, se opone el argumento de una realidad psicológica según la que el "yo" no es mero sujeto pasivo del conflicto causal y está sometido al motivo más fuerte, sino que, al contrario, es sujeto activo en esa lucha de las motivaciones, en la que decide a través de la operación del "juicio". A través del juicio se hace posible la eliminación del automatismo y la "reflexión" como anticipación mental de las posibilidades de actuación, con sus consecuencias y valoración de las ventajas e inconvenientes de la elección. El conflicto causal se convierte en un conflicto mental, en el que la decisión corresponde al yo. Sólo así resulta posible el Derecho penal, como imputación de la acción a su autor, ya que si todo el obrar fuera la ineludible consecuencia de unos factores causales no habría modo de distinguir la integridad mental de la inimputabilidad (15).

En consecuencia, se hace preciso superar ese concepto mecanicista de la acción, superación que llevan a cabo los neokantianos: La acción, jurídicamente hablando, no es sólo una realización natural de la voluntad humana, sino *algo más*, que es precisamente lo que evita que pueda confundirse con aquellos acontecimientos que carecen de valor para el Derecho. Ese *algo más*, ese "quid pluris" que es lo que da a la acción su sentido jurídico, viene dado por el hecho de que la voluntad de una acción jurídicamente relevante debe ser relevante ella misma, es decir, debe estar dirigida a provocar una consecuencia jurídica, una modificación en el campo del Derecho, y, a la vez, el portador de esa voluntad debe ser legalmente capaz de querer aquella modificación jurídica. En este sentido, los actos de los incapaces son tan irrelevantes jurídicamente como las manifestaciones de voluntad sin dirección jurídica: cuando un hombre mentalmente sano decide levantarse antes de la aurora, para poder admirar la salida del sol, su acto resulta tan ajeno a la voluntariedad de provocar una modificación jurídica como el acto de un loco que decide prender fuego a la casa de un vecino: ninguna de esas decisiones afectan al campo del Derecho (16).

Se traslada así el requisito del "cambio en el mundo exterior", del "mundo natural" al "mundo del Derecho". La modificación en el mundo exterior ha de ser modificación prevista por el Derecho y fruto de una voluntad jurídicamente capaz. Esto y no otra cosa constituye los elementos de la "imputación jurídica", que viene a ser la operación que determina si un obrar humano es o no acción en el sentido jurídico (BINDING, loc. cit.)

(15) Cfr. WELZEL: *Naturalismus*, cit. págs. 26 y ss.

(16) Cfr. BINDING: *Die Normen*, II, págs. 91 y ss.

Pero el concepto normativo de la acción, si bien no cae en el error de la teoría naturalista de distinguir la voluntad de su contenido, corre el riesgo de caer en el extremo opuesto de no ver como obrar humano más que el actuar relevante jurídicamente. Resulta así un concepto de acción específico y no general, formal y no sustancial. Se concibe como acción sólo una determinada especie de los actos humanos, y se prescinde del contenido sustancial del obrar, para atender al formalismo de su subsunción en una norma. Llevando al extremo la concepción normativa, resultarían equiparados el acto de un incapaz, el acto sin destino jurídico y el caso fortuito: todos ellos carecen de relevancia jurídica.

Para escapar de tal formalismo, que es el mayor riesgo de la doctrina normativa, es preciso no prescindir del concepto prejurídico de acción como obrar humano, que debe ser subsumible en la norma jurídica en su integridad: la voluntad, la dirección de esa voluntad y el cambio jurídico querido y provocado.

El neokantismo jurídico parte del error de considerar la realidad natural como una realidad caótica (17). Sobre esa realidad se encuentran los valores que son los ordenadores del "dato directo". Sólo a través de esos valores adquiere sentido la realidad, que se ve transformada por ellos. Resulta así que entre el dato y el valor existe una relación de objeto-predicado, en lo que el objeto valorado pertenece a la realidad ontológica y la valoración a la esfera ideal, constituyendo el conjunto un objeto que RICKERT diría "pleno de significado".

Con ello el neokantismo, aunque se presente como la antítesis del positivismo, viene a resultar su complemento. Pues si bien de un lado, al colocar los valores en una esfera ideal que está más allá del dato objetivo, realiza una rotura entre el mundo de la vida real y el mundo de la ciencia (una "Labenfeindschaft"), de otro lado no logra superar el empirismo naturalista, porque el ser "preteórico" que constituye la base o apoyo del mundo de los valores es, en definitiva, la misma realidad natural de los positivistas (18), con lo cual se corre el riesgo de olvidar aquella realidad psicológica a que antes se aludía y concebir el resultado de la acción, en cuanto "cambio del mundo exterior", de un modo puramente causal que prescinda del contenido de la voluntad, esto es, del fin buscado por el agente.

Para WELZEL, ese concepto mecanicista de la acción, para el que el contenido subjetivo y teleológico de la voluntad carece de significado, equipara al hombre a las ciegas fuerzas de la naturaleza. Pero lo que caracteriza al hombre es precisamente la posibilidad que tiene de prever las consecuencias de su actuar, por lo que puede interferirse en la sucesión causal de la naturaleza, alterándola, a fin de conseguir un objetivo (19). "Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal

(17) WELZEL: *Naturalismus*, págs. 41 y ss.

(18) Cfr. WELZEL: *Naturalismus*, pág. 71.

(19) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, págs. 39 y 40

forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobretermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es *vidente*; la causalidad es *ciega*."

"Un ejemplo facilitará la comprensión. Cuando un rayo mata a un hombre que trabaja en el campo, el suceso responde al hecho de que entre el hombre y la nube se había originado la máxima tensión eléctrica, que produjo la descarga. Esta descarga hubiera podido originarse lo mismo entre otro objeto alto y la nube. Que fuera precisamente el hombre, estaba causalmente condicionado en la cadena infinita del acontecer; pero tal acontecer no estaba dirigido finalmente a ese objetivo. Completamente distinto es lo que ocurre con las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro, elige conscientemente los factores causales y los dispone de modo de alcanzar el fin predeterminado. Aquí la disposición de las causas está dirigida hacia el logro del objetivo: comprar el arma, averiguar la oportunidad, ponerse al acecho, apuntar y apretar el gatillo; todos estos son actos ordenados de acuerdo con un plan total y dirigidos hacia un objetivo."

La finalidad es, pues, un concepto ontológico, como lo es la causalidad. No se trata de una teoría fruto de la razón, sino de una estructura del "ser" apreciable sensiblemente (20). Lo que hace prevalente la finalidad frente a la causalidad es, precisamente, el hecho de que el hombre pueda anticipar la consecuencia posible de su actuar causal en un concreto ámbito, pudiendo, en consecuencia, dirigir y gobernar sus acciones en el mundo. De ahí que si bien la causalidad resulta apropiada para la comprensión de la sucesión de fenómenos que se producen ciegamente, mecánicamente, en cambio, aquellos otros accedimientos que por ser obra humana son provocados videntemente, gobernados por la posibilidad de previsión, sólo pueden ser comprendidos sustituyendo la idea de la causalidad mecánica por la de la finalidad.

El delito, como obra humana, es también una acción con objetivo, una *acción finalista*. Ahora bien, basándose la finalidad en esa capacidad de la voluntad de prever las consecuencias de la interferencia del obrar en la cadena causal, para dirigirla conforme a un plan hacia la consecución de un objetivo, es evidente que esa "voluntad consciente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista" (21). Dicho en otras palabras: el dolo ("vorsatz") (22) se traslada de la culpabilidad a la acción, entra a formar

(20) WELZEL: *Um die finale Handlungslehre*, 1949, pág. 7.

(21) Naturalmente que, como en otro lugar señala WELZEL (*La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, cit. pág. 6), la plasmación finalista del resultado se da sólo "dentro de ciertos límites, no de un modo absoluto, no poseyendo el hombre una total previsión y dominio del futuro".

(22) El penalista español no debe olvidar lo subrayado por RODRÍGUEZ MUÑOZ (*La doctrina de la acción finalista*, cit. pág. 37, nota 26 y *Consideracio-*

parte del "Tatbestand" y, por consiguiente, de la "antijuricidad tipificada". Esa pertenencia del dolo a la acción es la característica fundamental de esa doctrina, hasta el punto que se llega a afirmar que sólo puede ser considerado finalista "quien incluye el dolo en la acción injusta" (23).

Aunque se han pretendido destacar las influencias hegelinas en esa teoría final de la acción, influencias recibidas a través de la obra de LARENZ sobre la doctrina de la imputación en HEGEL (24), es lo cierto que tiene una más profunda tradición filosófica, como confiesa el propio WELZEL (25): "Desde que Aristóteles (*Ética Nicomachae* 7, 11, 12, b) había definido por primera vez la estructura de la acción por medio de la finalidad, esta intuición se impone en el Medioevo. sobre todo por obra de Santo Tomás, y permanece generalmente reconocida hasta Hegel. Solamente por la abusiva invasión de las ciencias mecánicas naturales en la ciencia del Derecho, que tiene lugar al final del siglo XIX, inténtase hacer también de la acción un proceso causal externo." Y no vale decir, como GRISPIGNI (26), que se trata de algo banal y ya de antiguo aceptado y conocido, ya que es mera repetición del viejo adagio del "gimnasio": *omne ens intilligens agit propter finem*. Una cosa es conocer esa vieja máxima de aristotélica inspiración y otra reconocer que ella implica consecuencias determinadas y concretas para la dogmática del Derecho penal (27).

2. La crítica de la doctrina causal y la defensa de la doctrina final de la acción apóyase no sólo en la concepción filosófica de la voluntariedad como actuación de un fin, sino en una revisión dogmática del sistema penal tradicional, especialmente en lo que hace a la clásica distinción de la antijuricidad y la culpabilidad como elementos independientes —objetivo y subjetivo, respectivamente— del delito.

Los puntos en que se centra la revisión crítica son los siguientes:

nes sobre la doctrina de la acción finalista, cit. pág. 214) respecto al concepto desvalorizado o neutro del dolo en el Derecho Penal germánico: "Vorsatz" es sinónimo de intención por lo que sirve igual para designar el "dolo" de una acción maliciosa y el de una acción pura. De ahí que las consecuencias del traslado de ese "dolo" a la teoría de la acción, tenga menos trascendencia para el sentido axiológico de la acción y el propio contenido desvalorativo de la culpabilidad, que si el concepto manejado fuera el romanizado de "dolo malo" propio de nuestras concepciones doctrinales.

(23) Así, NITSE: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 11.

(24) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, primero en las *Notas al Tratado de MEZGER*, cit. (pág. 190), y luego en *La doctrina de la acción finalista. Lección inaugural del curso 1953-54*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, pág. 32.

(25) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Rivista italiana di Diritto penale*, 1951, pág. 7.

(26) F. GRISPIGNI: *La sistematica del reato nella piu recente dottrina tedesca*, Apéndice al *Diritto penale*, vol. II.

(27) Precisamente responde WELZEL a Grispiigni que bien quisiera que la doctrina final fuera banal y obvia "porque entonces serían imposibles todos los malentendidos que encuentra en gran número" (*loc. cit.* en la nota 25).

a) La doctrina de los elementos subjetivos del injusto que partiendo de HEGLER (28) llevará a descubrir cómo, en determinados delitos, no puede reconocerse la tipicidad del acto sin una referencia a la intención o fin del autor (29). Todavía más eficaz será el reconocimiento de la existencia de tipos concebidos en sentido final, puesta de relieve por von WEBER (30), quien arrancando de una posición fundamentalmente de Derecho positivo, divide los tipos de la parte especial en "tipos causales" y "tipos finales". Los primeros se agotan en la producción del resultado, sin que el legislador haya resaltado la voluntad del sujeto activo (el homicidio, p. ej., en que el tipo es "causar la muerte"); los segundos contemplan hipótesis en las que el agente actúa con una especial voluntad de lograr un determinado resultado, y en los que esa finalidad es penalmente relevante, independientemente de que el resultado se produzca o no (por ej., en los casos de resistencia a la autoridad).

