

TIPO PENAL Y CONDUCTA (*)

LUIZ LUISI

1. EL TIPO Y LAS DIFERENTES CONCEPCIONES SOBRE LA ACCION

Los diversos conceptos aportados acerca del *Tatbestand* penal reflejan las divergencias propias del campo de la teoría de la acción y, ya más mediatamente, los antagonismos filosóficos presentes en las raíces del problema, en verdad que siempre actual, de esta teoría de la acción. El tipo objetivo y no valorativo de Ernest von Beling tiene como fundamento —recordamos— una concepción naturalista de la acción, cuyas fuentes más profundas se van a encontrar en el modo cómo el positivismo filosófico comprende la realidad y la ciencia. Por otro lado, el tipo, con elementos subjetivos y normativos de E. Mayer, W. Sauer, E. Mezger y otros, se basa en la teoría social de la acción, que tiene como presupuestos —sabemos— los postulados del neokantismo de la Escuela de Baden. Por último, el tipo penal, en la configuración formulada por Hans Welzel, Reinhart Maurach y otros modernos penalistas partidarios de la doctrina finalista de la acción, encuentra sus pilares principalmente en el *ontologismo* de Nicolai Hartmann.

(*) Capítulo del libro *O tipo penal e a teoria finalista da ação*, Porto Alegre, 1974, ps. 31-44.

2. LA TEORIA NATURALISTA DE LA ACCION Y EL TIPO OBJETIVO Y AVALORADO. SUS PRESUPUESTOS POSITIVISTAS

La concepción naturalista entiende a la acción, y conforme la didáctica expresión de Werner Maihofer, como un “comportamiento físico dominado por la voluntad” (1); o, ya en otras palabras, como “la conducta voluntaria que *causa* modificaciones en el mundo exterior” (2).

Franz von Liszt, por su lado, enseña que la acción exige “en primer lugar una manifestación de voluntad”. La acción, agrega, es “voluntad objetivada”. Ya la voluntad, concluye, “debe manifestarse al mundo exterior”; el concepto “de acción reclama, por lo tanto, la aparición de una modificación de ese mundo exterior (aunque sea pasajera); es decir, en los hombres (incluso en su vida psíquica) o en las cosas (3).

La omisión, a su turno, consiste —siempre para von Liszt— “en no impedir, voluntariamente, un resultado”; “la manifestación de la voluntad consiste, aquí, en no ejecutar, voluntariamente, un movimiento corporal que debería haberse realizado y que era realizable” (4).

Ernest von Beling, por su lado, no aporta una noción mayormente diversa; así, enseña que la acción es “un comportamiento corporal (fase externa *objetiva* de la acción), producido por un dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, *voluntariedad* o fase interna, *subjetiva*, de la acción)”; es decir, una “conducta corporal voluntaria”, consistente en un hacer (acción positiva) o movimiento corporal como levantar una mano, hablar, etcétera, o bien en un no hacer (omisión), con estática en los músculos (5).

(1) MAIHOFFER, W., *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem* (de la traducción al portugués, inédita, por iniciativa de un grupo de alumnos de la Faculdade de Direito de Cruz Alta, p. 2).

(2) FRACOSO, Heleno Cláudio, *Aspectos da teoria do tipo*, en *Revista de Direito Penal* nº 2, 1971, p. 7.

(3) VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, 3ª edic. trad. de Luis Jiménez de Asúa, vol. 2, ps. 297 y sigtes.

(4) *Ibidem*, ps. 314 y sigtes.

(5) VON BELING, E., *Esquema de Derecho penal*, trad. de Sebastián Soler, Edit. Depalma, Bs. As., 1944, ps. 19-20.

Esta forma de concebir a la acción como una modificación física causada por la voluntad del agente divide a la acción, sabemos, en tres momentos: la voluntad, la manifestación de esa voluntad a través de un hacer o de un no hacer, y el resultado o modificación del mundo externo. Mientras tanto, no se indaga aquí el contenido de esa voluntad, es decir, aquello que el autor realmente quiso; bastando entonces la mera voluntariedad de la conducta, o, ya en el lenguaje de von Liszt, la manifestación de voluntad consistente “en la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo” (6).

