

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA TEORÍA DEL DELITO SEGÚN LAS PRINCIPALES CONCEPCIONES SOBRE LA ACCIÓN

LIC. JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	108
I. Teoría clásica de la acción	108
A) Postulados	108
B) Críticas	110
II. Teoría finalista	112
A) Postulados básicos	112
B) Críticas	114
III. Teoría normativa	116
A) Postulados básicos	116
B) Críticas	116
IV. Teoría social de acción	117
A) Postulados básicos	117
B) Críticas	117
V. Nuestra posición	118
Conclusiones	119
Bibliografía	120

INTRODUCCIÓN

Mientras en algunos países de Europa se discutió durante varias décadas hasta la saciedad sobre la acción en el Derecho Penal, de manera que la discusión ya ha sido abandonada, en nuestro país poco o nada se sabe de las teorías que sobre la acción existen.

Con la presente investigación tratamos de contribuir al inicio del estudio del concepto de acción que rige en el Derecho Penal y las consecuencias de la adopción de un criterio determinado de acción para el resto de la teoría del delito.

Nos referiremos a las principales teorías de la acción, sea la teoría clásica o causalista, la finalista, la normativa y la social de acción. Al hacerlo señalaremos cómo cada teoría lleva a cabo el análisis lógico del delito.

Haremos primeramente una exposición de los postulados básicos de las teorías mencionadas. Luego de exponer cada una, enumeraremos las principales críticas que se le han hecho. Todo lo anterior lo intentaremos hacer de la manera más objetiva posible, esto con la finalidad de que el

lector pueda reunir suficientes elementos de juicio para acoger la teoría que le parezca más acertada. No es sino hasta después de haber indicado los postulados básicos y las críticas a cada teoría, que señalaremos brevemente cuál es nuestra posición.

Tratamos de utilizar de primera mano obras de los exponentes de cada una de las teorías. Para ello encontramos dificultades debido a la escasez bibliográfica que existe en nuestro país.

Hay que reconocer que los apartados referentes a la teoría clásica y a la teoría normativa, salvo pequeñas modificaciones, forman parte de una anterior investigación que hicimos con Francisco Dall'Anese Ruiz, titulada "Principales teorías sobre la acción en el Derecho Penal". En aquella investigación dichos apartados fueron redactados completamente por nosotros, mientras que lo referente a la teoría finalista y a la teoría social de acción, por el licenciado Dall'Anese. No se debe sino a la autorización de éste la inclusión en el presente trabajo de lo dicho sobre la teoría clásica y la normativa en aquel otro.

I. TEORÍA CLÁSICA DE LA ACCIÓN¹

A) Postulados de la teoría clásica.

Bajo la influencia de las ciencias de la naturaleza (que pregonaban que todo resultado tiene una causa que lo ha producido) y de la filosofía positivista del Derecho (según la cual éste debe resolver sus problemas ateniéndose sólo a criterios jurídicos, desechando a los que no lo sean, como los valorativos, sociólogos, etc.), Von List y Beling desarrollaron la teoría clásica de la acción, conocida también como causalista.

Esta teoría en su formulación original pretendió captar el concepto naturalístico de acción. De esta manera dice que no se crea con ella un concepto de acción propio del Derecho Penal, sino que se utiliza el concepto de acción existente en el mundo natural.

Según la mencionada teoría, la acción supone un movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior. El nexo entre

1. Sostienen la teoría clásica: FONTÁN BALESTRA (Carlos), *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Costa Rica, Editorial Estudiantil, s.f., pp. 399-418; JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis), *La ley y el delito*, Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1979, pp. 210-219. Se acercan a la posición clásica aunque variando de esta con respecto a la exigencia del resultado: NÚÑEZ (Ricardo), *Manual de Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Lerner, 1977, pp. 145-148; SOLER (Sebastián), *Derecho Penal argentino*, T. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, pp. 243-248; NOVOA MONREAL (Eduardo), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980, p. 147. BAUMANN, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1973, pp. 97-103. GIMBERNAT ORDEIG, El sistema de Derecho Penal en la actualidad, *Estudios de Derechos Penal*, España, Civitas, 1976, pp. 82-106 dice que el concepto de acción de la teoría clásica es el más adecuado para distinguir cuándo hay acción y cuándo no. Sin embargo luego ubica el dolo y la culpa en el tipo, con lo que se aleja de la teoría clásica original y la neokantiana.

el movimiento corporal y el resultado es la relación de causalidad.

En la omisión se produce una distensión de los músculos por el agente. Se trata en la omisión, de la no realización de una conducta esperada, existiendo tanto voluntariedad del agente, como nexo de causalidad con el resultado.

Distingue la teoría clásica entre el impulso volitivo y el contenido de la voluntad. Al momento de analizarse si el sujeto ha realizado una acción o no, lo importante es analizar si el sujeto ha querido algo (impulso volitivo),² pero no lo que realmente ha querido (contenido de la voluntad), ya que el estudio de esto último queda relegado a la culpabilidad.

El delito se define como una acción típica, antijurídica y culpable. La tipicidad y la antijuridicidad, predicados de la acción, abarcan lo objetivo del delito, mientras que en el predicado culpabilidad se ubicará lo subjetivo.

La culpabilidad está desprovista de todo análisis valorativo; es concebida como la relación psicológica entre la conducta y el resultado. Las formas de culpabilidad son el dolo y la culpa.³

El dolo de la teoría clásica es el llamado *dolus malus*, que está formado por el conocimiento y voluntad del resultado típico y por la conciencia

de la antijuridicidad. Como consecuencia de ello existe "error de prohibición", que elimina el dolo, tanto si el error en cuanto a la antijuridicidad es vencible o no.

El neokantismo, filosofía orientada hacia los valores, hizo que se fueran abandonando con posterioridad algunos de los postulados iniciales de la teoría clásica.⁴ Introdujo el neokantismo la realización de juicios valorativos en la teoría del delito, lo que no era permitido por la teoría clásica original.

