

CRONICAS EXTRANJERAS

De los dos conceptos de acción y su valoración objetiva y subjetiva (*)

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid

I

1. EL PROBLEMA OBJETIVO Y SUBJETIVO EN GENERAL.

En la primera época del desarrollo de la teoría del delito predominó el aspecto objetivo en el pensamiento de los juristas. El delito era mirado como un simple fenómeno verificado en el mundo externo, era una mutación en el mundo exterior, en suma un hecho. Esta palabra representa claramente la noción que se tenía del delito. El delito es un hecho y ya sabemos que el hecho puede o no provenir del hombre, es decir, se separa nocionalmente el delito del hombre (1).

En esta concepción influyeron múltiples causas. En primer lugar el criterio racionalista y lógico formal de los juristas. Llevados por tal cri-

(*) El presente trabajo constituye un capítulo de mi tesis doctoral, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, curso 1960-1961, y ante un tribunal compuesto por los siguientes profesores: Juan del Rosal (Presidente y director de la tesis), Eugenio Cuello Calón, Luis Legaz, Carlos Viada y Diego Mosquete. Obtuvo la calificación de «sobresaliente».

(1) Sobre la voz de hecho y su significado han escrito múltiples autores. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: «El hecho es todo acontecimiento de la vida, provenga o no de la mano del hombre» (*La Ley y el delito*, capítulo XLV, pág. 565, Edit. Hermes, 1954). Sin embargo, preferimos el concepto de CARNELUTTI, Francesco: «El hecho es un segmento del devenir, encerrado entre una situación inicial y una situación final; la primera se llama principio, y la segunda, evento» (*Lecciones de Derecho Penal. El Delito*, párrafo 126, pág. 152. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952).

Pero ésta es solamente una acepción de la voz hecho; también los autores y los Códigos (todos los Códigos hispanoamericanos y los antiguos Códigos usaban profusamente la voz hecho; un intento de interpretación en la obra *El concurso ideal*, de BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Edit. Universitaria, Chile, 1961) la emplean en un sentido más restringido. Grande es también la diversidad de opiniones sobre el alcance de la voz hecho en sentido restringido. Para algunos comprende la acción y el resultado; otros

terio vieron al delito como un conjunto de elementos sin relación entre sí y sin relación con su autor. La aplicación al delito del causalismo puro, esto es, se regulaba el delito con la misma medida de los fenómenos físicos. El delito aparecía como una serie de circunstancias concatenadas, como una reacción en cadena y nada más. Los positivistas tuvieron una gran participación en el desarrollo de esta mentalidad; ellos justamente aplicaron rigurosamente al delito todos los procedimientos de las ciencias experimentales; vieron el delito como un fenómeno de la naturaleza y despreciaron toda interpretación que pudiera tener algo de metafísica (2).

Pero este criterio fué poco quebrándose; desde todos los puntos llegaron las críticas. Al criterio analítico puro que había confundido el método con la naturaleza misma del delito, se opuso el criterio de la naturaleza unitaria del delito (3). Al analizar el delito no se le mira ya como un conjunto de partes o elementos, sino en la unidad que el delito re-

le identifican más con el resultado; para otros el hecho es el delito mirado solamente desde un punto de vista objetivo.

Para una mayor claridad veamos rápidamente lo que nos expresan algunos autores. Para DELITALA: «La determinazione del concetto di fatto, se le osservazioni precedenti sono esatte, precinde, tanto dal momento dell'antigiuridicità, quanto dal momento della colpevolezza, e si riporta unicamente a la materialità del reato, così como è descritta nella fattispecie legale... Più in breve è «fatto» il fatto dell'agente: il fatto che a lui si imputa, perchè è stato da lui voluto, o, anche, semplicemente causato». Para DELITALA son elemento constitutivos del hecho la acción, el evento y los presupuestos del delito (*Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Parte 1.ª, Cap. IV, pág. 111, Casa Editrice Dott. A. Milani, 1930). SOLER, en Argentina, nos dice: «Nuestra ley establece como base del llamado concurso ideal la unidad de hecho, y esa expresión en el lenguaje corriente no tiene solamente el sentido de referirse a los actos que el hombre realiza, mirados desde el punto de vista subjetivo, sino vale para indicar el resultado, la modificación real en el mundo externo, el efecto de la actuación de voluntad. Y ese sentido vulgar de la palabra es precisamente su sentido jurídico también» (*Derecho Penal*, T. II, párr. 60, pág. 331, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1945). En el mismo sentido se expresa también ALIMENA, Bernardino, cuyas palabras recoge justamente en su obra SOLER (*Principios de Derecho Penal*, pág. 526, Edit. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1915).

Sobre el mismo problema y las diferentes posiciones se puede ver la obra de FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal*, pág. 396, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1949. También GRISPIGNI, Filippo: *Diritto Penale Italiano*, vol. 20, pág. 12, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1947.

