

SECCIÓN DOCTRINAL

Acerca de la crítica al «finalismo»

HANS JOACHIM HIRSCH*

Catedrático (emérito) de la Universidad de Colonia

I.

A los organizadores corresponde agradecer efusivamente haber convocado a estas Jornadas con motivo del centenario del nacimiento de Hans Welzel. Me alegra mucho poder participar en ellas. Entre los presentes soy el único que ha conocido hace ya mucho tiempo a Hans Welzel y mantenido con él un contacto muy estrecho. En el semestre de invierno de 1948-1949, mi primer semestre en la Universidad, asistí a sus clases en Göttingen sobre «Derecho Penal-Parte General». Sin embargo, como estudiante principiante no pude llevarme en ese momento una visión clara de sus tesis, y por ello decidí que era mejor seguir la teoría de la acción causal entonces dominante. Mi especial interés por el derecho penal se despertó en un Seminario de Derecho Penal de Karl Engisch, uno de los más decididos enemigos de Welzel, durante dos estancias entre semestres en Heidelberg. De regreso en Göttingen, y cerca de terminar mis estudios, tuve claridad acerca del acierto de la teoría de la acción defendida por Welzel y de sus principios científicos, cuando sostuve en su seminario una ponencia sobre teoría de la participación. Su atractivo científico y su creatividad die-

* Título original: *Zur Kritik am «Finalismus»*. El texto corresponde a la conferencia brindada por el autor en México, en agosto de 2004, en la *II Jornada Internacional de Derecho Penal: Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal: «Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la Política Criminal y en la Dogmática Penal del siglo XXI»*. Agradezco muy cordialmente por la traducción al castellano al Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) y al Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Universidad de Buenos Aires). Mi agradecimiento se extiende también a la Prof.^a Dr.^a Verónica Román Quiroz (UNAM México) por la ayuda idiomática brindada durante la exposición verbal del texto.

ron ocasión a que inmediatamente me decidiera a escribir mi tesis doctoral bajo su dirección (1). De esa forma fui a Bonn, a cuya Universidad, entre tanto Welzel había sido convocado. Desde 1953, y prescindiendo de una actividad de dos años en la praxis, estuve allí permanentemente en su círculo más estrecho como su colaborador, que primero se doctoró y luego habilitó como profesor con él. Después de mi nombramiento como profesor me mantuve siempre en contacto con él y tuvimos un copioso intercambio de opiniones. Por eso creo que, desde esa cercanía directa, continua y confiable de la evolución científica de Welzel, nadie, entre quienes hoy viven todavía, tuvo mejor ocasión que yo de seguir sus ideas y sus fines en todo el período que va desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta su muerte.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL «FINALISMO»

La Orientación designada científicamente como «finalismo» persigue dos objetivos, uno general y otro especial.

1. El objetivo general es *metodológico*. El «finalismo» se dirige tanto contra una forma exclusivamente físico-natural de dogmática jurídico-penal como contra una forma normativista. No se trata de reducir los objetos de la valoración jurídico-penal al mero proceso causal (p. ej.: la acción como causar un resultado o la injuria como originar una onda de sonido) o formarlos de un modo puramente normativo (algo de actualidad hasta hoy), sino de deducirlos de la realidad, para lo cual se debe observar, dentro del sistema teórico-normativo, sus estructuras prejurídicas y la lógica objetiva que se desprende de ellas (2). Si se piensa, por ejemplo, en las normas sobre inducción, se debe observar antes que nada cómo está estructurado prejurídicamente este fenómeno y con ello reconocer, entre otros aspectos, que su propiedad esencial es la producción de una determinación a actuar. Y como conexión lógico-objetiva aparece la relación de accesoriedad entre la inducción y el comportamiento del inducido que ha sido ocasionado por ella.

(1) *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, aparecida en 1960.

(2) Ver WELZEL, «Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft», en *Erinnerungsgabe für Grünhut*, 1965, pp. 173 y ss. (publicado también en WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1973, pp. 345 y ss.).

Cuando el «finalismo» apareció en escena por primera vez, en los años 1930-1931 (3), la dogmática jurídico-penal, a la vez que abandonaba el naturalismo, se había volcado a una metodología influida por el positivismo legal y el neokantismo, según la cual la dogmática no se construía a partir de los fenómenos y estructuras de la realidad, sino que los objetos de regulación jurídica eran construidos normativamente. Conceptos como acción, omisión, dolo, inducción, etc., se habían convertido en productos jurídicos artificiales (4).

Welzel, el fundador del «finalismo», tal como ha sido mayoritariamente llamada esta orientación científica con una perspectiva parcial e imprecisa, demostró que un punto de vista puramente naturalista vaciaba de contenido a los fenómenos. Ante todo, sin embargo, reconocía que la metodología normativista hacía que los objetos de regulación jurídica fueran intolerablemente manipulables e impedía una sistemática del derecho penal que respondiera a las exigencias científicas. Teniendo en cuenta que los resultados obtenidos normativamente dependían, en el mejor de los casos, de las reglas de la legislación nacional –esto es algo que también ya lleva décadas– o solamente de la opinión de cada autor, se cerraba así el camino a resultados válidos en general y, en consecuencia, a una ciencia del derecho penal de función internacional trascendente a los límites de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ello, Welzel acentuó posteriormente que el principio metodológico del «finalismo» hace posible la creación, en la dogmática del derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su *validez general*, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos (5). Tal concepción significa, con seguridad, una ventaja para el respeto de un derecho penal adecuado al Estado de derecho.

2. El objetivo especial del «finalismo» era la aplicación de este principio metodológico a un concepto central del derecho penal: *el concepto de acción*. Este concepto es central, porque en el caso de los delitos se trata de lesiones contra prohibiciones o mandatos y porque

(3) En los comienzos del «finalismo» están los artículos de WELZEL sobre «Derecho penal y filosofía», en *Kölner Universitätszeitung*, 1930, núm. 9, pp. 5 y ss. [reproducidos en WELZEL (nota 2), *Abhandlungen*, pp. 1 y ss.], «Causalidad y acción», en *ZStW* 51 (1931), pp. 703 y ss., y «Acerca de los valores en el derecho penal», en *Der Gerichtssaal* 103 (1933), pp. 340 y ss.

(4) Ver la definición de MEZGER, «Strafrecht», *Ein Lehrbuch*, 1.ª edición, 1931, pp. 91 y ss., 105 y ss., 109, 130 y ss., 330 y ss., y 414.

(5) WELZEL, «Zur Dogmatik im Strafrecht», en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 3 y 5.

son acciones los objetos de estas dos formas normativas. La prohibición no permite una acción y el mandato la exige. La transformación del concepto de acción en un producto construido por el derecho penal, a saber, en una causación del resultado (6) originada por un mero impulso de la voluntad, cualquiera que fuera su contenido, dio ocasión a Welzel para desarrollar el llamado «finalismo». Estimulado por el correspondiente significado que regía en la literatura psicológica de entonces, trajo a colación nuevamente que a la acción pertenece la intención, con su subyacente contenido de voluntad, dirigida a la realización objetiva: en una acción de homicidio, por ejemplo, el querer matar. Así había sido entendido el concepto de acción también anteriormente. Welzel advirtió ya de esto en su tesis doctoral al ocuparse de Pufendorf. Y en Aristóteles la acción había sido igualmente acto de voluntad, tal como era el caso también en el siglo XIX para los hegelianos (7).