Sentada la afirmación de que existen delitos en los que la antijuricidad no es concebible sin momentos subjetivos o tendenciales, basta desarrollar el argumento para comprender que en esos tipos a la antijuricidad debe pertenecer no sólo la intención específica del agente (el ánimo de lucro, p. ej., en el hurto), sino, igualmente, *el dolo*, del que ese ánimo forma también parte. En efecto, la intención de apropiarse de una cosa de otro es incompatible con un actuar no doloso: ánimo de lucro y dolo se confunden en el hurto y no pueden separarse (31). De donde se debe concluir que en los delitos con elementos subjetivos de la antijuricidad el dolo pertenece ya a la acción y al tipo del injusto (32).

Esa argumentación es extendida por NIESE (33) a los tipos "causales" sobre la base del reconocimiento de elementos subjetivos en las diversas causas de justificación que acotan negativamente la antijuricidad. En todos los casos en que la ley exige para apreciar el estado de necesidad, p. ej., que el sujeto actúe "para" evitar un daño o un peligro (§§ 228, 904 del B. G. B.) o con una específica finalidad de "defensa" (§ 53 del C. p. alemán) (34), la ley hace depender la jus-

(28) HEGLER: *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Zeitschrift*, 36.

(29) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., pág. 8.

(30) V. WEBER: *Grundriss des Tschechoslovakischen Strafrechts*, Praga, 1929; *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935; y *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948. Así, por ej., "perseguir la pieza", "ofrecer resistencia", "abusar deshonestamente", etc.

(31) Lo que, por cierto, era intuído ya por los clásicos cuando para referirse a esa peculiar finalidad del agente que integra los llamados "elementos subjetivos" del injusto o del tipo, empleaban la expresión de "dolo específico".

(32) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., pág. 8.

(33) Cfr. NIESE: *Finalitat*, cit., págs. 17 y ss.

(34) La cuestión es también clara en nuestro Derecho, en el que el estado de necesidad exige obrar "para evitar un mal propio o ajeno" (art. 8, circ. 7) y en el que la finalidad de defensa, como requisito de la causa de justificación de defensa legítima, puede inducirse a través de la exclusión que en la circ. 6 se hace de móviles extraños (que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo).

tificación de la conducta de determinados elementos subjetivos. Por lo que, dado el entrecruzamiento de los tipos delictivos con los elementos subjetivos de justificación, tampoco cabe prescindir del elemento final en los tipos objetivos.

Ninguno de los argumentos esgrimidos contra esto es fundamental:

En primer lugar, se ha alegado que la mayor parte de los tipos están constituidos causalmente y los tipos finales son excepción, argumentación que, por cierto, no hace más que reconocer la fuerza del razonamiento de WEBER y NIESE. Con más profundidad, RODRÍGUEZ MUÑOZ (35) reproduce aquí la objeción que ya opuso a la crítica de H. MAYER al dogma causal: "La causalidad —dice— no es ciertamente bastante para explicar satisfactoriamente *por sí* la propia índole del injusto de los tipos legales. Pues los tipos representan *algo más* que la simple producción causal de un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero en los tipos legales que exigen la producción causal de un resultado aunque ciertamente *no sólo* eso, ¿será lícito o siquiera posible prescindir de la causalidad? La contestación ha de ser necesariamente negativa si se entiende —como indudablemente es cierto— que la causalidad, si bien no es en tales casos condición suficiente, sí es condición necesaria." Pero tampoco ese razonamiento es definitivo desde el momento que GALLAS (36) se encarga de hacer comprender la posibilidad de cohonestar una formulación causal de los tipos, con la teoría final de la acción, cuando advierte que el resultado del actuar humano "no deja tampoco de ser un suceso *causal*, porque el transcurso del acontecer no se produzca *ciegamente*, sino gobernado por la voluntad, que marca sus fines, y sea *superdeterminado* de modo final".

BOCKELMANN (37) parte en su crítica de otro punto de vista: el que la finalidad no domina la totalidad de la acción. Al rechazar la pertenencia del dolo a la acción antijurídica, subraya que en esos tipos finales o con contenido subjetivo, la finalidad, que es immanente a la actividad descrita en la ley, abarca nada más que un sector de la conducta. Y así, el sentido subjetivo del "perseguir la pieza" no se extiende meramente al aspecto objetivo de que esa persecución ocurra en un coto ajeno, el sentido final del ánimo de lucro no tiene por qué abarcar la circunstancia objetiva de la "ajeneidad de la cosa". Pero como, a su vez, señala GALLAS (38) "hay que reparar que la prohibición está limitada también a la caza en coto extraño y a la sustracción

(35) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, in ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1953, página 224. Más simpatía y comprensión muestra en su *Lección inaugural*, cit. (cfr. págs. 137 y 138).

(36) W. GALLAS: *La teoría del delito en su momento actual*, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, 1959, pág. 46.

(37) BOCKELMANN: *Über das Verhältnis vom Taterschaft und Teilnahme*, 1949, págs. 26 y ss.

(38) GALLAS: *Op. cit.*, pág. 48.

de una cosa ajena, y que por ello sería arbitrario asignar al ámbito del injusto la finalidad encaminada directamente al acto, y atribuir, en cambio, al ámbito de la culpabilidad la ulterior diferenciación de la finalidad, correspondiente al sentido de la prohibición".

Pero es que, además, si en alguna tipificación concreta el dolo del tipo no coincide con la finalidad del agente, ello no basta para afirmar, como hace BOCKELMANN (op. cit., pág. 30 y s.), que aunque la acción prejurídica sea finalista, la acción que el Derecho tiene en cuenta para su valoración está concebida en forma no final. Y no sólo porque, según nuestro refrán popular "una golondrina no hace verano", esto es, la presencia de algún tipo en el que se dé una desviación de la finalidad no basta para derogar una doctrina que es aplicable a la generalidad de los casos, sino también porque la concepción positivista de la omnipotencia del legislador está ya superada y nadie puede seriamente afirmar que aquél era libre para la construcción de los conceptos jurídicos, sino que, al contrario, como responde WELZEL (39), está vinculado en ciertos puntos inderogables que le obligan a aceptar la estructura ontológica del "ser". Si el legislador incrimina acciones humanas, habrá de aceptarlas en su esencia tal cual son.

b) Si alguna duda quedara sobre el carácter final de la acción, incluso en los tipos descritos objetivamente, el concepto de la tentativa es utilizado para despejarlas. La doctrina tradicional ya había reconocido aquí que la determinación delictiva del acto tentado no era un elemento de la culpabilidad, sino de la antijuricidad, ya que al no realizarse el tipo completo, es a la intención del agente a la que habrá que recurrir para conocer cuál es el delito que se intentó cometer. De donde el dolo es también aquí, indudablemente, un elemento de la acción y del tipo de injusto. ¿Si cuando A dispara contra B y falla hablamos de homicidio frustrado, atendiendo al propósito incumplido del agente, por qué habremos de cambiar todos los términos trasladando ese propósito de la acción a la culpabilidad por el hecho de que el tiro haya sido certero? (40). Como señala NIESE (41), todo delito, aun el consumado, pasa por la fase incumplida de la tentativa, y en todos esos casos, el paso de la tentativa a la consumación se produce no en el lado interno o contenido de la acción del agente, sino en el externo o resultado. Si nada cambia, pues, en la acción, y en la tentativa es menester concebir el dolo como formando parte de la acción, a la acción debe seguir perteneciendo aunque el delito se consume. En otras palabras, la consumación, al afectar sólo al resultado, no puede cambiar la esencia psicológica del acto.

También en este terreno se ha procurado negar la validez de la

(39) WELZEL: *Um die finale*, cit., pág. 10.

(40) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., págs 8 y 9, y *Derecho penal*, cit., págs. 45 y 46.

(41) NIESE: *Op. cit.*, págs. 21 y 22.

argumentación finalista. MEZGER (42) lo ha intentado sobre la base de distinguir entre “resolución” y “dolo”. En la tentativa lo que da tinte a la acción es la “resolución”, que no se convierte en dolo, como quieren los finalistas. Pero esa distinción no parece viable en la dogmática penal germánica, donde, como se ha señalado, no cabe distinguir, dados los términos del § 43 del C. P. alemán, la “resolución” y el “dolo” como cosas distintas. Lo cierto es que el argumento basado en la concepción de la tentativa en el Derecho positivo alemán es el más fuerte de los finalistas (43) y conserva su eficacia al trasladarlo a otros derechos positivos, pues, en general, la tentativa sólo cabe configurarla con referencia a la finalidad de la acción (caso típico de nuestro Derecho es el de la distinción entre abusos deshonestos y tentativa de violación: el elemento objetivo coincide, es en el elemento finalista donde radica la diferencia).

c) Tampoco respecto a los tipos culposos es satisfactoria la teoría causal de la acción, pues, según ella, esos tipos deberían ser cumplidos por toda lesión de bienes jurídicos causada por un acto de voluntad. Si en el delito culposo sólo se quiere la acción, pero no el resultado, y la antijuricidad radica en la producción no querida, pero culpable, de la lesión de un bien jurídico, siempre que se diera tal lesión, como consecuencia de una acción humana voluntaria, deberían atribuirse a ella las características de tipicidad y antijuricidad. Pero el Derecho no puede prohibir sin más toda lesión de un bien jurídico, so pena de hacer imposible la vida social, vida social que implica riesgos y daños inevitables. “No una lesión de bienes jurídicos, a secas, sino solamente una lesión de bienes jurídicos que parta de un acto de voluntad de *determinada índole*, cumple el tipo de los delitos culposos; es decir, un acto de voluntad que no aporta el mínimo de dirección finalista objetivamente necesario en el intercambio para evitar lesiones de bienes jurídicos” (44). La cualidad negligente de la manifestación de voluntad es imprescindible para que pueda hablarse de un *tipo* y de *antijuricidad* de la acción.

d) Descendiendo al terreno de la culpabilidad, los defensores de la doctrina de la acción finalista hacen fuerza en la incapacidad de la doctrina tradicional para resolver el concepto de culpabilidad. La concepción psicológica —“relación psíquica entre el agente y el resultado”— enfrentase a la normativa —“juicio de reproche sobre el contenido psíquico del delito”—, pero si bien la primera encuentra el escollo de la culpa inconsciente (falta aquí el lazo psíquico necesario entre el autor y el resultado ilícito), la segunda muéstrase inconsecuente al hacer recaer ese juicio de reproche sobre la concurrencia o

(42) MEZGER: *Moderne Wege der Strafrecht dogmatik*, 1950.

(43) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Consideraciones*, cit., pág. 230, y *La doctrina de la acción finalista*, cit., pág. 147.

(44) WELZEL: *Derecho penal*, pág. 46.

no del dolo, ya que existen acciones dolosas que no son reprochables al agente (45), como, p. ej., las realizadas en estado de necesidad (46).

Es bien cierto que, de admitirse la concepción normativa de la culpabilidad, es menester inclinarse ante la necesidad de radicar el dolo de ese concepto de culpabilidad. Son inconsecuentes los que, como JIMÉNEZ DE ASÚA (47), aceptan la concepción normativa de la culpabilidad y se revuelven contra WELZEL por pretender extraer el dolo de esa culpabilidad a la que, según aquéllos, pertenece. Si la culpabilidad ha de ser un juicio, y un juicio normativo, no debe confundirse con los elementos psíquicos del delito que *sólo pueden ser, entonces, objetos de aquella valoración*. Creemos que o se acepta un concepto naturalístico del delito, y entonces la culpabilidad sólo puede ser un concepto psíquico, como psíquicos son sus dos elementos componentes (imputabilidad y dolo o culpa), o se acepta un concepto normativo, y entonces será menester distinguir el juicio de reproche personal (la culpabilidad) de los objetos sobre los que aquél se formula, que por elemental principio lógico han de estar fuera de tal juicio. En este sentido, sólo los finalistas son consecuentes, y uno de sus méritos radica precisamente en hacer posible una concepción de la culpabilidad de gran pureza normativa al privarle de aquel carácter "centáurico" (parte normativo y parte psicológico) que la presencia del dolo le otorgaba (48). El objeto de reproche en el juicio de culpabilidad no es ya el dolo, sino el actuar del sujeto, la *totalidad* de su acción, que sufre un desvalor a consecuencia de la decisión del sujeto de actuar la realización de un injusto típico.

e) Por último, la doctrina encontró dentro de la dogmática germana un fuerte apoyo en la necesidad de acoplar los "tipos inculpables" dentro del sistema penal (49). Con la reforma de los §§ 42 b y

(45) Nuevamente hemos de recordar aquí la naturaleza "aséptica" del dolo ("vorsatz") en derecho alemán.

