

389  
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA TEORIA DE LA ACCION  
FINALISTA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ALFREDO GUZMAN BEREZOWSKY



MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# LA TEORIA DE LA ACCION FINAL

## I N D I C E

### INTRODUCCION

### CAPITULO PRIMERO

I	ANTECEDENTES DE LA TEORIA DEL DELITO.....	13
II	LA ACCION CAUSALISTA.....	35
III	LA ACCION SOCIAL.....	55
IV	LA ACCION FINAL.....	60

### CAPITULO SEGUNDO

I	CONCEPTO DE ACCION.....	78
	A) ACCION LATO SENSU.....	93
	B) ACCION STRICTO SENSU.....	98
II	LA ACCION FINAL.....	107
	A) ELEMENTOS.....	108
III	PRINCIPALES EXPOSITORES DE ESTA DOCTRINA.....	122
	A) HANS WELSEL.....	122
	B) REINHART NAURACH.....	143
	C) JUAN BUSTOS RAMIREZ.....	156
	D) JOHANNES WESSELS.....	162
	E) LUIS CARLOS PEREZ.....	169

### CAPITULO TERCERO

I	LA ACCION FINAL (CRITICA).....	174
II	ACTUALES TENDENCIAS.....	180

CONCLUSIONES.....	182
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	194
-------------------	-----

## INTRODUCCION

Para dar buen inicio a esta tesis denominada "La Teoría De La Acción Final", es conveniente preparar esta introducción. Será sucinta, grosso modo describe lo que en el cuerpo de la misma se tratará y propondrá.

Desarrollaremos por supuesto los antecedentes de la Teoría del Delito, ya que estos son imprescindibles para llevarnos de la mano al conocimiento presente sobre el tema a analizar.

Ade más comentaremos el amplísimo significado de la "Actio", ya que es uno de los conceptos discutidos jurídicamente, y aún cuando no existe acuerdo unánime entre los autores para precisarlo, las principales corrientes doctrinarias lo consideran como un DERECHO, un MEDIO y como un PODER JURIDICO, tal y como lo refiere el maestro Colín Sánchez, por lo que a través del presente estudio, llegaremos a vislumbrar, por tanto, desde los conceptos de Acción más elementales, hasta diversas significaciones, corrientes de ésta, enfocadas a la materia penal, así como el conocer sus características principales y los autores de las mismas; todo esto con el fin de estar en posibilidad de emitir una crítica positiva de las corrientes en estudio, y sus respectivas conclusiones.

Hemos creído conveniente iniciar el estudio de estos temas, debido a que resulta interesante la comparación jurídica entre el sistema aplicativo-normativo del causalismo en México y el finalismo en la Alemania de Welzel, tratando a continuación el análisis de distinción entre estas corrientes principales.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **I). ANTECEDENTES DE LA TEORIA DEL DELITO. (PARTE GENERAL).**

En esta parte general, a la cual hemos llamado antecedentes, trataremos de explicar como el nombre del tema lo indica, de manera muy general lo que es el Derecho Penal, para que una vez comprendido, podamos ya entrar de lleno a lo que en este trabajo se estudia y que se llama la Teoría de la Acción Final.

En esta parte del trabajo, hemos incluido conceptos, autores, formas, ideas que nos llevarán a comprender fácilmente el trabajo que nos hemos propuesto desarrollar.

El Derecho Penal es una disciplina correspondiente al Derecho Público, ya que el Estado siempre va a estar en un plano de "supra a subordinación" con respecto del individuo, ya que el Estado tiene la facultad de perseguir los delitos (artículo vigésimo primero de la Carta Magna), al violar los bienes jurídicamente tutelados por el Legislador, se sanciona al autor de la infracción, y siempre se hace conforme a una ley previamente establecida por el mismo Legislador, de tal forma que no habrá pena sin ley que lo establezca previamente (artículo décimo cuarto constitucional).

El Derecho Penal es interno, ya que cada Estado o País tiene su propio Código Penal y sus normas penales. (\*).

El objeto de estudio del Derecho Penal es proporcionar a los individuos que integran a una sociedad determinada una plena seguridad dentro del ámbito social, toda vez que este derecho proporciona todo lo relativo a PENAS, DELITOS y a MEDIDAS DE SEGURIDAD, conceptos estos propios del Derecho Penal.

Hemos mencionado que el Derecho Penal tiene como fin el estudio de los delitos, penas y medidas de seguridad; ahora veremos qué es cada una de estas figuras jurídico penales.

El Código Penal menciona en su artículo séptimo que DELITO es "el acto u omisión que sancionan las leyes penales...". Asimismo se desprende que este acto u omisión es derivado, según sea el caso (acto u omisión) de una ley penal. Lo anterior significa que si el acto u la omisión son derivados de una norma que el Legislador ha creado para tutelar la paz social, por ende debemos entender que el delito es una infracción a la norma que el Legislador ha creado, con el fin de cuidar a la sociedad.

(\*) NDA: Esta idea es la que toma Hans Welzel para traducir su Derecho Penal Alemán, obra registral, al idioma castellano. Ob cit. Introducción.

Se dice también que el delito es una conducta antijurídica y adecuada al tipo penal.

Una PENA es un castigo o sanción que se aplica al individuo que viola la norma jurídica y que afecta al orden social.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD son las medidas que utiliza el Derecho Penal con el fin de evitar los daños típicos, ya que como lo habíamos planteado, la finalidad de este es lograr la paz y el orden en la comunidad, cualquiera que esta sea; lo que significa llevar a cabo la realización de uno de los principios básicos del Derecho, que es el Bien Común.

El maestro Francesco Carrara define al delito como: "...la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso...". (1).

El maestro Edmundo Mezger nos proporciona la definición substancial de delito, que es la conocida en el

(1) CARRARA, Francesco. Consultado por el Lic. Eduardo Praciado Briceño en sus apuntes de la Introducción al Estudio del Derecho. 1906. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, Vol I. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1971. p. 43.

ámbito jurídico mexicano, conocida con el nombre de la cantidad de los elementos que la integran, es decir, la llamada teoría tetratónica: "...delito es una conducta típica, antijurídica y culpable...". (2).

En seguida explicaremos brevemente lo que significa cada uno de los elementos proporcionados por el jurista relacionado:

**CONDUCTA.-** Es la manifestación interna o externa que el hombre realiza para llevar a cabo un fin determinado, manifestación que tiene que ser de voluntad.

**TÍPICA.-** Es una conducta que está contemplada en la Ley.

**ANTI JURIDICA.-** Como su nombre lo indica, es una conducta, que al manifestarse se hace en contra del derecho establecido.

**CULPABLE.-** Es la manifestación de la responsabilidad del hecho.

Esta es, por tanto, y como el número de sus elementos lo indica, una teoría TETRATÓNICA, o sea de cuatro elementos.

(2) **MECEN**, Edmundo. **TRATADO PENAL**. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 6ª Edición.

## CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

Para el maestro Castellanos Tena, el Derecho Penal es "...la rama del Derecho Público interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social...". (3).

El Derecho Penal es una rama del Derecho Público por cuanto solo el Estado tiene la capacidad de establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y además ejecutarlas, sin dejar a un lado que todas las leyes, aún las de carácter privado, las dicta el Estado, de lo que debemos pensar que es el Derecho Penal Público, ya que en una relación siempre vamos a encontrar al Estado con su potestad soberana, y como único sujeto que va a determinar los delitos, las penas, perseguir aquellos, e imponer éstas.

Regresando con el maestro Mezger, nos gustaría aunar un poco más acerca de los elementos que integran a su definición jurídico substancia de delito, ya que del buen entendimiento de estos, se logrará un mejor entendimiento en el tema central de este trabajo.

(3) CASTELLANOS TENA, Fernando. LENDIMIENTO SUBSTANCIAL DE DERECHO PENAL. Editorial Porrá, S.A. 16ª Edición, México, 1961. p. 19.

Dentro de la teoría del delito, existen variadas corrientes de pensamiento, que proponen definir el delito, atendiendo a los elementos que lo conforman, así pues existen concepciones jurídico substanciales, que se han denominado bipartitas, tripartitas, tetratómicas, pentatómicas, etcétera, del delito, según si este está conformado por dos, tres, cuatro o más elementos.

Para el maestro Edmundo Mezger, el delito es la acción, típicamente, antijurídica y culpable, o sea, que el autor referido, sustenta la tesis TETRATONICA del delito, por cuanto para él los elementos esenciales del delito son los cuatro que ya se han mencionado.

Ahora bien, explicaremos brevemente a estos cuatro elementos, para que a lo largo del trabajo, entendamos bien lo que estamos tratando de decir, y no nos perdamos por el camino de la desinformación jurídica.

El primero de los elementos a explicar, es la llamada conducta, que en parte es el tema de este trabajo, ya que se denomina la teoría de la Acción Final, y siempre se deduce en este ámbito penal que la conducta es sinónimo de Acción, entre alguno de sus otros sinónimos.

Así pues, CONDUCTA (Acción) es un comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, ya que invariablemente se refiere al hombre que encamina su voluntad hacia la realización de un acto que puede ser positivo o negativo, o lo que es lo mismo, que puede cometer delitos de Acción o de Omisión.

En cuanto al primer elemento de la definición, el maestro Castellanos Tena, la define diciendo que es un "...comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito...". (4).

Siempre será un comportamiento HUMANO VOLUNTARIO, ya que este es el único ser sobre la tierra que es capaz de tener voluntad y raciocinio, a diferencia de todos los animales irracionales, y de las cosas inanimadas.

El comportamiento siempre será VOLUNTARIO, elemento que encierra aquí a la voluntad, que es elemento o nota característica del ser humano, y que se traduce en determinación de dirección de voluntad, con el fin de procurar su perfeccionamiento o degradación.

(4) CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit p. 149.

Este comportamiento o conducta será también de manera POSITIVA O NEGATIVA, lo que significa que puede consistir en una Acción o en una Omisión simple o en una comisión por omisión. Será un delito positivo cuando este haya sido cometido dentro de una ACCION, y capaz de transformar el exterior. Será un delito negativo cuando este sea cometido por un DEJAR DE HACER, es decir, por omitir el deber hacer. Los delitos de comisión por omisión, son los delitos que se llevan a cabo cuando se deja de hacer lo que por obligación se debía hacer.

Sin embargo, no siempre hay voluntad, acción o conducta en la realización de los actos delictivos, sino que también existen las causas en las que no interviene la conducta, y éstas se les denomina CAUSAS DE AUSENCIA DE CONDUCTA; entre otras tenemos la vis maior, la vis absoluta, que respectivamente son: fuerza exterior irresistible proveniente de la naturaleza, la primera de ellas y la segunda será una fuerza irresistible, pero que provenga de un ser humano. También están los movimientos reflejos y los estados de inconciencia transitorios.

Otro elemento de la definición de Mesger es la tipicidad. El TIPO, que a saber son dos términos que son diferentes.

El TIPO PENAL es la descripción legal de una conducta delictiva, mientras que la TIPICIDAD es la adecuación o amoldamiento, de la conducta del agente al TIPO ya descrito por el Legislador.

Siempre en el argot del Derecho Penal se señala que si no hay TIPO, no habrá TIPICIDAD, y en consecuencia no habrá delito.

Para entender la TIPICIDAD adecuadamente como elemento jurídico substancial, es necesario formular la diferencia que existe entre TIPO y TIPICIDAD.

La TIPICIDAD, como enseña el maestro C. Porte Petit (5) "...adecuación de conformidad a lo prescrito por el tipo, en tanto que el TIPO es la descripción legal de una determinada conducta, considerada como antijurídica...", razonamientos en los que encuentra fundamento cada principio jurídico penal. Vgr.: NULLUM CRIMEN SINE TIPO. (\*).

También puede haber causas de ATIPICIDAD, o AUSENCIA DE TIPICIDAD; las causas mencionadas constituyen el aspecto negativo de la tipicidad, y son:

(5) PORTE PETIT, Celestino. APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. México. 1965 10ª Edición p. 333.

(\*) El concepto que se da del TIPO, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, dando lugar a la fórmula NULLUM CRIMEN SINE TIPO.

a) La falta de calidad (\*) exigida por la ley, en cuanto a los sujetos que intervienen en la relación, y que son el activo y el pasivo.

b) La falta de objeto material, jurídicamente protegido, o lo que es lo mismo, la falta de objeto jurídico protegido.

c) La falta de referencias temporales o espaciales requeridas por el tipo.

d) La falta de medios comisivos específicamente señalados por la ley.

Otro elemento de la definición de Mezger es la ANTIJURIDICIDAD. Se dice que una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no está protegida por alguna causa de justificación, por lo que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la juridicidad, es decir, aún cuando la conducta se adecue a la descripción legal (TIPO), esta no será antijurídica cuando el sujeto activo realice el comportamiento humano al amparo de una causa de justificación, o también conocidas como EXCLUYENTES de responsabilidad criminal.

(\*) La calidad. Para que pueda haber el delito de PECULADO, al que lo cometa tendrá que ser necesariamente empleado de gobierno, ya que de otra forma se habrá peculado, sino robo o fraude, pero jamás peculado. Esto porque el sujeto no tiene la calidad de ser empleado de gobierno.

En este orden de ideas se puede decir que las causas de justificación o excluyentes de responsabilidad son:

I.- Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias.

II.- Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente.

III.- La legítima defensa.

IV.- El estado de necesidad.

V.- Obrar en forma legítima, en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.

VI.- Miedo grave o temor fundado.

VII.- Obediencia jerárquica.

VIII.- Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que ésta manda, por un impedimento legítimo.

IX.- (Derogada).

X.- Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

XI.- Realizar la acción y omisión bajo un ERROR INVENCIBLE respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

Causales de exclusiones de la responsabilidad que están señaladas en el artículo décimo quinto del Código Penal para el Distrito Federal.

Otro elemento más de la definición jurídico-substancial de delito de Mesger es la de CULPABILIDAD.

El maestro Castellanos Tena la define como "...el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto...". (6).

(6) Castellanos Tena. Ob cit. p. 232.

Este elemento del delito puede revestir dos formas, que a saber son: El DOLO y la CULPA.

El DOLO lo define el maestro Castellanos Tena como "...el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico...", mientras que la CULPA escribe Castellanos Tena "...esta existe cuando se realiza la conducta, sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas...". (7).

El aspecto negativo de la culpabilidad está formado porque dentro de la terminología jurídica se conoce bajo la denominación de causas de inculpabilidad, siendo la más importante el llamado ERROR, el cual a su vez se divide en: error esencial de hecho invencible y el error accidental.

El error esencial de hecho invencible, se verifica cuando el sujeto activo tiene una falsa creencia de la realidad, por determinadas circunstancias que no pudo prever o evitar. Esta clase de error excluye la culpabilidad.

(7) Castellanos Tena. Ob cit p. 239.

El error accidental elimina o excluye el dolo, pero deja subsistente a la culpabilidad bajo la forma de la culpa, el error accidental a su vez puede revestir tres formas, error en el golpe, en la persona y error en el delito, siendo que estas clases de error varían únicamente en la forma y en la clase de delito, eliminando el dolo, pero dejando subsistente la culpa.

Esto será relevante, ya que los delitos dolosos son calificados y sancionados de manera evidentemente diferente a los culposos o no intencionales.

Ahora entraremos a revisar por un cierto orden, a otros conceptos jurídicos que le son particulares al Derecho Penal, pero que no entran en la definición de Mezger, ni conforman para el Derecho mexicano, elementos del delito.

Así tenemos entonces en primer lugar a la PUNIBILIDAD.

Este es un concepto particular de esta disciplina. Dicho término tiene diferente connotación que el de pena, ya que PENA es el castigo o sanción que el Estado, en ejecución de una sentencia, impone a una persona por haber llevado a cabo la comisión de un delito, en tanto que la PUNIBILIDAD es el merecimiento de una pena, por haber realizado un delito.

La PENA, según el maestro don Ignacio Villalobos, debe de ser: intimidatoria, correctiva, eliminatória y justa.

Estas finalidades del Derecho Penal, aplicadas a la pena, dice el tratadista Ignacio Villalobos que coinciden con el castigo que una madre da a su menor, ya que no se pierde de vista el por qué lo hizo, también se preve su no repetición y se proporciona un ejemplo para los demás menores. (8).

Los antecedentes de la "Teoría del Delito" son un panorama general orgánico y sistemático del Derecho Penal, y se han anotado con la finalidad de familiarizarnos con los métodos y con los conceptos que son aplicables a esta rama de la ciencia del Derecho.

La IMPUTABILIDAD es otro concepto propio del delito, por lo que se estudia a continuación, así como estos temas:

La RESPONSABILIDAD.- Fundamentos de la misma y causas de la inimputabilidad.

(8) VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A., 4ª Edición. México, 1963, p. 71 y s.s.

IMPUTABILIDAD es la condición peculiar del autor de la conducta, que consiste en la capacidad de entender y conocer lo normativo penal, por parte del sujeto. Esto significa en otras palabras que un imputable es aquella persona que reúne los requisitos mandados por la Ley, para que pueda ser sujeto de derecho, perfectamente íntegro en su persona, y así ser susceptible de sanción, por parte de la consecuencia respectiva.

Es decir, imputables son por excelencia todas las personas o individuos que sean capaces de entender la realidad penal por la que viven. Al contrario de la imputabilidad está su fase negativa y que está marcada por el artículo décimo quinto fracción II del Código Penal, que reza así: "...padecer el inculpaado al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente. (\*)".

(\*) La doctrina enseña esta causal como la ausencia de imputabilidad, sin embargo, nosotros creemos que además de ser causa de lo señalado, puede considerarse también como una falta clara de voluntad para la realización de un acto. De decir, que en nuestro concepto, se puede clasificar dentro de la falta de una causa de la otra.

**RESPONSABILIDAD.-** Es la situación en la que se encuentra el sujeto imputable ante la sociedad, para responder de sus actos; viene a ser penalmente la actitud del imputable ante un órgano del Estado, quien determina si un sujeto ha de responder de los actos cometidos en contra del orden legal, lo cual significa que todo responsable será previamente imputable.

Otro tema que es de relevancia para el estudio de la Teoría de la Acción Finalista es el llamado **ITER CRIMINIS**.

Creemos que este tema es de importancia, ya que nos muestra cómo se producen las diferentes facetas en las que el delincuente se envuelve para la comisión de un delito, facetas que con el tiempo se tratarán de desentrañar, para esclarecer su culpabilidad, su intencionalidad y su fin, además de las causas que lo llevaron a delinquir.

Esta ruta o camino que sigue el delito, se explicará de manera breve y concisa para su mayor entendimiento.

Primero anotaremos que el iter criminis se desarrolla en dos fases, una interna y la otra externa (que es la que propiamente trasciende al mundo del Derecho Penal).

PASE INTERNA

Ideación o concepción.  
Deliberación o selección.  
Resolución.

ITER CRIMINIS

PASE EXTERNA

Manifestación.  
Preparación  
Ejecución      Consumación  
                    Tentativa

A continuación explicaremos paso a paso el significado de las fases del iter criminis.

**IDEACION.-** Es cuando aparece el delito como una simple idea en la mente de su autor.

**DELIBERACION.-** También llamado proceso de selección, es la decisión de actuar tomando en consideración alguna de las ideas de las que previamente se habían maquilado.

**RESOLUCION.-** En esta fase se decide si lo que se ha pensado y planeado se llevará a la práctica o no.

Estos son los pasos a seguir en la fase interna, que no revisten mayor importancia, tal y como lo dice el adagio "con el pensamiento no se delinque", esto por ser únicamente fenómenos psíquicos.

Pero dentro de la fase externa, entonces ya se va aplicando el Derecho Penal en todo su esplendor:

**MANIFESTACION:** (amenaza). Aquí aún no se ha causado daño alguno, ya que es la expresión externa del individuo, pero que también puede llegar a ser interna.

**PREPARACION:** Son todos aquellos actos anteriores a la ejecución del ilícito penal.

**EJECUCION:** Es ya la realización en sí de todos los actos necesarios tendientes a que el delito sea ejecutado y consumado.

**TENTATIVA:** Esta se da cuando se presenta alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo, por la cual no se llega a realizar el hecho delictivo.

La tentativa puede ser ACABADA o mejor dicho del delito frustrado, y también puede ser INACABADA, que se da cuando el delincuente agota todos los actos necesarios para llevar a cabo el delito, pero que por causas especiales no se puede llevar a cabo el ilícito.

El artículo décimo segundo del Código Penal nos refiere a la tentativa diciendo: "...Existe tentativa punible

cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

En su párrafo tercero del artículo en comento, nos dice: "...si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución, o impide la consumación del delito...", aquí pensamos que se nos dan los elementos para determinar cuándo es una y cuándo es la otra tentativa, es decir, acabada e inacabada.

**CONSUMACION:** Es la culminación de todos los actos planeados y plenamente terminados.

Habiendo explicado estos tópicos, pensamos que es interesante para la teoría de la Acción Final, poder determinar también, no solo lo ya expuesto, sino que también es interesante conocer los grados de la participación en el delito que existió. Así entonces, tenemos los llamados grados de la participación, que incluso maneja el Código Penal en su artículo décimo tercero.

**Personas responsables de los delitos:**

I.- "Los que acuerden o preparen su realización". También llamados "autores intelectuales". Por supuesto que si el delito no se consuma, éstos no son sancionables.

II.- "Los que lo realicen por sí". También llamados autores materiales, ya que ejecutan la conducta necesaria para realizar el delito.

III.- "Los que lo realicen conjuntamente". Estos se llamarán coautores, ya que son varios autores materiales reunidos para la comisión del ilícito.

IV.- "Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro". Aquí entran dos acepciones, que son: autor intelectual y autor material.

V.- "Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo". Se llamará de forma similar al anterior caso.

VI.- "Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión". Quienes serán llamados cómplices. Esta ayuda será después de haberse cometido el hecho típico, y con un previo acuerdo para actuar y proteger. Aquí se puede participar desde el inicio o después del ilícito.

VII.- "Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento a una promesa anterior al delito". Estos podrán calificarse como encubridores.

Finalmente:

VIII.- "Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado".

En este caso se sancionará de forma similar a los que intervinieron en el ilícito, y serán por tanto autores materiales del mismo. (\*).

Así, con este panorama general visto del Derecho Penal, pensamos que estamos en posibilidad de entrar ya al desarrollo de las teorías de la Acción, materia de este trabajo.

(\*) NOTA: Estos temas son tratados por el Dr. Raúl Carrancá y Rivas, y el (en paréntesis) Lic. Jesús Guervasio Nova en el transcurso de sus cátedras de la materia de Derecho Penal primer curso.

## II). LA ACCION CAUSALISTA

Antes de empezar a desarrollar la Teoría Causalista de la Acción, explicaremos de manera muy breve algunas concepciones de ésta, para comprender un poco por qué de la Acción Causal.

La asignación a la Acción es hoy problema de doctrina constante y prevalente, esto siendo por supuesto aceptado por los maestros penalistas de las más diversas posturas, puesto que en todos y en cada uno de sus estudios tratan el presente tema, esto porque el lugar que se le da a la Acción será importante y, además extenso en su concepto y estructura, tal y como analizaremos con posterioridad.

Precisamente es en torno a los tópicos antes referidos "concepto y la estructura" de la Acción, donde la doctrina plantea gravosas polémicas, no queda afuera de los límites señalados, profundizar en el contenido de semejantes controversias jurídico-doctrinales, y es obligado desde este momento indicar en la medida de nuestras posibilidades cuál es el concepto de acción, de que vamos a rodearnos de ahora en adelante, ya que por un lado, esto sí tiene crecidas repercusiones en la práctica y, por el otro lado, de lo que se piense sobre estos conceptos y de la naturaleza de este elemento del delito, dependerán las posiciones que se tomen de cara a los demás elementos, ya que la teoría del delito siempre

necesariamente dependerá de un concepto bien claro de lo que es la Acción.

En la actualidad, la polémica destaca tres posiciones que ya tienen un amplio recorrido en sus estudios, tal y como lo pregonan algunos autores, como por ejemplo el maestro Sáinz Cantero en sus "Lecciones de Derecho Penal", al decir: "...en la actualidad la polémica destaca tres posiciones consolidadas: el concepto causal, el concepto final y el concepto social de Acción...". (9)

Esta es una de las razones por las que nos hemos abocado al estudio de estas doctrinas, ya que son de las más interesantes y completas de las teorías de la Acción, además de ser amplias y de contar con gran cantidad de tratadistas que las analizan y explican. Todo esto con el objeto de dejarnos claro el panorama de la Acción como elemento del delito.

Algunos autores tratan de explicar lo que es Acción, y cómo está conformada. Así por ejemplo el maestro Sáinz Cantero nos dice sobre la misma: "...Acción es la conducta humana dominada por la voluntad, que produce en el mundo exterior un cambio determinado, que es consecuencia causal de

(9) SÁINZ CANTERO, José A. LECCIONES DE DERECHO PENAL. p. 239

la Acción. Esta consecuencia puede consistir en un simple movimiento corporal (en los delitos de simple actividad) o en un movimiento corporal que produce un resultado externo (en los delitos materiales o de resultado).