Que ello haya sido perdido de vista temporalmente por la dogmática está relacionado, en primer lugar, con que en la estructuración del delito en injusto y culpabilidad, vigente a finales del siglo XIX, se tenía la opinión equivocada de que esa diferenciación era idéntica a la que hay entre los elementos objetivos y los subjetivos. Un segundo motivo que enturbió la mirada de la dogmática alemana hacia la comprensión clara del concepto de acción fue el antiguo § 1 del Código Penal alemán, en el cual se hablaba, con referencia al hecho punible, sólo de *acción* amenazada con pena. Normativamente, de ello se deriva que la acción sería el concepto genérico para cada forma del comportamiento punible y que abarca, en consecuencia, no sólo el hacer, sino también la omisión, y también debían tener el mismo contenido los hechos dolosos que los imprudentes. Esta noción la encontramos todavía hoy en el caso de los conceptos de acción mencionados como «social» o «personal» (8). Por el contrario, en el caso de la acción «final», tal como la designó Welzel, no se trata de un mínimo común para todos

(6) Ver, acerca de la opinión entonces dominante: v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, 26.^a edición, 1932, p. 155; Mezger (nota 4), p. 109.

(7) Ver las indicaciones históricas en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición, 1969, pp. 38 y s. Sobre Aristóteles, más detalladamente, BENAKIS, «Über den Begriff des Unrecht-tuns bei Aristoteles», en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 213 y 215 y ss.

(8) Ver, acerca del concepto «social» de acción, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a edición, 1996, pp. 221 y 223, con más información. Un concepto de acción como noción genérica y designado como «personal» es defendido por ROXIN, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, t. I, 3.^a edición, 1997, § 8, núms. margs. 19 y s., 44 y ss. Críticas más detalladas acerca de ese concepto de acción pueden ser vistas en HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre», en *ZStW* 93 (1981), pp. 831, 851 y ss., y, del mismo, «Handlungs-Sachverhalts- und Erfolgswert», en *Gedächtnisschrift für Meurer*, 2002, pp. 3 y 4, con las notas 2 a 4.

los hechos punibles, con exclusión de los actos reflejos, sino de un análisis de la acción de realización subyacente a un hacer, tal como ella, en tanto que objeto de prohibición o mandato, resulta decisivamente relevante en un delito también desde el punto de vista práctico.

Del concepto de acción voluntaria Welzel extrajo la consecuencia de que el dolo del delito cometido pertenezca ya al supuesto de hecho del injusto, porque es idéntico al querer la acción. Y para el caso de los delitos imprudentes, él hizo ver que aquí la acción se agotaba en el actuar voluntariamente que conforma el objeto del juicio de contrariedad al cuidado y que el resultado representaba un efecto de ese comportamiento antinormativo imputable al autor (9).

3. El «finalismo» no se puede clasificar como el producto de una orientación filosófica determinada de la época. El redescubrimiento del actuar con voluntad podría haber surgido ya tres décadas antes o igualmente tres décadas después. También la posición contra un normativismo puro es hoy tan actual como entonces. Que Welzel encontrara un análisis coincidente en la ética del filósofo Nicolai Hartmann no reduce el «finalismo» a fruto de una corriente filosófica de ese tiempo (10).

El «finalismo» tampoco tuvo nada que ver con el derecho penal del nacional-socialismo. Prescindiendo por completo de que *Welzel* ya lo había desarrollado científicamente en 1930 y de que una parte de los resultados extraídos para el derecho penal ya se encontraban a mediados de los años veinte en otros autores –aunque todavía sin fundamentación científica–, el «finalismo» no tuvo importancia alguna en los tiempos de Hitler. Al contrario de lo que sucede con la teoría de la acción «final», el derecho penal nacional-socialista tendía a una dogmática jurídico-penal nacional y popular y al derecho penal de ánimo y de autor. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se discutió la posición dogmática del error de prohibición, el «finalismo» encontró un campo de actuación más amplio.

(9) WELZEL (nota 7), pp. 129 y ss. (también con referencias a los artículos mencionados precedentemente).

(10) N. HARTMANN, *Ethik*, 2.^a edición, 1935, pp. 79 y ss., y 228 y ss. Welzel tomó de él solamente la designación de «finalismo» para la acción voluntaria [acerca de ello, Welzel (nota 7), p. 34]. Que el «finalismo» no sea derivación de un sistema filosófico determinado no disminuye en absoluto su rango científico. Las orientaciones filosóficas pueden tener relevancia para los principios básicos del derecho penal (las ideas de prevención y retribución, el principio de culpabilidad, el derecho penal de ánimo y similares), para los bienes protegidos de la Parte Especial (honor, medio ambiente, etc.) y para las sanciones penales (pena de muerte, p. ej.). En cambio, la cuestión de los presupuestos dogmáticos estructurales de un hecho de naturaleza especial amenazado con pena debe ser investigada, por ello, por la ciencia *jurídico-penal*.

III. EVOLUCIÓN DE LA DISCUSIÓN ACERCA DEL «FINALISMO»

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial Welzel tuvo mucho éxito con los resultados prácticos obtenidos a partir de los fundamentos de su principio dogmático o los que fueron derivando de él en los años siguientes. En primer lugar hay que mencionar la adopción por parte del Tribunal Supremo Federal de la teoría de la culpabilidad desarrollada por él para el error de prohibición a partir de la separación de dolo y conciencia de la ilicitud –uno como elemento del supuesto de hecho del injusto y la otra como elemento de la culpabilidad–. A continuación se debe mencionar la teoría de la participación, con la cual Welzel pudo enseñar que la introducción de la accesoriedad limitada dejaba en pie la dependencia de un hecho principal doloso, lo cual fue reconocido inmediatamente por la jurisprudencia. Además, encauzó la superación de la teoría subjetiva de la participación, elaborando el punto de vista claro del dominio del hecho («dominio final del hecho»). Gran importancia teórica y práctica tuvo también la clasificación sistemática de la acción objetivamente descuidada ya como elemento correspondiente al injusto del delito imprudente, que es consecuencia del principio dogmático de Welzel.

Estas soluciones no fueron adoptadas únicamente por la jurisprudencia. Ellas, en parte, también fueron incorporadas expresamente en la nueva Parte General del Código Penal alemán de 1975 (11).

Así pues, la superación de la teoría del injusto causal estuvo en Alemania terminada a comienzos de los años setenta. Desde entonces la teoría dominante siguió, en cuanto a la estructura del delito, la versión de los «finalistas», según la cual el dolo típico pertenece ya al supuesto de hecho del injusto del delito doloso y la acción objetivamente descuidada al supuesto de hecho injusto del delito imprudente (12).

No obstante, esto no significó que se hubieran impuesto el concepto «final» de acción y el principio metodológico que está detrás de él. Mucho más se impusieron la mayoría de las *consecuencias* dogmáticas extraídas por Welzel bajo la designación de «teoría del injusto

(11) Ver § 17 (error de prohibición), § 25 (autoría), § 26 (inducción) y § 27 (complicidad) del Código Penal alemán en la versión de 1975.

(12) Ver JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 565 y s.; LENCKNER, en «Schönke/Schröder», *Strafgesetzbuch*, 26.^a edición, 2001, previo al § 13, núms. margs. 54 y ss.; SCHROEDER, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a edición, 1994, § 16, núm. marg. 146.

personal» (13). En cambio, las tendencias normativistas fueron, por cierto, en parte aumentando. Así, en los prólogos de un tratado alemán actual se dice que los conceptos empleados en el derecho penal se originan sólo en relación con las regulaciones legislativas penales (14). También existen teorías de la imputación que, entremezcladas con la teoría del injusto personal, gozan de gran popularidad. Estas teorías desarrollan los requisitos del delito no a partir de la acción contraria a la norma, sino desde el resultado, y están emparentadas con la teoría de la relevancia propia de la anterior teoría del injusto causal (15).

