

incisos segundo y tercero del art. 10 N° 1 del C.P.,⁴⁰ ya casi no le resta sino la que ejerce en la determinación del plazo de prescripción⁴¹ y en la penalidad de los delitos imprudentes (cuasidelitos) contra las personas.⁴²

A causa de esto último, así como del formalismo y arbitrariedad que implica, la clasificación tripartita ha sido siempre objeto de críticas e, incluso, se han hecho reparos a la simple bipartición entre delitos y contravenciones (faltas) que impera actualmente en la mayor parte de las legislaciones. Esta última, sin embargo, corresponde a la realidad de las valoraciones sociales sobre la gravedad de los hechos punibles y sus consecuencias jurídicas, aparte de que resulta útil también desde el punto de vista procesal.⁴³ Por eso, en la actualidad casi no se la discute⁴⁴ aunque también los límites entre las dos categorías sólo pueden consagrarse por la ley de manera infundada.

Por largo tiempo, en efecto, se ha intentado trazar la distinción entre delitos (en sentido amplio, que comprende también a los crímenes) y faltas, sobre una base material. Ese criterio, que corresponde al de los redactores del Código Penal, tiene tan pocas perspectivas de éxito como el intento de distinguir cualitativamente las infracciones administrativas de las penales a que ya me he referido⁴⁵ y por idénticas razones, pues en el fondo se trata del mismo problema. Las faltas, en efecto, no son sino infracciones de poca entidad que, por lo tanto, sólo se pueden diferenciar cuantitativamente de los crímenes y simples delitos. En muchos casos, incluso, están destinadas a la protección de bienes jurídicos semejantes a los que tutelan los hechos punibles más severos, contra formas de ataque semejantes, si bien con resultados menos graves. Así ocurre con la omisión de socorro del art. 494 N° 14 -un caso que, de acuerdo a la opinión prevaleciente, debiera ser incorporado a la categoría de los delitos- las lesiones leves del art. 494 N° 5°, las infracciones de poca monta contra la propiedad del art. 494 N° 19, o la circulación de moneda falsa de escaso valor del art. 496 N° 31. Es posible que algunas hipótesis de las contempladas por la ley resulten absurdas por su obsolescencia, como la de elevar globos, empleando el fuego, sin permiso de la autoridad, del art. 496 N° 30; aun así, cualquiera percibe que en su momento estuvo destinada a la preservación de bienes jurídicos importantes contra la creación de un peligro cuya realidad es manifiesta. En consecuencia, la inclusión de un hecho punible entre las faltas constituye una decisión político-criminal que se adopta por razones de magnitud y, siendo así, implica un grado de arbitrariedad inevitable.

⁴⁰ Infra, 28, II, a), dd).

⁴¹ Infra, 59, B.

⁴² Infra, 19, IV, b).

⁴³ En el mismo sentido NOVOA, I, 166, pág. 248, que se refiere incluso a la clasificación tripartita.

⁴⁴ JAKOBS, 6, 102, pág. 151; ROXIN, 9, 5, págs. 268 y sigs.

⁴⁵ Supra, 4, IV, A.

CAPÍTULO V TEORÍA DE LA ACCIÓN

§ 13. CUESTIONES PRELIMINARES: ACCIÓN Y OMISIÓN

I. GENERALIDADES

Acción y omisión son la base sobre la cual descansa la estructura del delito. No sólo constituyen el soporte conceptual de la teoría del delito, sino también el eje que hace posible una doble consideración del hecho punible: la axiológica (político-criminal y jurídico-penal) y la natural (criminológica y sociológica).

Por eso, la teoría del delito depende de los conceptos de acción¹ y de omisión² y de la función que se les atribuye en ella.³

II. EL CONCEPTO SUPERIOR DE ACCIÓN

En la dogmática alemana se ha procurado construir un concepto de acción en sentido lato, comprensivo de la acción en sentido estricto y de la omisión. Esto era motivado en cierta medida por necesidades que le imponía el texto de la ley positiva. Como el § 2 del antiguo Código Penal alemán definía al delito únicamente como acción, los juristas germanos encontraban dificultades para la inclusión de las omisiones entre los hechos punibles. Puesto que el art. 1° del C.P. chileno define expresamente al delito como acción u omisión, esa dificultad formal nos es ajena y podemos prescindir de ella.

Más importantes que los problemas de texto, sin embargo, son otros de índole material, que se refieren sobre todo a la admisibilidad constitucional de determinar los tipos de delitos de comisión por omisión mediante una simple inversión de los de acción, pues ese procedimiento constituye en rigor una forma de integración analógica en perjuicio del reo. De acuerdo con la ley, en efecto, el homicidio consiste

¹ Infra, 14.

² Infra, 45.

³ Infra, 15.

en matar a otro (art. 391 del C.P.) y no en omitir actuar para evitar la muerte de otro; el hurto en apropiarse de una cosa ajena (art. 432 del C.P.) y no en abstenerse de impedir que otro lo haga, etc. Sostener que la omisión de impedir el resultado letal o expropiatorio es equivalente a ocasionarlo activamente puede ser quizás correcto desde un punto de vista valorativo,⁴ pero la exigencia de que esas actitudes se adecuen a la descripción típica respectiva sólo se cumplirá si se prueba que ellas constituyen una acción sustancialmente idéntica a la de matar o apoderarse. De aquí el empeño por encontrar una noción de acción unificadora que sea capaz de abarcar ambas situaciones.

Este concepto superior es lógicamente insostenible, como hace ya tiempo lo demostró RADBRUCH. Dos términos contradictorios (Posición y Negación, A y No-A) no admiten ser reconducidos a una idea común, porque se opone a ello el principio de identidad. La acción y la omisión se comportan de esa manera y, por consiguiente, es imposible reducirlas a especies de un género único. Por eso, en la exposición siguiente se ha prescindido del "concepto superior", y la teoría del delito aparece "escindida de arriba abajo": mientras los delitos de acción se tratan inmediatamente⁵ de los de omisión sólo nos ocuparemos más adelante.⁶ En esa oportunidad habrá que hacerse cargo también del problema relativo al *nullum crimen*, que permanece sin solución.⁷

Uno de los intentos más interesantes que se han efectuado en el último tiempo por encontrar un concepto de acción capaz de contener al de omisión es el de JAKOBS.⁸ De acuerdo con ese criterio, lo común a las dos "formas de comportamiento" humano es la "evitabilidad" del hecho. Tanto en el caso de la acción como en el de la omisión, el autor no evita lo que era evitable, y esta característica que las unifica, constituye también la nota esencial de ambas.

Aunque es sugerente, este criterio no me parece satisfactorio. Desde luego, aunque la evitabilidad del hecho es un componente de la omisión, introduce en cambio en el concepto de acción un elemento normativo superfluo y que tampoco puede soslayar la diferencia estructural de las dos formas de comportamiento. Por otra parte, aunque JAKOBS impugna el criterio de quienes han elaborado un "concepto negativo de acción", convirtiendo a la omisión en el género del cual la acción es una especie,⁹ él mismo termina por llegar a un resultado semejante cuando afirma que toda acción se deja transformar en una omisión pero no a la inversa.¹⁰ Es que, en efecto, si lo esencial de la acción no es la actividad voluntaria sino la evitabilidad de su realización, lo fundamental del actuar queda reducido a la omisión de evitarlo. Naturalmente, de esta manera el problema constitucional creado por los delitos de omisión impropia se resuelve, pues se puede sostener que tras todo delito de acción se encuentra implícita una conducta omisiva; pero la solución se obtiene a costa de complicar en tal forma la estructura de los delitos de acción, que se hace peligrar en conjunto la función garantizadora de los tipos contruidos en torno a conductas activas. Por lo demás, el propio JAKOBS elude ese riesgo, tratando en forma completamente separada los delitos de acción¹¹ y los de omisión;¹² lo cual, aunque sólo sea formalmente, constituye una admisión de la diferencia estructural esencial existente entre ellos.

⁴ Sobre ello, infra 45, II, c).

⁵ Ver también GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, traducción de Córdova Roda, Barcelona, 1959, II, 3, págs. 16 y sigts.

⁶ Infra, 45.

⁷ Infra, 45, III.

⁸ JAKOBS, 6, 28 y sigts., págs. 175 y sigts. y, en especial 6, 32, pág. 177.

⁹ JAKOBS, 6, 33, págs. 177 y 178.

¹⁰ JAKOBS, 28, I, 2, pág. 940.

¹¹ JAKOBS, 6 y sigts., págs. 153 y sigts.

¹² JAKOBS, 28 y sigts. págs. 939 y sigts.

252

§ 14. EL CONCEPTO DE ACCIÓN

En el curso de los últimos cien años, el concepto de acción experimentó una evolución en la que se entremezclaron puntos de vista filosóficos, político-criminales y dogmáticos. Por eso, sólo cuando se la examina desde esos distintos ángulos puede apreciarse bien su significado y emitir un juicio válido sobre el estado actual de la cuestión.

I. LA CONCEPCIÓN CAUSAL DE LA ACCIÓN

A fines del siglo pasado y principios del actual, se impusieron sistemas enraizados en el positivismo filosófico y jurídico, cuyas expresiones más destacadas a influentes fueron los de LISZT y BELING. De conformidad con ellos, la acción consiste en un puro movimiento corporal que causa una modificación del mundo exterior, perceptible por los sentidos. En cambio no pertenecen a ella la finalidad perseguida por el autor, ni cualquier otra característica subjetiva.

Acto, según LISZT, es la "causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo exterior".¹³ "La volición que caracteriza la manifestación de voluntad y, por consiguiente, el acto, significa simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad" y "se le puede definir físicamente como *inervación*, concibiéndolo psicológicamente como aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas".¹⁴ De este modo, la voluntad a que se alude en la definición está despojada de toda referencia a la orientación consciente del suceso externo por el sujeto, e implica sólo un "querer moverse" neurológicamente verificable.

Este concepto resulta difícil de entender para el neófito, porque es irreal a implica una división impracticable de lo que para la opinión común es una acción, sustrayéndole precisamente lo que en ella parece más característico: el propósito de alcanzar determinados objetivos. A pesar de eso, se generalizó en la ciencia jurídica con facilidad por varias razones.

En primer lugar, se conciliaba con las ideas filosóficas y científicas imperantes, por su carácter naturalista. La acción, concebida de este modo, tenía una consistencia física, era verificable empíricamente y se insertaba perfectamente en la cadena de los fenómenos causales con los cuales trabajaban las ciencias de la naturaleza. Por tales motivos, confería a la teoría del delito una aparente certeza estructural y desvinculaba su elemento fundamental de cuestiones "metafísicas" como la relativa a la libertad del comportamiento humano, que en el simple cambio del mundo exterior no tiene cabida.

Desde el punto de vista dogmático, a su vez, el concepto causal de acción permitió organizar los componentes del delito en forma sencilla y clara. De acuerdo con él, la acción es idéntica tanto cuando persigue como finalidad la realización del hecho prohibido por la ley (dolo) como cuando lo provoca en forma imprudente

¹³ LISZT, II, 28, antes de I, pág. 297.

¹⁴ LISZT, II, 28, I, pág. 297. En el mismo sentido, BELING, 8, I, págs. 19 y 20: "Debe entenderse por 'acción' un comportamiento corporal (fase externa "objetiva" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "voluntariedad"), (fase interna "subjetiva" de la acción)".

