

## CAPÍTULO SEGUNDO

I. El finalismo de Hans Welzel y la antijuridicidad	47
1. El bien jurídico . . . . .	52
2. Valoración de acontecimientos . . . . .	54
3. Obras humanas en tanto objeto del juicio de valor	56
II. Consecuencias de la concepción welzeliana en la teoría del delito . . . . .	59
III. Causalismo y finalismo, similitudes y diferencias. Principales impactos del finalismo . . . . .	86

## CAPÍTULO SEGUNDO

### I. EL FINALISMO DE HANS WELZEL Y LA ANTIJURIDICIDAD

Aunque hemos hecho constantes alusiones a la formulación científico-jurídica de Hans Welzel, no obstante, la lucha de escuelas trató de superar el enfrentamiento y, para ello, cabe establecer el marco teórico de la distinción entre la *norma objetiva de valoración* y la *norma subjetiva de determinación*.

Este escenario, que atañe a las formulaciones de los defensores de las teorías absolutas y relativas (*entre las que se encontraba la de la prevención especial*) desembocó en las teorías unitarias que requirieron un concepto de norma “que permitiera sintetizar el juicio de valor y el juicio imperativo, tal como lo propusieron Schmidt y Mezger”.<sup>85</sup>

En esta tesitura, la nueva formulación de la teoría de la norma (reformulación la denomina Jaén Vallejo) implicaba una distinción entre la *norma objetiva de valoración (norma jurídica)*, que podría ser definida como “*un deber impersonal*”, es decir, *como un juicio de valor sobre el hecho y no sobre el autor*, en el cual lo fundamental constituye la defensa de un concreto “estado de cosas”.

Y, por otra parte, la *norma subjetiva de determinación o de motivación (norma de deber)*, que suponía, precisamente, un des-

<sup>85</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *Cuestiones básicas del derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Baco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 55 y ss. Jaén Vallejo utiliza el pensamiento de von Liszt y Schmidt en su *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 26a. ed., 1932, t. I, pp. 174 y ss., y de Mezger, Edmund, *Tratado de derecho penal*, t. I, nota 1, concretamente lo relativo a la antijuridicidad.

plazamiento “del imperativo originario al ámbito de la culpabilidad”. “Como puede verse, según esta concepción la norma haría referencia a dos momentos: la primera tendría relevancia en el momento de la ilicitud, y la segunda en el de la culpabilidad”.<sup>86</sup>

Para el profesor Jaén Vallejo las ventajas de dicho punto de vista sobre la norma (*concepción de la norma de dos momentos*) pueden ser resumidas de este modo:

a) Permitía concebir la ilicitud en sentido objetivo, independientemente del autor, como un “orden objetivo de vida”;

b) Permitía eliminar el problema del destinatario de la norma y daba lugar a estimar al incapacitado como autor de un ilícito, si bien no podía ser culpable;

c) Luego, también podían ser objeto de la norma de valoración los actos de los inimputables, y

d) La distinción entre lo ilícito y la culpabilidad hacía permisible la aplicación de las medidas de seguridad; la culpabilidad (como se vio, dice Jaén Vallejo) se construye como la infracción de la norma subjetiva de motivación (norma de deber), que en nada se diferenciaba de la norma de la teoría de los imperativos.<sup>87</sup>

Por otro lado, la problemática que afrontó esta teoría fue —sustancialmente— la siguiente:

a) ¿Cómo justificar que el objeto de la valoración sea únicamente el aspecto exterior del comportamiento? ¿Por qué no el aspecto subjetivo?, y

b) El problema de la compatibilidad del concepto de ilícito, surgido de esta teoría de la norma, con el ideal científico de las ciencias del espíritu, nítidamente influyente en la ciencia del derecho de aquella época, y cuya referencia común es, según la

<sup>86</sup> *Ibidem*, pp. 55 y 56.

<sup>87</sup> Jaén Vallejo se sigue apoyando, en lo reseñado *ut supra*, en el pensamiento de Mezger expuesto en su *Tratado de derecho penal*, t. I.

expresión de Dilthey “determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales”.<sup>88</sup>

El objeto de la norma solamente podía constituirlo una acción, un “acto humano”; esta idea hizo factible la aparición de un *concepto personal de lo ilícito*, y, en cierta manera, un retorno a la teoría de los imperativos. En este instante, Welzel interviene formulando su conceptualización del problema del ilícito y de la ubicación del mismo dentro de su panorámica general.<sup>89</sup>

Por otra parte, Welzel aclara que el resultado producido (lesión del bien jurídico) y escindido de la persona de su agente no agota lo ilícito. La acción se convierte en antijurídica únicamente como la obra de un determinado autor: “Qué fin ha dado éste al hecho objetivo, de qué actitud ha partido, qué deberes le incumbían, todo ello determina en forma decisiva lo ilícito del hecho junto a la lesión del bien jurídico”.<sup>90</sup>

El contenido de la voluntad, que anticipa mentalmente las consecuencias posibles de un acto voluntario y que dirige (según un plan y sobre la base del saber causal) el suceder externo, se convierte en un mero *reflejo* del proceso causal externo en el alma del autor. Con ello, la doctrina de la acción causal produce

<sup>88</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, nota 85, p. 56, *in fine*. Para el profesor hispano: “En efecto con la norma (objetiva) de valoración el contenido de ilicitud quedaba reducido a la lesión *causalmente* producida de un bien jurídico, luego a un simple suceso natural, cuando las nuevas corrientes de pensamiento exigían que lo ilícito reflejara la diferencia entre la realidad de las ciencias naturales y la realidad de las ciencias del espíritu (entre lo humano y lo natural). Por tanto, el objeto de la norma no podía quedar reducido a un resultado *causado* por un movimiento corporal; esta explicación causal no servía para lograr aquella necesaria diferenciación”.

<sup>89</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 32 y 33. Para el creador del finalismo el defecto fundamental de la acción causal consiste en que no solamente desconoce la función absolutamente constitutiva de la voluntad (en tanto que factor de dirección para la acción) sino inclusive la destruye y convierte la acción en un mero proceso causal provocado por un *acto voluntario* cualquiera (“acto voluntario”). Hay, pues, un desconocimiento de que toda acción es una *obra* (más o menos lograda), mediante la cual la voluntad humana dirige el acaecer causal.

<sup>90</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, nota 85, p. 57.

una inversión completa de la relación entre la voluntad y la acción.<sup>91</sup>

Puede decirse (como hace Jaén Vallejo) que a partir de esta formulación se inició una *situación nueva*, una nueva fase del desarrollo de la teoría del delito, caracterizado por la oposición entre la teoría causal de la acción y la teoría final de la acción.

La contienda entre *el finalismo* y *el causalismo* no se redujo a una discusión sobre el concepto de acción. Además, alcanzó el objeto de la norma y —consecuentemente— el concepto de lo ilícito, pues mientras los causalistas continuaron con la teoría de la norma de valoración y la norma de determinación, los finalistas propiciaron un regreso a la teoría de los imperativos.<sup>92</sup>

Claro está, que esta vuelta a la teoría de los imperativos (para fundamentar el concepto personal de ilícito) sin duda presentaba algunos problemas. Especialmente, si tenemos en cuenta que el nuevo sistema de derecho penal no tenía intención de retornar al monismo, es decir, a la exclusiva utilización de la pena, propio de las teorías absolutistas.

Antes al contrario, ya desde los últimos años del siglo XIX, se había impuesto el *sistema de doble vía*, o sea, el dualismo de las penas y las medidas de seguridad y —obviamente— resultaba necesario un concepto de ilícito personal común para la posible aplicación de una y otra consecuencia jurídico penal.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, p. 33, *ab initio*. El profesor alemán destaca el fracaso de la doctrina causal en la definición de la tentativa, porque la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que *apunta* a un resultado previamente elegido. Por consiguiente, una acción en la que en *el contenido de la voluntad es un elemento constitutivo*. El propio Welzel se pregunta: “¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar un hombre? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad, conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad en la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria, de la acción, en la tentativa, seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado. Ante este hecho fracasa toda interpretación causal de la acción”.

<sup>92</sup> Jaén Vallejo, Manuel, *op. cit.*, nota 85, p. 57, *in fine*.

<sup>93</sup> *Idem*.

La pretensión era la de fundamentar la distinción entre ilícito y culpabilidad en el ámbito de un concepto de norma (teoría de los imperativos), que fue abandonado, justamente, por su incapacidad para responder a las exigencias señaladas. En conclusión puede decirse que (como expresa acertadamente Welzel) el momento de la culpabilidad (básico para el juicio de reproche en que ella consiste) está referido a la decisión de la voluntad a favor del valor más bajo en contra del valor más alto.

Esa decisión a favor del valor más bajo en detrimento del valor más elevado, provoca el reproche de culpabilidad referente, precisamente, a la decisión valorativa en favor de la acción ilícita ejecutada tomando como base esta decisión. En consecuencia, la distinción entre el objeto de la norma (*la acción como finalidad*) y la motivación (*fundamento de la culpabilidad*) provoca —finalmente— la pertenencia de la conciencia (potencial) de la antijuridicidad a la culpabilidad.<sup>94</sup>

La posición anteriormente indicada tiene una ilustre prosapia en el derecho penal. En ese excepcional texto de Armin Kaufmann, constitutivo de un extraordinario estudio, exégesis de la *Teoría de la norma* de Karl Binding, se dice que, en su texto citado anteriormente, Binding afirma literalmente: “*El presupuesto conceptual de todo dictado de una norma y, al mismo tiempo, su único motivo*” es un “*juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones*”.<sup>95</sup>

Entonces, el cumplimiento de la norma significa la creación del objeto de un juicio de valor positivo o la no creación del objeto de un juicio de valor negativo. A esta concordancia refiere

<sup>94</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 34 y ss.

<sup>95</sup> Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Bacigalupo y Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, pp. 87, *in fine*, 88, *ab initio*. Expresa, pues, la concepción de que necesariamente la norma está precedida lógicamente y realmente por un *juicio de valor*. Más aún, Binding pretende “distinguir en todas las normas... dos cosas: una *declaración* de que lo que está prohibido en la norma es inadmisibile para el orden jurídico, y lo que está ordenado, indispensable”, para “separar tajantemente” de esto una “*orden*” que crea deberes de acción y de omisión.

la norma su validez. Uno puede formular la siguiente proposición: *El objeto de la norma es idéntico con el objeto del correspondiente juicio de valor.*<sup>96</sup>

Binding reconoce también esta identidad: es la misma acción la que es tanto “inadmisible jurídicamente” como “prohibida” o, por otra parte, la que es “jurídicamente necesaria” y “ordenada”. Similar es la fórmula de Welzel: “Con respecto a la acción, coinciden la norma de determinación con la de valoración”.

Cabría añadir (como hace Armin Kaufmann) que:

Si la *axiología* es el ámbito de la *filosofía* del derecho, las *estructuras lógico-objetivas* en la materia del derecho constituyen el campo de tareas de la *teoría general del derecho y de la dogmática*.<sup>97</sup> Desde luego, hay que entender la dogmática de una manera tal que tenga como consecuencia la sistematización, sin que ello signifique que deba limitarse simplemente a esta última.

Para aclarar, Kaufmann agrega: “Por dogmática jurídica entiendo la ciencia de los presupuestos esenciales del derecho”, ha observado acertadamente Gerhardt Husserl. Como tarea de esta dogmática menciona “la elaboración de un sistema de conceptos fundamentales supratemporales que constituyen el ámbito de las posibilidades *a priori* del derecho”.

En relación con la conexión entre norma y juicio de valor, según Armin Kaufmann cabe hablar: *de una secuencia escalonada de valoraciones*, y dentro de ella el bien jurídico, la valoración de acontecimientos y las obras humanas en tanto objeto del juicio de valor.

### 1. *El bien jurídico*

La primera valoración es siempre positiva. En este sentido una valoración negativa implica una valoración positiva que la

<sup>96</sup> *Ibidem*, pp. 98 y 99.

<sup>97</sup> *Ibidem*, pp. IX-X.

precede, aunque ambas puedan coincidir en el tiempo. Dicha valoración positiva crea los llamados *bienes jurídicos*.

En relación con lo anterior, se detecta un enfrentamiento entre la conceptualización de von Liszt, en el sentido de que las normas “en general” han de ser redactadas “en forma positiva”. Así: “son sagradas la vida, la propiedad...”. En este sentido, la polémica de Binding contra esta teoría se encuentra injustificada, aunque (en el sentir de Armin Kaufmann) la crítica de Binding es más profunda, aun cuando no haya tenido —en su exposición— la suficiente precisión.

De esta manera, estima Kaufmann que, en esta versión de von Liszt resultan coincidentes el juicio de valor y la norma y (a tal efecto) señala que esto puede ser correcto con respecto al *deber ser*; pero para la *norma*, para el *deber hacer* no es suficiente. Por otra parte, en el supuesto de una vinculación inmediata a la valoración en tanto que “bien jurídico” de la formulación de la norma quedará afectado aquel aspecto del universo valorativo jurídico que Hans Welzel denomina *valores socio-éticos de la acción*.<sup>98</sup>

La suma de los juicios positivos de valor puede estar caracterizada como la “situación jurídicamente aceptada” y, mejor aún, con arreglo a la estimación de Welzel, como “orden” “de contenido objetivo” de las “existencias personales y objetivas”, en definitiva como “orden social”.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> *Ibidem*, pp. 90-91. Para concretar, Kaufmann expresa que: “La unilateralidad de la teoría de la lesión de los bienes tiene aquí un inicio constructivo. Al contrario, Binding, que dio carta de ciudadanía al concepto de ‘bien jurídico’ en la dogmática jurídico-penal, no vincula de manera inmediata la formulación de la norma con la valoración positiva del bien jurídico”.