Se le llama concepción causal porque la voluntad humana, que debe dominar la acción, se contempla solamente en su dimensión causal, no en su función conductora del curso causal...". (10).

Para el maestro Sáinz Cantero la concepción causal debe ser "conducta humana", pero la característica que reviste a esta voluntad humana es que esta debe estar dominada por la voluntad, para que con esta produzca cambios en el mundo exterior. Es decir, aquí lo que importa es saber cuál fue la causa de lo que se causó con esa voluntad de cambio para el mundo exterior.

Por su parte, el maestro Alberto Campos nos explica el principio de la causalidad, diciendo que: "...todo resultado típico, no cabe duda alguna, es un efecto con relación a una causa, o mejor, a un proceso causal que lo provocó...". (11).

Haciendo hincapié, dicho autor que entre el resultado existe una causa que le dio origen.

(10) SÁINZ CANTERO, obra citada p. 239.

(11) CAMPOS, Alberto A. TRATADO PENAL. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1967. 2ª Edición p. 104.

En tratándose del problema, el maestro Luis Carlos Pérez nos explica que: "...es preciso conocer el vínculo entre el resultado y los designios del actor...". (12)

Explica el maestro señalado que debe entenderse esta conducta cometida bajo la evidencia de que existen dos elementos para poder clasificarla, que son la causa y el efecto, elementos que nos dan la pauta para pensar en la teoría que nos ocupa, es decir, la teoría causalista de la Acción.

Para entender esto, el maestro Pérez nos ofrece un ejemplo que dice así: "...se sabe que el calentamiento del líquido es causa del aumento de la evaporación, ya que la precede y provoca...". (13).

Estas relaciones, explica el maestro Pérez, que son unívocas y necesarias, difieren de las relaciones de conducta, es decir, que estas y aquellas no son iguales; por esto mismo, para entenderlas, no pueden usarse los mismos métodos que establecen pruebas de concordancia, diferencia, variaciones concomitantes y residuales.

Siempre las leyes de la causalidad en la naturaleza,

(12) PÉREZ, Luis Carlos. PSICOLOGÍA. Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1987. 2ª Edición p. 343.

(13) Ídem

se cumplen mecánicamente, mientras que en la sociedad son prioritariamente objetivas, es decir, aún cuando se cometan los mismos delitos, los delincuentes siempre tendrán móviles diversos para la comisión de sus injustos, pero en el Derecho que estudiamos, son además psicológicas, ya que el criminal siempre busca algunos determinados fines (\*), no obra exclusivamente estimulado por la mera causa.

Guillermo Sauer, respecto a la teoría de la causalidad, dice que es una tendencia de fuerza y de valor que hace esperar un resultado jurídicamente relevante, según el suceso normal y la previsión general, al pensar que la causalidad consiste en "...obrar, tender hacia un resultado (socialmente útil o dañoso) jurídicamente relevante...". (14).

Igualmente nos dice el maestro Sauer que a los juristas interesa solamente "...si una decisión libre de la voluntad es la causa-fin de un resultado socialmente útil o dañoso..."; esto en otras palabras nos enseñaría que "...la voluntad debe ser castigada solamente cuando se manifiesta en una dirección correspondiente al resultado..." (15).

(\*) NOTA: Aquí encontramos algunas ideas que van quizá unidas a la teoría finalista, y entre otra cosa, se anota que el sujeto activo del delito no obra solamente por fines, como lo plantean la doctrina de Hulsel, sino que siempre lleve una meta en su mente.

(14) SAUER, Guillermo. **DERECHO PENAL**. Editorial Bosch-Trypa, Barcelona, España, 1956. s/n/a p. 86.

(15) *Id* cit. páginas 87 y 141, respectivamente.

El gran maestro finalista Hans Welzel, no podía quedarse sin dar su opinión acerca de su contraria u opuesta doctrina, así que él explica que la doctrina causalista tiene dos partes constitutivas diferentes, la primera de éstas sería el proceso causal externo (objetivo) y segundo, el contenido de la voluntad simplemente (subjetivo. De acuerdo con esto la Acción Causalista que desencadena la voluntad, que sería el impulso voluntario, o la inervación, lógicamente desencadenamiento en el mundo exterior (que es el efecto de la voluntad), no consideraría si el autor ha querido o si podía prever el resultado dañoso que es en un momento dado el llamado contenido de la voluntad. (16).

La teoría Causal de la Acción, vista desde el ángulo del maestro Eugenio R. Zaffaroni.

Esta corriente ha tenido influencias de tipo filosóficas. En un principio el concepto causalista fue apoyado sobre una base mecanicista, que fue parte de los ideales de la ilustración y, por ende, revestido por las ideas físicas de Newton. Por esto se pensaba que "...Todo son causas y efectos..." (17).

(16) WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALLEMAN p. 61.

(17) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1996 sin edición p. 169.

Estas causas y efectos estaban dentro de un mecanismo que es el Universo, y, la conducta humana formó parte del mismo (Universo); también se pensaba que era una sucesión de causas y efectos. Esta es la base filosófica del sistema sostenido por Franz Von Liszt y Ernst Von Beling, también llamado sistema Liszt-Beling.

Otro momento filosófico del causalismo fue dado en llamar neo-kantismo de Baden, y se caracteriza en que éste desplaza a la filosofía del positivismo.

A la primera de las etapas se le llamó estructura clásica del delito y a la segunda de las nombradas se le llama estructura neoclásica, que fue la que se desarrolló magistralmente bajo la tutela de Mezger.

Para la primera de las corrientes, es decir, para la estructura clásica, el concepto positivista de la teoría causal de la Acción, se entendía como una inervación de tipo muscular, es decir, es un movimiento voluntario, que jamás es un movimiento reflejo, pero en el que carece de importancia o se prescinde del fin a que esa voluntad se dirige.

Dentro de este concepto, había una Acción delictiva. Si un sujeto actuaba sobre otro con la voluntad de actuar, sin que fuese necesario tener en cuenta la finalidad que se

proponía al hacerlo, ya que esa finalidad no pertenecía a la conducta.

Dicho en otros términos "...Acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse, que causaba un resultado...". (18).

Aquí sí se distinguirá la diferencia entre Acción Causalista y Acción Finalista, al momento en que esta diferenciación llegue a hacerse presente.

Según el concepto mencionado, la Omisión era un "no hacer", pero caracterizado exteriormente por la distensión muscular (\*) e interiormente por la voluntad de distender los músculos.

El mismo Beling caracterizada a la conducta, manifestando que debía entenderse esta como un comportamiento corporal, que era producido sobre el dominio sobre el cuerpo, siendo esto un comportamiento (humano) corporal voluntario, consistente en un hacer o en un no hacer.

(18) Ob cit. p. 370.

(\*) Nota: Distender es causar una tensión violenta en los tejidos, membranas, músculos, etc.

Afirma también Beling, quien es aludido por Zaffaroni que este ya pensaba que "...la voluntad, sin contenido (finalidad), no es voluntad, y la acción humana, sin voluntad, queda reducida a un simple proceso causal..." (19).

Este concepto empezó a fallar cuando la gente se percató de que el mundo no era solamente un conjunto de causas y efectos, ya que ni siquiera la física pretendía conservar esa imagen; haciendo referencia a la física, ya que el físico Newton fue tal vez el que sembró la semilla del pensamiento causalista, derivándolo del Universo.

Esto empezó a no ser tan exacto por el pensamiento de gente que consideraba que la acción humana considerada como causación de un resultado, unida a una voluntad que no era tal (por faltarle la finalidad), la habían denominado sus partidarios "Concepto Naturalista De La Acción", pero la premisa es que para entonces ya no resultaba ser tan natural.

Este concepto era evidente ya que nada tenía que ver con la realidad, el valladar se implantaba en tratándose de injustos de omisión, ya que en estos no se distendía ningún músculo, y sin embargo sí se realizaba el ilícito.

Hasta entonces la teoría del delito se había manejado cómodamente, ya que la conducta escondía únicamente un proceso causal, ya que resultaba fácil concebir al injusto como la causación objetiva de un resultado dañoso, y a la culpabilidad como su causación subjetiva.

Para esto, si la conducta dejaba de ser un proceso causal, porque a la voluntad se le reconocía su contenido, entonces el esquema planteado se derrumbaba. Lo que sí es cierto en esta postura era que una conducta sin finalidad carecía de voluntad, y quedaba reducida a un proceso causal como mencionábamos.

En esa emergencia, dado el concepto de conducta de la teoría del delito, la doctrina no encontró nada más cómodo que desechar la realidad, y así mantener el esquema.

El concepto causal de Acción, que hasta entonces se había sostenido, pasó a ser protegido por el Idealismo. El Neokentismo fue el que vino en ayuda de este concepto causal, que naufragaba. Los recursos a que se apela para razonar este concepto, dicen que solo puede justificarse por medio de la vía idealista.

Ahora que sabemos un poco de la historia del nacimiento del causalismo, podremos entender los términos que usa esta doctrina para explicar su forma.

Afirma el maestro Carrancá y Trujillo que este problema del causalismo es ampliamente debatido en cuanto a la relación de causalidad, es decir, la causa de la que es efecto el resultado. Afirma también que es un problema que se debe observar desde el punto de vista de la Intencionalidad y de la Imprudencia con que el sujeto haya participado en el injusto punible. Esto es lo que examinan las teorías alemanas sobre la causalidad eficiente.

Entre las teorías que explican el causalismo, que son varias y muy numerosas, contamos con la que es considerada la más importante que es la llamada: Equivalencia de las Condiciones, lógicamente sin dejar fuera otras teorías que no dejan de ser importantes.

El maestro Carrancá y Trujillo cita a Stuart Mill, maestro en lógica, y lo refiere diciendo que éste maestro en su "Lógica" (obra) criticó la opinión que considera como causa física como uno solo de los antecedentes de la consecuencia, pues el resultado se debe a la unión de todos los antecedentes que forman la verdadera causa (20).

(20) CARRANCA Y TRUJILLO, *ibid.* LIBRO PRIMERO, MEXICANO, p. 201.

Con este filósofo inglés quedó sentada la base moderna sobre la llamada causalidad eficiente, llamada también y más conocida como La Teoría De La Equivalencia De Las Condiciones, que someramente el maestro Carrancá y Trujillo enuncia diciendo: "...antes que una cualquiera de las condiciones se asocie a las demás, resultan todas ineficaces, y la condición no se produce; pero al unirse a las otras causas, la causalidad de ellas, y por lo tanto, debe establecerse que cada una es causa de toda la consecuencia...". "...existe relación causal entre el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido; todas las condiciones del resultado son, por consiguiente, del mismo valor...". (21).

Otras teorías se basan en el concepto filosófico de la causa, distinguiendo entre condiciones simples o puras; y la mayor o menor relación de cada una con el resultado; la diferencia cualitativa de los antecedentes, distinguiendo entre verdaderas causas y solo condiciones; en la causación adecuada, que atiende a la eficacia intrínseca de la condición para producir en abstracto la consecuencia dada, etcétera.

El profesor don Eduardo Novoa Monreal (Curso de Derecho Penal Obrero Mitosocial Jurídica, 1960 p. 301 a 303) afirma que la teoría de la equivalencia de las condiciones es "una tesis lógica que explica la interrelación entre diversos sucesos físicos, y que

(21) Idm.

el Derecho Penal aprovecha cuando quiere señalar el límite máximo hasta donde puede admitirse vinculación entre un movimiento o actitud corpóreas del hombre, y cualquier cambio en el mundo exterior, que parezca haber sido influido por aquellos, y hasta donde puede ser necesario un ulterior exámen jurídico penal...". (22).

A reserva de que se explique la teoría de la equivalencia de las condiciones por otros autores, el maestro Carrancá nos dice sobre ella que es la única que con rigor permite alcanzar todas aquellas consecuencias que la inteligencia humana pueda proponerse, ya que amplía al máximo las posibilidades de investigación de los factores que pudieron originar el suceso, pero al mismo tiempo pone límite a esa amplitud, resolviendo que esos factores están fuera de toda consideración jurídico-penal, sino es posible conectarlos *CONDITIO SINE QUA NON* al resultado producido.

Por cuanto a los delitos de omisión encuentran su búsqueda en las teorías señaladas, aunque indirectamente.

En nuestro Derecho ha tenido cabida la teoría de la equivalencia de las condiciones, que es resumido en el conocido aforismo o sentencia que reza así: *CAUSA CAUSAE EST CAUSA CAUSATI*. (23).

(22) *NOVA ENIMIAL*, Eduardo citado por Carrancá y Trujillo. *Op cit* p. 281.

(23) *CARRANCA Y TRUJILLO*. *Op cit* p. 283.

La teoría de la que tratamos es explicada por algunos exponentes del Derecho Penal como son entre otros el maestro Carrancá y Trujillo, Bustos Ramírez, Campos, Luis Carlos Pérez, Sáinz Cantero, etcétera, por lo que enseguida se anotarán algunos puntos de relevancia de la misma.

#### LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O CONDUCTIO SINE QUA NON.

Respecto a esta teoría, el maestro Bustos Ramírez nos dice que "...plantea que frente a cualquier resultado o hecho, hay un conjunto de condiciones que podrían ser equivalentes, esto es, ser causa...". (24).

La teoría de las condiciones parte del concepto causal ontológico, y establece una fórmula especial para la comprobación de las relaciones causales, así como para excluir la falta de causalidad. Dicha fórmula es la llamada supresión mental hipotética, lo que significa que una condición es causa, cuando suprimida mentalmente implica al mismo tiempo que se desaparezca el resultado. Vgr. Si se suprime el disparo, no puede producirse el resultado, luego esa condición es una causa.

Dentro de esta teoría causalista se da la posición de la Prohibición de Retroceso, que se entiende perfectamente si se ofrece un ejemplo:

(24) BUSTOS RAMÍREZ Ob cit p. 169.

Vgr.: Miguel Angel atropella con su vehículo y lesiona levemente a Sergio, quien es trasladado a una clínica que, horas más tarde, se incendia y por lo tanto Sergio muere carbonizado. Se podría retrotraer hacia el pasado las condiciones, y llegar entonces a afirmar que es causa de la muerte la acción de Miguel Angel, pero ciertamente con ello se está pasando de un hecho a otro, y eso es lo que se dice que impide la llamada prohibición de retroceso.

En estos casos es necesario decidir frente a las circunstancias, que efectivamente fueron realizadas, siendo este un fundamento para la fundamentación de la prohibición de un retroceso.

El maestro Bustos afirma que se distingue entre procesos causales simples y complejos; los simples se presentan cuando lo único que se puede constatar es la causa y el efecto preciso de esa causa; y los procesos complejos causales, que se dan cuando las condiciones preexistentes no pueden alterar la relación de causalidad, ya que en todo caso el hecho aparecería como causado de una forma natural (BUSTOS MORALES, *ibid* p. 170).

Respecto a la teoría de las condiciones, el maestro Alberto Campos nos dice dentro del tema del causalismo que: "...todo resultado típico, no cabe duda alguna, es un efecto

con relación a una causa, o mejor, a un proceso causal que lo provocó...". (25).

El maestro Campos escribe que al parecer la teoría más acertada es la que sostiene Von Buri y que fue por muchos años sustentada por los tribunales alemanes, es decir, la teoría en trata, que no solamente tiene ese apelativo, sino que también es conocida con el nombre en latín de **CONDITIO SINE QUA NON**.

Afirma nuestro autor que esta teoría es bastante sencilla, ya que arranca del efecto, que ontológicamente siempre tiene una multiplicidad de condiciones causales.

En esto concuerda con Bustos Ramírez: "...aquellas (condiciones causales) que concurren realmente, no como posibles, y que suprimidas mentalmente hacen desaparecer el efecto, con Causas; las demás quedarán como simples condiciones formales, que en nada inciden sustancialmente en el suceso, ya que hipotéticamente suprimidas, en nada alteran el resultado...". (26).

El maestro Luis Carlos Pérez (\*) en su Derecho Penal dice acerca de la teoría de la equivalencia que "...todas las causas productoras, positivas y negativas, directas e indirectas tienen el mismo significado; teoría que en términos

(25) CAMPOS, Alberto. Ob cit p. 108 y s.s.

(26) Idem p. 109

(\*) Nota: Coincide con el maestro Bustos Ramírez en su pensamiento.

distintos, iguala el valor de las causas, concausas, condiciones y ocasiones, para comprometer penalmente a quien las propuso o movilizó. Sin embargo, se agrega, la condición no puede apartarse del resultado. (27).

El maestro Sáinz Cantero opina sobre la CONDICTION SINE QUA NON y afirma que "...la teoría de la equivalencia de las condiciones acepta el principio de la "conditio sine qua non" en toda su amplitud...". "...Es causa de este resultado cualquier condición que no puede ser hipotéticamente suprimida, sin que necesariamente desaparezca también el resultado...". (28).

Afirma que el nexu causal no se rompe ni se quiebra por circunstancias fisiológicas de la víctima, ni por el concurso de otras conductas humanas, maliciosas o no, ya sean de terceros, ya de acontecimientos fortuitos, por extraños que resulten a la voluntad y previsibilidad del autor, según apunta Sáinz Cantero.

(27) FERRAS, Luis Carlos. DELINCUENCIA PENAL (TEORÍA I), Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1987. 2ª Edición p. 144.

(28) SÁINZ CANTERO, José. LECCIONES DE DELINCUENCIA PENAL (Parte General). Editorial Bosch Urquell. Barcelona, España, 1985. 2ª Edición p.

Es importantísimo anotar en este trabajo que los autores están de acuerdo que "los excesos a que esta teoría lleva en el terreno de la causalidad, se corrigen en el área de la culpabilidad, al no considerar responsable al autor, aunque su conducta sea causal del resultado, cuando no lo haya querido (directa o indirectamente) ni lo haya causado imprudencialmente.

Así, con estos autores, tratamos de sintetizar lo que trata de estudiar la teoría causalista de la equivalencia de las condiciones o CONDITIO SINE QUA NON; sin embargo, se dice que aún no está agotada esta teoría y que quedan todavía requisitos que habrán de continuar estudiándose.

Existen otras teorías que hablan acerca de la causalidad de la acción y se advierte que son numerosas. A continuación solamente se enumeran a algunas de ellas y se describirá el perfil que observan estas:

a) Teoría de la equivalencia de causas o de la conditio sine qua non: (síntesis): Von Buri, en 1873 escribe sobre esta. Esta teoría afirma que es causa la totalidad de las condiciones positivas y negativas que producen un fenómeno. Todos los antecedentes del fenómeno tienen un mismo valor; por lo tanto hay completa equivalencia entre causas, concausas, condiciones y ocasiones.

La condición (\*) no puede ser suprimida in mente, sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado.

b) Teoría de la Preponderancia. Teoría elaborada por Binding en la que afirma que nada más tiene relevancia y opera la última condición. (29).

c) Teoría de la Condición más Eficaz. Esta doctrina propone que el valor de la causa que tiene cierta cualidad, sea contada por la reiteración de sus actuaciones. Esto no quiere decir más que es causa la condición que en el choque de fuerzas antagónicas despliega eficacia preponderante. La causa más eficaz no es sino una sola; es irrelevante la influencia de las causas concurrentes y de la participación de varias personas en un delito. (30).

d) La Teoría de la Causa Eficiente o de la Cualidad. Sostiene que la causa está en aquella condición que posee fuerza decisiva sobre el resultado. (31).

e) Teoría de la Causa Próxima. Según esta es causa del resultado la última de las condiciones positivas de un hecho. (32).

(\*) NOTA: Afirmaciones que comparten Carrancá y Rivas, Bustos Ramírez, A. Campos, Sáiz Cantero y otros más.

(29) Binding citado por Carrancá y Rivas. *DERECHO PENAL MEXICANO* p. 295.

(30) Acreditado este ideal brevemente por el maestro CAMARACA Y TRUJILLO en su *DERECHO PENAL MEXICANO* p. 321.

(31) *Ibidem*.

(32) *Ibidem*.

f) Teoría de la Causalidad Adecuada. También reconocida con el adjetivo de causalidad típica. Considera como causa del resultado a "...aquella que, conforme a la experiencia, es adecuada para producir el resultado típico...". (33).

Después de observar algunas teorías acerca de la CAUSALIDAD en la Acción, mencionaremos que en nuestra legislación, el causalismo encuentra algún acomodo al observar que el Código Penal en su artículo décimo cuarto, que dice:

"...si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado, y alguno de ellos comete algún delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito...", es decir, que todos serán la CAUSA DEL RESULTADO, ya que todos habrán cometido el delito distinto. Y sigue diciendo el décimo cuarto "...salvo que concurran los requisitos siguientes:

I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal.

II.- Que aquél no sea consecuencia necesaria o natural de éste, lo de los medios concertados.

(33) BAGNACCI, TRATADO DE DERECHO PENAL, p. 213 y s.s. citado por SALVO CASTRINO Ob cit p. 249.

III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y

IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que, habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo...". De esto se desprende que "...si estos requisitos, concurrentemente, existieren, responderán del nuevo delito sólo aquel o aquellos que lo hubieren cometido o realizado..." (34).

Solamente cuando los delincuentes de verdad sean ajenos a los nuevos delitos, no serán responsables por esto, solo en este caso. Sin embargo, no dejará de existir la causalidad moral de los hechos. Así entendemos el causalismo en la acción del ser humano.

### III) LA ACCION SOCIAL.

Del concepto SOCIAL DE ACCION.- Antes que nada este concepto está regido por el Derecho. Como afirma Maurach es también un concepto causal de Acción. (Citado por Celestino Porta Petit en su TRATADO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL p. 215).

(34) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro. DERECHO PENAL MEXICANO p. 244.

Por su parte, Bustos Ramírez afirma que la teoría de la Acción Social no reviste el carácter de una revisión crítica de la teoría causalista, sino más bien se enlaza con ella. Sigue diciendo que esta sirve de base a una concepción de la tipicidad, que recoge el sentido social de la Acción, es decir, la comprensión cultura, la influencia del medio ambiente, esto es, los elementos normativos, el cuidado objetivo en la imprudencia.

Eberhard Schmidt, considerado el fundador de esta posición, advierte el carácter social de la acción con un pasaje bíblico que es el siguiente: "...Mientras Adán permaneció solo en el paraíso -desgraciadamente sólo muy corto tiempo- no había oportunidad de ver sus expresiones vitales bajo la problemática...", y además agrega "...lo que nosotros comprendemos como Acción, recibe su sentido determinante -justamente para cualquier clase de valoración jurídica. de cómo es "entendida" desde un punto de vista social objetivo". Para terminar, afirma "...Para la comunidad social, las acciones se presentan como unidades de sentido social funcional, que han de ser "entendidas" primeramente como son concebidas, según las concepciones, experiencias, costumbres de la vida social...".

(35).

(35) E. Schmidt, creador de la ACCIÓN SOCIAL, citado por BUSTOS RAMÍREZ, Ob cit p. 163.

Diremos que una de las principales funciones del tema de la Acción Social es "asumir todo lo que es relevante jurídico-penalmente, tanto el hacer como el omitir".

Sobre esta teoría de la Acción Social, el maestro Sáinz Cantero explica que "...lo que de la Acción importa al Derecho Penal no es que produzca una modificación en el mundo externo, físico, natural, o que sea actividad final, sino que implique una relación valorativa con el mundo social, que produzca consecuencias socialmente relevantes...". (36).

Así mismo dice que "...el Derecho no puede contrariar la naturaleza de las cosas -debe ser configurado de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales...". (37).

La extensión debe de alcanzar a comprender, es decir, abarcar, la producción querida como la no querida de los resultados, solo basta con que la causa o el producir, sean meramente voluntarios.

Así entendida la Acción, será entonces una realización, un actuar, pero con la característica de la

(36) SÁINZ CANTERO, ob cit p. 240 y 241.

(37) Ídem.

voluntariedad del hombre. Desde el punto de vista de los socialistas (en tratándose de Acción Social), esta teoría siempre presta mejores servicios al Derecho Penal que la causalista y la finalista. (Consultar a Sáinz Cantero @ cit p. 241).

Wessels anota en concordancia con los dos anteriores criterios que: "...la conducta socialmente relevante dominada por la voluntad humana o que ésta puede dominar...". (38).

Este concepto se refiere a la voluntad de actuación del sujeto, a la realización de las conductas y a las realidades del ser u ontológicas, ofrece la posibilidad de captar el sentido de esta Acción Social, considerando el fin que el autor se ha propuesto (\*).

Aquí es el resultado lo importante, careciendo de relevancia jurídica si las consecuencias fueron deseadas o no lo fueron, basta y sobra por haberse cometido un ilícito en el ámbito social, para que la Acción sea valorada.

(38) WESSELS, Johannes. DERECHO PENAL (Parte General), Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1980. 6ª Edición p. 25.

(\*) NOTA: A nuestra forma de ver se anula a la Acción Finalista, ya que lo que aquí interesa principalmente es la comisión del ilícito como tal.

Por su parte Eugenio Zaffaroni apunta que esta teoría tiene relevancia, por cuanto que no cualquier acción puede ser materia del Derecho Penal, sino aquellas que tienen sentido social, es decir, que trasciendan a terceros que forman parte del interaccionar humano.

