

Hans Welzel



BJA

Biblioteca Jurídica Argentina

Copia Privada para uso Didáctico y Científico.

PROHIBIDA su Venta, Impresión o Distribución

TEORÍA
de la
ACCIÓN FINALISTA

Astrea, 1951

*Queda hecho el depósito de ley.
Derechos reservados.
Impreso en la Argentina.*

EDITORIAL DEPALMA
Uruguay 478 — Buenos Aires

Este libro fué impreso en el Establecimiento Gráfico DEPALMA

I N D I C E

I. La teoría de la acción finalista	9
II. La acción finalista	18
III. La teoría causal de la acción	24
IV. En cuanto a los tipos del derecho penal	26
V. En cuanto a la antijuridicidad	29
VI. En cuanto a la culpabilidad	31

LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA*

I. — La situación del derecho penal y de la ciencia del derecho penal está determinada por la tarea de hacer un balance de los problemas que nos han legado los regímenes totalitarios.

La práctica jurídica de estos regímenes nos ha mostrado en forma muy evidente, y en numerosos aspectos decisivos, los últimos extremos de determinadas teorías tradicionales del derecho penal. El hecho de que el nacionalsocialismo haya podido ocupar un bastión tras otro de la vida cultural y política, con relativamente poca resistencia, se basó, y no en último término, en que hizo suyos con extrema habilidad, conceptos tradicionales, los tergiversó y los apro-

* Este trabajo es la fusión hecha por CARLOS FONTÁN BALESTRA de diversos artículos publicados por el profesor HANS WELZEL, sobre la teoría de la acción finalista. Las traducciones del alemán fueron hechas en colaboración con EDUARDO FRIKER.

vechó en su beneficio. Así lo hizo con los conceptos "nacional" y "social" y así también con una serie de conceptos jurídicos importantes. Pero, por otra parte, no se debe desconocer que determinados conceptos y teorías jurídicas ayudaron al nacionalsocialismo sin proponérselo y sin darse cuenta de ello.

Visto en su totalidad, y prescindiendo de ciertas oscilaciones al principio de su dominio, se puede caracterizar el derecho penal del nacionalsocialismo como extremadamente utilitario y naturalista. "Justo es lo útil al pueblo", "la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo"; éstos fueron los principios fundamentales del derecho penal nacionalsocialista. ¿Pero no habíamos oído ya antes doctrinas similares? ¿No se vieron fuertes tendencias de la ciencia del derecho penal, en alto grado naturalistas y utilitarias, ya desde la segunda mitad del siglo pasado? Mucho tiempo antes del nacionalsocialismo, la antijuridicidad "material" fué caracterizada como daño social; fué justificado un hecho que trajera a la sociedad más provecho que daño. De la culpa fué deducido el factor éticamente indiferente de la peligrosidad; la pena fué degradada a una pura medida finalista de defensa social; al juez le fué fijado el papel de un mero

empleado administrativo, que debía tener más bien la tarea de previsión y seguridad, que la de la aplicación del derecho.

El nacionalsocialismo tomó la palabra a estas teorías, anuló las garantías del Estado jurídico, que de por sí formaron en aquellas teorías un cuerpo extraño, y puso en el lugar de los sujetos individuo y sociedad, sus valores centrales: pueblo, nación, raza. Intensificó también las tendencias utilitarias y naturalistas (biológicas), pero lo cierto es que pudo referirse en principio a las teorías anteriormente sentadas. Por eso, cuando queremos vencer la corrupción del derecho por el totalitarismo, no podemos sencillamente volver al estado de cosas en que estábamos *antes* de su aparición, sino que hemos de revisar en lo referente a sus límites, las teorías anteriores, que en parte hemos defendido nosotros mismos o bajo las cuales nos hemos educado.

Estos límites se dejan ver con relativa facilidad en un ejemplo en el cual, para el nacionalsocialismo, era especialmente fácil continuar teorías anteriores y desvirtuarlas en su sentido. En las discusiones sobre la punibilidad del aborto se había impuesto, mucho antes del advenimiento del nacionalsocialismo, la idea de que su prohibición no se basa en la inviolabilidad de

la vida humana en formación, sino en el interés de la política demográfica del Estado. El nacionalsocialismo realizó efectivamente esta idea: cuando en los años de guerra millones de obreros del este fluyeron a Alemania, el ministro de Justicia del Reich fué autorizado, por ordenanza del 9 de marzo de 1943, para exceptuar a las personas no pertenecientes al pueblo alemán de la prohibición del aborto. Como el Estado no tenía interés en el aumento de estos pueblos extranjeros, dejó en ellos el aborto libre de pena. Pero ¡qué sacudimiento de la moral tenía que producir esto en las mujeres alemanas, cuando vieron que el aborto era impune en las mujeres rusas o polacas, que trabajaron al lado de ellas en la chacra o en la fábrica, mientras en ellas el aborto era severamente penado! Aquí se demostraron visiblemente los límites del pensar utilitario. Si se refieren derecho e injusto exclusivamente al provecho o daño actual, entonces tiene que sacudirse en los ciudadanos el sentimiento de permanente fidelidad al derecho, que es más importante que el amparo de los bienes jurídicos concretos.