Se desecha con el neokantismo el concepto naturalístico de acción, el que presentaba problemas para solucionar el problema de la omisión⁵ y la necesidad de producción de un resultado en delitos como el de injurias.⁶ Se adopta un concepto de acción que no pretende ser naturalístico, sino propio del Derecho Penal. Se acude al término comportamiento en lugar del de acción, entendiendo por el primero la actuación de la voluntad humana, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior.⁷

El descubrimiento de los elementos normativos del tipo,⁸ introdujo elementos valorativos dentro de la tipicidad. Pero más trascendental fue el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto,⁹ ya que no se puede seguir en ade-

2. El impulso volitivo es definido por la teoría clásica original como el acto psíquico que mediante la inervación de los músculos determina la realización del movimiento corporal.
3. Sobre la teoría psicológica de la culpabilidad y la crítica de esta teoría, véase: ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Manual de Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1985, pp. 512-513; ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973, pp. 509-512.
4. La teoría de la acción resultante de la influencia neokantiana es llamada teoría neoclásica o bien teoría neokantiana.
5. "Se hallaba. . . fuera de toda duda que la omisión no supone movimiento corporal alguno, e incluso el intento de dejar a salvo una realidad aprehensible en la inactividad mediante la suposición de una voluntaria 'contención de los nervios motore' (Beling) había de fracasar, en todo caso, en la culpa inconsciente en delitos de omisión". JESCHECK (Hans Heinrich), *Tratado de Derecho Penal, parte general*, V.I., Barcelona, Bosch, p. 278.
6. "La insuficiencia de este concepto de acción se mostró en especial, en la injuria. En ella importan el sentido de una expresión en cuanto manifestación de desprecio y menoscabo de la estima que se debe al ofendido y no los fenómenos fisiológicos y físicos implicados". JESCHECK, *loc. cit.*
7. JESCHECK, *loc. cit.*, sostiene el mismo criterio que el expresado por nosotros arriba, o sea que la posición neokantiana varió la definición de acción que mantenía la teoría clásica original. ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 128, no comparte esta opinión, manifestando que la teoría neokantiana no varió en lo más mínimo la definición de la teoría clásica original, salvo que en adelante se dirá que no se sigue un concepto naturalístico de acción.
8. Algunos ejemplos de conceptos normativos del tipo son: "cosa mueble ajena" (208 del Código Penal), "documento" (357-363 del Código Penal), mujer honesta (159 del Código Penal). Sobre los elementos normativos del tipo véase: ZAFFARONI, *Teoría del delito*, pp. 246-248; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, parte especial*, Argentina, Abeledo Perrot, 1978, pp. 18-19.
9. Ejemplos de elementos subjetivos del injusto son: "para ocultar su deshonor" (113.3 del Código Penal) "proponiéndose un interés pecuniario u objeto inmoral" (135 del Código Penal), "con fines libidinosos" (163 del Código Penal). Sobre los elementos subjetivos del injusto véase: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 421-426; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, pp. 305-320; JESCHECK, *op. cit.*, V.I., pp. 433-438; RODRÍGUEZ DEVESA (José María), *Derecho Penal español, parte general*, Madrid, Gráficas Carasa, 1979, pp. 390-392; WELZEL (Hans), *Derecho Penal alemán*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 113-116; JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*, pp. 255-156; FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal, parte especial*, pp. 10-18.

lante ubicando todo lo subjetivo en la culpabilidad, y lo objetivo en la tipicidad y antijuridicidad, como lo hacía la teoría clásica originalmente.

La culpabilidad sufrió un cambio. El dolo y la culpa siguen siendo ubicados en la culpabilidad. Sin embargo se estima por parte de los neokantianos que el fundamento de ésta no es la relación psicológica entre la conducta y el resultado, sino el reproche hecho a quien pudiendo comportarse conforme a Derecho no lo hizo. Se trata así de darle un carácter valorativo a la culpabilidad.¹⁰

Una consecuencia de la teoría clásica en su versión original y en la neokantiana, es la tendencia a darle primacía al desvalor del resultado sobre el desvalor del acto, de esta manera en cuanto a la punición de la tentativa se pronuncian porque sea penada en menor grado que el delito consumado.

B) Críticas a la teoría clásica.

Se ha criticado a la teoría clásica que es incorrecto desligar del concepto de acción el contenido de la voluntad, lo anterior ya que al hablarse de acción, no se puede prescindir de la finalidad del agente. Si no se toma en cuenta esto, como ocurre en la teoría clásica, no se está considerando una conducta, sino un proceso causal. De esta manera lo típico y antijurídico no son de acuerdo con esta teoría conductas, sino vínculos

causales, lo que no tiene sentido, ya que el Derecho en realidad existe para regular conductas humanas.¹¹

Desde una perspectiva diferente se ha señalado que el concepto de relación de causalidad, que la teoría clásica tomó de las ciencias de la naturaleza, inclusive en éstas hoy día se ha aceptado que es inexacto, ya que entre antecedente y consecuente no hay una relación de necesidad, sino solamente de probabilidad.¹²

Se ha dicho que la teoría clásica no puede solventar el problema de los delitos de mera actividad, en los cuales el resultado o una situación de peligro concreto no importa.¹³ A lo anterior se agrega que tampoco puede explicar la teoría clásica la punición de la tentativa, ya que en esta no se produce el resultado pretendido.

Han afirmado los críticos de la mencionada teoría, que no puede dar respuesta a la situación que se presenta en la omisión, pues en esta no existe interposición de causas que llevan el resultado, sino la no interrupción de un proceso causal ya desencadenado.¹⁴

Algunos han criticado que sin necesidad de que se adopte un criterio finalista de la acción, la existencia de los elementos subjetivos del injusto y principalmente la punición de la tentativa, hacen que no pueda aceptarse que el estudio del dolo quede relegado a la culpabilidad, sino que dicho

10. Los autores neokantianos a su teoría sobre la culpabilidad la llaman normativa. Críticos de esta teoría la prefieren llamar compleja. Sobre dicha teoría véase ZAFFARONI, *Teoría del delito*, pp. 305-320; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 513-514; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 419-420.

11. Así: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 352-353; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 132; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 63. Responden los partidarios de la teoría clásica, que la ubicación del dolo dentro de la culpabilidad, no obedece sino a un proceso lógico de descomposición de los elementos del delito, para facilitar el análisis de este. El delito es una acción que reúne los predichos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, de manera que la teoría clásica, se dice, no deja de tomar en cuenta el dolo. Así: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, pp. 56-72.

12. Así: BUSTOS RAMÍREZ (Juan), *Del estado actual de la teoría del injusto: Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Colombia, Temis, 1982, pp. 4-8.

13. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 351; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, Editorial Civitas, 1978, p. 215. Algunos autores para solucionar el problema de los delitos de mera actividad dicen que excepcionalmente en ciertos delitos bastará que exista una conducta humana guiada por la voluntad para que exista acción, sin necesidad de que se produzca un resultado. Véase: NÚÑEZ (Ricardo), *op. cit.*, p. 146; SOLER, *op. cit.*, T. I, p. 247; NOVOA MONREAL, p. 25. Sin embargo al admitir que en no todos los casos es necesaria la producción de un resultado, se apartan de la concepción clásica, en la cual el resultado forma parte de la acción. Baumann es más coherente que los citados autores, ya que dice que el concepto de acción supone solamente una conducta humana guiada por la voluntad, no formando parte del concepto de acción la producción del resultado. Este autor por las razones apuntadas por nosotros arriba, reconoce que no debe calificarse como seguidor de la teoría clásica. Véase: BAUMANN, *op. cit.*, pp. 97-106. En sus demás planteamientos tanto Baumann como los otros autores citados, adoptan lo sostenido por la teoría clásica, razón por la cual no consideramos necesario en esta investigación, desarrollar un apartado propio, para explicar su teoría.

14. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 350; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 215; BUSTOS RAMÍREZ, *Del estado actual de la teoría del injusto*, p. 8; JESCHECK, *op. cit.*, V.I., p. 293.

estudio debe llevarse a cabo al analizarse la tipicidad.¹⁵ Los elementos subjetivos del injusto resquebrajaron la teoría clásica original, en cuanto ésta consideraba que en la tipicidad y antijuridicidad no debían ser considerados elementos subjetivos. Aun hoy el reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto por los autores clásicos neokantianos, no lo pueden hacer sin entrar en contradicciones, al no aceptar que el dolo debe estar también ubicado en el tipo, ya que no hay razón para establecer un trato discriminatorio entre los elementos subjetivos del injusto y el dolo.¹⁶ Con respecto a la tentativa, es el dolo del agente el que va a decir si una acción debe ser catalogada como tentativa de lesiones o tentativa de homicidio por ejemplo. Como consecuencia de ello no tiene sentido decir que el dolo forma parte del tipo en los delitos que quedan en estado de tentativa, pero no ocurre lo mismo cuando el delito se llega a consumar.¹⁷

Se ha señalado que la culpa no debe ser

relegada en cuanto a su estudio a la culpabilidad, sino que debe ser analizada al tratar de determinarse la tipicidad de una acción. La conducta prohibida en los delitos culposos consiste no en la producción de un resultado, sino en el incumplimiento del deber de cuidado.¹⁸ A lo que se agrega que es contrario al análisis lógico a que deben someterse los casos en la práctica el que cuando ocurre un homicidio no se pueda saber al estudiarse la tipicidad si nos encontramos ante el delito de homicidio simple o bien el de homicidio culposo, sino habría que esperar el análisis de la culpabilidad para establecer en qué tipo penal se enmarca.¹⁹

Una crítica relacionada íntimamente con la necesidad de ubicar el dolo y la culpa en el tipo, dice que al colocarse en la culpabilidad al dolo y a la culpa junto al reproche, la teoría clásica en versión neokantiana, le asigna a la culpabilidad un carácter heterogéneo, ya que ésta será en parte una relación psicológica y en parte reproche.²⁰

15. Así: CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal español*, España, Tecnos, 1984, pp. 407-418. Lo injusto en los delitos dolosos en el Derecho Penal español. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 25-38; CEREZO MIR (José), La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho Penal español. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 198-203; CEREZO MIR (José), Polémica en torno a la doctrina de la acción finalista. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 109, 119-120. Adoptamos la ubicación del dolo en el tipo penal en un reciente trabajo. Véase: DALL'ANESE RUIZ (Francisco) y LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *El iter criminis*, San José, 1985, pp. 20-23 (sin publicar).

16. Así: CEREZO MIR, Lo injusto de los delitos dolosos, pp. 27 y 35; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 422-423; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 90.

17. Así: CEREZO MIR, Lo Injusto de los delitos dolosos, pp. 27-35; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 131; WELZEL, *op. cit.*, p. 90. Sobre el tipo subjetivo y el tipo objetivo de la tentativa, véase: DALL'ANESE RUIZ y LLOBET RODRÍGUEZ, *El iter criminis*, pp. 20-23.

18. Así: WELZEL, *Derecho. . .*, p. 183; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 439. MIR PUIG (Santiago), Adición de Derecho español a JESCHECK, *op. cit.*, p. 809. Dentro de los autores que sostienen que la culpa forma parte del tipo del injusto, existe la concepción monista que considera que el injusto está constituido por el desvalor del acto. La concepción dualista mantenida por otros autores, dice que el injusto está formado por el desvalor del acto y por el desvalor del resultado. Véase sobre estas posiciones: HUERTA TOCILDO (Susana), *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, España, Tecnos, 1984, pp. 17-73.

19. Así: ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 130. La respuesta que se da a esta objeción es que existe un tipo de homicidio con dos formas de culpabilidad: dolosa y culposa.

20. Así: *Ibid.*, pp. 305-320; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 513-514; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 199.

II. TEORÍA FINALISTA²¹

A) Postulados de la teoría finalista.

Frente a la teoría clásica de la acción, Welzel formuló la teoría finalista.²² Dicha teoría dice que el Derecho Penal no puede crear un concepto de acción propio de éste, sino debe utilizar el que existe en la realidad,²³ ya que el Derecho existe para regular acciones humanas no para crearlas.

Señala Welzel explicando su teoría: "Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de sus fines. En virtud de su saber causal previo, puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine finalmente".²⁴

Si no se toma en cuenta la finalidad del sujeto, dice la teoría comentada, la acción perdería su principal característica, convirtiéndose en un mero proceso causal.

La diferencia fundamental entre el concepto de acción de la teoría clásica y el de la teoría finalista, es que en la primera solo se considera el

impulso volitivo, o sea que el sujeto haya querido algo, pero no el contenido de la voluntad, es decir que fue lo que realmente quiso, ya que esto último queda relegado a la culpabilidad; mientras en la teoría finalista tanto el impulso volitivo como el contenido de la voluntad forman parte del concepto de acción.

Con respecto a la omisión, la teoría finalista dice que ésta y la acción en sentido estricto son las dos subclases independientes de conducta capaces de ser regidas por la voluntad final. La omisión no es en sí una acción, sino la no realización de una acción. Elemento fundamental en la omisión es el dominio final potencial del hecho.²⁵

De acuerdo con la teoría comentada la dirección final de la acción se lleva a cabo en dos etapas. La primera transcurre en la esfera del pensamiento del sujeto y comprende: el proponerse el fin de realizar por parte del autor, la selección de los medios para la consecución del fin y la consideración de los efectos concomitantes. La segunda etapa supone que el sujeto tomando en cuenta lo comprendido en la primera etapa, efectúa su acción en el mundo real.²⁶

La teoría finalista define al delito como una acción típica, antijurídica y culpable, definición

21. Sostienen la teoría finalista entre otros: WELZEL (Hans), *Derecho Penal alemán*, pp. 53-60; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 337-345 y *Teoría del delito*, pp. 95-112; CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho español*, pp. 315-345; BACIGALUPO (Enrique), *Manual de Derecho Penal*, Colombia, Ilanud, 1985, pp. 71-73 y *Lineamientos de la teoría del delito*, San José, Juricentro, 1985, pp. 27-29; CÓRDOBA RODA (Juan), *Una nueva concepción del delito*, La doctrina finalista, Barcelona, Ariel, 1963; BUSCH (Richard), *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Colombia, Temis, 1980, p. 80; GOSSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Colombia, Temis, 1984, p. 68; CORY (Enrique), *Tentativa y delito frustrado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, pp. 15-23; MAURACH (Reinhart), *Tratado de Derecho Penal*, España, Ariel, T. I, pp. 182-210.

22. Sobre los antecedentes históricos del finalismo, véase: CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pp. 43-49.

23. El finalismo trata de partir de la naturaleza de las cosas. Véase al respecto: CEREZO MIR (José), *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1981, pp. 39-59; ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 337-347.