En relación al concepto de bien jurídico de Binding resulta característico el que, por un lado, el bien jurídico sea concebido objetivamente y, por otro, se entiendan no sólo valores de situaciones (*estados de cosas*) sino en parte, además, valoraciones de actos.

<sup>99</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pp. 83 y ss. 11a. ed. alemana y 2a. ed. castellana. Welzel expresa que: “En la función de los tipos de presentar el ‘modelo’ de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas



Para Welzel “La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos”. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos, por ejemplo, de acuerdo a criterios causales.<sup>100</sup>

Como ámbito de las formas de conductas de normal libertad social, se distingue la adecuación social de las causas de justificación, porque —efectivamente— éstas conceden también una “libertad” de acción, pero de naturaleza especial, o sea *una permisividad especial*, que autoriza la realización de acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas.<sup>101</sup>

## 2. Valoración de acontecimientos

Una vez que son formulados los primeros juicios positivos valorativos, necesariamente sigue, en cuanto *segundo nivel*, las *valoraciones relativas al acontecer*. O sea: “Todo aquello que afecta la ‘situación jurídica’ valorada positivamente, es decir, todo acontecimiento que ‘lesiona un bien jurídico’, cae bajo un juicio de valor negativo”.<sup>102</sup>

de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidas a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del derecho penal; señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social”.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 86. Por esta razón —piensa Welzel— las formas de acción socialmente adecuadas mencionadas *ut supra* no son de ninguna forma acciones de matar, de lesionar, de privar de la libertad, de menoscabos abusivos del patrimonio, etcétera. En otras palabras: no son homicidios, lesiones, privaciones de la libertad, etcétera, *socialmente adecuadas*.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 95, p. 91. La realización de un resultado de este tipo “sin que importe cómo se produce, sea por quien es capaz

Por otra parte, el *segundo nivel* posee, igualmente, *juicios de valor positivos*; de este modo: “todos los acontecimientos que impiden o compensan la perturbación de aquella ‘situación jurídica’, han de ser valorados positivamente”. De esta manera, puede inferirse del reconocimiento de los bienes jurídicos *el valor de su conservación y el disvalor de su modificación*.

No obstante, la estructuración del orden jurídico en función de valoraciones positivas, no se agota en el hecho de que las situaciones, propiedades y relaciones se consideren valiosas para el orden jurídico. Con cierta frecuencia, más bien diríamos con harta frecuencia, la valoración positiva del primer nivel viene referida a una “situación” que efectivamente (aún) no existe.

Por otro lado, en el *segundo nivel*, cualquier acontecimiento que propicie o facilite la aparición de aquella situación tiene que ser valorado positivamente. Con terminología welzeliana, podría decirse que se trata de “*valores de estados de cosas*”. Armin Kaufmann trae a colación el pensamiento de Binding destacando su coherencia en relación con la expresión de la estructuración del orden jurídico y de los acontecimientos propiedades y conexiones que son juzgadas valiosas para el mismo.<sup>103</sup>

de actuar o por quien no lo es, por personas o por seres naturales ciegos” [incluso] “no sólo es un disvalor para el orden jurídico sino que lo perturba positivamente”.

La “*primera esfera*” de la valoración “se refiere a la situación jurídicamente reglada; sus valores se destruyen si se destruye esta situación, sin que importe cuál sea el acontecimiento que lo haya causado”. Aquí, pues, “también acontecimientos que no están enraizados en la conducta humana, pueden ser objeto de valoración jurídica”. En resumen, Binding propone para “este juicio de disvalor” la expresión “contrariedad al orden jurídico”. El propio Hans Welzel, al manejar esta esfera valorativa de dicha concepción, utiliza la expresión “disvalor del estado de cosas”.

<sup>103</sup> *Idem*, p. 92, *in fine*. Destaca Armin Kaufmann, como uno de los grandes aciertos de Binding, el haber señalado claramente, con la introducción del concepto de bien jurídico, el hecho de que toda valoración hace referencia a la comunidad jurídica. A tal efecto, recogiendo literalmente el concepto de *Binding* (*Normen*, t. I, pp. 357 y ss.), indica “*El bien jurídico es siempre bien jurídico de la totalidad, por más que pueda parecer individual*”.

La anterior perspectiva pone de manifiesto que el bien jurídico-penalmente protegido, ha de tener *rango social*, es decir, que ese bien, o esos bienes, son aquellos que se consideran indispensables para el debido funcionamiento de una comunidad, aunque esta *indispensabilidad* pueda variar, y así lo hace en ocasiones, en función de las circunstancias crónicas y tópicas.<sup>104</sup>

### 3. *Obras humanas en tanto objeto del juicio de valor*

Las valoraciones correspondientes al *segundo nivel* (referidas *ut supra*) versan sobre un objeto de conocimiento que son los *acontecimientos*. Reiterando lo dicho, en este supuesto concreto, resulta indiferente quién sea su “creador” y cuál la clase de estos acontecimientos.

Naturalmente, los “acontecimientos” o sucesos destacables son aquellos que sean *obra humana*:

por lo pronto, las acciones humanas en cuyo objetivo (necesariamente) figuraba el perjudicar, proteger o crear “bienes jurídicos”, luego también —con arreglo a un conocimiento social y causal más sutil— aquellas acciones cuya realización provocan un perjuicio, conservación o promoción de bienes jurídicos, realización que si bien es cierto no fue querida, conforme a las leyes causales era más o menos probable que produjera esos resultados.<sup>105</sup>

Al transformarse el mero acontecimiento en “obra de la voluntad”, la finalidad hace que el “acontecimiento” sea imputable a una persona y —por tanto— incluye como objeto al hombre,

<sup>104</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 99, p. 313 *in fine*. En este sentido, opina Hans Welzel, en relación a lo establecido *ut supra*, que la jurisprudencia y la doctrina trabajaron el concepto del “*bien jurídico personalísimo*”, aunque la praxis presentara objeciones, ya que la lesión de bienes jurídicos personalísimos implica, al propio tiempo y de manera sustancial, la afectación en todo caso a la colectividad y una delimitación muy restringida.

<sup>105</sup> Kaufmann, Armin, *op. cit.*, nota 95, p. 93. “Lo que se valora aquí no es la causalidad en tanto ‘acontecimiento’ o ‘suceso’ sino la ‘composición teleológica de la intencionalidad’ del hombre”.

en resumen: *ilícito personal*. En el caso de valoración negativa, el resultado será constituido por *disvalores de actos*; en el caso de la valoración positiva, serán *valores de actos*.

En opinión de Armin Kaufmann (refiriéndose a Binding) no encontramos una nítida diferenciación, ubicada entre los niveles de valoración de segundo y tercer grado, en la secuencia de la distinción entre *valor (o disvalor)* del estado de cosas y de los actos.

De esta manera, la diversificación entre *desaprobación de la acción y antijuridicidad del proceso* se refiere, aquí, al choque, u oposición, entre un *juicio de culpabilidad* y uno de *antijuridicidad*, pero no al enfrentamiento entre el disvalor de un estado de cosas y un disvalor de la acción.<sup>106</sup>

La recurrencia al bien jurídico dimana, necesariamente, de la generalización inevitable de la norma, ya que resulta claro que ninguna norma puede reclamar su existencia y su vigencia en función de ella misma, sino que tiene que estar basada en un juicio de valor, pues lo contrario sería caer en lo absurdo, de ahí que hablemos de la necesaria exigencia de un bien jurídico o unos bienes jurídicos, en cuanto presupuesto de valoración normativa.

Un derecho penal pretende, en forma esencial y destacada, la protección de determinados bienes indispensables (esenciales) de una comunidad. Sin embargo, para la debida *valoración del he-*

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 94 y 95. “Según la división llevada a cabo por Binding los momentos del disvalor del acto están contenidos tanto en la ‘antijuridicidad’ como en la ‘desaprobación’. En otras palabras, lo que Binding denomina *inadmisibilidad jurídica* de una acción se corresponde con el concepto de ilícito personal. En este sentido (conforme a Binding) dicha “inadmisibilidad jurídica” de la acción humana es —en todo momento— una consecuencia de la “antijuridicidad del proceso”. Así pues, el disvalor del *estado de cosas* se encuentra ya previamente integrado o contenido en esta “inadmisibilidad jurídica”.

Por consiguiente, en este ámbito resulta adecuado decir que el disvalor del acto continúa estando “referido al bien jurídico”, precisamente porque por exigencia la actividad finalista que se encuentra vinculada con el *disvalor del acto*, lleva consigo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

*cho particular*, ya no adviene en exigencia insoslayable que dicha valoración se encuentre referida, realmente, en función de la causalidad a un bien jurídico, ya que: “lo decisivo aquí es únicamente el valor (o disvalor del acto)”.

De igual forma, conviene señalar lo mismo cuando el objeto de la valoración no es un acto dolosamente encauzado (de alguna manera) a un bien jurídico, sino un acto cuya intención es (desde este punto de vista) “neutral”. O sea, una acción en la que la relación con el bien jurídico es simplemente un criterio de la valoración.<sup>107</sup>

Armin Kaufmann expone que, de alguna manera, el análisis de si estos llamados delitos (según Binding) son los únicos en los cuales la relación con el bien jurídico es solamente criterio para la valoración del acto, pero no es elemento constitutivo del acto en cuanto dirección del dolo y, en tal sentido, advierte que la respuesta podría ser que también los denominados *delitos de pura actividad* pertenecen a este grupo.

En tal sentido, el dolo no se dirige (necesariamente) a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero el (posible) perjuicio que se infrinja a bienes jurídicos es un criterio para el juicio de disvalor sobre estos actos. Asimismo, Armin Kaufmann manifiesta que (conforme a Binding) pertenecen aquí, igualmente, la mayoría de los tipos penales de mandato y los tipos penales de negligencia.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 95. Señala el profesor Kaufmann: “El criterio de valoración es la referencia de todos los actos a un bien jurídico; al contrario, no siempre es el caso que una acción valorada por el derecho esté referida a la manera como esta acción afecta a un bien jurídico”. En este sentido, Kaufmann expresa que Binding ha visto muy claramente la diferencia señalada al contraponer aquella “inadmisibilidad jurídica” de la acción en que radica el motivo de la legislación y que (debido a ello) está siempre en relación con los bienes jurídicos, con la *desobediencia*, *al ataque contra el derecho de sumisión*, que es esencial para todos los delitos.

Así, pues, hay “delitos cuyo contenido de ilicitud no se agota en la desobediencia lesionante”. Los delitos con “desobediencia simple”, es decir —en términos generales—, los *delitos de peligro abstracto* se contraponen a los delitos concretos de peligro y a los delitos de lesión.

En relación a los “tres escalones de la valoración”, hay que expresar, destacadamente, que no estamos en presencia de una secuencia sucesiva de valoraciones, sino que las valoraciones se superponen, de forma múltiple, y con frecuencia se contradicen. Precisamente, Hans Welzel ha puntualizado que lo importante está constituido por “la cantidad de relaciones valorativas convergentes en el tipo vital concreto y, consiguientemente, que, tanto como valores secundarios coadyuvantes o como valores expuestos contradictorios, se agregan al valor del *objeto de la protección*”.<sup>108</sup>

En resumen, se reiteran valoraciones que resultan decisorias en conflictos de valor (acciones) ya sea manifestándose la preferencia absoluta de una valoración, ya sea a través de la delimitación del contexto en el que tienen validez el uno al lado del otro, juicios de valor fundamentalmente contradictorios.

## II. CONSECUENCIAS DE LA CONCEPCIÓN WELZELIANA EN LA TEORÍA DEL DELITO

En tres conferencias pronunciadas por Reinhart Maurach, en la Universidad Externado de Colombia,<sup>109</sup> expresa que la entonces vigente “lucha de escuelas” en la ciencia jurídico-penal alemana, es decir, la contienda sobre la esencia y los fines de la pena entre Franz von Liszt, por una parte, y la “escuela clásica”, por otra, dio lugar a un enfrentamiento de opiniones, ya ampliamente superado, en el ámbito de la política criminal, cuya lamentable repercusión fue el retraso de la reforma del derecho penal.<sup>110</sup>

<sup>108</sup> *Ibidem*, pp. 96, *in fine*, y 97.

<sup>109</sup> Publicadas por la revista de dicha Universidad, vol. VI, núm. 3, diciembre de 1965, pp. 313 y ss.

<sup>110</sup> Las tres conferencias fueron dictadas en la Universidad Externado de Colombia, por Reinhart Maurach, profesor en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Munich, los días 29 y 30 de septiembre y 1o. de octubre de 1965.

Con posterioridad se inicia la hermosa polémica entre los autores de la *estructura del delito* y, más específicamente, del elemento decisivo de la misma (dentro de la teoría del delito) o sea la *estructura de la acción*. Se enfrentan, de un lado, los defensores del concepto tradicional (clásico) de acción, caracterizada por ellos mismos como *concepto de acción social* o —más claramente— *concepto causal de acción*.