Aquí "no es acción lo que no trasciende al individuo" (39) y además de "no ser hechos socialmente perturbadores".

En definitiva, lo que esta teoría hace, según explica Eugenio Zaffaroni es "...plantear problemas de tipicidad a nivel pre-típico, discurrir (reflexionar sobre la materia) que termina ineludiblemente en que el concepto de conducta se elabora conforme a los requisitos típicos...". (40).

Respecto a la teoría de la Acción Social podemos concluir lo siguiente: El concepto social de la conducta no es único, sino que hay varios, como ya hemos visto. Parecía ser que el único carácter común a sus diversas formulaciones es la RELEVANCIA SOCIAL. Sin embargo, con esto se dice muy poco o casi nada.

(39) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Cárdenas, Editor y Distribuidor. México, 1984. s/e p. 373 y s.s.

(40) Ídem p. 374.

Ya que esta teoría es nebulosa, siempre el autor que la escoge acaba por adoptar a la causalista o a la finalista, por las estructuras que manejan, y no puede ser de otra manera porque es una teoría muy tenue y que se forma en función de requerimientos de los diversos tipos penales existentes. Introduce en su estructura problemas propios de la tipicidad, y además recibe una fuerte crítica de parte del finalismo que en su oportunidad veremos.

#### IV) LA ACCION FINAL

Este cuarto punto del capítulo primero, sentimos que es el punto de más relevancia del trabajo que estamos realizando.

La teoría finalista de la acción es una teoría de gran importancia, ya que representa para el causalismo una posición un tanto antagónica para la integración de la culpabilidad.

En este tema, trataremos desde los orígenes del finalismo, así como las diversas facetas que los autores otorgan sobre la misma, con la intención de poder estar en la posibilidad de que una vez hecha comparación con la teoría causalista, e incluso con la social, ofrezcamos una postura de

síntesis que nos lleve a determinar el cómo debe aplicarse una y otra teoría, así como cuál es continente de uno de los fines del Derecho que es la Justicia.

Una vez hecha esta breve reflexión, ahondaremos más en la teoría que es la que lleva por nombre este trabajo: LA TEORIA DE LA ACCION FINAL.

El jurista don Eugenio Zaffaroni en su TRATADO DE DERECHO PENAL, que es un tratado superior de la parte general del Derecho penal, advierte cuáles son los orígenes de la teoría finalista.

Así, con atinada reverencia, cita al autor que fue retomador de la misma, y que es el genio jurista alemán HANS WELZEL. El maestro don Eugenio Zaffaroni hace alusión sobre varios puntos de importancia acerca de la teoría de la Acción Finalista, citando entre otros puntos los siguientes:

"...voluntad final es una expresión tautológica...",  
"...origen y evolución del finalismo...", "...voluntad y deseo...", etcétera.

Por el momento tomaremos las frases e ideas de Zaffaroni a efecto de iniciar la teoría de la acción finalista.

## ORIGEN Y EVOLUCION DEL FINALISMO.

La concepción finalista de la acción se inicia en nuestra ciencia con el maestro alemán HANS WELZEL. Los antecedentes de esta concepción pueden remontarse claramente hacia el docto Aristóteles, tal y como el mismo maestro Hans Welzel lo reconoce en su "DERECHO PENAL".

La ideología de Aristóteles, sabio lógico, estaba en la no concepción de ninguna conducta voluntaria que no fuese encaminada a un resultado finalístico. Consiguientemente, para Aristóteles eran voluntarios los actos que para nosotros serían inculpables, con lo que distinguía adecuadamente la voluntad de la culpabilidad en la realización de actos injustos. De lo anterior desprendieron ideas dependientes de esta misma, así como por ejemplo que la idea central de un sistema no es el causalismo sino la finalidad con la que se actúa, lo que precisamente fue la distinción entre la naturaleza como hecho y la naturaleza como razón, lo que significa que el hombre debe buscar su fin y procurar alcanzarlo, con lo que resulta la finalidad opuesta a la causalidad (Comentarios de Eugenio Raffaroni en su TOMANDO DE DERECHO PENAL p. 67).

Santo Tomás también completaba su pensamiento indicando que quien quiere los fines debe querer los medios para alcanzarlos (41).

Aquí están comprendidos los fundamentos de la teoría de la acción finalista de la acción que posteriormente desarrolla el maestro alemán.(\*).

Este es pues el origen aristotélico de la teoría, de la que el alemán Welzel retomó. También dentro de otra gran doctrina medieval se encuentran antecedentes del finalismo.

Así tenemos la doctrina de la imputación de Duns Escoto, quien afirma que la misma importa dos relaciones: "...una, al poder o dominio del agente; otra, a algo correspondiente, según justicia del acto, o al agente por el acto.

La segunda relación sigue a la primera, porque el agente es señor de su acto, se debe algo a su acto, y a él por su acto. La primera relación que supone la imputación escotista (ad potestatem vel dominium agentis) es el dominio del hecho, de cuño aristotélico...". (42).

(41) Santo Tomás, citado por Eugenio Zaffaroni en su obra TRATADO DE DERECHO PENAL, p. 67.

(\*) Para entender mejor esta teoría consultar Welzel en su Derecho Penal Alemán.

(42) Ibidem.

Aquí se empieza a entrever el inicio del pensamiento desarrollado por la finalidad de Welzel. Esta teoría dice el profesor Zaffaroni que en síntesis se puede afirmar que el finalismo ha ganado su batalla en el orden sistemático, aunque se le pretenda negar su punto de partida, es decir, la vinculación del legislador a la estructura óntica (\*) de la conducta humana.

Esta teoría ha sido aceptada no solamente en la Alemania, sino que también ha tenido acogida en otros países como son entre otros Italia, que suscitó una grande polémica; España, quien toma la postura para desarrollo de trabajos serios e importantes; Japón, en donde tiene partidarios decididos; Austria, en donde tiene distinguidos defensores; Chile, donde a pesar de algunos problemas se han elaborado esquemas de la teoría del delito, conforme al finalismo; en México, se ha elaborado un método lógico formal de la teoría del delito, que presenta similitudes con el finalismo, al menos en cuanto a la ubicación del dolo en el injusto; en Brasil se está adoptando con mayor asiduidad, lo que significa que la teoría de la acción finalista tiene ya perfectamente basificada su razón de ser.

(\*) Nota: Ontico, entendido como parte de la ciencia metafísica que trata del estudio del ser humano en general, y de sus propiedades trascendentales.

El maestro Hans Welzel nos dice que "...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 su plan, a la consecución de estos fines..." (43).

Este es el inicio del cómo explica Welzel la teoría que desarrolla (\*).

Otro concepto es "conforme a su plan" que es el iter seleccionado para llegar a su conclusión de resultados. "Consecuencia de estos fines", el agente activo del delito siempre sabe cuáles son las consecuencias que trae aparejada cierta conducta, por lo que se entiende que en la mayor de las veces no las ignora.

Estas breves reflexiones a nuestro parecer son el centro de la explicación de la teoría.

(43) WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALMAN. Cárdenas Editor y Distribuidor. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1967. 12ª Edición Castellana, p. 53 y s.s.

(\*) NOTA: En este breve párrafo, que aún cuando parece breve, tiene en nuestro concepto la mayor parte de la teoría finalista en su interior, es constante de grandes conceptos que sin abanderar en ellos, grosso modo dejan entreverlos, y así dar un mayor apoyo a las ideas que la teoría impone. Dentro de estos conceptos están por ejemplo "saber causal": este saber causal por supuesto entendido desde el entorno que plantea la teoría, significa que el hombre quiere y desea un algo, y que para obtener ese algo se conmueve de la conducta que realiza para la obtención de su objetivo. Lo que significa que no le es desconocida la conducta que deberá de llevar a cabo para lograr su meta.

El hombre puede "prever dentro de ciertos límites" sentinas que esos límites son los que su voluntad (para actuar) le confiere, y no más allá de esta voluntad. Otro concepto que maneja Welzel es "dirigir su actividad", que es resumir su conciencia plena a lo que desea lograr.

En contraste con el causalismo, la finalidad siempre es vidente, según Aristóteles, y según el autor alemán, ya que se deduce que, el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que solo es la resultante causal de componentes causales existentes. (44).

La finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, como lo habíamos apuntado; así entonces se entiende que el sujeto tiene la voluntad conciente del fin, que rige el acontecer causal, y es la columna vertebral de la acción final.

Esta voluntad es el acontecer causal exterior, y por virtud de esto se convierte en una acción dirigida finalmente. La voluntad final pertenece a la acción como factor integrante, ya que configura el acontecer exterior.

La dirección final se lleva a cabo en dos etapas que son, la primera, que transcurre en la esfera del pensamiento, y la segunda, en el mundo real, tal y como explica Welzel en su DERECHO PENAL ALEMÁN. Etapas que caracterizan nuevamente a la acción finalística.

(44) El maestro Welzel apunta estas ideas en su DERECHO PENAL ALEMÁN, al igual que otros autores como JUSTOS RAMÍREZ en su MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL, rebastaciando poco a poco esta corriente.

"...La estructura final del actuar humano, es necesariamente constitutiva para las normas de Derecho Penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino solo a acciones, que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas solo pueden mandar o prohibir una conducta final...". (45).

En suma de lo antes dicho, el maestro Johannes Wessels en su DERECHO PENAL, manifiesta de acuerdo a sus palabras que "...Toda investigación penal procura establecer, ante todo, si un suceso determinado realiza las características de un hecho punible, y si se lo debe imputar a una persona determinada como obra en su libro "voluntad"...". (46).

Respecto al tema, el maestro Alberto Campos manifiesta que "...podemos decir así que es la exteriorización de la voluntad...", "...es movilización animadamente dirigida a...". (47).

(45) WESSELS, Hans. Ob cit p. 59.

(46) WESSELS, Johannes. DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Duplais, Buenos Aires, Argentina, 1960 6ª Edición p. 19.

(47) CAMPOS, Alberto A. DERECHO PENAL. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1967. 2ª Edición actualizada p. 68.

Lo original de la postura del finalismo de Welzel es que permite, con comodidad, centrar en su concepto el problema del dolo y de la culpa, no como contenidos analizables, a través del elemento de la culpabilidad, de difícil entendimiento, sino referido concretamente al tipo subjetivo.

De esta manera, al examinar si hay acción o no, debemos determinar si hubo dirección final. Y si la hubo, hacia dónde iba dirigida; si a la concreción (acumulación) del resultado típico o, si no, a la acumulación de un resultado que extrabasando los límites propuestos, ocasiona también un resultado típico, no previsto, pero que debió preverse.

De la prueba de si tal acción fue dolosa o culposa, dependerá luego el juicio de reproche (juicio de culpabilidad), que el juez practique para considerar, en definitiva, la sanción a aplicar.

Pero el análisis anticipado de la dirección final de la acción, permitirá con mayor soltura entrar en el problema de la tipicidad y de la antijuridicidad, sin perjuicios de objetividad o subjetividad simples.

Las críticas generalizadas a esta teoría se encuentran cifradas principalmente dentro de la culpabilidad, donde materialmente no puede decirse bajo ningún concepto que

el responsable haya querido el resultado típico que produjo, ya que el jurista se pregunta ¿dónde encuentra el finalismo el fin en este tipo de acciones culposas?. El maestro Welzel trata de salir adelante ante esta pregunta, y menciona que en los medios empleados, y para aclarar esto, Welzel manifiesta que existen dos etapas que ya habíamos referido, que son:

a) La etapa del pensamiento, que lleva inmersas las siguientes premisas:

- 1.- Como una propuesta del fin a realizar.
- 2.- Con una selección de medios para ello.
- 3.- Con la consideración de efectos concomitantes, y

b) En la esfera de la exteriorización o manifestación de la voluntad (48).

Dentro de la primera, en el pensamiento, en la elección de medios, es donde el individuo, que domina con su conocimiento la causalidad del mundo natural, retrocede desde el fin propuesto, y busca los factores causales, también puede producir efectos secundarios no queridos, en cuyo caso, y si son los que provocan efectos que el sujeto no previó que se producirían, debiendo haberlo hecho (causas culposas), incurrirá en responsabilidad culposa, sin dejar por ello de ser

(48) WELZEL, *ibid* cit p. 56 y s.s.

la acción productora del resultado típico de carácter final, porque su voluntad de realización en los medios empleados fue tal, y no ciega, sino perfectamente vidente. (\*).

Esta es una de las grandes críticas que los autores revierten a la teoría finalista de la acción, y es precisamente la culpabilidad de la comisión de los injustos.

Aquí la voluntad no dejó, para Welzel, de poseer un contenido final, porque el resultado no sea típico. Y dice el maestro Alberto Campos, que "...la presión típica de la variante dolosa o culposa, hace que analicemos aquella acción, o el contenido de voluntad de la misma, a las luces de la teoría del dolo o la culpa, según sea el caso..." (49).

También aclara el maestro Campos lo siguiente que nos parece fundamental en el estudio de la acción, y es esta frase: "...El dolo y la culpa son del tipo, no de la acción: de esta (de la acción) es la voluntad final, o intención..." (50)

Respecto a esto anteriormente citado, el maestro Bacigalupo afirma que el dolo y la culpa siempre ser n tratados en el tipo penal.

(\*) NOTA: Aquí en esta posición de Welzel explicada por algunos maestros, nos parece que la idea de querer abarcar a los delitos culposos es amplia. Al parecer Welzel quiere atraer al campo de los delitos cometidos con dolo a los de culpa, ya que cuando estos se presentan siempre, son medios para los fines que el sujeto quiso practicar su conducta.

(49) CAMPOS, Alberto. Ob cit p. 104.

(50) Ídem.

Lo que se analiza en la acción finalística es si existió una manifestación exterior de voluntad, y el contenido de esta manifestación, si respondió al fin propuesto o a la representación de su acumulación como probable, o a la falta de previsión del resultado, como posible.

Nos bastará saber que tanto en la comisión como en la omisión, sea dolosa o culposa, estaremos siempre frente a una voluntad que dirige, y que se orienta hacia una meta.

Siempre nos apoyan maestros, en este caso el maestro Bacigalupo afirma respecto a la teoría que "...exteriormente la teoría finalista se caracterizó por un concepto de acción basado en la dirección del comportamiento del autor, a un fin por este prefijado...". (51).

El maestro Bacigalupo apunta sobre la finalidad que la voluntad siempre va al resultado; en los delitos dolosos siempre hay la causación de un resultado y además un conocimiento de los hechos; y en los delitos de culpa existe una infracción al deber objetivo del sujeto de conducirse con diligencia, pero que en la comisión de ambos delitos también existe una cierta capacidad de culpa y el conocimiento de lo antijurídico. (52).

(51) BACIGALUPO, Enrique. MANUAL DE DERECHO PENAL (Parte General) Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989. s/e p. 71.

(52) *Id* cit p. 72.

Por su parte el maestro Juan Bustos Ramírez manifiesta que en este tipo de acción "lo que se valora es justamente la acción dolosa" (53).

Esto implica que lo primero que se considera es la acción y su contenido el dolo o la culpa, pues son la base para el deber ser y solo posteriormente se determinará si tenía o no la capacidad para obrar de otra manera, que es el problema de la culpabilidad.

"...la teoría finalista emprende, pues, la tarea no solo de superar el causalismo valorativo, sino también las posiciones críticas, pero imperfectas como sistema, que habían surgido en contra de aquel esquema del delito...". (54).

La acción final confiere la base subjetiva a lo injusto, el dolo necesariamente ha de pertenecer a la tipicidad, pues recoge justamente esa estructura final de la acción, y de este modo los elementos subjetivos se engranan fácilmente en el tipo o en las causas de justificación, pues tienen por base esa estructura final de la Acción.

(53) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob cit p. 164.

(54) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob cit p. 164 y s.s.

Un punto importante de aclarar es el siguiente: La acción por sí no dice absolutamente nada al Derecho Penal, es el bien jurídico el que permite que una determinada acción aparezca como relevante para este Derecho. Ya que desde el bien jurídico se determinan por medio de las normas, los comportamientos prohibidos o mandados a que hacemos alusión en párrafos anteriores, luego entonces se dice que el comportamiento (acción u omisión) interesa en la medida en que puede ser atribuido, en consideración al bien jurídico a un tipo determinado (tipicidad).

Lo que interesa es un comportamiento concreto, que es el comportamiento típico. Por esto, el concepto fundamental y vinculante para el injusto, no es la acción sino el bien jurídico, y el primer aspecto a considerar, dentro del injusto, tampoco es la acción sino la tipicidad (BUSTOS RAMIREZ), razonamiento que lleva en sí una gran pincelada de racionalismo.

De esto se puede inferir que el simple caso fortuito (y otros excluyentes de responsabilidad) no interesa al penalista. Solo interesarán siempre que estén vinculados con un fallo humano (HASSEMER).

El concepto de acción es solo elemental y solo sirve para separar, desde un inicio, de la comprobación de la

punibilidad todo aquello que es irrelevante, desde el punto de vista jurídico-penal, lo que desde ningún punto de vista es controlable para persona alguna (HASSMER).

La acción será entonces como Kaufmann anota: "...fuente reconocida de todas las modificaciones en el mundo del Derecho...". (55).

Así mismo afirma nuestro autor que "...la acción, tanto en el ámbito del Derecho, como fuera de él, es voluntad humana realizada...". (56).

Lo anterior es enteramente apoyado por Mezger en su doctrina.

"El concepto de Acción Jurídico-Penal desarrollado precedentemente, es un concepto final. En efecto, es una condición del mismo, la de ser un acto de voluntad dirigido a un fin y a una meta, y esta dirección hacia una meta, es, como tal, con arreglo a su esencia, de naturaleza finalista. Tiende hacia un movimiento corporal determinado y a ulteriores resultados ocasionados por el mismo...". (57).

(55) KAUFMANN, Armin. TEORÍA DE LAS NORMAS. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1977. s/e. p. 31.

(56) *Ibidem*.

(57) MEZGER, Edmund. DERECHO PENAL (Parte General). Cárdenas Editor y Distribuidor. México. s/e 6ª edición p. 90.

EL FUNDAMENTO DE LA ACCION.- Es un querer del agente. Pero el querer señala el acto particular de la voluntad, o sea, un acto interno, psíquico, en virtud del cual el agente se coloca asimismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado.

Con otras palabras: la esencia de la acción consiste en gobernar el suceso externo con un acto interno, psíquico, que anticipa, en la representación interna, la marcha de los acontecimientos externos causales, y los determina de tal manera en su curso futuro. (NEZGER).

Luis Carlos Pérez dice sobre el finalismo: "...la finalidad se basa en que el hombre, gracias al conocimiento de los hechos y de sus causas, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, conforme a su plan, previsión que alcanza también la consecución de los mismos fines".

"Ese conocimiento de las causas puede dirigir los distintos momentos de su actividad orientada en el sentido acordado. Actividad final es un obrar dirigido conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está encauzado desde el fin, sino que es la resultante causal de los compromisos causales existentes en cada caso".

"Por eso, la finalidad es, dicho en forma gráfica, vidente, y la causalidad es ciega". (58).

Con lo anterior se explica que el sujeto activo siempre se propone un fin, anticipo que representa en la esfera del pensamiento (tal y como lo señala Welzel), de donde parte a la selección de los medios destinados a conseguirlo, y también a la consideración de efectos concomitantes que van ligados a los factores causales, pero, a diferencia del objetivo que persigue, desea evitar estos efectos concomitantes, lo que es acompañar a una cosa u obrar juntamente con ella.

RESPECTO A LA DENOMINACION, el maestro Eugenio Zaffaroni, nos explica que para que haya conducta, es menester que la misma sea voluntaria; esto significa que la conducta implica voluntad.

Así pues, pensamos que después de recorrer esta teoría de la Acción Finalista, estamos ya en el entendido de la postura que trata de manejar, así como de entender su tesis, que más acertadamente menciona su autor en su obra DERECHO PENAL ALEMÁN, que es del tenor literal siguiente:

(58) PEREZ, Luis Carlos. DERECHO PENAL (Tomo I), Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1987. 2ª Edición p. 340.

"...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 su plan, a la consecución de estos 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. Actividad final es un obrar orientado concientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso...". (59).

(59) WELZEL, Hans. Ob cit p. 53.

## CAPITULO SEGUNDO

### I. CONCEPTO DE ACCION

Cuando el estudiante y el estudioso del Derecho, tienen la necesidad de aplicar sus conocimientos a este tema, la mayoría de las veces encuentra obstáculos en el camino, que le impiden observar con claridad la significación exacta del término.

Nosotros, no somos la excepción. Al instante de tomar entre nuestras manos el término de "Acción Finalista", lo primero que se nos viene a la mente es: ¿Qué es la Acción?, ¿Cuál es su definición?, ¿Para qué nos sirve?, etcétera, y así un sin fin de preguntas que nos agobian.

Por esto, para saber y tener bien claro lo que es "Acción Final", lo primero es dejar preciso qué es la Acción. Definirla y entenderla.

Para poder hacer lo referido, siempre es bueno acercarse a todas las fuentes factibles; así, tenemos por ejemplo, desde el sencillo y elemental diccionario gramatical, el diccionario jurídico, que es ya especializado, hasta llegar a los tomos de la materia y leerlos, con el fin de desentrañar su significado, y esclarecerlo.

Una vez hecho esto, se tiene ya una visión panorámica del término, y con estos elementos entender mejor el título principalísimo del presente estudio.

Así, el Diccionario Ideológico de la Lengua Española, Julio Cásares, de la Real Academia Española, dice en su definición de "Acción", y se refiere a ella como:

"Operación de una fuerza o potencia. Resultado de esta operación.//Efecto de hacer.//Actitud, ademán.//Gestos y movimientos con que la persona que habla da mayor expresión a lo que dice.//Poder o posibilidad de ejecutar alguna cosa.//Energía con que actúa un agente.//Derecho a pedir alguna cosa en juicio.//Modo legal de ejercitar este derecho.//Batalla.//Combate entre fuerzas poco numerosas.//En el teatro, en la novela y otros géneros, serie de hechos encadenados que forman el contenido de la obra.//De guerra. Batalla.//Mala acción. Fechoría, maldad, mala pasada.//Coger o ganar a uno la acción. Anticiparse a sus propósitos."

Así, de esta forma iniciamos nuestro "Concepto" de Acción, con significaciones puramente gramaticales, que nos sirven para irnos encausando por el río del razonamiento, mismo que poco a poco, nos dará un criterio certero de lo que buscamos.

El maestro don Guillermo Cabanellas, en su "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", nos dice que:

"Actio es un vocablo latino de enorme importancia jurídica, sobre todo en lo procesal. En la acepción general, acción o hecho. Precisamente "Acción" o la fórmula abreviada de sufijo como "ción", posee el sentido de actuación en numerosas voces castellanas, como clasificación, que quiere decir acción de clasificar. Idiomáticamente, el nexa se advierte mejor, en términos como contracción y distracción, provenientes de los substantivos latinos "contractio" y "distractio".

"En cuanto a lo procesal, el maestro Cabanellas dice: "Como acción judicial, se incluye a continuación un amplio repertorio de las principales fórmulas conocidas y articuladas, en las diversas fases del procedimiento romano, pero no sin agregar antes que actio se dijo también, en los primeros tiempos del cristianismo, por misa. El plural es "acciones", donde también se incluyen algunas variedades impuestas por la denominación pluralizada. En este enfoque resulta de mayor interés técnico reproducir la definición inserta en la Instituta y en el Digesto: "Actio nihil aliud est quam jus persecuendi in iudicio quod sibi debetur". (La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se

le debe). Definición, esta última, un poco más clara para el estudio jurídico que nos ocupa". (60)

Tenemos entre otros diccionarios especializados, el editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Máxima Casa de Estudios de México, y sobre la Acción, apunta:

"Acción". (Del latín actio, movimiento, actividad, acusación). "Si bien, dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante, y que le otorga un sentido propio, es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

Continúa diciendo este apuntamiento algunas otras posturas sobre lo que es la Actio; así menciona que "la acción procesal tiene orígenes remotos. En Roma se le estudia dentro de diversos periodos del procedimiento civil romano. Vgr.: En la época de acciones de la ley, en que ésta se consideraba como declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales que el particular pronuncia y realiza, cual si fuera una pequeña ficción dramática, como es el teatro.

(60) CARRERAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. (Tomo II). Argentina 1981. 20ª Edición.

Esto se hacía por lo general ante el Magistrado, con el fin de proclamar un derecho que se le discute, o de realizar un derecho plenamente reconocido. De esto que las acciones se dividieron en declarativas y ejecutivas".

En el periodo formulario, las fórmulas antes mencionadas se divulgan para ser adaptadas a las necesidades del pueblo romano. De todo esto, surge en esta época una definición por idea de Celso, que es la más longeva y de mayor impacto y permanencia en las definiciones de "Acción", procesalmente hablando, así es que Acción la define Celso como: *Nihil aliud actio, quam ius quod sibi debeat judicio persecuendi*, que es "El derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe", como ya habíamos mencionado.