24. WELZEL, *Derecho Penal alemán*, p. 53.

25. Así: WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 276-278. Seguidores de la teoría finalista han reconocido que no es posible elaborar un concepto de acción unitario que comprenda a la acción propiamente dicha y a la omisión. Kaufmann, el principal teórico finalista sobre la omisión, dice que la única nota en común entre acción y omisión es la capacidad de acción, pero que ésta no permite desarrollar un concepto genérico de conducta. Tanto Córdoba Roda como Cerezo Mir se pronuncian en sentido similar a Kaufmann, a quien citan. Véase: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, pp. 336-338; CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pp. 64-65. Zaffaroni dice: "Antes del tipo, es decir, a nivel de la conducta no hay omisiones, sino todas son acciones. Ello obedece a que omitir no es un puro no hacer, omitir es solo no hacer lo que se debe hacer". ZAFFARONI, *Manual*, . . ., p. 452. Adopta así este autor un concepto normativo de acción para definir a la omisión.

26. Véase: WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 54-58.

igual a la de la teoría clásica, aunque difieren, como veremos luego, en cuanto al contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En los delitos dolosos, el dolo es estudiado por el finalismo dentro del tipo, ya que si la finalidad del sujeto es parte integrante de la acción y el tipo describe acciones, es lógico que se incluya el dolo en éste.²⁷ Por ello los autores finalistas hablan de la existencia de un tipo subjetivo y un tipo objetivo. El tipo subjetivo está formado por el dolo y los elementos subjetivos del injusto. El tipo objetivo es todo aquello requerido por el tipo que está fuera de la esfera psíquica del autor. Debe aclararse que mientras el dolo de la teoría clásica está formado por el conocimiento y voluntad del resultado típico, y por el conocimiento de la antijuridicidad; el dolo de la teoría finalista comprende sólo el conocimiento y voluntad del resultado típico, ya que el conocimiento de la antijuridicidad es ubicado dentro de la culpabilidad. Consecuencia de lo anterior es que el error sobre las circunstancias de hecho, error de tipo, elimina la tipicidad, y el desconocimiento invencible de la antijuridicidad, error de prohibición, elimina la culpabilidad. La ubicación del dolo en el tipo tiene importancia para la teoría de la participación. La opinión dominante hoy día es que para la responsabilidad del partícipe rige la llamada accesoriedad limitada, de acuerdo con la cual la conducta realizada por el autor debe ser al menos típica y antijurídica, para que pueda ser punible el partícipe.²⁸ Así, si la acción del autor no fue dolosa, el estudio del dolo en el tipo o en la culpabilidad tiene consecuencias en relación con la

responsabilidad del partícipe. La teoría clásica parece que admite la participación dolosa en un hecho en que el autor no actúa dolosamente, mientras que la teoría final de acción no acepta esto desde que ubica el dolo dentro del tipo, aunque eventualmente podría ser que existiera responsabilidad del que actúa con dolo en el anterior caso, pero no a título de partícipe, sino de autor mediato.²⁹

La acción en los delitos culposos es también el ejercicio de una actividad final, pero a nivel de la tipicidad, ya no de la acción, el fin perseguido por el autor es irrelevante, pero no lo son los medios elegidos por éste para la consecución del fin ni la forma de realización, los que como se dijo antes forman parte de la primera etapa de la dirección final de la acción.³⁰ Por ejemplo si el sujeto conduciendo un vehículo a exceso de velocidad con el fin de llegar temprano a casa, causa un accidente en el que resulta con lesiones una persona, tenemos que el fin perseguido, o sea llegar temprano a casa, es irrelevante; el medio utilizado, o sea el vehículo, es también irrelevante; pero no lo es la forma de realización, o sea el exceso de velocidad. La conducta prohibida en los delitos culposos es la violación de un deber de cuidado y no la producción de un resultado, como lo considera la teoría clásica. Por ello el estudio de la culpa debe llevarse a cabo al analizarse la tipicidad. La producción del resultado, la que no forma parte de la acción penal, es una cuestión dependiente del azar, por lo que no agrega una mayor gravedad al ilícito. Sin embargo debido a que generalmente los delitos

27. Cerezo Mir, uno de los seguidores de la teoría finalista, difiere de lo anterior, considerando que la ubicación del dolo en el tipo no es consecuencia de la adopción del criterio final de acción, sino de la punición de la tentativa y la existencia de los elementos subjetivos del injusto. Véase: CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español*, pp. 25-38; *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho español*, pp. 198-203.

28. Sobre la accesoriedad de la participación, véase: BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal*, pp. 201-207; WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 161-166.

29. Así: GIMBERNAT, *El sistema de Derecho Penal en la actualidad*, pp. 88-90; BUSCH, *op. cit.*, pp. 34-38; MIR PUIG, *Adición de Derecho español a JESCHECK*, *op. cit.*, p. 916.

30. Welzel desde que elaboró la teoría final de acción, adoptó diversos criterios para explicar dentro de su teoría a los delitos culposos. Primeramente dijo que la conducta culposa es una forma defectuosa de la conducta dolosa. Luego señaló que en los delitos culposos existe una causación que era evitable mediante la realización de una actividad final. Posteriormente indicó que los tipos de los delitos culposos penalizan una acción que no representa la medida mínima de dirección final exigida jurídicamente. Por último sostuvo la posición que se encuentra arriba en el texto. Véase: CEREZO MIR, *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal. Problemas fundamentales del Derecho Penal, España, Tecnos, 1982*, pp. 15-24; WELZEL, *Derecho Penal*, pp. 184-185.

culposos son contruidos como delitos de lesión, el resultado forma parte del tipo penal en los delitos culposos.³¹

En cuanto al contenido de la antijuridicidad según la teoría finalista lo fundamental es el desvalor del acto, con lo que se contrapone a la teoría clásica que da primacía al desvalor del resultado. A diferencia de lo dicho por esta última teoría, para el finalismo no basta con que objetivamente se den las circunstancias de una causa de justificación para que se excluya la antijuridicidad, sino además se requiere el conocimiento por el sujeto de los elementos objetivos que hacen justificada su acción.³²

Al trasladarse el dolo y la culpa al tipo penal, dejan de formar parte de la culpabilidad. Esta no tiene así un carácter complejo, en parte relación psicológica y en parte reproche, como sucede con la teoría clásica, sino sólo es reproche. Está formada la culpabilidad por la conciencia de la antijuridicidad, por la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la no exigibilidad de una conducta adecuada a Derecho. En relación con el error de prohibición, al que ya nos hemos referido, hay que decir que el no conocimiento de la antijuridicidad que excluye la culpabilidad, es el que es invencible, con lo que se diferencia de la

teoría clásica, en la que el error vencible hace que se excluya el dolo, aunque no la responsabilidad por culpa.³³

B) Críticas a la teoría finalista.

