

ción colectiva cuestionada. Tener capacidad y formación para interpretar y aplicar contratos colectivos. Su integridad debe ser intachable y su actitud estrictamente profesional y desde luego, deben ser aceptados por las partes en conflicto.

Podrían existir listas de árbitros para estos efectos, como ya las existen en Costa Rica en cuanto a los conflictos colectivos y hasta podría seguirse para la integración de dichas listas, el mismo procedimiento que sigue la Corte Suprema de Justicia por conducto del Ministerio de Trabajo para conformar las listas de conciliadores y de árbitros.

Las costas, es decir el pago de los árbitros privados, lo propio es que se haga por iguales partes; cada parte paga una mitad. Esto implica que podría estudiarse la alternativa de que las dietas de los árbitros sean pagadas por el Estado.

Por último, sobre temas tales como: el compromiso arbitral y sus diferentes clases; el campo de apelación del arbitraje voluntario; el funcionamiento del árbitro, tribunal o junta arbitraria; los métodos de la selección de los árbitros; y el contenido de sus laudos o sentencias, aunque son efectos muy importantes habría que estudiarlos con mayor detenimiento.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TEORIA DE LA ACCION DE HANS WELZEL

Lic. Henry Issa El Khoury
Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

1. Introducción
2. La "Intencionalidad de Sentido"
3. El Concepto de Acción
4. La Voluntad
5. La Acción Voluntaria
6. Acción y Teoría del Delito
7. Objeciones a la Inclusión del Dolo en el Tipo

1. Introducción

Reflexionar acerca de la acción no es tarea original del jurista. No obstante, dado el papel que juega el concepto dentro del campo del derecho, y sobre todo, dentro del derecho penal, la acción se convierte en un problema jurídico particular, y de especial relevancia si se parte de un derecho penal democrático-liberal, bajo cuyo imperio no se van a reprochar sino actos del hombre en sociedad.⁽¹⁾ De esta manera, un concepto de filosofía general ingresa como elemento primordial de análisis en el campo del derecho penal. Pero es, en esencia, un concepto prejurídico.

Lo anterior no debe llevar a pensar que creemos que es la norma la que define la acción. Esta es innegable; pero si el legislador lo que quiere castigar son acciones socialmente no deseadas, no puede inventar la conducta que va a penalizar, sino que la debe retomar de las conductas humanas reales, que producen resultados no deseados, y así describirla. De ahí que, si la base de la sanción es la posibilidad de reprocharle al sujeto una conducta, esa conducta, descrita por el legislador en la ley penal, debe ser real, no inventada; esto es, descrita con base en actuaciones reales del ser social.

2. La "Intencionalidad de Sentido"

Hans Welzel enuncia por primera vez los postulados fundamentales de su teoría en 1930, en Alemania, bajo el nombre de "intencionalidad de sentido", en 1940 expone de manera más elaborada su teoría, enfocando sobre todo la problemática del derecho penal alemán. Esta posición se si-

(1) El término acción resulta esencial para el derecho penal, ya que a partir del mismo se elabora la noción de delito. El delito es siempre acción. Acción sobre la que vamos a proponer una serie de predicados: el ser adecuado a una descripción señalada en la ley penal; el ser contradictoria con la pauta de deber ser propuesta en la norma y el serle reprochable al sujeto. (Delito es, por tanto, acción típica, antijurídica y culpable). Lo anterior nos indica que, previo a la búsqueda de los predicados que cualifican la acción que va a ser penada, la labor fundamental que se debe plantear un juez, en la averiguación de un hecho delictivo es, precisamente, saber si tal hecho resulta ser acción. Hoy no se discute que acción sea acción humana. Tampoco que tal acción sea voluntaria. Pero sí sobre el problema de la voluntad de la acción: para los finalistas el problema es claro: voluntad significa finalidad; para los causalistas —a causa de partir de una noción técnico-jurídica y no óptica de acción— si hay problema, porque voluntad es mera voluntariedad, esto es proceso desprovisto de fines.

gue, cada vez más afinada, en sus obras generales y en sus monografías. Ya cuando se publica *El nuevo sistema del Derecho Penal, Una Introducción a la doctrina de la Acción Finalista*, Welzel ha depurado su teoría, sobre todo en relación con la explicación de la culpa, uno de los blancos más apetecidos de la crítica.