La misión principal del derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva, sino ético-social. Más esencial que el

amparo de los bienes jurídicos particulares concretos, es la misión de asegurar en los ciudadanos el permanente acatamiento legal ante los bienes jurídicos; es decir, la fidelidad frente al Estado, el respeto de la persona (de la vida ajena, la salud, la libertad, honor, etc.). Estos valores del sentir (*Gesinnungswerte*) son el verdadero fundamento sobre el cual se basan el Estado y la sociedad. El mero amparo de los bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del derecho penal es de naturaleza positiva ético-social. En cuanto rechaza y castiga la trasgresión realmente cometida de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico, el Estado manifiesta de la manera más ostensible de que dispone, la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético social de los ciudadanos y fortalece su sentir jurídico permanente. En esta función ético-social reside la misión más importante del derecho penal. Por eso debe expresar de manera precisa esta función en su estructura, ante todo mediante una distinción nítida frente a las medidas finalistas meramente preventivas; vale decir: la pena debe aplicarse solamente contra acciones reprobables desde el punto de vista ético-social

y no abusando de ella para la obtención de fines políticos. Presupuesto de la pena debe ser solamente la culpa, no la peligrosidad del autor, éticamente neutral. La pena debe ser solamente la retribución, medida según la magnitud de la culpa, y no una medida finalista preventiva, determinada según la duración de la peligrosidad del autor.

Solamente donde la función ético-social del derecho penal no puede tener ninguna eficacia, se debe recurrir a la función puramente preventiva de precaución; así respecto a personas que no son capaces de un compromiso ético-social, que dejan de serlo o que no lo son en escala suficiente; por lo tanto, en enfermos mentales y en los graves criminales habituales. Para el grupo relativamente pequeño de los criminales habituales, caracterológicamente, las más de las veces, gravemente degenerados, y los enfermos mentales peligrosos, deben aplicarse en lugar de las penas las medidas preventivas de seguridad. Dentro de este grupo humano, las teorías naturalistas-utilitaristas de los tiempos anteriores, tienen, si no completamente, en gran medida su razón de ser. Pero fué marcadamente desfigurada la perspectiva, cuando se consideró todo el derecho penal, por princi-

pio, desde el punto de vista del criminal habitual y de las medidas preventivas, desconociéndose la misión ético-social del derecho penal, que rige para la gran masa de los ciudadanos, capaces de un compromiso social. Frente a esa desfiguración de la perspectiva, es nuestra misión de hoy poner nuevamente en el punto central la función ético-social del derecho penal y elaborar sus consecuencias dogmáticas. Solamente así se puede incluir racionalmente en el derecho penal las exigencias de un Estado jurídico. Pues mientras las medidas preventivas de seguridad necesariamente tienen que trabajar con el concepto genérico apreciativo de la peligrosidad social, la función ético-social del derecho penal exige tipos claros, bien definidos, que indiquen los modos socialmente intolerables de acción en una forma *determinada*, y no paralicen por su indeterminación la libertad social del individuo. Mientras la duración de las medidas de protección depende de la duración incierta de la peligrosidad del autor, la pena está bien delimitada mediante la medida de la culpabilidad. Aquí, límites claros, determinados; allá, contornos borrosos, imprecisos. Históricamente se ha producido un grave daño al derecho penal, cuando la función ético-

social ha sido dominada por la preventiva (p. ej., en los procesos de la inquisición), lo mismo que fué crítico en el siglo XIX que la función preventiva fuera desplazada por la ético-social.

Dentro de estas tendencias que aspiran a reponer en su lugar la función ético-social del derecho penal y a extraer sus consecuencias dogmáticas, debe considerarse la estructuración de la teoría de la acción finalista. La teoría preventiva, para la cual la pena fué una mera medida de defensa social contra la amenaza de lesión de bienes jurídicos por parte de personas peligrosas, pudo conformarse con ver en el delito solamente la lesión de los bienes jurídicos, y de ese modo, en la acción solamente el efecto causal de la voluntad. Pero si el derecho penal tiene una función específicamente ético-social y están según ello en primer plano los modos ético-socialmente intolerables de comportamiento, entonces no basta para el concepto de lo injusto la situación creada por el resultado, sino que pasa a ser centro del interés penal la naturaleza de la acción intolerable. (Sobre esto puede verse más ampliamente mi *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlín, 1949, ps. 1 a 8)*.

* Versión castellana en preparación por los mismos traductores.