Como desventaja para el «finalismo» se puede mencionar, en mi opinión, la posición subjetivista defendida por Armin Kaufmann y sus discípulos, que se aparta de la posición welzeniana, pero que frecuentemente ha sido identificada con ella por los críticos (16). Según Armin Kaufmann, mi colega y amigo de los tiempos de Göttingen y Bonn, que murió siendo muy joven todavía, lo injusto del hecho doloso debería agotarse ya con el actuar y el resultado intentado sería solamente una suerte de condición objetiva de punibilidad. El injusto debería existir completamente ya con la tentativa acabada y la tentativa debería, por ello, ser determinada también según la teoría subjetiva. Así, al disvalor de acción le es acordado un

(13) Acerca de que hoy todavía la teoría del injusto personal es dominante en Alemania, mientras que, sin embargo, la «teoría de la acción final» es mayormente rechazada, ver, más detalladamente, HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *Festschrift 600 Jahre Universität Köln*, 1988, pp. 399 y 403. Bajo la bandera de la teoría del injusto personal ha sido aplicado, ante todo, la mencionada clasificación del dolo típico como elemento del injusto del delito doloso y de la contrariedad al cuidado como elemento del injusto del delito imprudente, como también han sido aceptadas la teorías de la participación y del error de prohibición desarrolladas por el «finalismo».

(14) Ver JAKOBS, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, 2.^a edición, 1991, p. VII.

(15) Ver ROXIN (nota 8), § 11, núms. margs. 39 y ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 286 y ss.; LENCKNER (nota 12), previo al § 13, núms. margs. 91 y ss.; WESSELS/BEULKE, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, 33.^a edición, núms. margs. 178 y ss.

(16) Ver, acerca de esa tendencia, ARMIN KAUFMANN, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», en *ZStW* 80 (1968), pp. 34 y 50 y s.; del mismo, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 393, 403 y 411; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 135 y ss., y 205 y ss.; del mismo, en *Alternativkommentar StGB*, 1990, § 15 y 16, núms. margs. 7 y 107; STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», en *Gedenkschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 523 y 534 y ss.; del mismo, «Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität», en *ZStW* 102 (1990), pp. 21 y 49; SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung*, 1996. Con ellos ha sido identificada, por ejemplo por MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, 1981, pp. 59 y ss., y 129, la «teoría final de la acción».

significado idéntico al del disvalor de intención. Esta orientación ha encontrado sólo unos pocos seguidores debido a su alejamiento de un derecho penal de acto y debido a la consecuencia inevitable de que injusto y culpabilidad existirían en toda su extensión ya con la tentativa acabada según la representación del autor, de modo que, consecuentemente, para la punibilidad completa no sería necesaria más la causación del resultado.

IV. OTRAS INTERPRETACIONES ERRÓNEAS DEL «FINALISMO»

1. La objeción de mayor peso que ha sido dirigida al «finalismo» dice que pretende derivar decisiones jurídicas de la ontología. Se trataría de una suerte de representación iusnaturalista (17).

Correcto es –como ya se mostró al comienzo– que el «finalismo» exige observar las estructuras y el contenido concreto de los objetos a los cuales está vinculado el ordenamiento jurídico en sus regulaciones. Aquí se trata sólo en parte de hallazgos ontológicos (p. ej., en los conceptos de acción y de causalidad). Junto a ello entran en consideración también fenómenos sociales generales (p. ej.: la culpabilidad, el honor, etc.). Por ello, analizado con precisión no se trata de una oposición entre lo óntico y lo social-normativo, sino de la relación entre las estructuras de la materia de regulación y el derecho. El derecho no inventa la realidad que pretende regular –pues sería irrelevante–, sino que regula una realidad que ya le viene dada. Una verdad tan simple y las consecuencias que de ella se derivan metodológicamente no tienen nada que ver con el derecho natural (18). Welzel, a quien corresponde reconocer el mérito mayor en la superación del renacimiento del derecho natural alemán después de 1945, no puede, por ello, ser sospechoso en absoluto de ser un seguidor del derecho

(17) Acerca de la objeción de que la ontología habría sido elevada a fuente del derecho, ver especialmente ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *ZStW* 74 (1962), pp. 515, 518 y s., 522, 527, 547 y s., y 554; el mismo (nota 8), § 8, núm. marg. 25, y JAKOBS (nota 14), p. VII. La objeción iusnaturalista es vinculada al punto de vista de la «naturaleza de las cosas». En esto, para Maihofer y Hassemer se trataría de «derecho natural concreto»; ver MAIHOFFER, «Die Natur der Sache», en *ARSP* 1958, pp. 145 y 173 y s.; HASSEMER, «Juristische Hermeneutik», en *ARSP* 1986, pp. 195 y 207.

(18) Acerca de las diferencias frente al derecho natural, ver más detalladamente WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3.ª edición, 1960, p. 198; KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 41 y s.

natural. Él, en consecuencia, nunca ha sostenido la fundamentación –usual entre los iusnaturalistas– de que los resultados obtenidos por la metodología exigida por él derogan los preceptos de derecho positivo que se les contrapongan. Sólo se trata de que las elaboraciones científicas, en tanto que soluciones jurídicas correctas, muestren la necesidad eventual de reforma de la legislación. Si del análisis científico-dogmático surge que un precepto legal, debido a la errónea materia de regulación, es objetivamente incorrecto, ello no significa para los «finalistas» que el precepto en cuestión sea inválido, sino que la ciencia reclama su rectificación (19).

Por cierto, es posible que alguno de los representantes del «finalismo» haya utilizado la palabra «ontológico» frecuentemente para fundamentar sus tesis, tal como ello ha sido justificado, y así ocasionar, en el ámbito parcial correspondiente, la impresión de una cierta anemia argumental. Ya se sabe: ninguna teoría es inmune a las exageraciones. Ante todo, sin embargo, el «finalismo» no ha tenido la intención de elevar sus fundamentos al rango de principios positivos (20).

2. El reproche ocasionalmente perceptible de *escolasticismo* es cercano a la objeción frecuentemente formulada de ontologicismo. Desde la perspectiva de los críticos, se tendría la impresión de que se trataría, en el caso de los «finalistas», exclusivamente de una cuestión de rúbricas dentro del sistema y de consecuencias formales del concepto de acción subyacente a esa dogmática. Ya en la discusión alemana, algunos opinaban que esto se podría comparar con el mero desplazamiento de los muebles dentro de una vivienda. Frente a ello, no obstante, se debe señalar que no se puede tildar de ser interesante exclusivamente desde el punto de vista escolástico a un «finalismo»

(19) HIRSCH, «Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?», en *Festschrift für Spindel*, 1992, pp. 43 y 57.