(2) —Sobre el punto de este apartado ver ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto Penale* (Parte General), Cap. III, párr. 85, pág. 131 (Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1947); BETTIOL, Giuseppe: *Diritto Penale*, pág. 156, Edit. G. Priulla, Palermo, 1955; el mismo: *Il problema penale*, Parte 2.ª, Cap. I, párr. 20, págs. 89 y sigs., y Parte 1.ª, Cap. III, págs. 63 y sigs., Edit. G. Priulla, Palermo, 1948; también ver las obras de DEL ROSAL, Juan: *Nuevo sentido del Derecho Penal y Política criminal*, años 1952 (Librería Santarén, Valladolid) y 1944 (Edit. Bosch, Barcelona), respectivamente.

(3) Sobre esta materia hay que tener muy presente qué una cosa es el método con que se estudia el objeto (podrá ser analítico, sintético, inductivo, deductivo, etc.) y la naturaleza misma del objeto en estudio. Por tanto, al hablar de naturaleza unitaria del delito, sería ilógico concluir que se prescinde del método analítico; pero a cada cosa se le da su justo

presenta; en cada elemento se ve el todo y los demás elementos a los que está indisolublemente unido. Por eso se prefiere hablar de aspectos del delito (4). El criterio causalista cede su paso a criterios naturalistas y «finalistas» que tienden a humanizar el delito. Esto lleva a considerar la relación de los elementos del delito entre sí y a descubrir toda la importancia del elemento subjetivo. Ni el elemento objetivo ni el subjetivo quedan contraídos a un determinado elemento del delito, sino que sirven de soporte a todos ellos; en cada uno podemos observar el aspecto obje-

valor: en primer lugar, el método no puede confundirse con la naturaleza misma del objeto y, en segundo lugar, el método debe adecuarse a la naturaleza del objeto.

(4) Sobre este punto son numerosos los autores que han dado su opinión. FRANCESCO CARNELUTTI nos dice: «L'uomo o il suo movimento possono essere considerati, como si vedrà ora, sotto vari aspetti: in particolare, l'uomo sotto l'aspetto delle sue qualità o delle sue posizioni; in pari il movimento sotto l'aspetto dell'interesse che lo stimola, della volontà che lo determina, della azione in cui si manifesta o dell'avvento che ne deriva. A questi vari punti di vista corrispondono i c. d. elementi del reato. Tali sono, pertanto non già parti dell'atto fisicamente separate o separabili, ma aspetti del medesimo logicamente distinti. Se il reato si raffigura come un poliedro, gli elementi possono essere rappresentati non già come suoi pezzi ma come le sue forme» (*Teoria Generale del reato*, Cap. I, Tit. 3, pág. 72, Casa Editrice Antonio Milani, Padova, 1933). También el penalista argentino FONTÁN BALESTRA tiene palabras parecidas: «Los elementos del delito no están entre sí, y con respecto al todo, en la misma relación que los elementos ideales que componen un todo conceptual y abstracto, tal como ocurre con los elementos de la figura geométrica, por ejemplo; ni lo están, tampoco, en la misma relación que existe entre los elementos físicos o químicos que forman un todo material: el hidrógeno y el oxígeno que integran el agua; son elementos culturales que constituyen un todo de naturaleza también cultural» (*Manual de Derecho Penal*. Parte General. Parte 3.ª, Cap. I, págs. 200-201, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1949). Otro autor, ALDO MORO, expresa: «Il reato è infatti un tutto unitario, atto umano di determinato contenuto negativamente significante del punto di vista etico-giuridico. Ma propriamente fatto e anti-giuridicità (comprensiva quest'ultima naturalmente della colpevolezza) non sono né aspetti del tutto unitario che è il reato. Perchè tutte queste notazioni danno troppo ancora il senso di una concreta separazione di parti e, per il pericolo che recano di generare l'equivoco, meglio è che siano per prudenza rifiutate». «La tradizionale distinzione degli elementi del reato corrisponde agli stadi che il pensiero percorre nel coglierne la complessa realtà, la quale resta una, anche se la si comprenda poco a poco, sintetizzando pericolosamente i risultati conseguiti in una categoria che vien chiamata elemento» (*L'Antigiuridicità penale*, págs. 133 y 134, G. Priulla Editore, Palermo, 1947).

También ANTOLISEI expone algo del todo semejante a los autores recién citados: «... il reato è un tutto organico: è una specie di blocco monolitico, il quale può bensì presentare degli aspetti diversi, ma non è in alcun modo frazionabile» (*Manuale di Diritto Penale*, Parte General, Cap. III, párr. 85, págs. 131, 1947). Y para terminar las presentes opiniones nos remitimos a los que expresa MAGGIORE: *Principi di Diritto penale*, págs. 192 y sigs. (Edit. Nicola Zanichelli, Bolona, 1932). Como nos hemos podido dar cuenta, son innumerables los autores que últimamente han sostenido ardentemente la tesis de la unidad inescindible del delito; el delito en el fondo no presenta elementos, sino puntos de vista para su estudio.

tivo y subjetivo. En ello tuvo especial importancia el descubrimiento de los momentos subjetivos del injusto por Fischer, labor continuada en el campo penal por Hegler, M. E. Mayer, Mezger, etc.