(culpa) o, incluso, por un azar incontrolable (caso fortuito). La *tipicidad* y la *antijuridicidad* son atributos de ese concepto unitario, referidos, por consiguiente, sólo al acontecimiento exterior y ajenos también a las posibles diferencias del aspecto subjetivo. De esta manera se obtiene una teoría del injusto que es común a los delitos dolosos y culposos -asimismo a los casos fortuitos- los cuales se distinguen únicamente a nivel de la *culpabilidad*. Presuntivamente este esquema tendría ventajas expositivas y didácticas que facilitarían a los interesados (jueces, abogados, estudiantes), el aprendizaje, comprensión y solución de los problemas implicados en la teoría del delito.¹⁵

La simplicidad del sistema tenía que contribuir, desde luego, a la certeza de las decisiones judiciales y, por ende, a la seguridad jurídica, lo que justificaba la concepción también desde una perspectiva político-criminal. Además, se le atribuyó el mérito de postergar hasta el último momento la indagación sobre los componentes subjetivos del hecho punible, cuya dificultad práctica es indiscutible e introduce un riesgo de arbitrariedad en las apreciaciones del juzgador. Así, por ejemplo, quien ejecuta una conducta que reúne los requisitos objetivos de una causal de justificación (causal de exclusión de la antijuridicidad) debe ser absuelto sin más, aunque al actuar ignorara que en el hecho concurrían tales presupuestos, cosa que ni siquiera es necesario averiguar. Lo que constituye el injusto es, pues, únicamente el desvalor del resultado.¹⁶ De esta manera se conjura el peligro de *etización* de los juicios jurídicos que conllevan las investigaciones sobre lo que el autor sabe, piensa o quiere, y las valoraciones inciertas sobre esos aspectos subjetivos.

En Chile la concepción causal de la acción sirve de base a la teoría del delito en las obras generales de LABATUT y PEDRO ORTIZ, publicadas cuando ella dominaba por completo en el derecho comparado. Pero su expositor más importante es EDUARDO NOVOA quien, aparte de construir sobre ella el sistema desarrollado en su "Curso de Derecho Penal Chileno",¹⁷ la ha defendido en numerosos artículos y monografías, entre los cuales destaca "Causalismo y finalismo en Derecho Penal, Aspectos de la enseñanza penal en Hispanoamérica". Una posición más matizada sostuvieron POLITOFF¹⁸ y GRISOLIA.¹⁹ Asimismo BUNSTER,²⁰ cuya posición a este respecto parece haber variado más tarde, aunque no dispongo de evidencia escrita sobre ello.

La prevalencia del concepto causal de acción no fue duradera.

Ante todo se le objetó, desde el punto de vista de la filosofía jurídica, su irrealidad. La acción, como puro cambio del mundo exterior, es algo que no existe y, por eso, se confunde con el acaso e, incluso, con simples modificaciones de estado totalmente incontrolables para el sujeto. Posiblemente constituye un objeto de conocimiento más fácil de aprehender y, por eso, más seguro, pero como es falso, conduce a juicios erróneos y a soluciones contradictorias o impracticables que, a la larga, implican también incerteza y arbitrariedad.

Desde el punto de vista dogmático, los inconvenientes del concepto se manifestaron, sobre todo, en su ineptitud para tratar *apropiadamente el delito tentado* y el *frustrado*, las *formas de la participación criminal* o el *injusto de los delitos culposos*. En efecto, ninguna de estas instituciones es manejable y comprensible si se caracteriza la acción prescindiendo de sus componentes subjetivos. Si, por ejemplo, alguien hace un disparo que no hiere a nadie, su conducta sólo podrá subsumirse en el tipo (accesorio) del homicidio frustrado, cuando se sabe que la ejecutó con el propósito de matar a un hombre; a quien proporciona a otro un cuchillo, sólo puede considerársele cómplice del homicidio cometido con el arma, si se establece que la ha entregado con conocimiento de que se la empleará para dar muerte a un tercero; si un automovilista prudente y respetuoso de las normas que regulan el tráfico motorizado choca con un vehículo que otro sujeto conduce descuidadamente, la conducta injusta (típica) no puede diferenciarse de la correcta sino refiriéndose a la actitud subjetiva de los intervinientes en la colisión. En todos estos casos el puro movimiento corporal del sujeto y las relaciones causales que genera no nos dicen nada sobre su relevancia jurídico-penal, como en los ejemplos de delito frustrado y complicidad, o -lo que es peor- nos conducen a enjuiciar de la misma manera situaciones radicalmente distintas, como en el del accidente automovilístico.

Los adherentes a la teoría causal de la acción trataron de superar por distintos medios las objeciones referentes a la tentativa (y el delito frustrado), que eran las más decisivas y perturbadoras del sistema tradicional.²¹

Se sostuvo, por ejemplo, que en la tentativa el dolo es un elemento subjetivo del tipo (elemento subjetivo del injusto).²² CEREZO, con razón, impugna esta construcción: "No es posible (...) que la resolución delictiva sea un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa y no lo sea, en cambio, en el delito consumado". "Una vez adoptado [por el legislador] un criterio rector, es decir una concepción determinada de la antijuridicidad, habrán de pertenecer necesariamente al tipo de lo injusto todos aquellos elementos que se destaquen como esenciales desde el punto de vista adoptado".²³ De esta forma, las valoraciones del ordenamiento jurídico serían contradictorias entre sí, y esta contradicción no sólo sería lógica, sino "lógico-objetiva".²⁴

NOVOA, por su parte, sostiene que la resolución en la tentativa *nada tiene que ver con el dolo* y es sólo "uno de esos elementos que la doctrina conoce como elementos subjetivos".²⁵ Esto significa que en el delito tentado y el frustrado el conocimiento de los hechos pertenecientes al tipo legal y la voluntad de realizarlos, son un elemento subjetivo del tipo, distinto del dolo. Pero ¿En qué consiste entonces el dolo de la tentativa y la frustración? ¿En el puro conocimiento de la significación de los hechos (conciencia de la ilicitud), que un autor causalista como NOVOA atribuye al dolo y al cual, además, no confiere relevancia jurídica basándose en la ficción de conocimiento de la ley? NOVOA no lo explica, y tampoco lo hace POLITOFF, quien, luego de acoger ese punto de vista, se abstiene de otras consideraciones sobre el particular.²⁶

²¹ En el mismo sentido JAKOBS, 6, 6, págs. 160 y 161.

²² Así MEZGER, *Libro de Estudio*, I, 77, pág. 279: "Esta resolución es (...) un elemento subjetivo del injusto. Por eso es, a la vez, también dolo, es decir, culpabilidad".

²³ CEREZO, *Notas a la traducción de WELZEL. Nuevo sistema*, págs. 64 y sigts. nota 15. Así también JAKOBS, 6, 6, pág. 161.

²⁴ CEREZO, op. y loc. cit. Sobre las "estructuras lógico-objetivas", véase infra, IV, a).

²⁵ NOVOA, *Algunas consideraciones acerca de la tentativa*, apartado de la R.C.P. Santiago, 1962, V, pág. 17; *El proceso de generación del delito, tentativa y delito imposible*, Concepción, 1963, pág. 22. En trabajos más recientes, como *Causalismo y finalismo*, 7, págs. 47 y sigts., el autor ya no se refiere a este argumento.

²⁶ POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., IV, 22, págs. 111 y sigts.

¹⁵ Así, expresamente, NOVOA, *Causalismo y finalismo*, Introducción, págs. 16 y sigts.

¹⁶ Supra, I, III, b), aa).

¹⁷ Véase, en especial, NOVOA, I, 178 y 179, págs. 265 y sigts.

¹⁸ POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965. Pero véase ahora, 6, 3, págs. 248 y 249, en donde se aboga por una concepción causalista ortodoxa.

¹⁹ GRISOLIA, *El objeto jurídico del delito*, cit.

²⁰ BUNSTER, *La voluntad del acto delictivo en R.C.P.*, tomo XII, N.ºs. 3 y 4, Santiago, 1950, págs. 149 y sigts.

Tampoco puede decirse, como lo ha hecho NOVOA más tarde,²⁷ que la tentativa constituye una situación excepcional, colocada, por así decirlo, al margen del sistema, de manera que parecería no importar si encaja o no encaja en él. Por el contrario. La decisión de castigar la tentativa, característica de los sistemas jurídicos basados en el principio de culpabilidad, determina por eso mismo el sentido de éstos y es una viga maestra de su estructura. Así, resulta imposible calificarla y tratarla como un caso aislado que admite un enfoque particular.

Por otra parte, ya desde comienzos de este siglo se había descubierto que existen tipos en que la acción está descrita de tal manera que es imposible aprehender su significado sino refiriéndose a la actitud interna del autor. Es, por ejemplo, el caso del hurto (art. 432 del C.P.) en el que la conducta consiste en *apropiarse*. Ahora bien, si sólo se contempla el aspecto objetivo de la acción, es imposible afirmar que lo que se ha presenciado es un *apropiarse*. Externamente, en efecto, la apropiación en el hurto se manifiesta en una sustracción; pero esa sustracción puede estar dirigida subjetivamente a *usar* de la cosa para luego restituirla sana y salva al dueño, a destruir la cosa para perjudicarlo, o a conservarla con el propósito de disponer de ella como si se fuera el titular del dominio. Sólo en el último caso el *sustraer* externo constituye realmente una *apropiación* en el sentido del art. 432 del C.P. Es claro, pues, que la conducta típica del hurto no puede comprenderse sino tomando en cuenta la posición subjetiva del agente en el momento de ejecutarla.

La doctrina denominó *elementos subjetivos del tipo* o *elementos subjetivos del injusto* a estos ánimos, tendencias u objetivos puramente internos, sin cuya consideración el significado jurídico de la acción es inaprehensible. Al reconocerlos, además, debió aceptar también que, al menos en algunos delitos, la consideración externa de la conducta era insuficiente para apreciar su tipicidad. Por otro lado, quedó demostrado que verificar la existencia de estos elementos subjetivos sin afirmar antes la del dolo constituía un sin sentido; pues, en efecto, si el autor no ha querido sustraer una cosa ajena -por ejemplo, porque cree erradamente que la que ha tomado le pertenece- es absurdo preguntarse si se la ha llevado con el propósito de usarla y devolverla, de destruirla, o de conservarla para sí.

La concepción causal de la acción tampoco cumplió bien las funciones político-criminales que le atribuyeron sus creadores, seguramente de buena fe. Manejada tendenciosamente -como puede serlo, en rigor, cualquier punto de vista- se prestó para justificar formas de responsabilidad objetiva que contradicen el principio de culpabilidad²⁸ e introdujo indecisión y arbitrariedad en el tratamiento de los delitos tentados y frustrados,²⁹ de la autoría³⁰ y de los delitos omisivos.³¹ Por último, su afán por elaborar la teoría del delito sobre una base que excluyera toda referencia ética, condujo a un divorcio entre moral y derecho punitivo, cuyas consecuencias han sido en muchos casos más inaceptables que las de la confusión entre ellos a la que se pretendía combatir.³²

²⁷ NOVOA, *Causalismo y finalismo*. 7, pág. 48.

²⁸ *Infra*, 25, I, b), bb).

²⁹ *Infra*, 35, III, A, a).

³⁰ *Infra*, 38.

³¹ *Infra*, 45.

³² *Infra*, V, b).

II. LA CONCEPCIÓN NEOKANTIANA DE LA ACCIÓN

En realidad no existe un concepto de acción propio del neokantismo. Lo que ocurrió, más bien, fue que las tendencias neokantianas imperantes en la doctrina penal alemana durante la primera mitad del siglo XX hicieron suyo el concepto causal introducido por las corrientes naturalistas que las precedieron, pero dotándolo de una fundamentación teórica diferente.³³

Este criterio se apoya en la distinción practicada por KANT entre *ser* y *deber ser*, a la cual, sin embargo, exagera, atribuyéndole una significación absoluta que su autor posiblemente no habría compartido.³⁴ De acuerdo con este punto de vista, las categorías del *ser* no condicionan a las normas (mandatos o prohibiciones) que establecen el *deber ser*, a las cuales, por consiguiente, les es posible desentenderse de ellas. En consecuencia, aunque el derecho está destinado a ordenar conductas, determina libremente lo que entiende por tales, sin preocuparse de lo que ellas son en realidad -cosa que, por lo demás, para el kantismo en general es racionalmente inaprehensible.³⁵ Así, pues, el concepto causal de la acción es retomado por los sistemas penales neokantianos, justificándolo como la "idea de acto" apropiada para formular mandatos y prohibiciones dirigidos a las puras manifestaciones exteriores de la conducta humana.