(20) STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, p. 27. En la discusión es ostensible el argumento expreso de que la apelación a estructuras previamente dadas, que tendría que ser considerada por una legislación adecuada, sólo serviría para volver inatacable la visión de la acción del «finalismo». Sin embargo, por supuesto, el «finalismo» está abierto a significados divergentes de las estructuras de los fenómenos de la realidad. Si alguien pudiera mostrar que el fenómeno conformador del objeto de prohibiciones y mandatos está estructurado de otra manera a cómo se lo entiende hasta ahora por parte del «finalismo», ello daría ocasión para una rectificación del concepto de acción defendido hasta la actualidad por sus seguidores. Los «finalistas» se vuelven exclusivamente contra los productos jurídicos artificiales correspondientes y contra las interpretaciones que, descrito simplícidamente, designan como «acción» al mínimo común de todas las formas del hecho punible, mientras que de lo que se trata, respecto de la cuestión debatida, es en definitiva del objeto de prohibiciones y mandatos, es decir, de la acción.

que entre sus objetivos tiende a la realización de la seguridad jurídica y de la cientificidad. No se trata, si se observa esa tendencia, de una construcción puramente formal. Antes bien, por medio de la revelación de los fenómenos verdaderos y de sus fundamentos se debe posibilitar que las cuestiones a decidir jurídicamente puedan ser claramente apreciadas y resueltas de modo apropiado.

3. Un reparo fundamental contra el «finalismo», sostenido más en el extranjero que hoy en Alemania, es el de *subjetivismo*. Según él, la colocación del dolo del autor en el injusto debe ser rechazada porque contradice las exigencias básicas del Estado de derecho existentes en la objetivización del injusto y deja reconocer una tendencia hacia un derecho penal de ánimo (21).

Tal objeción es correcta por completo si se refiere a la reducción de los aspectos objetivos del hecho llevada a cabo por Armin Kaufmann y sus discípulos. Esa opinión subjetivista minoritaria ya ha sido por mí precedentemente criticada. En forma diferente a esa opinión, Welzel, en sus manifestaciones acerca del *disvalor de acción* y del supuesto de hecho del injusto, ha dejado intacta la parte objetiva del hecho. Por cierto que él, por medio de algunas formulaciones confusas, ha contribuido a la aparición de la orientación subjetivista. Pues también él hablaba de «disvalor de acto». Así se halla en la introducción de su tratado la conocida frase de que en el derecho penal se trata de «la evitación del disvalor objetivo o de resultado por medio de la penalización del disvalor de acto» (22). Sin embargo, como ya fue acentuado, era completamente ajeno a él extraer de ello las consecuencias subjetivistas que ha extraído esa orientación. Pues añadió asimismo la frase según la cual «que el ordenamiento jurídico castiga la negación *realmente cometida* de los valores del comportamiento adecuado a derecho y, con ello, asegure su efectiva vigencia, no significa que el ordenamiento amenace y persiga intenciones malas o peligrosas sin un actuar lesivo o riesgoso... pues únicamente el *acto efectivo* de cada disvalor puede desencadenar la pena... sólo debe rechazarse la interpretación según la cual el derecho únicamente tiene

(21) Esta objeción se refleja especialmente en que otros ordenamientos jurídicos se han mantenido aferrados al sistema objetivo desarrollado por la teoría del injusto causal y han rechazado preponderantemente la *teoría personal del injusto*, hoy dominante –la mayoría de las veces combinada con la teoría de la imputación objetiva– en Alemania (esta teoría asume los resultados de la «teoría final de la acción», en vista de la pertenencia del dolo al injusto típico y de la sistemática de la imprudencia, pero sin aceptar la fundamentación teórica dada por la «teoría final de la acción»).

(22) WELZEL (nota 7), p. 2.

que ver con el comportamiento externo...» (23). A esto corresponde lo que Welzel escribió en vista de la acción de realización *acabada* querida por quien actúa: en los hechos esto surge solamente en último lugar del concepto de acción voluntaria, así que su comprensión correcta está dada fundamentalmente por su compatibilidad con el principio de hecho. Por ello, una reducción del disvalor completo de acción al disvalor de intención no es propia del «finalismo» (24). Esto tiene que ver con uno de los casos de la historia de los dogmas, en el cual una frase mal interpretada y propalada ha influido negativamente en la imagen externa de un concepto científico.

Por cierto, los críticos, especialmente fuera de Alemania, pretenden formular sus objeciones referidas al principio del Estado de derecho no en primer lugar contra la criticable opinión subjetivista minoritaria, sino que se dirigen también contra el hecho de que el contenido de la voluntad del autor deba tener importancia ya en el nivel del injusto, pues de este modo el delito no estaría estructurado de una forma objetivamente firme, sino que dependería de la disposición subjetiva del autor.

Frente a ello es preciso indicar, sin embargo, que el momento del querer en cuestión, esto es, en el caso de los delitos dolosos el dolo típico, es tenido en cuenta, según cada versión dogmática de un derecho penal de culpabilidad, entre los presupuestos del delito, ya sea en la culpabilidad o bien ya en el injusto. Pero tampoco el injusto es reducido, pues si bien la ausencia del dolo típico excluye, con razón, el injusto doloso de que se trate, queda en pie, no obstante, la posibilidad de que exista un injusto imprudente. Si falta también la imprudencia, entonces ya no queda más lugar alguno para un injusto penal. De una visión causal del resultado no surge injusto delictivo alguno.

«Finalismo», entonces, no significa una renuncia al aspecto objetivo del injusto. Él solamente indica que el contenido de voluntad de la acción exige ser considerado desde el punto de vista de la estructura del delito no al llegar al nivel de la culpabilidad, sino ya en el nivel del injusto.

Posiblemente también la designación teórica del injusto «personal» haya dado ocasión al reproche de subjetivismo. En verdad, en Alemania, con independencia de la orientación finalista-subjetivista precedentemente criticada, hay autores que son de la opinión de que injusto «personal» significa que en general la representación subjetiva

(23) WELZEL (nota 7), p. 2.

(24) Más detalladamente al respecto, HIRSCH (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meurer*, pp. 10 y ss.

del autor tiene importancia, en vista del delito doloso, para fundamentar el injusto desde el punto de vista de sus elementos objetivos o excluirlo en el caso de los elementos objetivos de las causas de justificación. Así es expuesto frecuentemente en la actualidad el concepto de injusto «personal» para la teoría subjetiva en el supuesto de tentativa inidónea, para la relevancia de la previsibilidad individual en el caso de los delitos imprudentes y para la clasificación del error sobre el tipo de la permisión ya en el injusto (25). Sin embargo, el concepto de injusto personal, en su sentido «finalista», señala únicamente que la *acción querida* (en la omisión: el querer omitir) debe ser tomada en cuenta en la determinación de la acción (u omisión) que conforma el objeto de un injusto dado (incluyendo el conocimiento de especiales elementos de la autoría o de la posición de garante, pues ello hace a la impronta del comportamiento en cuestión). Todo lo demás es subjetivismo sin base científica clara. «Personal» no significa aquí, en modo alguno, la subjetivización del injusto, sino solamente que para la consideración de un comportamiento como adecuado al injusto no basta ya con los elementos objetivos, sino que debe haber, antes bien, una manifestación de voluntad (26).

4. Junto a las objeciones básicas expresadas con anterioridad aparecen en la ciencia penal argumentos dogmáticos, que afectan a aspectos particulares.

a) Ya fue advertido el malentendido según el cual el *concepto de acción* se referiría a un *concepto universal de comportamiento*. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta direc-

(25) Véase, por ejemplo, la posición subjetivista respecto de la tentativa inidónea en HERZBERG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, pp. 257 y ss., respecto de la imprudencia en STRATENWERTH, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil I*, 4.^a edición, 2000, § 15, núms. margs. 12 y ss., y respecto del error sobre el tipo de la permisión en ROXIN (nota 8), § 14, núm. marg. 71.