Han sido necesarias estas reflexiones, para situar la teoría de la acción finalista en el sistema al cual pertenece. Es cierto que actualmente la teoría finalista de la acción, tanto en Alemania como en Italia, suscita un interés especialmente vivo, pero, desgraciadamente, no se la considera la mayoría de las veces en su integridad, sino que, a menudo, más bien se toma uno u otro punto secundario y se critica la teoría según dicho punto. Con frecuencia resultan así cosas realmente sorprendentes. Así, por ejemplo, GRISPIGNI, en un comentario detallado de la teoría de la acción finalista, en apéndice de la tercera edición de su *Diritto penale italiano*, vió el sentido de la teoría en el intento de querer comprender dogmáticamente los hechos penales de los incapaces de imputación. Como uno de los fundadores de la teoría de la acción finalista puedo testificar que en la estructuración de mi doctrina he pensado en todo menos, precisamente, en los hechos penales de los enfermos mentales. Cuando, en 1928, se me ocurrió por primera vez la idea de la teoría de la acción finalista, me impulsaron exclusivamente ideas filosóficas, en el propósito de vencer el naturalismo en el derecho penal, como lo demuestra mi trabajo en la "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 51, ps. 703

y ss. Los hechos penales de los incapaces de imputación son solamente un problema al margen del derecho penal, al cual, partiendo de la teoría de la acción finalista, se ha dedicado sobre todo MAURACH. Pero de ello no debe originarse la impresión de que este problema constituya el interés principal de la teoría de la acción finalista. El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, como debía demostrar todo cuanto antes hemos expuesto, aspira al restablecimiento de la función ético-social del derecho penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la ciencia del derecho penal.

En estas reflexiones quisiera limitarme a exponer la posición dogmática de la teoría de la acción finalista para aclarar ciertos malentendidos y desvirtuar objeciones que contra ella se han hecho.

La acción finalista

II. — Con esta caracterización de la esencia de la acción humana nos incorporamos a una gran tradición filosófica. Desde que ARISTÓTELES (ética de Nicomach, 1112 b) mostrara la estructura de la acción, por primera vez a través de la

finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad media (ante todo por obra de SANTO TOMÁS) y quedó reconocida generalmente hasta HEGEL. Sólo a fines del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior. Me es grato poder establecer que, hasta ahora, no se ha formulado ninguna observación seria contra mis empeños de restablecer la comprensión del carácter finalista de la acción. No lo hace tampoco GRISPIGNI, que más bien toma esta teoría como una cosa trivial sobrentendida. Desearía que realmente lo fuera, pues entonces todos los malentendidos que aparecen en gran número, serían imposibles. Obviamente, no basta, pues, conocer sólo el viejo "*Omne ens intelligens agit propter finem*", sino que hay que comprender también que él tiene determinadas consecuencias sumamente concretas para la dogmática del derecho penal. Esto, por desgracia, no es totalmente sobrentendido.

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determina-

da escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega".

Para ilustrarlo, remito a la diferencia entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por el otro: en el asesinato todos los actos individuales están dirigidos desde el objetivo anticipado: la compra del arma, el acecho, el apuntar, el apretar el gatillo; mientras que en el rayo, el resultado "muerte" es la resultante ciega de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.

Como la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con

ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad conciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. Ella es el factor de dirección, que sobredetermina el acontecimiento causal exterior, sin el cual éste, destruído en su estructura material, degeneraría en un proceso causal ciego. Por eso, pertenece también a la acción, la voluntad finalista, como factor que conforma *objetivamente* el acontecimiento real.

En esta dirección objetiva del acontecimiento causal la voluntad finalista se extiende a todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo; es decir, a:

- 1) el objetivo que quiere alcanzar;
- 2) los medios que emplea para ello; y
- 3) las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

La actividad finalista no sólo comprende la finalidad de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias secundarias necesariamente vinculadas. La acción finalista es una construcción compresiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movi-

miento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos.

Por eso, no se debe opinar, partiendo de una pura interpretación de las palabras, que la "finalidad" podría tomar en consideración solamente el objetivo ("*finis*"). Esto no sería menos equívoco que cuando se quisiera objetar contra la "causalidad", que debería limitarse a la causa ("*causa*") y no podría satisfacer el efecto.

La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación a estas consecuencias de la acción comprendidas por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados *propuestos por la voluntad*; en lo referente a otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.

La enfermera que, sin pensar en nada, inyecta una dosis de morfina demasiado fuerte, de efecto mortal, realiza ciertamente una inyección finalista, pero no una acción finalista de homicidio. Quién, para practicar, tira en el crepúsculo contra un objeto que toma por un tronco, pero que

es una persona sentada, dispara ciertamente un tiro finalista de ejercicio, pero no realiza ninguna acción finalista de homicidio. En ambos casos, la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido originada de modo ciegamente causal por la acción finalista.