Esta doctrina naturalista de la acción en el fondo no es otra cosa que un producto del positivismo filosófico; vale decir, de una concepción de la realidad limitada a los fenómenos sensorialmente aprehensibles y de la ciencia como simple captación de las relaciones de sucesión o semejanza de los hechos unos con otros. La realidad humana es, conforme esta línea del pensamiento filosófico del siglo XIX, reducida a fenómenos naturales predeterminados; y las ciencias que de ella se ocupan (entre ellas la ciencia del Derecho), se reducen congruentemente a la pesquisa de leyes que expresan esas relaciones de semejanza o de sucesión, constantes y obligatorias, entre los hechos (7).

Así, los conceptos en que se traduce la legalidad de la naturaleza retratan la realidad actual; esto es, lo ontológico

(6) *Ibidem* nota 3, p. 297.

(7) En la autorizada palabra de Ivan Lins, el positivismo “proclama un determinismo riguroso adscripto a los principios de semejanza y de sucesión siempre inalterables del orden universal; perfilado mediante abstracciones y limitándose a las meras modificaciones de intensidad, en cada caso, de los fenómenos correspondientes”. Stuart Mill, por su lado, citado por Lins, también escribió una interesante síntesis acerca del punto de vista positivista: “nada conocemos más allá de los fenómenos, y el conocimiento que tenemos de los fenómenos es relativo, no absoluto. Sólo conocemos las relaciones de sucesión o de semejanza de los hechos unos con otros. Estas relaciones son constantes; es decir, son siempre las mismas en las mismas circunstancias. Las semejanzas constantes que ligan a los fenómenos unos con otros y las sucesiones que los unen —a título de antecedentes y consecuentes— forman lo que se llama sus *leyes*. Las leyes de los fenómenos, en suma, constituye cuanto sabemos de

reducido a lo empírico, a lo sensiblemente aprehensible. Y, siendo el tipo penal la conceptualización de la realidad natural de la acción (subsumir en conceptos lo óntico de la conducta reducida a lo fáctico), solamente podrá ser de carácter rigurosamente objetivo, toda vez que en esta forma de concebir a la acción no tienen cabida ni lo axiológico ni lo subjetivo; atendiéndose únicamente, tal como hemos ya dicho, a la mera modificación de una realidad física, causada por una voluntad.

El tipo penal propugnado por Ernest Beling entonces como lógica consecuencia de su concepto natural de *acción*. De allí que sea objetivo, tal como hemos ya dicho, y carente de connotaciones valorativas o subjetivas ⁽⁸⁾. Conceptualmente hablando, retrata a la acción entendida como hecho físico y psicológico, pero con abstracción del contenido de voluntad; es decir, del querer del agente.

3. LA TEORIA SOCIAL DE LA ACCION Y EL TIPO CON ELEMENTOS NORMATIVOS Y SUBJETIVOS. EL NEOKANTISMO DE BADEN

La llamada *teoría social de la acción* reniega de entender a la acción como un mero fenómeno físico, propio del punto de vista de las ciencias naturales. La acción para el Derecho penal, señala, no puede limitarse, solamente, a una modificación del mundo físico. Se trata, más allá, de un con-

ellos" (Ivan Lins, en *Perspectivas de Augusto Comte*, 1965, ps. 38-39). La inspiración positivista de von Liszt es acentuada por Alessandro Alberto Calvi, que ve en el maestro de Berlín —en rigor nacido en Viena— a un "convencido positivista", basado en "la permanente tentativa positivista de aplicar a las ciencias morales el método de las ciencias naturales: el Derecho, así, debe ser ciencia totalmente desvinculada de la hipótesis metafísica" (en la *Introduzione* a la versión italiana de la obra de von Liszt *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en el volumen titulado *La Teoria dello scopo nel diritto penale*, 1962, ps. XV y XVI).