(26) Más detalladamente HIRSCH (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meurer*, pp. 7 y ss. Referente a la tentativa inidónea esto no significa que baste ya con cualquier actividad directa de resolución a cometer el hecho, sino que es preciso un acto de realización, idóneo desde la perspectiva objetiva *ex ante*, que debe estar abarcado por el dolo y, en consecuencia, debe estar dado también un comienzo objetivo de ejecución; ver al respecto, en particular, HIRSCH, «Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht», en *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 711 y 719 y ss. Y respecto de la imprudencia surge que del «finalismo» subyacente a la teoría personal del injusto sólo se sigue la relevancia del realizar voluntariamente la acción valorada en general como contraria al deber de cuidado, mientras que la previsibilidad individual de la posibilidad del resultado tiene importancia sólo dentro de la cuestión de la culpabilidad; ver, acerca de la imprudencia, los desarrollos siguientes, bajo el punto 4.b), como también, más detalladamente, HIRSCH, «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», en *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 515 y 524 y ss.

ción, desde el llamado concepto «social» hasta el llamado concepto «personal» de acción, su valor declarativo es mínimo (27). Con él, en la práctica, no se va más allá de afirmar que para un comportamiento jurídico penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aun cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas.

b) También juegan un papel considerable las objeciones que provienen del ámbito de la imprudencia. En el sentido de la idea procedente del concepto causal de acción, según el cual la acción típica en los delitos dolosos e imprudentes coinciden en la causación de un resultado, se aduce que el concepto «final» de acción en el delito imprudente no sirve, ya que en él el resultado no es comprendido por la voluntad (28). Dado que Welzel estableció primero que la parte objetiva del injusto doloso y del injusto imprudente eran idénticas, al principio surgió también para él aquí un problema (29). Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años cincuenta se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de Engisch, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación (30).

(27) Véase acerca de los conceptos de acción *supra* nota 8.

(28) Así JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 221 y s.; ROXIN (nota 8), § 8, núm. marg. 21, entre otros.

(29) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1.^a edición, 1947, pp. 22, 82 y ss, quien en un principio buscaba una solución en el tipo subjetivo mediante la asunción de una «finalidad potencial».

(30) Véase la exposición en WELZEL (nota 7), pp. 129 y ss. El contenido de la voluntad no es aquí jurídicamente irrelevante, como opina ROXIN (nota 8), § 8, núm. marg. 21. En la misma medida en que tampoco lo es en los delitos de peligrosidad. Y ello porque se trata del contenido de la voluntad relativo a la contrariedad al cuidado debido, esto es, en referencia al objeto del mandato normativo vulnerado en el delito imprudente, que conforma la acción.

Esta constatación ha impregnado fuertemente la discusión sobre los presupuestos de lo injusto del delito imprudente. Al mismo tiempo ha puesto de relieve que las cuestiones referentes a la justificación se resuelven sólo en el ámbito de la acción antinormativa contraria al cuidado debido, pero no en el del resultado (31).

Justamente en el análisis del delito imprudente se ha mostrado el «finalismo» extraordinariamente fructífero (32).

c) La palabra «final» ha ocasionado críticas al «finalismo» (33). Se objeta que el actuar humano no siempre está guiado finalmente. Esto se confirmaría a través del dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. Pero se trata sólo de una cuestión terminológica. Welzel tomó la palabra «final» del ya mencionado filósofo Nicolai Hartmann. Éste la utilizaba abiertamente porque las acciones dirigidas finalmente constituyen la mayor parte y porque «la voluntad» se equipara fácilmente con la voluntad «libre». «Final», por el contrario, deja intacta la cuestión de la libertad. Más exactamente debería hablarse de la acción voluntaria, como Welzel hizo originariamente (34).

d) Una objeción supuestamente central contra el «finalismo» procede del llamado *error de tipo permisivo*, por ejemplo, la legítima defensa putativa. Debido a que Welzel, y este autor, habíamos clasificado a este caso de error como un error de prohibición y no como uno excluyente del dolo, se pondría de relieve que no se puede resolver coherentemente esta cuestión con una dogmática que parta del «finalismo» (35).

(31) Al respecto, HIRSCH, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a edición, 16.º fasc., 1994, previo al § 32, núms. margs. 49 (general) y 107 (referente al consentimiento).

(32) El tratamiento de la acción *contraria al cuidado debido* como requisito del injusto del delito imprudente ha desatado un intenso debate sobre la dogmática de la imprudencia. En los trabajos realizados por los «finalistas» hasta los años cincuenta no se tuvo en cuenta que ya ENGISCH había puesto de relieve su carácter de injusto (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 227 y s.), bien que sin extraer amplias consecuencias sistemáticas. También fuera de Alemania se ha avivado considerablemente la discusión; ver los trabajos sobre «finalismo» de Philippides, Dedes y Benakis en Grecia, Santamaria en Italia, Fukuda en Japón, Moreno Hernández en Méjico, Cerezo Mir en España, entre otros.

(33) HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, p. 81; JAKOBS (nota 14), 6/12; SCHMIDHÄUSER, «Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem», en *ZStW* 66 (1954), pp. 27, 36 y s.; entre otros.

(34) WELZEL (nota 3), *ZStW* 51 (1931), p. 19. Ver, frente a la crítica a la denominación «final», también WELZEL (nota 7), pp. 37 y 131, quien subrayaba la imprecisión de la palabra.

(35) Así, en especial, ROXIN (nota 17), *ZStW* 74 (1962), pp. 515, 538 y 548 y s.

Pero esta objeción sólo puede ser expresada por parte de quien sostenga una teoría de los elementos negativos del tipo consecuente, en el sentido de que la existencia de una causa de justificación implica que no se da una acción de matar o lesionar y, por tanto, en el error de tipo permisivo se suprimiría el delito doloso ya por defecto de la parte de la voluntad de estas acciones. El «finalismo» orientado a los fenómenos reales no podría de hecho participar en semejante perspectiva, puesto que no se prescinde de la existencia real de una acción de matar o de lesionar. Los partidarios de una teoría del error que ubica el error de tipo permisivo ya en el ámbito del injusto proceden de tal manera que o bien dividen el injusto en dos partes, a saber, «fundamentación del injusto» y falta de «exclusión del injusto» (construcción dualista del delito), o bien sostienen nominalmente una construcción tripartita del delito, pero no confieren relevancia valorativa alguna a la diferencia entre la esfera del tipo «fundamentadora del injusto» y la esfera de la antijuridicidad relativa a la cuestión de la justificación (36). Dado que desde la perspectiva subjetiva debe valer para la «fundamentación del injusto» lo paralelo a las causas de justificación, entonces el error de tipo permisivo debe excluir el injusto del tipo doloso ya por defecto de la parte subjetiva del injusto designada como «dolo», o bien en cualquier caso por faltar el injusto doloso (37). Sin embargo, en la medida en que en esta construcción se contraponen la acción típica «fundamentadora del injusto» y la acción referente a la justificación, se toma como base en su estructura acciones voluntarias, de modo que el concepto de acción permanece intacto. Esto no tiene que ver con problemas de la acción, sino con cuestiones de la lógica normológica, así como de los contenidos de valoración de la esfera del tipo y de la justificación.

La mayoría de los partidarios del «finalismo», si bien no todos, se pronuncian en el sentido de la opinión dominante según la cual el error de tipo permisivo se examina sólo como un problema de la culpabilidad (38). Esto se infiere porque, en otro caso, la justificación

(36) Véase STRATENWERTH (nota 25), § 7, núms. margs. 13 y s., § 9, núm. marg. 158; ROXIN (nota 8), § 10, núms. margs. 23 y s.; LENCKNER (nota 12), previo al § 13, núms. margs. 19 y 60, con ulteriores referencias.