Pero la teoría que cambia completamente la faz del delito es la teoría de la acción finalista y el trastorno lo provoca precisamente en el ámbito de la estimación objetiva y subjetiva. En primer lugar le da gran importancia al aspecto subjetivo, debido a que construye sobre el aspecto subjetivo la base fundamental del delito, es decir, la acción; hasta ese momento la acción era un elemento esencialmente objetivo. En segundo lugar realiza una alteración en la ubicación específica de los aspectos subjetivos y objetivos; la valoración subjetiva que hasta ese momento era del dominio de la culpabilidad pasa a la acción, la culpabilidad queda como un elemento esencialmente objetivo.

2. EL PROBLEMA OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN.

A) *En la doctrina tradicional.*

a) *En la primera época.*—La acción en la primera época es mirada sólo desde un punto de vista objetivo, es una mutación exterior; devenir o suceder que depende de nuestra voluntad. Mas la voluntad mirada como simple impulso que desencadenara los acontecimientos causalmente. La acción se explica a través de un procedimiento causal absolutamente físico, como se puede explicar la caída de un rayo o de una piedra. El contenido de la voluntad no es materia de la acción, sino de la culpabilidad (5).

b) *En la segunda época.*—A partir, más o menos, del año 30 los juristas empezaron a humanizar no sólo el delito sino también su base fundamental, la acción. Se dejó de un lado la interpretación causalista pura y si bien se considera la acción como enclavada en el mundo natural, se la relaciona íntimamente con el ser humano de que depende. La voluntad no se representa como un simple impulso; no como un proceso ciego, sino evidente. Sin embargo, de todas maneras, el contenido de la voluntad no se estudia en la acción sino en la culpabilidad. La acción queda siempre reducida a la voluntad y a un determinado resultado que depende de esa voluntad (6).

(5) El exponente más preclaro de esta primera época es VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal* (Edit. Reus, Madrid, 1927). Para VON LISZT «acto es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo» (*Ob. cit.*, t. II, Sección 1.ª párr. 28, pag. 285). Al respecto comenta certeramente NICOLA CAMPISI: «Certo Liszt è perfettamente coerente col suo concetto di azione quando vuola spiegare l'ingiuria in modo semplicemente fisico come oscillazione delle corde vocali, dell'aria, del timpano» (*Rilevi sulla teoria dell'azione finalistica*, Cap. II, pág. 13, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1959).

(6) Sobre la segunda época ver: MEZGER, Edo: *Tratado de Derecho Penal* (Edit. Rev. de Dcho. Privado, Madrid, 1955), y sobre la posterior evolución de MEZGER a RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: *La doctrina de la acción finalista* (Valencia, 1954), págs. 109 y sigs.; también, dentro de

B) *En la doctrina de la acción finalista.*

La teoría de la acción finalista establece que el contenido de la voluntad debe estudiarse en la acción. Si se separa la voluntad de su contenido se destruye el ser mismo de la acción, nos quedamos con una mera apariencia de acción, se desvirtúa la estructura misma de la acción. De ahí que el elemento subjetivo cobra gran relieve en la teoría de la acción. El dolo y la culpa ya no se estudiarán en la culpabilidad, sino en la teoría de la acción. La acción es final, está dirigida desde la meta; el hombre tiene conciencia del fin, de los medios y de las circunstancias secundarias; no es un ser ciego, sino vidente. El hombre con su voluntad dirige el actuar, ordena todo al fin perseguido. Bajo la finalidad se comprende todo el aspecto subjetivo de la acción y, por tanto, el dolo y la culpa. El dolo y la culpa no son sino manifestaciones de esa finalidad en el campo jurídico; en el fondo, pues, todo el aspecto subjetivo del delito queda absorbido en la finalidad (7).

I. EL CONCEPTO DE ACCIÓN.

Hay algo indiscutible cuando uno estudia la acción, a saber, el carácter fundamental de la acción en la teoría del delito (8). Pero creemos que

esta segunda época, ver ANTOLISEI, Francesco: *Manuale di Diritto Penale* (Parte General), (Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1947) y BETTIOL, Giuseppe: *Diritto Penale* (Edit. G. Priulla, Palermo, 1955).

(7) Sobre esta materia ver: WELZEL, Hans: *Derecho Penal* (Edit. Depalma, Buenos Aires, 1956); RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: *La doctrina de la acción finalista* (Valencia, 1954); SANTAMARÍA, Darío: *Prospettive del concetto finalistico di azione* (Edit. Dott. Eugenio Jovene, Nápoles, 1955); PETTOELLO MANTAVANI, Luciano: *Il concetto ontologico del reato* (Edit. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1954); JESCHKE, Hans-Heinrich: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, Festschrift für Eberhard Schmidt (Vandenhoeck & Ruprecht), Göttingen, 1961; CAMPISI, Nicola: *Rilievi sulla teoria dell'azione finalistica* (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1959).