A este punto de vista, por otra parte, se superpuso el desarrollo de la teoría del tipo y la correspondiente sobrevaloración del "hecho típico" como base de la estructura del delito.³⁶ Con ello, el concepto de la acción tiende a disolverse en el de *hecho adecuado al tipo*,³⁷ el cual, en algunos sistemas, lo sustituye definitivamente. Los resultados de esta evolución fueron desafortunados, pues unida a los criterios neokantianos, que pretendían orientar el derecho a valores pero negaban la objetividad de éstos, permitió legitimar una distribución arbitraria de la punibilidad por los detentadores del poder estatal. Sobre esa base fue posible extender los casos de responsabilidad objetiva, tratar de manera diferente la misma acción cuando la ejecutaba un particular que cuando la consumaba el integrante de un organismo gubernamental, construir tipos penales para castigar "estados" no atribuibles a la voluntad del sujeto (como la vagancia, la mendicidad, la pertenencia a un grupo étnico, cultural, de clase, etc.) e incorporar al catálogo de hechos punibles la adhesión a ideas políticas, religiosas, éticas e, incluso, estéticas.

Una vez más es preciso recalcar que estas consecuencias de las concepciones neokantianas fueron producto de manipulaciones a las cuales sus fundadores eran probablemente ajenos. Sin embargo, debe convenirse también en que ellas favorecían de manera especial la distorsión a que se las sometió, debido a la "neutralidad ética" que las caracteriza. Esta última, en efecto, permite desplazar fácilmente el centro de gravedad de las prescripciones penales, anteponiendo al respeto por la dignidad del hombre los intereses de grupos dominantes

³³ En sentido coincidente ZAFFARONI, 25, V, 2, pág. 364.

³⁴ KANT, en efecto, si bien establece la distinción, realiza un esfuerzo formidable por encontrar un elemento de conexión entre el mundo de la libertad, regido por el deber ser, y el mundo de la causalidad al que se encuentra sometido el ser. Esta pretensión, que en opinión de algunos comentaristas constituye el objetivo principal de toda su reflexión filosófica, presupone la existencia de una relación entre ambos planos de la que el neokantismo prescinde, entre otras razones, porque las soluciones propuestas por KANT no son convincentes y encierran contradicciones insalvables. Aunque aquí no es del caso extenderse sobre ello -ni me siento calificado para hacerlo- parece razonable suponer que si KANT hubiera reconocido y aceptado la debilidad de su concepción en este aspecto, habría preferido intentar reformularla que aceptar la desvinculación total del ser y el deber ser, pues ésta significa la ruina de su sistema moral, que para él era irrenunciable. Tras esa desconexión, en efecto, subyace la transformación del kantismo en escepticismo, cosa que el gran pensador alemán rechazaba enérgicamente. En relación con todo esto, véase KANT, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Excelsior, Santiago, 1939, especialmente págs. 65 y sigs.; *Critique de la raison pratique*, traducción de Francois Picavet, Presses Universitaires de France, París, 1965, págs. 129 y sigs.; *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Universidad Autónoma de México, 1968, págs. 7 y sigs.

³⁵ KANT, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, pág. 70. Por lo demás, toda su *Critica de la razón pura* está construida sobre este supuesto.

³⁶ Entre nosotros este proceso se cumple tardamente en COUSIÑO, I, 66, págs. 261 y sigs., en cuyo sistema finalista constituye, no obstante, una contradicción.

³⁷ JESCHECK, I, 22, III, 2, a), pág. 185.

apoyados en mayorías aparentes, ocasionales y frecuentemente desinformadas. Al amparo de estos criterios florecen el positivismo jurídico, las ideas de que "la ley es la ley", de que todo mandato o prohibición se autojustifica por consideraciones de orden y seguridad, de que la prosperidad del todo legitima la marginación y aún la destrucción de unos cuantos, y otras semejantes.³⁸

En Chile no existen expositores de un concepto de acción fundado expresamente en el neokantismo, entre otras razones porque se trata de una concepción filosófica poco difundida en nuestro medio. Hasta cierto punto coincide implícitamente con su criterio la opinión de ETCHEBERRY, según la cual, aunque la finalidad es un componente de la acción, la ley puede desentenderse de esa realidad y disociarla en elementos a los que incorpora en parte al injusto y en parte a la culpabilidad.³⁹ Sin embargo, el neokantismo ha tenido, paradójicamente, una influencia inaparente pero generalizada en la doctrina penal de nuestro país. En parte esto se debió a la influencia ejercida hacia la mitad del siglo pasado por EDMUNDO MEZGER, cuyas obras se tradujeron en esa época y obtuvieron una adhesión entusiasta entre los juristas más importantes del período. Pero, sobre todo, obedeció a que tales concepciones coincidían con la atmósfera positivista que ha prevalecido en el derecho nacional desde la codificación, y al que no es ajena cierta impronta kantiana que pasa acentuada desde el Código Civil Francés al Chileno, posiblemente a causa de la formación filosófica de ANDRÉS BELLO, cuyas fuentes nadie ha investigado a fondo hasta el presente. Lo cierto es que incluso los juristas más adictos al jusnaturalismo tomista acogieron sin reparos esa sistemática, que contrastaba manifiestamente con sus convicciones, e incluso rechazaron airadamente el finalismo, aunque en su versión más ortodoxa éste se concilia mejor con ellas. Los tribunales, a su vez, la aceptaron también en líneas generales, justificando de acuerdo con su espíritu las aplicaciones literales y acriticas de los textos legales. En los dos decenios penúltimos del siglo XX esa situación hizo crisis, impregnando de indiferencia ético-social las resoluciones judiciales y provocando un desprestigio creciente de los órganos que las pronunciaban. Hasta ahora eso sólo se ha logrado revertir parcialmente.

III. LOS PRECURSORES DE LA CONCEPCIÓN FINALISTA DE LA ACCIÓN

Hacia mediados del siglo pasado, las dificultades dogmáticas ocasionadas por el concepto causal de acción indujeron a algunos juristas a rectificar el sistema de manera radical.

a) Así, reconociendo los vacíos con que la teoría tradicional tropieza en relación al delito tentado y a los tipos portadores de elementos subjetivos, HELLMUTH VON WEBER afirma que los tipos delictivos en general deben dividirse en dos grandes categorías: 1) *Tipos finales*, entre los que incluye a los de tentativa y a los que contienen elementos subjetivos del injusto, en los cuales el dolo pertenece al tipo de injusto, y 2) *Tipos causales*, concebidos según el criterio clásico, sobre la causación de un cambio en el mundo externo.⁴⁰ Esta solución lo aproxima a la que WELZEL desarrollará poco después,⁴¹ pero sólo parcialmente, sobre todo

³⁸ JAKOBS, 6. 7. pág. 162: "Precisamente este carácter no comprometido del concepto causal de acción es el motivo de su difusión. No prejuzga casi nada".

³⁹ ETCHEBERRY, I, pág. 180: "Dentro de nuestro estudio, la voluntad finalista, con las características señaladas, pertenece a la acción. Las características de esa voluntad, que permiten darle el calificativo jurídico de dolo o culpa, serán estudiadas en la culpabilidad, ya que ello significa valorar jurídicamente la voluntad, y no simplemente considerarla desde el punto de vista natural y psicológico. En suma, la voluntad pertenece a la acción, y su calificación como dolo, a la culpabilidad. La acción significa simplemente voluntad, y el dolo (o la culpa) es voluntad mala ("reprochable"). La consideración del sustantivo pertenece a la acción; la del adjetivo, a la culpabilidad". Aunque esta explicación es algo equívoca, el sistema que ETCHEBERRY desarrolla partiendo de esas premisas se asemeja al formulado por MEZGER en su *Libro de Estudio* de manera que no sólo al dolo, sino tampoco a la voluntad de realización la toma en cuenta para la constitución del injusto, como se deduce del tratamiento que otorga al error. Sobre ello véase ETCHEBERRY, I, págs. 330 y sigs.

⁴⁰ WEBER, *Para la estructuración del sistema del derecho penal*, traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal*, N.º 13, Bogotá, 1982, 111, págs. 575 y sigs.

⁴¹ *Infra*, IV.

258

porque WEBER perseveró en la idea neokantiana de que el concepto y la estructura de la acción dependen de lo que el legislador quiere mandar o prohibir.⁴² Este criterio explica que acepte el paralelismo entre las dos clases de tipos, tolerando incluso el contraste inexplicable entre el de la tentativa y el de la consumación respecto de un mismo hecho punible (por ejemplo, el tipo del homicidio consumado es causal y en la estructura de ese delito el dolo pertenece a la culpabilidad, mientras el tipo de la tentativa de homicidio es final y, por consiguiente, en ella el dolo integra el injusto).

b) A su vez, ALEJANDRO GRAF ZU DOHNA dio un paso decisivo para la corrección del sistema imperante en su época, pero en otro sentido y partiendo desde un punto de vista diferente.⁴³ A su juicio, es preciso distinguir entre el *objeto de la valoración* y la *valoración del objeto*. Objeto de la valoración es el tipo, que comprende elementos tanto *objetivos* (acción) como *subjetivos* (elementos subjetivos del injusto y dolo). La valoración del objeto comprende, en cambio, los juicios de *antijuridicidad* (valoración del tipo objetivo) y *culpabilidad* (valoración del tipo subjetivo). Tampoco la solución de DOHNA es coincidente con la del finalismo, porque no incorpora la *voluntad de realización* a la acción ni el dolo a un tipo unitario de injusto. Por eso, persiste en referir la antijuridicidad únicamente al tipo objetivo y la culpabilidad sólo a sus elementos subjetivos, descomponiendo arbitrariamente al hecho para poder distinguir las valoraciones por el objeto en que recaen y no por la naturaleza del juicio que pronuncian. Finalmente, también el pensamiento de GRAF ZU DOHNA está expresa y profundamente enraizado en el neokantismo, como es manifiesto en su concepción monista de la antijuridicidad. Sin embargo, ha de reconocérsele el haber impulsado a la dogmática por un camino nuevo, que abrió las puertas al concepto final de acción.

IV. LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

La concepción finalista de la acción fue expuesta por HANS WELZEL ya en varios trabajos publicados desde fines de la década de los treinta,⁴⁴ y aunque en los años siguientes prosiguió desarrollando el sistema de la teoría del delito estructurado sobre ella, sus ideas básicas permanecieron inalteradas.⁴⁵

a) El punto de partida filosófico de este nuevo criterio es que el derecho está sometido a límites impuestos por la *realidad* a la que valora y ordena, de manera que no puede mandar o prohibir cualquier cosa. En otras palabras: el *deber ser* instaurado por la norma jurídica no puede ignorar al *ser* respecto del cual se establece el *deber*; ni las relaciones en que dicho *ser* se encuentra con los otros; si lo hace -si prescinde de esas realidades- no configurará un ordenamiento auténtico, porque el *ser* no se deja organizar en una forma que contradice lo que es.

Más rigurosamente, WELZEL afirma que las limitaciones del derecho vienen establecidas por la estructura *ontológica* de la materia de sus prohibiciones y mandatos. Ese término precisa que, como el ordenamiento jurídico no pretende dirigirse al ser en general, sino a determinadas manifestaciones de él en la realidad, es decir a *entes* (*onto* y, de ahí, *ontológico*), lo que lo condiciona es la *entidad* de lo que se

⁴² WEBER, op. cit., especialmente II, págs. 572 y sigs. En el mismo sentido del texto ZAFFARONI, *Manual*, 199, pág. 351.