El finalismo han recibido numerosas críticas, en que se han enumerado acciones relevantes para el Derecho Penal, pero que no pueden ser explicadas como resultado del ejercicio de una acción final.

Las principales críticas se han referido a la solución que la teoría finalista da a los delitos omisivos y a los delitos culposos.

En los delitos omisivos se ha dicho que no hay una sobredeterminación del proceso causal por el sujeto, ya que no hay relación de causalidad entre la omisión y el resultado.³⁴

Con respecto de los delitos culposos se afirma que para la ley penal no es relevante la finalidad del sujeto,³⁵ lo que obliga al finalismo a definir los delitos culposos acudiendo a un concepto normativo, o sea el cuidado debido en el tráfico.³⁶

Se indica que la teoría final de acción no explica las conductas automatizadas, como andar, escribir, conducir,³⁷ ni tampoco los ataques de ira,³⁸ ya que estos tipos de conducta están desprovistos de objetivos.

31. Así: WELZEL, *Derecho Penal alemán*, pp. 181-185., 192-193; BACIGALUPO, *Manual*. . . , p. 217; ZAFFARONI, *Manual*. . . , p. 430; CEREZO MIR, El concepto de acción finalista. . . , p. 20 y Polémica en torno a la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal español. *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 114-115. Bacigalupo en otra obra parece decir que la producción del resultado es una mera condición objetiva de punibilidad. Véase: BACIGALUPO, *Lineamientos*. . . , p. 133. Novoa Monreal, crítico del finalismo, considera que para éste la producción del resultado es una mera condición objetiva de punibilidad. Véase: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, pp. 118-119. Huerta Tocildo, aunque en una parte de su libro parece sostener lo mismo que Novoa, lo aclara en una nota al pie, diciendo que al formar parte del tipo, el resultado para Welzel no es una mera condición objetiva de punibilidad. V. HUERTA TOCILDO, *op. cit.*, p. 27. Nosotros mismos en otra investigación mantuvimos la posición de Novoa. Véase: LLOBET RODRÍGUEZ, (Javier) y DALL'ANESE RUIZ (Francisco), *Principales teorías sobre la acción en el Derecho Penal*, San José, 1985 (sin publicar, p. 29).

32. Véase: BACIGALUPO, *Lineamientos*. . . , p. 63; WELZEL, *Derecho*. . . , p. 121.

33. Véase: GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 88-90.

34. Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 220; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 351; JESCHECK, *op. cit.*, p. 294; NOVOA MONREAL, p. 141-143.

35. Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 220; RODRÍGUEZ DEVESA, p. 351; JESCHECK, *op. cit.*, p. 294; MUÑOZ CONDE (Francisco), *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 178. Véase la réplica de Welzel a esta crítica. WELZEL (Hans), ¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Argentina, No. 4, octubre-diciembre de 1968, pp. 7-15.

36. Así: MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 178.

37. Así: JESCHECK, *op. cit.*, p. 293; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 220; BAUMANN, *op. cit.*, p. 97. Contesta Cerezo Mir, que en los actos reflejos impropios el estímulo y la reacción se mueven en el plano de la conciencia. Véase: CEREZO MIR, *Curso*. . . , p. 338.

38. Así: JESCHECK, *op. cit.*, p. 293; NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 80; BAUMANN, *op. cit.*, p. 97. Frente a esta crítica dice Cerezo Mir, que en las acciones instintivas o pasionales, falta una dirección de los impulsos de la capa profunda, pero no la dirección de la acción externa (en el mundo exterior). Véase: CEREZO MIR, *Curso*. . . , p. 338.

Han dicho críticos de la teoría comentada, que las acciones realizadas con dolo eventual no son acciones finales, ya que el resultado injusto punible está fuera de la finalidad del sujeto.³⁹

Refiriéndose a la tipicidad, manifiestan algunos que el tipo penal debe seguir siendo predominantemente objetivo; conteniendo así los elementos materiales del hecho y solamente por excepción los elementos subjetivos del injusto. La distinción entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, dicen, es parte de un análisis lógico, el que es desvirtuado por el finalismo al ubicar el dolo y la culpa dentro del tipo, con lo que se deja vacía la culpabilidad.⁴⁰

Otras críticas han analizado el contenido de la antijuridicidad de acuerdo con el finalismo. Se ha combatido desde diferentes posiciones la primacía dada por éste al desvalor del acto sobre el desvalor del resultado. Algunos dicen, desde una concepción que podemos llamar valorativa,⁴¹ que el finalismo al subestimar el papel que dentro del delito tiene el peligro, o la lesión al bien jurídico tutelado, dándole importancia a los factores anímicos, demuestra su tendencia al establecimiento de un Derecho Penal de autor.⁴² Otros, a los que se puede identificar como imperativistas dualistas,⁴³ señalan que el desvalor del acto y el desvalor del resultado tienen igual jerarquía, ya que si bien la ley penal prohíbe conductas y no resultados, lo hace teniendo en

cuenta que se produzca la lesión opuesta en peligro de un bien jurídico tutelado.⁴⁴

Otros dicen que no existe diferencia entre la teoría clásica y la finalista, ya que de acuerdo con esta última hay acción siempre que se persiga un fin, siendo indiferente cuál es el fin que se persigue, o sea que al igual que con el causalismo lo que importa es que se haya querido algo, pero no qué fue lo que se quiso.⁴⁵

Indican algunos juristas que la teoría finalista no introdujo cambios sustanciales a la teoría causalista, ya que al igual que ésta sigue basándose en la existencia de un nexo causal, solamente que ahora se habla que éste es sobre-determinado por el sujeto. Así al seguir partiendo de la relación de causalidad, se le puede hacer la misma crítica que al causalismo, o sea que entre nexo y consecuencia no hay una relación de causalidad, sino de probabilidad.⁴⁶

Señalan otros que al hacer referencia el finalismo a la sobredeterminación del vínculo causal, al igual que la teoría clásica no logra solucionar el problema que plantean los delitos de mera actividad, en los que falta el resultado.⁴⁷

Se ha dicho que el finalismo se ve obligado a dividir su sistema en cuatro partes: delitos dolosos de acción, delitos dolosos de omisión, delitos culposos de acción y delitos culposos de omisión. Tal división se afirma hace que al no existir unidad en el sistema realmente no pueda hablarse que haya un sistema.⁴⁸

39. Así: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 77.

40. Así: *Ibid.*, pp. 56-72; 138-141. Replica Bacigalupo "La crítica preferida de los causalistas en contra de los finalistas consiste en reprocharle a estos últimos que "dejan vacía la culpabilidad", dado que los finalistas trasladan una parte del dolo y otra de la culpa desde la culpabilidad a la cuestión de la tipicidad. Este punto de vista no tiene en cuenta que si se opta por el concepto de culpabilidad "lleno" quedará "vacío" el de tipicidad. Los finalistas podrían entonces alegar contra los causalistas que estos "dejan vacía la tipicidad". En ninguna parte está escrito que la culpabilidad deba estar "llena". Si nada impide que los causalistas operen con la tipicidad "vacía" (sin dolo ni infracción del deber de cuidado), nada puede impedir a los finalistas "llenar" la tipicidad y vaciar la culpabilidad". BACIGALUPO, Lineamientos. . . , p. 21.