⁽⁸⁾ CÓRDOBA RODA, Juan, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, p. 13.

cepto *valorado*, en cuanto esa acción existe, y únicamente, en un medio social; se trata de una determinada realidad que, en síntesis, tiene una significación social. De allí que es definida por esta corriente como “conducta voluntaria dirigida hacia el mundo objetivo social” (°), o bien como un “voluntario producir consecuencias socialmente relevantes” (1°). Para esta orientación, vemos, no basta entonces la mudanza en el mundo natural para caracterizar a la acción; se requiere, ahora fundamentalmente, la relevancia social de la conducta en cuestión.

Mientras tanto, la valoración de la conducta, en esta teoría social de la acción, se divide en dos corrientes. Para una, la valoración es dada por el medio cultural; es decir, por los padrones axiológicos en ese medio dominantes. Para la otra corriente, en cambio, la valoración está dada por el orden jurídico; dentro de esta última versión, quien más radicalizó la postura normativa - jurídica fue, recordamos Karl Binding; quien llegó a sustentar que la acción, para el Derecho, es solamente la realización de una conducta jurídicamente relevante. Es más: que, para el Derecho, el concepto de *acción* en el lenguaje común ni siquiera existe (11).

La teoría social de la acción, comprobamos, se aproxima a la concepción naturalista en cuanto ambas entienden a la conducta como producción de un resultado (alteración del mundo circundante social para la primera, modificación del mundo físico para la segunda), causado por la voluntad del agente; también comprobamos una aproximación en la medida en que para ambas doctrinas basta la simple voluntariedad, no integrando así el contexto de la acción el contenido del querer del agente; es decir, aquello que el autor

(°) Esta definición pertenece a Eb. Schmidt (R. Maurach, en *Tratado de Derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, 1962, vol. I, p. 200).

(1°) La definición es de K. Engisch (*vide* R. Maurach, *op. cit.*, p. 200).

(11) Sobre la posición de Binding referida en el texto, puede consultarse E. Mezger, *Tratado de Derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, 1955, p. 190, y H. C. Frago, *op. cit.*, p. 14.

quiso o no quiso en el momento de la acción: basta entonces que se haya querido algo, no importando lo que se tenía querido (¹²).

Mientras tanto, la diferencia entre estas dos nociones acerca de la acción reside en el hecho de que los partidarios de la teoría naturalista de la conducta entienden a la acción como mera realidad física y psicológica y sin matices axiológicos, al tiempo que los teóricos de la doctrina social de la acción ven a ésta como una realidad valorada.

Esta comprensión de la acción humana como algo valioso, conforme el modo en que es concebida y en virtud de ciertas premisas filosóficas —y como consecuencia, también, de esos presupuestos—, hace que el tipo penal al que se arriba implique no una reproducción de la realidad natural sino más bien una verdadera transformación metodológica que le da una fisonomía particular, más allá ahora del *objetivismo* de Beling, y al compás, entonces, de elementos normativos y subjetivos.

La exacta comprensión de esta orientación requiere el conocimiento de sus presupuestos, que son los postulados de la escuela filosófica neokantiana de Baden —con W. Windelband y H. Rickert—, que tuvo a E. Lask, en el plano de la filosofía jurídica, a su mayor exponente. Partiendo de las enseñanzas de Kant, los filósofos de Baden ven en la realidad un contexto heterogéneo y caótico y no algo predeterminado y organizado; correspondiendo así a la ciencia, a través de las *formas* del yo empírico (y en ello se distancia la escuela del propio Kant), la tarea de organizar esa realidad. Luego, los conceptos enunciados por el sujeto empírico no reproducen la realidad objetiva. No son una subsunción de esta realidad. Representan el producto de una transfor-

(¹²) El concepto social de la acción atiende, explica Maurach, a la “realización de un resultado socialmente relevante”. Por haber sido el resultado incluido en la acción, en ésta no se integra la dirección de la voluntad. Basta así que se haya querido, no importando lo que se tenía querido (*op. cit.*, p. 200).

mación de la realidad objetiva, que se efectiviza a través de las categorías que integran la estructura del sujeto individual y concreto. Esta realidad objetiva, pues, adquiere así una nueva fisonomía, modificándose gracias a la obra ordenadora de las categorías, y adquiriendo los conceptos sentido e inteligibilidad. Las categorías o “formas”, así, se distinguen en categorías del “ser” y en “valores”. Los conceptos de las ciencias naturales, a su turno, resultan de la aprehensión de la realidad por el sujeto cognoscente a través de las formas del ser, y especialmente a través de la *causalidad*; y los conceptos de las ciencias culturales, por su lado, son productos de la referencia de la realidad respecto a los valores (13).