3. El Concepto de Acción

Antes de explicar la teoría de Welzel, aclaremos con el autor que la suya es una teoría sobre la acción sin adjetivación alguna.⁽²⁾ Lógicamente, si el delito es acción del hombre, la teoría en comentario tendrá relevancia básica en la teoría del delito, pero no se agota en ella.

Aunque esta precisión pareciera ser obvia, nos parece, sin embargo, aclaradora ya que lo que tradicionalmente hemos observado como pugna entre causalismo y finalismo, va más allá de un mero enfrentamiento entre doctrinas opuestas, para evidenciar, más bien, una toma de posición ante categoría realistas o idealistas como método de enfrentamiento con la realidad.

¿Qué tiene que ver esto con el problema de la acción?

Es común observar que se señale que el problema de la acción no es importante para una teoría del delito, pues lo que interesa —en tal argumtntación— es solamente la definición legal de acción.

Si esto fuera así, estaríamos desconociendo la esencia misma del derecho, su base de regulador de actividades (acciones humanas en sociedad). Si partimos del fin mismo del derecho y del por qué de su coercitibilidad y, particularmente, de la naturaleza del Derecho Penal, sancionador por excelencia, tendremos que aceptar que las conductas castigales no son sino las humanas. Consecuencia obligada es que una definición de delito deberá montarse sobre un concepto de acción humana, en sentido óntico y no sobre una creación normativa (interpretación legislativa, por tanto) de lo que debe ser acción.

Si la acción que el legislador describe en los tipos es creación suya, sin ningún sustrato real de conductas humanas, el ser humano dejará de contar y estaremos haciendo cualquier otra cosa, pero no derecho penal.

(2) "La teoría de la acción se ocupa, en primer lugar, no de las acciones relevantes desde el punto de vista del derecho penal, sino que desarrolla el principio general de la estructura quiere decir su conducción a partir de fines mentalmente adelantados". WELZEL, Hans, "*¿Un malentendido sin solución?* (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, octubre-diciembre, 1968, p. 8.

Al contrario, lo que el Estado castiga —por medio del Derecho Penal— no son otra cosa que acciones reales producidas por seres humanos; acciones que lesionan bienes considerados como fundamentales para una sana convivencia en un tiempo histórico determinado. De otra manera, ¿cómo se podría, por creación legislativa, definirse la acción humana? Lo único que puede hacer el legislador es señalar cuáles acciones, de entre las humanas, serán reprochadas; o, dicho de manera más precisa, describir ejemplos de conductas del hombre, pues la única descripción que de una conducta humana se puede hacer, de manera verdadera, es la de la acción ya realizada, que siempre biográfica y por tanto, histórica.

Afirmar lo contrario nos obligaría a sustentarnos en categorías idealistas de enfrentamiento con el mundo de la realidad. Nótese que si partimos de cualquier posición idealista, tendríamos que sostener que el Derecho, al valorar las conductas humanas para someterlas a pena puede crear un concepto propio de lo que es conducta humana, crea un concepto jurídico propio acción, independiente y diferente (por ser parcial) del concepto óntico.

Sosteniendo la posición contraria, encontramos que los conceptos generales utilizados por el derecho, permanecen, al jugar como categorías jurídicas, inalterados en su esencia, como conceptos pre o meta jurídicos.

Véase entonces cómo el concepto de acción para el derecho penal no podrá ser otro que el concepto óntico de acción, ya que, como lo hemos dicho anteriormente, lo que el Estado le reprocha al sujeto no es otra cosa que su acción. Lo que el legislador señala es la posible conducta que, al ser conducta humana real, pueda ser reprochada.

4. La Voluntad

Dice Welzel: "La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto humana acontecer 'final' y no solamente 'causal'".⁽³⁾

Tomando como punto de partida la frase anterior, nosotros diremos que la conducta humana es el resultado de un proceso psíquico complejo en el que interviene un aspecto fundamental: la voluntad. Pero un concepto como el de voluntad no es un concepto que explique por sí sola una función, esto es, no es un término "completo", sino un instrumento operatorio de definición que urge —por formar parte de un proceso— de otro aspecto, fundamental para poder ser definido: el conocimiento. Conocimiento y voluntad son componentes inseparables de un mismo proceso psíquico. Al respecto nos dice Olesa Muñido:

(3) WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 40.