(8) Al respecto dice GRISPIGNI, Filippo: «Anzi si può dire che è essenzialmente condotta umana, nel senso che nella definizione del reato, del punto di vista analitico, la condotta è il sustantivo al quale gli altri requisiti... si aggiungono come aggettivi» (*Diritto Penale Italiano*, vol. 20, Secc. I, Cap. I, tít. 1, pág. 25, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1947). También MEZGER, Edo: «En segundo término representa una definición en el sentido de un sustantivo al que se añaden todas las restantes características y atributos, como «predicados que se incorporan a la acción considerada como el sujeto»; y con ello se muestra como fundamento estructural de la definición del delito (*Ob. cit.*, Parte 2.^a, Secc. 1.^a, pág. 172). Igual JESCHKE, Hans-Heinrich: «Wer unbefangen von der herkömmlichen Definition des Verbrechens als einer tatbes tandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung ausgeht, kann über den Grundbegriff der Verbrechenlehre nicht iz Zweifel sein. Es ist die Handlung...» (*Ob. cit.*, pág. 139). También CAMPISI, Nicola: «El concetto d'azione è di importanza fondamentale per il diritto penale. Esso è «la pietra angolare» di tutta la sistematica del reato» (*Ob. cit.*, Cap. II, pág. 11).

en el desarrollo de la teoría de la acción se han dejado ver ciertas contradicciones internas, que se deberían al planteamiento de dos conceptos diferentes de acción. Y las contradicciones radicarían justamente en el paso inadvertido de uno a otro concepto.

El delito es acción, es decir, realidad sico-física, unidad indestructible del aspecto subjetivo y objetivo. Pero el delito es solamente genéricamente determinado por la acción. Y a especificarlo en su naturaleza misma, en cuanto tal, viene la valoración jurídica realizada por la norma. Sólo entonces tenemos el delito precisado en su entidad misma, sólo entonces tenemos el delito. Dos son los elementos constitutivos del delito: la realidad sico-física que es la acción y la realidad de valoración que es la norma. Su unidad es indestructible y sólo de esa unidad puede surgir el delito. Si separamos uno y otro elemento, nos quedamos con la acción por un lado y con la norma por otro; pero el delito en sí mismo se nos habrá escapado de las manos. Del mismo modo que si separamos el alma del cuerpo, se nos habrá escapado el hombre, sólo quedará en nuestras manos la nada, el no ser.

Luego introducirse a un estudio de la acción en cuanto tal, de la conducta humana como categoría entitativa, será siempre un estudio pre-delictual; de mucho interés e indispensablemente para el estudio del delito, mas de todas maneras pre-delictual. Durante siglos podría existir una determinada y concreta acción, ser estudiada por psicólogos y sociólogos debido a las repercusiones que tuviese en las relaciones humanas; pero mientras sobre ella no recaiga la valoración jurídica de una norma penal no surge el delito. Sólo está la acción y nada más. Aún más, podemos decir que hay miles de acciones humanas concretas que seguirán siendo siempre anónimas acciones, mientras no recaiga sobre ellas la valoración jurídico-penal y se yerga de esta manera el delito.

La acción en cuanto tal es acción y no delito, sólo es determinante genérica del delito. El delito se da en el ámbito operativo; está anclado en una realidad sico-física que se llama comportamiento humano. Allí tiene existencia, allí se desarrolla, allí se da su ser mismo, allí se da su esencia y se yergue desde el anonimato de la actividad cuando recae la valoración jurídico-penal. Y a él dedicaremos nuestro estudio; luego es objeto de nuestro estudio no es la acción, sino esa unidad ya señalada.

De esa unidad surgen como caracteres fundamentales la tipicidad, la culpabilidad, la punibilidad. Dichos caracteres, en cuanto tales, participan de la naturaleza misma de esa unidad que es el delito; por tanto, del aspecto sico-físico y de la valoración jurídica. O sea, la acción en cuanto tal traspasa y compenetra todo el delito e igual la valoración jurídica. No se puede decir que sólo esta parte del delito participa de la naturaleza de la acción y no la otra, no se puede decir en forma mecanicística que la valoración jurídica sólo llega hasta aquí y el resto le está vedado. Tal conclusión sería manifiestamente contradictoria, pues sería destrozarse el delito en su realidad misma. No, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad, la punibilidad, participan, como caracteres que son, de la naturaleza del delito y están insertos en ella. Ahora cosa diferente es la intensidad de dicha participación.

Con esto queda suficientemente precisado el primer concepto de acción, su enlace y su función.

Pero dijimos que había un segundo concepto de acción. ¿Cuál es éste? Hemos dicho que del delito surgen como caracteres, la tipicidad, la anti-juricidad, la culpabilidad y la punibilidad. En la tipicidad se plantea la aprehensión del actuar realizado por la ley; en la antijuricidad, la referencia entre ese actuar y la lesión jurídica producida, en la culpabilidad, el reproche que motiva ese actuar, y en la punibilidad, la sanción a ese actuar. Vemos cómo se manifiesta a través de todos los caracteres determinantes del delito esa unidad que es el delito. Mas hay algo que falta en este repertorio de caracteres y que por ser aspecto de la acción, necesariamente ha de ser jurídicamente estimado. En la actividad humana nos encontramos siempre con la existencia de una determinada relación entre el fin perseguido y el sujeto; tal relación es una referencia de atribuibilidad del fin al sujeto, a su voluntad. Y esa relación se desarrolla en el plano causal inteligente. Una integración de causalidad —es decir, dependencia a algo, participación— y de finalidad, que es la dirección del orden causal de acuerdo al fin. Pues bien, en la teoría jurídica, en general, con la voz acción solamente se ha pretendido ver una determinada relación entre el evento y la voluntad. En resumen, se dedicaban a estudiar los problemas que presentaba una causalidad inteligente. En la sistemática tradicional la acción no tenía otro significado, de ahí que, como es lógico, el contenido de la voluntad no se estudió en la acción, sino en la culpabilidad. Sólo, últimamente, los juristas han logrado elevarse al primer concepto de acción ya señalado. En pocas palabras, el segundo concepto de acción implica únicamente una determinada relación o dependencia del evento a la voluntad del sujeto.