El Derecho, con todo ello, se sitúa en el plano de la realidad cultural. Se trata de una realidad referida a valores; o, para usar aquí el lenguaje de Radbruch, “es una realidad que posee el sentido de estar al servicio de los valores jurídicos, de la idea de *Derecho*” (14). Esta urdimbre conceptual, sabemos, presenta etapas distintas. En un primer momento se elabora la ley; es una fase precientífica, que se expresa en conceptos normativos. Ya en una segunda etapa, los conceptos legales, en rigor preexistentes, sufren una transformación metodológica, resultando de la misma los conceptos científicos.

En lo concerniente a la acción humana, su concepto es producto de la valoración de la realidad objetiva. Así, y por lo tanto, la acción no es una simple modificación de la realidad natural causada por la voluntad, sino también un producto con consecuencias de relevancia social. Y precisamente es esta “significación social” de la acción la que la caracteriza y define; no se trata, claro, de algo natural, sino una consecuencia de ciertas *valoraciones*. Repárase aquí que tam-

(13) Para una incursión al neokantismo de Baden, ver H. Rickert, *Ciencia cultural y ciencia natural*, trad. de Manuel García Morente, 2ª edic., 1945, y nuestros *Appuntti sulla filosofia giuridica dei valori*, 1951, ps. 6 y sigtes.

(14) RADBRUCH, G., *Filosofia do Direito*, trad. de Luis Cabral de Moncada, 1961, p. 100.

bién la *nada* (desde el punto de vista psicofísico), como ser una omisión culposa inconciente, constituye *conducta*, ya que puede tener relevancia social, atribuida por el orden jurídico atento a las valoraciones que en su momento hizo el legislador. También los resultados no queridos por el agente, en cuanto causados por su acto voluntario y desde que tienen esa significación social determinada por la ley, constituyen una forma de conducta. La acción, pues, existe si se produce algo socialmente relevante, aunque eso que en verdad se produjo no haya sido querido por el autor. Así, por lo tanto, y a la luz de esta llamada *teoría social de la acción*, lo importante es la relevancia de los efectos del comportamiento en el medio social circundante.

El tipo penal elaborado en base a ese concepto-valor de la acción (con fundamento, como dijimos, en el neokantismo de Baden), no podría, como es obvio, ser exclusivamente objetivo, reproduciendo en conceptos la realidad física de la acción. Es, en cambio, el resultado de una transformación metodológica, realizada por el sujeto empírico; vale decir, por el concreto elaborador de los conceptos (15). De allí resulta el ingreso, en el contexto del tipo, de elementos no objetivos y no naturales (entendida esta palabra en el sentido físico y no estrictamente psíquico); es decir, la presencia, en los tipos penales, de elementos normativos y de situaciones anímicas que traducen una específica y deliberada (y por lo tanto valorada) dirección volitiva.

El tipo, pues, partiendo de los postulados analizados, no reproduce el hecho natural de la acción; se trata de un contexto conceptual en el cual, en virtud de la transformación metodológica ínsita en la elaboración de los conceptos, el dato óntico presenta una nueva fisonomía, adquiriendo así

(15) Según los neokantianos de la Escuela de Baden el concepto no es una reproducción de la realidad objetiva. El conocimiento —acota Rickert— no implica un reproducir o un copiar sino más bien “un proceso que, mediante el concepto, transforma el material representativo inmediatamente dado” (*op. cit.*, ps. 58 y sigtes.).

connotaciones en las que están presentes *valores*; esto es, elementos normativos, y especiales modos de ser de la voluntad del agente.