"Tradicionalmente se ha sostenido la escolástica diferenciación, como entidades autónomas, del conocimiento y de la voluntad. Una y otra no pueden, sin embargo, ser disociadas, porque operan formando parte de un mismo proceso. Son propiedades —o facultades— distintas de una misma y única realidad: la psique humana... conocimiento y voluntad son componentes dinámicos que jalonan una sola línea resultante".(4)

La voluntad, por tanto, como un aspecto dinámico del proceso de pensamiento y actuación, necesita para operar la base conceptual que le otorga el conocimiento: cuando opera una voluntad es porque existe un conocimiento. Si hay un conocimiento puede ejercitarse una voluntad. Para el finalismo, la conducta humana tiene su soporte en la voluntad, pero en una voluntad que, dialécticamente juega junto con el conocimiento, es decir, la voluntad es voluntad de algo, hacia algo, para algo.

Esto requiere una precisión mayor, pues los causalistas definen la acción delictuosa como acción humana voluntaria. Por ejemplo Baumann señala: "...acción es conducta humana guiada por la voluntad".(5) La diferencia radica, entonces, en el contenido que demos al término voluntad. Aquí nuevamente entra a jugar el problema de la toma de posición frente al conocimiento. Las llamadas corrientes causalistas(6) separan del concepto de acción el contenido de voluntad del proceso causal externo. Se quedan, de esta manera los causalistas, con un concepto técnico-jurídico de acción, deíndida esta como un proceso causal externo en el que la voluntad será observada —por los más radicales— como una mera inervación muscular. (Este concepto es pulido más tarde y aparecen autores como el que citamos que hablan de guiado por la voluntad; sin embargo no le asignan fines a esta voluntad). Al no asignarle fines a la voluntad, esta, en palabras de Welzel, es ciega; no es vidente como debe ser toda acción humana.

(4) OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe, *Estructura de la infracción penal en el Código Español vigente*.

(5) BAUMANN, Jurgen, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1973.

(6) Cuando en el Siglo XIX las corrientes mecanicistas, que explicaban los fenómenos naturales, son trasladadas al ámbito del derecho y utilizadas para explicar problemas jurídicos, se produce un fenómeno epistemológico singular: ciencias que presentaban una visión causal explicativa para precisar fenómenos jurídicos. Las explicaciones que con este sistema posiblemente resultaban muy lógicas y operativas en las ciencias naturales, cuyo objeto de estudio, son precisamente los fenómenos naturales, son utilizadas en nuestro criterio erróneamente, para explicar problemas de índole muy diferente a la de los fenómenos naturales. Esto en el campo del derecho penal y, concretamente en el tema al que hoy nos referimos, produce un desgarramiento del concepto óntico y de acción. La acción que globalmente posee un contenido voluntario y una salida a la realidad por medio de la causalidad, es partida y utilizada sólo en su manifestación causal, perdiéndose su contenido voluntario.

Es ciega, precisamente porque la voluntad sin fines no es tal, sino mera voluntariedad, mera manifestación de energía canalizada que no ha sido pensada ni inteligentemente (en el sentido de proceso conocimiento-voluntad) ni dirigida hacia fines predeterminados.

Observen ustedes que si juzgamos una posición como la causalista, desde una teoría del conocimiento, encontramos una respuesta idealista porque implica la creación de un concepto propio de acción.