⁴³ DOHNA, págs. 14 y 40.

⁴⁴ Algunos de esos artículos se encuentran fusionados y traducidos al español por Carlos Fontán Balestra, en colaboración con Eduardo Friker, en *La teoría de la acción finalista*, Depalma, Buenos Aires, 1951.

⁴⁵ Esto queda de relieve en el último trabajo de WELZEL que se encuentra disponible en español, *La doctrina de la acción finalista hoy*, traducción de José Cerezo Mir, en separata del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1968, págs. 221 y sigs.

propone exigir que se haga o se deje de hacer. Ahora bien, lo que el derecho tiene por objeto ordenar es la actividad humana, puesto que no existe nada más respecto de lo cual sus prescripciones sean eficaces; luego el más importante de los límites a que está sujeto es la *estructura ontológica de la acción*. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no puede decidir arbitrariamente lo que es una acción, sino, por el contrario, está determinado por lo que la acción realmente es y que, como tal, es independiente y anterior a lo que el legislador quiera que sea. Así pues, el concepto de acción no se puede obtener mediante una interpretación de la ley, sino que, por el contrario, una vez que se lo establece ontológicamente, determina el sentido de la ley y los rasgos esenciales del sistema.

La reflexión de WELZEL sobre esta materia se encuentra enraizada en el realismo aristotélico⁴⁶ —como, por lo demás, el mismo lo reconoce expresamente—⁴⁷ y, por consiguiente, también ha experimentado la influencia de la escolástica, especialmente del pensamiento tomista y de DUNS ESCOTO. Sin embargo, a diferencia de esas corrientes filosóficas, no cree en la posibilidad de un Derecho Natural como orden axiológico ideal que pueda deducirse de la naturaleza para ser aplicado a los conflictos concretos.⁴⁸ En cambio, afirma que “no en el sector axiológico central, sino en el sector periférico de lo ontológico, ha conquistado el Derecho natural los resultados más permanentes. Independientemente de toda polémica y toda duda en torno a los problemas axiológicos materiales, existen ciertos datos ontológicos fundamentales a los que se halla vinculada toda posible valoración y que señalan, por ello, a ésta límites muy precisos”.⁴⁹ “El legislador no sólo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino también a determinadas estructuras lógicas en el objeto de su regulación, la cual, si no las tiene en cuenta, ha de ser necesariamente falsa. La estructura ontológica de la acción, por ejemplo, precede a toda valoración y regulación, y quien quiere normar acciones tiene que respetar la estructura ontológica de la acción. La estructura de la actividad teleológica del hombre, así como la función de la intención en ella, son cosas que el legislador no puede modificar, sino que ha de tener en cuenta en sus regulaciones, si no quiere errar en el objeto de ésta”.⁵⁰

Esta manera de pensar, que enfatiza la conexión del orden valorativo a la realidad del ente sobre el que recaen los mandatos y prohibiciones, afirmando su consistencia en el respeto de ella, procede de la fenomenología y, por eso, se encuentra distanciada tanto de la doctrina clásica del Derecho Natural como de la ontología precritica (anterior a KANT).⁵¹ En efecto, WELZEL acepta “el principio supremo de todos los juicios sintéticos de KANT, de que las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia”, y de él “deduce que las categorías del conocimiento son también categorías del ser; es decir, que no son sólo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario), categorías ontológicas”.⁵² Por esto, la ontología a que se refiere tampoco se identifica con el “realismo ingenuo” prekantiano, aunque efectivamente toma de ARISTOTELES su profunda intuición sobre la estructura de la acción, reformulándola más

tarde con arreglo al análisis “de claridad poco común” hecho por HARTMANN sobre ella.⁵³

Como puede apreciarse, la base filosófica fenomenológica de la teoría de la acción finalista constituye un esfuerzo por encontrar una síntesis entre posiciones aparentemente inconciliables. Por una parte, tiene en cuenta el hecho, verificado por la experiencia común, de que los objetos de conocimiento poseen una entidad real. Por otra, se hace cargo de la exactitud de la crítica kantiana sobre las limitaciones de la razón especulativa para aprehender el “ser en sí” de esos objetos, e intenta superarlas desde una perspectiva distinta. Las dificultades que implica este planteamiento —determinadas, a su vez, por las que conllevan los problemas a los cuales intenta superar— dieron lugar a equívocos y malentendidos, sobre todo porque era antagónico al modo de pensar más difundido en el momento en que se lo formula. Algunas de esas dudas serán discutidas brevemente cuando me refiera a las críticas dirigidas al finalismo; otras exceden los límites de esta obra y no pueden ser abordadas en ella.

b) De acuerdo con las premisas expuestas, para WELZEL la acción es “*actividad final*”⁵⁴ es decir, “*obrar orientado conscientemente desde el fin*.”⁵⁵

Gracias a su experiencia, el ser humano conoce los procesos causales y está en condiciones de controlarlos hasta cierto punto, imprimiéndoles una determinada dirección. De esta manera, cuando desea alcanzar un fin (un objetivo), puede intervenir en esos procesos causales, conduciéndolos de modo que lo lleven a la meta (fin) propuesta. Así, por ejemplo, quien aspira a comer una fruta que todavía pende de las ramas más altas de un árbol, no necesita esperar hasta que caiga de acuerdo con el curso de los procesos causales naturales (maduración suficiente, desprendimiento, atracción por la fuerza de gravedad hacia la tierra, etc.); puede intervenir en ellos, porque sabe, según su experiencia, que si sacude el árbol los modificará, anticipando la caída de la fruta.

En el sencillo ejemplo anterior se aprecia claramente que la acción es obrar orientado conscientemente *desde el fin*, pues todo el proceso se *inicia* con la representación del objetivo (alcanzar la fruta), y está guiado *desde* ella. Al mismo tiempo, la intervención del que actúa en el curso causal tiende a disponerlo de manera que se dirija *hacia el fin*, es decir, que realice el objetivo propuesto.⁵⁶ Por eso, graficando la diferencia entre la acción finalista, que se origina en la *anticipación* de la meta hacia la que marcha, y el simple acontecimiento causal, que se desarrolla por el

⁴⁶ Especialmente reveladores en este sentido son los párrafos finales de su obra *Derecho natural y Justicia material*, traducción de Felipe González Vicen, Aguilar, Madrid, 1957, IV, 4, págs. 256 y sigs.

⁴⁷ WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, cit., II, págs. 18 y 19.

⁴⁸ WELZEL, *Derecho Natural y Justicia Material*, cit., IV, 4, pág. 256: “Aquí, en este terreno, debería abandonarse, al fin, como ruta sin salida, el camino iusnaturalista de las ideas platónicas o de la entelequia aristotélica. Partiendo de esencias axiológicas ideales no es posible llegar a una decisión concreta, y el concepto enteléquico de naturaleza presupone precisamente aquello que se busca. No valores abstractos, sino bienes concretos constituyen los fines del obrar”.

⁴⁹ WELZEL, *Derecho Natural y Justicia Material*, cit., IV, 4, págs. 257 y 258. (Los énfasis son míos).

⁵⁰ WELZEL, *Derecho Natural y Justicia Material*, cit., IV, 4, pág. 258 (Los énfasis son míos).

⁵¹ WELZEL, *Nuevo sistema*, Prólogo a la cuarta edición, pág. 13.

⁵² Ídem. (Los énfasis en el original).

⁵³ WELZEL, *Nuevo sistema*, Prólogo a la cuarta edición, pág. 12. Respecto a la influencia de NICOLAI HARTMANN en la teoría de la acción finalista, usualmente exagerada por sus adversarios, puede encontrarse una aclaración detallada en el mencionado Prólogo a la cuarta edición del *Nuevo sistema*, págs. 11 a 16 que sería ocioso reproducir. Una apreciación del pensamiento de WELZEL que lo asimila excesivamente al realismo aristotélico me parece la de ZAFFARONI, *Manual*, 184, pág. 330. Y, recientemente, *En busca de las penas perdidas* (Deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Ediar, S.A., Buenos Aires, 1989, VI, 3, págs. 195 y sigs. En esta última obra, loc. cit., pág. 199, se declara incluso que “cabe reconocer en WELZEL una considerable dosis de “aristotelismo” en su captación del orden del mundo”, agregando que “esto no invalida en modo alguno sus premisas metodológicas, sino su personal percepción del mundo”. De acuerdo con lo expuesto en el texto la “percepción” que WELZEL tiene del mundo no coincide con la que Zaffaroni le atribuye. En su última obra, ZAFFARONI, 25, V, 3, pág. 365, estos puntos de vista aparecen morigerados.

⁵⁴ WELZEL, 8, I, pág. 53; *Nuevo sistema*, I, pág. 25.

⁵⁵ WELZEL, I, I, pág. 53.

⁵⁶ A causa de este proceso en que el fin cumple una doble función de proponer (desde) y orientar (hacia), WELZEL sugirió en sus últimos trabajos que, para evitar interpretaciones equivocadas de la palabra “finalidad” con que lo había designado HARTMANN, hubiera sido preferible servirse del término “cibernético”, que se había forjado en el intervalo y lo describía mejor. Véase WELZEL, I, I, pág. 58 y *La doctrina finalista hoy*, cit., pág. 229.

mero encadenamiento natural de las causas y los efectos, WELZEL sostiene que la finalidad es *vidente* y la causalidad, ciega.⁵⁷

La acción, así concebida, está precedida, en efecto, por la representación de un objetivo que el autor en su voluntad decide alcanzar. Para ello, tiene que resolver asimismo cuáles serán los medios de que se servirá para conseguir su propósito, cuyo empleo y modo de operar también forman parte de lo querido por él. Al hacer todo esto, además, puede imaginarse posibles consecuencias accesorias indeseadas de su intervención en los cursos causales, ante las cuales unas veces se detendrá, porque no desea tomar el riesgo de ocasionarlas, o bien seguirá adelante, sea porque confía en que logrará evitarlas, sea porque le es *indiferente* provocarlas. Sólo en este último caso las referidas consecuencias se incorporarán también a la voluntad del sujeto, pues no sólo se "quiere" lo que se "busca" sino también lo que se "acepta en caso de que ocurra".

Mientras esta etapa preliminar permanece en la interioridad del autor, como mera resolución, es jurídicamente irrelevante, pues "el pensamiento nunca es punible" (*cogitationis poenam nemo patitur*).⁵⁸ La acción, por lo tanto, sólo comienza cuando la resolución se exterioriza en voluntad de realización de las modificaciones de los cursos causales para su orientación al fin. En la práctica, sin embargo, las dos etapas descritas suelen "entrecruzarse",⁵⁹ de manera que algunos momentos de realización de la voluntad anteceden a nuevas reflexiones y resoluciones sobre el fin o los medios para alcanzarlo o sus consecuencias accesorias. Cuando la voluntad de realización alcanza la meta propuesta, la acción está concluida (*consumada*). Si, en cambio, no consigue su objetivo, se trata de una acción sólo *intentada*.