De otro lado, los precursores y el diseñador del *concepto final de acción*.<sup>111</sup> Entre los primeros, señaladísimamente, Von Weber, Graf Zu Dohna y Helmut Mayer y su auténtico creador Hans Welzel.<sup>112</sup> Las consecuencias más importantes del concepto final de acción (aceptado, en su mayor parte, por el poder judicial alemán) fueron, entre otras, las siguientes:

- Ordenamiento sistemático del dolo en la estructura de los hechos punibles.
- Tratamiento del error.
- Problemática de la autoría y de la participación.
- Ubicación de la antijuridicidad en relación con la culpabilidad.
- Entendimiento de las normas de comportamiento en función de los imperativos.
- Distinción entre disvalor de acción y disvalor de resultado.

Por su parte, Maurach (a quien, en lo personal, considero el segundo jefe de la escuela finalista) expresa que el concepto

<sup>111</sup> Welzel, Hans, *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Balestra y Eduardo Friker, Buenos Aires, Depalma, 1951, *passim*. Se trata de una reunión de diversos artículos (publicados por Hans Welzel) sobre la teoría de la acción finalista.

<sup>112</sup> Por supuesto que Welzel tuvo muchos partidarios destacadísimos (entre ellos y sin agotar esa brillantísima pléyade) Niese, Busch, Armin Kaufmann, Stratenwerth y Maurach. Aunque aclaramos que ellos no fueron seguidores acríticos, sino más bien cuestionadores de algunos aspectos del finalismo. Sin embargo, una gran mayoría de los mejores penalistas actuales se formaron en el regazo jurídico del ilustre Welzel.

final de acción tiene su origen en diversas causas. Su fundamentación reside en dos raíces: *la primera es de carácter filosófico*. Se trata de la reacción ante el concepto naturalista o causal de acción (desarrollado por Liszt y sus seguidores) que continuó desenvolviéndose al amparo de la denominación de *concepto social de acción*.<sup>113</sup>

*La segunda integra un producto del desarrollo de la dogmática típicamente jurídico-penal* y (específicamente) una expansión adecuada, y sobre todo necesaria, de la teoría del tipo, puesta de manifiesto por Ernest Beling al comienzo del siglo XX, concretamente en los años iniciales del mismo (1906-1907).

Sin duda la aportación del finalismo fue extraordinaria y Welzel uno de los juristas originales del siglo XX, aunque hay situaciones de su formulación científica ya superadas (o en vía de superación), que tampoco se corre tan rápido con un jurista de esa categoría.<sup>114</sup>

Cierto es que el adelanto dogmático jurídico-penal que proporcionó el finalismo, actualmente puede ser cuestionado; así, su metodología constituyó, tal vez, un obstáculo para el acercamiento a la política criminal. Fue tan enorme el impacto que produjo en la dogmática, que constituyó una secuencia de tal capacidad valorativa que —de alguna manera— cercenó ese acercamiento a la política criminal.

No obstante, hay que reconocer que ciertas instituciones (importantes para la dogmática jurídico-penal, como a guisa de ejemplo el dolo eventual) quedaron en dificultades para su comprensión, en el ámbito de las estructuras lógico reales del finalismo.<sup>115</sup> Frente al concepto final de acción se anticipó el con-

<sup>113</sup> Maurach, Reinhart, *op. cit.*, nota 109, p. 3. Llevando a sus últimos extremos dicha noción, este concepto de acción, realmente, no constituía ninguna conceptualización de acción, “sino un ‘proceso de causación’, es decir, acción es igual a la causación de un resultado típico”.

<sup>114</sup> Es un caso parecido (respecto de lo que ocurrió con los grandes filósofos idealistas alemanes, críticos de Kant) ya que con notoria ligereza trataron de derrumbar la excepcional construcción filosófica del filósofo de Königsberg.

<sup>115</sup> Cerezo, Mir, José, “El finalismo hoy”, ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de derecho penal, México, 1998.



cepto naturalista de acción —formulado en su momento por Franz von Liszt—.

Dicha noción naturalista de acción muestra (diáfananamente) la influencia de la filosofía de raíz positivista, entendida en el sentido de Augusto Comte. Recibió el nombre de “acción natural”, ya que pretende incorporar las leyes causales de las ciencias naturales al ámbito del derecho penal y, además, a causa de que su contenido es *prejurídico*, es decir, un contenido *a priori* desde el punto de vista jurídico.<sup>116</sup>

Evidentemente, de lo anteriormente señalado, derivan los errores primeros de esta teoría. Inevitablemente, la noción naturalista de acción produce una consideración física de la causalidad. A pesar de ello, ésta tiene que ceder en el caso de delito de omisión, puesto que, para el concepto físico de acción, rige desde luego el apotegma de que: “de la nada no puede seguir nada”. En este sentido, el delito de omisión no puede originar ninguna causalidad (al menos, en el plano estrictamente físico).<sup>117</sup>

En cuanto al concepto social de acción, por su parte, estima que la acción del hombre (verdadera base de toda construcción del delito), resulta imposible definirla únicamente en función de las leyes de la naturaleza, o sea, “en un ámbito extraño al derecho”. En la acción, se trata de un concepto plenamente ubicado

<sup>116</sup> Liszt, Franz von, *op. cit.*, nota 36, pp. 118 y ss. Según esta opinión, “la acción es un puro factor de causalidad. Acción es la producción de un resultado mediante fuerza física” de esta manera, de conformidad con Liszt “la acción es una ‘modificación en el mundo exterior físico, perceptible material, es decir, sensorialmente’, debido a la tensión muscular, en el delito comisivo y al descanso físico, en el delito de omisión”.

<sup>117</sup> Maurach, Reinhart, *cit.*, nota 111, pp. 3 y 4. No obstante, de mucha mayor relevancia jurídica es otro reparo, dimanante del propio concepto naturalista de acción; así se lo sacó de las leyes de la ciencia de la naturaleza. Sin embargo, el derecho (y sobre todo el derecho penal) constituye un fenómeno sociológico, enraizado en la vida social. “De ahí que las disposiciones del derecho penal, así como el desarrollo del concepto jurídico-penal de acción han de aplicarse a la sociedad, al mundo exterior social”. Precisamente, de la percepción cognoscitiva de esta situación se originó la separación de la noción naturalista de acción del concepto social de acción, que se difundió ampliamente.

dentro del derecho (inclusive un concepto situado dentro del derecho penal).

En estas condiciones, el hecho de que la acción origine una modificación en el mundo físico externo no produce, por consiguiente, ningún aspecto importante. “Esencial es tan sólo que implique una relación valorativa con el mundo circundante social. Por eso, qué sea la ‘acción’, no lo determinan las leyes de la naturaleza, sino los requisitos del derecho”.<sup>118</sup>

“Acción es la causación de un resultado relevante socialmente; desde el punto de vista jurídico-penal, es la causación de un resultado típico”. Por consiguiente, la acción es idéntica a la causación del resultado, con el agregado de un puro factor de causalidad.<sup>119</sup>

Resumiendo podría decirse que los reparos a formular a este concepto social de acción, son tres fundamentalmente:

1. Lo mismo que ocurre con el concepto naturalista de acción, el concepto social de la misma es un mero concepto causal: acción es igual a causación, es decir causación de un resultado típico en lo que se refiere al derecho penal. Para Maurach literalmente hablando: “Sostener tal teoría, es, sin embargo, tomar el rábano por las hojas”.

Para Maurach (finalista, sin mácula alguna, aunque crítico como seguidor de Welzel) la teoría causalista de la acción

<sup>118</sup> *Idem*, de esta manera quedan resaltadas las divergencias esenciales entre el concepto natural y el concepto social de acción, y, al propio tiempo, sus similitudes, puesto que el concepto social de acción no puede evadirse fácilmente su íntima relación intelectual con el concepto naturalista de acción.

<sup>119</sup> *Ibem*. De lo dicho *ut supra*, resulta que lo que quiere el autor de la conducta a través de su hacer, es decir, la dirección de su voluntad, la finalidad de su conducta, no es interesante, por lo que se refiere al concepto social de acción. “Basta con que el agente haya querido ‘una cosa cualquiera’; la cuestión de qué ha querido, está excluida del concepto de acción”. Obviamente, tal problema ha de ser resuelto o, al menos, analizado. Sin embargo, eso no sucede dentro del concepto de acción, sino posteriormente en el interior de la doctrina de la culpabilidad. Queda claro, pues, la directriz marcada por este concepto social de acción.

olvida, que ésta es un ejercicio final de la actividad humana, en principio. El autor de la conducta contempla la meta, antes de escoger el medio (y de prepararse en consideración a dicho propósito) para la acción.

Para Welzel,<sup>120</sup> la acción tiene como característica principal “la anticipación del fin en el pensamiento”. Presume, por consiguiente, una voluntad específica dirigida a un objetivo y una manifestación final de dicha voluntad. En la concepción welzeliana de la acción, rige el principio fundamental no de cualquier actividad humana, sino el de “una actividad final humana”.<sup>121</sup>

De cualquier manera, la explicación de una cosa (aunque pueda contener el contexto de la misma), requerirá —ante todo— aclarar la cuestión de lo que ha sido querido por el agente, es decir, cualquier noción causal que se haga de la acción, se proyecta en dos partes relativas a un fenómeno vital uniforme.

Así, a la acción (y consecuentemente al tipo del delito) pertenecerá la producción de un resultado. Si el autor pretendió conseguir dicho resultado (o si el resultado se produjo más bien sin quererlo) esta cuestión queda fuera del concepto de acción para ser aclarada, posteriormente, dentro de la doctrina de la culpabilidad.

Dicho de otra forma: la diferenciación entre el homicidio doloso y el homicidio culposo no se hace ni en la esfera de la acción, ni en la parcela del tipo (como una acción tipificada por la ley) sino únicamente en la parcela de la culpabilidad. Efectivamente, resulta asaz difícil hablar de una acción (conducta) de homicidio, si no se sabe todavía, si el autor quiso la muerte del sujeto pasivo.<sup>122</sup>

2. Piensa Maurach que si las doctrinas causales de la acción identifican el concepto de acción con la producción del re-

<sup>120</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 112, *passim*.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

<sup>122</sup> Maurach, Reinhart, *op. cit.*, nota 108, p. 6.

sultado, es muy difícil entender la ubicación de ciertas clasificaciones de la manifestación de voluntad que no producen resultado.<sup>123</sup>

3. Estima el ilustre profesor alemán (seguidor de Welzel en sentido crítico, repetimos) que el concepto causalista de acción (según él) es igual a la causación de un resultado y no constituye, desde luego un fundamento sólido del delito. Recuerda Maurach que no fue por mera casualidad que, en tiempos pasados, dentro de la dogmática jurídico-penal alemana hubo voces que rechazaron totalmente la aplicación de la acción como fundamento del delito.

Ante esta tesitura, Maurach (en las conferencias anteriormente reiteradas) repitió que el origen del concepto final de acción tiene su fundamento en dos raíces: por un lado, una causa psicológico-filosófica; y, por el otro, en la ciencia del derecho penal, o dogmática jurídico-penal.<sup>124</sup>

A. La doctrina de Hans Welzel (referente al concepto final de acción) constituyó una reacción típica frente al mal llamado dogma de la causalidad, mismo que fue presentado en las doctrinas causales de acción. No obstante (antes de Welzel), hubo penalistas alemanes (por cierto muy destacados) que *rechazaron la tesis doctrinal de que la acción es causación del resultado y de que la acción criminosa es la pura causación de un resultado antijurídico*.

Por ejemplo, se formulaban la pregunta de por qué el homicidio calificado era castigado con sanciones más graves que el homicidio simple doloso, y éste (a su vez) con penas más graves

<sup>123</sup> *Idem*. El ejemplo más frecuente es el de la tentativa delictiva. Se erige en elemento esencial de la misma la no causación de un resultado. En consecuencia, las teorías causales de la acción deberían acceder a la conclusión lógica de que (en la tentativa del delito) el autor no ha actuado de ninguna manera, conclusión totalmente absurda. Sin embargo, las teorías causales no han podido disipar totalmente las dudas surgidas respecto de esta situación.

<sup>124</sup> *Idem*.

que el homicidio culposo. En virtud de lo cual, creían que no era posible que tal diferencia residiera en el resultado.<sup>125</sup>

En estas condiciones, se razonaba que no tenía relevancia el hecho de si el autor de la conducta cometía homicidio calificado, homicidio doloso simple, o si únicamente incurría en homicidio culposo, ya que la punibilidad desigual de delitos de homicidio no dependía solamente de la causación del resultado, sino de la forma de las diversas acciones, ya que todas producen el mismo resultado.

De este modo: el homicidio calificado se caracteriza (dice Maurach, parafraseando a Welzel) por codicia o sevicia; el homicidio culposo se castiga con pena más leve, ya que el autor no quiso el resultado de la muerte. “Se admitió que el delito se califica no sólo por *el desvalor del resultado, sino también por el desvalor de las acciones, de la voluntad de las tendencias, finalidades y motivos del autor*; en definitiva por el desvalor del fenómeno de la acción de por sí”. Por ello, se llegó a distinguir entre tipos de delito preponderantemente *causales* y hechos punibles en su mayoría *finales*, es decir, caracterizados por los fines del agente.