En el contexto en que aparecen las explicaciones causalistas al problema de la acción, y por causa de aceptar una acción quizá sí con voluntad, pero no son fines, la teoría —en nuestro criterio— se ha perdido en estériles laberintos tratando de encontrar una salida al problema de la responsabilidad cuando la línea causal no es diáfana. Si A dispara contra B, el problema de la responsabilidad del primero puede ser más o menos importante, pero no dará origen a ningún debate teórico; pero si la muerte es adelantada por la acción de C; o si la acción de C hace variar el resultado lesiones por lo de muerte, el asunto podría complicarse. Se intentan así teorías como la *conditio sine qua non* (todas las condiciones son equivalentes en la producción de un resultado) de la causalidad próxima, de la causalidad adecuada, etc. tratando de otorgar a los elementos que actúan como condiciones, en la realización de un resultado delictuoso, la categoría de causa más influyente, para efectos de detectar la responsabilidad y posible participación de los involucrados. Igualmente, aparecen explicaciones, como la de Rodríguez Devesa en donde se distinguen series causales, según actúen independientes o involucradas con otras para lograr en conjunto, retardar, adelantar o variar el resultado. Personalmente he llamado estériles a estos intentos porque no aportan ninguna salida —en nuestro criterio— al problema de la responsabilidad. Creemos que la teoría se debate dentro de un mismo círculo, casi como un mero ejercicio de lenguaje, simplemente por haber eliminado un componente "sine qua non" a la voluntad: la finalidad. Este es, entonces, el momento de explicar qué es el finalismo.

5. La acción voluntaria

El planteamiento de Hans Welzel es simple y claro, para quien acepta un concepto óntico de acción. Si acción es acción voluntaria, y voluntad supone finalidad, resulta fácilmente comprensible que la acción es actividad dirigida a un fin; por tanto, la acción penal, por ser acción, posee también finalidad. Esta declaración supone, por consiguiente, que el dolo va a ser trasladado de la culpabilidad, donde lo estudia la teoría clásica del delito, a la acción y, concretamente, a la acción típica. Luego veremos por qué.

Antes de ese análisis particular, sigamos observando la estructura general de la acción para la posición en análisis.

¿Qué significa que la acción sea acción final?

Hay una diferencia esencial entre la piedra que cae de un terreno empinado, como consecuencia del desmoronamiento de un terreno y la que lo hace al ser empujada por otro. Si en ambos casos, cae en la cabeza de quien duerme al pie de una colina, excepto que partamos de una conciencia animista de la naturaleza en un primer caso nadie ha empujado la piedra; al contrario, en el segundo ejemplo, si se constata que B la empujó, podríamos señalar lo siguiente: cuando un ser humano posee un conocimiento de la causalidad y puede prever las consecuencias de su conducta, puede, por tanto, orientar su acción, asignarle direcciones determinadas basándose en el conocimiento que del suceder de las cosas, es decir que la causalidad tiene. Así podríamos —en el caso de que sea B quien empuja la piedra que llega directo a la cabeza de A—, señalar varios aspectos: B sabe de la existencia de la piedra; de la posibilidad de moverla; conoce empíricamente el desenvolvimiento causal de ciertas leyes naturales básicas: por ley de gravedad, un objeto con peso específico tenderá a descender. Si además de estos conocimientos, sabe que A se encuentra al pie de la colina y quiere que la piedra caiga en su cabeza, será fácilmente constatable que se proponía como fin lesionar o matar. La diferencia entre ambos ejemplos estriba, entonces, en que la caída de la piedra producto de un aluvión, por ejemplo, no estaba dirigida, (la causalidad pura es ciega, dirá Welzel), en tanto que la conducta del segundo ejemplo puede ser reducida en elementos y observada en ella una voluntad operante. El mismo juego de ejemplos puede darse tomando como base no una conducta natural, como he hecho en el ejemplo primero, sino una conducta humana. Cuando la enfermera que debe poner una inyección al paciente, tomando el líquido del frasco Uno, lo hace cumpliendo con todos los detalles que le indica su preparación y mata al paciente, porque otra persona cambió el contenido del frasco Uno, la enfermera no realiza una conducta final de matar. La conducta finalista, en relación con la enfermera, consiste en la administración de una inyección al paciente. En la muerte ocurrida, podemos observar causalidad ciega. Teoricemos con base en los ejemplos dados:

El ser humano, cuando actúa de manera consciente, siempre anticipa el fin de su actuación. Esto significa que, antes de actuar, propone mentalmente el resultado o el objetivo de su actuación en el mundo causal. Cuando hoy ustedes salieron de su casa, trabajo o de donde fuera para venir a una conferencia, conocían la meta de esa conducta, antes de iniciarla. Salvando las diferencias de imaginación y creatividad, todos y cada uno de nosotros, de alguna manera fácil y real, previmos lo que ahora estamos haciendo. A esto lo llama la Teoría Finalista *Anticipación del fin*. Es el primer elemento de una acción finalista, que ocurre en la esfera del pensamiento del sujeto. Es la anticipación de los resultados que se propone realizar el sujeto. Esta anticipación estará seguida, siempre en la esfera del pensamiento, por la *Selección de los medios necesarios para realizar ese fin*.