2. EL PRIMER CONCEPTO DE ACCIÓN DESDE UN PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO (9).

Hemos dicho que el delito es acción, y la acción es una realidad sico-física; es decir; indisoluble unidad entre el elemento físico y el síquico. No hay una acción que sea puramente externa o puramente interna, ambos proyectos van siempre unidos. El hombre se mueve a algo, pero no como una piedra va a estrellarse con otra, sino en virtud de un proceso voluntario. El primer aspecto fundamental de la acción es la voluntad, el hombre al actuar realiza su voluntad. La acción no es sino voluntad realizada, volición de algo. Lo que mueve al hombre es la voluntad y

(9) Sobre el aspecto filosófico se han tomado en especial consideración PETTOELLO MANTOVANI, Luciano: *Ob. cit.*, Parte, I, Cap. 30, páginas 46-49; DEL VECCHIO, Giorgio: *Presupposti, Concetto y Principio del Diritto*, Edit. Giuffrè Milano, 1959; Parte II, págs. 125 y sigs., y Parte III, párrs. 2. y 3, págs. 220 y sigs.; RAEYMAEKER, Louis de: *Filosofía del ser* (Edit. Gredos, Madrid, 1956); VAN STEENBERGHEM, Fernand: *Ontología* (Edit. Gredos, Madrid, 1957); SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica* (Tratado de los actos humanos, tomo IV. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1954).

como tal; en cuanto se mueve hacia algo y realiza su voluntad, el hombre es causa de ese algo, en el sentido que ese algo depende de él, en el sentido de que le participa a ese algo de su naturaleza. Y tal sucede en todo orden de la actividad humana, así el hombre actúa tanto al construir una casa, al derribar un árbol, al guiar un automóvil o al matar. En su actividad el hombre aparece como causa en ese sentido. Pero el hombre es un ser inteligente y su voluntad se dirige a lo que conoce, mal se puede dirigir a lo que no conoce. El hombre conoce ese algo que desea y en virtud de ese conocimiento se lo representa y guía su voluntad. De esa manera el actuar aparece conducido desde la meta, desde el objetivo o fin. Y la actividad del hombre aparece como finalista, es decir, como intencional; intención no es otra cosa que ordenación al fin. El hombre a través de su voluntad ordena su actividad al fin deseado, que pretende alcanzar. El proceso causal surge así como un proceso causal inteligente. Pero la acción, como hemos podido observar, no se reduce solamente a esa causalidad inteligente, sino que está integrada por el conocimiento, por la dirección de los acontecimientos. Aún más, el hombre es un ser dotado de razón y como tal emite juicios sobre la realidad que conoce, pone en actividad su pensamiento; determinará las diversas posibilidades, los diferentes medios. Y de acuerdo a esos juicios realizados por el entendimiento se moverá la voluntad. El hombre elegirá esto o aquello, consentirá en su realización y de esta manera se dirigirá todo, a su ser, esa unidad sico-somática, al fin que desea. El hombre en cuanto tal, en cuanto unidad de alma y cuerpo, se expresa en la acción.

El primer concepto de acción desde un punto de vista psicológico (10).— Ya ha quedado muy lejos en la psicología aquella época mecanicista que atomizaba el proceso síquico. Ya no se explica la voluntad como la resultante de un conjunto de representaciones y sentimientos. Ni tampoco se explica la acción como una asociación de movimientos reflejos.

La acción tiene un carácter intencional, es decir, está proyectada al mundo circundante y adaptada a él; la acción no es una respuesta a estímulos aislados, sino a situaciones determinadas tanto internas como externamente. Y al revés del reflejo que es la respuesta de una parte de nuestro ser, la acción es una respuesta de nuestra totalidad sico-somática; en ella se expresa todo nuestro ser. Y por ello, en cuanto es respuesta de todo nuestro ser, de esa realidad sico-somática que somos, también ella misma no es una serie de movimientos reflejos, sino una unidad.

La acción está determinada por el objeto a alcanzar y respecto de ese objeto y su logro el hombre realiza un esquema de desarrollo; el hombre realiza una previsión del curso hacia el objetivo, en el que juega papel importante nuestra imaginación. El hombre tiene, pues, desde el primer momento una previsión de los acontecimientos, el hombre a través de ese

(10) En esta materia se ha tomado en especial consideración las siguientes obras: PETTOELLO MANTOVANI, Luciano: *Ob. cit.*, Parte I, Capítulo 30, págs. 49-62; LERSCH, Philipp: *La estructura de la personalidad*, tomo II, especialmente las páginas 431 a 495 (Edit. Scientia, Barcelona, 1959); MERLEAU-PONTY, Maurice: *La estructura del comportamiento* (Edit. Librería Hachette, S. A., Buenos Aires, 1957).

esquema o bosquejo se trasciende a sí mismo. Hay una concienciación del mundo que pone en marcha nuestra actividad.