41. Esta concepción concibe al delito como lesión de bienes jurídicos. Véase: HUERTA TOCILDO, *op. cit.*, pp. 17-18.

42. Así: NOVOA MONREAL, *op. cit.*, pp. 95-102.

43. Se considera de conformidad con esta concepción al delito como la infracción de un deber de no lesionar bienes jurídicos. HUERTA TOCILDO, pp. 50-73.

44. Así: *Ibid.*, p. 66.

45. Así: GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 91-92.

46. Así: BUSTOS RAMÍREZ, Del estado actual. . . , pp. 4-8.

47. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 351; CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pp. 65-66. Responde Cerezo Mir a esta crítica: "La causalidad, la utilización de factores causales, se da, incluso, en las acciones que no van seguidas de un resultado material externo como en el bailar, pasear, hablar y por tanto, también, en las injurias y en el falso testimonio". CERESO MIR, Curso. . . , p. 327.

48. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 352.

III. TEORÍA NORMATIVA DE LA ACCIÓN⁴⁹

A) Postulado de la teoría normativa.

La teoría normativa crea un concepto de acción propio del Derecho Penal.

Considera esta teoría que los conceptos causal y final de la acción son insuficientes, ya que el legislador en algunos delitos sigue un concepto causal de acción y en otros uno final, determinando esto arbitrariamente. Como consecuencia de lo anterior es imposible elaborar un concepto unitario de acción, por lo que debe seguirse un criterio normativo, es decir debe acudir a cada tipo penal para determinar el concepto de acción que sigue. Así la acción es entendida como la acción realizadora del tipo. Al delito, por su parte, se le define como la realización de un tipo, antijurídico y culpable.

Mientras algunos normativistas dedican amplias exposiciones con respecto al concepto de acción,⁵⁰ es más frecuente hoy que se prescinda por parte de los normativistas de esto y se empiece a elaborar la teoría del delito partiendo de la tipicidad.⁵¹

Del concepto de acción del normativismo, a diferencia del dado por el causalismo y el finalismo, no se puede deducir el contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo por razones similares a las dichas por los causa-

listas o finalistas respectivamente, algunos estudian el dolo y la culpa dentro de la culpabilidad,⁵² mientras otros hacen el análisis de ambos en el tipo.⁵³

B) Críticas a la teoría normativa.

Se ha dicho que la teoría normativa al exigir como uno de los requisitos de la acción el que esté prevista en la ley penal, lo que hace es anticipar una valoración jurídica que debe llevarse a cabo al analizarse si la acción es típica. Antes de determinar si la acción es típica, debe establecerse si nos encontramos realmente ante una acción. La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad deben ser predicados de la acción, pero esto no ocurre con la teoría normativa, ya que ésta introduce el concepto de tipicidad dentro del de acción, del que forma parte, no siendo así un mero predicado de la acción, ya que un acaecimiento dependiente de la voluntad humana que no sea típico no es acción.⁵⁴

Relacionada con la anterior es la crítica que se hace a la teoría normativa en cuanto a que no tiene sentido decir que la acción deviene acción por ser prohibida, ya que precisamente está prohibida por ser acción.⁵⁵

49. Sostienen esta teoría: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 347-353; MUÑOZ CONDE (Francisco), *op. cit.*, p. 178; BUSTOS RAMÍREZ (Juan), *Del estado actual de la teoría del injusto*, p. 9; GALLAS (Wilhelm), *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, pp. 22-24. BUSTOS RAMÍREZ (Juan), *Manual de Derecho Penal español, parte general*, España, Ariel, 1984, pp. 168-169; COUSIÑO (Lois), *Derecho Penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975, T. I, p. 336.

50. Véase: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pp. 347-353.

51. Véase los autores citados por JESCHECK, *op. cit.*, T. I, p. 290.

52. Mantiene esta posición RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 990.

53. Siguen esta posición: BUSTOS RAMÍREZ (Juan), *Consideraciones en torno del injusto*, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Colombia, Temis, 1982, p. 24. GALLAS (Wilhelm), *op. cit.*, p. 45. El primero que ubicó el dolo dentro de la tipicidad fue Helmuth Von Weber, quien seguía un concepto normativista de acción. Con posterioridad la colocación del dolo en el tipo fue retomada por Weizel al elaborar la teoría finalista. Véase ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 355 y 379. De acuerdo con lo anterior no puede sostenerse que la corriente normativista que ubica el dolo en el tipo haya surgido como consecuencia del finalismo.

54. A lo señalado arriba es que tienden las críticas de: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, pp. 355-357; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pp. 220-221; MIR PUIG, *Adición de Derecho español a JESCHECK*, *op. cit.*, pp. 305-306; JESCHECK, *op. cit.*, p. 291; CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal español*, pp. 334-335.

55. Así: ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 357.

Se ha afirmado que la existencia del concurso ideal de delitos desvirtúa el concepto de acción sostenido por la teoría normativa, ya que de acuerdo con esta teoría no podría explicarse

que un solo "hecho" pueda realizar dos o más tipos legales (delitos), o sea que pueda dar lugar a dos o más hechos típicos.⁵⁶

IV. TEORÍA SOCIAL DE ACCIÓN⁵⁷

A) Postulados de la teoría social de acción.

Reconociendo las imperfecciones que presentan la teoría clásica y la finalista, la teoría social de acción trata de dar un concepto de acción que pueda tener un carácter unitario, de manera que comprenda tanto a los delitos dolosos como a los culposos, a las acciones como a las omisiones, a los delitos de peligro concreto y abstracto como a los delitos de resultado. Pero se trata de elaborar este concepto unitario de acción sin anticipar valoraciones que corresponden a los otros elementos del delito, o sea la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Lo anterior para que antes de estudiar estos, se analice si realmente existe una acción relevante para el Derecho Penal.

Se define a la acción por parte de la teoría social de acción, como la conducta humana socialmente relevante. Así se requiere una conducta humana que puede consistir en hacer u omitir. Característica de la conducta humana es que el sujeto tiene el dominio de ese comportamiento o

la posibilidad de dominarlo a voluntad. La relevancia social exigida para que se pueda hablar de acción, significa que tiene que afectar la relación del individuo con su mundo circundante, es decir debe trascender a terceros.⁵⁸ Esto es debido a que el Derecho existe para regular la vida en sociedad.

La teoría social de acción, al igual que el normativismo, no puede deducir de su criterio de acción la forma en que se estructura el resto de la teoría del delito. Esto ha llevado a discrepancias sobre la ubicación del dolo y de la culpa, ya que mientras algunos los colocan en el tipo,⁵⁹ otros los estudian en la culpabilidad.⁶⁰ Los motivos que dan unos y otros no difieren de los dados por finalistas y causalistas respectivamente.