Si se aplica lo expuesto al ejemplo presentado más arriba, puede advertirse con mayor claridad la forma en que se estructura la acción. En primer lugar, cuando el hombre ve la fruta en lo alto del árbol surge en su mente el propósito (fin) de hacerla caer para comerla. Entonces, tiene que reflexionar sobre los medios para alcanzar su objetivo, que pueden implicar el ingreso a un predio ajeno si la planta se encuentra en su interior; si éste es el caso, la resolución de hacer caer la fruta comprenderá, además, la de invadir la propiedad inmueble de otro. Si, finalmente, en el árbol hay nidos de pájaros que posiblemente caigan al sacudirlo y el hombre, aunque no lo desea, se resigna a que eso ocurra para el caso de que suceda, la caída de los nidos también se habrá incorporado a su voluntad como consecuencia accesorio aceptada. La acción sin embargo sólo se iniciará cuando el hombre salte el cerco, principiando con ello la modificación efectiva de los cursos causales. Cuando el autor prosiga sus intervenciones en la causalidad natural hasta hacer caer la fruta -y, de paso, un nido- sacudiendo el árbol, tendremos una acción de "hacer caer una fruta invadiendo el predio ajeno y derribando un nido" (esto último como consecuencia accesorio aceptada y lo segundo como medio necesario para la obtención del objetivo). Los entrecruzamientos de la etapa puramente interna con la ejecución

⁵⁷ WELZEL, I, I, pág. 54; Nuevo sistema, I, I, pág. 25; La teoría de la acción finalista, cit., II, pág. 19.

⁵⁸ De esta formulación se deduce que no cualquier exteriorización de la resolución da principio a una acción determinada. Para ello es necesario que comience a manifestarse la voluntad de realización de esa acción en concreto. Sobre la importancia de esta precisión para el concepto de la tentativa, infra, 35, II, 19.

⁵⁹ WELZEL, 8, I, pág. 54.

efectiva de la acción se apreciarán si se imagina que el sujeto sólo vio los nidos cuando ya se encontraba bajo el árbol y, luego de reflexionar sobre ello, prosiguió adelante, aceptando lo que pudiera ocurrirles.

El concepto de acción finalista, tal como se lo ha descrito, servirá de base al sistema de la teoría del delito que se expondrá en esta obra. Por tal razón es conveniente hacerlo objeto de algunas precisiones adicionales.

aa) La acción posee una estructura compleja, comprensiva tanto de la voluntad que la dirige, como de su manifestación en el mundo exterior. Si falta cualquiera de esos dos componentes no existe acción alguna.⁶⁰

1.- Al aspecto exterior de la acción pertenece el *movimiento corporal del agente*, pero no los *resultados* que éste produce como consecuencia causal de esa actividad. El resultado, cuando lo hay, trasciende a la acción; por lo mismo, es inconcebible que la integre. Así, de la acción matadora forman parte el acto de apuntar en dirección a la víctima y el de gatillar el revólver, pero no la muerte del ofendido, que puede ocurrir o no; la acción de hacer caer una fruta está integrada por el sacudimiento del árbol, pero no por el derribamiento efectivo de la manzana, que puede no suceder. *Acción y resultado* son cosas distintas, como que una es la *causa* y el otro el *efecto*. En algunos casos acción y resultado formarán parte del *hecho* descrito por el tipo,⁶¹ pero no siempre es así. Hay tipos configurados por hechos en los que se exige una acción pero no un resultado entendido como consecuencia causal de aquélla (*violación, injuria, tentativa o delito frustrado*, en general, etc.), y hay hechos en los que se da el resultado y falta la acción; estos últimos no deben servir jamás de base a un tipo, pero eso no significa que carezcan de toda relevancia jurídica: pueden, por ejemplo, constituir el presupuesto de una causal de justificación, como el estado de necesidad justificante,⁶² de exculpación, como el miedo insuperable,⁶³ o determinar la conversión de un delito consumado en frustrado, tentativa e, incluso, en acto preparatorio impune.⁶⁴

De lo dicho se concluye que los problemas relativos al resultado y al nexo causal entre éste y la acción no forman parte de la teoría de la acción sino de la del tipo.⁶⁵ En cambio, constituye un problema diferente el relativo a si la producción del resultado es o no cofundante del injusto típico.⁶⁶

2.- A la acción, en su aspecto interno (psíquico), pertenece la *finalidad*, es decir, la *voluntad de realización del hecho mediante la dirección de los procesos causales desde el fin y gracias a la capacidad del autor para supradeterminarlos de acuerdo con*

⁶⁰ Infra, 15, antes de I.

⁶¹ Infra, 17, antes de I.

⁶² Infra, 24, II, b).

⁶³ Infra, 29, III, b).

⁶⁴ Infra, 35, II.

⁶⁵ MAURACH, I, 17, III, págs. 219 y sigs.; NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 13, págs. 82 y sigs. Otra opinión en MEZGER, I, 12, III, págs. 172 y sigs.: "En el concepto de la acción está comprendido el concepto del resultado. Resultado del delito es la total realización típica exterior; por ello, el resultado comprende tanto la "conducta corporal del agente" como el "resultado externo" causado por dicha conducta. La posición de JESCHECK, 26, II, 1, a), pág. 235, difiere sólo aparentemente de la del texto.

⁶⁶ Sobre ello, con detalle, JAKOBS, 6, 69 y sigs., págs. 201 y sigs., quien a diferencia del texto, vincula estrechamente las dos cuestiones. Véase, además, supra, I, III, c), cc).

su experiencia. Así, pues, la finalidad no es lo mismo que la *voluntariedad o mínimo subjetivo*, vacía de contenido, que la teoría causal colocó en la base de la acción.⁶⁷ La finalidad es *voluntad de realización* y, por ende, está plena de contenido y dirección. Tampoco se han de confundir finalidad y motivación. La motivación es anterior a la acción y coincide con la formación de la voluntad de realización, un proceso mediante el cual el Yo-central o el plano de la personalidad caracterológica efectúa la selección "conforme a sentido" de los impulsos que provienen del plano profundo de los instintos.⁶⁸ La finalidad, en cambio, es la voluntad de realización misma, expresándose en acto, es decir, operando sobre el mundo exterior para la realización del fin cuya elección fue el *resultado* de la motivación.⁶⁹

La motivación no pertenece a la acción, porque no contribuye a su dinámica sino en cuanto, recogida por la finalidad, se realiza en ella. La motivación es sólo una condición de la acción, no un elemento de su estructura. Por esto, la relevancia jurídica de la motivación sólo se expresa cuando se trata de *reprochar* la acción a su autor. Porque, dadas las condiciones concretas en que obró, *pudo* —y por eso *debió*— comportarse de otra manera. Sin embargo, existen también algunos casos en los cuales un motivo determina la tipicidad de la conducta.⁷⁰ El hecho de que esto ocurra excepcionalmente, demuestra asimismo que finalidad y motivación son cosas distintas.

bb) Es importante destacar también que, según se deduce de lo expuesto, no existe una "acción en abstracto" — sino sólo "*acciones concretas*", como "acción de matar", "de sustraer", "comer", de "botar una fruta" o de "derribar un nido".

Dado que las consecuencias seguras o simplemente posibles (pero aceptadas) de los medios empleados también integran el contenido de la acción concreta, es posible, incluso, que cada una sea, en rigor, diferente de todas las otras. Por esto, para describir unitariamente a un grupo de ellas es indispensable hacer siempre abstracciones que las reducen a sus rasgos principales comunes, presentándolas, por así decirlo, como "familias de acciones". En la ley penal esta tarea compete a los *tipos de injusto* que la efectúan siguiendo pautas técnicas complejas. Sin embargo, las peculiaridades de la acción concreta vuelven a cobrar significación jurídica en varios aspectos y, especialmente, para la distinción entre los actos preparatorios (impunes) y la tentativa de un delito.⁷¹

La naturaleza concreta de una acción la determina el fin que persigue su autor. Así, la conducta de quien guía un automóvil puede ser lo mismo una sencilla acción "de viajar", cuando el propósito del conductor es sólo trasladarse de un lugar a otro, una acción "de matar", si está destinada conscientemente a embestir con el vehículo a un adversario para quitarle la vida, y una acción "de dañar" si lo dirige contra una tienda de campaña a fin de destruirla.

cc) La palabra, hablada o escrita, es acción.⁷² Pero como el lenguaje es el vehículo inmediato para la comunicación del pensamiento, es posible que la construcción

⁶⁷ Supra, I.

⁶⁸ WELZEL, *Nuevo Sistema*, VI, I, págs. 86 y sigts., y la bibliografía allí citada, en la que se destaca la influencia de SCHELER.

⁶⁹ Una fina distinción entre voluntad y motivos se encuentra en KANT, *Fundamentos de una metafísica de las costumbres*, cit., 32.

⁷⁰ Infra, 18, IV.

⁷¹ Infra, 35, II.

⁷² Otra opinión en JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 289, pág. 465, quien niega el carácter de actos a las que denomina "resoluciones manifestadas". La opinión del jurista español se funda en su temor a la punibilidad del pensamiento.

de tipos penales sobre acciones verbales traiga aparejada una tendencia a castigar manifestaciones ideológicas. En esto me parece que la *regla* ha de ser la de someter a sanción sólo acciones verbales que dañen (arts. 412 y 416 del C.P.) o *pongan en peligro concreto* (arts. 8º, 292 y sigts., 296 y sigts. del C.P.) a un bien jurídico determinado. Los tipos de *peligro abstracto* —cuya legitimidad siempre es cuestionable—⁷³ cuando se los construye sobre acciones verbales entregan al juez una facultad discrecional precisamente en el límite que separa lo ideológico de lo fáctico y se prestan, por ende, para arbitrariedades; por esto son inaceptables.

c) El concepto finalista de la acción modifica profundamente la teoría del delito en general. El tipo ya no es la descripción de la pura exterioridad del hecho, sino que, en tanto se refiere a una acción, alude además a la voluntad que lo orienta. La antijuridicidad, por consiguiente, supone un juicio de desvalor que recae también sobre ese contenido subjetivo, acentuando el desvalor de la conducta y dando origen a un "injusto personal",⁷⁴ en virtud del cual lo que exteriormente *pareciera ser un mismo hecho*, es enjuiciado de manera diferente respecto a los distintos intervinientes en él precisamente porque al concurrir con diversas orientaciones subjetivas, cada uno de ellos está realizando una acción también diferente. Finalmente, la culpabilidad concluye el proceso de normativización que había principiado durante el predominio del neokantismo, despojándose de referencias fácticas superfluas y convirtiéndose en un juicio de reproche dirigido al autor porque podría comportarse de manera distinta a como lo hizo. La teoría finalista es pues, *ante todo*, una teoría sobre la acción, porque presupone que el carácter ontológico de ésta condiciona prejurídicamente la noción del delito y su estructura; pero las consecuencias de esa determinación y sus resultados prácticos suelen ser más perceptibles en el análisis de los otros aspectos del hecho punible, especialmente en el del injusto.

d) Desde el punto de vista político criminal, la concepción finalista presenta ventajas que, sin embargo, con frecuencia se le desconocen. Su mayor mérito es que permite descartar más pronto que la concepción tradicional la punibilidad de aquellas conductas en las cuales no concurren los elementos subjetivos requeridos por la ley para sancionarlos. Esto, en efecto, el causalismo y sus variantes sólo está dispuesto a hacerlo en el ámbito de la culpabilidad, muchas veces después de un proceso largo cuyas consecuencias para el afectado suelen ser devastadoras y ruinosas. En cambio el finalismo, al instalar los elementos subjetivos en el tipo, presupone que su existencia es un antecedente al que debe atenderse aún antes de someter a proceso al inculpado, lo que sólo se justificará cuando existe por lo menos alguna evidencia razonable de que están presentes en el hecho.⁷⁵

Esta consecuencia práctica, cuya importancia es incalculable, deriva de que la concepción finalista de la acción es más realista que su antecesora y valora más los componentes

⁷³ Infra, 17, II, b).

⁷⁴ Sobre el concepto de "injusto personal", véase, además, ARMIN KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*, cit., págs. 159 y sigts.