(46) Cfr. WELZEL: *La posición dogmática*, cit., pág. 9.

(47) L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, Edit. Losada, Buenos Aires. Cfr. t. III, § 1.056 y T. V, 1.516 y 1.538 Si se observa la definición de la pág. 92, véase aún más lo contradictorio de la posición de ese autor, como la de todos aquellos que hacen de la culpabilidad una suma de elementos, unos normativos ("reproche que se hace al autor") y otros naturales ("al que le liga un nexo psicológico"). Difícil es obtener un concepto que es suma de elementos heterogéneos. Pero la sorpresa llega al máximo cuando se ve que, en definitiva ASÚA tiene del dolo un concepto final ("pretendiendo con su comportamiento un fin"). Luego, al tratar del "momento de la culpabilidad" (pág. 261), la posición normativa del autor se tambalea.

(48) CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 35.

(49) La conexión de la teoría finalista de la acción con los "tipos inculpables" ha sido objeto de polémica. GRISPIGNI (*La sistemática del reato nella più recente dottrina tedesca*) ha afirmado que aquella doctrina nace como una tentativa de explicar dogmáticamente los delitos de los inimputables. A ello ha contestado WELZEL (*La posizione dogmática*, cit.) que esa cuestión estaba muy lejos de su pensamiento filosófico de superar el naturalismo reinante en derecho penal, y que los delitos de los enfermos mentales constituyen un problema mar-

330 a, al admitirse el castigo de las "acciones conminadas con pena" ("mit Strafe bedrohte Handlung") cometidas por inimputables (menores, o enajenados, o sujetos en estado de embriaguez), se hace necesario explicar en qué consiste la culpabilidad de tales sujetos, en cuyos actos, según la doctrina imperante, no podría existir culpabilidad al faltar su base personal: la imputabilidad del sujeto activo del delito. Para salvar la dificultad se habla entonces de un "dolo natural", esto es, un actuar intencional, con lo que el fin de la acción, el actuar finalmente, pasa a primer plano. El inimputable puede, desde luego, actuar finalmente, proponerse un objetivo en su acción, luego es capaz de dolo y de ser autor de un delito (50). Todavía se presenta más clara la necesidad de concebir la acción con sentido final en el caso del § 50, reformado en 1943, según la cual resulta que el cómplice del delito de un inimputable es igualmente responsable, dándose así a la participación una accesoriedad mínima. Aquí el actuar finalmente parece decisivo para fundamentar la culpabilidad del partícipe que no realice la conducta objetiva tipificada en la ley y, sin embargo, responde por ella (51).

3. Veamos ahora las consecuencias que esa doctrina finalista de la acción introduce en la teoría general del delito y en cada uno de sus caracteres tradicionales, aprovechando la oportunidad para destacar los puntos en los que se ha centrado posteriormente la crítica, y examinar el acierto o desacierto de ésta.

A) En el plano del contenido material del delito, pretende la permanencia de la valoración *ético-personal* del delito, sobre la base de la concepción hegeliana del Derecho, ya señalada. El propio WELZEL (52) afirma que "la evolución de la doctrina finalista de la acción debe ser

ginal del derecho penal del que se ocupó, desde el punto de vista de la doctrina finalista, MAURACII.

(50) Ya señala MAURACII (*L'evoluciones della dogmatica dell reato nell piu recente diritto penale germanico*, in Riv. it. dir. pen., 1949, pág. 648) que "con ocasión de la controversia en torno a los §§ 42 b) y 330 a) del Código penal, la praxis ha propugnado siempre un *Tatbestand* animado por la voluntad".

(51) GALLAS (*Op. cit.*, págs. 50-51) pretende extraer de este punto un argumento no sólo en pro de la teoría finalista de la acción, sino también de la concepción del delito como conjunto. "Quien reconozca—dice—que al dolo le corresponde una significación final, y también, por lo tanto, que la exigencia del dolo hace de la figura de delito—como conjunto, en todo caso—un tipo de acción, se hallará aquí ante esta ineludible alternativa: o admitir la participación en una conducta atípica, y, por lo tanto, una participación sin autoría, o tener que reconocer que ya el tipo de injusto es tipo de acción." Ya antes había puesto de relieve que una interpretación final se impone en los casos en que ciertas consecuencias jurídico-penales se derivan de la comisión no culpable de un acto punible. "En todos estos casos, una concepción que vea tan sólo en la finalidad un elemento perteneciente a la culpabilidad, llevaría a renunciar no sólo a la exigencia de culpabilidad, sino también a la de tipicidad del delito." (Lo subrayado es nuestro.)

(52) WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., pág. 5.

encuadrada en la corriente del esfuerzo tendente a situar en el puesto que le corresponde la función ético-social del Derecho penal". Y eso se pone más de relieve en cuanto una de las bases de la acción finalística, desde el punto de vista de la doctrina de WELZEL, es que "para el concepto de injusto no basta el hecho del resultado: la modalidad de las acciones no tolerables están en el centro del interés penalístico" (loc. cit.).

En este sentido, se nota en la teoría el impacto de las doctrinas alemanas de la escuela de Kiel, si bien, y como señala GALLAS (53), parece haberse conseguido en el sistema de la acción finalista una síntesis de las aspiraciones de la dirección personal y la teleológica. "Como realización del *querer*, la acción entendida en sentido final pasa a constituir el punto de partida adecuado para los elementos personales del injusto; como *realización* del *querer*, radica en ella, a su vez, un momento causal capaz de constituirse en el elemento portador del resultado injusto, a saber, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico."

Esta posición explica las simpatías que esa nueva doctrina despierga en muchos de los penalistas germánicos que, como GALLAS, ven en ella un camino para conservar lo que de su posición primitiva estiman inalterable. Pero de esa misma concepción ética del Derecho y por razones que ya destacamos en otro lugar (54), podría derivarse un argumento en contra de ella si no fuera porque en la práctica la doctrina de la acción final no implica necesariamente el abandono del punto de vista de la lesión de un bien (el resultado del delito, concebido como tal lesión, puede ser el objetivo de la acción final), mientras que desde nuestro punto de partida no podríamos apurar el argumento contrario a la lesión del deber, en cuanto bastaría para destruir su fuerza señalar que ese deber puede ser entendido no ética, sino jurídicamente, tal como hemos precedentemente señalado (55). En tal sentido, estrictamente *jurídico*, podría admitirse ese destaque del elemento subjetivo del delito, que es característica de la doctrina finalista de la acción. De otro lado, aunque la teoría finalista de la acción al oponerse a la teoría causal, tiende a restar importancia al resultado y a resaltar la voluntad delictiva como punto central del delito (56), lo que puede traer como consecuencia un menosprecio del bien jurídico, en cuya lesión o puesta en peligro debe consistir el contenido esencial

(53) GALLAS: *La teoría del delito*, cit., pág. 10.

(54) *La crisis del contenido sustancial del delito*, cit., §§ 2 y 5.

(55) Pretendemos ser objetivos en esta exposición y crítica. Pero la ausencia de ánimo polémico no nos impide remarcar, una vez más, que no podemos admitir la noción de deber moral como centro del derecho penal, y que si hablamos de deberes nos referimos a deberes jurídicos, es decir, obligaciones que nacen de las normas de derecho jurídicamente coactivas (esto es, en el fuero externo, no en el interno) y alterativas (en la conducta enfrentada a los demás, no en la íntima volición).

(56) Cfr. CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 22.

del delito (57), ese peligro es más aparente que real, pues, bien mirado, la aceptación de la doctrina finalista de la acción lo más que podría provocar sería no la disminución de la importancia del bien jurídico como eje central del concepto de delito, sino la transferencia del límite de relevancia desde la consumación de la lesión del bien (concepto más puramente causal) a la puesta en peligro del mismo (concepto más puramente final y para el que la finalidad es precisamente esencial, ya que la idea de peligro encierra una anticipación del resultado).

B) Vemos, pues, cómo, frente al concepto tradicional de acción, en el que lo interesante para considerar el acto como producto del hombre estribaba en ser resultado de un querer, prescindiendo de lo que era querido, el concepto de acción final trae a primer plano, precisamente, el contenido o dirección de la voluntad. Ambas posiciones están de acuerdo en que el delito es un acto del hombre, y como tal, fruto de la voluntad, pero la tradicional se detiene ahí, mientras que la finalista va más allá, y al considerar que la característica de la condición hombre no es el querer, sino el querer previendo algo, trasladada al terreno de la acción el elemento subjetivo del delito. El dolo, entendido como querer desvalorizado (vid. ut suprac. nota 11), pertenece a la acción. Esta es la fundamental diferencia y sobre la que se centra, como vimos, la controversia. Por lo demás, pueden seguir estudiándose aquí las tradicionales cuestiones problemáticas de la ausencia de acción por vicio o ausencia de la voluntad, con la ventaja de manejar un concepto de lo voluntario de límites más precisos que permite diferenciar mejor los actos queridos de los actos corporales involuntarios. Por el hecho de que muchos de nuestros movimientos corporales están automatizados, la dirección finalista de una acción no es restringida por el hábito, sino ayudada: el caminar es también una actividad dirigida finalmente, pese a que no nos sea preciso dirigir cada paso en particular como en nuestra primera infancia.

Ahora bien, en esa dirección a un fin la acción comprende no sólo la voluntad finalista, sino todo aquello a que esa se extiende, es decir, todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo. De donde resulta que la voluntad finalista abarca:

- 1) El objetivo que se propone alcanzar.
- 2) Los medios empleados para ello; y
- 3) Las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

WEIßEL concreta todavía más (58): "La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación con estas consecuencias de la acción comprendidas

(57) Vid. *La crisis del contenido*, loc. cit.

(58) Cfr. WEIßEL: *Derecho penal*, pág. 41; *La posición dogmática*, páginas 14 y 15.

por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.”

La dirección final no se refiere, pues, tan sólo a la voluntad de un fin sino también al conjunto de las consecuencias de la acción anticipadas con el pensamiento. La formación penal de WELZEL le conduce aquí a ampliar el propio concepto de HEGEL que excluía de la acción todo lo que fuera ajeno al fin: sólo las consecuencias previstas por la voluntad del autor en relación al fin pertenecerían a la acción (59). Con esta tesis de HEGEL el dolo eventual no encontraría adecuado encaje en el finalismo, que por esencia excluiría las consecuencias condicionadas propias de aquél. Pero WELZEL, con la admisión de las consecuencias accesorias vinculadas al medio empleado, obvia el inconveniente.

Sin embargo, ello constituye un punto débil en donde se ceba la crítica: Si se hace entrar en el concepto de finalidad las consecuencias necesariamente vinculadas al acto, se abandona la estructura ontológica de la acción, tal como debiera ser entendida en sentido finalista. “El concepto de acción final —dice CAMPISI (60)— sufre una ampliación que no se compagina ni con su nombre; ni con las expresiones de HARTMANN y de HEGEL; ni con la formulación inicial de WELZEL: la acción alcanza adonde llega la concreta capacidad del querer y una inteligente regulación de su devenir causal.” Estamos ante el eterno problema de las consecuencias no queridas del acto. El dolo indirecto, el dolo eventual, la culpa consciente, constituyen una gama de conceptos que en todas las doctrinas han obligado a formulaciones marginales, más o menos conseguidas. Pero siendo conceptos de Derecho penal, y, por tanto, con un contenido normativo que les es propio por esencia, nada se opone, a nuestro juicio, a que sean utilizados para ampliar, en el sentido señalado por WELZEL, el prístino contenido ontológico de la acción final. No cabe olvidar que con frecuencia ha de ser la tipificación legal, esencialmente normativa, la que agregue a la responsabilidad por el acto la responsabilidad por las consecuencias accesorias del mismo.