B) Críticas a la teoría social de acción.

Dicen algunos que si bien el Derecho lo que debe regular es la vida de relación en sociedad,

56. Así: MIR PUIG, Adición de Derecho español a JESCHECK, *op. cit.*, p. 305. El profesor Francisco Castillo González considera al contrario de lo dicho por Mir Puig que para distinguir en la teoría de los concursos cuando hay una sola acción o varias, debe seguirse un criterio de carácter normativo. Así: CASTILLO GONZÁLEZ, (Francisco), *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*, San José, U. de C.R., Facultad de Derecho, 1981, pp. 14-56.

57. Sostienen la teoría social de acción entre otros: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 295-299; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pp. 209-214; WESSELS (Johannes), *Derecho Penal, parte general*, Argentina, Depalma, 1980, Argentina, pp. 23-24. Eberhard Schmidt es considerado el precursor de esta teoría. Véase CEREZO MIR, *Curso...*, p. 330. En Costa Rica el profesor Francisco Castillo ha dicho "La acción en sentido penal es un comportamiento humano socialmente relevante. Carecen de la nota de tipicidad aquellos comportamientos que no tengan un mínimo de relevancia social, necesaria para ser socialmente dañinos". CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), *El delito de falso testimonio*, San José, Juricentro, 1982, p. 50. Analizando este párrafo con el licenciado Francisco Dall'Anese, éste nos decía con razón, que aunque la definición que da el doctor Castillo es propia de la teoría social de acción, al mencionar la relevancia social luego como aspecto determinante de la tipicidad y no estudiarla así a nivel pretípico como sucede en la teoría social de acción, parece que realmente el citado profesor sigue un concepto normativo de acción.

58. Véase: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 296-299; RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 209; WESSELS, *op. cit.*, pp. 23-24.

59. Así: JESCHECK, *op. cit.*, pp. 373-438, 645-653; WESSELS, *op. cit.*, pp. 45-80, 195-203.

60. Así: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, pp. 254-260.

esta función le corresponde a la ley, quedando expresada a través de los tipos penales. La ley puede equivocarse, pero debe seguirse ateniéndose a ella desde el momento en que se opta por el principio de legalidad. Así la teoría social de acción, se señala, anticipa un análisis que corresponde llevarlo a cabo al estudiarse la tipicidad.⁶¹

Otros indican que si bien no debe tipificarse acciones que no trascienden a terceros, no es esto porque estas no sean acciones, sino porque no se afectan bienes jurídicos.⁶²

Una crítica que mencionan ciertos juristas es que la utilidad del concepto social de acción es escasa, debido a que tiene un carácter sumamente abstracto.⁶³

V. NUESTRA POSICIÓN

Tanto el causalismo como el finalismo fracasan en su intento de lograr elaborar un concepto unitario de acción. La teoría clásica presenta sus principales yerros al tratar de explicar los delitos de mera actividad, la tentativa y la omisión. La teoría final de acción se encuentra ante escollos insuperables principalmente en los delitos culposos y en la omisión. No es necesario aquí repetir los motivos por los cuales las mencionadas teorías encuentran dificultades en tales casos, ya que remitimos a las críticas que con respecto a cada uno de estos se citaron anteriormente.

Los problemas que presentan la teoría clásica y la finalista son ocasionados debido a la gran variedad de acciones que son tipificadas, de manera que es imposible encontrar un concepto que englobe a todas ellas. La teoría social de acción pretende lograr un concepto unitario de acción, pero el resultado no es sino un criterio de acción que por su abstracción no tiene utilidad práctica, amén de que la relevancia social de una conducta es decidida por la ley y no puede precisarse así a un nivel pretípico.

La única manera de conseguir un concepto de acción que comprenda a todas las acciones

relevantes para el Derecho Penal es acudiendo a la teoría normativa. Acción es aquella acción realizadora del tipo. Las acciones que no reúnan este carácter no poseen importancia para el Derecho Penal, por lo que no tiene ningún sentido dedicar páginas de páginas, como hacen los partidarios de otras teorías, a la explicación de qué es acción, si al final de cuentas solo interesan al Derecho Penal las acciones típicas. De acuerdo con lo anterior definimos al delito como la realización de un tipo antijurídico y culpable.

En relación con la ubicación del dolo y la culpa, hay que decir, que la punición de la tentativa y la existencia de los elementos subjetivos del injusto hacen que el dolo deba ser estudiado dentro de la tipicidad. La culpa forma también parte del tipo, ya que la conducta prohibida en los delitos culposos es la violación de un deber de cuidado. Nos acercamos así en la elaboración de la teoría del delito de finalismo, aunque diferimos de éste en cuanto al contenido de la antijuridicidad, ya que el desvalor del acto y el desvalor del resultado tienen igual importancia de acuerdo con nuestro criterio. Lo anterior pues si bien el Derecho prohíbe conductas y no resultados, lo hace tomando en cuenta la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico tutelado.

61. Así: RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 352.

62. Así: ZAFFARONI, *Manual*. . . , p. 354.

63. Así: CEREZO MIR, *Curso*. . . , p. 333; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, p. 352.

CONCLUSIONES

Las principales teorías que sobre la acción en el Derecho Penal se han formulado son: la teoría clásica, la finalista, la normativa y la social de acción.

Se trata por las mencionadas teorías, con excepción de la normativa, de elaborar un concepto de acción protípico. Sin embargo fracasan en este objetivo debido a la gran variedad de acciones que tienen relevancia para el Derecho Penal, lo que impide al causalismo y al finalismo crear un concepto unitario de acción mientras que a la teoría social de acción le hace dar un criterio de acción que por su carácter abstracto no tiene utilidad práctica.

Solo a través del concepto normativo de acción se logra superar este obstáculo, definiéndose la acción como la acción realizadora del tipo.

La aceptación de un concepto de acción causalista o finalista, tiene repercusiones para el resto de la teoría del delito. Las diferencias fundamentales al respecto son la ubicación del dolo y de la culpa en el tipo o en la culpabilidad, y el contenido de la antijuridicidad. La teoría clásica o causalista estudia el dolo y la culpa en la culpabilidad, dándole prevalencia por otro lado al desvalor del resultado sobre el del acto. Para el finalismo el dolo, el que no comprende la conciencia de la antijuridicidad, se encuentra dentro del tipo, al igual que la culpa. Le da primacía la teoría de la acción final al desvalor del acto. Las otras teorías, sea la social de acción y la normativa, aunque del concepto de acción del que parten no se puede deducir el contenido de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, presentan seguidores que se acercan en su elaboración de la teoría del delito a lo dicho por el finalismo o bien por el causalismo. En definitiva tenemos que autores que difieren en cuanto al concepto de acción que debe seguirse en el Derecho Penal, llegan a concordar al analizar la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; por lo que bien podría decirse que al final de cuentas se llegan a sostener dos posiciones: una primera que podríamos llamar del tipo complejo, que algunos identifican con el finalismo, aunque ello no sea lo correcto, y una segunda que denominaríamos del tipo simple, que generalmente se le relaciona equivocadamente con la teoría clásica o causalismo.