⁷⁵ En el mismo sentido, con detalle, ZAFFARONI, 28, II, págs. 396 y 397.

espirituales de la persona humana. Sus antagonistas, sin embargo, prescinden por completo de ella. En cambio la acusan de que, como implica la introducción de componentes subjetivos en el injusto y, por consiguiente, en las causales de justificación, genera un riesgo de incertidumbre en la apreciación de estas últimas.⁷⁶ Desde luego esto es efectivo sólo hasta cierto punto porque, aparte de que los elementos subjetivos de justificación no tienen la naturaleza vaga y moralizante que a veces se les atribuye,⁷⁷ en su determinación procesal también rige el principio *in dubio pro reo*. Pero, además, no se tiene en cuenta que los casos en los que la exclusión de la tipicidad por ausencia de dolo o culpa decidirán la no apertura del proceso, son en la práctica muchísimo más frecuentes e importantes que aquellos en los cuales se presentan dudas sobre los requisitos subjetivos de una causal de justificación. Desde el punto de vista sistemático, este argumento estadístico es, por cierto, irrelevante, pero para la perspectiva político-criminal aseguraría las ventajas de la teoría finalista, incluso si fuera el único de que pudiera echarse mano al defenderla.

La mejor prueba de que la concepción final de la acción se ajusta mejor a las necesidades de la práctica, es que los tribunales, intuitivamente, han trabajado siempre a partir de sus presupuestos básicos. Así, por ejemplo, cuando se produce la muerte de una persona con motivo de un accidente del tránsito, reconocen el carácter imprudente (culposo) del hecho ya cuando dictan el auto de procesamiento -e, incluso, antes, en el momento de iniciar el procedimiento- sin esperar para pronunciarse sobre su calificación subjetiva a la sentencia definitiva, que es donde se discuten usualmente las cuestiones relativas a la culpabilidad. Asimismo, el que intervino en un hecho en forma causal, pero de manera evidentemente inocente, nunca es sometido a proceso, no obstante que, de acuerdo con la concepción causal del delito, su participación debería considerarse típica y antijurídica. Si alguna vez se hubieran aceptado rigurosamente los criterios de la teoría tradicional, esta manera de obrar sería inexplicable; pero, por otra parte, las decisiones consistentes con ella constituirían un atentado contra la economía procesal, la equidad y la seguridad personal de los ciudadanos.

Aparte de lo expuesto, la concepción finalista implica la exclusión de toda responsabilidad objetiva.⁷⁸ Como el delito supone una acción humana o, en su caso, una omisión y ésta, a su vez, una voluntad que la orienta hacia un fin determinado y de una cierta manera, la verificación del componente subjetivo es una exigencia impuesta por su estructura ontológica, que limita las pretensiones punitivas del legislador. Por tal motivo, a éste no le es lícito sancionar la pura causación objetiva de un resultado, a menos que decida renunciar al derecho penal de actos e intente regular a las fuerzas de la naturaleza, lo cual, obviamente, escapa a sus posibilidades.

Así como *no debe* imponerse una pena a conductas que no lesionan o ponen en peligro un bien jurídico⁷⁹ *no puede* castigarse la lesión o puesta en peligro del bien jurídico provocada por el acaso y no por una acción —u omisión—. La combinación de estos dos criterios —de los cuales el segundo cuenta con una base aún más sólida que el primero a causa de su índole ontológica— constituyen el fundamento para una interpretación de la ley adecuada a los requerimientos del Estado de Derecho Democrático.

Esta consideración subraya la función de la acción como base sobre la que descansa la arquitectura del delito, según queda de manifiesto en el art. 1º inc. primero del C.P., conforme al cual el delito es, ante todo, acción u omisión. Cada tipo, en efecto, *debe* referirse a una acción. Los restantes elementos del hecho pueden faltar: la acción nunca —en su defecto habrá una omisión—. Por consiguiente, la ley no puede tipificar cualquier cosa. Un tipo que prescinde de la acción no es un

⁷⁶ En este sentido POLITOFF, 8, 2, A, a), págs. 335 y sigts. y *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., 7, págs. 56 y 57.

⁷⁷ Sobre ello, infra, 23, I, b).

⁷⁸ Infra, 25, I, b), bb).

⁷⁹ Supra, I, III, c), cc), 1.

266

tipo. Por esto, la acción no es sólo una categoría del tipo,⁸⁰ sino algo que a éste se impone y que, en cuanto es anterior a él y lo condiciona, goza de independencia y constituye un elemento autónomo del delito.⁸¹

En rigor, puede imaginarse una legislación que adopte otro criterio y decida castigar hechos, acontecimientos causales en cuya producción no ha intervenido la voluntad del hombre. La Historia consigna ejemplos. Darío mandó azotar al océano por haber abatido las naves de su escuadra y en la Edad Media fueron frecuentes los procesos contra animales. Todo el derecho penal germánico, fundado sobre una responsabilidad objetiva, castiga en definitiva, puros hechos, y otro tanto parecía hacer el de nuestros aborígenes mapuches.⁸² Pero soluciones como éstas no son compatibles con las convicciones culturales de nuestra época, para las cuales incluso resultan risibles.

Sin embargo, hasta el presente subsisten en los ordenamientos jurídicos situaciones más difíciles de detectar, en las que del hecho causal no se derivan consecuencias penales para las cosas que intervinieron en él, sino para un hombre, al cual se le atribuyen mediante una imputación abusiva del puro vínculo causal. Estos casos son más corrientes de lo que parece. Las leyes antisemitas promulgadas por el nacionalsocialismo en Alemania son un ejemplo elocuente. No estaban destinadas a reprimir una conducta sino a sancionar un estado preexistente, en cuya producción el sujeto no había intervenido. De la misma clase eran, entre nosotros, las normas que consagraban la punibilidad de la vagancia (arts. 305 y sigts. del C.P.), las cuales, por fortuna, han sido derogadas. Si nos esmeramos, encontraremos otros casos similares tanto en nuestras leyes como en las de la mayor parte de los Estados contemporáneos. Contra ellos —por nuestra organización jurídica y social— se alza la exigencia de que los tipos están constituidos sobre una acción. A esto se refiere WELZEL cuando niega que sea ley la que “condena a muerte a todos los niños de ojos azules”. Es posible que quienes proponen sustituir la acción por el hecho típico no reparen debidamente en este punto.⁸³

V. CRITICAS A LA TEORÍA FINALISTA⁸⁴

a) La concepción de la acción elaborada por el finalismo se ha impuesto de manera extendida en el mejor derecho comparado, respecto de los delitos dolosos de acción. En cambio, existe la convicción muy generalizada de que es inservible para comprender la estructura de los delitos culposos⁸⁵ en general y, hasta cierto punto, también la de los dolosos de omisión.⁸⁶ En muchos casos, se duda también de su idoneidad para explicar los hechos punibles dolosos cometidos como consecuencia de reacciones automáticas.⁸⁷

No es posible anticipar en este lugar una respuesta minuciosa a tales críticas, que usualmente conducen a desestimar el criterio finalista, sobre todo en lo referente a sus presupuestos filosóficos.⁸⁸ Para ello es preciso referirse con detalle a los temas respectivos. Aún así, sin embargo, puede señalarse desde luego lo siguiente:

⁸⁰ Otra opinión en COUSIÑO, I, 66, págs. 261 y sigts., 83 a 87, págs. 326 y sigts., en donde se desenvuelve prolijamente el punto de vista impugnado en el texto. Véase, además, supra, en este mismo párrafo, II.

⁸¹ Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Problems of cognition in legal science with reference to penal law*, en L.S., vol. 1, 1970, págs. 18 y sigts. En el mismo sentido JAKOBS, 6, 67, pág. 200 y JESCHECK, 23, I, 1, pág. 197.

⁸² Supra, 6, II, a).

⁸³ Cfr. ARMIN KAUFMANN, *Problems of cognition in legal science with reference to penal law*.

⁸⁴ La exposición de este capítulo a los estudiantes debe posponerse. Pero conviene hacerlos volver sobre los temas a que se refiere una vez concluido el estudio de la teoría del delito.

⁸⁵ Véase, por todos, NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 21, págs. 116 y sigts.; FERNANDEZ CARRASQUILLA, I, 32, 10, págs. 337 y sigts.; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, S.A., Madrid, 1966, págs. 105 y sigts.; JAKOBS, 6, 15, págs. 165 y 166.

⁸⁶ FERNANDEZ CARRASQUILLA, I, 32, 11, págs. 344 y sigts.

⁸⁷ JAKOBS, 6, 16, págs. 166 y 167.

⁸⁸ Así, por ejemplo, GIMBERNAT, *¿Qué es la imputación objetiva?*, en *Estudios Penales y Criminológicos de la Universidad de Santiago de Compostela*, X, 1987, pág. 170, para quien incluso un concepto ontológico de acción sólo puede ser causal.

No hay duda de que el reconocimiento de la estructura finalista de la acción no tiene una significación jurídica idéntica para los delitos dolosos de acción que para los de omisión o para los imprudentes en general. En todos ellos, sin embargo, cumple la función primordial de enfatizar que el derecho penal no puede regir el acaso, sino sólo aquellos hechos que son o pueden ser gobernados por la voluntad del hombre. Lo cual quiere decir que debe excluirse de antemano del ámbito de la regulación punitiva toda situación que no podía ser dominada por el autor.⁸⁰ Si los frenos de un automóvil nuevo fallan de manera súbita⁸¹ -por ejemplo a causa de un defecto de fábrica imprevisible para el usuario- y a consecuencias de ello el conductor atropella y mata a otra persona sin disponer de medio alguno para evitarlo, la total ausencia de gobernabilidad del hecho por la voluntad del sujeto excluye la existencia de una situación jurídica penalmente ordenable (mandable o prohibible). ¡Sólo una miopía legislativa inexcusable ha permitido que en nuestro ordenamiento jurídico se haya deslizado una norma, contrastante con esta conclusión, a la que la falta de rigor hermenéutico de la jurisprudencia ha impedido corregir! Lo mismo sucede cuando el salvavidas del balneario no acude a socorrer al bañista que se ahoga, porque un poco antes fue asaltado y atado por unos facinerosos, de manera que no puede moverse.

Se puede argumentar que con cualquier concepción de acción la práctica llega a estos mismos resultados. Pero lo importante es que pueda también fundamentarlos en forma racional pues eso, por ejemplo, le permitiría rectificar las disposiciones que los contradicen, apoyándose en su inconstitucionalidad. Esta última observación basta para apreciar la importancia de reconocer la naturaleza y estructura prejurídicas reales de la acción.

b) La otra crítica que se ha dirigido con insistencia a la teoría finalista consiste en que, al subjetivizar el concepto de lo injusto introduce un riesgo de *etización del derecho penal*. Esta objeción se reitera con particular insistencia en la doctrina iberoamericana,⁸¹ muy sensible a ella a causa de que los gobiernos autoritarios de la región se han servido usualmente de argumentos moralizantes para justificar sus excesos.

Es cierto que la subjetivación ilimitada del injusto puede conducir a un *derecho penal del ánimo* y a la punibilidad de meras intenciones, sobre todo si se desvaloriza completamente la función del disvalor de resultado, como ocurre en la sistemática del fundador del finalismo.⁸² También parece ser verdad que, desgraciadamente, cuando recién la formuló, WELZEL puso su concepción al servicio de la dictadura nacionalsocialista, a cuyas ideas se adaptó con facilidad.⁸³ Unas formas de etización como éstas, que pretenden prohibir la expresión de la disidencia, o exigen al ciudadano motivarse en la forma impuesta por quienes cuentan con el poder son, sin duda, intolerables.

Pero así como es injusto atribuir a la neutralidad valorativa de los neokantianos todas las consecuencias indeseables que se extrajeron de ella,⁸⁴ también lo es responsabilizar al finalismo por las que le asignaron sus expositores en momentos de debilidad o inconsistencia política, o por las manipulaciones de que puedan haberlo hecho objeto grupos de interés deseosos de instrumentalizarlo. Toda idea valiosa está expuesta a que se la deforme. En circunstancias históricas difíciles, también los sostenedores de la concepción causal de la acción y, consiguientemente, de un injusto objetivo, han encontrado la forma de adecuarlos a las necesidades y pretensiones de gobiernos autoritarios o corruptos.