C) Como claramente se deduce de lo expuesto, especialmente de la inclusión de la voluntad final en la acción, esa doctrina está construida con la vista puesta en los delitos dolosos. La acción finalista es

(59) Punto éste ya destacado por ENGISCH (*Der finale Handlungsbegriff*, en los *Escritos en honor de Kohlrausch*, págs. 153 y ss.) y aprovechado para señalar que Welzel se encuentra ante el dilema de formular un concepto de acción que no sólo excluye la culpa, sino también ciertos casos de dolo, cuando el resultado consista en efectos “ciegos” accesorios o lejanos, desligados del fin; o de traicionar sus propios principios, pues si se incluyen en la acción todos los resultados, tanto los buscados como seguros, como los previstos meramente como posibles, esa acción de finalista no tendrá más que el nombre.

(60) CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 41.

una acción dolosa. ¿Cómo resolver, entonces, el problema de la acción en los delitos culposos? Problema éste que es el mayor escollo con que ha tropezado la doctrina de la acción finalista, que ha obligado a WELZEL a sucesivas correcciones del sistema y que aún no ha sido resuelto a gusto de todos, por lo que, a falta de mejores argumentos, se ha centrado en él toda la crítica de los opositores.

El pensamiento de WELZEL, en cuanto a la acción culposa, ha pasado por los siguientes estadios:

a) 1938-1940. La acción culposa es una forma "minuciada" (61) o "raquífica" de acción, esto es, una desviación de la actividad humano final, una modalidad defectuosa del obrar voluntario. En los delitos culposos el resultado es causal-ciego, pero la circunstancia de haber sido evitable con una actividad final más correcta es lo que eleva ese acontecer por encima de un simple proceso natural integrándolo en el concepto de acción. "Mientras que en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la culposa es sólo momento de referencia" (62)..

b) 1949. La acción culposa y la acción dolosa son dos formas independientes de acción. La acción propiamente dicha, la acción en sentido estricto, es la acción dolosa. La culposa sólo es acción en sentido lato. Es una acción finalística que tiene consecuencias no finalistas, pero evitables con una conducta finalista. A causa de la imprudencia con que se practica la acción finalista (limpiar un fusil, p. ej.), las consecuencias no finalistas (el fusil se dispara y alcanza a un hombre) se imputan como culpables al agente (63).

c) 1951-1952. Abandónase la escisión formal del concepto de acción. La acción final es solamente la acción dolosa. Las formas culposos no se estudian como figura de acción, sino dentro del examen de los tipos: la culpa constituye una forma de tipificación; no hay acciones culposas, sino imprudencias tipificadas. Estos tipos culposos comprenden acciones que, en lo que hace a sus consecuencias causales, no presentan el mínimo de dirección final exigida por el tráfico jurídico. En ellos las consecuencias finales de la acción (en sí lícitas) son irrelevantes para el Derecho penal, por lo que no están descritas en el tipo, mientras lo están las consecuencias dañosas no finales, que son las únicas relevantes jurídicamente. "El tipo de injusto de los delitos culposos exige siempre la lesión de un bien jurídico o, por lo menos, su puesta

(61) Utilizamos la voz "minuciada" por ser la empleada desde las primeras traducciones de la obra de Welzel por Rodríguez Muñoz. Creemos, sin embargo, más expresiva y clara la traducción de "raquíficas" que en el texto usamos también como sinónimo.

(62) WELZEL: *Grungefuge*, cit., y *Der allgemeinen Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1.^a ed., 1940, págs. 23 y 24.

(63) WELZEL: *Das deutsche Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1949.

en peligro; pero ni una ni otra pueden ser producidas finalísticamente, sino sólo causalmente." Y "el disvalor de la acción en los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el Derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos" (64).

d) 1957. Torna la culpa a la doctrina de la acción. Son acciones culposas aquellas acciones finales que tienen consecuencias accesorias no finales, esto es, puramente causales, que podían evitarse con una mejor dirección final de la acción en la elección y aplicación de los medios (incluyendo el propio movimiento corporal). La acción culposa es siempre también una acción final y sólo puede explicarse partiendo del concepto de acción finalista: el tipo de acción de los delitos culposos se compone de un resultado y una acción final que causan ese resultado en forma no dolosa, pero adecuada a tal resultado. La lesión o peligro de un bien jurídico y la no observancia del cuidado exigido por el ordenamiento son dos momentos que integran el injusto de los delitos culposos. El disvalor de la acción, juntamente con el disvalor del resultado (y no sólo éste) son aquí decisivos. Y *culpa* es el defecto de la dirección de la voluntad en la elección y aplicación de los medios en relación con la medida mínima de dirección final exigida por el tráfico (65).

Hasta qué punto esta última posición de WELZEL ha logrado superar todas las objeciones que le han sido opuestas, y hasta qué punto esas objeciones, aun siendo correctas, son suficientes para invalidar la doctrina finalística de la acción, son cuestiones distintas (66).

El acento de las objeciones se hace recaer sobre el hecho de que la doctrina de WELZEL no puede explicar satisfactoriamente la causación culposa (SCHÖNKE, NAGLER, ASÚA) (67), con lo que el sistema aparece ya desde su arranque escindido en dos: la acción dolosa (final) y la culposa (causal ciega); o sobre el error metodológico, puesto de relieve por MAIHOFER (68), según el que las concepciones de WELZEL llevan a anticipar en la doctrina de la acción conceptos pertenecientes

(64) WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., págs. 12 y 13, nota 5; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 2.^a ed., 1952, § 4. Vid. también *Derecho penal*, cit., págs. 135-137.

(65) WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3.^a ed., 1957, páginas 6, 7, 30 y ss.; *Das deutsche Strafrecht*, 6.^a ed., 1958, págs. 32, 36, 111 y ss.

(66) Ya señaló WELZEL (*La posizione dogmatica*, nota 14) que "la doctrina finalista de la acción no ha surgido perfecta, como Atenea del cerebro de Jove, sino que ha sido necesario y es necesario todavía una fatigosa labor para perfeccionarla liberándola de toda objeción y de todo respecto dogmático". Si esa doctrina nos proporcionara una más perfecta visión del delito, de su génesis y del sistema jurídico para su sanción, constituiría ya un avance que no podría entorpecerse por la acusación de duplicar el concepto de acción, acusación que, de otro lado, parte de los partidarios de un sistema lleno de contradicciones y duplicidades.

(67) SCHÖNKE: *Kommentar*, III, antes del § 1. NAGLER: *Leipziger Kommentar*, Introducción. ASÚA: *Tratado*, vol. III, § 1.056; vol. V, § 1.538.

(68) MAIHOFER: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, página 48.

a la del tipo (si la distinción dolo culpa se manifiesta como modalidad de tipificación) o a la de la culpabilidad (si la acción culposa se concibe como una acción finalista defectuosa, ya que ese defecto o inobservancia de un "mínimo de diligencia" es un dato normativo para apreciar el disvalor subjetivo de la conducta, valorable sólo en el juicio de culpabilidad). Más concretamente, MEZGER (69) afirma que no basta con decir que el que actúa culposamente hace *algo* final, porque aquí de lo que se trata es de si la finalidad que existe en la acción culposa está dirigida al resultado que la ley considera antijurídico, y el propio WELZEL confiesa que no es así. Por tanto, resulta que en el delito culposo, "la parte penalmente *esencial no es finalista*".

Más importante es, todavía, otra objeción venida del propio campo del finalismo. NIESE (70) afirma que la finalidad es un concepto actual, fáctico, que existe o no existe. Por ello si, como hace WELZEL, se pretende centrar el disvalor de los delitos culposos en una "evitabilidad con un actuar final" se traiciona el concepto de finalidad, pues una "posible finalidad" no es tal finalidad, si no el implícito reconocimiento de que el sujeto a quien se acusa de haber *podido* actuar finalmente, lo que realmente hizo fué *no actuar finalmente* ni respecto a la producción del resultado ni respecto a su evitación. Por ello es erróneo considerar la culpa como una modalidad de la acción (actuar), todo lo más cabrá desplazar el reproche por la actuación final deficiente al terreno de la culpabilidad (deber actuar).

Ya vimos cómo WELZEL ha ido modificando su doctrina para salvar los sucesivos escollos. En parte intenta acallar todas esas objeciones cuando afirma (71): "la acción finalista expresa dos cosas: 1) que toda acción humana tiene una estructura finalista, vale decir, se dirige a sí misma, de acuerdo con los medios, vueltas, consecuencias secundarias, mentalmente anticipadas; 2) que las normas del Derecho penal *necesariamente* se estructuran sobre esta construcción finalista de la acción, o *prohibiendo* una dirección finalista determinada (hacia un resultado no deseado), o *imponiendo* una dirección finalista determinada (la aplicación de una medida mínima de dirección finalista, para evitar resultados no deseados). Las normas, con respecto a la prohibición, se lesionan mediante acciones que concretan la dirección finalista *prohibida* hacia el resultado no deseado; las normas referentes a la imposición, mediante acciones que *no* concretan la medida mínima de direc-

(69) MEZGER: *Kurz-Lehrbuch*, 3.^a Auf. 1951, págs. 44 y 45.

(70) Cfr. NIESE: *Finalität*, págs. 40 y ss. Téngase en cuenta que este autor mantiene dentro del finalismo una posición propia cuya exposición detallada excedería los límites de este trabajo; pero que en esencia viene a quedar reducida a considerar la acción ontológicamente, esto es, con su contenido final, idéntica tanto en los delitos dolosos como en los culposos, dejando para el estudio de la tipicidad la distinción entre unos y otros: en los delitos dolosos la tipificación se hace teniendo en cuenta la finalidad (el *dolo* es, pues, finalidad jurídicamente relevante) y en los culposos la tipificación prescinde de la finalidad (que deviene así, en ellos, jurídicamente irrelevante) (Vid. infra, la nota 116).

(71) Cfr. WELZEL. *Derecho penal*, págs. 471-78.

ción finalista, para evitar resultados no deseados. En los delitos dolosos, la relación finalista, con el resultado penalmente esencial, es *no debida* (prohibida), pero *concretada*. En los delitos culposos, la relación finalista, penalmente decisiva para evitar el resultado no deseado, es *debidada*, pero no *concretada*. Lo injusto de los delitos culposos consiste en que *falta* a la acción finalista *real* la medida mínima *impuesta* de dirección finalista que hubiera impedido la lesión de los bienes jurídicos. La falta de respeto a la finalidad impuesta en la acción finalista real, y no la mera lesión causal de bienes jurídicos, es "la parte penalmente esencial en el hecho culposo". Es decir, que también el hecho culposo estructura la "parte penalmente esencial —vale decir, la lesión de la medida mínima impuesta en dirección finalista— sobre la peculiaridad ontológica de la acción humana, como proceso finalista de dirección. Sin esta legalidad ontológica específica de la estructura de la acción no se puede comprender en absoluto el delito culposo".

La lectura de lo anteriormente transcrito demuestra que no es del todo justa la objeción de CEREZO (72), quien tras afirmar que tras los últimos retoques de WELZEL el concepto final de la acción no coincide ya más en su valor funcional para los delitos culposos con el concepto causal de la acción, con lo que se supera la objeción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, señala que al hacer recaer el disvalor de la actividad final *también* sobre las consecuencias causales que quedan fuera de la acción final (el resultado, en los delitos culposos) contradice los principios fundamentales de la doctrina, porque, según éstos, la causación de un resultado, como tal, no puede ser prohibida, sino que el Derecho puede vetar tan sólo las acciones que sean dirigidas a producir finalmente un resultado o las que crean un peligro, esto es, las que llevan consigo la posibilidad (peligro) de causar ese resultado. Pero —argüimos nosotros—, ¿qué otra cosa, si no una acción final que lleva consigo la posibilidad (peligro) de causar ese resultado es la acción culposa definida por WELZEL como aquella acción finalista *real* a la que falta la medida mínima de dirección finalista impuesta por el Derecho para impedir la lesión de bienes jurídicos causada? Es indudable que la última formulación de WELZEL salva la mayoría de los escollos hasta ahora opuestos a su doctrina. Sólo el resultado concebido siempre como puro factor causal, continúa siendo un elemento perturbador que no acaba de encontrar su justo lugar en la sistemática del delito culposo, impidiendo que la doctrina de WELZEL consiga su ansiada perfección.