Si el fin es ir a la Facultad de Derecho a oír la conferencia de penal, nos preguntamos, ¿cómo lo vamos a hacer? Cada uno, de acuerdo con las posibilidades reales tuvo que buscar el medio adecuado para lograr el fin. Igualmente en el caso del ejemplo de la piedra. Sin una selección de los medios adecuados para lograr el fin, la acción se convierte en una apuesta en juego de azar. (Si voy a la conferencia de penal y vivo en Alajuela el sentarme bajo un palo de mangos o poner en marcha el vehículo sin destino prefijado será el azar y no mi voluntad quien oriente la realización causal).

Así, en el ejemplo que estamos viendo, el sujeto se quedará bajo el palo de mangos hasta que se seque o, con el vehículo sin rumbo prefijado, llegará a cualquier lugar... Azar y finalidad son, entonces, en nuestro tema, conceptos opuestos. Igualmente sucede con la anticipación del fin, la selección de los medios, en el pensamiento, es realizada por el sujeto tomando como base de la experiencia causal real. Yo sé —si vivo en Alajuela— que no puedo tomar un bus de Atenas para ir a la conferencia de penal, que es en San José. Si mi enemigo duerme en la cumbre y no al pie de la colina, no será genial la idea de hacer rodar la piedra para matarlo...

Sucede que todo ser racional, que conoce de la causalidad y que actúa de manera voluntaria, conoce los límites de su previsión; conoce las circunstancias que rodean su actuación y puede tener clara conciencia de los aspectos que escapan en la dirección de su conducta. Cuando el enemigo de B duerme al pie de la colina y la piedra espera en la cumbre, B sabe, por sus conocimientos causales de la gravedad que al empujar la piedra rodará hasta el pie de la colina. Sabrá, de acuerdo con las características del terreno, que la piedra en su viaje gravitatorio puede desviarse a la izquierda, de acuerdo con la topografía de la zona. Así entonces, si quiere hacer rodar la piedra a la cabeza de su enemigo, tendrá que considerar efectos concomitantes tales como que la piedra pueda desviarse hacia la izquierda o hacia la derecha. Si, a su vez, sabe que a la izquierda está la casa de María y a la derecha duerme José, tendrá que prever, como efectos concomitantes de la acción, que la piedra caiga en uno u otro lado. Este es un punto importante, que ocurre también en la esfera del pensamiento del sujeto: *la consideración de los efectos concomitantes*, esto es, la toma en cuenta de las circunstancias que rodean la acción y que pueden influir para que se realicen fines no propuestos. En el caso de la enfermera: si el fin propuesto es inyectar al paciente, y el medio usado es una jeringa no desechable, con agujas no desechables, entra dentro de los efectos concomitantes la toma en consideración de que si no se esterilizan adecuadamente los instrumentos, podrá sobrevenir una infección o enfermedad infecciosa por descuido.

Dice Welzel: "Ahora bien, los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido. El

fin representa sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento. Por ello, el autor, en la selección de los medios tiene que considerar los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin. La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios elegidos hasta el momento, a elegir otros factores causales que impidan la producción de dichos efectos, o a dirigir la acción de modo que pueda evitarlos. La voluntad de la acción dirigida a la realización del fin, se dirige aquí también, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de los efectos concomitantes puede dar lugar a que el autor incluya en su voluntad la realización de los mismos. . .".(7)

[Anticipación del fin, selección de los medios y consideración de los efectos concomitantes, son, en suma, las tres etapas de elaboración de la finalidad que ocurren dentro de la esfera del pensamiento, antes de la actuación para que esta sea verdaderamente voluntaria. No restará sino, poner en marcha la voluntad por medio de la causalidad, que será por tanto, una causalidad dirigida, conocida, con resultados esperados y previstos. Relacionado todo esto con el problema del delito, diremos que si el fin que el sujeto se ha propuesto es delictuoso, la acción que resulte será acción delictuosa; si el fin es penalmente irrelevante, pero para lograrlo seleccionó medios que son contemplados como delito por el ordenamiento penal, la acción realizada será delictuosa. Igualmente en relación con los efectos concomitantes: si para realizar un fin penalmente irrelevante, seleccionó medios que, aunque inocuos penalmente hablando, producirán efectos concomitantes lesivos para la norma penal, la acción devendrá delictuosa.]