(37) Véase las referencias en nota 36.

(38) Véase WELZEL (nota 7), pp. 168 y ss.; HIRSCH (nota 1); MAURACH/GÖSSEL, «Strafrecht». *Allgemeiner Teil, Band II*, 7.^a edición, 1989, § 42, núm. marg. 36; entre otros que siguen la teoría «estricta de la culpabilidad». Extramuros del «finalismo» se sostiene su ubicación, según la opinión dominante, en sede de culpabilidad, con base mayoritariamente en la «teoría restringida de la culpabilidad» [BGH NJW, 1982, pp. 2831, 2832 (al final)], o en la llamada «teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas» [JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 430 y 463 y ss., con amplias referencias].

putativa tendría la misma consecuencia que la justificación. Esto se muestra especialmente en el caso de la inevitabilidad individual del error. La teoría minoritaria que niega ya la existencia del injusto conduce aquí al ilógico resultado de trasladar al lesionado el riesgo del autor de poder equivocarse acerca de la existencia de una facultad de agresión excepcional mediante una acción voluntaria dirigida a vulnerar un bien jurídico. El ofendido sería objeto de una agresión conforme a derecho y tendría por tanto consecuentemente el deber jurídico de soportarla.

La concepción que niega ya el injusto doloso constituye un ejemplo de una incorrecta subjetivización del injusto. En el error de tipo permisivo se trata sólo de la pregunta acerca de cómo actúa esto en el seno de la culpabilidad: si, dado que mayoritariamente es un error que versa sobre hechos, se opone a una culpabilidad dolosa específica, o bien si debe tratarse conforme a los presupuestos generales del error de prohibición. La decisión acerca de esta cuestión valorativa debe tomarse con independencia de la teoría de la acción (39).

e) Como supuesto punto crítico del «finalismo» se menciona también *la posición del resultado* (40). Ya fue mencionada más arriba la orientación seguida dentro del «finalismo» por Armin Kaufmann, que no solamente postula la separación del resultado respecto a la acción contraria a la norma en el delito imprudente, sino que afirma este postulado con carácter general. Según este planteamiento el injusto del delito doloso debe consistir sólo en una actuación, pese a que el resultado aquí, a diferencia del delito imprudente, sí está comprendido por la voluntad. Esto no se corresponde, como ya se subrayó, con el punto de vista de Welzel. Los enemigos del «finalismo» opinan, con todo, que la perspectiva de Kaufmann y sus discípulos es una consecuencia necesaria y, con ello, se demostraría la incorrección del «finalismo».

En esta objeción se pasa por alto, sin embargo, que la acción consumada consiste en la realización de lo planeado. En el supuesto de la acción se trata de una prestación en el sentido de que el ser humano,

(39) Con más detalle sobre ello HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre» (Teil II), en *ZStW* 94 (1982), pp. 239 y 262 y ss. El argumento introducido por quienes sostienen que el error de tipo permisivo niega ya el injusto del delito doloso, según el cual de otro modo se pasaría por alto la dimensión social del desvalor de acción, subestima justamente el aspecto social a través de una subjetivización semejante del injusto. Esto queda reflejado en las consecuencias anteriormente mencionadas. Una solución bajo puntos de vista de la culpabilidad ofrece el artículo 29 del Código Penal de Polonia.

(40) Véase especialmente MYLONOPOULOS (nota 16), pp. 67 y ss., y 129 y s.

en la medida en que dirige el acontecimiento causal de acuerdo a su voluntad, realiza lo querido por él. Sin embargo, esta prestación se frustra cuando quien actúa no alcanza el resultado pretendido. El afectado no ha logrado impulsar el acontecimiento causal en la medida suficiente para verificar su voluntad de realización; no ha tenido éxito a la hora de sobredeterminar correspondientemente su voluntad. La acción planeada, por ello, no pasa de ser sólo intentada (41).

f) Por otro lado, se le ha reprochado al «finalismo» que su crítica al antiguo causalismo se queda corta porque dirige su atención *unilateralmente al tipo subjetivo*. Las verdaderas restricciones tendrían que asumirse ya en el tipo objetivo del injusto. A partir de ahí se ha desarrollado la actual teoría de la *imputación objetiva*, que llama la atención acerca de que el tipo objetivo del injusto requiere, junto a la causación del resultado, ulteriores criterios objetivos (42).

De hecho Welzel creyó poder restringir suficientemente la ilimitada extensión del concepto causal de acción al ordenar el dolo típico en el tipo de lo injusto a través de la demostración del carácter de la acción como acción voluntaria. A su vez el concepto de la adecuación social, introducido por él, tendría que servir para llevar a cabo otras correcciones periféricas del tipo que también fueran necesarias (43). Un ejemplo de manual, a la luz del cual se exponen estas cuestiones teóricas, es el del «tío de la herencia», es decir, aquel en el que alguien convence a su tío (del cual espera heredar) para que tome un vuelo corriente, con la esperanza de que se produzca un accidente y fallezca, cosa que casualmente sucede. Solucionar este supuesto simplemente mediante la «adecuación social» borra, sin embargo, el planteamiento

(41) Sobre la acción como prestación, ver WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a edición, 1961, pp. 12 y s.; GALLAS, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *Festschrift für Böckelmann*, 1979, pp. 155 y 164; HIRSCH (nota 39), pp. 244 y s.; del mismo (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meuer*, p. 13.

(42) Sobre ello, ver, en particular, ROXIN (nota 8), § 11, núms. margs. 39 y ss.

(43) Este concepto acuñado por WELZEL debería dejar fuera del tipo «formas de comportamiento relativas a la libertad de acción socialmente normales» [ver WELZEL (nota 7), pp. 55 y ss.]. La adecuación social constituía para WELZEL un importante punto de vista en sus esfuerzos por dotar de contenido material al concepto del tipo, el cual había sido alejado por el causalismo de cualquier contenido normativo. Sin embargo, no estaba en el centro de su concepción dogmática, como se demuestra en los casos mencionados por él (*loc. cit.*, pp. 55 y ss.). Que inicialmente extendiera el concepto a propósito del sistema de sanciones y de las acciones de guerra (distanciándose posteriormente, *loc. cit.*, p. 57) se explica por el espíritu de aquellos años. Sólo marginalmente se ha puesto de relieve que autores contemporáneos que rechazan una diferencia valorativa entre exclusión del tipo y justificación sostendrían consecuentemente todavía hoy la consideración de acciones de guerra lícitas.

de las cuestiones teóricas (44). De todos modos Welzel acudió en raras ocasiones al concepto, porque no se correspondía con sus esfuerzos por buscar deducciones dogmáticas precisas (45). Además hay casos dogmáticamente paralelos en los cuales acudir al concepto de la conformidad social no sirve en absoluto (con frecuencia se expone el ejemplo sólo teórico de que alguien envía a otro al bosque justo antes de que comience una tormenta con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, cosa que sucede). Aquí Welzel, con la teoría tradicional, negaba en primer lugar el dolo (46). Que éste falte es, con todo, sólo una consecuencia de los déficit que se producen ya en el plano objetivo.

Es un mérito de la teoría de la imputación objetiva (47), fundada por Honig e intensivamente profundizada por Roxin, poner de relieve la existencia de requisitos en el ámbito del tipo objetivo de lo injusto que Welzel no llegó a descubrir. Sin embargo, lo que esta teoría pasa por alto es el hecho de que los casos, en los cuales existen verdaderos déficit en la dogmática desarrollada hasta ahora, no afectan en primer término a requisitos de naturaleza específicamente jurídico-penal. Más bien se pone de relieve que en la problemática abordada se trata de puntos de vista relacionados con la dominabilidad objetiva del curso causal o de la aptitud de realización a contestar desde la perspectiva *ex ante*, que constituyen ya requisitos objetivos prejurídicos de *toda acción* (48).