En definitiva, la idea de potencialidad ha sido ampliamente manejada por la anterior dogmática, no sólo dentro de la culpabilidad (deber o poder actuar), sino dentro de la propia culpa (la previsibilidad es meramente potencial) y de la comisión por omisión (la acción esperada y la acción exigible —*pero no realizadas*— son también concep-

(72) J. CEREZO: *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, en *Anuario de D. p. y C. p.*, 1959, fasc. III, páginas 568-569.

tos potenciales) (73). Por lo que ciertamente tampoco puede sorprendernos que, para resolver el problema de las omisiones desde el punto de vista de la acción final, haya de recurrirse igualmente a una postura potencial, como ahora veremos.

D) La acción entendida en sentido final es claramente comprensible en su aspecto activo (comisión). Pero también la omisión habrá de ser configurada finalmente. La dificultad está en los delitos propios de omisión, ya que en los de omisión impropia (o comisión por omisión) precisamente la *finalidad* puede explicar mejor que la *causalidad* el porqué al agente se le hace responsable de su no hacer, que sólo en sentido *negativo* (omisión de una causa exigible) puede ser conectado causalmente con el resultado antijurídico, mientras que la finalidad hace comprensible el porqué del reproche de esa omisión que tiene como fin precisamente el lograr que se produzca el resultado antijurídico, con una previsión y elección de los factores causales. Hasta qué punto la finalidad puede ser funcional en los delitos de comisión por omisión lo prueba e. que precisamente NIESE (74) los utiliza como argumento al señalar que sólo desde el punto de vista de la acción finalista pueden considerarse iguales las conductas de dos personas que actuando opuestamente (una haciendo y otra omitiendo) han llegado al mismo resultado. En estos delitos de omisión impropia el elemento subjetivo siempre ha sido fundamental.

Pero veamos cuáles son los puntos en litigio:

En cuanto a los delitos de omisión propia, en principio parece que continúa vigente la afirmación de RADBRUCH de que el sistema penal aparece escindido de arriba abajo en dos partes, puesto que, al contrario de lo que ocurre con la acción, que exige un querer y un movimiento corporal, en la omisión falta ese movimiento e incluso podría ser concebida sin voluntad (un hacer es siempre fruto de la voluntad, un no hacer no precisa ser querido) (75). Por ello en la omisión no

(73) Observemos cómo, en cierto modo, WELZEL, al configurar la imprudencia como una deficiencia de la finalidad ulterior, hace recaer el acento de la antijuridicidad de estos delitos en un momento omisivo, que recuerda la teoría de SÁNCHEZ TRJERINA de la "omisión espiritual". El propio WELZEL señala que "en este sentido el tipo del injusto de los delitos, culposos contiene, como a menudo se ha observado (v. gr., por RADBRUCH y por GOLDSCHMIDT) un momento de omisión que permite poner en paralelo, en diferentes puntos, los delitos culposos con los delitos impropios de omisión" (*Das neue Bild*, § 4). Igualmente MEZGER reconoce el parentesco entre la culpa y la omisión, pues ambas consisten en un *no hacer algo exigido* (*Kurtz-Lchrbuch*, pág. 168). También otros partidarios del finalismo, como CAMPISI (*op. cit.*, págs. 47 y ss.) buscan en la equiparación de la culpa a la omisión, a través de la idea de "omisión de cuidado" o "de atención", la solución para justificar que el concepto final de acción culposa contenga elementos potenciales y normativos que extravasan el puro concepto ontológico de acción.

(74) NIESE: *Finalität*, pág. 20.

(75) RODRÍGUEZ MUÑOZ (*Consideraciones*, cit., pág. 224) señala en este sentido que si la doctrina de la acción finalista se limita sólo a destacar el elemento personal en la acción, "no cree que sea equivocado el decir que la nueva doc-

hay más abstracto natural que el contenido de voluntad de esa omisión (76). Luego, *ontológicamente*, es la finalidad o voluntad lo que da sentido a la omisión. Y *jurídicamente*, el sistema tradicional al hacer descansar el contenido antijurídico de la omisión en la acción exigible (por imperativo del ordenamiento jurídico), viene a reconocer no ya el sentido potencial del concepto, sino también que el contenido de voluntad es ya *esencial* en el instante de la antijuricidad: una omisión, un no hacer, que no tienda a incumplir lo ordenado, no es nada, jurídicamente hablando.

GALLAS (77) ha llevado a cabo un estimable esfuerzo para extender todas las consecuencias y condiciones de la doctrina de la acción finalista a los delitos de omisión dolosa. Señala que si bien, consistiendo esos delitos en "la no ejecución de una acción, parece faltar aquí desde un principio la finalidad, y con ella, el punto de partida para el desplazamiento del dolo al ámbito del injusto, es precisamente en la negación de una acción donde encuentra su base la antijuricidad de esos delitos. En definitiva, como señala ese autor, "del omitente se espera una conducta de determinado contenido final". Es evidente que al valorar la omisión se atiende no sólo a la *posibilidad* física de que el agente ejecute la acción cuya ausencia se pena, sino también la *posibilidad intelectual de tomar la decisión* de quererla, "o sea, haberse representado como fin voluntario realizable la acción ordenada o bien habérsela podido representar, con el debido esfuerzo de sus facultades psíquicas (atención, memoria, etc.)". Aquí, pues, "el juicio jurídico de disvalor es una finalidad *imaginada* y la ausencia de esa finalidad".

Vemos así cómo también los finalistas, al igual que los causalistas, recurren aquí a una idea "potencial", en cuanto la desaprobación jurídica sólo puede recaer sobre el no actuar de aquel que tuvo la *posibilidad* de referir a sí mismo la acción ordenada, de comprender el alcance de la orden o la trascendencia de la acción omitida para evitar el resultado antijurídico. Pero, en definitiva, a lo que se llega es a la afirmación de que también "en los delitos dolosos de *omisión* el dolo

trina no ha contribuido de manera apreciable a la resolución de aquel problema previo y general que tiene planteado la doctrina del delito" (el de la dualidad acción-omisión).

(76) Cuando DAL'ORA, v. gr., afirma que en el no hacer hay algo natural susceptible de valoración, por cuanto el hecho de que el sujeto ha omitido una conducta puede constatarse empíricamente, al igual que el hecho de realizar una conducta (*Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, 1950, págs. 11 y ss.) sufre un espejismo, porque olvida que para poder afirmar que alguien omite voluntariamente (y la acción, aún en sentido negativo, es voluntad) hemos de establecer un juicio comparativo entre el no hacer y un hacer imaginario estableciendo previamente el contenido de la voluntad del agente, así como cuál sería la acción que *debía* haber realizado el sujeto.

(77) Cfr. GALLAS: *La teoría del delito en su momento actual*, cit., §§ II, III y IV. Siguiendo fiel a viejas ideas entremezcla aquí inicialmente el autor los conceptos clásicos de antijuricidad y culpabilidad. Sólo posteriormente intenta la distinción, (Vid. § IV, 5.)

tiene ya para el tipo de injusto una significación constitutiva, no como elemento de una finalidad actual, sino como supuesto de una finalidad esperada" (78).

Pero es que incluso, y ya en el terreno de los delitos de omisión impropia, no vemos inconveniente en reconocer la existencia de una finalidad actual, cuando el sujeto, con su dominio "vidente" del futuro, elige el no actuar, el no intervenir en la sucesión causal, como medio para la consecución del objetivo final. El Derecho, como ordenador de conductas, unas veces prohíbe y otras ordena. Pero el contenido antijurídico del acto del sujeto que incumple (haciendo) la prohibición y del que incumple (no haciendo) la orden, es el mismo, pues en uno y otro caso se contradice el Derecho. E igualmente contradice el Derecho quien para incumplir la prohibición elige la inactividad, cuando previamente sabe que de tal inactividad se deducirá el evento prohibido (79).

E) La acción así entendida ha de ser forzosamente "acción típica" en cuanto que sólo ella sirve de base a una valoración jurídica-penal (80). El tipo es, para WELZEL, la "materia" sobre que cae la prohibición de las leyes penales, esto es, la descripción objetiva de la acción prohibida. Si, en principio, todo delito es un acontecimiento individual-temporal, el tipo ha de abarcar todos los acontecimientos de la misma clase, para lo que tiene que prescindir de las características puramente individuales de cada delito real: debe ser abstracto (81).

Pero el concepto del "Tatbestand" o tipo sufre aquí una nueva orientación al establecerse una equivalencia entre "Tatbestand" y acción. El concepto es así ampliado desde el momento que el "Tatbestand" es una acción (en sentido final) a la que el legislador penal da el sello de la tipicidad (82). Ello implica necesariamente la introducción del dolo propio de la acción en el tipo, con lo cual éste pierde su carácter netamente objetivo. "Fundamento real de todo delito es la objetivización de la voluntad en un hecho externo" (83). Esto constituye el tipo objetivo, tipo objetivo que no es, de ninguna manera, algo

(78) GALLAS, Op. cit., pág. 56.

(79) Deliberadamente utilizamos aquí el vocablo "evento" y no "resultado", para eludir toda posible asociación de ideas con la causalidad.

(80) En este sentido, se señala, sin embargo por GALLAS que, frente al concepto de acción típica, que debe tomarse en sentido *concreto*, como conducta específica descripta en el tipo delictivo, al concepto general de acción la queda la función puramente negativa de integrar en el ámbito de la teoría del delito el medio adecuado para conocer la cualidad de actuar o no actuar. En otras palabras, su valor funcional o sistemático es señalar en qué casos existe y en qué casos no acción, por concurrir o faltar alguno de los requisitos generales: el movimiento corporal o la voluntariedad. (Vid. para esto y para la aceptación o repulsa o de esa distinción, op. cit. pág. 23 y nota 41.)

(81) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, pág. 59.

(82) Cfr. MAURACH, Op. cit., pág. 650.

(83) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, pág. 71.

exterior desligado de los elementos psíquicos subjetivos del acto, sino que, por el contrario, no puede ser comprendido sin la tendencia de voluntad que anima e impulsa la acción. Y así puede decir WELZEL (loc. cit.) que "el tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado.

Pero es que, además, ese concepto estricto del "tipo objetivo", o aspecto exteriorizado de la acción típica, no es más que uno de los múltiples conceptos de "Tatbestand" (84). Este, en su sentido más amplio, se utiliza como sinónimo de "tipo total" o, lo que es lo mismo, "la totalidad de los presupuestos de la punibilidad". Y dentro de este tipo total se distingue "el núcleo de lo injusto", que es el tipo en sentido más estricto, o sea, las características propias de un concreto delito que lo diferencian de todos los demás (tipicidad) y que contiene un tipo objetivo y otro subjetivo. El primero referido al aspecto fáctico de la acción (hecho, elementos objetivos del autor —"funcionario", p. ej.—, las modalidades de la ejecución y el resultado) y el segundo al final (dolo y elementos subjetivos del autor).

El tipo total abarca, pues, ese "hecho del injusto" —con sus dos elementos, objetivo y subjetivo—, la culpabilidad y las condiciones de punibilidad (allí donde la concreta especie de delito las exija) (85).