Esta clásica definición otorgada por Celso, ha sido siempre atacada por estudiosos del Derecho, ya que generalmente llegan a afirmar que esta es obsoleta, así como unas legislaciones atrasadas la toman como base de sus argumentaciones y comentarios; sin embargo la siguen conservando.

Esta definición es objetada, como ya decíamos, por cuestión de su parte que señala: "Lo que se nos debe", ya que en esta deuda, no se involucraban o mezclaban a los derechos reales, objeción que pretendió eludir el fundador de la Escuela

Histórica del Derecho, Federico Carlos de Savigny, al recordar que sí se introdujeron en el derecho romano algunas acciones a las que se les distinguía con el nombre de petitio, observaciones que más tarde los glosadores eliminan, al agregar a la definición las palabras: "Lo que se nos debe o lo que nos pertenece".

Una de las corrientes mas difundidas sobre la naturaleza jurídica de la acción procesal, es la doctrina tradicional, que tiene entre sus destacados sostenedores a Federico Carlos de Savigny, el que estima a la acción como "El derecho que nace de la violación de un derecho subjetivo, y como el ejercicio del derecho material mismo, al argumentar que, si no existe un derecho sustancial, no puede haber su violación, y si esta no existe, el Derecho no puede revestir la forma especial de una acción."

Para el jurista Windscheid, la actio "era el derecho material que con su violación adquiere una fase que es la pretensión también llamada ANSPRUCH, entendida como la afirmación de que uno es titular de un derecho". La acción significa tener una pretensión reconocida por el derecho, es un derecho a la eliminación de la violación.

Este autor alemán sostiene que el hablar de la acción es hablar de un derecho, toda vez que esta pertenece al derecho adjetivo, y nunca al sustantivo.

Creando gran polémica con el alemán, llega Müther, quien con sus argumentos se considera como iniciador de la doctrina denominada "De la autonomía de la acción".

Para Müther, con la violación del Derecho, el lesionado no tiene una pretensión particular a la eliminación de esa violación, sino un derecho público, dada la prohibición de la autotutela, pero si tiene derecho a la concesión de la tutela del Estado (la Acción) que es un derecho autónomo, para obtener una sentencia favorable. El Estado tiene el derecho público a la eliminación de la violación contra el violador (infractor) mismo. Luego, acción y derecho sustancial no son idénticos, pues sus obligados son distintos.

Wach aduce que la acción se dirige al Estado y contra el adversario, procurando la tutela estatal, aunque no puede ser ejercida por cualquiera; de allí que se alude una teoría de la acción como un derecho concreto a la tutela jurídica, por medio de una sentencia favorable.

Plotz y Degenkolb apuntan la idea de la autonomía de la acción, afirmando que esta "es un derecho abstracto de todo

sujeto hacia el Estado, para ser oído en vía legal, que emana del proceso, y mediante el proceso se desenvuelve como un derecho a la sentencia".

Sigue anotando el diccionario ocupado que:

"Muchas exposiciones han intentado fundamentar la naturaleza jurídica de la acción procesal, pero al parecer, sin éxito". Así describen:

Chiovenda: derecho autónomo potestativo.

Köhler: derecho de personalidad.

Couture: una forma del derecho constitucional de petición.

Kelaan: que sobrepone la acción al derecho subjetivo; si no hay acción no hay derecho sustancial.

Coviello: facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho con dos estados: potencialidad y actuación.

Carnelutti, H. Rocco, A. Rocco y Calamandrei: apoyan las más modernas concepciones de acción, pensando en ella como "un derecho abstracto de obrar procesal de carácter público, cívico, autónomo, para pretender la intervención gubernamental, a través de la prestación de la actividad jurisdiccional, y lograr una justa composición del litigio planteado". (61).

(61) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M.- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Editorial Porrúa, S.A. y U.N.A.M., México 1967. 2ª Edición revisada y aumentada, p. 31 a 33.

El diccionario de derecho de los maestros De Pina, tiene entre su contenido algunas interesantes definiciones de nuestro tema. Así por ejemplo dice:

"Acción Directa es aquella que se otorga al acreedor para que actúe en nombre propio contra el deudor de su obligación, y en virtud de la cual puede obtener el cobro de lo que éste le debe".

"Acción Penal es poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal, para el conocimiento de una determinada relación de derecho penal, y obtener su definición mediante la sentencia (Florian) (62). El ejercicio de la acción penal constituye en México un monopolio del Ministerio Público".

"Acción Procesal es la facultad de los particulares y poder del Ministerio Público de promover la actividad de un órgano jurisdiccional, y mantenerla en ejercicio hasta lograr que éste cumpla su función característica, en relación con el caso concreto que se le haya planteado".

(62) Citado por DE PINA VARGA, Rafael y otro en su DICCIONARIO DE DERECHO, Editorial Porrúa, S.A. México, 1991. 17ª Edición.

La acción procesal se traduce en la posibilidad legal de realizar actos procesales, conferida a los particulares (exceptuando de esto a la acción penal), en interés propio, y en la obligación de realizarlos, impuesta al Ministerio Público, en los casos señalados por el legislador.

La prohibición de la autodefensa (señalada implícitamente en nuestra Carta Magna) en el Estado moderno, va aparejada al reconocimiento al particular del derecho de acción, para la tutela de su patrimonio (bienestar) jurídico, todo esto con el fin de mantener el desarrollo normal de la vida en sociedad.

En líneas descritas en el diccionario que nos ocupa, se menciona con claridad perfecta que el tema de la Acción es objeto de gran preocupación para tratadistas aún contemporáneos, así como decir claramente también que, en torno al mismo, existen todavía considerables lagunas, que la doctrina no ha podido cubrir. Así es que no se puede hablar actualmente de una teoría de la acción, sino de teorías sobre la acción.

Por su parte, y respecto al tema que nos ocupa, el estudiante de Derecho recibe en sus primeras clases, otra idea de lo que es la Acción. Así, los maestros en sus clases de Introducción al Estudio del Derecho, enseñan temas como son

entre otros, los "conceptos jurídicos fundamentales", que son conceptos que se aplican a todas las ramas del Derecho, ya que son de índole general.

El maestro don Eduardo García Maynez, define a estos conceptos como "las categorías o nociones irreductibles, en cuya ausencia resultaría imposible entender un orden jurídico cualquiera". (63).

Por tanto tenemos que, dentro de todos los conceptos jurídicos (Personas -físicas y morales o jurídico-colectivas-, Estado, Coacción, Acción; Supuesto jurídico, Hecho y Acto Jurídico, Derechos subjetivos, Deber jurídico y Sanción), se encuentra enclavado el concepto de la Acción.

Y para ser más preciso, está en la clasificación de los conceptos jurídicos fundamentales de carácter material. Una vez que ya hemos ubicado a la Acción en este punto, brevemente describiremos lo que el maestro Peniche Bolio escribe sobre el mismo.

(63) Don Eduardo García Maynez, citado por PENICHE BOLIO, Francisco, en su INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL SUJETO. Editorial Porrúa, S.A. México, 1946, 8ª Edición p. 92.

"Acción: No podría surgir la ejecución forzada de una sentencia con el fin de obtener el cumplimiento del deber jurídico incumplido, si no existiera previamente el proceso jurisdiccional que arranca con el ejercicio del Derecho de Acción". (64).

"Así relaciona el maestro Peniche Bolio acción, con el maestro García Maynez, ya que éste insuperable maestro define al Derecho de Acción como "La facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales, la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sean con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya el de declarar la existencia de una obligación, y en caso necesario, hacerla efectiva". (65).

Después de esta anterior postura, el maestro Peniche trata de afirmar que el Derecho de Acción es como un Derecho autónomo y no como dependiente de un derecho subjetivo, o de persona, ya que advierte que técnicamente hablando, tanto es Acción la que ejercita el actor al demandar, como la que ejercita el demandado al contestar, porque ambas van dirigidas

(64) PENICHE BOLIO, Francisco. Ob cit. p 141 y s.s.

(65) García Maynez citado por PENICHE BOLIO, Francisco. Ob cit. p. 142

al Estado, uno demandando del mismo la obtención de una supuesta prestación, y la del otro, demandando del mismo la absolución a la prestación pretendida.

Así vemos que el maestro Peniche y el maestro García Maynez nos amplían el panorama de lo que puede ser un concepto de nuestro tema, si estudiásemos la Acción como una figura procesal.

Por su parte, y para finalizar con las diversas acepciones que tiene la palabra Acción procesal, el maestro Colín Sánchez se refiere a ésta, comentando:

"Para que un proceso se manifieste como un algo dinámico, es indispensable que un impulso lo provoque, y este es la Acción Penal. La Acción Penal (ya más precisadamente) está ligada al proceso, ya que es la fuerza que lo genera, y lo hace llegar hasta un lugar determinado".

Afirma el maestro Colín, así como otros tratadistas, que este es uno de los conceptos más discutidos en la materia procesal; y como no, si además el tema de la Acción, lo podemos desmenuzar en Acción en lato (amplio) y en stricto (estricto) sensu, cosa que se verá poco más adelante en este trabajo, únicamente que ya no refiriéndonos a ésta desde un punto de vista procesal, sino como un medio de la conducta.

Antes de pasar al fin de este punto, nos parece adecuado señalar que estas definiciones de Acción no son las únicas, ni las más relevantes dentro del Derecho, sino al contrario; existen un sin fin de estas en la doctrina jurídica.

Lo que se señaló aquí son los conceptos más elementales que encontramos en parte de esta doctrina, y por qué no, son los conceptos que a nosotros mismos nos iniciaron a forjar en el área jurídica. Espero, si quisiéramos hallar más definiciones, por supuesto las hallaríamos, y las anotaríamos en este trabajo, solo que, a nuestra forma de ver, éstas son las más importantes para la comprensión del tema de acción procesal.

Así, el maestro don Celestino Porte Petit en su libro "Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal", señala gran número de definiciones ya sintetizadas.

Aún cuando hemos concluido este punto, que es el llamado "Concepto de Acción", sentimos que no estamos todavía en posibilidad de dejar o sentar bases que nos permitan definir correctísimamente lo que ésta es o constituye.

Entrando al concepto o ideas de Acción relevantes para el estudio de la Acción Finalista, diversos autores nos proporcionan sus afirmaciones.

Así Francisco Antolísei dice: "Es conducta (o acción en Sentido Lato) todo comportamiento humano, en cuanto tenga su principio o razón de ser en el sujeto. Según esta noción, también los actos que se desarrollan en el ámbito de la conciencia, sean pensamientos, deseos, propósitos o voliciones, constituyen "conducta...". "...la acción (en sentido estricto, denominada también acción positiva)...". "...un movimiento del cuerpo del sujeto...". (66).

Alberto Campos propone que: "...es la exteriorización de la voluntad,...".(67). "...movilización animadamente dirigida a...". (68).

Kaufmann cita que la acción: "...constituye hasta tal punto la fuente reconocida de todas las modificaciones en el mundo del Derecho...". (69).

Mezger: "...un acto de voluntad dirigido a un fin y a una meta...". (70).

(66) ANTOLÍSEI, Francisco. MANUAL DE DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Poma. Bogotá, Colombia, 1968. 8ª Edición p. 153.

(67) CAMPOS, Alberto. MANUAL DE DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España, 1964. 1ª Edición p. 167.

(68) CAMPOS, Alberto A. DERECHO PENAL. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1967. 2ª Edición actualizada. p. 96.

(69) KAUFMANN, Armin. TEORÍA DE LAS PENAS. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1977. S/N. p. 31.

(70) MEZGER, Edmund. DERECHO PENAL (Parte General). Cárdenas, editor y distribuidor. México, S/A. 6ª Edición. p. 90.

## I.A) CONCEPTO DE ACCION EN "LATO SENSU"

Dentro de los conceptos de Acción que ya hemos referido, encontramos no solamente estos pura y llanamente, sino que además el mismo concepto puede ampliarse, clasificarse aún más. A estas ampliaciones podemos llamarlas Lato y Stricto Sensu. En este punto trataremos de clasificar lo que la doctrina entiende por el concepto de Acción en Lato Sensu, lo que significa: Amplio sentido del término.

El maestro don Raúl Carrancá y Trujillo, en su Derecho Penal Mexicano con la actualización del Dr. Raúl Carrancá y Rivas, menciona en el capítulo IX (que se denomina "El delito como Acción"), a estas ampliaciones o derivaciones de la conducta, señalando entre otros puntos del capítulo aludido a la Acción en Lato y Stricto Sensu. De aquí partiremos para la elaboración de un estudio que nos llevará a saber qué es lo que queremos distinguir, es decir, con esto entenderemos lo que es la Acción en su doble aspecto doctrinario, con el fin de adentrarnos ya al tema que estudia esta tesis propuesta.

El maestro Carrancá expone que atendiendo a la fuerza física o a la conducta del sujeto, que son los aspectos positivo y negativo de la voluntad, son las únicas formas que pueden revestir la conducta inculpada.

"La Acción en el aspecto positivo, también anotado como *Stricto Sensu* o 'sentido estricto' es denominada por el Código Penal Mexicano como Acto, de *ACTUS*, hecho ejecutado u obrado; y en el aspecto negativo, puede entenderse la conducta de *OMISION*". La Acción en *Lato Sensu* se entiende para los efectos penales como "La conducta humana voluntaria que se manifiesta por medio de una acción en sentido estricto". (71). Acto u omisión. Adelantándonos al resumen final, podemos apretar estas ideas y afirmar que: Acción, en sentido positivo o *Stricto Sensu* es un *ACTO*.

Acción por lo consiguiente en su aspecto negativo, es una *Omisión*. Con esto reafirma el maestro Carrancá que en el ámbito penal, para que exista Acción *Lato Sensu* o en amplio Sentido, debe de haber primero una manifestación en sentido estricto, ya que la acción *Lato Sensu* es la conducta humana voluntaria, que se manifiesta por medio de una acción (72).

A mayor abundamiento, y para entender, diremos que un Acto (*Stricto Sensu*) debe de realizarse dentro de una actividad positiva, es decir: un hacer, un externar la conducta del ser

(71) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO (Parte General) Editorial Porrúa, S.A., México, 1986. 15ª Edición. p. 276.

(72) *Ibid.*

humano, a un hecho que no se debe hacer, porque el hecho de esta determinada actuación va en contra de las normas que el legislador ha dictado y que son para regular la conducta del hombre en sociedad. Vgr.: Comete el delito de Homicidio el que priva de la vida a otro. (Art. 302 del Código Penal). Si el sujeto activo del delito adecua su conducta positiva en un acto, y quita la vida a otro, está encuadrándose en una conducta que el Legislador sanciona con una pena pre-establecida en la norma penal; esto quiere decir que la actuación del sujeto viola una norma que prohíbe una conducta.

En la omisión se realiza en una conducta negativa. Vgr.: Una persona que en el transcurso de un viaje por carretera se encuentra a otras que recientemente han tenido un accidente y están en malas condiciones físicas, acarreadas por el mismo, y la primera de éstas, no obstante que sabe que tiene la obligación de auxiliar a las segundas, pasa morbosa y tranquilamente por un lado de la carretera, y solo es espectador pasivo de la desgracia del prójimo (Art. 335 del Código Penal). Aquí el sujeto está cometiendo una conducta de "abandono de persona", y aún cuando no realiza ninguna actividad, si se encuadra en la conducta que el Legislador prohíbe, ya que está dejando de hacer algo que su deber le impone: Auxiliar al prójimo.

Lo mismo se puede decir de la madre que recién tiene un hijo y ésta no le suministra con su leche materna el alimento que el menor requiere, haciendo esto por temores de "vanidad". La madre tiene la obligación de alimentar a su pequeño, y no lo hace. Se puede decir que ella está omitiendo un hacer que le es debido. En resumen de la conducta de omisión: se deja de hacer algo que se debe hacer. Aquí se omite la obediencia de una norma.

Escribe el maestro Carrancá que la acción en Lato Senu ha sido definida como "La manifestación de voluntad que, mediante una acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior". (Jiménez de Asúa) (73).

Continua explicando el maestro Carrancá que: "La acción es causa de un resultado, que es la modificación del mundo exterior" (Maggiore) (71).

"Este cambio en el exterior es sensible o perceptible por los sentidos, sea en los hombres o en las cosas mismas; en los delitos de resultado externo, de lesión o daño, es un cambio tangible y material, por ejemplo lesiones, o en los de

(73) Citado por CARRANCA Y TRUJILLO. Ob cit. p. 276

(74) *Ibidem*.

simple actividad, en los que hay solo un cambio psíquico, ya tenemos por ejemplo el delito de injurias (derogado), calumnias o difamación en nuestra legislación penal".

También la acción causa un resultado en los delitos de peligro, como el ya citado delito de abandono de personas. Apunta nuestro autor que Acción en Lato Sensu o amplio sentido, puede definirse o entenderse en nuestro caso, si se observa a la base típica del resultado de lo que sería la acción (delitos de resultado externo, de simple actividad y delitos de peligro), o el acto, así se define también como "la total realización típica exterior, o sea la conducta corporal del agente, y el resultado externo que esta conducta causa (Nexger) (75).

Como ejemplo claro de este punto, el maestro Carrencá nos ofrece el ejemplo de un homicidio en el que se dice que para llegar a perpetrar éste, en el caso de ser cometido por disparo de arma de fuego, los pasos a seguir (iter criminis) de la conducta o acción, serían éstos: 1º) apuntar con el arma de fuego al sujeto pasivo o víctima, 2º) disparar el arma de fuego, 3º) que la bala toque el cuerpo de la víctima, 4º) que con el tocamiento de la bala se cause una lesión al sujeto

(75) CARRANCA Y TRUJILLO, *Rev. Cr. Crim.* Op. cit. p. 277.

pasivo, y finalmente 5º) que este procedimiento llegue el término de la vida del sujeto.

En suma, el resultado de la Acción Lato Sensu, que es una expresión externa del sujeto, ya sea de acción, ya sea de omisión, ambas comprenden tanto las modificaciones de orden físico como las de orden jurídico y ético, es decir, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo de las personas así como de la sociedad misma, que tienen la desgracia de ser victimadas por actos delictivos.

Así podemos decir que la Acción en Lato Sensu o amplio sentido es "Una conducta voluntaria que se manifiesta por una acción en sentido estricto, también llamada ACTO u OMISION".

#### **I.B) LA ACCION EN STRICTO SENSU (ACTO).**

La conducta humana se tiene que manifestar para que trascienda al mundo del Derecho, ya que de cualquier otra forma no podría ser sancionada por éste. Ya lo dice aquel adagio jurídico "El pensamiento no delinque" (cogitationes delinquere non potest).

Por esto, dentro del tema de la acción, se estudia, o mejor dicho, se repasa lo que es el Acto como manifestación que trasciende al mundo de lo fáctico, de lo punible.

Estos actos tienen que ser necesariamente efectivos, corporales y voluntarios. Estos elementos integran a la Acción en sentido estricto. Por esta razón, el maestro Carranca afirma en su Derecho Penal Mexicano que la Acción en Stricto Sensu se le denomina "voluntad de CAUSACION" (76).

Para el Derecho Penal, única y exclusivamente cuentan los movimientos, pero los movimientos que sean voluntarios; no incluye, para fines penales a los movimientos reflejos que NO son voluntarios (Tal como lo afirma el Art. 15 fracción X del Código Penal: "Causar un daño por mero accidente, SIN intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas, son CIRCUNSTANCIAS que excluyen de la responsabilidad de carácter penal". También entran en este punto los actos que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (vis maior), tal y como lo señala nuestro Código Penal en su fracción I del referido artículo: "Incurrir el agente en actividad o inactividad INVOLUNTARIAS..." lo cual quiere decir que si el sujeto actúa impulsado por una fuerza exterior irresistible, como puede ser por ejemplo un sismo, un

(76) Idid.

incendio, etc., y con esto causare un daño al exterior, no será responsable por delito alguno.

Tampoco constituyen un acto voluntario las ideas y las intenciones. Todos estos casos son la ausencia de conducta.

El Doctor Raúl Carrancá y Rivas, en su Código Penal Anotado, advierte sobre el caso del artículo 15 fracc. X, que: El "mero accidente", según la terminología usada por la fracción aludida, consiste "en la ausencia de intención y de imprudencia" (77). Dice también el maestro que en el mero accidente caben los "actos y las omisiones" (que es la acción en Stricto Sensu) causadas por la fuerza de la naturaleza, que pasan sobre el sujeto o agente, o también por las fuerzas circunstanciales del hombre, también llamadas vis absoluta.

Otro apunte afortunado es acerca de que la vis absoluta se hace presente también en los daños ocasionados en los actos deportivos que confrontan fuerzas físicas de adversarios, cuando puede preverse sus consecuencias peligrosas, inclusive hasta homicidios. Apunta el maestro Carrancá. Aquí en estos casos no se quiere un resultado lesivo a la sociedad; lo que se quiere abiertamente es la derrota del adversario.

(77) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y otro. CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A., México, 1964. 12ª Edición. p. 126.

Sobre esto se dice que no hay conducta delictuosa o delictiva, ya que los medios empleados para llegar a este tipo de fines, son reglamentados por las normas de los eventos, siendo lícitos y con resultado dentro de lo jurídico, y aún más, los resultados no fueron queridos por el deportista, como medios conducentes, a fin de obtener la victoria deseada. (\*)

Respecto al tema la Jurisprudencia, nos dice lo siguiente:

"La excluyente de caso fortuito (no hay acto u omisión) se configura legalmente cuando, a pesar de que la conducta del agente es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico (previsto por la norma), imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho. (78).

El caso fortuito por su naturaleza, excluye la culpabilidad, ya que en presencia del mismo, no existe ni dolo, ni culpa, pues de la redacción del Art. 15 fracción X del Código Penal, se concluye que para que aquel exista, es preciso que la conducta sea lícita, cautelosa, diligente, prudente. (79).

(\*) Nota: La posición del actor en este caso preciso es discutible, ya que la intención de lesionar de un jugador a otro, dentro de un partido, desde a ojos vistas, es escusable, no al querer la derrota del adversario, sino al contrario, la lesión del mismo. Desde esta óptica, y en nuestro particular concepto, sí podría ser sancionada esa determinada conducta, quizá, moderada o atenuada por las circunstancias en las que se presenta.

(78) Suprema Corte. Jurisprudencia Def. 6ª. Época, 2ª Parte, número 47.

(79) Suprema Corte, tesis relacionada, 6ª Época, 2ª parte.

Esto nos habla de excluyentes de responsabilidad penal, lo que relacionamos con la ausencia de una conducta, misma que puede manifestarse como ya lo habíamos apuntado a través de un acto o una omisión, manifestaciones estas que se fundan en la ausencia de imputabilidad o de culpabilidad. Para que exista el delito debe haber intención; si ésta no está presente, no habrá delito, aún a pesar de que sí haya un hecho típico, es decir, que objetiva o formalmente se haya contravenido una disposición legal; en los casos de ausencia de la conducta, es prácticamente imposible suponer lo anterior. "En la moderna dogmática, se considera el caso fortuito como el límite de la culpabilidad". (80).

Se anotó en líneas anteriores que no podemos hablar de acto u omisión, cuando estamos en presencia del Art. 15 fracción I que reza así: "Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias...". Aquí, nuestro Código Penal claramente nos está haciendo referencia a la negación de dolo o culpa, cuando los actos u omisiones se cometen de manera meramente involuntaria. Esto quiere decir actos u omisiones provenientes de fuerza física exterior irresistible. Al respecto, don Joaquín Francisco Pacheco, el comentarista del Código Penal Español de 1822, en el Art. 22 comenta: "El que es violentado materialmente -no amedrentado, no cohibido, sino violentado de hecho- ese obró sin voluntad, obró sin culpa, no

(80) CARRANCA Y TRINILLO, Real y otro. CODIGO PENAL ANOTADO, p. 123, Nota 81ª.

cometió delito, es tan inocente como la espada misma de la que un asesino se valiera". El Código Penal Concordado y comentado, Madrid 1870, Art. 8 fracción 8 y 10, número 2. (81).

"Y así como la espada es el instrumento mediante el que la ACCION causa el resultado, así lo es la persona; por lo que la ACCION no corresponde a ésta. Hay por tanto, ausencia de acción en el sujeto medio, no así en el sujeto activo, que es por ello, plenamente imputable (82)".

Algunas jurisprudencias al respecto nos dicen que:

"Para que proceda conforme al texto legal y a la doctrina, se necesita comprobar la existencia de una fuerza material, no moral, la que excluye los ímpetus o arrebatos personales; que sea exterior, esto es, que provenga de otra persona, lo cual excluye los propios ímpetus de origen interno e irresistible, y que anule por completo la libertad de obrar del acusado (83)".

"El obrar impulsado por una fuerza física exterior e irresistible, es una causa de inimputabilidad, porque tal hecho no obra de un modo espontáneo, por lo tanto no puede exigírsele responsabilidad criminal; la violencia física debe ejercerse materialmente sobre el agente (84)".

(81) *Id.* cit. p. 75, Nota 52.

(82) *Ibidem.*

(83) *Anales de Jurisprudencia.* Tomo IV p. 319.