B. En estos prolegómenos de su elaboración de la teoría final de la acción, le fue factible a Welzel enfocar la problemática de forma sistémica basándose en las doctrinas filosóficas que, en Alemania se encontraban representadas por los filósofos *Richard Höningwald* y *Nicolai Hartmann*. Así la acción humana es dirección final del suceso causal: *acción es actividad final humana*.<sup>126</sup>

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 7. Efectivamente “no es posible que tal diferencia dependa del resultado. Pues, no tiene importancia el hecho de que si el agente comete homicidio calificado o doloso, o simplemente homicidio culposo”; ya que en todos estos casos “el resultado es el mismo: un hombre muerto y el cadáver sigue siendo cadáver”.

<sup>126</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 11 y ss. Welzel afirma que, durante cierto tiempo, algunos críticos de su doctrina se refirieron (cada vez más) a su origen y creían poderlo detectar en una relación de dependencia con un sistema filosófico determinado, concretamente el de Nicolai Hartmann. Tal vez

El ilustre creador del finalismo aclaró que (sin duda) no tendría que avergonzarse de que el origen de su doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai Hartmann, siempre que eso fuera cierto, que no era precisamente el caso en su particular opinión. En estas condiciones, consideró conveniente aclarar la cuestión.

Según la propia afirmación del creador de la doctrina finalista, las sugerencias para la formulación de su tesis doctrinal no las recibió de Hartmann, sino de la psicología del pensamiento y la primera de ellas, precisamente, de la obra *Grundlagen der Denkpsychologie* (*Fundamentos de la psicología del pensamiento*) del filósofo Richard Höningswald.

También —señala el maestro— recibió otras inspiraciones de los trabajos de los psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre otros.<sup>127</sup>

En estas condiciones, el creador del finalismo estima que Hartmann no ejerció ninguna influencia sobre los autores menciona-

(afirma Welzel) fue Engisch el que suministrara base para ello, cuando en 1944 llamaba a Hartmann “mi garante”. En la misma línea se manifestó Hall en relación a Hartmann, y lo consideró como *el maestro filosófico de los finalistas*.

Por su parte, Würtenberger aludió a la “aceptación acrítica” de las doctrinas de Hartmann. Klug estima que constituye una “tesis clásica del finalismo”, que la inclusión del dolo en el tipo se deriva de la ontología de Hartmann. En fin, Oehler creía que la separación del dolo y la culpa, representaba una consecuencia de mi aceptación de la doctrina de los valores de Nicolai Hartmann, y así un largo etcétera. Durante cierto tiempo, Hans Welzel se mantuvo en un discreto silencio en cuanto al origen de su doctrina finalista, ya que él entendía que (en la ciencia) sólo debería concederse importancia al contenido de verdad de una afirmación y no al posible origen de la misma.

<sup>127</sup> *Idem*. Todos estos trabajos (aparecidos en la década de 1920 a 1930) produjeron la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones y pusieron de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos, que no eran meramente causal-mecánica. Aclaró Welzel, que denominó a esta forma de realización “intencional de sentido” y la seguí desde la acción “interna”, de los *actos de pensamiento*, en los que había sido puesto de manifiesto por los trabajos de aquellos autores, hasta los *actos voluntarios* y la *realización de la voluntad* (es decir) hasta la *acción externa*.

dos y sus trabajos, sino que (contrariamente) incorporó a su pensamiento los conocimientos (en aquella época) muy acalorados y que, posteriormente, se convirtieron en un patrimonio común del curso no-causal de determinados actos anímicos.

Fue (después de 1930) que desarrolló en sus grandes obras ontológicas una teoría general de los estratos del ser, puntualizando Welzel que, hacia 1920, Hartmann era considerado un neokantiano en periodo de evolución (bajo la influencia de la fenomenología) hacia un realismo crítico.

No obstante, Welzel expone que el análisis, de una claridad meridiana, de la estructura de la acción en la *Ethik* de Nicolai Hartmann y en su *Problem des Geistigen Seins* (*Problema del ser espiritual*) me incitó a formular nuevamente mi pensamiento, en mi libro *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (*Naturalismo y filosofía de los valores en el derecho penal*) publicado en 1935 y en la utilización del término más conocido de *finalidad*, en lugar del vocablo menos acertado de “intencionalidad”.<sup>128</sup>

En conclusión (para dejar el problema aclarado) Welzel señala que en la comprobación de la tesis de la estructura final de la acción, sólo basta remitirse a las explicaciones de lo anteriormente dicho y a la bibliografía filosófica y psicológica, citada *ut supra*. Dicha comprobación se obtiene a través de la vía de la que surge todo conocimiento de las cosas, es decir, de los datos de la experiencia interna y externa y de su explicación racional (categoría).<sup>129</sup>

Más recientemente, Maurach señala que la teoría final de la acción, creada por Welzel y continuada por Busch, Niese, Stra-

<sup>128</sup> *Idem*. El complejo esquema sistémico de Hartmann en los tomos de su *Ontologie* (publicados después de 1935) según Welzel ha deformado —especialmente en la ciencia del derecho, separada la mayor parte de las veces de la filosofía, por lo menos en esa época— la visión de la situación en que se hallaba la filosofía alemana en el tercer decenio del siglo XX (de igual manera, que la obra de Hartmann fue oscurecida, posteriormente, por el existencialismo).

<sup>129</sup> Márquez Piñero, Rafael, “La antijuridicidad y las modernas corrientes del derecho penal”, *Revista Criminalia*, México, 2001, edición conmemorativa, *passim*.

tenwerth y Armin Kaufmann, entre otros, tiene su origen en la filosofía de Hönigswald (*Bases de la filosofía del pensamiento*) y Nicolai Hartmann (*El problema del ser espiritual*, 4a. ed.) alcanzó su esplendor en la década de los 60.<sup>130</sup>

De conformidad con el pensamiento expresado, Maurach manifiesta que la acción (siempre constituida por una conducta humana, en oposición al acontecer causal objetivo [proceso material causal] y también a la reacción instintiva del animal) *consiste en la dirigibilidad de la acción real*, a través de la incorporación de componentes propios de determinación hacia “lo deseado”.

La acción es *actividad humana final*. De la misma manera, Welzel señala que la finalidad o el carácter final de la acción se fundamenta en que el ser humano (gracias a su saber causal) puede prever (desde luego, dentro de cierto límite) las consecuencias posibles de su actividad. Por tanto, puede fijarse fines distintos y encauzar su actividad (conforme a su diseño) a la obtención de esos fines.<sup>131</sup>

Interpretando el pensamiento de Welzel en el sentido que analizamos, Maurach y Zipf destacan que la finalidad y la causalidad tienen su diferencia, esencialmente, en el intercambio de los momentos lógico-temporales de relación; la segunda constituye el producto de una cadena causal determinada en forma objetiva, cuyas conexiones requieren una explicación —posterior— también objetiva.

Por su parte, la finalidad, que conoce o estima conocer las leyes de la causalidad, basándose en la experiencia, hace una valoración anticipada de estos conocimientos, *supradeterminando el nexo causal* y utiliza los medios que le permitirán dirigir el acontecer causal hacia el fin perseguido: “la causalidad es ciega, la finalidad vidente”.

En ella (la finalidad) la constelación causal aparece ordenada en consideración a la obtención de la meta, de tal manera que

<sup>130</sup> Maurach, Reinhart-Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1994, t. 1, pp. 255 y ss.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 255 (más detalladamente, Klug, *Emge-Festschrift*, § 34).



(en el caso del homicidio doloso intencional) la secuencia de movimientos corporales vendría determinada de la siguiente forma: se compra el arma, se obtiene informaciones para elegir la ocasión propicia, se coloca el agente al acecho, se apunta el arma y se dispara. En definitiva: *todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan conjunto*.<sup>132</sup>

De cualquier manera, la actual relevancia dogmático-jurídica de la teoría final de la acción se concentra —sustancialmente— en haber destacado un aspecto decisivo para la fundamentación de la pena: “la estructura final de la conducta humana”. Por tanto, el finalismo ha sido capaz de aprehender (en cierta medida) *el componente antropológico de la responsabilidad penal*.<sup>133</sup>

También (frente a un hecho culposos) resulta posible hablar de una utilización errónea de dirección final. Tal situación queda bastante bien enmarcada en la frase “lesión evitable de un bien jurídico”, que es abundantemente citada para tratar de caracterizar los hechos punibles culposos. Así: *el delito culposos puede ser entendido como la falta de la dirección final generalmente exigida y que el autor puede dar a sus acciones*.<sup>134</sup>

Con todo lo dicho *ut supra*, obviamente se han producido cambios en la ubicación y en la perspectiva inicial de la crítica a la teoría final de la acción. *De un lado*, la idea de la orientación hacia un fin de la noción ontológica de acción se ha impuesto (para muchos, se impuso) en forma progresiva. *De otro lado*, se detectaron ciertas objeciones a la homologación igualitaria de finalidad y dolo para los delitos culposos, característica del finalismo.<sup>135</sup>

Desde un punto de vista funcional y de desarrollo histórico, *la teoría social de la acción* se encuentra entre la teoría causalista y la teoría finalista. De hecho, su punto de partida se ubica, al menos en parte, en los años treinta; pero únicamente adquiere

132 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 98, pp. 99 y ss.

133 Maurach-Zipf, *op. cit.*, nota 130, p. 260.

134 *Idem*.

135 *Idem*.

su mayor proyección después de terminada la segunda conflagración mundial.<sup>136</sup>

Precisamente, dada la diversidad de formulaciones de la teoría social de la acción, resulta ciertamente dificultoso constatar un nexo de unión entre ellas. No obstante, *este elemento común de lo diverso* (entrañable expresión aristotélica) se encuentra constituida por la atención prestada a la *relevancia social de la conducta humana* (ya sea de acción o de omisión).<sup>137</sup>

Sin duda, la diferenciación (respecto de la teoría causal de la acción) se produce (en referencia al concepto de relevancia social) en la exigencia de un punto de vista valorativo, con lo que ocurre que el concepto social de la acción se transmuta, se transforma “en el concepto normativo de ella”.

Por lo que hace a su estricta delimitación con la teoría finalista de la acción se origina en el hecho de que la teoría social de la acción no surge del modelo final de la actividad humana y en que (por otra parte) tampoco es considerada toda conducta desde la perspectiva de la dirección final.

No obstante, la delimitación es flexible, fundamentalmente porque (por una parte) la teoría social de la acción puede incluir la dirección final de la misma dentro de su modelo; mientras (por otra parte) la teoría final de la acción no se encuentra constreñida a negar la relevancia social de las conductas humanas.<sup>138</sup>

<sup>136</sup> La teoría social de la acción surgió, por un lado, de la teoría causal de la acción, y, por el otro (esencialmente) tras la guerra terminada en 1945, como resultado de un desarrollo ya independiente. La gran amplitud de su base de conocimiento es (simultáneamente) su fuerza y su debilidad. En tal sentido viene a cumplir un rol de intermediación, aunque por esa razón se dificulta bastante su unidad interna. Por supuesto, las diversas formulaciones de la misma (aunque coinciden en lo principal) difieren en los matices en los detalles, y muchas veces hasta en el contenido, aunque se respetan las características generales de la misma.

<sup>137</sup> Rudolphi, Has-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, trad. Claudia López Díaz, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de derecho penal y Filosofía del Derecho, 1998, *passim*.

<sup>138</sup> Maurach-Zipf, *op. cit.*, nota 130, pp. 263-264.

Con un detenido análisis de las posibilidades de compromiso entre las tres teorías de la acción, se puede estimar que (según la estructuración de cada una) hay una incompatibilidad manifiesta entre las teorías causal y final de la acción, que se excluyen mutuamente.<sup>139</sup> Esta situación varía, considerablemente, respecto de la teoría social de la acción que está abierta hacia los dos lados (causal y final).

De cualquier manera, una componenda con la teoría causal de la acción implicaría (necesariamente) que esta última admitiera el punto de vista normativo para la acción. En caso de que una cosa así ocurriera, la teoría causal se negaría a sí misma, convirtiéndose en una teoría social de la acción. Contrariamente, la cooperación entre las teorías social y final se antoja hacer lo más conveniente, puesto que ellas no se excluyen mutuamente, antes al contrario se complementan.<sup>140</sup>

Sin embargo, las teorías final y social de la acción captan la esencia de la conducta humana en sí, sólo que desde distintos puntos de vista. Así, por ejemplo, la teoría social en cuanto acontecimiento de la vida social común en relación al fenómeno humano

<sup>139</sup> *Ibidem*. La posibilidad de una teoría causalista-finalista vendría determinada, *per se*, a un rotundo fracaso, ya que entre las dos no existe ningún consenso posible, en relación al cuestionamiento referente a la inclusión del resultado en el concepto de acción.

<sup>140</sup> *Idem*. Una afirmación de juicio sobre la teoría social de la acción tiene dos perspectivas: en primer plano, la gran amplitud de lo que constituye el punto inicial de su investigación. Porque, así como la teoría final de la acción fue criticada por su excesiva estrechura, a la teoría social de la acción puede hacerse el reproche justamente de lo contrario, es decir, su gran extensión y una considerable falta de contenido.

Desde un segundo punto de vista, si se tiene en cuenta el concepto de relevancia social (estimado independientemente de los tipos penales) es cierto que su capacidad delimitadora resulta pequeña, ya que (generalmente) la conducta humana tiene, por su propia esencia, una relevancia social.