Conforme a ello, no hay acciones finalistas "en sí", sino siempre en relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción. Es indiferente si estas consecuencias propuestas con voluntad representan en la construcción total de la acción precisamente el objetivo deseado, o sólo los medios empleados o hasta solamente meras consecuencias secundarias tomadas de "yapa". Una acción finalista de homicidio no existe solamente cuando la muerte fué el objetivo principal de la actividad de la voluntad, sino también cuando sólo formó el medio para un objetivo ulterior (p. ej., para heredar al muerto) o cuando sólo fué la consecuencia secundaria que necesariamente ha tenido que tomar de "yapa" (p. ej., la muerte por quemaduras de una habitante paralítica, al incendiar una casa asegurada contra incendio). Por eso una acción finalista puede tener varios sentidos de acción, según cual sea su relación con las distintas consecuencias propuestas con voluntad. Así, en la

acción mencionada en el último ejemplo: una defraudación de seguro, con relación al objetivo perseguido; un incendio, con miras al medio empleado; un asesinato, con miras a la consecuencia secundaria tomada de "yapa".

Naturalmente, la dirección finalista se extiende también a la ejecución exterior de la acción misma, de modo que el "resultado" de la dirección finalista puede agotarse en la actividad simple: cabalgar, hacer gimnasia, bailar, patinar sobre hielo, etc., son también actividades dirigidas finalmente, lo mismo que cometer actos lascivos, jurar, declarar, etc. Además, por el hecho de que muchos de los movimientos de nuestro cuerpo están automatizados, debido al ejercicio continuo, la dirección finalista de una acción no es restringida, sino, por el contrario, ayudada: el pasear es también una actividad dirigida finalmente, a pesar que no tenemos que dirigir cada paso en particular como en la primera infancia.

La teoría causal de la acción

III. — Permítaseme recordar que la teoría de la acción hoy todavía predominante en el dere-

cho penal, se ha originado durante la disputa sobre el concepto de la acción (ampliamente finalista) de los hegelianos.

A fines del siglo pasado, bajo la influencia de las ciencias mecánicas, penetró en la ciencia del derecho penal esa teoría, que dividió la acción en dos partes constitutivas distintas: el proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subjetivo de voluntad, por el otro. Según esta teoría, el contenido de voluntad es solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor. Según ello, la acción es un puro proceso causal, que ha originado la voluntad en el mundo exterior (efecto de la voluntad), sin considerar si lo ha querido o solamente lo ha podido prever (contenido de voluntad). El contenido subjetivo de voluntad es para la acción "sin significación"; el problema del contenido de la conciencia "se elimina del concepto de la acción" y "es solamente de importancia para el problema de la culpa" (así, MEZGER, siguiendo a BELING y RADBRUCH).

Este concepto naturalista de la acción, excluye el contenido de la voluntad (dolo), de toda función creadora sobre la acción; el contenido de la voluntad debe ser de importancia solamente para

la culpa y no para la acción. La acción es puro efecto causal de la voluntad.

Este concepto objetivo causal de la acción ha constituido el fundamento del sistema del derecho penal. Antijuridicidad y culpa fueron distribuidos en el efecto *objetivo* de voluntad y el contenido *subjetivo* de voluntad. La antijuridicidad se refiere al suceso exterior objetivo (la lesión causal de bienes jurídicos); la culpa se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado. Así pareció haberse alcanzado una estructura clara del derecho penal. La antijuridicidad y la culpa se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y subjetiva del delito. El desarrollo ulterior de la dogmática penal ha demostrado que estas apariencias han engañado.

En cuanto a los tipos del derecho penal

IV. — La dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura, conciente de su finalidad, las obras de su vida de relación civilizada. Pero, como tal, es indiferente al valor, es decir, puede ser empleada lo mismo para la concreción de objetivos

socialmente positivos como socialmente negativos. En este punto se intercala el derecho penal, prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente negativos. Acciones finalistas, cuya voluntad de concreción está dirigida hacia la realización de resultados socialmente negativos, son calificadas de antijurídicas por el derecho penal en los tipos de los delitos *dolosos*: como asesinato, homicidio, hurto, etc. "Dolo", como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un *tipo de injusto*.

Pero el derecho no se conforma con prohibir solamente acciones dolosas antijurídicas, sino que establece, también para acciones que no tienen ningún dolo antijurídico, determinadas exigencias de su dirección finalista, para el amparo de bienes jurídicos. El derecho no prohíbe solamente al hombre desplegar una actividad dolosa antijurídica, sino que espera también de él —en cuanto quiera tomar parte en la vida social sin restricciones— que observe en sus demás acciones un mínimo de dirección finalista para evitar lesiones de bienes jurídicos. De los ordenamientos de la vida social se eliminan también aquellas

acciones, que no siendo antijurídicas, vistas desde el ángulo de sus consecuencias finalistas, observadas en su consecuencia no finalista, puramente causal, no aportan el mínimo objetivamente necesario en la actividad finalista, para evitar tales consecuencias.