(84) *Anales de Jurisprudencia.* Tomo IV p. 724.

"La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere para su procedencia, que se ejerza violencia en la persona del acusado, y que éste, involuntariamente, solo sirva de instrumento en la producción del daño (85)".

Con las anteriores explicaciones, hacemos evidenciar que la ACCION, debe presentarse forzosamente a través de un ACTO o una OMISION, para que puedan ser enclavadas dentro de la responsabilidad penal, ya que de cualquier otra forma no podrán integrarse a este controvertido tema.

El Código Penal para el Distrito Federal, afirma en su Art. 7 que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..." con lo que se reafirma que esto constituye la ACCION en sentido estricto o Stricto Sensu, al hacer referencia dicho artículo a la "Actio".

Para concluir el tema de las dos clasificaciones de la ACCION, es decir LATO y STRICTO SENSU, nos parece muy acertado transcribir el inicio de la nota número 21 del Código Penal Anotado del maestro Carrancá, y así evitar ya cualquier confusión entre los términos ya analizados hasta este momento:

(85) Suprema Corte, Jurisprudencia Def. 4ª. Época, 2ª parte, núm. 140.

"ACTO u OMISION son las dos únicas formas de manifestarse la CONDUCTA HUMANA que pudiera constituir delito. Ambos constituyen la ACCION LATO SENSU, son especies de ésta. El ACTO o ACCION STRICTO SENSU en su aspecto positivo, y la OMISION en su aspecto negativo. El ACTO consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que prohíbe; la OMISION en una actividad negativa, en un dejar de hacer lo que se debe hacer, en un omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior, llamado resultado, con relación de CAUSALIDAD entre aquellos y éste.

La ACCION STRICTO SENSU o ACTO es un hacer efectivo, corporal y voluntario; por lo que no son actos penalmente relevantes, ni los movimientos reflejos, ni los accidentes, ni los pensamientos, ideas o intenciones.

La omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer; cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal; y en consecuencia no son omisiones penalmente relevantes las inactividades forzadas por un impedimento legítimo, ni todas las que no estén tipificadas penalmente.

La omisión puede ser material o espiritual, según que se ejecute el movimiento corporal esperado, o según que se ejecute un hecho espiritual, pero sin tomar en cuenta las debidas precauciones jurídicamente exigidas. La omisión material da lugar a los delitos de simple omisión (propios delitos de omisión) y a los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión); y a la espiritual, a los especialmente llamados así, y en el Código Penal "de imprudencia o no intencionales...(86)".

	ACTO EN SENTIDO	
LATO SENSU:	AMPLIO Y	Comisión por
	OMISION	omisión.
		Simple
ACCIONES		omisión.
	STRICTO SENSU: ACTO	

Pues bien, una vez descrito todo lo anterior, es decir, después de haber hecho breves recapitulaciones de los sentidos que existen, respecto a la Acción en LATO y STRICTO SENSU, podemos confirmar lo que algunos tratadistas afirman, y que es la Acción como propuesta de un DERECHO, un PODER

(86) CARRANCA Y TRUJILLO, Real y otro. CODIGO PENAL ARGENTINO, p. 29 Nota 21.

JURIDICO y como un MEDIO. En el caso de este trabajo de propuestas, consideramos que la Acción se tendrá que considerar más que otra cosa, no como un derecho, ni como un poder jurídico, sino como un MEDIO de exteriorizar la conducta del hombre en sociedad, que al fin y al cabo es lo que trasciende al mundo del Derecho Penal, Ciencia que nos apasiona.

## II. ACCION FINAL

En este punto del temario que nos hemos propuesto desarrollar, para dar mayor claridad a la Acción Finalista, nos gustaría señalar que es esta doctrina, una doctrina maravillosa, compleja, pero a la vez sumamente interesante. Teoría que cuenta con gran número de tratadistas en sus explicaciones, y en este caso, para poder entrar a estudiarla con amplitud profunda, empezamos con la señalización que de esta hace el maestro don Raúl Carrancá, en su Derecho Penal Mexicano, al escribir: "...otros autores consideran que la conducta no puede entenderse sino como un proceso FINALISTA, o sea encaminado a una meta (Weltziel, Maurach) (sic), lo que significaría una construcción monista del concepto de conducta, por ser aplicable tal proceso a los delitos dolosos, mas no a los culpables, que constituyen una "conducta causal ciega". (87).

(87) CARRANCA Y TRINILLO, Real. DERECHO PENAL MEXICANO (Parte General), p. 276.

Sin temor a decirlo, anotamos en estas líneas que éste es el primer párrafo que consultamos para entrar al desarrollo de la teoría de la Acción Finalista, ya que de aquí pasaremos a observar a los tratadistas que han forjado esta teoría, con mayor amplitud.

## II.A) ELEMENTOS:

Los elementos de la Acción Finalista son los que a continuación se narran:

Se ha expresado en la doctrina, la opinión de que la Acción está forzada por tres elementos, que a saber son:

- 1.- La Manifestación de la Voluntad.
- 2.- El Resultado.
- 3.- La Relación de Causalidad.

Dentro de los estudiosos que apoyan esta corriente, tenemos por ejemplo a: Ferrer Sana, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, y a Puig Peña, asimismo Liszt, cuando dice que "la idea de acto supone, en primer término, una manifestación de voluntad; que la voluntad debe manifestarse frente al mundo exterior, que debe llamarse resultado y ser perceptible por los sentidos, y que a los dos elementos del concepto de acto, se debe agregar otra característica, que reúne las diferentes

partes en un todo: la relación del resultado con la Manifestación de la Voluntad". (88)

Por otra parte, tenemos también con criterio divergente, que es el de el tratadista Graf Zu Dohna y Alberto A. Campos, que consideran que se pueden distinguir elementos diversos a los anteriores, como elementos integradores de la Acción:

- 1.- Decisión de la Voluntad.
- 2.- Manifestación de la misma.
- 3.- Un resultado. (89).

Este criterio de Graf Zu Dohna incluye, como elementos de la Acción, a la "Decisión de la Voluntad"; en cambio no hace mención alguna sobre "La Relación de Causalidad", marcada por la corriente de los autores mencionados con anterioridad.

Esto lo hace el maestro Zu Dohna, explicando que a través de la falta de decisión de voluntad, se caracterizan todos los delitos culposos (es decir, los que se cometen por no poner en juego todas las precauciones exigidas por la norma jurídica, para la realización de una determinada conducta); a

(88) FORTY FERRY CARRANZA, Celestino. APUNTES DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A., México, 1965. 1ª Edición. p. 301, en relación con citas 8, 9 y 10.

(89) @ cit p. 302.

través de la falta de manifestación de la voluntad, se caracterizan los delitos de OMISION, y que el resultado falta, tanto en los delitos de pura actividad, como en los de pura omisión. (90).

El maestro don Celestino Porte Petit, en su obra denominada Apuntamientos De La Parte General de Derecho Penal, nos advierte su personal posición respecto a los elementos de la Acción, al escribir que para él son:

- 1.- La Voluntad o el Querer.
- 2.- La Actividad.
- 3.- El Deber Jurídico de Abstenerse.

Señala el maestro Porte que estos elementos se desprenden indudablemente del concepto de Acción, que en el caso de este trabajo, ya sabemos que es considerado como ACTIVIDAD, MOVIMIENTO CORPORAL y además, con la cualidad de VOLUNTARIO, ya que sin esta característica, no le importaría al ámbito Penal.

Haciendo una comparación entonces, entre los pensamientos de estos maestros, podemos resumir que los elementos de la Acción, para Ferrer Sama, Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Puig Peña y F. Liszt son:

(90) *Ibidem*.

- 1.- Manifestación de la voluntad
- 2.- Resultado
- 3.- Relación de Causalidad (nexo causal).

Para los maestros Graf Zu Dohna y Alberto A. Campos,  
los elementos de la Acción son:

- 1.- Decisión de Voluntad.
- 2.- Manifestación de Voluntad.
- 3.- Resultado.

Para el maestro Celestino Porte Petit Candaudap los  
elementos de la Acción son:

- 1.- La Voluntad o el Querer.
- 2.- La Actividad.
- 3.- El Deber Jurídico de Abstenerse.

Para el maestro Maurach, estos elementos son:

- 1.- Imputabilidad.
- 2.- Posibilidad del conocimiento del injusto.
- 3.- Exigibilidad de otra conducta.
- 4.- Atribuibilidad.

Para el maestro Sáinz Cantero, los elementos de la  
Acción son:

- 1.- La voluntad de acción.
- 2.- Manifestación externa de la voluntad.
- 3.- Resultado.
- 4.- Nexo causal.

## CORRIENTES :

1.- MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD	1.- DECISION DE LA VOLUNTAD	1.- LA VOLUNTAD O EL QUERER	1.- IMPOTABILIDAD	1.- LA VOLUNTAD DE ACCION
2.- RESULTADO DE LA VOLUNTAD	2.- MANIFESTACION	2.- LA ACTIVIDAD	2.- POSIBILIDAD DEL CONOCIMIENTO JURICO	2.- MANIFESTACION EXTERNA DE LA VOLUNTAD
3.- RELACION DE CAUSALIDAD	3.- RESULTADO	3.- DERECHO JURIDICO DE ANTETESAS	3.- ESTABILIDAD DE OTRA COSAS	3.- RESULTADO
			4.- ABSTRUCCION	4.- NEXO CAUSAL

De lo visto en este cuadro, claramente podemos observar que las ideas de los maestros referidos, comparten el punto primero, que es la Manifestación de la Voluntad, aunque en el caso del maestro Porte Petit no la llame como tal, sino que la denomina como actividad. Pero, ¿qué es la Manifestación de la Voluntad, sino un Hacer o un Dejar de Hacer, una actividad, sea positiva, sea negativa?.

En el punto número dos, ya solamente concuerdan tres teorías, en el sentido de que uno de los elementos de la Acción es también el Resultado, siendo este irrelevante para el maestro Porte Petit.

Sobre el tercer punto de comparación, que es a la vista el de la Relación de Causalidad, solo se observa en la primera de las corrientes expuestas, así como en la última de ellas.

Ahora podemos hablar de la llamada Decisión de la Voluntad. Hay que observar este punto del que nos habla el

maestro Zu Dohna, y lo más acertado que se nos ocurre comentar es que, si la voluntad no es manifestada, es irrelevante para el mundo del Derecho Penal, sea de delitos cometidos por acción o por omisión. Así que, sobre la Decisión de la Voluntad, si esta no se decide a actuar, de nada servirá para el Derecho Penal, ya que no trascenderá al mundo exterior el querer, y no producirá cambio alguno en el exterior.

Sobre la Voluntad o el Querer diremos lo similar que en la decisión de la voluntad. Si la voluntad no se manifiesta, no será de ningún modo trascendente para la materia.

El Deber Jurídico de Abstenerse. Este punto nos indica que hay en ocasiones un deber jurídico de obrar y en otras ocasiones un deber jurídico de abstenerse, según sea el tipo de delito, de acción o de omisión.

¿Qué es la voluntad o el querer?. La voluntad o el querer es un elemento subjetivo (sujeto) de la Acción, ya que es común denominador de todas las formas de conducta, es decir, de exteriorizar la voluntad.

Enseña Maggiore que la voluntad es "La libre determinación del espíritu (autodeterminación), que provoca a

(\*)inervación y a movimiento, o también a detención un músculo". (91).

Respecto a este tema controvertido de la Voluntad o el Querer, Guillermo Sauer dice que esta discusión se ha limitado a un espacio reducido, y puede concretarse diciendo: "Se sabe que la voluntad humana no es ilimitadamente libre, sino que será fijada (determinada) ampliamente, en primer lugar por el mundo circundante natural y social, especialmente económico, en segundo lugar por la disposición heredada y por el carácter adquirido del hombre de que se trate". (92).

Asimismo dice Sauer que "No hay ningún espacio para la llamada voluntad libre". (93). En otras palabras, lo que nos quieren dar a entender las ideas de estos autores es que la voluntad libre no existe, sino que ya está resuelta, por gracia del mundo circundante. Respecto a esto, dice Sauer que "Si todo el acontecer del mundo está condicionado causalmente, no puede ciertamente la débil voluntad humana constituir una excepción (!Esto es sin duda verdadero!). (94).

(\*) Nota: La inervación para estos efectos es considerada como la acción de los elementos nerviosos.

(91) *Ibidem*.

(92) SAUER, Guillermo. DISCURSO FINAL (Parte General). Traducción directa del alemán por Juan del Rosal y José Curazo. Editorial Bosch-Ortal. Barcelona, España, 1956. 5/II. p. 78.

(93) *Ob cit.* p. 73

(94) *Ibidem*.

La voluntad debe referirse a la voluntariedad inicial, es decir, el querer la Acción. Por lo tanto, se requiere un nexo psicológico entre el Sujeto y la Actividad. Esto sería como decir. Porque deseo realizar o llevar a la práctica una determinada conducta, en relación con un sujeto perfectamente bien definido.

Es lógico que el nexo debe existir y estará fincado entre el sujeto y su actividad, y no entre su objeto final o víctima; por supuesto, ha de entenderse que la voluntad va encaminada hacia el movimiento corporal.

Para que exista la manifestación de la voluntad, que es propia de la Acción, basta que el sujeto (activo) quiera su propio obrar, aún cuando no quiera el resultado del mismo obrar.

Toda proporción guardada, podemos hacer el parangón entre Acto y Hecho Jurídicos. Ya que en el Acto siempre se manifiesta la voluntad para la creación de consecuencias jurídicas, mientras que en el Hecho se realizan los movimientos jurídicos, pero no son queridas las consecuencias de Derecho.

Sobre la Actividad o movimiento corporal: Podemos decir que antes que nada es otro de los elementos de la Acción, elementos sostenidos por el maestro Porte Petit.

Este es un elemento externo, ya que es la actividad o un movimiento corporal. Dice el tratadista Cavallo que la actividad o el movimiento corporal es la actividad del agente que realiza al exterior la interna decisión.

Ahora, hay que ver qué clase de actividad enfocamos a la Acción, ya que no es cualquier clase de actividad. La actividad en si, no constituye la Acción, pues le falta el elemento Voluntad, y ésta, aislada, igualmente no interesa al Derecho Penal, puesto que, como lo habíamos dicho con anterioridad, "el pensamiento no delinque".

Siempre es necesaria la presencia del elemento psíquico y del elemento material, para la configuración de la Acción, ya que es la forma positiva de la conducta.

La Acción, se reitera, no puede formarse (cuando se trate de Derecho) por los actos puramente internos del sujeto, por faltar el momento externo de la ejecución, sea porque el Derecho Penal, en general, regula los hechos que se verifican en el mundo externo, y el mismo en especie, prohibiendo aquellos que constituyen delito, no puede referirse sino solo a los hechos que se realizan en el mundo exterior, dado que las intenciones, como ya lo anotamos, no son penalmente perseguibles.

Respecto a la actividad de la que estamos hablando, conviene precisar que hay o existen los movimientos que no son considerados como acciones. Si la Acción es esencialmente la expresión de la voluntad, y ésta se tiene que manifestar para que exista un resultado, decimos que si no hay Voluntad, no hay Acción.

Así tenemos por ejemplo:

1) Los movimientos reflejos que provienen de un constreñimiento psicológico, causado por una excitación periférica interna o externa, y que es ajeno al dominio mental del agente, así tenemos por ejemplo los ataques convulsivos como ataques epilépticos, el clásico estornudo o las reacciones que se producen por las cosquillas.

2) Los movimientos puramente fisiológicos, como el del tórax, debido al proceso respiratorio, cuya supresión se encuentra al margen de la energía mental de la persona, los movimientos reflejos, etcétera.

3) Los movimientos o la falta de estos, debido a fuerza física irresistible, casos en los cuales el sujeto forzado es simple instrumento del que ejerce la compulsión, siendo este, verdadero autor.

4) Los movimientos debidos a estados fisiológicos, como ocurre en la parálisis, la fiebre alta, el sonambulismo, la hipnosis, etcétera, en los cuales la voluntad es impotente o es gobernada. También se excluyen de la capacidad de producir acciones jurídicas y antijurídicas los animales y las cosas inanimadas.

Ante estos fenómenos, el estudio los ha considerado como hechos, pero jamás como acciones. (95).

Por lo que hace al llamado Deber Jurídico, explicaremos que éste debe ser de abstenerse, de no obrar, entendiéndose que el "obrar" equivale al término "conducta", "comportamiento" o "acción".

Para explicar el Deber Jurídico, diremos que es una especie de aspecto negativo, a como lo conceptúan los civilistas, ya que para el Derecho Penal es concebido el Deber Jurídico de Abstenerse, como un algo que obliga a No Hacer. Así como en los delitos de omisión hay un Deber Jurídico de obrar, en la Acción existe un Deber Jurídico de abstenerse, de no obrar.

(95) PEREZ, Luis Carlos. DERECHO PENAL, (Tomo I). Editorial Temis. Bogotá, Colombia, 1987. 2ª Edición, p. 340, 341.

Para comprender esto perfectamente, agregamos la definición de lo que el maestro García Maynez entiende por Deber Jurídico: "Es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra, u otras, de exigir de la primera, cierta conducta, positiva o negativa". (96).

Mientras que para el maestro Preciado Hernández el Deber Jurídico es "la exigencia normativa para el sujeto pasivo de la relación, de no impedir la actividad del titular del Derecho Subjetivo y, en su caso, someterse a las pretensiones de éste". (97).

Esto se comprende mejor si se analiza que cada norma concede un Derecho y una Obligación a su destinatario, así que éste a la vez, tiene la obligación o Deber de cumplir con esta norma. Expresado en otro giro, tenemos el deber de hacer, o de omitir algo, si carecemos del derecho de optar entre hacerlo u omitirlo.

Correlativamente, la Libertad Jurídica es, en sentido positivo, la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus actos (o derechos), cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.

(96) PÉREZ BOLAÑO, Francisco; *ibid* cit p. 104.

(97) *Ibidem*

Cuando se nos ordena una acción, el deber jurídico es fundante del derecho de ejecutar la conducta obligatoria; cuando se nos prohíbe un cierto acto, el deber es fundante del derecho a la omisión de la conducta ilícita.

Maurach propone que, dentro de los elementos de la Acción cabe mencionar a la Imputabilidad, a la Posibilidad del conocimiento del injusto, la exigibilidad de otra conducta, y aumenta la llamada atribuibilidad, elementos que en parte se explicaron dentro del apartado de su teoría. (98)

Para el maestro Sáinz Cantero, los elementos integradores de la Acción deben ser los siguientes:

1.- La voluntad de acción, que también es manejada por los autores mencionados en primer término, aun cuando algunos no la consideran.

2.- Manifestación externa de esta voluntad (conducta corporal externa); igualmente explicada y compartida por otros autores.

(98) MAURACH citado por VELA TRIVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E IMPUTABILIDAD. TEORÍA DEL DELITO. Editorial Trillas, México, 1990. 2ª Edición p. 161 y s.s.

3.- Resultado, que es el efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo, y que el ordenamiento punitivo toma en consideración en la descripción típica.

4.- Relación de causalidad. En los delitos materiales en los cuales se exige la producción de un resultado, debe existir, además, una relación de causalidad entre la conducta corporal y el resultado, en virtud de la cual pueda afirmarse que la primera ha sido la causa del resultado producido.

Esta afirmación constituye, en la práctica, una condición necesaria para el seguimiento del análisis de la conducta, y para la posible responsabilidad del sujeto. Pero sólo se presenta en aquellos supuestos en que a la producción del resultado han concurrido varias causas (concausas), y hay que determinar si la conducta que se examina (y que requiere de un factor concurrente), puede ser tenida como causa del resultado producido, esclareciendo, por tanto, que de este nexo se deriva la responsabilidad criminal del agente. (99)

[99] SAIZO CORTIJO, José A. LECCIONES DE DERECHO PENAL, (Parte General). Editorial Bosch-Dryol. Barcelona, España, 1985, 2ª Edición p. 245 y 246.

### III. PRINCIPALES EXPOSITORES DE ESTA TEORIA

Dentro de este punto del trabajo, desarrollaremos a algunos autores que consideramos son de lo más destacados en la exposición de las ideas finalistas, por supuesto, sin querer decir con esto que son los únicos. Así por ejemplo señalaremos como los autores más representativos de la corriente finalista de la Acción a Hans Welzel, Reinhart Maurach, Armin Kaufmann y a H. H. Jescheck. Además podremos agregar que amén de estos autores, existen otros que también han apoyado a la teoría de la que hablamos, y así, de manera enunciativa pero jamás limitativa, distinguen a esta teoría, entre otros tenemos a: Antolisei, Abarca, Bacigalupo, Bustos Ramírez, Goldstein, Gómez Benítez, Gramajo, Porte Petit, Sáinz Cantero, Soler, Vela Treviño, Welzel, Zaffaroni, Reyes Echandía, Liszt, etcétera.

Para iniciar con la exposición del tema de "Principales expositores de esta teoría", citaremos en primer término al maestro que es considerado como el iniciador de la misma, es decir, al maestro alemán: Hans Welzel.

#### III) A). HANS WELZEL

La primera ocasión que tuvimos la fortuna de iniciar con el estudio de "La Teoría De La Acción Finalista" (dentro

del Derecho Penal), nos fue recomendado leer el texto infinitamente importante del maestro Welzel, quien maduró las ideas de la misma.

Debemos ser sinceros y comentar que la lectura de su obra denominada "Derecho Penal Alemán"(Parte General), no es fácil. A nuestro parecer es una lectura que, dentro de su contenido, maneja una terminología bastante amplia y a niveles de conocimientos doctrinarios elevados.

Diremos que, tal vez para poder entender bien, y tener una correcta visión de la realidad del contenido mismo de la obra mencionada, es quizá necesario tener al alcance de la mano diversas obras de carácter consultivo, es decir, diccionarios, tanto jurídicos (que es lo más importante) como de tipo gramaticales, además de obras jurídicas especializadas en Derecho Penal, y por qué no, también a un especialista en la materia, para que con letras y palabras, una vez bien leídas y releídas, explicadas y comprendidas, puedan ser ya digeridas por el lector.

Ahora bien, una vez realizada esta pequeña introducción a la obra del maestro Welzel, daremos comienzo al estudio práctico y formal de la teoría.

Anota el maestro Hans Welzel en su prólogo a la obra ya antes citada, una pequeña prueba de lo que será la teoría. Anota modestamente cuál es la razón por la que decide traducir su Derecho Penal (Parte General) de su idioma materno (alemán) al idioma castellano. Escribe el sabio maestro lo siguiente:

"¿Qué sentido tendría traducir un libro dedicado al tratamiento técnico-jurídico del Derecho Penal Alemán, al idioma del gran círculo cultural español, en el que cada pueblo tiene su propio Derecho Penal Nacional?, ¿Podría justificar la analogía de la mera técnica jurídica la empresa difícil de una traducción, y estimular al individuo de un círculo ajeno, con respecto al Derecho y al idioma a su lectura?".

Continúa diciendo el maestro Hans Welzel: "El Derecho Penal no es un asunto de mera técnica jurídica; si esto fuera cierto, entonces estarían acertadas las palabras del señor Von Kirchmann, sobre la Ciencia Jurídica: 'Tres palabras rectificadoras del Legislador, y bibliotecas enteras se convierten en inútiles pliegos impresos'.

El libro presentado por el maestro Welzel, está en posición diametralmente opuesta a semejante concepción del Derecho, es decir, concebirlo como mera técnica jurídica, toda vez que afirma que el legislador no es omnipotente, y siempre

estará ligado o circunscrito a determinados límites dados en la materia del Derecho.

El autor quiere y desea encontrar y llevar al conocimiento, éstos límites, ya que considera que es la misión de una tarea científica en el Derecho Penal. Anota el autor que las reflexiones que lo llevan a esta convicción son para él muy simples. Dice el maestro que las normas del Derecho Penal, es válido decir, sus imposiciones y prohibiciones, pueden dirigirse única y exclusivamente a Acciones Humanas.

Ningún Derecho puede imponer o prohibir algo a meros procesos de la naturaleza (hechos naturales). Solo se podrá imponer o prohibir algo a una conducta, en cuanto esta alcance el poder de la creación de las acciones humanas que siempre deberán estar encima de los simples acontecimientos de la naturaleza; sólo así el Derecho puede o podrá imponer o prohibir algo a las Acciones.

El poder configurador de una acción humana, junto con los elementos que la constituyan, le está dado al Derecho.

Este poder configurador no puede crear ni modificar a estos elementos constitutivos de la acción que son elementos objetivos y subjetivos, y su relación entre sí debe vincularse con las características delictuales del Derecho, que son la

adecuación típica o tipicidad, la antijuridicidad o antijuridicidad, y la culpabilidad.

Entre las partes interesantísimas del prólogo del libro Derecho Penal del autor en trata, existe una que para nosotros constituye la parte medular de este trabajo de exposición y que es la dicente en este sentido: "El interés principal y la idea fundamental de la Teoría de la Acción Finalista es AVERIGUAR LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA ACCION HUMANA QUE ESTAN DADOS A TODO LEGISLADOR Y A TODA CIENCIA EN SU RELACION REAL, Y VINCULAR CON ELLOS, ADECUADAMENTE LAS CARACTERISTICAS DELICTUALES (adecuación típica o tipicidad, antijuridicidad o antijuridicidad, y culpabilidad)".