Por otra parte, en el supuesto de entenderse la relevancia social en forma antecedente al tipo penal, el concepto de acción pierde su eficacia como elemento general del delito previo al tipo, puesto que con la sola relevancia social no sería factible manejar, con cierta seguridad, la función delimitadora, a la que venimos aludiendo.

interno; por esta razón, ambos puntos de vista se complementan perfectamente.

En otro sentido, las teorías final y social de la acción tratan de captar la esencia de la acción humana en sí misma, nada más que desde perspectivas distintas. Así: la teoría social, en cuanto acontecimiento ínsito en la vida social ordinaria, y la teoría final de la acción en referencia al fenómeno humano en su interinidad. De ahí que ambos puntos de vista sean complementarios entre sí.<sup>141</sup>

El desarrollo que Jescheck ha caracterizado, bastante adecuadamente, parece acercarse a esa pretensión: “se ha impuesto paulatinamente ‘el alto grado de fuerza de convicción propio de la sistemática actual’ ”. Sin duda, este resultado es, simultánea y completamente suficiente.

Ningún partidario del finalismo —defensor del mismo a ultranza— puede pedir al poder judicial —e inclusive al legislador— una “declaración expresa y fundamental” de adhesión a las bases o fundamentos teóricos del finalismo. Lo mismo resulta válido, solamente que a la inversa, para los defensores de la teoría social de la acción.

Tal situación resultaría cuando menos perjudicial, ya que supondría ubicar elementos extraños a la dogmática jurídico-penal, con la consecuencia de perjudicar, o al menos inhibir su evolución.<sup>142</sup> Por ello resulta suficiente que los más conspicuos re-

<sup>141</sup> Maurach-Zipf, *op. cit.*, nota 130, p. 267. La teoría social (por lo menos a la manera defendida por Jescheck y Wessels) y la teoría final de la acción son coincidentes (en su contemporaneidad) en sus resultados prácticos respecto de la clasificación de los elementos de la estructura del hecho punible en las diversas fases del delito (especialmente en la ubicación del dolo y la culpa general en el tipo). Ante dicha coincidencia en el resultado (en opinión de Maurach-Zipf) parece inadecuado incidir más profundamente en las disputas sobre el concepto de acción en la dogmática jurídico-penal alemana, resultando más conveniente (por el contrario) intentar establecer una secuencia punitiva, a través de señalar aquello que existe en común, en ambas concepciones jurídicas.

<sup>142</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 59, especialmente lo relacionado con lo referente a la problemática que nos ocupa (a la que ya nos hemos referido

presentantes de la ciencia penal (independiente-mente de que pertenezcan a las teorías social y final de la acción) se encuentren dispuestos a extraer las consecuencias prácticas derivadas de la clasificación del dolo y la culpa general dentro del tipo.

Por su parte, Günther Jakobs define la acción “como causación de un resultado individualmente evitable” y distingue por una parte el concepto final de acción, en cuanto excluye del concepto de acción la dirección del impulso, y por la otra, el concepto social de acción en cuanto atiende a la evitabilidad.<sup>143</sup>

En este sentido, el complejo fenómeno de la investigación jurídico-penal de la causalidad sólo puede ser debidamente estudiado, cuando se parte de una claridosa diferencia entre las perspectivas empíricas y las normativas. De manera precisa, ahí radica el interés principal de la teoría de la imputación objetiva del resultado.

Para dicha formulación doctrinal “la causalidad sólo es la condición mínima; a ella debe agregarse la relevancia jurídica de la relación causal entre el sujeto actuante y el resultado”. Por

ut supra). Por las mismas razones hay que considerar como irrelevante, secundario (para la persistencia de la secuencia de la evolución), que los adscritos a las teorías social y final de la acción, tengan ya una concepción común de la acción (*una teoría final-social*) o, por el contrario se ubiquen, en una común determinación del ilícito. De cualquier manera, los esfuerzos por radicar el concepto de acción entre la perspectiva social y la final se acrecientan constantemente.

<sup>143</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 168 y ss. El ilustre maestro distingue entre la dirección de la acción y el control del impulso, y añade “en la determinación del concepto de acción no se trata sólo de imputar su acción a un sujeto, sino que al establecer el concepto de acción se determina simultáneamente lo que es un sujeto y lo que es su acción. De todos modos, el derecho penal vigente determina que sujeto actuante sólo puede serlo una persona física y no una persona jurídica. La constitución psicofísica de la persona, relevante para el injusto penal no está establecida desde el principio”. Ya la diversidad de los conceptos de acción, hasta ahora manejados en el injusto, implica también una diversidad de sujetos actuantes. El sujeto que actúa voluntariamente en el concepto causal de acción se encuentra menos especificado que el sujeto que actúa (directivamente) en el concepto final de acción.

consiguiente, la tarea investigativa de la causalidad se proyecta en dos niveles, estructurados uno sobre el otro, ya que, en primer lugar, debe ser examinada la causalidad empírica del resultado y —tras su afirmación— ha de procederse, en segundo lugar, con la imputación normativa del resultado.<sup>144</sup>

Para Jakobs, el intento más destacado (históricamente hablando) de limitar la causalidad a la imputable objetivamente se ha realizado mediante la teoría de la adecuación. La necesidad de limitar la causalidad (con independencia de la limitación que, de cualquier forma, tiene lugar a través del dolo y de la imprudencia) surgió esencialmente a través de los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua.<sup>145</sup>

Hecha la aclaración (consignada en la cita 145) en esta situación legislativa, la cualificación por el resultado estaba ligada en exclusiva a si había sido causada, de tal forma que, de conformidad con el apotegma de la teoría de la equivalencia, se daba respuesta también por la cualificación, no obstante que —en una estimación valorativa— el autor no fuera responsable del resultado. Y Jakobs ejemplifica: “a causa de predominar la propia culpa de la víctima o a causa de una desgraciada concurrencia de circunstancias en el caso”.

En esta tesitura, Jakobs señala que la *teoría de la adecuación* no sustituye a la de la equivalencia, sino que únicamente excluye “la equivalencia de todas las condiciones”. De conformidad con la teoría de la adecuación, “una causación sólo será jurídicamente

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 237. “Naturalmente, la relevancia de los cursos causales no se limita sólo objetivamente, sino que también la exigencia de un aspecto subjetivo del hecho, congruente, tiene un efecto limitador. Sin embargo, aquí se especificarán en primer lugar aquellos presupuestos o requisitos de la imputación que —como ya la causalidad— son independientes de la relación del sujeto con ellos”.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 238. A tales efectos, Jakobs aclara que “en tales delitos no se requería (referente al resultado cualificante) ‘al menos imprudencia’ ni ninguna relación de naturaleza subjetiva”, dado que faltaba un precepto legal similar al § del StGB (para mayor claridad, Jakobs señala que el parágrafo 256 StGB fue añadido por la 3a. Ley de Reforma Penal de 4 de agosto de 1953.

relevante (en la versión antigua: sólo valdrá como causación en sentido jurídico) si no es improbable.<sup>146</sup>

En la perspectiva valorativa de la *teoría de la adecuación* es preciso establecer una diferencia nítida entre: a), la adecuación de una consecuencia de determinado género; y b), la de un determinado curso causal para una consecuencia.

A. La probabilidad de una consecuencia es en el supuesto extremo un criterio de la imputación. Hay acciones cuya escasa probabilidad de resultado excluye la responsabilidad cuando, a pesar de la escasa probabilidad, acaece el resultado.<sup>147</sup>

B. La adecuación de un determinado curso causal con respecto a una consecuencia —y sobre ello versa la adecuación del principal ámbito de aplicación de la teoría— no existe. Se trata de que un

<sup>146</sup> *Idem*. Esta teoría fue creada por von Kries y, desde ese momento, se utiliza como instrumento solucionador para diversos supuestos problemáticos (delimitación general de la responsabilidad, concepto de peligro, desviación con respecto al dolo, marco de los delitos imprudentes y consumación anticipada entre otros). En estas condiciones, la jurisprudencia penal no ha dejado de rechazar la aplicación de la teoría de la adecuación, incluso en los delitos cualificados por el resultado en su versión antigua.

De otra forma, la jurisprudencia civil, que se sirve de ella especialmente para limitar la responsabilidad por el peligro y para completar la causalidad que da lugar a la responsabilidad. No obstante, en la doctrina penal ha encontrado (por lo menos hasta ahora) amplio consenso la teoría de la relevancia. En definitiva, la teoría de la dirigibilidad (*Bezweckbarkeit*) objetiva según la cual la responsabilidad debe ser limitada a los cursos causales dominables por una persona razonable, viene a desembocar en la teoría de la adecuación.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 239. Jakobs pone el siguiente ejemplo: “*Quién* —sin más intervención ni conocimiento— hace que su hijo viaje en un avión comercial con la esperanza de que muera en un accidente, lo que efectivamente ocurre, *no responde, porque no sobrepasa el riesgo permitido*”. No obstante, *el riesgo permitido no depende sólo del grado de probabilidad, sino también de la clase de riesgo, de la situación en la que éste se desencadena*, etcétera. “El juicio de adecuación no puede sustituir al enjuiciamiento diferenciado que se realiza a través del riesgo permitido y es superfluo junto a éste.

El propio Jakobs añade que: “Cuando Wolter (*GA*, 1977, pp. 257 y ss.; y 271 y ss.), sabedor de esto, gradúa el juicio de adecuación en función de los distintos ámbitos vitales, únicamente cabe discutir, ya inútilmente, sobre el nombre (¿adecuación graduada o riesgo permitido?)”, nota 53 del texto de Jakobs (referido *ut supra*) p. 239.

comportamiento (un disparo a una persona) condiciona un resultado (la muerte), pero de un modo desacostumbrado y en este sentido inadecuado (la víctima del disparo fallece en el hospital en que se le había ingresado, en un incendio, por la noche).

Esta ausencia de adecuación eliminaría la imputación objetiva, para algunas de las soluciones, desde luego sólo la imputación a título doloso, pero en todo caso (según la solución admitida actualmente), la imputación como injusto. Sin embargo, al hacer un examen suficientemente detallado del curso causal, “cada curso se revela rarísimo”.<sup>148</sup>

De cualquier manera, si refiriéndonos, dice Jakobs, a la relación colisión-lesión, ésta puede basarse en una secuencia desdichada de condiciones. Si pretendemos no abandonar la adecuación, hemos de preguntarnos, también, por la conexión adecuada “de las consecuencias intermedias perceptiblemente frecuentes”.

Así: “No se puede eludir la adecuación hasta en el detalle. A ello se añade un error genuino de la teoría de la adecuación”. A saber: *La teoría cualifica procesos causales con arre-*

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 240 y 241. Como en casos anteriores Jakobs ejemplifica: “Si un conductor, cuyo vehículo patina con los neumáticos gastados, choca precisamente de un modo concreto contra la parte delantera de un camión que justamente se aproximaba a ese lugar, etc., resultando aplastado el pulmón del acompañante del conductor, lo que por último conduce a su muerte, al existir ya una insuficiencia del otro pulmón y producirse otras complicaciones, ésta es sólo una variante más del curso causal de entre las innumerables variantes posibles”. Si se agregan datos específicos más concretos, el curso causal acaecido no es especialmente más adecuado que lo que sería un fallo en los neumáticos no advertible. Sin duda, se puede pronosticar una cadena de sucesos no improbables (en el ejemplo: llantas gastadas, patinazo, colisión, lesión, muerte), pero tales sucesos no resultan factible pronosticarlos en concreto, sino sólo en el contexto de una forma de aparición usual. Tampoco es posible modificar la teoría de la adecuación en el sentido de que, abandonando la probabilidad del curso causal concreto, se atienda a la probabilidad de una forma de aparición usual.

A pesar de ello, dicha forma de aparición únicamente se podría apoyar en aquellas consecuencias intermedias que ocurren frecuentemente según la experiencia. En esta situación, habría que dilucidar, finalmente, la adecuación de los procesos causales situados *entre* estas consecuencias intermedias.



*glo a criterios estadísticos (¿probable?) y de perceptibilidad general (¿forma de aparición usual?), sin alcanzar a exponer la relevancia normativa de estos criterios.*<sup>149</sup>

Finalmente, independientemente de las posibles insuficiencias de la teoría de la adecuación (prolijamente expuestas, anteriormente) tanto la adecuación del curso causal concreto, como la del curso causal referente a la forma de aparición usual, no resulta verificables en un número (destacable en la práctica) de supuestos fácticos.

De este modo: el hecho de que una determinada condición tenga consecuencias, también determinadas, es frecuentemente conocido en medicina, farmacia o química e inclusive puede ser empleada para fines específicos de conformidad con un plan; así: para terapias, envenenamientos, explosiones, aun cuando el curso causal entre condición y resultado sea desconocido y por ello no se pueda enjuiciar su adecuación.<sup>150</sup>

Para Arthur Kaufmann (desde una perspectiva iusfilosófica) los hechos jurídicos son la materia del derecho, la realidad es de la legislación; su número inabarcable, ilimitado. Para Kaufmann, el hecho jurídico más relevante “es la *acción* en sentido jurídico”. Según él, puede ser definida como la conformación “responsable” y significativa de la realidad, con la secuela de

<sup>149</sup> *Idem.* No obstante, en contra de la teoría de la adecuación, determinados cursos causales (rarísimo) pueden llegar a ser normativamente relevantes sin corresponderse con una forma de aparición usual. A estos efectos, Jakobs ejemplifica: “Si un veneno común en una persona que se droga con un medicamento sumamente raro, a causa de su constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago —como suele— sino en el esófago (o no antes de los intestinos) a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto”.