Una vez prevista la acción en la esfera del pensamiento, el ser humano hace uso de sus conocimientos causales de la realidad y pone a funcionar todas las condiciones reales-causales necesarias para realizar el resultado (conocimiento empírico de las leyes físicas: gravedad, inercia, etc.).

Esta es, de una manera muy general, el funcionamiento de la acción voluntaria, entendiéndose esa voluntad como voluntad operante dirigida a fines propuestos.

6. Acción, Teoría del delito.

Hemos dicho al inicio que esta manera de concebir la acción tiene hondas repercusiones en la Teoría del Delito. Veamos:

(7) WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4 octubre-diciembre, 1968.

La teoría clásica del delito, al concebir la acción sin finalidad, observa la intención del sujeto en la culpabilidad. Esto tiene una doble consecuencia: a) por una parte, el estudio de la acción típica se convierte en un análisis meramente objetivo del tipo y en la consiguiente consideración de la tipicidad como un factor meramente objetivo, dentro de la definición del delito; b) por otra parte, la culpabilidad va a verse como continente de la intención, con la consiguiente confusión o, por lo menos, con la consiguiente mezcla de dos aspectos relativamente distintos: la intención y la reprochabilidad.

La teoría finalista, al concebir la acción en su concepto óntico, y al incluir, por consiguiente la finalidad dentro de la acción, necesariamente tiene que avocarse a estudiar el dolo (concebido como intención) dentro del campo de la acción —y concretamente dentro de la acción típica— y no en la culpabilidad, la cual deja de ser continente en donde se encuentra el dolo para ser solamente reprochabilidad. Dice al respecto Wilhelm Gallas: "Con la anticipación mental de las consecuencias de la acción se convierte el dolo en un elemento indispensable de la finalidad, y por ello en parte esencialmente necesaria, ya, del concepto de acción. La inclusión del dolo en este concepto, desde el punto de vista de la teoría final del acto, constituye pues, no sólo una de las soluciones posibles en la construcción del delito, sino además la consecuencia forzosa de la estructura ontológica del obrar, a la que el legislador también está vinculado".(8) Esta inclusión del dolo en la acción, hemos dicho, es la consecuencia más importante de la teoría finalista y el punto más fuerte de las críticas de sus adversarios.

Por eso considera en este momento conveniente detenerme en una precisión teórica que no debe perderse de vista en el análisis de la teoría de Welzel, la tipicidad de la acción significa que la conducta del sujeto resulta adecuada a una descripción legal (el sujeto actúa de manera relevante para el derecho penal desde que su conducta se adecúa en alguna de las descripciones penales). La descripción penal, el tipo, por tanto tiene necesariamente que poseer descritos los caracteres de la conducta que puede ser adecuada a su descripción, de la conducta adecuada. Este es un requisito necesario para poder establecer, en relación con el sujeto, un juicio de reprochabilidad. Tal descripción, por tanto, debe poseer los elementos que el legislador no quiere que se den en las conductas de los ciudadanos. El legislador describe, por eso, acciones. Describe, por ejemplo, la acción de matar; utiliza para ello el verbo o la forma verbal que considere más apropiada para describir acciones reales (no teóricas) de matar. Sin embargo un verbo es un elemento gramatical que señala acciones; tal señalamiento, por tanto, trasciende al mero ejercicio descrip-

(8) GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1959.