En cambio, la teoría finalista posee un sustrato ético positivo que sí debe destacarse y constituir una aspiración del derecho del porvenir en un Estado Democrático de Derecho. Ante todo, porque cuando afirma la naturaleza y estructura de la acción humana sobre una base ontológica, distinguiéndola radicalmente de los simples hechos causales y estados preexistentes ingobernables, enfatiza también la dignidad del hombre. Por esto, la concep-

ción de las "estructuras lógico-objetivas" ofrece también un fundamento del cual derivar una *teoría de los derechos humanos* y de su salvaguardia. Ciertamente esto se trastoca si se hace depender la reacción punitiva únicamente del disvalor de la acción; pero lo mismo sucede cuando, a la inversa, se pone todo el énfasis en la pura lesión o puesta en peligro del bien jurídico, postergando el análisis sobre el contenido y la orientación de la voluntad que dirige la conducta. Entendida así -es decir, como afirmación de la responsabilidad ética del derecho frente al hombre- la etización del ordenamiento punitivo provocada por el finalismo debe ser bienvenida. El problema consiste en formular el sistema desde esa perspectiva y evitar deslizamientos en un sentido negativo. Pero, a fin de cuentas, cualquier concepción humana está expuesta al riesgo de ser desvirtuada e instrumentalizada con propósitos deleznable o a causa de errores y exageraciones inconvenientes. Lo importante es estar dispuesto a trabajar con la finalidad de rescatar su contenido más valioso para ponerlo al servicio de la sociedad, cuyo perfeccionamiento y preservación en el respeto de todos sus integrantes debe constituir su meta fundamental. Por eso, la elección de una entre varias debe ser determinada por su idoneidad potencial para cumplir esos cometidos. Naturalmente, la medida en que esa aptitud concurre en cada una de las que disputan el campo está abierta al debate: sólo un enfrentamiento desapasionado y respetuoso permitirá que todas contribuyan al objetivo común. Por lo que a mí se refiere, estoy convencido de que para desarrollar una teoría del delito acorde con los dictados de justicia, humanidad, certeza y mínima intervención que deben presidir al derecho penal de un Estado Democrático, es indispensable encabezarla con un concepto de acción realista, esto es, integrado por la finalidad que la gobierna.⁸⁵

VI. ESTADO ACTUAL DEL DEBATE. LA TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN

a) Aunque no consiguió imponer sus presupuestos filosóficos ni, consiguientemente, la totalidad de sus consecuencias, el finalismo cuenta con un grupo de adherentes importante en Alemania, Austria, Suiza, España, Italia y Sudamérica e, incluso, Japón. Por otra parte, aun sin compartir el punto de partida, un sector de la doctrina y la legislación comparada aceptan gran parte de sus hallazgos mas importantes, como la ubicación del dolo en el tipo de injusto, el concepto normativo de la culpa o imprudencia fundado en la infracción de un deber objetivo de cuidado, la exigencia de elementos subjetivos de justificación, el tratamiento del error de prohibición y la teoría del dominio del hecho para la determinación de la autoría. Por lo menos en Europa occidental, sólo Francia, Holanda y Bélgica parecen permanecer al margen de su influencia -prescindiendo, claro está, de Gran Bretaña, cuya tradición jurídica discurre por otros cauces.⁸⁶

En la literatura chilena la primera exposición sistemática de la teoría del delito desarrollada de acuerdo al criterio finalista fue mi obra *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, cuya primera edición procede de 1969. Antes, en la primera edición de su *Derecho Penal* (1964) y en la monografía sobre *El concurso aparente de leyes penales*, se había adherido al finalismo ETCHEBERRY.⁸⁷ Sin embargo, su sistema poco tiene en común con el del finalismo, aproximándose más bien al expuesto

⁸⁰ En el mismo sentido STRATENWERTH, 148, pág. 57 y ZAFFARONI, 28, IV, pág. 400. Véase también supra, IV, d), al final.

⁸¹ STRATENWERTH, loc. cit. en nota anterior.

⁸² Véase, por todos, BUSTOS, *Consideraciones en torno del injusto*, en *Bases Críticas*, 3, pág. 27; FERNANDEZ CARRASQUILLA, I, 39, 4, págs. 284 y sigs.; NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 16, págs. 96 y sigs.; POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., 7, págs. 56 y sigs.

⁸³ Supra, I, III, c), bb).

⁸⁴ Cfr. POLITOFF, *Sistema jurídico - penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho*, en *Nuevo Foro Penal*, N° 45, Bogotá, Julio - Septiembre de 1989, págs. 313 y sigs.

⁸⁵ Supra, II.

⁸⁶ En sentido semejante ZAFFARONI, 28, II, 2, pág. 397.

⁸⁷ JESCHECK, 22, V, 6, págs. 192 y 193.

⁸⁸ ETCHEBERRY, 1ª edición, I, págs. 161 y sigs.; *El concurso aparente de leyes penales*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, sin fecha, 30, págs. 77 y sigs.

por MEZGER en su *Derecho penal*, libro de estudio, de 1955.⁹⁸ En la misma época se afilió a ese criterio —del que luego se ha distanciado, pero sin prescindir de sus consecuencias fundamentales— BUSTOS, en la monografía *Culpa y Finalidad*, de 1967⁹⁹ y posteriormente COUSIÑO, en su *Derecho Penal Chileno*, cuyo tomo primero se publicó en 1975, y GARRIDO en las monografías sobre *El homicidio y sus figuras penales*¹⁰⁰ de 1976 y *Etapas de ejecución del delito, autoría y participación*,¹⁰¹ de 1984 y, en su obra general, *Derecho Penal*, cuya última edición data de 1997.¹⁰² Aunque con variantes, también acoge los puntos de vista fundamentales del finalismo LUIS ORTIZ.¹⁰³ De manera circunstancial se ha pronunciado además en su favor YAÑEZ,¹⁰⁴ extrayendo conclusiones en materia de participación criminal.¹⁰⁵ Desde el punto de vista sistemático, también se orienta en este sentido NÁQUIRA.¹⁰⁶ En conjunto, un sector importante de la doctrina nacional se inclina en la actualidad por la concepción finalista de la acción, aunque no todos los autores citados acogen sus fundamentos filosóficos ni se pliegan íntegramente a sus criterios sistemáticos.

b) Con posterioridad a la polémica entre causalismo y finalismo se ha desarrollado en Europa una *teoría social de la acción*, según la cual “acción es (...) comportamiento humano socialmente relevante”.¹⁰⁷ Un comportamiento es *socialmente relevante* cuando afecta a la relación del individuo con su mundo circundante y sus consecuencias alcanzan a este último.¹⁰⁸

La teoría social de la acción, a la que adhieren entre otros JESCHECK y WESSELS en Alemania y RODRIGUEZ MOURULLO en España,¹⁰⁹ se atribuye sobre todo el mérito de abarcar en su concepto todas las formas de conductas jurídicamente significativas (acción y omisión, hechos dolosos y culposos). Pero la noción de que se sirve está recargada de componentes valorativos, a causa de lo cual es imposible distinguirla de los restantes elementos del delito¹¹⁰ y recae en la tendencia neokantiana de disolver la acción en el tipo.¹¹¹ Además, nunca se la ha formulado de una manera precisa y clara, justamente porque los ingredientes axiológicos difuminan sus contornos. Por estas razones ha tenido escasa difusión en nuestro medio.¹¹²

§ 15. LA AUSENCIA DE ACCIÓN

Como no hay delito sin acción —u omisión en su caso— es obvio que cuando no existe acción tampoco existe delito si, además, no concurren los presupuestos de una omisión. Esto la ley no ha necesitado decirlo, pues la presencia o ausencia de acción es una situación de hecho que, por regla general, puede verificarse fácilmente. Ocurre así, en especial, cuando lo que falta es la manifestación exterior de la voluntad, es decir, cuando ésta no se ha materializado en cambio alguno del mundo exterior y permanece en estado de simple deseo, lo mismo si se lo ha o no expresado.

En cambio, se prestan a dudas los casos en los que se ha operado una modificación externa que, sin embargo, no ha sido conducida por la voluntad del autor y es una pura consecuencia de fuerzas naturales o de terceros que aquél no está en condiciones de dominar. En tales situaciones se presenta una apariencia de acción, cuya presencia descartará un examen posterior. Las hipótesis indiscutidas son las de la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos y los movimientos ejecutados durante el sueño normal o sonambúlico, todas las cuales son de importancia práctica reducida.¹¹³ Para resolver otros casos que presentan más dificultades, es preciso tener en cuenta el siguiente criterio general: No hay acción cuando puede afirmarse que el sujeto sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin intervención de su voluntad en la conducción del mismo hacia un fin. Por el contrario existe una acción si la voluntad del agente orientó los cursos causales, aunque lo hiciera para dirigirlos hacia una meta distinta de la que alcanzó (caso de error)¹¹⁴ o porque se había formado anormalmente, bajo la presión de circunstancias extraordinarias (casos de inculpabilidad).¹¹⁵

Ejemplos: No existe acción dañosa del hombre que es empujado por otro, cae sobre una vidriera y la rompe. La hay, en cambio, cuando el sujeto conduce con prudencia su automóvil y mata a un suicida que se arroja sorpresivamente bajo el coche. En este caso debe apreciarse una acción de “conducir automóvil” que, por un error invencible del autor, ha ocasionado una muerte. También existe acción si el sujeto es amenazado con un arma de fuego para que redacte y suscriba una carta injuriosa. En este último caso la acción de injuriar será inculpable a causa de que la voluntad que la orienta se forma de manera anómala, pero no está ausente.

La diferencia entre los casos de auténtica ausencia de acción y aquellos en que ésta existe pero falta algún otro elemento del hecho punible (tipicidad, culpabilidad) cobra importancia especialmente en materia de concurso de delincuentes¹¹⁶ y principio de ejecución en la tentativa.¹¹⁷

⁹⁸ En el mismo sentido del texto NOVOA, *Causalismo y finalismo*, Introducción, pág. 15, con énfasis en la nota 11.

⁹⁹ BUSTOS, *Culpa y Finalidad*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 1967, págs.

¹⁰⁰ GARRIDO, *El homicidio y sus figuras penales*, Ediciones Encina, Santiago, 1976, págs.

¹⁰¹ GARRIDO, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, págs.

¹⁰² GARRIDO, II, especialmente 3.3, págs. 36 y sigts, pero también a lo largo de toda la obra.

¹⁰³ ORTIZ, LUIS, *Algunas consideraciones sobre la acción finalista*, en R.C.P. Tomo XXIV N°s. 1 y 2, Santiago, 1965, págs. 3 y sigts. y 101 y sigts. respectivamente.

¹⁰⁴ YAÑEZ, *Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno*, en R.C.P., tomo XXXIV N° 1, págs. 49 y sigts.

¹⁰⁵ Véase infra, 38, I, c), cc).

¹⁰⁶ NÁQUIRA, especialmente págs. 123 y sigts.

¹⁰⁷ JESCHECK, 23, IV, 1, pág. 201.

¹⁰⁸ JESCHECK, 23, IV, 1, págs. 201 y 202.

¹⁰⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, XII, II, 3, pág. 220. Véase una bibliografía más detallada en GIMBERNAT ORDEIG, ¿Qué es la imputación objetiva?, cit., I, nota 3), págs. 171 y 172.

¹¹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, ¿Qué es la imputación objetiva?, cit., II, sobre todo 3, pág. 174.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Cfr. MUÑOZ CONDE, 7, b), págs. 19 y 20, quien no ha encontrado autores latinoamericanos que la sigan.