En otras palabras, la facticidad del injusto adquiere especial relevancia en la secuencia natural del curso causal.

<sup>150</sup> *Idem.* “También fracasa la teoría de la adecuación en supuestos por separado muy raros, pero que en conjunto acarrean a menudo el resultado (ejemplo: reacciones psíquicas individuales a estímulos complejos)”.

las consecuencias causales (en amplio sentido) que la voluntad es capaz de controlar y, por consiguiente, imputables a quien actúa.<sup>151</sup>

En esta tesitura, dicho concepto de actuación abarca no sólo comportamientos jurídicos y antijurídicos, intencionales y negligentes, ejecutados o simplemente iniciados, de autoría y complicidad, sino también, al lado de la *acción positiva* (hacer) la *omisión*, entendida como un acto no realizado (no hacer) pero cuya concreción realizadora era esperada en el orden jurídico. Actuación, pues, en relación con un deber de evitación de un resultado jurídicamente destacable, relevante.

Distinta de la actuación jurídica y antijurídica es la *actuación no valorada por el derecho*, conocida como *espacio libre de derecho*. Se trata, por tanto, de una forma de comportamiento, en su mayor parte la de aquellas conductas en estado de necesidad que son jurídicamente relevantes y se encuentran regulados jurídicamente, pero que *racionalmente* no son susceptibles de ser valorados como jurídicos o antijurídicos.

En estos casos, el legislador establece una regulación, lo que frecuentemente es desconocido (por ejemplo, cuando declara la conducta correspondiente como *no punible*). No obstante, el legislador (adrede) prescinde de una valoración, se la deja a los interesados. En buena técnica jurídica, esta situación debe denominarse “espacio libre de valoración jurídica”.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, trad. Ana María Montoya, 2a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 211 y ss.

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 407 y ss. Lo importante será, por consiguiente, tratar de establecer en qué consiste el denominado “espacio libre de derecho”. Claro está, que, desde nuestra perspectiva jurídico-penal, la cuestión se ubica exactamente en la *relevancia* que pueda tener para el *derecho penal* dicha doctrina, ya que es precisamente en los ordenamientos jurídico-penales donde alcanza su mayor significación. La doctrina del *espacio libre de derecho* ha encontrado (desde hace tiempo) un lugar preponderante en la ciencia jurídica, y más específicamente en la dogmática jurídico-penal, donde tiene numerosos partidarios. No obstante, no ha conseguido imponerse unánimemente, ya que también ha tenido (y sigue teniendo) numerosos detractores.

Esta posición relevante en la dogmática jurídico-penal, ha cosechado razones de rechazo muy variadas (véase nota 152). Así, en principio, las consecuencias derivadas de un grave *malentendido*. Reiteradamente, se objeta “que la renuncia a la regulación jurídica en el ámbito propio de la criminalidad (por ejemplo en relación con el aborto) conduce a un estado de naturaleza sin derecho y, en consecuencia, al reconocimiento del derecho del más fuerte”.<sup>153</sup>

Conviene agregar que el “espacio libre de derecho” no significa *jurídicamente no regulado*, sino *jurídicamente no valorado*; sin embargo (a fuer de sinceros), tenemos que reconocer que la expresión “libre de derecho” es desafortunada y, por tal motivo, fuente de grandes confusiones.<sup>154</sup>

Los modos de comportamiento no regulados jurídicamente, puesto que el derecho no se interesa en absoluto por ellos, reciben la denominación (en la teoría del derecho) de “vacíos de derecho”. Estamos en presencia de ciertas actividades que no se encuentran jurídicamente reguladas, ya que el derecho no se interesa lo más mínimo por ellas.

Por el contrario, “en el espacio libre de derecho” nos encontramos con conductas relevantes y jurídicamente reguladas, que a pesar de ello *no pueden ser valoradas, adecuadamente, ni en*

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 408. En este sentido, Arthur Kaufmann señala que: “Con la interrupción del embarazo, v. gr., los partidarios a favor y en contra del aborto librarían una abierta batalla campal en la clínica en donde se practique la intervención, con heridas recíprocas considerables, sin que de ello se desprendan consecuencias jurídicas”. El ejemplo del profesor alemán, en mi opinión, es notoriamente desafortunado, ya que (cuando menos en México) el aborto es un delito contra la vida, ubicado en el título XIX, capítulo VI, artículos 329 y siguientes, del Código Penal Federal.

<sup>154</sup> *Idem*. Casi todos los no versados, en materia jurídica, entienden el “espacio libre de derecho” como una parcela completamente ajena a cualquier regulación jurídica. Lo anterior no debe sorprendernos, ya que a esas personas les resulta difícil de entender la diferencia entre lo “no punible” y lo “no regulado penalmente”. A ello, habría que agregar que, aun dentro de los partidarios de la doctrina del espacio libre de derecho, hay algunos que se expresan de manera poco clara y precisa.

*cuanto conforme a derecho, ni en tanto antijurídicas*. Como expresión caracterizadora de dichas conductas ambivalentes se utilizó la muy poco adecuada de *no prohibidas*. Aunque, tal vez, lo más correcto sería hablar de “espacio libre de valoración jurídica”, que no ha podido imponerse como concepto, en la materia que venimos tratando.

La problemática esencial de la doctrina del espacio libre de derecho consiste en el cuestionamiento sobre si todas las formas de comportamientos relevantes penalmente pueden ser concebidas, adecuadamente, en la dicotomía *jurídicas y antijurídicas* (aquí no se trata de “inocencia o culpabilidad”). La pregunta ha de ser respondida negativamente.

Las dos categorías se muestran ineficaces, de manera fundamental en los supuestos de “conflictos trágicos y de necesidad existencial”, es decir, en situaciones límites. De este modo, el conocimiento referente a que tampoco es posible solucionar determinados casos (supuestos de necesidad) exclusivamente sobre la base de la valoración *jurídico-antijurídico* no constituye ninguna novedad.<sup>155</sup>

Si pretendemos juzgar el ejemplo de la tabla de Carneades (véase nota 155) la dogmática jurídico-penal dominante, que en el ámbito de la antijuridicidad únicamente conoce las valoraciones *jurídico-antijurídico*, entonces X, quien permaneció en la tabla y se salvó a costa de Y, *mató solamente en “estado de necesidad exonerable de culpabilidad”* (§ 35 StGB, Código Penal Alemán), y —por tanto— de forma antijurídica.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 410. “Desde hace dos mil años, la mayoría de los filósofos de mayor entidad (Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino, Kant, Fichte, Hegel, Jaspers, Sartre y un largo e impresionante etcétera) intentan dar una respuesta. La discusión se inició con Carneades (filósofo helénico, nacido en el año 214 a. C.), quien —por lo menos— nos obsequió su famosa tabla”. Con el transcurso del tiempo, han aparecido numerosas variantes de la “tabla de Carneades”, si bien la más famosa se refiere al siguiente supuesto fáctico: “Dos naufragos intentan salvarse asiéndose a una tabla flotante, que evidentemente no puede soportar más que a uno. Cada uno de los dos intentan respectivamente separar violentamente al otro de la tabla. X se salva. Y se ahoga”.

De esta situación dimana la extraña consecuencia de que (desde la perspectiva del derecho): “O uno de los dos se ofrece voluntariamente a ahogarse o ambos habrían tenido que ahogarse”; provocando la sarcástica expresión de Karl Binding de denominar “la sinrazón misma” a una “solución” tal.<sup>156</sup>

Todo el ejemplo, que se viene manejando, finalmente, termina por desembocar en un auténtico callejón sin salida, del que no resulta posible evadirse, porque se diga que la acción de uno, en tanto ataque, es antijurídica y, en cuanto defensa, se torna jurídica; ya que agresión y defensa se encuentran indisolublemente unidas, porque una y la misma acción resultaría, así, jurídica y antijurídica: lo cual constituiría un ejemplo paradigmático de la vulneración del principio de contradicción. Al llegar a este punto, la dogmática jurídico-penal (conocedora únicamente de la dicotomía valorativa jurídico/antijurídico) se encuentra en un callejón sin salida.<sup>157</sup>

La situación requería (demanda, pues) una solución adecuada. Kaufmann (cuyo pensamiento venimos siguiendo) estima conveniente partir de ejemplos, para desembocar en la formulación teórica correspondiente, así dice literalmente:

Luego de un accidente en masa en una autopista, dos heridos de gravedad son trasladados al hospital. El médico jefe responsable conecta a uno de los dos heridos a la única máquina de corazón y pulmón todavía disponible.

<sup>156</sup> *Idem*. La aporía (dificultad lógica que presenta un problema especulativo) resulta aún más grave, ya que: “Si ambos naufragos luchan entre sí para alcanzar la tabla, esto ha de juzgarse respectivamente como una agresión antijurídica (aun cuando excusable). Frente a una agresión antijurídica es posible ejercer la legítima defensa. Por consiguiente, a cada uno le correspondería el derecho a la legítima defensa frente al otro. Legítima defensa frente a legítima defensa no existe”. Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, 3a. ed., 1919, t. I, p. 765. *Cfr. op. cit.*

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 411. Resulta muy claro que a la doctrina que venimos comentando debe faltarle alguna categoría para entender, jurídicamente hablando, la conducta de X. Esta carencia es conocida desde hace tiempo.

Éste se salva; el otro, que *ex ante* tenía las mismas posibilidades de vivir muere; que fuera trasladado a otro hospital no era aconsejable, teniendo en cuenta su estado.

Por supuesto, la conducta del médico está “reglada jurídicamente” (homicidio, estado de necesidad), se cuestiona, no obstante, que la solución sea adecuada.

Sin embargo, no todos los autores coinciden en esta posición, así Jescheck tiene su propio enfoque del problema, y señala (en relación con el mismo ejemplo):

En tales supuestos se produce una *colisión de deberes jurídicamente insoluble*. El médico jefe no puede negar a ambas personas, gravemente heridas, la conexión con el único medio de salvación disponible, es decir, la máquina de corazón-pulmón, ya que lo contrario sería dejar de cumplir este deber (¿cómo, pues, ha de cumplir este deber?).<sup>158</sup>

De cualquier manera, en el concreto ámbito de tales perentorios casos de necesidad no resulta posible una *generalización*; dicho de otra forma, no existen *reglas válidas en forma general, que puntualicen, nítidamente, el deber de actuar de cada cual*. No resulta posible decir que una decisión específica sea gene-

<sup>158</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, notas 58 y 59, *passim*. Según el profesor alemán la persona que se encuentre en esta situación, se enfrenta a una colisión de deberes sin solución, ya que cualquiera que sea la decisión que tome, terminará actuando antijurídicamente. Semejantes posiciones (aunque con matices) adopta Günther Stratenwerth, quien señala que la problemática planteada (respecto del ejemplo del que nos venimos ocupando) ha de decidirse de tal manera que no sea posible formular un reproche socio-jurídico de culpabilidad. “La pena supone un quebrantamiento craso de normas sociales”. Para la situación, aquí contemplada, realmente no existen reglas de decisión, ni tampoco soluciones, que puedan ser aceptables como un criterio generalmente aplicable. Stratenwerth, Günter. *Derecho penal. Parte general, I: El hecho punible*, trad. Gladys Romero, 2a ed., Madrid, 1976, pp. 162, ss. y concordantes. Entiendo (en lo personal) que las colisiones de intereses y de deberes, objeto del caso que nos ocupa no tienen otra solución que considerar la imposibilidad de actuar de otra manera, dadas las circunstancias del caso, aunque en un orden estrictamente valorativo pudiera hablarse de la incidencia de la antijuridicidad.

ralizable entendiendo por tal que (en todas las situaciones de estas características) se hubiese de salvar a una persona determinada, y dejar morir a la otra.

Con la doctrina que distingue entre *acción* y *resultado no valorados* es posible obtener una solución satisfactoria para nuestros casos. La doctrina adolece, no obstante, de defectos. No se ve con claridad cómo puedan ser juzgadas acciones que muestran, en efecto, un resultado no valorado, mas no una acción no valorada: ¿son jurídicas o antijurídicas, o ninguna de las dos lo es, y, entonces, qué son? (de esto dependen algunas cuestiones) v. gr., si la legítima defensa es permitida en casos por el estilo.<sup>159</sup>

Para remediar tal situación (a riesgo de que podamos resultar reiterativos) merece la pena traer a colación la *teoría del espacio libre de derecho*, que arroja luz sobre esta problemática. Se trata de una tercera vía. En este sentido, la categoría de *no prohibido* tiene su ubicación sistémica entre la juridicidad y la antijuridicidad.<sup>160</sup>

Sin embargo, se formulan objeciones a la doctrina del espacio libre de derecho, ya que algunos sostienen que entre *juridicidad* y *antijuridicidad* no puede existir, conforme al principio del tercero excluido, un ámbito de lo “no prohibido”, ya que se trataría de un opuesto contradictorio.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Kaufmann, Arthur, nota 151, pp. 414 y ss. El ilustre profesor señala con claridad la ambivalencia de la posición doctrinal comentada, debido a la difícilísima determinación (en casos concretos) de establecer la diferenciación entre acciones con un resultado no valorado, y la confusión que puede generarse de que la propia acción no esté valorada.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 414, *in fine*. Conviene enfatizar que acciones no prohibidas, en relación con la legítima defensa, el auxilio necesario, la participación, la tentativa y otras, deben ser estimadas como acciones ajustadas a derecho.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 415. La argumentación no requiere de una amplitud innecesaria, en primer lugar, ya que (según Arthur Kaufmann) “el *tertium non datur* no rige en la lógica normativa (deóntica) de la misma manera que lo hace en la lógica óntica (el *non* en el ámbito de las valoraciones no corresponde en todas partes al *non* del lenguaje corriente).