Mejor que nadie expresa GALLAS (86) cómo el actual concepto de tipo puede ser interpretado en varios sentidos: "Por una parte, puede ser entendido en sentido *total*, simplemente como tipo (87), relacionándolo con el contenido de punibilidad de la figura delictiva, en el que todavía no se han separado los aspectos de injusto y culpabilidad. Pero además ese concepto puede ser referido exclusivamente, ya a las características del injusto, ya a las de culpabilidad de la figura delictiva, distinguiendo de este modo entre *tipo de injusto* y *tipo de culpabilidad*. Si finalmente se vuelven a unir las características configuradas de injusto y culpabilidad, resulta un *tipo conjunto*, cuya diferencia del tipo entendido en sentido total consiste tan sólo en que aquél concibe la figura delictiva como conjunto de características previamente diferenciadas en su aspecto de injusto y de culpabilidad."

Para comprender aún mejor el valor pleno o total que la tipicidad, como característica del delito, adquiere en esa doctrina conviene te-

(84) Preferimos utilizar la palabra alemana, para evitar el confusionismo en que se puede caer al manejar la traducción castellana de "tipo", a la que desde un principio se le dio una acepción que tiende a imbuirle un sentido difícilmente conciliable con lo que en el texto se expone. Algo que debe tenerse en cuenta al leer las traducciones castellanas de obras germánicas, es que al traducir "Tatbestand" por tipo, éste último vocablo adquiere un sentido ambiguo, ya que "Tatbestand" no siempre es sinónimo de hipótesis legal abstracta y objetiva.

(85) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, cit., págs. 61 y ss.

(86) GALLAS: *La teoría del delito*, cit., págs. 45-44.

(87) Téngase en cuenta que GALLAS defiende la equiparación entre tipo y figura delictiva, entendiéndolo que "el tipo está integrado por el conjunto de los caracteres constitutivos de la respectiva especie de delito" (Op. cit., págs. 36 y 39-40).

ner en cuenta que esa característica de tipicidad se refiere, no ya al elemento objetivo de la conducta, sino a la conducta total, en su doble aspecto externo u objetivo e interno o subjetivo (88). El delito es, por un lado, injusto culpable y por otro típico. La tipicidad es, pues, la forma de presentarse ese injusto culpable "sin que el carácter objetivo del término *tipicidad* deba inducirnos a creer que nos encontramos frente a una cualidad complementaria, ante un tercer elemento que se agrega al injusto y a la culpabilidad" (89).

F) En el terreno de la antijuricidad se establece por WELZEL (90) la distinción entre los conceptos de antijuricidad e injusto. "Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica en su totalidad; por tanto, el objeto, *junto* con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica". La antijuricidad es, pues, una característica, una relación axiológica, general y única dentro del ordenamiento jurídico total (91); mientras que lo injusto es un sustantivo, el *objeto* de esa valoración, y, por tanto, múltiple, como múltiples son las acciones antijurídicas. "Por esa razón hay ciertamente injusto específicamente penal (distinto de lo injusto de derecho civil, p. ej.); pero ninguna antijuricidad específicamente penal."

La antijuricidad, aunque entendida también en sentido objetivo, es decir, como juicio de valor llevado a cabo desde "el orden social jurídico", sufre también el impacto finalista, puesto que siendo el objeto que ha de ser valorado (la acción) una unidad compuesta de elementos objetivos y subjetivos "a afirmación de que la antijuricidad es un juicio de valor objetivo (generalmente, válida) no contiene la afirmación de que el objeto de la antijuricidad debe ser un substracto *objetivo* (del mundo exterior), a pesar de que ambas afirmaciones son mezcladas frecuentemente". Con ello se resuelven las dudas que puedan plantearse en torno al carácter objetivo y subjetivo de la antijuricidad. Esta es un predicado *objetivo* de valor, aunque por recaer también sobre elementos subjetivos (voluntad, finalidad, dolo) pudo en algún momento concebir-

(88) Por un momento y para evitar posibles equívocos utilizamos aquí el término *conducta* --en lugar de *acción*-- como más expresivo para la comprensión de lo que en el contexto decimos.

(89) Cfr. GALLAS, Op. cit., pág. 28. Una aclaración ulterior lleva a distinguir el tipo en sentido *material* (manifestación del contenido de injusto y culpabilidad de la concreta infracción) y en sentido *formal* (configuración positiva de la conducta materialmente típica). El valor funcional de esta distinción radica en la afirmación de que el tipo material no puede extenderse más allá de los límites trazados por el tipo formal.

(90) WELZEL: *Derecho penal*, págs. 58 y ss.

(91) Existe aquí una conexión con el concepto de la antijuricidad como característica total del delito, esto es, como su esencia, en cuanto acto ilícito, esencia que abarca al total contenido de la conducta, que habían señalado ya ROCCO, ANTOLISEI y, en general, la doctrina italiana.

se sea subjetivamente por una confusión entre lo valorado (elemento subjetivo) y la valoración (predicado objetivo de ese elemento subjetivo).

En cuanto a la forma de determinarse la antijuricidad del acto concreto, consérvese la fórmula de la regla excepción: "Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente". Pero existe una doble excepción de ese principio general: "la primera la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuricidad (92); la segunda está fijada por los fundamentos de justificación que eliminan la antijuricidad *indicada*, en virtud de determinadas situaciones excepcionales" (93).

Se vuelve, pues, a la tipicidad, *indicio* o "ratio cognoscendi" de la antijuricidad, pese a todos los reparos que a la fórmula se habían ya opuesto anteriormente. GALLAS intentará una solución intermedia diciendo que si bien la tipicidad importa "sólo un indicio refutable de la prohibición del acto concreto, el hecho muestra el contenido material del injusto típico propio de la respectiva especie de infracción" (94), o lo que es lo mismo, pero expresado en una terminología más tradicional, la tipicidad es la "ratio essendi" de la antijuricidad del acto descrito en la ley, pero sólo la "ratio cognoscendi" de la antijuricidad del acto concreto, subsumible en la hipótesis legal. Aparece aquí de nuevo el eterno dualismo formal-material.

(G) Como es lógico, dado el desplazamiento del dolo al terreno de la acción, es en materia de culpabilidad donde la acción finalista introduce mayores cambios y libra la más dura batalla.

Ante todo, la doctrina de la acción finalista pretende salvar este sector de la doctrina penal de la precariedad, diversidad y artificiosidad en que había caído. La culpabilidad psicológica y la normativa luchan por imponer sus respectivos puntos de vista y los intentos de conseguir un criterio uniforme fracasan en alguno de los múltiples aspectos que la variedad subjetiva del delito impone:

La culpabilidad psicológica, como lazo psíquico entre el agente y su delito, basada en la voluntad o en la previsión, naufraga, como ya dijimos, al llegar al terreno de la llamada culpa inconsciente, y son varios los intentos de RADBRUCH (95) para elevar la culpabilidad de un

(92) El concepto de adecuación social es de trascendental importancia. "Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia". Así, la explotación de un ferrocarril es socialmente adecuada, aunque cree un riesgo y haya necesariamente de centrarse en ella con la inevitable producción de muertes y lesiones. En todas las acciones socialmente adecuadas, un resultado típico no indica antijuricidad, porque esa conducta es socialmente normal. (Cfr. WELZEL, Op. cit., págs. 63-66 y 88-89.)

(93) WELZEL, Op. cit., págs. 86 y 89.

(94) GALLAS, Op. cit., pág. 34.

(95) RADBRUCH: *Über den Schuldbegriff*, in "Zeits. ges. Strafrechtswiss.", vol. 24, 1904; págs. 344 y ss. Sabido es que contra la tesis normativa, alega este

plano normativo a otro más puramente psicológico, que siempre desembocan en la necesidad de reconocer una doble culpabilidad: la dolosa y la culposa. En cuanto al intento de lograr normativamente una base unitaria que sirva de apoyo a esas dos diversas posiciones anímicas, en el campo de la culpabilidad, sobre la base de un juicio de reproche llevado a cabo desde el punto de vista del deber de obrar de cierta manera impuesta por el derecho objetivo, que origina a partir de FRANK la corriente dominante de la culpabilidad normativa, encuentra los obstáculos del carácter ultrapersonal de ese juicio (la manida objeción de ROSENFELD de que la culpabilidad no puede radicar en la cabeza de otro) y de la existencia de elementos *objetivos* de la culpabilidad, de difícil encaje en un concepto de reprochabilidad que descansa en cierto modo en la idea de deber; y vuelve otra vez a encontrar el escollo de la culpa, especialmente la culpa inconsciente a la que no faltan quienes, como KOHLRAUSCH (96), nieguen por ello toda nota de culpabilidad. Característico intento de solución del conflicto que la culpabilidad plantea por su falta de definición y claridad, es la tesis de KONTOROWICZ que pretende reducirla a mera condición subjetiva de punibilidad (97).

Dado lo inseguro de las bases sobre las que la culpabilidad se asentaba, no era difícil introducir en la polémica un nuevo punto de vista sustrayendo de su campo al dolo y reduciendo la culpabilidad al mero juicio de disvalor del sujeto, desprovisto de contenido psicológico, centrado en una fórmula que podría ser reducida a "obrar en forma distinta a como se debía y podía haber obrado". En definitiva, se le reprocha al sujeto no haber omitido la acción antijurídica. La culpabilidad adquiere así el más puro sentido normativo: disvalor de la conducta por su desviación del patrón normativo tipo y sin referencias al contenido subjetivo del objeto valorado. Córrase con ello el riesgo de convertir el juicio de culpabilidad en algo con más valor formal que sustancial, desprovisto de aquel reproche sobre la subjetividad del acto que ha sido consustancial en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, han conservado un concepto valorizado del dolo penal, equiparado al "dolus malus" romanista, e integrado en la idea de "voluntad maliciosa". (Hasta qué punto podría incorporarse a nuestro sistema penal tal concepto de culpabilidad requeriría una sostenida investigación que extravase los límites de este trabajo. Basta de momento con señalar la dificultad.)

autor que con el juicio de culpabilidad normativo nada se agrega que no esté ya contenido en el de imputación, que él defiende.

(96) KOHLRAUSCH: *Die Reform des Strafgesetzbuch*, 1910, I, pág. 194.

(97) Cfr. KONTOROWICZ: *Tat und Schuld*, págs. 5 y ss. y 19 y ss. En definitiva, viene a decir, si la antijuricidad objetiva señala el contenido ilícito del acto, y el hecho que contrasta con la norma es ilícito aunque no esté presente la culpa, la existencia de ésta no añade más que un requisito preciso para que la pena sea impuesta.

La culpabilidad, según WELZEL (98) "es reprochabilidad", esto es, un juicio de disvalor. Su *objeto*, es decir, lo que se reprocha, es la formación de voluntad antijurídica, sea que la voluntad de acción se dirija *dolosamente* a la ejecución de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección final impuesta jurídicamente, en el caso de una causación no dolosa de un resultado ilícito. "El objeto de la reprochabilidad es, por consiguiente, la voluntad de acción dolosa o no diligente". En sentido estricto la culpabilidad es, pues, la reprochabilidad, esto es, la nota específica del acto que lo hace "culpable"; en sentido amplio, "culpable" es el acto mismo, esto es, la voluntad junto con su característica desvalorativa.

Presupuesto de la culpabilidad es la "autodeterminabilidad", esto es, la imputabilidad o "capacidad de culpa". Esta capacidad es característica del sujeto, y se da o no en el caso concreto con independencia de si aquél actúa o no en forma adecuada al Derecho. La imputabilidad existe aun cuando el sujeto no obre culpablemente: pero no puede decirse que obre culpablemente quien, aun obrando antijurídicamente, por su falta de capacidad, no pudo conocer o querer un comportamiento adecuado al Derecho, es decir, no fué imputable.

Pero el punto original de la doctrina radica en el valor reconocido al dolo y a la culpa en el terreno de la culpabilidad. Afírmase que por pertenecer a la acción no son parte constitutiva (forma o elemento) de la culpabilidad, sino objeto del reproche de culpabilidad. Lo que se reprocha al sujeto no es el conocimiento, previsión o consciencia de la antijuricidad del acto, sino que se hace el reproche porque el autor pudo conocer la antijuricidad del acto y, por consiguiente, abstenerse de realizarlo. Estamos en plena concepción normativa de la culpabilidad, formulada, como dijimos, en sus más puras y lógicas consecuencias.