Toda acción, pues, se adapta al fin a que tiende; la acción es de carácter finalista. Sólo hacen excepción algunas acciones que se pueden llamar neutrales y que son en general configuraciones mocionales contenidas en cada movimiento afectivo: el furor contiene la configuración mocional del ataque; la alegría, del abrazo, etc. Ahora bien, la acción humana, con excepción de las acciones instintivas o emocionales, está enclavada en la voluntad. La voluntad no puede comprenderse como antaño, carente de autonomía y dependiendo de las tendencias y sentimientos. Por la voluntad el hombre determina qué impulso debe ser realizado y tiende al logro de la meta final contra todas las resistencias que se le oponen. En la voluntad el hombre se siente como instancia que decide si debe realizarse un movimiento, una dirección, una conducta y en qué sentido. Ahora puede muy bien la acción voluntaria automatizarse y quedar muy cercana a la acción impulsiva. En el desarrollo de nuestra vida no tenemos necesidad de querer voluntariamente este o aquel movimiento, no tengo ya necesidad de intentar expresamente esta o aquella acción parcial. En cambio, cuando la acción voluntaria llega a su más alto grado de complejidad entra a jugar con predominio el pensamiento, la construcción de juicios sobre la realidad a alcanzar y sobre los medios.

En la acción voluntaria tenemos, pues, que tener muy presente la voluntad, la intencionalidad, el entendimiento (11). La acción voluntaria constituye una unidad sico-somática.

El primer concepto de acción ante la teoría jurídica.—Hemos ya hecho el desarrollo del primer concepto de acción, en el que se encuentra enclavado el delito. El delito en cuanto tal, participa de los caracteres totales de dicha acción, pero a través de una valoración jurídica. En el delito encontramos no solamente el proceso volitivo o intencional, sino que éstos se encuentran sometidos a una valoración jurídica. Y esto es fundamental, como lo afirmara Pettoello Mantovani. La culpa y el dolo, por ejemplo, surgen como valoraciones de esa realidad. La culpa y el dolo no existen en abstracto, sino en cuanto enclavadas en esa realidad sico-física que valoran, de esa manera se configura el delito doloso y culposo. Igual razonamiento se puede hacer respecto de la antijuricidad y de la tipicidad.

En la doctrina tradicional se partió, hay que reconocer, de un concepto de acción determinante genérico del delito. De la acción en cuanto tal. Recordemos que fué fórmula muy usada el decir delito es acción y de ella partían todos los juristas. Aún más, sólo así se explica la forma cómo resolverían el concurso ideal. Si delito es acción y en el concurso ideal hay una sola acción, necesariamente debe haber un solo delito. Recordemos el muy citado razonamiento de Baumgarten: es muy posible que existan dos

(11) Sobre la estructura de la acción es necesario tener muy presente la distinción entre intencionalidad (la finalidad en consideración al evento externo, el desear o querer *algo*) y la voluntad (que comprende la finalidad ínsita a la acción, que se agota en su misma realización; por ejemplo, correr, conducir un automóvil, etc.). Esto es sumamente importante para comprender cabalmente la acción y también el delito.

delitos en una sola acción, mas si delito es acción, cada delito debe ser la acción existente, luego entre ambos delitos hay identidad absoluta. Y el mencionado autor agrega: «sin la cooperación de una tabla de multiplicar bruja en contra de esta suposición, existirá sólo un delito» (12). Conclusión intachable lógicamente; pero que adolecía del defecto de confundir en sus premisas lógicas el primero y el segundo concepto de acción.

La doctrina tradicional ya consciente o inconscientemente señala que por razones sistemáticas reduce el concepto genérico de acción. Y es así cómo la priva de su contenido, que traslada a la culpabilidad, dejando contraída la acción a una simple relación entre el objeto y el agente.

Pero el error de tal posición fué olvidar la primera premisa, es decir, que delito es acción, que el delito en sí está enclavado en el ámbito de la actividad. Lo que había sucedido era que la realidad se había impuesto al jurista sin que éste se diera cuenta. El delito está anclado en la acción, pero al mismo tiempo es una valoración de ella. Luego dentro de una sistemática, los caracteres del delito deberán contener diferentes valoraciones de esa realidad. En la culpabilidad está el dolo y la culpa especialmente como valoraciones del dato síquico; otro carácter diferente es aquel de la valoración de la determinada relación existente entre el sujeto y el objeto. Los juristas tradicionales llamaron a este último carácter acción, a sabiendas de que de acción tenía muy poco y llegaron, lo que es peor, con posterioridad al extremo de identificar ambos conceptos. Así se verificó la transferencia de significado y todas las dificultades de la escuela tradicional surgieron desde ese mismo momento.

Desde otro punto de vista podemos comprobar la contradicción a que llevó la sistemática de la escuela tradicional. Si se afirma que delito es acción, o sea, que el delito en cuanto tal participa de la acción; mal se puede señalar luego la acción como uno de los caracteres del delito, es decir, como un simple aspecto del delito. ¿Y la tipicidad, la antijuricidad, etcétera, acaso no participan de la naturaleza de la acción? ¿Acaso están suspendidas en el aire? Si son caracteres del delito y el delito es acción, necesariamente tienen que estar anclados en ella.