Así es que en este pequeño párrafo nos explica Hans Welzel cuál es el fundamento principal del desarrollo de la teoría denominada de la Acción Finalista, que en una especie de síntesis diremos es descubrir la relación que existe entre el Legislador y el Derecho, con la conducta delictiva del sujeto.

Otra parte que nos llama la atención de este elevado trabajo, es la modestia del maestro Welzel, al mencionar que la teoría fue descubierta por el gran pensador griego Aristóteles, cuando dice el maestro Welzel que esta teoría es por tanto "una verdad antigua", que fue eclipsada por una concepción mecánica del mundo positivista del Derecho a fines del siglo pasado.

Una vez ya habida cuenta del esbozo general de Welzel, puede decirse que incluso desde ahora se han comprendido ya algunos puntos estructurales de la doctrina que antes eran sumamente oscuros.

Hans Welzel, sienta su teoría de la Acción Finalista del Derecho Penal en las siguientes reflexiones razonadas: "La acción humana es ejercicio de actividad final" (entendiendo a la acción como lo que ya se ha estudiado: movimiento corporal). La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal (raciocinio), puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse, por lo tanto, fines diversos y encaminar o dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines.

En virtud de su saber causal previo, es decir, de saber qué es lo que va a hacer, puede dirigir los diferentes actos de su voluntad, de tal modo que oriente el acontecer causal (o mas entendible: sus actos) a un fin, y así lo sobredetermine finalmente.

Por tanto podemos decir que, actividad final es "un obrar orientado desde el fin", desde lo que se quiere o se piensa en realizar o desarrollar, mientras que en oposición con el acontecer o actuar desde el punto de vista de la acción

causalista, ésta no estará dirigida desde el fin, sino que la voluntad será la resultante causal de los elementos causales existentes en cada caso.

Puede argumentarse en consecuencia en este orden de ideas, que la finalidad o teoría de la Acción Finalista es materialmente VIDENTE, mientras que en oposición la Causalidad será CIEGA.

Referente a lo que hemos comentado, el maestro Welzel propone un ejemplo que no deja lugar a dudas sobre lo que explica en estas ideas: "Cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevó a la descarga. Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre, estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello". (100).

Totalmente diferente en las acciones humanas: "Quien quiere asesinar a otro, elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcance el fin previamente determinado". (101).

(100) WELZEL, Hans. CRIMINOLOGÍA FINAL ALTERNATIVA. Córdova, editor y distribuidor. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1967. 12ª, 1ª Edición castellana. p. 54.

(101) *Ibid.*

Aquí la constelación causal se ha ordenado para la consecución del fin: comprar el arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo: todos éstos son actos dirigidos a un fin, que están sujetos a un plan de conjunto.

Sentimos que es importante retomar los ejemplos, para darle una mayor amplitud. Desde el punto de vista que se maneja, la Finalidad es Vidente y la Causalidad es Ciega. Ahora bien, respecto a estos ejemplos que acabamos de citar, elegidos por el maestro Hans Welzel, reflexionamos en una pregunta que consistiría en aclarar de tajo, el por qué el primero de los ejemplos es de corte causalista, y por qué el segundo de los ejemplos es finalista, y así tomar cuenta de las primeras razones que se exponen en este apuntamiento. Finalismo: sinónimo de Visión y Causalismo: Símil de Invidentismo.

Desde nuestro punto de vista, y compartiendo las ideas del maestro Welzel, nos parece que el primero de los dos ejemplos es de corte causalista o invidente, toda vez que en primer lugar el rayo (un hecho de la naturaleza) electrocuta al hombre por circunstancias de mera coincidencia; no estaba planeado de ninguna forma que este hecho de la naturaleza destruyera la vida del ser. En segundo lugar, y como se apunta

en el mismo ejemplo, esta tensión pudo haberse originado también entre otro objeto cualquiera que este fuera. En tercer lugar, apuntaremos que el acontecer o suceso de la naturaleza (en este caso preciso) no estaba dirigido o no estaba orientado con exactitud a dañar al hombre, con lo que podemos llegar a pensar correctamente que el acontecimiento causal fue materialmente ciego.

Afirma nuestro tratadista que al clasificar a la acción en causalista o finalista, sería diferente tratándose de acciones humanas, ya que retomando el segundo de los ejemplos puestos, quien quiere asesinar a otro u otros, materialmente elige/selecciona a su objetivo, estando plenamente consciente para ello. En este sentido se dan todos los factores relevantes, y se dispone de las cosas, de tal modo que se alcance el fin último, que ya deberá estar previamente determinado. Aquí en el ejemplo se reúnen todas las características causales para la consecución del fin; puede decirse inclusive que existe ya un plan de conjunto.

Dado que la finalidad se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever (claro que dentro de ciertos límites), las condiciones de la intervención causal, y en beneficio a ello dirigirla de acuerdo a un plan a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal; es la columna vertebral de la Acción Final.

Dicho en otras palabras: la médula espinal de la teoría de la Acción Final puede comprenderse si se observa con claridad y objetividad, que gracias a que el hombre, como único ser pensante y que razona, tiene la facultad de encaminar su voluntad a la creación de consecuencias de Derecho, a diferencia de los llamados actos naturales, o incluso de los animales "irracionales". Apuntaremos también que la voluntad final es el factor elemental que sobredetermina el acontecer causal exterior, y en virtud de esto convierte la acción del hombre en una acción dirigida a un resultado final.

La voluntad final pertenece por las razones expresadas que son fundamentales, a la Acción como factor integrante, ya que ésta configura de manera objetiva, material del acontecer exterior.

El maestro Hans Welzel, describe en su corriente jurídica que la Acción Final está encausada bajo una dirección, y que ésta necesariamente debe ser guiada por pasos o etapas que en las simples acciones diarias se enlazan, y sólo pueden distinguirse si se habla de ellas, de las etapas, de manera doctrinaria o conceptual. Por esto menciona el maestro que estas etapas son:

a) La primera etapa: En esta puede hablarse de una especie de gestación de las ideas, ya que esta se desarrolla totalmente en "la esfera del pensamiento".

Empieza con: i) La Anticipación: El anticiparse es como proponerse la materialización de un acto, más bien dicho será anotar que en esta fase el agente desea ejecutar, y esto es porque quiere llegar a un fin.

ii) La Selección de los medios de la Acción para conseguir el fin propuesto por la fase anterior: Aquí el agente, que una vez realizada la conducta será el agente activo, determina sobre la base de lo que quiere hacer, y plantea todo su movimiento hasta el fin de su planteamiento, piensa en esta fase los factores causales, que son requeridos para el logro de su propósito, incluyendo aquí, por supuesto, hasta el mínimo movimiento corporal con el que puede iniciar toda la cadena de actos causales, o sea, los medios de acción. Este es un proceso que, como se indicó, está exclusivamente en la mente del sujeto, por lo que se le llama a ésta fase o etapa de RETROCESO, puesto que consta desde el fin (es decir, que ya sabe lo que quiere) y desde éste se escogen los factores causales requeridos como medios de acción.

iii) La consideración de los efectos concomitantes, o que van acompañando a los factores causales:

Esto es, los factores causales que son elegidos como medios para la realización del fin último, van siempre unidos con otros "efectos", además del fin último que se persigue. Así, el fin siempre es únicamente un pequeño sector de los efectos de los factores causales, puestos en movimiento por el agente. En este punto se trata de aclarar lo que significa el término del inicio del párrafo que es "la consideración de los efectos concomitantes o que van unidos o acompañados a los efectos causales, considerados junto a la consecución del fin.

Estos efectos concomitantes son una especie de medio para saber cuáles pueden ser las consecuencias de la utilización de los factores causales. La consideración de los efectos concomitantes, o consecuencias, pueda llevar al agente a pensar que debe reducir los medios escogidos hasta ese momento, o bien, a seleccionar factores que impidan la producción de los efectos concomitantes, o en caso concreto de llevar a cabo la acción, pero evitando estos efectos concomitantes.

Esta es una parte importante de la teoría de la Acción Finalista, ya que es fácilmente visible que es en este periodo cuando la voluntad de acción se orienta a la obtención del fin deseado por el agente, y al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes.

Se nos ha ocurrido traer a cuento para explicar este punto que, si el agente activo no pone en juego este tipo de precauciones, por llamarlo de alguna manera, el delito que producirá podrá incluso ser preterintencional. Este sería el efecto concomitante de no planear bien sobre la utilización de un determinado medio para la comisión de un delito.

Otro caso es el antagónico a éste, lo que quiere decir, es que aquí el sujeto no desea los efectos concomitantes, pero pueda darse el supuesto de que si quiera estos supuestos, ya que los incluyó en su voluntad de acción para la realización de los mismos, sea porque tenga por segura su producción en el caso de aplicación de esos medios, o por lo menos cuente con ella.

De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios, y el cómputo de los efectos concomitantes, el actor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a un plan, los medios de acción (FACTORES CAUSALES), que ya ha escogido con antelación, cuyo resultado es el fin, junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el cómputo total a realizar.

Ejemplo aclaratorio de la consideración de los efectos concomitantes:

A y B quieren robar a X, después de reducirle previamente a la impotencia. Como medio para ello, consideran en primer lugar un cinturón, que pretenden enrollar en el cuello de la víctima. Como sin embargo, con tal proceder cuentan con que la víctima muera asfixiada, y quieren evitarlo, descartan este medio y eligen un pequeño saco de arena, con el cual aturdirán a X.

Al principio, ejecutan de este modo el hecho (con el pequeño saco de arena); su realización está dirigida tanto a la consecución del fin (que es el botín), como a evitar los efectos concomitantes (es decir la muerte de X).

Sin embargo, como el saco de arena no aturde a X, los autores recurren al primer medio. Estrangulan a X con el cinturón hasta que pierde el conocimiento y lo dejan abrochado con la hebilla en torno al cuello de X, mientras recogen el botín. Cuando posteriormente aflojan el cinturón, X ha muerto asfixiado.

Dado que ellos, como muestra su plan original, contaban con el desenlace mortal al utilizar ese medio; se extiende su voluntad de realización para la configuración de ese hecho; también el efecto concomitante que lleva consigo. Los autores han modificado aquí la primitiva dirección de la Acción, que llevaba a la obtención del fin, evitando la muerte

de X, de modo que han incluido en su voluntad de realización los efectos concomitantes posibles, como parte del resultado total a efectuar para el logro del fin.

b) La segunda etapa de la dirección final se lleva a cabo en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, sobredeterminado por la definición del fin y los medios en la esfera del pensamiento. En la medida en la que no se logra la sobredeterminación final en el mundo real. Por ejemplo: cuando el resultado no se produce por cualquier razón, la acción final correspondiente es solo intentada.

Al respecto de la Acción existen posiciones terminológicas que son algunas restringidas y algunas amplias.

En las restringidas podemos decir que se desprende de la procedencia lingüística de la palabra FINAL, de FINIS que significa FIN, OBJETIVO, que el contexto final de la acción se limita a la relación MEDIO Y FIN, y que abarca a lo más los efectos concomitantes esperados con seguridad, más no ya los calculados como probables.

Respecto a estas consecuencias el actor tiene que confiar en que no se producirán muchas posibilidades conocidas; esta confianza en la no producción de consecuencias posibles

pertenece íntegramente a la acción humana, del mismo modo que la dirección final configuradora del futuro.

**Efectos concomitantes:** La enfermera que coloca sin saberlo una inyección de morfina y de efectos mortales, realiza desde luego una acción de inyectar FINAL (porque esa siempre fue su intención), pero no realiza el acto con la intención de matar; o quien, para ejercitarse, dispara a un árbol, detrás del cual se encuentra un hombre al que nunca se pudo ver, y lo mata, realiza el agente desde luego una acción final que es la práctica del tiro, pero no una acción final de matar.

En ambos casos la consecuencia ulterior no querida (la muerte) ha sido producida en forma causal ciega por la Acción Final.

Y, ¿por qué ha sido producida en forma causal ciega?. Inferimos nosotros que esta acción ha sido causada, como se menciona, porque la causa, o más bien las causas finales por las que se actuó, no eran las de matar, sino en principio eran las de curar y las de practicar el tiro al blanco.

Para el contenido de sentido de una acción, es indiferente que la consecuencia dispuesta voluntariamente represente el fin deseado o solo el medio empleado, o una mera consecuencia concomitante en la voluntad de realización.

Una acción final de matar existe, no solamente cuando la muerte era la meta de la actividad de la voluntad, sino también cuando constituía el medio para otro fin ulterior, por ejemplo: para heredar al muerto, o si era una consecuencia concomitante incorporada a la voluntad de realización, como puede ser la muerte por asfixia de X en el anterior caso.

Por ello, una Acción Final, en razón de su referencia a las diversas consecuencias dispuestas voluntariamente, puede tener un sentido de acción múltiple.

El hecho de que existan actividades ajenas a un fin, no va contra la estructura final del actuar humano, pues en esta forma de expresión se emplea el término FIN en un sentido diverso, diferente: fin como una utilidad de una actividad.

El juego de un niño, es ciertamente ajeno a un fin, pero el construir castillos o el juego con trenes del niño, son siempre actividades dirigidas FINALMENTE.

El maestro Welzel concluye su idea de la dirección final de una acción que se lleva a cabo en dos etapas, diciendo: que cuando en 1935 cuando tomó el nombre de FINALIDAD para caracterizar la acción como un acontecimiento dirigido y encausado voluntariamente, nunca se imaginó que con esa

denominación iban unidas falsas interpretaciones. (102).

Dentro de su teoría, el maestro Welzel nos habla también de la Acción en el Derecho Penal, y dice que la estructura del actuar humano trasciende al Derecho Penal, acentuando con esto que una conducta ciega no es relevante para éste. La conducta deberá dirigirse necesariamente a procesos perfectamente vislumbrados por el agente, ya que este a la vez posee la capacidad intrínseca de prever el futuro y el resultado final.

Para el autor de la corriente en cita, los delitos que importarán al Derecho Penal, son los que se cometen en forma de Dolo de Comisión, y con esto, explica, que están considerados los tipos que el ordenamiento penal escoge y prohíbe, así por ejemplo entrarán en primer lugar, aquellas conductas en las cuales la voluntad de realización ("dolo") está dirigida a la producción de una situación o un proceso ("resultado"), socialmente no deseado, con independencia de que ese resultado sea el fin, sea el medio, o sea un efecto concomitante de la acción.

Dice el maestro que estos modelos de acción jurídicamente valorados pero en forma negativa, forman lo que es el cuerpo principal de los tipos penales. (103).

(102) WELZEL, *ibid.* Ob cit p. 54.

(103) *ibid.* Ob cit p. 59

En cierta medida el Código Penal se ocupa también de acciones finales, no tanto tomándolas por su fin, sino más bien en cuanto a que el infractor confíe en la NO producción de determinados resultados socialmente no deseados, o que en un momento dado este violador de la norma no piense en ellos.

El ordenamiento jurídico estará esperando impaciente a que el actor cometa una conducta con un mínimo de acción finalista a la hora de la comisión del delito, y esto podrá darse cuando el actor emplee en la elección o en la aplicación de sus medios, una conducta como la antes descrita; esto quiere decir que "valorará el cuidado requerido en el ámbito de relación (104), para evitar efectos concomitantes no queridos y socialmente no deseados.

Por esto, el ordenamiento jurídico prohíbe la ejecución de acciones cuya realización -con el fin de evitar efectos socialmente no deseados- no necesite del cuidado requerido en la relación, y los conmina con una pena que es por regla general, solamente cuando el resultado no deseado se ha producido, llamándose a este tipo de delitos CULPOSOS DE COMISION (105).

(104) Idem.

(105) Idem.

Conductas que materialmente en nuestra legislación vigente no ocurre, tan así es que en el Código Penal Mexicano está contemplada la llamada tentativa, siendo punible esta y estando encuadrada en el libro Primero de nuestro código señalado.

El ordenamiento jurídico (alemán) también contempla a los delitos de omisión, al señalar Welzel que: "En una proporción mucho menor, el ordenamiento jurídico manda la ejecución de acciones para la conservación de un estado que es socialmente deseado, y que es también llamado o conocido como Bien Jurídico" y conmina con una pena a los sujetos que realicen la omisión de las acciones que sean tendientes a este fin. Estos actos están contenidos en los tipos de delitos de omisión.

Como una especie de recapitulación, sin llegar a serlo, apuntaremos que respecto de este gran autor Hans Welzel, el maestro Sergio Vela Treviño apunta en su "Teoría del Delito" que para Welzel, en su teoría del finalismo "Solamente lo que el hombre hace con voluntad, puede serle reprochado como culpabilidad". (106).

(106) VELA TREVIÑO, Sergio. Ob cit p. 152.

Sigue diciendo el maestro Vela Treviño que "Todo lo que el hombre es en sí mismo, puede serle computado como mérito o serle reprochado como culpabilidad; por supuesto, refiriéndose a los dones y predisposiciones que pueden ser valorados por lo que de ellos hizo o de la forma de cómo los empleó, en comparación de lo que hubiera podido hacer de ellos, o como los hubiera podido o debido emplear.

El maestro Vela toma una cita apropiada para explicar esta conducta del ser pensante, que es llamado hombre, y dice "El reproche de culpabilidad presupone, por tanto, que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que pudiera hacer un hombre cualquiera, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que ese hombre, en su situación, hubiera podido formar su decisión de voluntad, en forma adecuada a la norma". (107).

Puede decirse que sobre las anteriores ideas, se edifica la teoría de la ACCION FINALISTA, a quien corresponden las mismas.

(107) *Ibidem*.

### III) B). REINHART MAURACH

Como habíamos explicado con anterioridad, existen algunos autores que desarrollan la Acción Finalista, y precisamente Reinhart Maurach es otro de los grandes. A continuación se elabora una breve síntesis del pensamiento del citado autor, con el fin de comprender un poco su postura.

Reinhart Maurach, es una de las más altas autoridades en el estudio de problemas concernientes al Derecho Penal. Siguiendo con una tradición, se ha ocupado el maestro Maurach en analizar el contenido conceptual de la culpabilidad, dejando sentadas las bases que permiten una ubicación precisa de este elemento en la teoría del delito.

Afirma el maestro que "No hay culpabilidad sin acción típica antijurídica". (108). Con esto nos quiere decir que para llegar al estudio de la culpabilidad de un sujeto tiene que ser precedido de la plena comprobación de la existencia de una Acción, que permite ser calificada como típica por estar encuadrada en un tipo legal y además vigente, y ser contraria a Derecho, por no estar amparada por una causa que lo justifique.

(108) VELA TRIVIÑO, Sergio p. 161.

Solamente, según el autor, cuando se está ante la presencia de una conducta TIPICA y ANTIJURIDICA tiene relevancia estudiar si la misma (la conducta) puede llegar a ser calificada como conducta o ACCION típica, antijurídica y culpable, para obtener de esto las consecuencias que la ley ha establecido previamente.

La simple mención de que existe una conducta que va a ser motivo de una calificación de culpable o inculpable, lleva a la concatenación de otro presupuesto; este será la existencia de un autor imputable, ya que la ACCION típicamente antijurídica es relevante, sólo cuando el juicio correspondiente puede hacerse extensivo a determinada persona, a quien pueda imputársele el delito y no justificado como obra de su voluntad.

El autor del delito debe estar en condiciones de darse cuenta del alcance de su conducta, y además estar en posibilidad de orientar su conducta y sus resoluciones, conforme a este acontecimiento; dicho esto, en otras palabras, para que un sujeto pueda ser considerado como culpable de algo, éste tiene que ser IMPUTABLE, ya que la IMPUTABILIDAD es el presupuesto necesario para la formulación del juicio relativo a la culpabilidad.

Lo antes dicho significa claramente que si para ser culpable se tiene que ser INPUTABLE, a contrario sensu, quien no es imputable no puede ser sujeto del juicio de reproche, acerca de la conducta típicamente antijurídica, ya que falta en él el presupuesto lógico del conocimiento claro del contenido del injusto de su conducta o de la actuación, conforme a una valoración hecha con normalidad.

Dentro de las palabras que nos dice aquí el maestro MAURACH entendemos que quiere decirnos que, para que la conducta del agente pueda ser calificada de culpable, el presupuesto necesario es que el agente sea IMPUTABLE, ya que de lo contrario no estará manifestando su conducta libremente, por no estar dentro de la realidad en la que está viviendo.

De lo anterior, pueden obtenerse dos formas en que el maestro Maurach estudia la inimputabilidad y que son a saber: GENERICA o CONSTITUCIONAL que se da cuando falta el desarrollo físico y psíquico para la actuación normal adecuada a la vida en común, tenemos aquí a los menores de edad, y por otra parte, la falta de posibilidad de conocer el carácter injusto de su conducta o del acto que se realiza, teniendo por ejemplo a los trastornos mentales que afectan transitoriamente las facultades del agente.

Afirma Maurach que la teoría de actualidad que es el finalismo, no ha conseguido que se convierta en realidad el principio de que "La culpabilidad es reproche personal". Dice que los elementos del juicio de reproche, conforme a la teoría finalista, son tres: la IMPUTABILIDAD, la POSIBILIDAD DEL CONOCIMIENTO DEL INJUSTO, y la EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA ADECUADA A LA NORMA.

La crítica que plantea Maurach al finalismo es que debe agregarse a dicha teoría un concepto nuevo, para la estructuración de la culpabilidad, concepto que es denominado "ATRIBUIBILIDAD", es decir, no solo deben existir la imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de lo injusto y la exigibilidad, sino que debe agregarse el que ya se mencionó, que se refiere al autor de la conducta y se define como "el juicio de que el autor (agente), al cometer su acción típica (delito) y antijurídica, no se conduzca conforme a las exigencias señaladas por la norma o por el Derecho".

Esto responde a la necesidad de dar una base general para la determinación de la responsabilidad, ya que constituye un juicio de menos valor o disvalor dirigido al agente, pero esto no significa en forma alguna, dice Maurach, que deban confundirse los conceptos de ATRIBUIBILIDAD y CULPABILIDAD, no obstante estar formados por características similares, ya que tienen distinta jerarquía de valores.

Sintetizando: Con el término de ATRIBUIBILIDAD, el autor de la tesis nos quiere dar a entender que esta significa, en pocas palabras que, cuando el agente activo realiza la conducta típica y antijurídica, no se ha manejado conforme a las exigencias que el derecho le plantea. Esto quiere decir que el agente no ha puesto en práctica los cuidados exigidos por la ley cuando debió haberlos puesto.

La ATRIBUIBILIDAD, tiene grados que se denominan, el PRIMERO cuando se precisa que el autor de una conducta podría actuar de una manera diferente y el SEGUNDO, cuando el actor de la conducta no responde a las exigencias que le son impuestas por el Derecho. Solamente cuando se han llenado o colmado las exigencias de la ATRIBUIBILIDAD puede decirse que el acto concreto puede ser atribuido a una persona y considerar ese acto como propio de ella, para entonces pasar a la determinación de la forma de cómo debe ser atribuido el acto a una persona en lo particular, que es ya propiamente la determinación del reproche en orden a la culpabilidad.

La famosa ATRIBUIBILIDAD no sirve más que para la importante función de imputar a alguien, como propio, determinado comportamiento, sin que por ello signifique que sea un comportamiento culpable.

Dice Maurach que, tanto como los menores de edad como los enfermos mentales, son capaces de realizar conductas que conforme a la atribuibilidad, les pueden ser atribuidas como propias de ellos, por esto completa Maurach que la atribuibilidad "es una relación jurídicamente desaprobada por el autor, con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las diferentes posibilidades de reacción del juez penal".

Esto es: la atribuibilidad es una relación entre hombre y una conducta típica y antijurídica. Esta es una concepción de Maurach en la que se piensa que se pueden imponer penas al imputable que realiza una conducta típica y antijurídica, pero que al inimputable que se comporta de la misma forma, también se le puede sancionar por medio de las medidas de seguridad.

Así pues, puede decirse que los dos grados de atribuibilidad, que es no poner en juego las exigencias de la ley y el actuar con otra conducta, vienen a ser como se ha expuesto: la RESPONSABILIDAD POR EL HECHO que corresponde el considerar de alguien un hecho como propio, pero sin que se hable aún de reproche; y en segundo término: la formulación ya del reproche mismo, que toma como base la responsabilidad por el hecho causado.

Esta responsabilidad funciona como un juicio de disvalor, es decir, que vincula un hecho con una persona y se desaprueba la forma en que el comportamiento se realizó, tomando como punto de comparación lo que otro podía hacer en condiciones similares.

La desaprobación se da por el pensamiento de que el agente activo se ha comportado peor de lo que se hubiera comportado otro ser, o dicho en otras palabras, la responsabilidad por el hecho viene de que el autor de la conducta no respondió a lo que el Derecho presume.