4. LA TEORIA FINALISTA DE LA ACCION Y EL TIPO PENAL. DOLO Y CULPA COMO ELEMENTOS INTEGRANTES DEL TIPO

En la doctrina *finalista* de la acción, el basamento del tipo penal es diferente. Para esta doctrina, la realidad —y por cierto que en ella se incluye a la actividad humana— no es amorfa o caótica. Por lo contrario, es ordenada y plena de sentido. La acción humana es realidad, por lo tanto, ya organizada y con un contexto ontológico definido, antes de ser disciplinada por el Derecho. Como lógica consecuencia, resulta evidente que los conceptos normativos (legales, doctrinarios o judiciales) no transforman u organizan una realidad heterogénea, sino que encuentran una realidad con estructura ontológica organizada y plena de valores; limitándose entonces a una descripción de esa realidad.

Esta concepción de la realidad y del conocimiento que está en la base de la doctrina finalista de la acción y por consiguiente en los alcances del tipo penal, tiene sus premisas en una interpretación *ontologizante* de las categorías kantianas; asimismo, respecto de la fenomenología de Edmund Husserl y del *ontologismo* de Hartmann, aunque de alguna manera Welzel se haya preocupado por minimizar esta última influencia (¹⁶).

(¹⁶) En el *Prefacio* a la 4ª edición de *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (hay traducción al español de José Cerezo Mir, 1965), Welzel niega que sea exacto que el origen de su doctrina penal descansa en la filosofía de Nicolai Hartmann; por lo contrario, acepta sugerencias por ejemplo de R. Hönlwald y de su obra sobre psicología del pensamiento (*Grundlagen der Denkpsychologie*); admite también la influencia que habría ejercido el “tardío neokantismo de B. Bauch” (en cuanto identifica las categorías del conocimiento con las de los seres u objetos), amén de los trabajos de los psicólogos K. Bühler, T. Erismann, E. Jaensch, W. Peters, y de los fenomenólogos P. F. Linke y A. Peänder, entre otros. Entretanto, el penalista de Bonn no niega que de alguna manera el análisis de la *Ethik* y en el *Problem des geistigen Seins* (*Problema*

Para Welzel, de todos modos, las categorías no son sólo del ser cognoscente sino que son también las mismas, concomitantemente, de la realidad objetiva. Como corolario de todo ello, la ordenación de la realidad objetiva no resulta hecha por las formas estructurales de la sensibilidad y de la inteligencia, porque la propia realidad se encuentra organizada y regida por las mismas categorías. Coinciden, de esta manera, las formas del sujeto cognoscente y las del ser. Intellecto y realidad, mientras tanto, en el acto del conocimiento se ponen frente a frente. El objeto, así, se ve aprehendido en su esencia ontológica como algo que existe con antelación al acto cognoscitivo. Los conceptos, por lo tanto, no crean ni construyen —por vía de una transformación metodológica— un objeto; pero constituyen, sí, una descripción de las estructuras ópticas de un ser que es preexistente al conocimiento (17).

Partiendo de esos presupuestos, Hans Welzel y sus seguidores comprenden a la acción humana como una reali-

del ser espiritual) de Hartmann haya llevado a reformular parte de su pensamiento exployado en su libro *Naturalismus und Wertphilosophie* (*Naturalismo y filosofía de los valores en el Derecho penal*). También reconoció Welzel haber encontrado en Hartmann “una considerable confirmación y aclaración” de sus ideas (ver de Welzel su obra *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, 1965, ps. 12 y sigtes.).

(17) Como acentuó F. Olgiati (en *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, 2ª edic., 1950, p. 442), para Welzel “los conceptos no son transformaciones metodológicas de una materia amorfa sino descripciones de la estructura intrínseca del ser”. Al elaborar el tipo, el legislador está condicionado por la estructura ontológica de la conducta, y, por tanto, las normas que contienen los tipos, por ser relativas a las acciones humanas están subordinadas “a la naturaleza y a la estructura ontológica del objeto que ordenan” (ver L. Luisi, *Sobre a Ciência do Direito*, en la *Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*, vol. 1, ps. 7-8, y en la *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. 83, ps. 179 y sigtes.). Al respecto, también se ha señalado que concebida la acción humana como una actividad finalista, esa acción se configura como una realidad “ordenada y plena de sentido, de modo tal que el legislador no es un creador omnipotente: su acción normativa no podrá dejar de adecuarse a la estructura ontológica de la acción, previamente a cualquier valoración jurídica...” (Miguel Reale, *Teoria tridimensional do Direito*, 1968, p. 41). En el mismo sentido, Nicola Campisi (en *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica*, 1959, p. 19) acota por su lado que así concebida por Welzel la acción “recala en la estructura del ser sin perder de vista aquello que es su sustancial realidad subyacente”.