Las acciones que, contempladas en sus consecuencias causales, no observan el mínimo indicado jurídicamente de dirección finalista, son comprendidas por los tipos de los delitos culposos como "lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos". En estos tipos, las consecuencias de las acciones propuestas con finalidad, son irrelevantes para el derecho penal y no son descritas, por lo tanto, en los tipos en forma concreta. Su tipo de injusto consiste más bien en determinadas lesiones causales de bienes jurídicos, ocasionadas por aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista (la diligencia indicada).

Quien limpia un fusil, que no había descargado antes, y mata sin querer a otro, realiza una acción *finalista* (la limpieza del fusil), que origina *causalmente* la muerte del otro. Sin embargo, para el tipo, en el sentido del § 222, no son importantes las consecuencias *finalistas*, sino la

consecuencia *causal* (la muerte de otro), y ello porque el actuante, en su actividad finalista (el limpiar), no ha aportado el mínimo jurídicamente necesario de dirección finalista para evitar el resultado (el cuidado objetivamente necesario en el intercambio)*.

En cuanto a la antijuridicidad

V. — a), Pronto resultó que el injusto penal no es imaginable sin factores subjetivos. Fueron descubiertos los elementos subjetivos del injusto (HEGLER y MEZGER). Por ejemplo, en el derecho alemán, el tipo objetivo del hurto está cumplido mediante el hecho de llevarse una cosa ajena. Pero no es posible que en la mera sustracción de una cosa ajena pueda estar incluido ya el injusto del hurto, pues dicha sustracción podría ser realizada también con el objeto de una breve inspección. Sólo cuando el autor tiene la intención de la apropiación, puede hablarse del injusto del hurto.

* Para WELZEL, en los delitos dolosos, lo típico es el obrar finalista, en tanto que en los delitos culposos lo típico es consecuencia causal de un actuar en el que no se ha obrado con la dirección finalista que el intercambio impone.

Así se conoció que, en una gran serie de delitos, el injusto depende de factores subjetivos, que se habían contado hasta ahora dentro de la culpa. Ahora una pequeña reflexión demuestra que en estos delitos no sólo la *intención* especial del autor, sino ya el *dolo* del autor, debe pertenecer al injusto, pues la intención de apropiarse una cosa ajena, puede tenerla sólo el que procede dolosamente hacia esta dirección. Una intención de apropiación es absolutamente incompatible con un actuar no doloso. De este modo se debe llegar a la conclusión de que, en los delitos con elementos subjetivos del injusto, el dolo pertenece ya a la acción y al tipo del injusto.

b) Pero ¿debe valer esto solamente en los delitos con elementos subjetivos del injusto, mientras que en los demás el dolo debe quedar como un elemento de la culpabilidad? Así nos lleva adelante otra reflexión. Ya la teoría reinante ha reconocido que, en la tentativa, la decisión delictual del autor no es un mero elemento de la culpa, sino un elemento del injusto. Efectivamente, en la tentativa no se puede establecer cuál tipo existe objetivamente, sin tener en cuenta la intención subjetiva del autor. Cuando A tira hacia B, sin dar en el blanco, esta acción puede ser una ten-

tativa de homicidio, una tentativa de lesión corporal o un tirar en lugares no permitidos (§ 368, 7, Cód. Pen.), según el dolo que el autor tuvo. Por tanto, el dolo es aquí, indudablemente, un elemento de la acción y del tipo de injusto. Pero en el caso de que el autor dé en el blanco, ¿debe convertirse el elemento del injusto en un mero elemento de la culpa? Así, la teoría reinante debe por necesidad llegar a incluir el dolo en la acción y en el tipo de injusto.

En cuanto a la culpabilidad

VI. — Aun más precaria es la situación de la teoría dominante dentro de los problemas de la culpabilidad. Según ella, la culpa es la relación psíquica del autor con el resultado.

a) Esto conduce a la teoría reinante, a las dificultades más grandes en la consideración de los delitos culposos. Ciertamente, RADBRUCH ("Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 24, p. 344) ha tratado de desarrollar un concepto puramente psicológico de culpa, pero debió fracasar con la culpa inconciente. A la inversa de la teoría de que la culpabilidad es

la relación psíquica del autor con el resultado, KOHLRAUSCH (Reform., 1, p. 194) ha sacado la conclusión de negar en absoluto el carácter de culpabilidad a la culpa inconciente! También aquí se demuestra ostensiblemente que el concepto de la culpa de la teoría reinante debe ser inexacto.