Siempre se deberá de comprobar la capacidad para actuar, esto con el fin de poder reprocharse la conducta del sujeto. Para esto es necesario que se acredite que el momento mismo de manifestarse la conducta, el agente se encontraba en condiciones de conocer el contenido de antijuricidad de su conducta y de orientar esta en forma diferente a como lo hizo, o sea, actuar conforme a Derecho en lugar de hacerlo en contradicción del mismo.

Una vez comprobados los elementos de la capacidad de conocimiento de lo injusto y de orientación de la conducta, puede reprocharse al sujeto no haber actuado, cuando podía hacerlo y este reproche es lo que constituye en esencia la CULPABILIDAD, de donde resulta justificada la afirmación de

Maurach, en el sentido de que CULPABILIDAD es reprochabilidad de un hacer u omitir jurídicamente desaprobado. (109).

Puede verse que Maurach ha agregado el nuevo elemento que propone en líneas anteriores (atribuibilidad). Los elementos son entonces: imputabilidad, responsabilidad por el hecho, exigibilidad y atribuibilidad, que son diferentes a los de la culpabilidad en otros sistemas normativos no penales.

Lo más importante expresa Maurach, es que para llegar al juicio de reproche se requiere de la existencia de una acción típica y antijurídica, que es materia exclusiva del Derecho Penal.

Nuestro maestro afirma que el contenido del juicio de reproche, está limitado exclusivamente a la responsabilidad, por el hecho causado a diferencia de otros sistemas normativos no penales. Puede decirse que para el autor en cita, la culpabilidad, por el acto mismo, es la tesis preferible. (110).

Sobre el hecho aislado, dice Maurach que este requeriría de la realización del hecho, para posteriormente desvalorarlo en el juicio de reproche.

(109) R. MAURACH citado por VERA SUAREZ. @ cit. p. 165.

(110) *Ibid.*

Como decíamos anteriormente, la culpabilidad, según Maurach es en razón de un acto aislado, con lo cual se limita el contenido del juicio de reproche a la responsabilidad por el hecho; propuesta refutada por Vela Treviño y otros autores.

Según Maurach, el hecho de que el juicio de reproche se limite a un acto aislado, quiere significar que no es posible desvincular al acto de su autor; en el fondo se sabe que no es culpable el acto, sino que el juicio de culpabilidad representa un juicio sobre la persona artífice del acto. (El maestro Vela Treviño refuta con fuerza estas ideas, al citar varios ejemplos del Código Penal Mexicano, en donde demuestra con claridad un posible fallo en el pensamiento de Maurach, al decir por ejemplo en los artículos 104, 255, 256 y otros del código aludido).

Debe decirse que el límite de la culpabilidad está determinado por el acto típico y antijurídico, como producto de la VOLUNTAD DEL SUJETO, o sea que toda culpabilidad debe ser por plena voluntad (teoría finalista de la Acción), en los casos en los que el sujeto ha formado incorrectamente la dirección de su voluntad o decisión para actuar, aún cuando le era posible establecer una dirección diferente, así manifiesta Maurach que "El sujeto que está en situación de optar entre el bien y el mal, se decide en favor del último, únicamente cuando

se da la posibilidad de discriminar, se convierte el acto de opción en acto reprochable y, por tanto, culpable". (111).

Por esto, es que la culpabilidad está limitada al reproche a que ha sido causa de voluntad libre, cuando el ejercicio de la voluntad de actuar convierte a la Acción (conducta o manifestación de la misma) en típica y antijurídica.

Entre los aspectos de interés de la teoría de Maurach, respecto de la culpabilidad que produce una acción de voluntad, está el contenido del juicio de reproche desde que se encuentra la jerarquización del concepto, dentro del ordenamiento puramente jurídico, que se opera cuando se han establecido las condiciones de típica y antijurídica esta conducta de que hablábamos, y se abandona cualquier otro elemento de índole diversa a lo jurídico.

En delitos de tentativa, según Maurach el hecho aislado debe entenderse como la (\*)concreción del tipo, o sea la realización del hecho que en forma de conducta queda incluido dentro de la descripción legal; así realización de un

(111) *Idem*.

(\*) *NOTA*: Construcción: "realización del...".

hecho aislado, en el tipo del homicidio, sería la conducta que produce la pérdida de una vida ajena, siendo para la tentativa, conforme Maurach "La manifestación de la resolución a cometer un hecho punible doloso, por acciones que, si bien representan un comienzo de ejecución, no llegan a realizar un tipo perseguido".

También el maestro Vela contrapone su opinión al respecto de esta tentativa, toda vez que para Maurach sí es sancionable la tentativa en contraposición con otros autores.

Entre otros ejemplos, para poner nítidamente lo que propone Maurach, diremos que en los tipos de los delitos señalados en este tema, sí habrá culpabilidad, mientras que para otros autores jamás.

En el artículo 104 del Código Penal, en el que se tipifica a la asociación delictuosa, los individuos que pertenezcan a una de estas asociaciones, por el solo hecho de pertenecer, el sujeto habrá de recibir castigo. Claro está que la sanción funciona en estos casos por el peligro que significa la existencia de una banda (que supuestamente es delictuosa), o sea que aquí se aprecia la misión preservadora del Derecho Penal, lo que se confirma cuando al final del tipo penal aludido remata "por el delito que pudiera cometer".

Aún puede hacerse más claro el opuesto del pensamiento de el autor alemán para confirmar que la reprochabilidad no siempre funciona en razón del HECHO AISLADO, que quiere hacer parecer Maurach como central en su pensamiento, y esto se ve en el contenido de los artículos 255 y 256 del Código Penal Mexicano.

Se sancionará a quien no se dedique a un trabajo honesto sin causa justificada y con malos antecedentes; aquí no se desea como puede apreciarse la realización de algún hecho concreto, y el reproche que se formula a la persona, no va dirigido hacia un hecho aislado sino a la desaprobación del juzgador de la integridad de la persona de la que está tratando.

Igualmente ocurre con respecto del 256, que expresa que a los mendigos que se detengan y lleven consigo armas, ganchos, estén disfrazados o incluso que den motivo de "sospechar de que tratan de cometer un delito", se les aplicará una sanción. Aquí la sanción no se aplica por el hecho de que alguien se disfrace o porte un arma, como ya se anotó, sino por las características personales de los sujetos que den motivo para sospechar de que tratan de cometer un delito. Cosa que contradice la postura de la reprochabilidad limitada al hecho aislado.

También es controvertida la tesis de Maurach, respecto a la tentativa, ya que lo determinante para la reprochabilidad conforma a Maurach lo es el hecho aislado que es, la realización del tipo que queda incluido en la descripción legal.

En la tentativa, ¿cuál será el hecho aislado?. No se encuentra con facilidad, y por tanto opera el principio latino que reza: "Cogitationis poenam nemo patitur", que significa "El pensamiento no es punible", que para efectos de este tema se interpreta que no es punible lo ideado, mientras no sea manifestado en el mundo externo, estando así, ante una total falta de hecho aislado, porque no ha habido concreción de un tipo, y si a esto se agrega la imposibilidad de sancionar al pensamiento, se sancionan los actos que van encaminados a la realización de un injusto, en cuanto a su manifestación externa, y no podrá decirse que el reproche se haga por un hecho aislado, en la referida tentativa, ya que en concepto del maestro Vela Treviño, aquí no existe.

Afirma el maestro Vela que la reprochabilidad, contrariamente a lo que escribe Maurach, no existe, tratándose de delitos cometidos en grado de tentativa. También dice el maestro Vela que desecha la tesis de Maurach, por lo que hace a la reprochabilidad del hecho aislado, tal y como lo señala al invocar los artículos apuntados.

III) C). JUAN BUSTOS RAMIREZ

El maestro JUAN BUSTOS RAMIREZ, hace apreciaciones significativas y relevantes para el Derecho Penal, en tratándose del tema que nos ocupa.

Estas apreciaciones del maestro Bustos estarán anotadas y comentadas con base en criterios expuestos por otros autores, grandes en la materia como ya se verá con posterioridad. Las afirmaciones del maestro Bustos son afirmaciones que desde el momento en que se observaron, llamaron nuestra atención y son motivo por el que se comentan.

Dice el maestro Bustos Ramírez que surge un nuevo contenido en el tema de la acción cuando aparecen las ideas del talentoso maestro alemán Hans Welzel. Además de éste alemán, otros autores destacados en la materia han ampliado el mismo, y así tenemos entre otros al maestro R. Maurach, Werner Niese, Günter Stratenwerth, Armin Kaufmann, etcétera.

De entre los planteamientos personales del maestro Bustos Ramírez, señalamos que "no hay una sola estructura delictiva, sino que existen varias estructuras y que estas son diversas, por lo que se puede mencionar que existen los delitos de comisión, y así también existen los delitos de omisión, y

que de entre estos, a su vez, hay que separar la estructura de los delitos dolosos (relevantes para la Acción Final) y de los delitos de imprudencia o culposos".

Tratándose de los delitos de acción (comisión) y de los de omisión, considera el autor que la acción y la omisión representan dos realidades diferentes y por tanto que lo injusto de una y de otra, tienen contenidos y categorías distintas.

En este mismo sentido manifiesta el autor que en contradicción con otras corrientes doctrinarias del pensamiento, como las de los maestros Alexander Graf Zu Dohna y Hellmuth Von Weber, que lo primero a considerar es la "acción" y su contenido, siendo que el contenido de ésta es el dolo por una parte o la culpabilidad por otra parte, elementos que son la base para el deber ser, y sólo posteriormente se habrá de determinar si el sujeto activo del ilícito tenía o no la capacidad para obrar de otra manera, que es propiamente el problema de la culpabilidad.

Esta reflexión se basa en el principio fundamental de la teoría que reza: "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, conforme a los planes que se trace para la consecución de sus fines. (\*)

Lógicamente esto alude pensar que el saber causal previo puede dirigir sin problemas los distintos actos de la actividad del sujeto, de tal modo que su finalidad esté perfectamente delimitada.

Actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los elementos causales existentes en cada caso.

La Acción Final confiere la base subjetiva a lo injusto, el dolo necesariamente ha de pertenecer a la tipicidad, pues justamente recoge esa estructura final de la Acción, y de este modo, los elementos subjetivos se engranan fácilmente en el tipo o en las causas de justificación, pues tienen como base la estructura finalista.

La tipicidad tiene un carácter valorativo, autónomo de la antijuridicidad, porque la norma prohibitiva o de mandato implica una valoración sobre el acto o la acción del sujeto.

(\*) BVA: Apunta de igual manera Helzel en su obra registral.

La antijuridicidad es un juicio valorativo subjetivo, ya que relaciona el ordenamiento jurídico con el delito.

Por último, la culpabilidad queda desprovista de cualquier relación psicológica, y queda como juicio valorativo, también llamado de reproche (como lo llama Maurach), y subjetivo, que se deriva de la capacidad de motivación del sujeto.

En suma, lo injusto es gama de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. Por esto, la tipicidad distingue entre aspectos subjetivos y objetivos (dolo o culpa).

Por su parte, la antijuridicidad encierra en su contenido elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base a la Acción Final.

Para concluir con este punto, el maestro Bustos afirma que la culpabilidad es intrínsecamente valoración, pero con contenido subjetivo, ya que se funda en la capacidad de actuación del sujeto. Por esto es necesario diferenciar entre injusto doloso y culposo, ya que son dos sistemas diferentes de la acción.

Puede desprenderse entonces que la acción, frente a esta dualidad de conductas, no es un concepto prioritario de un sistema, ya que este no es el único. (\*).

Tratando de la acción, el maestro Bustos comenta que la acción se fundamenta en el "bien jurídico", ya que la acción por sí sola no dice nada al Derecho Penal, toda vez que desde el bien jurídico se determinan a través de la norma previamente establecida por el legislador, las acciones que deberán ser relevantes para el Derecho Penal.

Así, por medio de la norma, se clasifican los comportamientos prohibidos o mandados. Luego, se entiende que el comportamiento interesa, en la medida en que pueda ser atribuido en consideración al bien jurídico a un tiempo determinado, ya que lo que importa al Derecho Penal, no es cualquier comportamiento general, sino uno concreto, o que esté descrito por el Legislador como una conducta dañosa para la sociedad.

De lo anterior, se puede desprender que única y exclusivamente la Acción en el injusto penal solo tiene sentido cuando es una acción típica, o tomada en este orden de ideas como encausadora de un tipo penal a un bien jurídico tutelado por la norma.

(\*) NOTA: Tesis del autor en trata.

Por esto, en primer lugar se estudia el delito y todo lo que proporciona una relación con él; luego el sujeto y luego la pena. Y termina diciendo que el dogma causal no juega rol alguno, pues el causalismo no da ni quita nada, y al contrario, se ha mostrado que es insuficiente para resolver cualquier tipo de problema penal. (112).

Respecto a la atribuibilidad, Maurach la define como "...el juicio de que el autor, al cometer su acción típica y antijurídica, no se ha conducido conforme a las exigencias del derecho..." (Maurach, citado por Vela Treviño en su Culpabilidad e Inculpabilidad).

Esto es, proporcionar una base para la determinación de la responsabilidad, por lo que resume el maestro Bustos que: "No hay una sola estructura delictiva, sino que hay diferentes estructuras, hay delitos de comisión y de omisión, y dentro de estos también están los dolosos y los culposos. Dice que la acción no es concepto superior en otros sistemas. El bien jurídico determina entonces lo que es típico y antijurídico, reflexiones estas del maestro Bustos Ramírez.

(112) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL (Parte General). Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1984, Primera Edición p. 163 s.s.

III) D). JOHANNES WESSELS.

Como ya lo hemos citado, dentro de la teoría que estudiamos, existen varios autores destacados que aumentan y enriquecen la misma con sus ideas y nuevas aportaciones. Por esto, y observando las ideas que aporta Wessels, en su pensamiento respectivo a la Acción Finalista, se anotan entre otros de los puntos que trataremos de su obra, los que a continuación se mencionan:

I.- La conducta humana como el fundamento del hecho punible y II.- La teoría finalista de la acción.

Iniciamos al desarrollo de los pensamientos de este autor, con el primero de los puntos que anotamos.

I.- La conducta humana como fundamento del hecho punible.

El problema consiste en establecer la punibilidad de un sujeto ante la realización de un hecho, suceso o conducta del agente activo del delito.

Para entender esta problemática, Wessels, en su Derecho Penal, nos ofrece este ejemplo: "...R y T caminan por el mercado. En el puesto del vendedor V, T le da a R, de repente, durante un altercado con él, un fuerte golpe en el pecho. R cae sobre los vasos de cerámica expuestos por V para

la venta, y varios de ellos se rompen. T huye rápidamente, mientras R comunica el hecho a un policía que había sido llamado por V...". El autor escribe la pregunta: ¿R es punible?.

Ahora, después de establecer este caso ejemplificativo de la cuestión que nos formula el autor, si estamos en la posibilidad de comprender la pregunta fundamental que es: ¿R es punible?.

Toda investigación que sea de carácter penal tiene como finalidad establecer, ante todo, si un suceso determinado realiza las características de un hecho punible y si se lo debe imputar a una persona definida como obra de su voluntad libre. Ante esta situación, se observará sin ninguna duda que el hombre se sitúa como sujeto de derecho; a su conducta se refieren las normas jurídicas en que se basan las disposiciones penales.

La ley ante estos casos impone prohibiciones y a someter las infracciones a las normas, a la valoración del derecho, que es una norma susceptible a valorización.

Respecto a este planteamiento, nos dice el autor que punto de partida del Derecho Penal es la conducta unida a consecuencias socialmente perjudiciales. Base jurídica de la responsabilidad es el hecho injusto con el cual debe comenzar de una forma metódica toda la investigación.

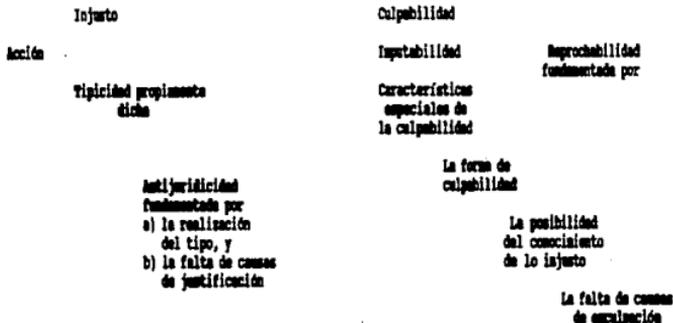
Afirma Wessels que "sin hecho no hay autor" y "sin injusto no existe culpabilidad". (113)

Solo inmediatamente después de la valoración del hecho, podrá dictarse un veredicto de culpabilidad contra el autor.

Sigue anotando el autor que "Hecho punible" es una acción típica, antijurídica y culpable. Sobre la base del nexo funcional de estos grados de valoración que hemos referido ya: **TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD**, se da un esquema fundamental de la estructura del ilícito penal:

(113) WESSELS, Johannes. **DERECHO PENAL** (Parte General). Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1966. 6ª Edición p 19 y s.s.

**HECHO PENAL**



Este esquema se basa en lo siguiente: la pena presupone la culpabilidad. Culpable sólo puede ser un hecho antijurídico o solamente las acciones típicas tienen que ser examinadas en cuanto a su antijuridicidad o licitud y en el sentido de un tipo delictivo determinado, no puede ser típico lo que no es siquiera Acción en el Derecho Penal.

La Acción forma el elemento de unión que recorre todas las etapas de la consideración jurídica y crea la relación frente a los sucesos de valoración.

Este esquema se hace con el fin de precisar que antes de examinar las distintas características del tipo penal que en el ejemplo se plantea, sería el de Daño en Propiedad Ajena, y de subsumir la situación bajo la ley, aclara el autor y propone

además que "toda investigación penal debe recorrer por razones sistemáticas, distintas etapas de valoración". (114).

En consecuencia a esto, el autor menciona que el golpe de R que fue quien tuvo la mala fortuna de caer sobre los vasos de cerámica, debe examinarse en primer lugar con respecto a su calidad de acción, ya que la pena presupone culpabilidad, y que la acción sea considerada como tal, para que trascienda al mundo del Derecho Penal.(\*).

II.- El maestro Wessels explica a la teoría del finalismo como una manera de poder llegar a comprender mejor un concepto de la acción contemplada en el ámbito penal, ya que dice en sus afirmaciones que se discute sobre los requisitos que debe reunir el concepto penal acción, asimismo dice que existen varias de las teorías que tratan de explicar estos puntos: si la acción debe de interpretarse exclusivamente como categoría del ser o como categoría jurídica, y qué significado le corresponde en el sistema del delito a la voluntad del actuar, problemas estos que serían interesantes de comentar, pero no son precisamente los puntos de nuestro trabajo, empero, de las ideas de Wessels, si nos interesa saber qué piensa respecto a la Acción Final del Derecho Penal, y además de otras corrientes del pensamiento que él mismo analiza.

(114) Ídem.

(\*) NOTA: De acuerdo con Wessels están: Hans Welzel, Buenos Aires y otros. Los mencionados autores, y en general la mayoría de tratadistas, están de común acuerdo que la Acción Penal tiene que ser de una determinada calidad "típica", para que pueda considerarse entonces como una Acción Penal perfectamente dicha, y así entonces recaer en ella las consecuencias jurídicas aplicables a cada caso.

Así que, sobre la Acción finalista, Wessels escribe: Según la teoría que estudiamos, Welzel, Weber, Busch, Maurach, Niese, Armin Kaufmann, Schaffstein, Stratenwerth, Hirsch y otros autores, dicen que la Acción es "ejercicio de actividad finalista", o sea, acontecimiento final, y no únicamente causal.

Explica el tratadista, y de acuerdo con otros que ya se han mencionado, que la finalidad de la Acción se basa en la circunstancia de que el hombre pueda prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, proponerse fines de diversa índole, y dirigir su conducta con arreglo de un plan tendiente a la obtención de estos fines.

De esta manera, la Acción Finalista es un "obrar dirigido" conscientemente desde el fin: la voluntad que guía el suceso causal constituye la espina dorsal de la Acción Finalista.

Antes de continuar, desearíamos anotar que el autor, así como otros tratadistas, reiteran que "la Acción Finalista es un obrar dirigido conscientemente, desde el fin", y nosotros pensamos que no es "desde el fin", sino mejor dicho sería "hacia el fin", ya que no se puede hablar de un acto el cual no se ha consumado, es decir, que ya se efectuó. Es por esto que

pensamos sería tal vez un poco más precisa la expresión de "hacia el fin".

Según el criterio "finalidad" de la conducta, significa algo distinto a "voluntariedad", en el sentido de la teoría causal. Una conducta ya es voluntaria si se la puede atribuir a un acto cualquiera de voluntad. Consecuentemente los partidarios de la teoría causal, se conforman, respecto a la acción, con la "comprobación de que quien actúa es voluntariamente activo, lo que ha querido y se ha propuesto con ello, debe ser examinado en el ámbito de la culpabilidad.

La teoría finalista pretende haber descubierto en la estructura finalista ontológicamente fundamentada de la acción, el punto de partida decisivo respecto de la imputación penal de las consecuencias de la conducta. Las objeciones formuladas por los adversarios de esta teoría, dice Wessels, no se dirigen tanto, en la actualidad, contra el carácter finalista de la acción, sino más bien a la tesis expuesta por los finalistas, según la cual el Legislador está ligado a la estructura finalista de la Acción, y por lo tanto, no puede aplicar, en el ámbito del Derecho, una reglamentación diferente.

Esta teoría finalista que concibe a la voluntad de actuar como factor que guía con arreglo a un plan el suceso causal, ha descubierto en la finalidad de la Acción un punto de

partida importante. Como se había planteado al principio de esta exposición del autor, ahora poco a poco se va despejando la duda de ese punto de partida.

La capacidad para fijarse un objetivo conscientemente, y guiarlo finalísticamente con arreglo a un fin, eligiendo los medios, sólo la posee el hombre y ningún otro ser. Consecuentemente, se reconoce hoy casi unánimemente que la teoría finalista analiza con acierto la estructura de la Acción, que es característicamente "anticipada mentalmente".

Por lo expuesto, en lo relativo a la intervención del maestro Wessels, podemos advertir fácilmente que, dentro de su pensamiento, apoya al finalismo por ser una doctrina que utiliza al pensamiento humano para la efectuación o realización de sus fines, sean encausados a una conducta lícita, o a la que no lo sea.

### III) B). LUIS CARLOS PÉREZ

Aquí tenemos a otro de los tratadistas en Derecho Penal que ha acomodado entre sus pensamientos a la teoría que nos interesa desarrollar en este trabajo. El maestro Luis Carlos Pérez, quien en su obra nos enseña a entender un poco mejor y con claridad a la teoría en trata.

Así pues, el maestro Pérez inicia así su exposición.

Primeramente reconoce que el creador de la misma es el maestro alemán, ya conocido por nosotros, Hans Welzel, en la que propone que la conducta humana siempre tiende hacia un objetivo final, de donde resulta que la Acción no es solamente causal, sino que al contrario, es primordialmente finalista, o lo que es lo mismo "...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...". (115).

La finalidad se basa en que, gracias al conocimiento de los hechos y sus causas, el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, conforme a su plan, previsión que alcanza también la consecución de los mismos fines.

Ese conocimiento de las causas, tiene la capacidad de dirigir su actividad a los fines que el mismo ser humano desea. Así se dice que actividad final es un obrar dirigido conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está encausado desde el fin, sino que es el resultante causal de los compromisos causales existentes en cada caso.

(115) WELZEL, Hans Op cit p. 51.

Por eso, la finalidad es, dicho en otra manera "vidente", y la causalidad, es ciega, puntos estos que después de haber analizado a diversos autores ya mencionados, no está a discusión. Si en cambio puede reafirmarse que la finalidad domina y orienta a la cadena de las causas, y esta cadena de pocos o muchos eslabones, queda al servicio de las pretensiones criminosas.

El agente se propone un fin, anticipo que representa en la esfera del pensamiento, de donde parte a la selección de los medios destinados a conseguirlo, y también a la consideración de efectos concomitantes que van ligados a los factores causales. Pero a diferencia del objetivo que persigue, desea evitar estos efectos concomitantes. Tal y como en su momento se dijo, es parecido a la teoría civilista del acto y del hecho jurídicos. Mientras que en el acto se quieren las consecuencias, en el hecho se quiere el acto en sí, pero no se quieren las consecuencias de Derecho.

Expone el maestro Luis Carlos Pérez, en su atinada intervención a la teoría finalista de la acción, que existen eventos que no están comprendidos dentro de ella.

La Acción produce efectos en circunstancias conocidas. Si el agente calculara el monto de consecuencias posibles conocidas o ignoradas por él, quizá no tendría

actividad. Esta confianza en la no producción de consecuencias posibles, pertenece a la acción humana, del mismo modo que la dirección final configuradora del futuro (\*).

Por ello quedan fuera del contenido de la conexión final de acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el actor confía en que no se producirán y pertenecen a ellas solo aquellas consecuencias con cuya producción él cuenta. (\*\*).

Tampoco pertenecen a la relación finalista las consecuencias no vinculadas previamente a la voluntad de realización. Las consecuencias ulteriores a las que nos referimos, se han producido en forma causal ciega, es decir, que han sido causadas en efecto, pero jamás fueron desde ningún punto de vista queridas por la Acción Final.