dad ordenada, situada en un contexto ontológico que la configura. Al aprehender la esencia de los actos del querer y del conocimiento del hombre (puestos como realidades objetivas, en posición de objetos del conocimiento), se verifica que ese conocer y ese querer humanos se vuelcan siempre hacia una meta, en procura de un objetivo. El conocimiento, así, es conocimiento de “algo”, en relación a un objeto, por parte de un sujeto. Y el querer es algo propuesto como un fin por ese sujeto. La característica ontológica del conocer y del querer, por ende, se halla en esa “tencionalidad”; es decir, en esa “finalidad”, que siempre, por la fuerza de la normativa ontológica, vislumbra por el agente. La acción, por consiguiente, como consecuencia de esa estructura ontológica, es siempre “ejercicio de una actividad finalista” (18). De modo que la voluntad del agente que obra, y siempre conforme esta teoría finalista, se inserta, y tal como bien subrayara Dario Santamaría, en un proceso causal: “no como factor que modifica la realidad sino además —y sobre todo— como factor que conscientemente la *forma*” (19). El fin querido por el agente (al hombre le es dable prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su obrar) se orienta así en el sentido de ordenar el proceso causal para la obtención del objeto procurado. La finalidad, por ser “visible”, gobierna y dirige, por tanto, a la “ciega” causalidad; de modo tal que la sucesión de los hechos ocurridos sea concatenada y ordenada en el sentido del fin propugnado. La acción humana, pues, es esencialmente *finalista*. El fin buscado por el agente, que constituye el contenido de su querer, es el elemento formador de la acción y obviamente la integra, como hecho insoslayable y de raíz fundamental. El elemento que anticipa el resultado, señala Reinhart Maurach —pre-

(18) WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Carlos Fontán Balestra, 1956, ps. 40 y sigtes., y en *El nuevo sistema...* cit., ps. 25 y sigtes. Señala Giuseppe Bettiol que “no existe obrar humano sin un fin. Es que si excluimos la consideración de fin, degradamos a la acción, colocándola en un plano de ciega causalidad” (*Il problema penale*, 1948, p. 92).

(19) SANTAMARIA, Dario, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 1955, p. 18).

cisamente el elemento final— no puede ser sustraído de la acción, ya que la voluntad consciente respecto del objetivo, rectora de los hechos, constituye “la columna vertebral de la acción” (20).

Esta acción finalista puede a su vez ser fraccionada en dos momentos, pese a su unidad sustancial. El primero de ellos ocurre en la intimidad del agente; en esa instancia, se propone y anticipa el fin, se seleccionan los medios para lograrlo, y se prevén las consecuencias colaterales derivadas del empleo de esos medios. El segundo momento, en cambio, es el de la realidad física y se desarrolla ya en el mundo objetivo. Consiste en un proceso causal que sucede en la realidad externa; gobernado, empero, por el fin que se pretende conseguir, y por los medios o instrumentos escogidos y efectivamente usados para tal evento.

El punto de partida básico de todo ello es, sin dudas, el momento en que el agente se propone, en la intimidad de sus vivencias, el objetivo a lograr. Mientras tanto, la acción final, en su momento subjetivo no se limita —tal como inadvertidamente se podría llegar a creer— en la fijación de la finalidad de esa conducta. Fijada la misma, y en un movimiento definido como “de retroceso” que parte del fin ya elegido, el agente selecciona los *medios* de que hablábamos. Esta selección de medios puede ser hecha porque el hombre tiene condiciones, en virtud de su naturaleza de ser racional, para escoger esos factores causales que, orientados y coordinados, son capaces de lograr la meta que el agente se propone. Entretanto, al seleccionar esos medios, el *agente* sabe de sus posibles consecuencias a lo mejor laterales en relación al fin querido. La voluntad finalista, por lo tanto, incluye no solamente el fin último sino también la secuela de los medios escogidos para ese propósito principal; consecuencias secundarias previstas y posibles —se excluyen, sabemos, las no previstas— derivadas del uso de los medios en cuestión.