Sin embargo, la distinción entre dolo y culpa conserva relevancia penal en cuanto *objeto* del reproche: Cuando se trata de acción dolosa, el reproche cae sobre la decisión de cometer el hecho; cuando la acción es culposa, se formula el reproche sobre su autor por no haber evitado el resultado mediante una actividad entendida finalísticamente. Como dice otro de los seguidores de esta tendencia, MAURACH (99), "en el hecho doloso, la acción alcanza el efecto deseado o, en último caso, aceptado. En el hecho culposo, la acción alcanza el efecto deseado, indiferente para el Derecho; pero, por efecto de una desviación, determina otro que es prohibido y penado" (100).

(98) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, págs. 148, 168 y ss. y 175 y ss.; y *La posizione dogmatica*, cit., págs. 9 y 10.

(99) MAURACH: *Op. cit.*, pág. 651.

(100) Como se ve, en los casos de imprudencia podría decirse que lo que se castiga es el haber puesto unos medios inadecuados para conseguir el propósito querido y lícito, pero adecuados para conseguir el resultado no querido e ilícito. En este contraste propósito lícito-resultado ilícito, podría centrarse toda una teoría de diferencias entre el acto doloso (propósito y resultados ilícitos y coincidentes), tentado o preterintencional (propósito y resultado ilícitos y

El juicio de culpabilidad se centra aquí en torno a una desviación de la conducta, a un obrar incorrecto del autor, que pudiendo actuar de acuerdo con el Derecho, actúa antijurídicamente. Ese *poder* se daría regularmente en la comisión dolosa; pero faltaría —y también, por tanto, la culpabilidad—, y con carácter general, cuando el sujeto hubiera actuado en circunstancias de inimputabilidad, ya “in concreto”, si a pesar del actuar doloso no hubiera tenido la posibilidad de reconocer el injusto de su hacer, ya, por último, cuando ante la especial situación de hecho no se hubiera podido exigir de él un actuar adecuado al Derecho (101). La necesidad de fundamentar la culpabilidad en esa idea de “poder” mejor que en la de “deber” (102) es razonada sobre la base de que una “culpabilidad considerada desde el punto de vista individual, tan sólo puede fundamentarse sobre el poder individual. El del deber es un criterio general y grosero, que es incompatible con el concepto de culpabilidad” (103). Y si bien el deber tiene su valor funcional en el terreno de los delitos dolosos, especialmente en el área de la exigibilidad, en el campo de la culpa sólo cabe la idea de poder, ya que la indagación de la culpabilidad de los delitos culposos, dice MAURACH (loc. cit.), culmina en esta interrogación: ¿el agente ha puesto el grado de diligencia que *de él* se podrá pretender en la situación concreta? “Resulta así que a diferencia del dolo, el de la culpa es siempre un concepto normativo.”

Pero como ese camino, más psicológico y natural que jurídico, del “poder” actuar, corre el riesgo de desembocar en una concepción no normativa de la culpabilidad, y, sobre todo, tiende a confundir los juicios de antijuricidad y culpabilidad, al perder la distinción tradicional entre “deber” y “poder”, GALLAS cree encontrar otro punto de partida normativo en el hecho de que “quien se decide libremente en contra del Derecho, manifiesta una actitud que contradice la que el orden jurídico-

no coincidentes en menos o más) y el acto imprudente (propósito lícito y resultado ilícito no coincidente).

(101) Cfr. GALLAS: *La teoría del delito*, pág. 61. Téngase en cuenta, sin embargo, que no todos los seguidores del finalismo están conformes con esa composición trielemental de la culpabilidad, imputabilidad, consciencia de antijuricidad e inexigibilidad. Es más, frente a la posición tradicional, WELZEL reduce los elementos a los dos primeros y radia la exigibilidad de su concepto de culpabilidad.

(102) Señala GALLAS, sin embargo, cómo, siendo el concepto de “deber” el mismo, para culpabilidad y antijuricidad, la falta de ese “poder” no puede excluir el “no ser debido” de la decisión de la acción, pues de otro modo, junto con la culpabilidad, faltaría también la antijuricidad. Se ve, pues, que la culpabilidad, después de haber perdido la voluntad de la acción como objeto de valoración que a ella sólo correspondía, pierde también el punto de partida normativo que —al menos según la teoría imperante— había poseído (sobre la base de dicha voluntad). Córrese así el riesgo de que, falto de toda base o referencia objetiva, el juicio de culpabilidad no pueda ser fundamentado como un juicio jurídico de *deber*, independiente del juicio de antijuricidad (*op. cit.*, pág. 62).

(103) Cfr. MAURACH: *L'evoluzione della dogmatica*, cit., págs. 653 y ss.

reclama del sujeto justo y consciente", con lo que la culpabilidad viene a ser reprochabilidad del acto en atención al ánimo (*Gesinnung*) jurídicamente desaprobado que se realiza en él" (104). Afloran aquí concepciones éticas, y una sobrevaloración del elemento subjetivo, que parecen reminiscencias de épocas superadas. Concepciones éticas que son remarcadas por MAURACH cuando dice (loc. cit.) que con el juicio de culpabilidad "se juzga a un hombre que ha hecho un mal uso de un don que le fué concedido---la capacidad de entender y de querer--- y que, con ello, no sólo se ha alejado de la norma de conducta media, sino que también ha descendido de aquel potencial "yo mejor", que tiene su fundamento en la capacidad citada".

Pero aún hay más: esa concepción de la culpabilidad, necesariamente conectada con la actitud de un sujeto concreto (el autor de la acción), se presenta incompatible con la clásica construcción trielemental de la culpabilidad: imputabilidad, dolo o culpa y ausencia de causas excluyentes. Se hace observar, especialmente por MAURACH (op. et loc. cit), que la imputabilidad del agente ha de ser determinada concretamente en cada sujeto, y la concurrencia de dolo o culpa es también problema concreto, sin que valgan esquemas o generalizaciones; en cambio, en las circunstancias llamadas de inculpabilidad (estado de necesidad, obediencia debida, violencia o intimidación) la investigación recae sobre elementos objetivos y generales, al margen de la auténtica subjetividad del agente. "Nadie se pregunta ---dice---, en la hipótesis de estado de necesidad, si el sujeto concreto ha hecho uso de toda la necesaria fuerza psíquica de resistencia; nadie se preocupa en la hipótesis del mandato antijurídico, de saber de qué tipo fueron los efectos psicológicos sobre el inferior cuando aquél le era dirigido: basta la constatación del hecho objetivo---el peligro propio del estado de necesidad o la efectiva emanación de la orden que debe ser obedecida---para excluir en el agente la culpabilidad", ya que son ajenas a ella y a su contenido psíquico y ético, sino que pertenecen a un terreno intermedio entre antijuricidad y culpabilidad.

"Entre el elemento característico de la antijuricidad, que funciona exclusivamente como medida de valor del *hecho*, y el de la culpabilidad, que funciona exclusivamente como medida de valor del sujeto concreto, es preciso introducir un grado intermedio". Este grado es la llamada responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*) que sirve de base para la reacción penal contra los actos antijurídicos de los inimputables e inculpables. Efectivamente, averiguada la antijuricidad del acto y la no existencia de causas excluyentes de la responsabilidad, declarada así la responsabilidad por el hecho, basta añadir un elemento

(104) GALLAS: *Op. cit.*, pág. 62. "Gesinnung" no tiene aquí el sentido de una cualidad permanente del autor, ni tampoco el de peligrosidad o tendencia: "se trata, por el contrario, del valor o disvalor de la actitud *actualizada* en el acto concreto; se trata de la conclusión que ha de ser extraída de tal acto y de sus móviles en relación a la posición total del autor ante las exigencias del derecho".

más, la culpabilidad o la peligrosidad, para que el Derecho penal pueda actuar en alguna de sus dobles vertientes represiva o preventiva. "La *Tatverantwortung* por sí sola no es el fundamento de la culpabilidad ni de la peligrosidad; la primera debe todavía ser declarada, para justificar la pena; la segunda debe ser afirmada, en el caso de los no imputables, para abrir el camino a las medidas de seguridad."

Se introduce aquí un tercer término o estadio intermedio entre la acción típica y la culpabilidad. Esa responsabilidad por el hecho ha de levantarse en el Derecho penal alemán como medio para establecer una base unitaria a la responsabilidad penal, que a partir de 1933 aparecía escindida al admitirse, al lado de los delitos de los imputables, hechos punibles cometidos por incapaces, fenómeno este último que no encontraba solución posible, según el tradicional concepto de la culpabilidad. La utilidad de tal concepción de responsabilidad, por el mero hecho, en un ordenamiento jurídico que no admite para los imputables sanciones penales, es dudosa, como no se reduzca su valor funcional a servir de base a una medida de seguridad, medida que por su esencia está lejos de todo concepto de sanción y hasta de culpabilidad.

II) Para completar la panorámica de la culpabilidad en la doctrina finalista de la acción, especialmente en su más pura formulación wetziana, será menester concretar cuál es el lugar que en ella ocupan las clásicas cuestiones del dolo, la culpa y el error.

Con respecto al *dolo*, éste, como elemento de la acción en sentido final, no pertenece a la culpabilidad, como ya dijimos, sino que es un elemento del tipo del injusto de los delitos dolosos, más concretamente, un *elemento del tipo subjetivo*, y, dentro de ellos, el primero y fundamental. La tesis de WELZEL es clara (105): Toda acción consciente es llevada a cabo por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —elemento intelectual— y la decisión de querer realizarlo —elemento volitivo—. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo. La acción objetiva es la ejecución finalista del dolo, ejecución que puede quedar detenida en su estadio inicial —tentativa— o llegar finalísticamente hasta su terminación —consumación—. En el primer caso, el dolo va más allá de lo alcanzado; en el segundo caso, el hecho no sólo es dolosamente querido, sino que ha sido también dolosamente alcanzado. "*El dolo es en toda su extensión un elemento finalista de la acción.*"

El dolo —continúa WELZEL—, como mera decisión de un hecho, es penalmente irrelevante, ya que el Derecho penal no puede afectar a las intenciones. Solamente cuando conduce al hecho real y lo domina, es relevante penalmente. Por ello el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es tan sólo la voluntad *tendente* a un hecho, sino también la voluntad *apta* para dar concreción a ese hecho. Esta función fina-

(105) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, cit., págs. 73 y ss.

lista objetiva del dolo, respecto al hecho, es siempre presumida en Derecho penal cuando se define el dolo como conciencia y voluntad del hecho. El dolo tiene, pues, su valor funcional dentro de la acción al diferenciar, en su estructura, las acciones típicas dolosas, de las acciones típicas culposas. Las primeras son finales, por estar dominadas por el dolo a lo largo de su total ejecución; las segundas pueden llamarse causales, porque en ellas la finalidad no domina el resultado.

El dolo es, pues, conocimiento y concreción del resultado. De ahí que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con previsión o culpa consciente está precisamente en que el autor quiere el hecho *incondicionalmente*, también para el caso de que se produzcan las consecuencias penales más graves previstas. Por ello, en este dolo eventual, lo condicionado (eventual) no es la voluntad, sino las consecuencias secundarias de la acción. La voluntad quiere incondicionalmente la acción, y esa voluntad se extiende a los resultados eventuales de ella. En la culpa consciente no hay tal extensión de la voluntad, sino que el agente espera evitar la consecuencia antijurídica que previó como posible.

En lo que hace a la culpa, ya dijimos que pasa WELZEL por sucesivas fases: forma de acción, distinta de acción final dolosa: un tipo de injusto distinto (el culposo, al lado del tipo de injusto de los delitos dolosos); y de nuevo una forma de acción, en la que la culpa es concebida finalmente como "el defecto de la dirección real de la voluntad en la elección y aplicación de los medios en relación con la medida mínima de dirección final exigida en el tráfico jurídico".