En cuanto a Welzel, justamente lo que pretende es alcanzar el primer concepto de acción. Pero en el fondo no puede apartarse totalmente de la mentalidad tradicional, en eso tiene razón Pettoello Mantovani. O sea, trata de encajar el primer concepto de acción en la sistemática tradicional, y esto es lógicamente imposible (esto inconscientemente lo había comprendido la escuela tradicional). El concepto determinante genérico del delito en ningún momento puede ser considerado como un simple carácter del delito, junto y en la misma medida que el resto de los caracteres del delito. No puede ser colocado junto a la antijuricidad, a la culpabilidad, pues éstos en mayor o menor grado participan de él y, por tanto, no pueden tener el mismo rango ni ser tratados en el mismo plano. Ahí me parece reside el error de Welzel, olvidó que la escuela tradicional planteaba un problema de sistemática del delito y no de naturaleza del delito; aun-

(12) BAUMGARTEN, Arthur: *Idealkonkurrenz*, Festgabe für Reinhard von Frank, T. II, pág. 189.

que después lo olvidaron también y confundieron sistema con naturaleza. Pero lo que es valedero es que el delito es acción; luego no puede ser incluida en un simple repertorio de caracteres de esa unidad que el delito y de la cual la acción es integrante inseparable junto con la estimativa jurídica realizada por la norma.

3. ANÁLISIS DEL SEGUNDO CONCEPTO DE ACCIÓN.

Hemos indicado que la acción, en lo que se refiere a su segundo concepto, surge solamente como atributo o carácter del delito. Lo mismo que los otros caracteres está anclada en el delito y participa de la naturaleza de esa unidad que es el delito. En este sentido la *acción atributiva* solamente quiere explicar la determinada relación que existe entre el sujeto y el objeto o la simple manifestación de voluntad. Esta relación es sí de causalidad, pero no de una causalidad físicamente considerada. No se trata de una simple sucesión o concatenación de hechos, sino de una causalidad jurídica que tiene como base la causalidad en sí. La causalidad es señalar la determinada dependencia que existe, la determinada participación; es indicar la relación de atribuibilidad. Pero en cuanto al hombre se refiere, debemos recordar el carácter final del actuar humano. La causalidad aparece así como una causalidad inteligente. Y en este sentido nos inclinamos especialmente por la tesis de Antolisei (13). Y a qué vamos a referir en el delito las manifestaciones del sujeto; las que pueden traducirse en el simple actuar, o sea, en la adaptación finalística de su acción o en el logro de un determinado fin. Tenemos que referir dichas manifestaciones a la voluntad. Como dice Del Vecchio, «un fenómeno no puede ser juzgado conforme ni contrario al derecho, sino en cuanto sea referido a la voluntad de un sujeto y considerado como expresión de ésta» (14). Aparece como fundamental de atribuibilidad a la voluntad en el sentido de dependencia, de participación. La voluntad ejerce su dominio y señorío sobre un determinado ámbito; todo lo que caiga dentro de ese ámbito debe ser referido a ella. Hemos, pues, constatado la acción atributiva, que se traduce en la relación de una determinada situación o manifestación a la voluntad; puede ser la simple expresión de palabras injuriosas, puede consistir en dar muerte a un hombre, etc. Cualquiera de estas situaciones en cuanto dependen de esa voluntad son valoradas jurídicamente y es posible seguir con el análisis de los demás caracteres del delito. Si ya no se da ese carácter mínimo, con menos razón pueden darse los demás. Es, pues, un carácter primario, elemental, el mínimo exigido para que podamos constatar la posible existencia de un delito.

(13) Ver la obra citada de ANTOLISEI, Francesco; también sobre el problema causal debe verse HUERTA FERRER, Antonio: *La relación de causalidad en la teoría del delito* (Madrid, 1948, Publicaciones del Consejo Superior de Investigaciones Científicas) v CAVALIO, Vincenzo: *Diritto Penale* (Parte General) (Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1955).

(14) DEL VECCHIO, Giorgio: *Ob. cit.*, Parte II, Cap. 10, pág. 126.

El segundo concepto de acción en la teoría del delito.—Ya hemos dicho que el concepto de acción atributiva es el que ha tenido en cuenta la doctrina tradicional al darnos el repertorio de los caracteres del delito. Cuando nos dice el delito es una acción típica, antijurídica, culpable o punible. Para ellos, y expresamente lo afirman, no significa nada más que una determinada relación de dependencia. Al principio pura y exclusivamente causal. Pero no sólo eso, ya que sabemos que la causalidad puede ser apreciada metafísicamente, moralmente, físicamente y jurídicamente; ellos reducen la acción a una simple causalidad física y se expresan del mismo modo como podría hacerlo un químico o un físico. Más tarde el causalismo físico absoluto es abandonado, si bien se sigue pensando que se trata de un proceso de carácter exclusivamente natural. Y, por último, se llega a la verdad, se trata de una causalidad jurídica y sobre tal planteamiento los autores formulan diferentes tesis interpretativas.