Realmente, la denominación “espacio libre de derecho” estaría más correctamente expresada como *espacio libre de valoración jurídica*. Por otra parte, tampoco el vocablo “no prohibido” satisface, plenamente, lo pensado. Más apropiado resultaría hablar de *prohibido-no prohibido*.

Lo anterior no quiere decir que “no prohibido” signifique “jurídico” y “no prohibido” resulta equivalente a lo “antijurídico”.<sup>162</sup> En tal sentido, la doctrina del espacio libre de derecho se corresponde con un genuino *orden jurídico libre* el cual, en casos de necesidad extrema y de conflictos, hace caso omiso de toda valoración.

Más claramente expresado, cuando hablamos “de espacio libre de derecho”, entendemos que el orden jurídico renuncia a valorar las conductas respectivas. De esta manera, quien actúa es responsable, *per se*, del grado de corrección de su actuación, él mismo se erige en destinatario o centro de atracción de las responsabilidades dimanantes de su conducta.

Arthur Kaufmann señala literalmente: “Quizá cause admiración que aquí se trate a profundidad una doctrina que en la ciencia —para no hablar de la práctica— tiene sin duda un carácter marginal, que nunca ha sido la doctrina dominante”. Para él lo anterior se debe a distintas razones:

A) Por una parte muestra, nítidamente, que la filosofía del derecho y la práctica jurídica “no están en absoluto junto una de la otra sin rozarse”.

En segundo lugar y, ante todo, por cuanto, y esto permitiría esclarecer a cualquiera, respecto de las valoraciones ‘jurídico’ y ‘antijurídico’ precisamente existe también una tercera posibilidad: *el abstenerse de valorar*. Cuando se valora, esto sucede conforme a la medida de categorías ‘jurídico-antijurídico’, pero no se tiene que valorar. No subsiste una disyunción excluyente, un *aut-aut*”.

<sup>162</sup> *Idem*. A estos efectos, Arthur Kaufmann señala que: “Lothar Philipps se pronuncia muy atinadamente al respecto: El espacio libre de derecho constituye el ámbito normativo de lo no prohibido para lo que, sin embargo, no es posible inferir una autorización o —equivalentemente— el ámbito de lo no permitido que no está, asimismo, autorizado”.



B) La filosofía del derecho está en condiciones de contribuir, en gran medida, a la superación de dicha problemática jurídica, “siempre y cuando no se practique sin contenidos”, como suele ocurrir en algunas ocasiones. Esta materia resulta, también, muy adecuada para el ejercicio del pensamiento filosófico.

C) Sin consideración a lo anterior, el ilustre profesor germano entiende que “el examen minucioso de la doctrina de la esfera libre de derecho se encuentra en condiciones de aportar algunas luces en otros ámbitos: libertad, democracia, relativismo, pluralismo, responsabilidad propia, tolerancia”. Es, precisamente, en relación con tales cuestiones que se mantiene a salvo la doctrina del espacio libre de derecho y donde muestra su pertinencia.

D) Finalmente, en opinión del jurista en comentario: “La doctrina del espacio libre de derecho es un ejemplo clásico de cómo ha de ser configurado el derecho en una sociedad de riesgo pluralista, tolerante”.

### III. CAUSALISMO Y FINALISMO, SIMILITUDES Y DIFERENCIAS. PRINCIPALES IMPACTOS DEL FINALISMO

Fernández Carrasquilla, al trazar las líneas generales de la evolución y de la secuencia dogmática de la noción de delito, expresa que una debida captación de los esquemas teóricos del delito: “o, lo que es igual, de la evolución histórico-científica de la noción dogmática”, requiere, al traer a colación parte de su temática, detectar los elementos comunes que determinan la tradición “y posibilitan la sedimentación doctrinaria en el devenir de la teoría”.<sup>163</sup>

<sup>163</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1998, vol. I, pp. 204 y ss. El ilustre maestro argentino manifiesta: “La línea de las transformaciones histórico-conceptuales pasa de la *bipartición* a la *tripartición*. La analítica del delito en dos elementos básicos (injusto y culpabilidad) caracteriza a las escuelas clásicas (*la alemana*, con Berner H.

Así como (en la nota a pie de página 163) se hace alusión a la bipartición, la *tripartición* empieza (*stricto sensu*) con la primera definición de Beling, en 1906. A los rasgos tradicionales de la antijuridicidad y la culpabilidad (en el examen de los cuales brilló a gran altura Liszt) se añade ahora, con fundamento en la teoría de las normas de Binding, la tipicidad, que se erige en el tercer elemento.

No obstante, este tercer elemento, *ab initio*, desempeña además la función de nota diferencial con el injusto extrapenal, cumpliendo, asimismo, la tarea (dimanante en su época del § 59 del Código Penal Alemán de 1871) de establecer el contenido referencial de la culpabilidad (dolo y culpa) y, por consiguiente, del error relevante.

En contadas ocasiones, en esta nueva analítica, se menciona la punibilidad en la definición del delito, por estimarse (como en su momento argumentaron Max Ernest Mayer y Edmund Mezger) que se incurriría en una tautología, o bien —realmente— no integra el delito, sino que es su consecuencia jurídica.

A pesar de ello, en ocasiones: “se observa esporádicamente en la primera definición de Beling (repetitivamente) en la segunda de Mezger, en las de Batagliani y Ranieri y en la hora actual, Muñoz Conde y, entre nosotros, Alfonso Reyes y también esta obra”. En definitiva, los autores citados y el autocitado participan de la posición de que la punibilidad únicamente integra la consecuencia jurídico-penal del delito.<sup>164</sup>

Mayer, Von Bar y Binding, en una tradición que parece venir desde Böhmer; *la italiana*, con Carmignani y Carrara, Pessina y Brussa) aun en la época de la ‘lucha de escuelas’ que protagonizan Liszt en Alemania y Ferri en Italia. Todavía Liszt define el delito como ‘el acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena’. Las dos primeras notas (antijuridicidad y culpabilidad) son los ‘caracteres genéricos’ y la tercera (penalidad o punibilidad) es el ‘carácter específico’ del delito. En la concepción *bipartita*, es idea general la de incluir la conminación penal en la definición del delito, como nota diferencial con el ilícito extrapenal, como lo hacen también Rossi y Hippel”.

<sup>164</sup> *Idem*, p. 205. “Cabe todavía agregar que Petrocelli atribuye la tradición tripartita a la doctrina italiana y no a la germánica, remontándola al § 53 del

Por su parte (en esta tarea aproximativa a la evolución del concepto de antijuridicidad) Marcelo A. Sancinetti pone de manifiesto algunas tesis fundamentales sobre el enfrentamiento del causalismo y el finalismo, en relación con la concepción subjetiva del ilícito.<sup>165</sup>

Sintéticamente, ante esa disyuntiva de situar el dolo comisivo del delito integrando el tipo penal (en la estructura de la teoría del delito) o si se ubicaba en la culpabilidad (para Sancinetti carecía de la necesaria relevancia) para él el dolo (como dato psíquico) está únicamente en la mente del autor.

Sin embargo, en tanto elemento de análisis de imputación,

puede estar ahí donde lo decida una clasificación útil de los elementos del hecho punible, ya que la denominada estructura de la teoría del delito es solamente una herramienta de análisis “construida” para la más correcta y justa solución de los casos penales, añadiendo que: “los elementos particulares, por tanto, no tienen ningún lugar fijo e inmodificable”.

El propio Sancinetti estima que (en la época referida) cabía preguntarse por las *consecuencias prácticas de la discusión entre causalismo y finalismo* y —en este sentido— surgían respuestas

Programa de Carrara (elemento material + elemento moral + contradicción con la ley jurídica), a Carmignani y aún a Deciano (delito es ‘un hecho del hombre, que una ley vigente prohíbe bajo pena para el dolo o la culpa (y) que ninguna justa causa puede excusar’). Dicho autor cifra la concepción tripartita en hecho, culpabilidad y antijuridicidad (ausencia de causas de justificación), propuesta muy similar a la formulada por Delitala (1930) y por Grispigni”.

<sup>165</sup> Sancinetti, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998, pp. 19 y ss. “Cuando comencé a estudiar derecho penal en la década de los años 70 estaba de moda en Buenos Aires la discusión ya algo pasada de época en Alemania —de donde ella provenía—, acerca de si el dolo de cometer el hecho integraba el tipo penal en la estructura de la teoría del delito o si era un elemento de la culpabilidad. Esta era la cuestión que reflejaba una disputa entre lo se llamaba doctrina causal de la acción y teoría finalista”.

“tales como una diferente teoría del error, una distinta noción de autor, y, quizá, no mucho más que eso.”<sup>166</sup>

No obstante, para Sancinetti, resulta claro que un finalista, es decir, alguien que comprenda lo disvalioso de una acción mediante el contenido de la manifestación volitiva del autor, podría, además, convivir con las resultancias prácticas de la teoría del error causalista.<sup>167</sup>

*Prima facie*, se ha considerado que el causalismo puede ser la coyunda de la llamada “teoría del dolo, en materia de error”. La significación de la denominada teoría del dolo se explyea (según Sancinetti) de la siguiente forma: “la consciencia de la antijuridicidad forma parte del dolo, y, por tanto, un error sobre la prohibición excluye el dolo al igual que un error sobre los elementos del tipo penal (*regulación unitaria*)”.<sup>168</sup>

<sup>166</sup> *Idem*.

<sup>167</sup> Welzel, Hans. Como hemos reiterado, a través de este texto, el creador del finalismo (uno de los más grandes juristas del siglo XX) concebía la acción penal como el *ejercicio final de la actividad humana*.

<sup>168</sup> Sancinetti, Marcelo A., *op. cit.*, en nota 165, pp. 19 y ss. El maestro argentino señala que: “De modo sólo marginal acoto aquí que la teoría del error que verdaderamente rigió y que en gran parte sigue rigiendo aún en los países de América Latina —donde se supone que quedan reductos del causalismo— no admitía, en realidad, la relevancia del error de prohibición; más bien seguía apegada al brocardo *error iuris nocet*, como todavía hoy el artículo 10 del Código Penal Colombiano.

Conviene aclarar que, en la República mexicana, el artículo 15 (tanto del Código Penal Federal, como del Código Penal para el Distrito Federal) dice literalmente: “El delito se excluye cuando: [fracción VIII] se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código”.

Artículo 66: “En caso de que el error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 sea vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de dicha fracción, la pena será de hasta una tercera parte del delito que se trate”.

Para culminar la larga referencia al autor comentado, conviene precisar alguna de las puntualizaciones que señala en las páginas 23 y 24 de su libro, reiteradamente citado, y que agrupa bajo el nombre de “*El quid de la divergencia*”. Se trata de un notable esfuerzo del autor argentino para tratar de prescindir de la abso-lutez diferenciadora y de relativizar el contraste entre los sis-temas causalista y finalista.

Sancinetti se pregunta: “Pero, entonces, ¿qué había de inter-esante en la discusión entre causalistas y finalistas, si ni siquiera la identificación de una acción” como tal “era diferente, dado que las causas de exclusión de la acción eran exactamente las mismas en los dos sistemas?”.

Según Sancinetti, lo esencial de la teoría de Welzel se en-contraba en que “el centro de gravedad del ilícito” no era la lesión a un objeto de bien jurídico: un cadáver, un rastro de sangre, un vidrio roto, etc. Lo decisivo es que un sujeto, un integrante de la comunidad, ha llevado a cabo una acción *con tendencia* al deterioro del objeto del bien jurídico, dando a en-tender que la vida de otro, su integridad corporal, su propiedad, le traen sin cuidado.

En consecuencia, la enfatización de la teoría de la imputación en la producción de resultados, en las lesiones a bienes, al ha-cerlo su pensamiento (en este sentido) no es el de un finalista, sino que, por una secuencia de logicidad, concluye siendo cap-tado por la *dogmática causal*.

El maestro argentino presenta esta contraposición con un ejemplo de la vida ordinaria. “Alguien se aposta a matar a su víctima de un tiro; la espera y, cuando ella se acerca, efectiva-mente dispara y da en la cabeza, partiendo el cráneo”. A con-tinuación, se pregunta: “¿Qué es lo disvalioso, lo ‘malo’ de este episodio? ¿Que la víctima haya muerto?; ¿que el autor haya dis-parado?”.<sup>169</sup>

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 24.

“Sin duda *todo*, se podría contestar. Que el autor haya *hecho eso* y que la víctima *haya muerto*. Ciertamente es un dato negativo, no querido por el derecho, que, tras ese episodio, haya un hombre muerto”. La significación dolosa de la conducta típica no ofrece el mayor asomo de duda y en mi personal y modesta opinión se corresponde perfectamente con el ejercicio final de la actividad humana welzeliana, encauzada y dirigida a la producción del resultado mortífero.