tivo. Dicho de otra manera, la descripción teórica de acciones reales debe poseer, por propia definición, todos los elementos que la acción contiene, hasta su misma intención. En la descripción del homicidio, por ejemplo, si se adecuó la conducta a la forma verbal "haber dado muerte", es porque se desplegó acción y por tanto hubo finalidad, intención. Así las cosas, esa finalidad, esa intención, que constituyen el contenido del término dolo, deben estar contenidas en el tipo, es lo que se llama dolo del tipo. Welzel nos los señala al decir: "...el tipo comprende tanto los elementos objetivos como los subjetivos o anímicos de la acción".⁽⁹⁾

Como aclaración de lo dicho, me parece conveniente recordar que cuando en 1906 Beling elabora la teoría del tipo penal, parte del concepto utilizado en ese momento, concepto de tipo que comprendía la totalidad de los elementos del delito. Con esta base, Beling elabora un concepto de tipo más restringido, diciendo que tipo es la mención de la acción delictuosa formulada por el derecho positivo. Esta elaboración convierte a la tipicidad en un elemento más de la definición del delito. Es preciso recordar, también, que en el momento que Beling presenta su teoría, existía en la doctrina una fuerte confusión en relación con los problemas de la antijuridicidad y de la culpabilidad; de ahí que en la de Beling haya querido tratar de acentuar la independencia del elemento tipicidad, de los otros elementos. Esta circunstancia fue la que dio origen a una interpretación muy estrecha de la teoría belingniana, interpretación que convirtió a la tipicidad en un estadio totalmente objetivo dentro de la definición del delito.

No obstante, esta interpretación se quiebra cuando en 1911 Fischer señala (descubre dice la doctrina) los elementos subjetivos del tipo. A partir de ese momento, será innegable la evidencia de que en la descripción penal, el legislador menciona aspectos que atienden directamente a enfocar la intencionalidad del sujeto activo. En tales casos, para que una acción humana particular pueda ser subsumible dentro de una descripción penal, debe de existir, en el sujeto que actúa, la intención descrita. Así por ejemplo, sólo existe delito de atentado (art. 302 CP) si el sujeto que fuerza o intima al funcionario público lo hace "...para imponerle un acto propio de sus funciones"; de lo contrario, si se prueba que la finalidad fue otra (al revés, constitucionalmente hablando: si no se prueba que la acción se realizó con esa finalidad) la acción, o se encuadra en otra descripción, de no ser posible, es una acción atípica, y por tanto irrelevante para el derecho penal.

Esta elaboración del elemento subjetivo de la descripción quiebra la objetividad de la misma, como lo ha concebido la teoría clásica del delito.

(9) WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4 octubre-diciembre, 1968.

La teoría finalista ha partido de un enfoque más amplio, en relación con la tipicidad de la acción: Al encontrarse el dolo en la acción típica (pues el sujeto activo actúa de manera relevante para el derecho penal cuando encuadra su conducta en la descripción) se hará necesario distinguir, dos partes en la tipicidad de la acción: la tipicidad objetiva o de tipo objetivo, que se presenta como la descripción de la conducta que el sujeto activo debe realizar para poder ser sometido a sanción. La otra fase está demarcada por la tipicidad subjetiva o tipo subjetivo, que subyace en toda descripción y que señala el dolo de la acción, la finalidad que todo acto típico supone. Queda de esta manera, enmarcado el dolo dentro de la acción típica. Por tanto nosotros podemos claramente, siguiendo los lineamientos de la teoría finalista, hablar de tipicidad dolosa o de tipicidad culposa. La culpabilidad cobrará el contenido que ya desde que se elabora la teoría normativa de la culpabilidad se enunciaba; es decir, tendrá como su contenido el juicio de reprochabilidad: se le reprochará al sujeto no haberse motivado, para actuar, en la norma, pudiendo haberlo hecho. De esta manera, se analizará en la culpabilidad el problema del conocimiento, que hace operar la voluntad que todo acto típico supone.

7. Objeciones a la inclusión del dolo en el tipo.

Hemos dicho que las objeciones fundamentales a la teoría de Hans Welzel se enfilan precisamente sobre el aspecto que recién hemos mencionado: la inclusión del dolo en la acción típica.