En cualquiera de esos sentidos la culpa deja de ser también forma de culpabilidad. Esta es el juicio sobre el sujeto, el disvalor del sujeto, que se realiza también aquí en la afirmación de que el sujeto pudo conocer y, en consecuencia, evitar con una conducta final más adecuada, la lesión del bien jurídico causada.

Por último, en lo que hace al *error*, éste sufre también una escisión en su situación metodológica. El *error de hecho*, que no es otra cosa que "el dolo a la inversa" (106), entra en juego en la teoría del tipo como *error del tipo*: Si el autor yerra sobre una circunstancia de hecho objetiva abarcada por el dolo, entonces se excluye el dolo. Si el error es producto de una negligencia, el autor es punible por causación culposa. Si el autor supone que concurre una circunstancia que produce la disminución de la penalidad, entonces existe tan sólo el dolo del hecho más benigno, con el consiguiente reflejo en la pena.

En cambio, "la conciencia de la antijuricidad de la acción "no pertenece al *dolo del tipo*, sino que es elemento de la culpa, de la reprochabilidad" (loc. cit.). Consecuencia: también el "error iuris" es relevante penalmente, desde el momento que al excluir la conciencia de la antijuricidad del acto excluye la culpabilidad (cfr. op. cit., páginas 172 y 173).

(106) WELZEL: *Derecho penal*, pág. 82.

Pero esa conclusión se ve atenuada en la práctica por la afirmación de que tan sólo "el error de prohibición inevitable libera de pena" (vid. op. cit., pág. 177). Viene a reconocerse así la escolástica distinción entre la "ignorantia invencible", que excluía la culpabilidad, y la "ignorantia vencible", que no tenía tal valor excluyente.

Esta distinción entre el error de hecho, que se hace pertenecer a la teoría del tipo, y el de derecho, que permanece en la de la culpabilidad, ha despertado también críticas desde el punto de vista metodológico al escindir una materia que hasta ahora era tratada unitariamente (107). Pese a ello, hay mucho de escolástico en la objeción, ya que, aun siendo clásicamente estudiadas ambas formas de error dentro de la culpabilidad y como causa excluyente del dolo, es lo cierto que ya se advertía cómo el error de hecho era generalmente un error sobre los elementos constitutivos del tipo, y el de Derecho un error sobre la antijuricidad del acto. La distinción existía ya, y no creemos que haya perdido claridad la exposición de la materia, sino, al contrario, con haber trasladado el estudio de cada una de las formas a un lugar donde su efecto excluyente de la responsabilidad se hace más patente y comprensible.

4. La teoría de la acción finalista parece extenderse en Alemania, y no sólo por el tesón con que la elabora WELZEL, sino por las correcciones a que la han sometido NIESE, MAURACH y GALLAS, cada día aparece con sus cimientos mejor sentados y sus fisuras más taponadas. La mayor parte de las críticas a ella dirigidas provienen de quienes se aferran a sus viejas convicciones y le acusan de herejía sobre bases puramente metodológicas.

Ni el que la doctrina tienda a enturbiar la distinción entre antijuricidad y culpabilidad; ni la existencia de tipos puramente causales (108); ni el que con la introducción del dolo en la antijuricidad se obliga a una doble valoración del elemento subjetivo, contrariando el

(107) Cfr. CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 42. Es aquí precisamente donde se ha cebado la crítica negativa de esta posición, sobre todo en el terreno de la culpa. Señala RODRÍGUEZ MUÑOZ (*Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, págs. 210-211) que esta tesis "tan sólo puede considerarse lograda con plenitud y merecedora de sincero elogio, a condición de que ofrezca un sistema completo, unitario en referencia al primer elemento del delito que nos exima, de una vez para siempre, de la necesidad a que se refiere RADBRUCH (allí con vista de la omisión) de considerar escindido desde el comienzo el sistema penal, por no poder conjugar armónicamente dentro de un concepto superior-acción-fenómenos que no tenían, o que no tenían necesariamente característica alguna común". Sabido es que el malogrado catedrático de Valencia señala como quiebra de la concepción finalista de los delitos culposos, que de un lado llevaría a ampliar excesivamente los términos de la participación en los delitos de imprudencia, y, por otro, conserva la escisión entre los dos clásicos términos de la culpabilidad: dolo y culpa (Vid. también sus *Notas al Mezger y La acción finalista*, cit.).

(108) Así MEZGER: *Moderne Wege*, págs. 22 y ss.

principio "non bis in idem" (109), representa nada que pueda ser un auténtico obstáculo dentro del campo científico. El que una doctrina naciente encuentre dificultades para establecer una distinción que, por referirse a elementos (antijuricidad y culpabilidad) de un todo (el acto ilícito penal), es más metodológica que esencial, nada dice sobre su verdad o falsía, ya que, en todo caso, de demostrarse cierta la teoría en su esencia, obligaría a resolver de otro modo el problema de método. En cuanto al contenido intencional (y a consecuencia, final) de los tipos que aparecen contruidos como una mera causación, ha dicho ya bastante H. MAYER (110). Y, por último, el argumento de la valoración superflua o repetida del dolo, olvida que lo valorado siempre y en todo caso es el delito, esto es, que la acción con su resultado es lo que constituye el objeto del juicio de antijuricidad, y que esa misma acción es la que vuelve a constituir el objeto del juicio de culpabilidad, por lo que nada empece para que esa acción, en sí misma considerada, tenga a su vez un doble contenido axiológico (111), pues se trata, en definitiva, de una serie de juicios sucesivos que desde puntos de vista distintos recaen sobre una misma cosa. No existe una quiebra del principio "non bis in idem" que, de otro lado, tiene un sentido más propiamente procesal y metodológico que sustancial.

La fuerza del sentido final de la acción es de tal índole que hasta los contradictores más serios de WELZEL (BOCKELMANN y MEZZGER) han terminado por aceptarla, si bien otorgándole distinto alcance y significación metodológica del que le es concedido en el sistema welziano (112).

BOCKELMANN (113) reconoce que la acción como fundamento del delito tiene siempre un sentido final y afirma la imposibilidad de discutir lo correcto de las apreciaciones de WELZEL sobre el concepto ontológico de la acción. En su trabajo "Vom Sinn der strafbaren Handlung" (in "Juristenzeitung", 1952, págs. 673-678) acepta que la ac-

(109) Este es uno de los máximos argumentos esgrimidos por JIMÉNEZ DE ASÚA contra la teoría final de la acción (Cfr. *Tratado*, cit., T. V, pág. 212).

(110) Cfr. H. MAYER: *Op. cit.*, págs. 231 y ss. Sabido es que ese autor señala cómo en los tipos más objetivos (el homicidio, por ej.) existe una referencia a la finalidad, por más que la atribución del sentido que a la acción ha de concedérsele la hagamos de un modo tan instintivo, rápido y natural que no nos damos cuenta de su necesidad lógica.

(111) Ya hemos visto cómo el concepto de acción tenía también para muchos clásicos un contenido valorizado. No es, pues, nada sorprendente el que vuelva a dársele tal contenido, aunque sea partiendo de diversas premisas y concepciones.

(112) Superado el concepto causal de acción el sentido final de la conducta humana se impone en el campo del Derecho penal. Se han hecho, sin embargo, otros intentos para formular un concepto ontológico de acción con pretensiones de superar el de la acción finalista. Destacan de entre ellos el "concepto social de acción" de MATHOFFER (*Handlungsbegriff*, cit.) y el de la adecuación de ENGELSCH (*Probleme der Strafrechtsrenewierung Der finale Handlungsbegriff*, en "Festschrift f. Kohlrausch", 1944 y *Von Welbild des Juristen*, 1950 pág. 38).

(113) Cfr. BOCKELMANN, *Op. cit.*, pág. 31 y nota 66.

ción, en sentido jurídico, lejos de ser un concepto *causal* es un concepto *final*. El querer de la acción pertenece, pues, al tipo. Hasta aquí las coincidencias.

MEZGER va más allá (114). La acción, como fundamento del sistema jurídico-penal, es "un concepto afectado de sentido", por lo que la doctrina de la acción finalista sólo contempla una parte de la realidad ontológica de la acción punible, realidad que contiene *algo más* que las relaciones finales del autor: toda acción no sólo puede contemplarse desde el punto de vista de la realización de los fines de su autor, sino que debe también contemplarse desde el punto de vista de sus conexiones con los valores supraindividuales. Olvidar esto último es lo que da a la doctrina de WELZEL un sentido unilateral. Por último, señala MEZGER que el juicio de valor normativo se realiza de acuerdo con el Derecho vigente, por lo que el finalismo welziano, al pretender ligar al legislador a un determinado aspecto del concepto ontológico de acción (el final) olvida que el legislador es libre de señalar el aspecto o parte integrante de la acción sobre el que han de recaer los juicios valorativos (115). Y en este terreno el Derecho penal vigente ha señalado dos aspectos o categorías normativas de valoración: uno objetivo, o juicio de valor sobre el acto, que constituye la *antijuricidad*, y otro *subjetivo* o imputación *personal* de ese acto a su autor, que constituye la culpabilidad. Ambos juicios recaen sobre la acción no en su totalidad, sino contemplada desde un "determinado lado".

Pero, si bien se mira, esta consideración, tan cara a los técnico-jurídicos, de poner la vista sobre todo en el derecho positivado, no es olvidada por los finalistas, e incluso es utilizada por NIESE (116) para

(114) Sienta MEZGER, como tesis iniciales, que la acción *no es un concepto causal* y que la acción, como fundamento del sistema *es un concepto final*. Sólo en la tercera y cuarta tesis aparecen las divergencias: La acción es un concepto *afectado de sentido*, esto es, no sólo final en cuanto cumple fines individuales, sino también *social*, en cuanto pone en actuación conclusiones de sentido supra-individual; por último, la acción viene sometida, independientemente de sus realidades ontológicas, a una valoración normativa realizada tan sólo por el Derecho vigente. Estos dos últimas tesis son las aludidas en el texto.

(115) En poder concretar hasta qué punto las normas, una vez positivadas y sustraídas a la voluntad del legislador, pueden ser objeto de elaboración científica diversa, radica el valor de ese argumento de MEZGER. En definitiva la mayoría de las leyes penales fueron redactadas al margen de toda preocupación de distinguir los juicios de antijuricidad y culpabilidad y aún antes de que tal distinción se formulara.

(116) NIESE intenta superar, como ya señalamos, la supuesta escisión del concepto finalista de acción en una acción finalista dolosa y otra acción culposa causal-ciega, afirmando: a) el de *acción* es un concepto unitario común a los delitos dolosos y a los culposos, concebido como conducta humana dirigida a un fin; b) la distinción entre delitos dolosos y culposos se halla en la tipicidad: los tipos de delito doloso describen la acción en su totalidad, esto es, incluyendo también en el tipo la finalidad; en cambio los tipos culposos no recogen la acción en su plenitud, pues prescinden del elemento final que por su carácter finito se considera intrascendente para el Derecho, mientras señalan una causalidad desaprobada de un resultado en virtud de aquella acción. El legislador,

señalar cómo es el legislador quien da o no relevancia a la finalidad de la acción en el instante de tipificar los actos ilícitos merecedores de pena.

Vemos, pues, cómo, precisamente por traer su origen de una posición filosófica en boga, la doctrina de la acción finalista, puede ser discutida más fácilmente en sus consecuencias sistemáticas que en su arranque conceptual. Sería de interés, por ello, conocer hasta qué punto podría ser adaptada a nuestro Derecho, problema al que estamos dedicando nuestra atención.

pues ha dado relevancia jurídica a la finalidad en los delitos dolosos y ha declarado penalmente irrelevante esa misma finalidad en los culposos. (Cfr. NIESE: *Finalitat*, cit.)

Obsérvese como esa construcción de NIESE parece especialmente apta para nuestro Derecho en el que los tipos culposos del art. 565 exigen precisamente un arranque lícito, esto es, una acción dirigida a un fin penalmente irrelevante.