Una Acción Final (en lato sensu) no solamente existe cuando es la meta de la actividad voluntaria, sino también lo es cuando es consecuencia concurrente, incorporada a la voluntad de realización del acto (tal y como señala en su ejemplo el maestro Welzel en su Derecho Penal Alemán).

(\*) NOTA: Tal y como propone Hurech en tratados de los elementos integrantes de la acción. Ver Destas Ramírez en la referencia pertinente.

(\*\*) NOTA: Por consecuencias concomitantes debe entenderse a aquellas consecuencias que vienen acompañando a las causadas, o que ocurren juntamente con estas, pero que supiero no fueran deseadas.

Los resultados que el autor obtuvo, tal como se los propuso, deben ser tratados como una unidad inseparable en sus aspectos subjetivo y causal. Frente a la finalidad, de los delitos dolosos, son distintos de los culposos, ya que en los primeramente referidos (dolosos) actúa la voluntad y en los segundos no actúa. La culpa, pues, resulta de un hecho causal ciego, y se atribuye al sujeto, solo porque no pone en su Acción el mínimo jurídicamente exigible de dirección finalista para evitar la consecuencia.

Estos extremos no deseados se sancionan solo cuando se han producido, y se llaman "delitos culposos de comisión".

## CAPITULO TERCERO

### I. LA ACCION FINAL (CRITICA).

Una vez que hemos desarrollado las diversas corrientes de pensamiento, nos encontramos que no todos los juristas responden a la teoría de la Acción Final con los mismos razonamientos. Por esto, nos abocamos a resumir algunas de las opiniones que se encuentran dentro de lo que podemos enunciar como las críticas a la corriente.

PRIMERO.- El maestro don Alfonso Reyes Echandía dice en su "Culpabilidad" que la Teoría Finalista tiene el mérito de haber introducido el concepto final de la acción humana, dentro del ámbito del Derecho Penal y haber intentado una explicación sistemática de la teoría del delito. Ha sido sin embargo objeto de numerosas críticas la teoría referida y, de entre las cuales, el maestro Reyes destaca las siguientes:

Esta escuela no ha aportado nada nuevo, como ya se había indicado, toda vez que la psicología había descubierto lo que todos ya conocemos, que únicamente hay acción humana cuando la voluntad se orienta hacia una finalidad determinada; recalca el maestro Reyes que "nadie discute, pues, que la conducta del hombre se caracteriza por la búsqueda de objetivos a los cuales se dirige su actividad sicosomática". (116).

(116) REYES ECHANDÍA, Alfonso. CRIMINALIDAD Editorial Temis, S.A. Bogotá, Colombia. 1968. 3ª Edición p. 15.

Esta crítica que realiza el maestro Reyes, definitivamente queda un tanto fuera de lugar, ya que desde el inicio del desarrollo de la teoría, Hans Welzel reconoce abiertamente que la forma de pensamiento no es novedosa, ya que tiene sus orígenes en Aristóteles, pero en cambio es él quien la retoma en su tiempo.

SEGUNDO.- La explicación de Welzel sobre el iter criminis, aunque en una nueva versión de la de Carrara, continúa presentando idéntica falla esencial; esto es el pensamiento errado de que todo comportamiento humano se desarrolla con la misma lógica a la cual seguirían en sucesión inalterable actos preparatorios, ejecutivos y consumativos; Welzel pretende explicar la acción delictiva como el resultado de estos caminos; sin embargo, en la vida real, los hechos no ocurren siempre de igual manera, ya que el hombre actúa muchas veces sin una clara y precisa finalidad, o puede hacerlo sin anticipar mentalmente los efectos de su acción, y apenas entonces se pregunta por qué lo hizo.

Estas variantes, que son más o menos frecuentes, son las que escapan a la explicación analítica de Welzel. (\*)

(\*) NOTA: Consultar a F. Carrara sobre el tema, así como el de los delitos culpables con Welzel.

TERCERO.- En la conducta de los delitos de omisión, resulta difícil entender como final, un comportamiento humano de esta situación; esto conduce a la doctrina finalista a escindir la teoría del delito en dos: una para los delitos de acción y otra para los de omisión.

CUARTO.- Sentimos nosotros que una de las principales ressaltaciones de la teoría finalista se dan en tratándose de los delitos cometidos de manera imprudencial, toda vez que no es clara la finalidad del sujeto activo en la comisión de éstos delitos. Esto lo afirman varios tratadistas, pero en el caso volvemos a citar al maestro Reyes, quien dice "...la relación conducta-finalidad varía sustancialmente desde el momento en que en la acción culposa, la voluntad no se orienta hacia un fin antijurídico...". (117).

QUINTO.- La culpabilidad, en la teoría finalista, se ha ubicado respecto de quien realiza la conducta típica y antijurídica, igualmente han ubicado al dolo dentro de esta postura, y esto da como resultado que el dolo y la culpa son sujetos al juicio de reproche, siendo que el concepto de culpabilidad es un concepto de relación, y que el dolo es diferente de aquella, así como el objeto de valoración lo es del juicio valorativo; olvida que si el dolo ya ha sido

(117) Ídem p. 16.

colocado como objeto del juicio de antijuridicidad, no puede ser tenido como objeto del juicio de culpabilidad, porque entonces se está duplicando el fenómeno como objeto de sendos juicios valorativos.

SEXTO.- El concepto que se maneja en el finalismo puede dividirse en dos: cuando existe tentativa el dolo se incorporará al tipo, y cuando exista la consumación, a la culpabilidad; esto no significa que la finalidad de la conducta se identifique con el dolo, porque estará también en el tipo, como proponen los finalistas, lo que pasa es que en esta doctrina, el dolo se agota con la simple voluntad de realizar el hecho antijurídico; en resumen, no se ve por qué el dolo deba variar, como ya se anotó, en la tentativa y en la consumación.

SEPTIMO.- Los finalistas consideran como elementos de la acción a la imputabilidad, la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma y la posibilidad de conocer la ilicitud de la acción (como sostiene Maurach), en esencia esos tres requisitos se reducen a un solo: la imputabilidad, puesto que solo es imputable quien tiene la capacidad de comprender su conducta, junto con su ilicitud, y con esto autorregular su conducta, por lo que la doctrina finalista confunde la

valoración con el objeto valorado, es decir, valora tres valoraciones. (\*).

OCTAVO.- El finalismo sostiene que los inimputables son capaces de actuar dolosamente, porque pueden dirigir sus acciones hacia una finalidad típica. Esta afirmación parte de un equívoco que es que en alemán, la expresión dolo no se usa, se emplea del lenguaje común "intención", lo mismo que "negligencia", por lo que aparecen como términos técnicos para expresar la culpa penal. (Bayer Schindler. CULPABILIDAD, p. 16).

NOVENO.- Afirma Eugenio R. Zaffaroni sobre el término de finalismo, que es una expresión tautológica, ya que para que haya conducta, es menester que la misma sea voluntaria.

DECIMO.- Los partidarios de la teoría finalista examinan la voluntad desnuda, varía y para nada se detienen en ella hasta después de haber visto otros elementos del delito, como son la tipicidad, la antijuridicidad y la imputabilidad. No hay una sola estructura delictiva sino diferentes delitos, que son de comisión y de omisión. La acción, frente a estas diversas estructuras, deja de ser el concepto superior del sistema, ya que no hay uno solo, sino varios.

(\*) NOTA: Consultar Baurach sobre elementos de la acción. El propone y sostiene estos. Así lo nota también Bayer Schindler en su "Culpabilidad", p. 17.

DECIMO PRIMERO.- Por lo que concierne al concepto finalista, solo mediante mágicas argumentaciones puede hacerse entrar en ella la conducta culposa, y especialmente la que se debe a una culpa inconciente. (118).

DECIMO SEGUNDO.- Los seguidores de la teoría finalista, cuando examinan al delito, no pueden prescindir de la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, conforme a los criterios tradicionales. Donde el finalismo revela cierta inconsistencia, es en la determinación del concepto de culpabilidad. Al excluir de este elemento el dolo y la culpa, se le vacía de lo que le es más esencial, puesto que la culpabilidad no puede ser más que una actitud psíquica, contraria al deber.

DECIMO TERCERO.- Apunta Welzel que la finalidad de la acción se basa en que el hombre, gracias a su entendimiento, preve las consecuencias posibles, dentro de ciertos límites, su actividad; por tanto, actúa conforme a su plan. ¿Cómo entiende Welzel los delitos que son cometidos por mera imprudencia?, ¿Acaso estos delitos no serán sancionados?.

(118) FORTS PERRY. APORTAMIENTOS A LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. p. 254

Pensamos nosotros que esta es una de las incógnitas esenciales dentro de la acción final, ya que no queda perfectamente clara la respuesta al cuestionamiento hecho con anterioridad.

DECIMO CUARTO.- En el sentido de la teoría finalista "es finalista solo aquel que en los hechos punibles dolosos incluya al dolo como parte subjetiva del tipo". Esta teoría no es de la acción finalista, sino en realidad una teoría del injusto finalista (Revista Mexicana de DERECHO PENAL, p. 97 y 98).

## II. ACTUALES TENDENCIAS.

A lo largo de este trabajo, pudimos percatarnos de las diferentes posturas que proponen los autores sobre la acción o la también llamada voluntad del sujeto, en el momento de cometer un injusto dañoso a la sociedad.

Así, el causalismo nos dice con su máxima básica que la causa de la causa es causa de lo causado, con lo que nosotros deducimos que la ley y el juzgador, en el momento de observar la comisión del ilícito, se basa principalmente en la iniciación de la motivación de este sujeto, es decir, qué es lo que motivo al individuo a proceder de una manera antijurídica, y una vez conociendo este motivo, sancionarlo.

Vimos también otra de las tendencias más conocidas, que es la llamada acción social, que nos propone el sancionar al delincuente por haber lesionado los intereses sociales, importándole poco cuál fue la causa o la finalidad que llevaron a este sujeto a la comisión del delito; así también observamos el finalismo, teoría derivada del alemán Hans Welzel del derecho positivo alemán, teoría que nos enseña que el hombre capaz, siempre tiene la visión de prever lo que pasará en el futuro, y así encaminar su voluntad a las consecuencias deseadas por él.

En síntesis, podemos afirmar que el finalismo ha ganado su batalla en el orden sistemático, aun cuando recibe severas críticas acerca de la conducta humana, y no obstante a ellas, es una corriente aplicada en diferentes países del mundo, como son entre otros Italia, España, Austria, Japón, México, Brasil, Chile y Argentina.

Con la teoría finalista se logra culminar todo un proceso dogmático en la configuración de la teoría del delito, que permite superar contradicciones y simplificaciones anteriores, con lo cual se logra una mayor precisión conceptual y garantista, a pesar de que no dejan de darse puntos críticos que ponen en discusión a estos logros.

Desde el punto de vista jurídico-penal, da lo mismo que haya muerto o no un hombre, lo importante es solo que se le haya tratado de matar. A partir del año 1965, época en que la teoría finalista alcanza su total consagración, surge una nueva etapa en la evolución de la teoría del delito, que, sobre la base de la renovación producida en la criminología y en la política criminal, analiza el delito no solo desde una perspectiva conceptual o estrictamente dogmática, sino preferentemente desde las funciones y legitimación de un Estado Social y democrático de Derecho, y por eso mismo desde el sentido y fundamento de la pena.

#### **CONCLUSIONES.**

**PRIMERA.-** Dentro de los antecedentes de la teoría del delito, hemos incluido conceptos, formas, ideas, que nos llevarán a comprender fácilmente el presente trabajo.

Así contamos por ejemplo con la clasificación del Derecho Penal respecto al Derecho en general; algunos conceptos como el de DELITO, sus principales elementos y sus correspondientes explicaciones.

A. Anotamos causas de excluyentes de responsabilidad penal, que aún cuando excluyen, no dejan de ser

actividades en las que la manifestación de la voluntad se asoma y entra en juego;

B. Están inmersas las finalidades del Derecho Penal, que son básicas para el entendimiento del trabajo;

C. Anotamos el esbozo del "iter criminis" para comprender a la perfección las teorías que se desarrollan.

SEGUNDA.- En la acción causalista se han anotado autores y corrientes de pensamiento que a final de cuentas proponen que "la causa de la causa es la causa de lo causado". En esta corriente se creía que "todo es causa y efecto". Sus fallas y roturas a lo largo de su camino.

Diversas teorías que explican la acción causalista como por ejemplo la teoría de las condiciones o *condictio sine qua non*, la teoría de la preponderancia, la teoría de la condición más eficaz, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causalidad adecuada, etcétera, teorías estas que explican el comportamiento humano desde la motivación que le dio origen.

**TERCERA.-** De la teoría de la acción social, que observa el malestar que puede cometer un individuo que atenta contra la seguridad de ésta al realizar un injusto o ilícito típico.

**CUARTA.-** De la teoría de la acción final, que sustenta la idea de que "...la finalidad domina y orienta la cadena de las causas, y esta cadena de muchos o pocos eslabones, queda al servicio de las pretensiones criminosas.

El agente se pone un fin, anticipo que representa en la esfera del pensamiento, de donde parte a la selección de los medios destinados a conseguirlo, y también a la consideración de efectos concomitantes que van ligados a los factores causales...". (PHE, La Crim. @ Cit. p. 31).

"...Hay que tener en cuenta, que describe correctamente las acciones plenamente concientes, pero no, en cambio, las que no lo son, como por ejemplo, las denominadas acciones automáticas (pasear, conducir, escribir) o las pasionales, que pueden tener trascendencia penal. Se muestra incapaz de comprender a la omisión, porque en ésta que se limita a dejar correr una cadena causal ya en marcha, falta una sobredeterminación final del proceso causal. Fracasa en los delitos imprudentes. La imprudencia consiste en la ejecución

descuidada de una acción final, el automovilista que quería llegar pronto a su casa para ver a su familia (voluntad final), provoca con sus poco prudentes prisas la colisión (causación no querida de un resultado dañoso) y este descuido no puede considerarse sometido a control final...". (120).

QUINTA.- Del concepto de acción, observaremos con claridad que el importante para el estudio de la finalidad es el concepto que nos habla de una voluntad externa, o bien interna del hombre con la que una vez realizada modifica en algo el exterior de la sociedad, y observaremos aquí que desde que vemos a la palabra acción ya significa movimiento, actividad, pero no cualquiera de estos, sino movimientos que trasciendan al ámbito jurisdiccional del Derecho Penal. Así que como dice Kaufmann que "constituye hasta tal punto la fuente reconocida de todas las modificaciones en el mundo del Derecho...". (Ver cita 69).

SEXTA.- La acción en el llamado amplio sentido o *Latu Senu* es continente del acto mismo y de la omisión, que son las formas de manifestarse la conducta humana, para constituir un delito.

SEPTIMA.- La acción Stricto Sensu o acto es un hacer efectivo corporal y voluntario que es la manifestación de conducta que interesa a la teoría de la Acción Final.

OCTAVA.- La Acción Finalista es la teoría que 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 su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente al acontecer causal exterior, a un fin, y así lo sobredetermine finalmente. Actividad final es un obrar orientado concientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso.

Por eso, la finalidad es dicho en forma gráfica "vidente", la causalidad "ciega". (Welsch).

NOVENA.- Respecto a los elementos que constituyen la acción, variados juristas exponen sus opiniones al respecto, y la mayor parte de ellos coinciden en mencionar que estos elementos son, a saber: la imputabilidad, la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma y la posibilidad de conocer la ilicitud de la acción.

DECIMA.- Hans Welzel, autor que ha expuesto y desarrollado profundamente la teoría de la Acción Finalista, al subrayar en forma muy especial este carácter, al acentar "la acción humana es ejercicio de actividad finalista". (Comentado por *Manuel Neppes en su Derecho Penal p. 91*).

DECIMA PRIMERA.- Para el maestro Maurach la Acción Finalista está compuesta por los elementos mencionados con antelación, y además agrega un elemento que considera importante, y que denomina "la atribuibilidad". Siendo este otro adjetivo "el juicio de que el autor (agente), al cometer su acción típica (delito) y antijurídica, no se conduzca conforme a las exigencias señaladas por la norma o por el Derecho". Esta atribuibilidad no sirve mas que para la importante función de imputar a alguien como propio, determinado comportamiento, sin que por ello signifique que sea un comportamiento culpable.

DECIMA SEGUNDA.- El maestro Bustos Ramírez plantea que no hay una sola estructura delictiva, sino que existen varias estructuras, y que estas son diversas, por lo que puede mencionarse que existen los delitos de comisión, y así también existen los delitos de omisión, y que de entre estos a su vez hay que separar la estructura de los delitos dolosos (relevantes para la Acción Final) y de los delitos de imprudencia o culposos. Tratando de la acción, el maestro

Bustos comenta que se fundamenta en el bien jurídico, ya que la acción por sí sola no dice nada al Derecho Penal, toda vez que desde el bien jurídico se determina a través de la norma previamente establecida por el legislador, las acciones que deberán ser relevantes para el Derecho Penal.

DECIMA TERCERA.- J. Wessels estudia la conducta humana como el fundamento del hecho punible y la teoría finalista de la acción, por lo que podemos advertir fácilmente en lo relativo a la intervención de este autor, que dentro de su pensamiento apoya al finalismo, por ser una doctrina que utiliza al pensamiento humano para la efectuación o realización de sus fines, sean encausados a una conducta lícita o a la que no lo sea.

DECIMA CUARTA.- La acción produce efectos en circunstancias conocidas, pero quedan fuera del contenido de la conexión final de acción todas aquellas consecuencias concomitantes consideradas como posibles, que el autor confía en que no se producirán y pertenecen a ellas solo aquellas consecuencias con cuya producción él cuenta. Por consecuencias concomitantes deben entenderse aquellas consecuencias que vienen acompañando a las causadas, o que obran juntamente con éstas, pero que no fueron deseadas. (Historia Nru).

DECIMA QUINTA.- Al parecer hemos agotado ya la información que nos allegamos, con la intención de preparar este trabajo de graduación en el grado de Licenciatura. Ahora que pasamos por tantos caminos, que hasta hace unos meses eran desconocidos parcialmente por nosotros, creemos estar en posibilidad de emitir un juicio de valor, como en lógica se denomina, y con este juicio ofrecer, si no una excelsa conclusión del trabajo, si por lo menos una modesta observación de él.

A., La teoría principal vista durante el recorrido de las páginas de este compendio, es la llamada FINAL o FINALISTA o FINALISTICA, teoría desarrollada por Welsel y en la que teóricamente está plasmado este pensamiento fundamental:

"...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 su plan, a la consecución de estos 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. Actividad final es un obrar orientado concientemente desde el fin...". "... por eso finalidad es -dicho en forma gráfica- 'vidente'...".

B.- Por su parte otra importante línea de pensamiento denominado CAUSALISMO nos expone su propia opinión referente a la acción, dejando en claro que: "...la acción humana es un suceso causal, para el cual solo debe interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el mundo externo, y no el sentido social del suceso.

Según esta opinión, "acción es conducta corporal voluntaria" (Beling) o "la producción, atribuible a la voluntad humana, de una modificación en el mundo externo" (Liszt).

C.- Sobre la teoría de la "Acción Social" solamente apuntaremos una idea que nos parece central sobre el entorno de la misma, y esta idea es propuesta por el maestro Sáinz Cantero, al afirmar "...lo que de la acción importa al Derecho Penal no es que produzca una modificación en el mundo externo, físico, natural, o que sea actividad final, sino que implique una relación valorativa con el mundo social, que produzca consecuencias socialmente relevantes...". Después de oír esta opinión se nos antoja mezclar entonces a la acción social con la final y la causalista, con el fin de que se aplique esta, siempre que la sociedad en sí sea lesionada.

Ahora bien, tenemos aquí tres concepciones diversas de la Acción, pero lo cierto es que al estar en México tenemos que observar lo que en México hay.

D.- Por lo tanto, asomémonos a la legislación penal; veamos uno de los numerales más importantes del Código Penal que es el número 52, que en una parte de su segunda fracción nos impone:

"-Artículo 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

2.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, LOS MOTIVOS QUE LO IMPULSARON O DETERMINARON A DELINQUIR y sus condiciones económicas...".

¿Acaso este artículo nos da idea de finalismo?, pensamos que definitivamente NO.

Sí en cambio nos enfoca al causalismo, ya que hace observar al juzgador los motivos que impulsaron a delinquir al sujeto activo.

Se desprende de este artículo que el corte de nuestra ley es, por tanto, de tipo causalista, y con esto inclusive

llega a ser hasta paternalista -y lo que es paternalista es blando-, como un padre al castigar al hijo.

Esto viene a tema, ya que hoy en día existe un alto índice de delincuencia, no solo en México, sino en todo el mundo, y es necesario apoyar al Estado para que este, a su vez, apoye a sus súbditos, protegiéndolos y guiándolos por el buen camino. Claro que al que no quiera conducirse por ahí, habrá necesariamente que sancionársele con el fin de que se corrija y no lesione más a la sociedad a la que pertenece.

Esto, pensamos, se logrará solamente con "mano firme y decidida, sin paternalismos".

E.- Pero desgraciadamente, si aplicáramos con rigor la otra cara de la moneda (el finalismo) crearíamos delincuentes más sagaces y con más agudeza moral para llevar a cabo el llamado "injusto penal".

F.- Esto quiere decir, a fin de cuentas, que ni el causalismo, con su protección paternal, por ser teoría blanda, ni el finalismo, por ser rígida, llegan a remediar la conducta delictiva con sus enunciados doctrinarios.

¿Qué hacer entonces?. En nuestro concepto y de forma muy general, aplicaríamos aquel antiguo adagio que reza: "El

que paga paga", que transportado a la idea central del tema quedaría modificado de la siguiente manera: "Cometiste un ilícito y con ello perjudicaste a la sociedad, sufre las consecuencias que la misma sociedad te manda".

## BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. MANUAL DE DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1988. 8ª Edición.
- BACIGALUPO, Enrique. MANUAL DE DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1989. Sin número de edición.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. MANUAL DE DERECHO PENAL ESPAÑOL (Parte General). Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 1984. 1ª Edición.
- CABANELLAS, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL (Tomo I). Buenos Aires, Argentina. 1981. 20ª Edición.
- CANPOS, Alberto A. DERECHO PENAL. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1987. 2ª Edición.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO (Parte General). Editorial Porrúa, S.A. México. 1986. 15ª Edición.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. CODIGO PENAL ANOTADO. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986. 12ª Edición.
- CARRARA, Francesco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL (Volumen I). Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1971. 14ª Edición.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. México. 1981. 16ª Edición.
- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990. 47ª Edición.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. Editorial Porrúa, S.A. México. 1989. 11ª Edición.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editada por el Instituto Federal Electoral. México. 1990. Sin número de edición.
- DE PINA VARA, Rafael y otro. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. México. 1991. 17ª Edición.

HASSEMER, Winfried. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL (Traducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco y ARROYO ZAPATERO, Luis). Editorial Bosch-Urgel. Barcelona, España. 1954. Sin número de edición.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. y U.N.A.M. México. 1987. 2ª Edición revisada y aumentada.

JURISPRUDENCIAS (Varías).

KAUFMANN, Armin. TEORIA DE LAS NORMAS. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1977. Sin número de edición.

MEZGER, Edmund. DERECHO PENAL (Parte General). Cárdenas editor y distribuidor. México. Sin año de edición. 6ª Edición.

PENICHE BOLIO, Francisco. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. México. 1986. 8ª Edición.

PEREZ, Luis Carlos. DERECHO PENAL (Tomo I). Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1987. 2ª Edición.

PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. APUNTAIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL. Editorial Porrúa, S.A. México. 1985. 10ª Edición.

REYES ECHANDIA, Alfonso. CULPABILIDAD. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1988. 3ª Edición.

SAINZ CANTERO, José A. LECCIONES DE DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Bosch-Urgel. Barcelona, España. 1985. 2ª Edición.

SAUER, Guillermo. DERECHO PENAL (Parte General). (Traducción directa del alemán por DEL ROSAL, Juan y CEREZO, José). Editorial Bosch-Urgel. Barcelona, España. 1956. Sin número de edición.

VELA TREVIÑO, Sergio. CULPABILIDAD E INculpABILIDAD. TEORIA DEL DELITO. Editorial Trillas. México. 1990. 2ª Edición.

VENTURA SILVA, Sabino. DERECHO ROMANO. Editorial Porrúa, S.A. México. 1990. 10ª Edición.

VILLALOBOS, Ignacio. DERECHO PENAL MEXICANO. Editorial Porrúa, S.A. México. 1983. 4ª Edición.

WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMAN. Cárdenas editor y distribuidor. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987. 12<sup>a</sup> 3<sup>a</sup> Edición castellana.

WESSELS, Johannes. DERECHO PENAL (Parte General). Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1980. 6<sup>a</sup> Edición.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. MANUAL DE DERECHO PENAL. Cárdenas Editor y distribuidor. México. 1986. Sin número de edición.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL (Parte General) (Volumen III). Cárdenas editor y distribuidor. México. 1988. Sin número de edición.