b) Pero también en el dolo la teoría reinante cae en grandes dificultades. La culpa es un concepto susceptible de aumento o disminución; hay una culpa más grave y una más leve. Pero la relación psíquica con el resultado no puede ser graduada. No existe un dolo más grave y uno más leve. Esto conduce a FRANK a descubrir el elemento normativo de la culpa: la reprochabilidad. Pero ¿cómo debe relacionarse ahora este elemento normativo con el elemento psicológico de la relación psíquica? En la culpa inconciente falta por completo el elemento psicológico. Aquí consiste la culpa exclusivamente en la reprochabilidad. Pero tampoco en el dolo hay necesidad de vincular el elemento psicológico con el normativo. Ya el estado de necesidad demuestra que hay acciones dolosas que no son reprochables y, por lo tanto, no culpables. De ello se puede sacar la conclusión de que el dolo

no es parte de la culpa (de la reprochabilidad), sino el objeto de la culpa. Esto había sido reconocido claramente por GRAF ZU DOHNA dentro de la teoría reinante (*Aufbau der Verbrechenstheorie*, p. 32). Pero fué la teoría de la acción finalista la que puso la piedra final a este desarrollo. Al contar el dolo entre la acción y el tipo del injusto, retiene para la culpa exclusivamente el elemento normativo. La culpa no es un tipo psíquico, sino el *juicio de valor* sobre un tipo psíquico que existe o falta. Es el reproche del proceso volitivo: en las acciones dolosas, la reprochabilidad de la decisión de cometer el hecho; en la producción no dolosa de resultados, el reproche por no haberlo evitado mediante una actividad regulada de modo finalista.

El contenido del reproche de la culpa consiste en que la formación de la voluntad se relaciona con la norma de manera doble: "Tú hubieras *debido* actuar conforme a la norma, porque hubieras *podido* actuar conforme a la norma". En cambio, el juicio de la antijuridicidad consiste en la relación simple: "Tú has actuado contrariamente a la norma"; deja, por lo tanto, abierto todavía, si el autor hubiera *podido* actuar también conforme a la norma. De ello resulta la exactitud

de la tesis objetada por GRISPIGNI, que el dolo es un objeto de la valoración, tanto en la anti-juridicidad como en la culpa. La valoración mediante la culpa es, pues, otra, porque es *más compleja* que la que se efectúa mediante la anti-juridicidad. (A propósito, todavía nadie vaciló hasta ahora por el hecho de que es la misma la acción que se valora como antijurídica y culpable):

La teoría de la acción finalista alcanza por fin el concepto unitario de culpa, tanto tiempo buscado. No hay nada más desacertado que reprochar a la teoría de la acción finalista el hacer imposible un concepto unitario de la culpa. Todo lo contrario, *ella* posibilita ahora un concepto unitario de culpa, que ha quedado negado a la teoría reinante. Estableciendo la teoría de la acción finalista la relación psíquica del autor con el hecho (el dolo), con la acción y con el tipo del injusto, se queda solamente con el elemento normativo, la reprochabilidad, por un hacer doloso y por una causación no dolosa.

Quando se mira desde este punto de vista el desarrollo de la teoría del injusto y de la culpa en la doctrina imperante, se reconoce que la teoría de la acción finalista constituye solamente

el eslabón final dentro de este desarrollo. El desarrollo de la teoría del injusto está caracterizado por el hecho de que, partiendo originalmente de un concepto puramente objetivo, se fueron incluyendo cada vez más los elementos subjetivos psíquicos, mientras que el desarrollo de la teoría de la culpa está caracterizado por el hecho de que del concepto de la culpa se sacaron cada vez más los elementos psíquicos.

Así, la teoría finalista de la acción no se imagina de ninguna manera haber introducido algo fundamentalmente nuevo en la dogmática, sino solamente haber colocado la piedra final a la que ha aspirado ya la teoría reinante. A las generaciones venideras esto les parecerá una cosa sobrentendida, trivial; hoy en día, como lo muestran los malentendidos, desgraciadamente no hemos llegado todavía a tal punto.

1. De las grandes consecuencias prácticas que la teoría de la acción finalista alcanza, señalaremos aquí solamente la que se relaciona con uno de los problemas más difíciles y actuales del derecho penal de nuestros tiempos: el error de derecho o error de prohibición (*Verbotsirrtum*). Partiremos de un caso que en la Alemania actual se presenta con lamentable frecuencia. En la zona ocupada por los rusos no se persigue ahora el

aborto; con ello en gran parte del pueblo se ha formado la opinión de que el aborto no está ya prohibido. Ahora bien; una muchacha joven pasa de la Alemania oriental a la Alemania occidental, e intenta ahí un aborto que fracasa. Ante los tribunales manifiesta en forma creíble que no sabía que el aborto estuviese aún prohibido. ¿Cómo se debe fallar? Según la opinión de la Corte Suprema anterior, la decisión es muy simple: el error acerca de la ley penal no excusa. Pero esta decisión contiene una ficción pura de culpa; nadie puede ser declarado culpable si no supo ni pudo saber que lo que hizo era injusto. Éste es un principio esencial de la culpa, que ya los escolásticos habían reconocido como una verdad inmediatamente convincente. (Compárese sobre ello mi monografía *Vom irrenden Gewissen*, 1949). Enseñanza y jurisprudencia han abandonado en Alemania hace ya mucho tiempo el principio "error juris nocet". Pero sigue la inseguridad de cómo debe tratarse dogmáticamente el error de prohibición. La teoría reinante que considera el dolo como elemento de la culpa, tuvo que llegar a la conclusión de que pertenece al dolo la conciencia de la anti-juridicidad. Esta opinión tiene por consecuencia que, a falta de conciencia de la antijuridicidad,