Por lo que se refiere a los demás casos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, se debe huir de la idea de acollar los diferentes elementos en el tipo objetivo de forma casuística. Que esto es lo que hace la teoría de la imputación objetiva se deduce de su preocupación por establecer una identidad de los elementos del tipo objetivo del injusto del delito doloso e imprudente, como sucedía en la antigua

(44) HIRSCH, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», en *ZStW* 74 (1962), pp. 78 y 100 y s.; del mismo, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en *Festschrift für Lenckner*, 1998, pp. 119, 122 y s., y 126; ROXIN, «Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht», en *Festschrift für Klug*, t. 2, 1983, pp. 303 y 310 y s.

(45) Ver los casos mencionados en WELZEL (nota 7), pp. 55 y ss.

(46) WELZEL (nota 7), p. 66. Acerca de la teoría tradicional, ver FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a edición, 1931, § 59, anot. V.

(47) Ver sobre ello HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Frank*, t. 1, pp. 174 y ss.; ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung», en *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 132 y ss.; del mismo (nota 8), § 11, núms. margs. 1 y s., pp. 39 y ss. Sobre los numerosos posicionamientos ulteriores de ROXIN, así como de otros partidarios de esta teoría, ver las referencias allí, en §11, previo al núm. marg. 1.

(48) Con más detalle sobre ello HIRSCH (nota 44), *Festschrift für Lenckner*, pp. 133 y ss.

concepción causal del injusto (49). En este sentido, puntos de vista que tienen que ver con la imputación del resultado producido mediante una acción imprudente van a parar a los presupuestos del injusto del delito doloso. Por ello debería realmente aclararse entre tanto que el injusto doloso e imprudente se diferencian entre sí también objetivamente (50).

g) Junto a ello se objeta que el «finalismo» es una doctrina del hecho activo que no comprendería el omitir (51). Es correcto que una acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano.

Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el «finalismo»: precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omisivos consiste en su no realización. En esta medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre «a» y «no a» (52). Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto.

h) Finalmente se aduce que el «finalismo» conduce a un *vaciamiento del concepto de culpabilidad* (53). En la medida en que se

(49) Véase ROXIN (nota 8), § 11, núm. marg. 44, y § 24, núms. margs. 10 y ss.

(50) Véase BGHSt. 42, pp. 235 y 236 y s.; y en particular, HIRSCH (nota 44), *Festschrift für Lenckner*, pp. 139 y s. La diferenciación resulta de que en el delito de resultado imprudente se trata de una acción de riesgo prohibida, que tiene como consecuencia la aparición del resultado como efecto. En el delito doloso de resultado, por el contrario, tiene que ver con el injusto de una concreta acción de realización del resultado.

(51) JESCHECK/WEIGEND (nota 8), p. 223; MAIWALD, «Abschied vom strafrechtlichen handlungsbegriff?», en *ZStW* 86 (1974), pp. 626 y 651 y s.; ROXIN (nota 8), § 8, núm. marg. 19; entre otros.

(52) Así ya RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pp. 140 y ss.

(53) Véase, por ejemplo, MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 34. *Welzel* rechaza «la queja acerca del vaciamiento del concepto de culpabilidad» con la fundamentación de que ésta desconoce «la relación interior entre la disolución de la errónea y superada pareja conceptual “objetivo-subjetivo”, y su sustitución a través de la subjetivización del injusto por la pareja conceptual “deber-poder” en el desarrollo de la teoría del injusto y la culpabilidad» (ver *supra*, nota 7, p. 141).

ordena el dolo en el injusto, no quedaría un contenido sustancial para la culpabilidad. Prescindiendo de que en la tentativa ya se verifica hasta ese momento el dolo del tipo del injusto (y por ello surge la pregunta de por qué no continúa siendo elemento del injusto ante la aparición del resultado, sino que debe ser sólo elemento de la culpabilidad), aquella objeción resulta de la antigua concepción, según la cual la culpabilidad consiste en dolo e imprudencia. Por el contrario, ya la definición de la imputabilidad justamente como capacidad de reconocer el injusto y motivarse de conformidad a ese conocimiento es posible ver la incorrección de esa objeción. Se puede actuar dolosamente y, sin embargo, ser inimputable. Con el «finalismo» queda claro por vez primera de qué se trata en la culpabilidad: el poder individual de conocer el injusto del hecho doloso o imprudente, y la posibilidad de comportarse de conformidad a ese conocimiento (54). Expresado en elementos especiales esto significa: se trata de imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, y causas de exculpación (o de disculpa). En particular, hay que observar que la culpabilidad presupone el injusto. No hay culpabilidad sin injusto. En consecuencia la determinación de la culpabilidad, según la cual alguien es culpable de un delito, significa que concurre también el correspondiente injusto. El dolo y la imprudencia confluyen, pues, igualmente como elementos del injusto en el juicio de culpabilidad definitivo (55).

V. RESULTADO GLOBAL

Tras todo lo dicho se puede constatar que los supuestos déficit del «finalismo» en una consideración más exacta no son tales, sino que se trata más bien de representaciones fijas de esta concepción que sólo representan estadios intermedios de su desarrollo. Tras él se hallan

(54) Con más detalle WELZEL (nota 7), pp. 138 y ss.; HIRSCH (nota 31), previo al § 32, núms. margs. 183 y ss., y 187 y ss. Así también expresamente el tenor literal de la regulación alemana de la imputabilidad (§§ 20 y 21 del Código Penal). Tampoco es una contradicción que el «finalismo» conecte el concepto de acción a un diagnóstico psíquico real, pero parta en la culpabilidad de un concepto normativo, porque sólo pueden ser prohibidas acciones reales. En la culpabilidad, por el contrario, se trata de una valoración del hecho cometido, en la que en cualquier caso los diagnósticos psíquicos constituyen un punto de encuentro (justamente los mencionados con anterioridad).

(55) Sobre ello HIRSCH (nota 31), previo al § 32, núm. marg. 184; del mismo (nota 38), pp. 244 y s.

comprensiones tales como la necesidad de observar las estructuras de los objetos previas a la regulación jurídica, y el ejercicio de una dogmática penal científica que deriva de principios jurídico-penales fundamentales, como un derecho penal de hecho, el delito como violación de la norma, el principio de culpabilidad, la diferencia entre injusto y culpabilidad, etc., de modo que se buscan las soluciones dogmáticas correctas con independencia de las legislaciones nacionales (56).

De ello deriva una ganancia no sólo científica, sino también para el Estado de derecho, que, por si fuera poco, se corresponde con la actual tendencia general a la globalización que exige una internacionalización de la ciencia penal. El fuerte incremento de la discusión internacional de las cuestiones dogmáticas confirma un aspecto ya mencionado de la finalidad metodológica del «finalismo»: especialmente con relación a las teorías generales, alcanzar conocimientos que puedan reivindicar validez científica más allá de las fronteras nacionales (57). El «finalismo» constituye por consiguiente un importante estadio de desarrollo de la dogmática penal. Por el contrario, aquellas nuevas concepciones dogmáticas que sostienen un normativismo orientado a un «derecho penal en una sociedad de configuración preexistente» representan una vuelta al positivismo legal nacional con una nueva vestidura (58). No se trata, pues, de un concepto orientado al futuro, sino al pasado; justo lo contrario de lo sostenido por Welzel.