Ni la teoría del tipo complejo ni la del tipo simple dejan de estudiar el dolo o la culpa, por lo que las consecuencias de la ubicación de estos en el tipo o en la culpabilidad son mucho menores que las que se les ha querido atribuir. Tal vez las principales consecuencias son para la teoría de la participación y para la teoría del error. Para la primera de ellas desde que se admite por la doctrina mayoritaria la accesoriedad limitada (según la cual basta que el hecho realizado por el agente sea típico y antijurídico para que responda el partícipe) tiene importancia que se ubique el dolo en el tipo o en la culpabilidad. Para la teoría del error, ya que se separa por la teoría del tipo complejo, la voluntad de la realización típica, que forma parte del tipo, del conocimiento de la antijuridicidad, que está en la culpabilidad. Esto hace que la falta de conocimiento de la antijuridicidad (error de prohibición), de acuerdo con la mencionada teoría, solo excusa cuando el error es invencible; mientras que para la teoría del tipo simple, el error vencible de prohibición elimina el dolo, pudiéndose responder a tipo de culpa si existe la figura penal correspondiente.

Aspecto que tiene más importancia que el anterior, es el contenido de la antijuridicidad, o sea si el desvalor del resultado prevalece sobre el del acto, o al revés, o bien ambos tienen igual rango. Consecuencias tiene esto fundamentalmente para determinar la pena que merece la tentativa, para la punibilidad de la imprudencia sin resultado y para establecer si además de la exigencia de que objetivamente se den las circunstancias de una causa de justificación para que se excluya la antijuridicidad, se necesita el conocimiento por el sujeto de los elementos objetivos que pueden hacer justificada su acción.

Lo dicho antes en relación con la ubicación del dolo y la culpa, no quiere decir que se deba renunciar a elaborar una teoría del delito. El estudio a que deben someterse los casos en la práctica exige que establezca un sistema coherente de análisis de la estructura del delito. Esto es lo que nos lleva a pronunciarnos en cuanto a cuál es la elaboración de la teoría del delito correcta, la que consideramos que debe comprender el dolo y la culpa dentro del tipo. En cuanto al contenido de la antijuridicidad no debe dársele primacía ni al desvalor del acto ni al del resultado.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO (Enrique), *Lineamientos de la teoría del delito*, Editorial Juricentro, Costa Rica, 1985, 152 pp. *Manual de Derecho Penal*, Temis, Iланud, Colombia, 1984, 261 pp.
- BAUMANN (Jurger), *Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1973, 276 pp.
- BUSCH (Richard), *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Editorial Temis, Colombia, 1980, 60 pp.
- BUSTOS RAMÍREZ (Juan), Consideraciones en torno del injusto, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Colombia, Temis, 1982, pp. 19-36. Del estado actual de la teoría del injusto, *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal*, Colombia, Temis, 1982, pp. 3-36. *Manual de Derecho Penal español, parte general*, España, Ariel, 1984, 475 pp.
- CASTILLO GONZÁLEZ (Francisco), *El concurso de delitos en el Derecho Penal costarricense*, San José, U. de C.R., Facultad de Derecho, 1981, 123 pp. *El delito de falso testimonio*, San José, Juricentro, 1982, 130 pp.
- CEREZO MIR (José), *Curso de Derecho Penal español*, España, Tecnos, 1984, 450 pp. El concepto de la acción final como fundamento del sistema de Derecho Penal, *Problemas fundamentales de Derecho Penal*, Tecnos, España, 1982, pp. 15-24. El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 15-24. La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho Penal español, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 198-203. Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1982, pp. 25-38. Polémica en torno a la doctrina de la acción finalista, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 104-132. La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, España, Tecnos, 1981, pp. 39-59.
- CÓRDOBA RODA (Juan), *Una nueva concepción del delito*. La doctrina finalista, Ariel, España, 1963, 99 pp.
- COUSIÑO (Lois), *Derecho Penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975, T. I, 960 pp.
- CURY (Enrique), *Tentativa y delito frustrado*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1977, 221 pp.
- DALL'ANESE RUIZ (Francisco) y LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Principales teorías sobre la acción en el Derecho Penal*, San José, 1985, (sin publicar), 42 pp. *El iter criminis*, San José, 1985, (sin publicar), 59 pp.
- FONTÁN BALESTRA (Carlos), *Tratado de Derecho Penal*, T. I, San José, Editorial Estudiantil, s.f., 503 pp. *Derecho Penal, parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, 741 pp.
- GALLAS (Wilhelm), *Teoría del delito en su momento actual*, España, Bosch, 1959.
- GOSSEL, *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Colombia, Temis, 1984, 68 pp.
- GIMBERNAT ORDEIG, El sistema de Derecho Penal en la actualidad, *Estudios de Derecho Penal*, España, Civitas, 1976, pp. 82-106.
- HUERTA TOCILDO (Susana), *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, España, Tecnos, 1984, 147 pp.
- ISSA EL KHOURY (Henry), Algunas consideraciones en torno a la teoría de la acción, de Hans Welzel, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, enero-abril de 1985, pp. 81-95.
- JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis), *La ley y el delito*, Buenos Aires, Editorial Suramericana, 1979, 578 pp.
- JESCHECK (Hans Heinrich), *Tratado de Derecho Penal*, T. I y II, Barcelona, Bosch, 1981.
- MAURACH (Reinhart), *Tratado de Derecho Penal*, España, Ariel, T. I, 421 pp.
- MUÑOZ CONDE (Francisco), *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975, 192 pp.
- NOVOA MONREAL (Eduardo), *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*, San José, Juricentro, 1980, 147 pp.
- NÚÑEZ (Ricardo), *Manual de Derecho Penal, parte general*, Argentina, Marcos Lerner-Editora, Córdoba, 1982, 429 pp.
- RODRÍGUEZ DEVESA (José María), *Derecho Penal español, parte general*, Madrid, Gráficas Carasa, 1979, 990 pp.
- RODRÍGUEZ MOURULLO (Gonzalo), *Derecho Penal*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

SOLER (Sebastián), *Derecho Penal argentino*, T. I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973, 386 pp.

WELZEL (Hans), ¿Un malentendido sin solución? (Acerca de la interpretación de la teoría finalista), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Argentina, N° 4, octubre-diciembre de 1968, pp. 7-15. *Derecho Penal alemán*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, 403 pp.

WESSELS (Johannes), *Derecho Penal, parte general*, Ediciones Depalma, Argentina, 1980, 263 pp.

ZAFFARONI (Eugenio Raúl), *Teoría del delito*, Argentina, Ediar, 1973, 763 pp. *Manual de Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1985.