La doctrina tradicional no pretendía más de su concepto de acción como carácter primario y común del delito. Ahora bien, el error consistió, como ya lo expresamos, que con el tiempo se confundió el concepto de acción atributiva con el concepto de acción en sí o en cuanto a tal. Y en segundo lugar, haberse creído que el aspecto síquico quedaba solamente reducido a la culpabilidad, que era allí únicamente donde el derecho realizaba su valoración. Pero tal es un error, pues el aspecto síquico, como está en la base misma del delito, informa todos sus caracteres. Esto se ha visto claramente con el desarrollo de los elementos subjetivos del injusto y con las aportaciones de Pettoello Mantovani sobre el concepto subjetivo de antijuricidad.

En suma, la acción atributiva implica solamente la constatación de una voluntad humana. Que ha existido una voluntad y que el evento o el simple actuar depende de ella. Que hay un proceso de participación y señoría de la voluntad sobre ellos. Y en este sentido comprendemos lo que se llama acción propiamente tal por la doctrina y la omisión.

4. EL PROBLEMA OBJETIVO Y SUBJETIVO EN EL PRIMER CONCEPTO DE ACCIÓN (acción en sí o acción en cuanto tal).

Hemos repetido bastante que la acción es un unidad sico-física. Donde hay una acción no sólo está el elemento externo, sino también el interno; ambos indisolublemente unidos, no es posible que se dé el uno sin el otro. Van juntos como el alma y el cuerpo, o sea, ambos aspectos se traspanan y compenaran; no se puede actuar con criterio mecanicista, no se les puede separar. Si tal se hace se destruye el ser mismo de la acción y nos quedamos con una mera apariencia sin significación alguna.

Pues bien, esta realidad sico-física es la que viene a configurar el delito. Es uno de sus elementos constituyentes. Como tal abarca todo el delito, el delito está inmerso en esa realidad sico-física; luego el delito en su propia naturaleza, en su estructura, participa de esa unidad sico-física. El hecho es, entonces, que el delito en cuanto tal, en su totalidad, no puede concebirse como un simple acontecer físico o síquico, ambos aspec-

tos van indisolublemente unidos. Lo subjetivo y objetivo no se puede separar sin destruir el ser mismo del delito, so pena de quedarnos con algo que no existe como tal. El delito separado de su aspecto subjetivo o objetivo no es tal delito, no es, no existe.

Ahora, si el delito participa de esa realidad sico-física, con mayor razón cada uno de sus caracteres, los que precisamente están sumergidos en esa unidad que representa el delito. En cada carácter del delito, como en el delito en su totalidad, se da el indisoluble ligamen del aspecto subjetivo y objetivo. Si tal no ocurre, tal carácter no existe, no es carácter del delito. La acción atributiva, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad tienen que mirarse desde ese punto de vista y, por supuesto, sin olvidar el otro elemento constitutivo del delito: la estimativa jurídica realizada por la norma. Ya hemos dicho que es la norma donde vamos a encontrar la valoración jurídico-penal, verbigracia, está prohibido matar a otro y si se mata a otro se castigará con la siguiente pena. Eso es lo que nos dice la norma jurídico-penal, y con ello viene a valorar una determinada realidad sico-física. El delito surge de estas dos realidades: la realidad normativa y la realidad sico-física.

5. EL PROBLEMA OBJETIVO Y SUBJETIVO EN EL SEGUNDO CONCEPTO DE ACCIÓN (la acción atributiva).

Haremos también aquí un breve resumen del problema. La acción atributiva es un carácter del delito y como tal no puede ser absolutamente objetivo como pensaba la escuela tradicional. No se trata de un simple movimiento de causa a efecto, como en los fenómenos físicos, de simple contigüidad o sucesión de fenómenos. También la acción atributiva está impregnada de subjetividad. Siempre que hay un actuar del hombre, tiene que ser inteligente, estar relacionado con su voluntad y conocimiento (salvo, como ya lo dijimos, las acciones instintivas e impulsivas, las que dan lugar a sutiles problemas jurídicos). Ya al hablar de voluntad surge con toda su fuerza el aspecto subjetivo; es porque la voluntad ha deseado algo, es porque ha tendido hacia algo, que éste se ha realizado. Se ha producido una realización de voluntad, ya sea el no prestar el socorro debido. Todas esas manifestaciones derivan de la voluntad, hay atribuibilidad a la voluntad. Caen en el ámbito de su poderío, en el ámbito concienencial. Pero nada más, este primer carácter del delito sólo quiere expresarnos eso. Sólo quiere señalarnos que es indispensable para que sobre un fenómeno recaiga un juicio jurídico, su referencia a la voluntad. Repitamos la frase de Del Vecchio: «Un fenómeno no puede ser juzgado conforme ni contrario al derecho, sino en cuanto sea referido a la voluntad de un sujeto, y considerado como expresión de ella.» Las valoraciones de la intencionalidad o voluntariedad (recordemos las palabras de Pettoello Mantovani) del actuar se llevan a efecto en el dolo y la culpa; es decir, la valoración de la finalidad externa y de la finalidad de la acción o interna.

Tal y no otro es el alcance y la realidad que tienen el aspecto subjetivo y objetivo en la acción atributiva