Pero la *razón* por la cual esto es imputable al autor (dice Sancinetti) es la misma que existiría igualmente si,

por un movimiento repentino de la víctima, un desmayo por ejemplo, el proyectil sólo hubiera rozado la cabeza, y no tuviéramos más que un hecho tentado. Es decir que la razón de una imputación está siempre en aquello dominable por el sujeto a quien se le formula la imputación.

Y aquello que el sujeto puede dominar son sus *actos*; las consecuencias de sus actos sólo puede dominarlas en la medida que puede dominar sus actos. Ahora, dado que los resultados son siempre producto de un sinnúmero de condiciones, y que las acciones producen a su vez un número indefinido de consecuencias, el objeto de una imputación sólo puede llegar hasta el último instante en que el sujeto domina su hecho.<sup>170</sup>

Resumiendo, Sancinetti (como base de su argumentación) puntualiza las tesis siguientes:

1o. un principio de *lesividad*, en el sentido de que la medida de un hecho punible esté dada por la medida del daño material efectivamente causado por el delito sobre un objeto de bien jurídico, *es incorrecto*;

2o. la medida del ilícito es igual a la medida del dominio del sujeto sobre la posibilidad de menoscabar el objeto de bien jurídico;

<sup>170</sup> *Idem*. “El resultado, como tal, está fuera de este ámbito; él siempre contiene una dosis de azar, posterior al dominio del sujeto sobre su hecho”.

- 3o. las representaciones dadas de hecho en cabeza del autor son constitutivas para el dominio del sujeto sobre su hecho;
- 4o. el peligro o daño externo no es constitutivo;
- 5o. la tentativa acabada constituye el punto final y más alto de todo ilícito posible; lo demás es casualidad.

Para Sancinetti, las tesis anteriores son correctas, considera que se encuentran acordes con los derechos fundamentales del hombre, son compatibles con la teoría de imputación objetiva y finalmente (con arreglo al código colombiano) son concordantes con el mismo.

No obstante, y siguiendo el razonamiento del autor, podríamos inquirirnos si es a partir de donde se infiere la estructura del hecho punible o los elementos de la imputación. Dicho de otra forma: “¿De qué depende que las mencionadas tesis sean falsas o correctas?”<sup>171</sup>

Sancinetti se pronuncia (como una posible respuesta) a favor de la perspectiva proporcionada por *el derecho positivo*. De esta manera, las decisiones político-criminales de la ley concretan si el ilícito se ajusta al disvalor de la acción, si sólo prioriza el disvalor de resultado o si se trata de una combinación de ambos elementos.<sup>172</sup>

Para terminar con Sancinetti (de acuerdo con el pensamiento del autor) cabe señalar que —para él— domina la idea de que el sistema del hecho punible “puede deducirse prácticamente por completo a partir de la teoría de la pena, es decir, el criterio de legitimidad del castigo estatal que se presuponga como fundamento del sistema determinará esta posibilidad”.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>172</sup> *Idem*. Se razonaría de este modo, por ejemplo, si se argumentara más o menos así: el artículo 22 del Código Penal colombiano obliga a que la escala penal de la tentativa tenga, como máximo, un límite *inferior* al del máximo del delito consumado; por consiguiente, la consumación, y, con ello, el disvalor de resultado, tienen un efecto ascendente sobre la pena, con lo cual el hecho punible se define en la ley *también por el resultado*.

En honor de Sancinetti, hay que decir que, coincidiendo con Stratenwerth, el derecho penal ha de justificarse (como instrumento profano del control social) también mediante los fines que deba cumplir. Añadiendo que las teorías relativas deben servir —y muy ampliamente— para lo siguiente:

- a) decidir en particular sobre las estructuras básicas de la imputación jurídico-penal;
- b) inclusive sólo sobre la clase y medida de la sanción jurídico-penal, y
- c) serán sobreexigidas, irremediablemente, mientras no se trate de meras correcciones marginales.

En resumen, dice Sancinetti:

no puede deducirse *todo* a partir, por ejemplo, de las teorías relativas, de los fines de la pena, como tampoco puede hacérselo a partir de las teorías absolutas. Especialmente con relación al tema que aquí interesa, si debe decidir el disvalor de acto o también el disvalor de resultado.

Y en tal caso la pregunta no podría ser respondida solamente con la teoría de las penas.<sup>173</sup>

El profesor Fernández Carrasquilla hace un muy acertado resumen de la temática que hemos tratado (siguiendo *in extenso* a Sancinetti) sobre los criterios de división de los elementos del delito, ya que se trata de una síntesis muy clara y acertada de los mismos.<sup>174</sup>

<sup>173</sup> Sancinetti, Marcelo A., *op. cit.*, nota 165, pp. 31 y ss.

<sup>174</sup> Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal fundamental*, ya citado en la nota 163, t. I, p. 208.



## CRITERIOS DE DIVISIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

	<i>Objetivos</i>	<i>Subjetivos</i>
<i>Clásicos</i>	Acción, antijuridicidad y tipicidad	Culpabilidad
<i>Neo-clásicos</i>	Acción, tipicidad y antijuridicidad (pero con la admisión, excepcionalmente, de elementos subjetivos: “dolos específicos”, dolo en las tentativas, momentos o tendencias especiales del ánimo	Culpabilidad, devenida ya reprochabilidad (pero ya no es “subjetiva” la exigibilidad y a veces contiene otros componentes objetivos (cfr. Mezger, <i>Derecho penal</i> , p. 200).

Rechaza el anterior principio divisorio y lo reemplaza por

	Objeto de valoración	Valoración del objeto
<i>Dohna</i>	Tipo objetivo ———	Antijuridicidad o justificación
	Tipo subjetivo ———	Culpabilidad o inculpabilidad

Modifica el criterio de Dohna, en la siguiente forma

	Valoración del acto	Valoración del autor
<i>Finalismo</i>	Acción típica (tipo objetivo + tipo subjetivo)	Proceso de formación motivacional de la voluntad
	Antijuridicidad o justificación	Reprochabilidad o irreprochabilidad
<i>Weber</i>	Deber	Poder (actuar de otro modo)
	Injusto	Culpabilidad como reproche

Interesante resulta la posición de Enrique Díaz-Aranda, para el cual los sistemas clásico, neoclásico, finalista y funcionalista, coinciden fundamentalmente en que los cuatro parten de la misma estructura del delito, construida a partir de tres categorías básicas: *acción típica*, *antijurídica* y *culpable*.<sup>175</sup>

<sup>175</sup> Díaz-Aranda, Enrique, *Dolo. Causalismo-finalismo-funcionalismo y la reforma penal en México*, México, Porrúa, 2000, pp. 1 y ss. Para Díaz-Aranda:

En resumen apretado, las teorías causales sólo se han utilizado en el análisis de la primera categoría o nivel (conducta típica) dentro del sistema clásico o neoclásico, cuya estructura consta de las tres categorías anteriormente citadas (conducta típica, antijurídica y culpable).<sup>176</sup>

Por su parte, Hans Welzel (entre 1932 y 1940) expuso (en forma acabada y completa) la teoría o sistema de la acción finalista, el cual tiene su fundamento lógico-objetivo o lógico-material en la finalidad que ha guiado la conducta del sujeto para la lesión del bien tutelado.

De esta manera, el causalismo tiene tres características fundamentales:

1. Proceso material causal.
2. Relación de causalidad entre dicho proceso material causal (conducta) y el resultado.
3. Contenido de la voluntad: dolo o culpa.

En cambio, Hans Welzel exponía también tres elementos:

1. Objetivo a conseguir.
2. Medios para conseguirlo.
3. Consecuencias secundarias (según algunas traducciones concommitantes) que pueden ser queridas (*dolosas*); y no queridas (*culposas*).

Para Welzel, la acción humana es *ejercicio de actividad final*. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”.

“La diferencia radica en el contenido, y, muchas veces, la concepción de cada uno de esos elementos... Adelantando un poco sobre la exposición sistemática del dolo, éste será objeto de análisis en la culpabilidad tanto en el sistema clásico como en el neoclásico y pasará a formar parte del tipo en el sistema finalista, específicamente dentro del denominado tipo subjetivo”.

<sup>176</sup> Díaz-Aranda, Enrique *et al.*, *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 18 y ss. En realidad se trata de cuatro trabajos distintos agrupados bajo la rúbrica indicada en el título del texto.

Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. *Por eso, la finalidad es —dicho en forma gráfica— “vidente”, la causalidad, “ciega”.*<sup>177</sup>

Por último, el creador del finalismo expresa que:

El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible.<sup>178</sup>

Precisando más, Welzel afirma que la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que el tipo (en cuanto figura conceptual) no puede ser antijurídico, sino solamente la realización del tipo puede ser antijurídica.

Ítem más, no existen tipos antijurídicos, sino únicamente realizaciones antijurídicas del tipo. De ahí que, la pretensión de identificar el tipo y la antijuridicidad (muchas veces intentada) produciría, de forma inevitable, una profunda y no aconsejable confusión de conceptos (esta misma postura es sostenida por Beling).<sup>179</sup>

<sup>177</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 100, pp. 53 y 54.

<sup>178</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, pp. 13 y ss. “Los tipos pueden sólo ‘reflejar’ este material ontológico previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los ‘reflejos’ lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica del elemento material mismo.

De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo... pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para... comprender también correctamente las valoraciones jurídicas”.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 76. “Resulta, pues, que: 1. Tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. 2. Antijuridicidad es la contradicción de la reali-

Los tipos penales —expresa el creador del finalismo— intentan vincular —metodológicamente hablando— *el ser a las cosas*, y terminan constituyendo uno de los elementos sustanciales de la teoría de la acción finalista, es decir, lo que en el ámbito lingüístico se expresa con el vocablo *ontológico*, no obstante, que no se elija o se tome partido por un sistema ontológico determinado.

De cualquier manera, conviene precisar que (según Welzel) “sea lo que fuere, lo cierto es que si el derecho parte de la concepción del hombre como persona, se destaca como *esencial para la valoración jurídica la estructura final de la acción humana*”.

Sólo bajo la consideración de que la conducta final aparece, en este supuesto, como conducta específicamente humana, puede ser objeto de la valoración jurídica. Así, una *conducta no final* (como los movimientos corporales realizados por el que sufre un ataque epiléptico, algunos movimientos reflejos, los movimientos durante el sueño (conducta de un sonámbulo) así como las acciones realizadas de modo automático (y sin representación *actual* de fines) no pueden ser consideradas entonces como conducta humana.<sup>180</sup>

Según Welzel, todos los impulsos tienen un doble aspecto: una determinada fuerza y un determinado contenido de sentido. No obstante, los dos aspectos pueden no coincidir: la fuerza puede ser grande y el contenido de sentido pequeño y al contrario.

Ahora bien, mientras los impulsos discurren como vivencias “emotivas”, es decir, exclusivamente en la capa profunda decide sólo, en caso de contraposición entre ellos, su fuerza, es decir,

zación del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto”.

<sup>180</sup> Es el propio Jescheck quien admite “la existencia de acciones humanas no finales”. Entre otras razones porque, en estos casos, falta, sin duda, una dirección de los impulsos de la capa profunda, pero no la dirección de la acción externa (es decir, la proyectada en el mundo exterior).

el impulso más fuerte vence y somete a los otros, originándose lo que se denomina “la llamada lucha de los impulsos”.<sup>181</sup>

En este proceso, el impulso, valioso, es permitido y el contenido de fuerza del no-valioso, destruido. También en este proceso son los impulsos de la capa profunda el presupuesto material de los actos de dirección conforme a sentido. Todos los fines materiales proceden —tanto en lo bueno como en lo malo— de la capa profunda, son los fines de impulsos instintivos, las aspiraciones, los intereses, etcétera.

En resumen:

La significación insustituible de la función de dirección de la voluntad, consiste, sin embargo, en lo que hace posible una nueva consideración de la vida humana de acuerdo con la verdad, el sentido y el valor y permite con ello, sobre la regulación de los impulsos, que le está confiada de responsable después de la desaparición de los instintos biológicos.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 2, p. 89. “La decisión de la acción es entonces sólo el resultado del impulso que ha llegado a dominar. En cambio, tan pronto como intervienen los actos de dirección, conforme el sentido, del Yo-centro (del pensamiento y de la voluntad), no se experimentan ya sólo los impulsos en su fuerza emotiva, sino que están comprendidos en su contenido de sentido y su significación valorativa para una configuración correcta de la vida; de acuerdo con este contenido de sentido, se convierten en motivos, al apoyarse en ellos la decisión de la voluntad como en sus razones objetivas (éticas o valorativas).”

Los actos de la función del Yo (del ‘mismo’) ocurren en el medio del sentido y no de la fuerza causal: los motivos del pensamiento y de la voluntad son las razones objetivas, es decir, no causales, en las que se apoyan, conforme a sentido, los actos del pensamiento y de la voluntad”.

<sup>182</sup> *Idem.* Con todo lo anterior queda resaltada, y al propio tiempo concretada, la distinción entre la “ceguera” del proceso material causal, característico del *causalismo*, en contraste con la finalidad “vidente” del *finalismo*.