se elimina el dolo y queda, a lo sumo, como remanente, una comisión culposa del hecho. Observemos cuáles son las consecuencias de la aplicación de éste criterio a nuestro caso. La muchacha que, sin conciencia de la antijuridicidad, ha cometido una tentativa de aborto, debería haber cometido, según esa opinión, un hecho no doloso, y cuando su error fué evitable, una acción culposa. Ahora, puesto que el aborto fué solamente tentado, se debería aceptar, por lo tanto, una tentativa culposa. ¡Una tentativa culposa! ¡Qué *contradictio in adjecto*! Como el aborto culposo es impune, debería ser absuelta por lo tanto, aun en el supuesto de error evitable.

Según la teoría de la acción finalista resulta un cuadro completamente distinto. Como el dolo del hecho pertenece a la acción, y la autora con conocimiento y voluntad de la acción ha querido abortar, ha cometido una tentativa dolosa de aborto, siendo indiferente si se ha equivocado o no sobre la antijuridicidad de su hacer. El error sobre la antijuridicidad no afecta la dolosidad del aborto, sino solamente la reprochabilidad de su decisión de aborto. De haber conocido la antijuridicidad del hecho, hubiera podido y debido evitar la decisión del hecho; habría actuado, pues, con plena culpabilidad. Si no ha conocido la

antijuridicidad, pero hubiera podido conocerla poniendo mayor diligencia (por ejemplo, preguntando), entonces hubiera podido evitar también la decisión del hecho; por lo tanto, ha actuado culposamente, pero sólo en la medida en que el error era evitable para ella. Por eso el error de prohibición evitable es un fundamento de atenuación de culpa, pero deja completamente intacta la dolosidad de un hecho. Si para la autora el error de prohibición fué inevitable, entonces no se puede reprochar el hecho doloso. En todos estos casos se muestra claramente que el dolo no es un elemento de la culpa, sino que pertenece a la acción y es el objeto de la valoración de la culpa. Sólo partiendo de la base de la teoría de la acción finalista, se puede solucionar objetivamente el problema del error de prohibición. Ninguna teoría puede sustraerse a la necesidad de esta solución, y así el desarrollo de la dogmática —aquí como en otros problemas— conducirá forzosamente a la teoría de la acción finalista, aunque los representantes de la teoría antigua se opongan a ello.

2. Para terminar, trataremos con mayor detalle dos problemas particulares: los delitos culposos y el *dolus eventualis*. ¿Cómo explica la teoría de la acción finalista los delitos culposos?

Este problema, frecuentemente, es un rompecabezas también para los críticos mejor intencionados, a pesar de que la situación es mucho más sencilla de lo que se pudiera suponer.

1) Los delitos culposos deben su existencia al hecho de que el hombre no es capaz, en un sentido absoluto, de prever y disponer lo futuro. Dios, debido a su omnisciencia y omnipotencia, puede actuar solamente en forma finalista; el hombre sólo puede hacerlo en la escala muy limitada de su previsión, mientras que una parte muy grande de los efectos que resultan de sus actos de voluntad, está causada ciegamente, causalmente. De estos efectos no finalistas, a su vez, la mayor parte es pura casualidad, porque el agente no puede de ninguna manera prever ni evitar esos efectos. Otra parte puede evitarse en forma finalista, poniendo mayor diligencia en los actos de voluntad. El derecho exige ahora de cada uno de los que quieren participar en la vida social, un mínimo de dirección finalista en sus acciones. Este mínimo, como observancia de "la diligencia necesaria en el intercambio" (§ 276, Cód. Civ.), es decir, de la diligencia de la que es capaz y a la que está obligado un individuo inteligente y prudente. El tipo de injusto

de los delitos culposos consiste, por tanto, en la comisión de un acto, que acarrea la lesión de un bien jurídico a consecuencia de la no observancia de la diligencia debida. Mientras que los tipos de los delitos dolosos se ocupan de las consecuencias *finalistas* de la acción, los tipos de los delitos culposos regulan el contenido del injusto de las consecuencias *no finalistas* de aquellas acciones que no han cumplido con el mínimo jurídicamente ordenado de dirección finalista. También en los delitos culposos, sólo la teoría de la acción finalista satisface al tipo del injusto de estos delitos; pues sería imposible ver el injusto solamente en la lesión causal de un bien jurídico, ya que acción alguna —aun la más diligente— puede cumplirse con la seguridad de no conducir a la lesión de bienes jurídicos (compárese mi trabajo en “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, 58, p. 558). Sólo las acciones que lesionan el mínimo jurídicamente ordenado de la dirección finalista, son antijurídicas en el sentido de los delitos culposos. La cuestión de la culpabilidad de los delitos culposos radica, entonces, en la circunstancia de que el autor haya estado personalmente en condiciones de cumplir con el deber de diligencia que le toca