¹¹³ En cambio, como se verá infra, 45, los casos de ausencia de omisión son más frecuentes y significativos.

¹¹⁴ Infra, 18, II, d), ee).

¹¹⁵ Infra, 29, I y II.

¹¹⁶ Infra, 38, I, a) y b).

¹¹⁷ Infra, 35, II, A.

I. LOS CASOS INDISCUTIDOS DE AUSENCIA DE ACCIÓN

a) La fuerza física irresistible

En primer lugar debe mencionarse la hipótesis de *fuerza física irresistible*, (vis absoluta) en las que el movimiento corporal del agente es el resultado de un acontecimiento ajeno a él, que ha doblegado no sólo su voluntad sino también su cuerpo. Los ejemplos son, en su mayoría, creaciones de laboratorio con poco interés práctico: la mano de A es forzada por B para trazar sobre el documento la firma falsa; el dedo de C es forzado por D a oprimir el gatillo del arma cuyo disparo mata a la víctima; E empuja a F que cae sobre el cristal del escaparate y lo destroza; una piedra que cae de la ladera derriba a G, quien rueda y aplasta a su compañero de excursión, lesionándolo; se levanta súbitamente un viento huracanado que arroja a H sobre un objeto frágil al cual causa graves daños. Es obvio que A, C, F, G y H no han ejecutado acción.

Como se deduce de los ejemplos, la fuerza puede proceder de la actividad de un tercero o de los elementos de la naturaleza. La distinción importa, porque en el primer caso existirá una acción de quien la ejerce, mientras en el segundo no hay acto en absoluto.

Una parte de la doctrina cree que la ley se refiere expresamente a esta situación cuando exime de responsabilidad al que ha obrado "*violentado por una fuerza irresistible*" (art. 10 N° 9°, primera parte del C.P.). En mi opinión ésta es una causal de inculpabilidad y abarca los casos de coacción (vis compulsiva) y fuerza moral irresistible.¹¹⁸

b) Los actos reflejos

Los actos reflejos son respuestas automáticas del sistema nervioso a ciertos estímulos externos que, por consiguiente, la voluntad del sujeto no puede gobernar. En tales casos no hay acción, como cuando alguien estornuda, se le produce una hemorragia nasal y daña un valioso tapiz al mancharlo con sangre, o si recibe un golpe en la rodilla, levanta en forma refleja la pierna y da una patada a un tercero que pasa.

Tanto en estos casos como en los de fuerza irresistible, la inexistencia de acción puede, sin embargo, conciliarse con la presencia de una omisión.¹¹⁹ En el caso del que estornuda y mancha el tapiz, por ejemplo, el sujeto puede haber podido llevar consigo un pañuelo para cubrirse la nariz y evitar un accidente de esa clase, cuando era presumible que ocurriera porque padecía de un fuerte resfriado. Aunque usualmente estas hipótesis tienen significación social limitada, pueden darse algunas de mayor importancia, sobre todo en el campo de la delincuencia imprudente: un médico tiene que adoptar medidas para evitar las consecuencias de reacciones reflejas previsibles durante el curso de una intervención quirúrgica; lo mismo vale para el conductor de un automóvil, de una aeronave u otro vehículo motorizado.¹²⁰

¹¹⁸ Sobre ello, CORDOBA RODA, *Notas de derecho español* en MAURACH, II, 7°, págs. 71 y sigts., CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, I, pág. 331; JIMENEZ DE ASUA III, 1181, pág. 733. Una posición intermedia en ETCHEBERRY, I, págs. 348 y sigts. y COUSIÑO, I, 105, págs. 505 y 506, quienes coinciden con el criterio de la jurisprudencia. Respecto al detalle, infra, 29, III, a), aa).

¹¹⁹ JAKOBS, 6, 40, pág. 181.

¹²⁰ Infra, 19, III, c).

272

c) Movimientos realizados durante el sueño

Tampoco es acción el movimiento corporal ejecutado durante el sueño normal o sonambúlico.¹²¹ La madre que ahoga a su criatura durante el curso de un sueño agitado no realiza conducta alguna, así como tampoco el que derriba un jarrón mientras camina sonámbulo por la habitación.

Naturalmente, surge aquí el problema de si al echarse a dormir, la madre quiso aprovechar las condiciones de su sueño para dar muerte a la criatura; o de si, por lo menos, previó o debió prever el resultado letal. En el primer caso existirá una acción parricida (dolosa); en los otros, una conducta imprudente que serviría de fundamento a un homicidio culposo. Pero en estas situaciones la *acción final* se ha ejecutado cuando la mujer se acuesta a dormir junto a la criatura. Los movimientos posteriores no son sino el instrumento causal ciego de que la mujer se sirvió para lograr su objetivo, o al cual no imprimió la dirección final necesaria a fin de impedir resultados indeseables; por ende, esos movimientos no constituyen *acción*.

Suele mencionarse estas hipótesis entre las *actio liberae in causa* (acciones libres en su causa).¹²² Los resultados prácticos son semejantes. Pero las *actio liberae in causa* en sentido estricto son *acción*, si bien acción que, en principio, no podría imputarse al autor por haber sido defectuoso el proceso de formación de la voluntad que los orienta. En estos otros casos, en cambio, el movimiento corporal no constituye acción, porque la voluntad finalista no se ha formado incorrectamente, sino que, en verdad, no se formó y no existe.

II. LOS CASOS DUDOSOS

a) Menores y enfermos mentales

Por regla general los *inimputables*¹²³ (menores y enfermos mentales severos) ejecutan acciones. En efecto, un niño de diez años (art. 10 N° 2° C.P.) o un paranoico (art. 10 N° 1°, primera parte) imprimen usualmente una finalidad a su conducta; otra cosa es que, a consecuencia de su desarrollo psíquico insuficiente o patológico no sea posible *reprocharles* la acción ejecutada. En ellos no está ausente la *voluntad*, pero el proceso de su *formación* es anormal; éste es, pues, un problema de culpabilidad.

Sin embargo hay excepciones. Una criatura de seis meses de edad o un epiléptico durante el ataque tónico-clónico no realizan acciones. Los movimientos corporales de esos individuos carecen de dirección final y, por consiguiente, no satisfacen el concepto de acción. En las relaciones causales en que intervienen lo hacen como simples objetos. La decisión para efectuar el distingo se funda en la *capacidad de volición* del sujeto, es decir, en si posee una psiquis lo bastante desarrollada y sana como para querer que el mundo de los fenómenos *se oriente en un sentido determinado*. Esto basta. La normalidad o anormalidad de la volición, en cambio, nada tiene que ver con la existencia del acto.

¹²¹ Sobre el sueño sonambúlico, otra opinión en BUNSTER, *La voluntad del acto delictivo*, cit., 7, pág. 32. Como en el texto, COUSIÑO, I, 105, C, pág. 511; JAKOBS, 6, 41, pág. 181; NAQUIRA, pág. 51.

¹²² Infra, 27, II, b), aa).

¹²³ Infra, 27, II, a) y III.

Con todo, los movimientos de las criaturas y las convulsiones de un epiléptico durante una crisis son, en rigor, *actos reflejos*. Por esto, no es necesario crear una categoría especial en la cual subsumirlos para excluir su carácter de acción.

b) El sueño hipnótico

Los actos ejecutados durante el sueño hipnótico son más difíciles de solucionar. De acuerdo con el estado actual de los conocimientos sobre ellos, parece que en tales casos el sujeto *ejecuta una acción*, pero como el proceso de formación de su voluntad ha sido interferido por el sugestionador, no es libre y, en consecuencia, no se le puede reprochar. Se trata, por ende, de problemas relativos a la culpabilidad.¹²⁴

c) Actos habituales y pasionales

Contra lo que se afirma con alguna frecuencia,¹²⁵ los actos habituales y pasionales son *finales y constituyen acción*. Lo que ocurre es que en ellos la determinación del objetivo, la selección de medios y el examen de la forma en que se operará sobre los procesos causales se resuelven de manera automática porque responden a un aprendizaje previo que habilita para efectuarlos inconscientemente, aunque pueden volverse conscientes en cualquier momento.¹²⁶ En estos casos las reglas de la experiencia se han introyectado por el autor, de tal manera que éste puede servirse de ellas sin necesidad de una reflexión previa. Existe, pues, una voluntad que gobierna el acto y, probablemente, con mayor seguridad que en otros casos.

III. LA AUSENCIA DE ACCIÓN CON ARREGLO A LAS TEORÍAS CAUSALISTA Y FINALISTA

NOVOA ha observado que los casos de ausencia de acción a que se refiere la teoría finalista son los mismos que consigna la concepción causal. En su opinión, esto "reduce a límites bien medidos el 'gran descubrimiento' de los finalistas".¹²⁷

La observación es exacta. No así la consecuencia que de ella extrae su autor. En primer lugar, porque la fundamentación de por qué en todas estas situaciones no existe una acción, pese a que el movimiento corporal, el cambio en el mundo exterior, está presente, sólo resulta clara desde el punto de vista finalista. El causalismo, en cambio, únicamente puede lograrla mediante una construcción complicada que supone un desmembramiento del elemento subjetivo. Además, las principales consecuencias de la concepción finalista no se traducen realmente en grandes modificaciones de este aspecto, sino en la consideración y tratamiento de la antijuridicidad, de las causales de justificación, del error de tipo y prohibición, de la participación criminal, de la tentativa, etc. Así pues, el hecho de que no innove en materia de causales de ausencia de acción no atenúa su importancia.

¹²⁴ Véase infra. 27, II, b), ee), con detalle sobre el debate científico y la bibliografía disponible; como en el texto, NÁQUIRA, pág. 50.

¹²⁵ JAKOBS, 6, 16, págs. 166 y 167. Como en el texto, JESCHECK, 23, III, 2, a), pág. 199.

¹²⁶ JESCHECK, op. y loc. cit. en nota anterior.

¹²⁷ NOVOA, Causalismo y finalismo, 2, pág. 29.

CAPÍTULO VI TEORÍA DE LA TIPICIDAD (El injusto típico)

§ 16. TIPO Y TIPICIDAD

I. GENERALIDADES

El concepto de *tipo* es reciente y aunque se ha impuesto de manera amplia, sus contornos siguen siendo imprecisos. Esto se debe, en parte, a que se le atribuyen funciones diferentes, las cuales, en rigor, corresponden a significados también distintos.¹ Pero entre nosotros contribuye además a la polémica cierta confusión lingüística, pues en español la palabra *tipo* se emplea para traducir libremente el vocablo alemán *Tatbestand*, pero también para referirse a lo que en ese idioma se designaba con las expresiones de origen latino *Tipus* o *Delikt-tipus*, que actualmente se encuentran casi en desuso. De esta incerteza en las acepciones derivan equívocos y malos entendidos.

En honor a la verdad, la ley chilena no se refiere al tipo en parte alguna. Sin embargo, como el contenido del concepto es aludido, sin mencionarlo, por numerosos preceptos —incluyendo algunos de rango constitucional— es lícito usarlo para sintetizar las ideas a que se refiere, siempre que se precise lo que se entiende por tipo en cada caso. Con este objeto, conviene hacer desde luego las siguientes distinciones:

a) Antiguamente se habló de un *tipo en sentido amplio*, constituido por el conjunto de todos los presupuestos que deben concurrir para que sea posible imponer una pena. En esta acepción, tipo significa lo mismo que delito, abarca no sólo la descripción del hecho punible sino también los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, y es una noción inútil a inductiva a confusiones de la cual es preferible prescindir.²

¹ ROXIN, 10, 1 y sigts., págs. 277 y sigts., y *Teoría del tipo penal*, cit., págs. 169 y sigts. Véase, además, ZAFFARONI, 29, II, 2 y sigts., págs. 415 y sigts.

² WELZEL, 10, V, pág. 7.