Un ejemplo de este tipo de críticas lo representa la posición de Helmut Mayer. Dice Mayer: "Supóngase el caso de un cazador que durante una cacería en vez de herir a una liebre, hiere al ojeador que está en un lugar donde él no sospechaba ni imaginaba encontrarlo... según la teoría finalista el cazador no ha realizado ninguna acción dolosa, es decir, ninguna acción cuya finalidad fuera herir a la víctima y, en consecuencia, no ha realizado ninguna acción.⁽¹⁰⁾ Este ejemplo, dice Mayer, citando a Schroder, es difícil de explicar al observador imparcial. A esta objeción Welzel responde que el ejemplo de Mayer es precisamente uno de los más útiles para evidenciar la acción finalista. Dice Welzel textualmente: "El cazador anticipa en mente el objetivo que quiere realizar (cazar la liebre), elige los medios necesarios para ello (municiones y escopeta) y se dispone a alcanzar el fin planeado (apunta y dispara). Este es un caso paradigmático de una acción finalista. Pero como el cazador no logra dirigir su acción (la supradeterminación finalista) al objetivo (la liebre), su acción final de matar queda reducida tan sólo a una ten-

(10) MAYER, citado por WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4, octubre-diciembre, 1968.

tativa. Evidentemente al ojeador, pues el cazador no había anticipado ese resultado ni había buscado los medios adecuados para lograrlo, ni lo había dirigido a ese fin". "No comprendo —dice Welzel— como puede ser 'difícil' explicar esto a un observador imparcial".⁽¹¹⁾

Para una mejor comprensión del asunto, puede ser importante observar la distinción entre finalidad, observada como voluntad dirigida a un fin (en este sentido puede tomarse como sinónimo de intención, en su acepción más cotidiana) y dolo de tipo. En el ejemplo que señala Mayer, el cazador realiza una acción final (intencional) en relación con la caza de la liebre y por tanto ha realizado una acción. Solo que esta acción no posee un dolo de tipo. Por eso señala Welzel que todo dolo de tipo es una voluntad finalista de acción pero no toda voluntad finalista de acción posee un dolo de tipo. Si se confunde —como hace Mayer en el ejemplo— entre dolo de tipo e intención o finalidad, se llegaría falsamente a decir que si no hay dolo de tipo no habrá acción.

Para una mejor comprensión del asunto, puede ser importante observar la distinción entre finalidad, observada como voluntad dirigida a un fin (en este sentido puede tomarse como sinónimo de intención, en su acepción más cotidiana) y dolo de tipo. En el ejemplo que señala Mayer, el cazador realiza una acción final (intencional) en relación con la caza de la liebre y por tanto ha realizado una acción. Solo que esta acción no posee un dolo de tipo. Por eso señala Welzel que todo dolo de tipo es una voluntad finalista de acción pero no toda voluntad finalista de acción posee un dolo de tipo. Si se confunde —como hace Mayer en el ejemplo— entre dolo de tipo e intención o finalidad, se llegaría falsamente a decir que si no hay dolo de tipo no habrá acción.

Esta idea, resulta muy clara observada a la luz de una frase de Welzel que señala que sólo son producidas finalmente aquellas consecuencias a cuya realización se extendía la dirección final. Por esto, en propias palabras del autor citado "no hay acciones finales en sí, o "en absoluto", sino sólo en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización".⁽¹²⁾

Si observamos el caso de la enfermera que señalamos primeramente, o el caso del cazador que utiliza Mayer en su crítica, comprendemos en toda su extensión el alcance de estas ideas: la acción final de la

(11) WELZEL, Hans, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4, octubre-diciembre, 1968, pp. 7 y 8.

(12) WELZEL, Hans, "¿Un malentendido sin solución? (acerca de la interpretación de la teoría finalista)", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 4 octubre-diciembre, 1968.

enfermera es poner la inyección, no matar; la del cazador es cazar la liebre, no herir al ojeador. En ambos casos, las acciones de muerte y lesiones, respectivamente, no es que no sean acciones, sino que no son acciones típicas, en el entendido de que no poseen dolo de tipo. La voluntad operante no estaba contenida dentro de las acciones reales de matar o lesionar; había voluntades operantes de inyectar y de cazar, solamente; y en ese sentido ambas son acciones finales. Por ello, las acciones de la enfermera ni del cazador son adecuables a los respectivos tipos que señalan la muerte y las lesiones como conductas socialmente inadecuadas.