objetivamente. Así conduce la teoría de la acción finalista al conocimiento objetivamente más exacto de los delitos culposos, porque sólo ella posibilita elaborar nítidamente el tipo de injusto de estos delitos, mediante la característica de la *dirección finalista objetivamente ordenada*, y separarlo claramente de la culpa, de la *reprochabilidad* de la dirección objetivamente no diligente de la voluntad.

2) Finalmente, el *dolus eventualis*. Las dificultades que se ven aquí, derivan en gran parte de la mera interpretación de una palabra. De la palabra "finalista" se suele deducir que la teoría de la acción finalista podrá ocuparse solamente de las consecuencias *aspiradas*. Pero en ninguna parte del mundo, la denominación de una doctrina puede ser significativa de todo su contenido; de una denominación resumida no se puede esperar nunca más que la caracterización del factor más esencial. Siempre hay que entrar en la materia misma, no es posible conformarse con la mera denominación.

Ya habíamos visto más arriba, que la dirección finalista de una acción se realiza conforme a tres factores: 1) el objetivo; 2) los medios necesarios para la obtención de ese objetivo; 3) las consecuencias secundarias forzosamente ligadas al

empleo de los medios. Todo esto, que el autor sabe que es necesario realizar para alcanzar su objetivo, es comprendido por su voluntad de concreción. "Dolo", en el sentido del derecho penal, significa el "querer realizar", no solamente el "querer aspirar". Pues "querer" es un verbo auxiliar que necesita siempre de un verbo principal para la determinación precisa del contenido, y este contenido es para el concepto del dolo el "querer realizar". De ello resulta que es querido todo lo que el autor debe concretar en relación con el complejo de los medios y el objeto de la acción: los medios, el objetivo y las consecuencias secundarias. La dirección finalista no sólo se realiza conforme al objetivo —esto ya había sido reconocido claramente por ARISTÓTELES— sino con arreglo a la totalidad de las consecuencias de la acción mentalmente anticipadas. De todo el armazón voluntario de concreción que el autor pone en marcha para alcanzar el objetivo, se desea las más de las veces sólo una pequeña parte; la mayor parte la debe concretar el autor como medios o consecuencias secundarias. El que quiere incondicionalmente el hecho, tomando de regalo las consecuencias posibles, quiere también concretar las consecuencias posibles para el caso de que se produzcan.

Por lo tanto, cuando un estafador de un seguro prende fuego a su casa para cobrar el premio de su seguro, y toma de regalo el que una habitante parálitica pierda la vida, ha querido concretar, "*eventualiter*", también la muerte de la mujer, y la ha matado, por tanto, dolosamente, aunque pueda lamentar mucho la muerte de la mujer.

En la delimitación del *dolus eventualis* y la culpa conciente aparecen las conocidas dificultades de prueba. La teoría de la acción finalista no ha inventado estas dificultades, ellas se presentan en toda teoría. Visto desde el ángulo finalista, el nexo estructural del *dolus eventualis* es completamente claro y diáfano: en la elección de los medios, para alcanzar su objetivo, el autor reconoce que pueden presentarse posiblemente determinadas consecuencias secundarias. Respecto a algunas, espera poder evitarlas mediante su intervención causal; en lo referente a ellas no tiene la voluntad de realización; si se producen, se trata solamente de una causación evitable. Las otras las toma de regalo desde un principio; las quiere —*eventualiter*— concretar también.

Pero —así reza la teoría reinante— para nosotros aquella dificultad de prueba es una cuestión que concierne solamente a la delimitación de

la culpa, pero para ti es una cuestión de la delimitación de dos tipos distintos de acción! ¿Es esto exacto? ¿Cómo es la cuestión en la tentativa y en la participación? ¿No es decisivo para el establecimiento del tipo de tentativa y para el establecimiento de los tipos de participación, la existencia de un hecho principal doloso (cometido con *dolus eventualis*) o un hecho culposo? Este distingo tiene, como se manifiesta en la tentativa y la participación, un significado fundamental respecto al tipo. Quiera uno sutilizarlo como quiera, también según la teoría reinante el discernimiento entre el *dolus eventualis* y la culpa conciente no es un mero problema de culpa, sino un problema de acción y de tipo. La teoría de la acción finalista quita también aquí solamente el velo del contenido objetivo de los problemas y muestra las cosas como son.