Como se ha mostrado con anterioridad los conocimientos producidos tras Welzel, por ejemplo, en la teoría de la imputación objetiva de Roxin, pueden ubicarse sin dificultad en el sistema dogmático del «finalismo» y ser dotados aquí de la ineludible explica-

(56) Véase, con más detalles acerca del significado e importancia de un entendimiento propio de la ciencia de este tipo, HIRSCH (nota 19), pp. 43 y ss. Asombra que muchos teóricos del derecho penal se pronuncien en contra de la emancipación de la ciencia penal y opinen que su misión es limitarse a la interpretación de las estipulaciones legales.

(57) Véase también ya WELZEL (nota 5), p. 5. Acerca de la delimitación de los ámbitos relativos a los conocimientos válidos con carácter general y las diferentes consideraciones valorativas nacionales que permanecen intactas (sobre todo en la Parte Especial y en las consecuencias jurídicas del delito), ver, con más detalles, HIRSCH (nota 19), pp. 54 y ss.

(58) Así, según JAKOBS (nota 14), p. VII: «Son válidas las pretensiones del derecho penal en una sociedad de configuración preexistente... El fin es la óptima... sistematización del derecho vigente». Frente a esto pone de relieve MORENO HERNÁNDEZ que en tales concepciones, sobre todo en su versión extrema, «la vuelta subyacente al normativismo en cierta medida no significa otra cosa que una vuelta al positivismo jurídico» («Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik», en *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 69 y 90).

ción dogmática. Se puede, por ejemplo, poner de relieve que conclusiones obtenidas sólo casuísticamente pueden explicarse por lo demás como cuestiones generales de la estructura de las acciones humanas (59).

A diferencia de algunas nuevas corrientes, como, por ejemplo, la de Jakobs que es en México especialmente tenida en cuenta, el «finalismo» se caracteriza por conferir a la dogmática la función de posibilitar una aplicación segura y calculable por medio de conceptos precisos. Por el contrario, en la medida en que algunos actualmente discuten conceptos dogmáticos acudiendo para ello directamente a nociones totalmente indeterminadas, como, por ejemplo, estabilización de la norma, impresión de conmoción jurídica, prevención general positiva, competencia organizativa, competencia institucional, interacción y otras parecidas, se pone en cuestión la utilidad de la dogmática (60). Las amplias fórmulas y las con frecuencia tan sólo prolijas explicaciones ofrecidas no permiten saber si tales opiniones doctrinales están en posición de desarrollar un sistema propio. Da la impresión de que los resultados proceden en su mayoría de la dogmática tradicional, inclusive de la doctrina personal del injusto (61). Debido al impreciso y diferente arsenal conceptual y al relativismo de las afirmaciones –que ha llevado a la caracterización de la culpabilidad como un concepto que «proporciona una prestación regulativa... para una sociedad de constitución determinada» (62)–, semejantes conceptos traen consigo una ruptura con la evolución dogmática llevada a cabo hasta el momento, mientras que el llamado «finalismo» sólo implica un avance en dicha evolución. Se trata de un progreso que también contribuye a la humanización de la perspectiva jurídico-penal, ya que el «finalismo» elabora los elementos del delito no a partir del resultado, sino de la acción contraria a la norma, y comprende la acción humana no como mero proceso causal, sino como acción voluntaria.

El «finalismo» se ha convertido, a través de la larga discusión concentrada en torno al mismo en las primeras décadas posteriores a

(59) Ver *supra* en nota 48.

(60) Ver la utilización de tales conceptos vagos en la argumentación dogmática especialmente, en JAKOBS (nota 14), *passim*, algunos también en ROXIN (nota 8), *passim*. Frente a esto exigía v. LISZT ya hace más de un siglo «conceptos claramente aprehensibles y un sistema cerrado» (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1.ª edición, 1881, prólogo).

(61) Ver, por ejemplo, JAKOBS (nota 14), pp. XI y ss.; y ROXIN (nota 8), § 7, núms. margs. 51 y ss.

(62) Así, JAKOBS (nota 14), 17/22.

la guerra, en algo así como un «tema atractivo». Máxime cuando en cada debate tiene lugar una fijación unilateral en la dogmática penal, lo que trae consigo un abandono de otros ámbitos de las ciencias penales como la política criminal. En último término esto sólo es expresivo de los intereses científicos de los penalistas que entonces marcaban tendencias (63), pero no acerca del valor práctico y los fines del llamado «finalismo». El «finalismo» es un concepto tocante a los elementos estructurales generales del delito. Se ocupa, por tanto, de la parte fáctica de un derecho penal de hecho. Por el contrario, es independiente de las teorías de la pena y de la política criminal (64). Sin embargo, adquiere relevancia para estas últimas en la medida en que determina con precisión los requisitos generales del delito (p. ej., acción, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc.) resultantes de los principios fundamentales que rigen para el mismo (derecho penal del hecho, principio de culpabilidad, etc.), y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia. Entremezclar dogmática penal y política criminal, como puede apreciarse modernamente bajo signos normativistas, pasa por alto esta función, que justamente tiene como presupuesto la distinción de estos dos ámbitos. El provecho que ha conllevado el «finalismo» para la dogmática, que sigue siendo la parte más importante de la ciencia penal, encuentra una muy imprecisa y fuertemente reducida expresión con el término «finalismo». Por otra parte, no puede acotarse el estudio científico a los trabajos de Welzel. Estos estaban en parte inconclusos, o bien fueron «fletados» a través de residuos de las fases iniciales que invitaban a confusiones. Los presupuestos y consecuencias del «finalismo» han sido desarrollados y profundizados desde entonces. Hoy se trata de un

(63) Se atribuye la concentración en la dogmática a que en Alemania durante los años veinte, con el comienzo de la toma del poder por los nacionalsocialistas, se interrumpió el por entonces importante cultivo científico de la política criminal, mientras que en el período de Hitler la dogmática de la Parte General ofreció un ámbito en el que se podía trabajar científicamente sin tener que quedar expuesto de modo necesario en lo ideológico. Esta restricción tuvo repercusión en el período de posguerra y la política criminal, a través, ante todo, de la aparición de un círculo alternativo, en el que en los años sesenta se habían reunido los representantes de la siguiente generación, fue fuertemente cultivada como ciencia de nuevo en Alemania.

(64) Ver también WELZEL *supra* nota 5. El hecho de que él sostuviera la teoría de la retribución (ver *supra* nota 7, p. 238) no afecta al «finalismo» en absoluto. El concepto de la acción es también independiente de las teorías de la pena porque para él es decisiva qué estructura tiene el fenómeno conformador del objeto de prohibiciones y mandatos.

estado de cosas de la concepción fundada por Welzel que debe ser valorado científicamente a partir del *estadio actual*. Para un enjuiciamiento de este tipo no es suficiente con retroceder a los estudios publicados en la mitad del siglo pasado. Entre tanto numerosos fines generales o especiales del «finalismo» han sido abordados en el modo de trabajar de muchos penalistas, en todo o en parte, sin que por ello se perciban a sí mismos como «finalistas» (65).

(65) Así, escribe JESCHECK que «hay que contar con que los pensamientos sistemáticos que subyacen al concepto de delito del finalismo se irán imponiendo todavía más porque éstos son convincentes incluso con independencia de la doctrina final de la acción. En esta dirección apuntan (en Alemania) casi todos los manuales y comentarios» [JESCHECK/WEIGEND (nota 8), p. 214].