(20) MAURACH, *op. cit.*, vol. I, p. 207.

Para ilustrar su pensamiento, en una de sus obras Welzel brinda una serie de ejemplos. Uno de ellos, relacionado en una sentencia del Tribunal Federal de Alemania Occidental, trata de la materia penal (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*) y nos resulta ampliamente aclarador del contenido de la voluntad finalista; veamos: *A* y *B* quieren robar a *X*, tras inmovilizarlo. En primer lugar, entonces, atan un lazo en su cuello; empero, como prevén que si usan ese medio la víctima podría morir estrangulada, desisten del mismo. Se proponen, de ese modo, atontar a *X* golpeando en su cabeza con un saco de arena. Al ejecutar lo planificado, *A* y *B* no consiguen atontar, como planeaban, a su víctima; vuelven así al proyecto inicial, empleando el lazo, y cometen la sustracción. Sin embargo, al desatar la soga comprueban que *X* había muerto, no más, por estrangulamiento, tal como conjeturaran. Ahora, por haber previsto esa posibilidad como consecuencia del empleo del medio escogido, en la voluntad finalista —partiendo del plan programado—, la misma resultaba como parte del delito. Otro ejemplo dado por el penalista de Bonn es el de un hombre que mata a otro para heredar sus bienes. El propósito es ese, el de heredar, y el homicidio el medio practicado para lograr el cometido. Por lo tanto, el medio usado se incluye en la voluntad finalista ⁽²¹⁾.

De ese modo, vemos que no existen acciones finalistas en sí sino siempre relacionadas con las consecuencias propuestas por la voluntad finalista. No importa ahora si esas consecuencias propugnadas —y que constituyen el contenido de la voluntad— son el objetivo deseado o los medios utilizados o las consecuencias previstas y admitidas por el agente, vinculadas con el uso de esos medios en aras del fin señalado. Una acción finalista de matar, así, no solamente puede ocurrir cuando es el fin perseguido por el agente, sino también cuando se trata del medio que se empleará. O cuando

(21) WELZEL, *El nuevo sistema...* cit., ps. 34-35.

se trata de una posible consecuencia del medio escogido para el objetivo.

Así las cosas, el tipo penal, como imperativo lógico de las premisas filosóficas propiciadas por Welzel y sus seguidores, es una mera descripción de la realidad ordenada y valorada de la acción humana; siendo ésta gobernada y formada por la voluntad finalista (es decir, por el contenido de la voluntad del agente), resulta evidente que el tipo, por consistir en la conceptualización de la conducta, incluye, como dato fundamental, al contenido de la voluntad. El fin, es decir lo realmente querido por el agente, pasa así a integrar la estructura del tipo penal. En otras palabras: el dolo, y también la culpa, constituyen datos del contexto del tipo legal, que, con ese contenido, vemos está lejos de ser el tipo meramente objetivo y no valorativo de Beling; para, completando el proceso de subjetivación iniciado —recordamos— por el descubrimiento de los elementos subjetivos de la anti-juridicidad pocos años después de la aparición de *Die Lehre vom Verbrechen* del antiguo maestro de Munich en 1906, presentarse ahora con alcances objetivos y subjetivos.

Entretanto, la teoría finalista de la acción, además de determinar la inclusión del dolo en el tipo penal, tendría otras innovadoras implicaciones. Da a la culpabilidad una forma enteramente normativa, convirtiéndola en un puro juicio de valor. En la antijuridicidad, como en el problema del error, de la coautoría y del concurso de delitos, aporta renovadores enfoques. Por último, esta teoría finalista de la acción opera —bien sabemos— de lleno en la teoría del delito, motivando una profunda revisión que, como recuerda Heleno Cláudio Fragoso, “en algunos puntos es poco menos que revolucionaria” (22).

(22) FRAGOSO, H. C., *op. cit.*, p. 24.