

SECCION DOCTRINAL

El finalismo, hoy (*)

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

I. EL CONCEPTO DE LA ACCIÓN FINALISTA

Frente al concepto causal de la acción formuló Welzel el concepto finalista (1). La formulación del concepto finalista de la acción tuvo lugar dentro del marco de la crítica de la influencia del naturalismo en la Ciencia del Derecho penal, perceptible en el concepto causal de la acción, así como de la crítica de la filosofía jurídica neokantiana, con su tajante separación entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor (2). «El legislador» —decía Welzel (3)— «no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras ló-

(*) Conferencia pronunciada el día 26 de noviembre de 1992 en el Forum de Maringa (Paramá, Brasil), por invitación de la Universidad estatal de la misma Ciudad. El autor se ha limitado a añadir las citas imprescindibles.

(1) Por primera vez en su artículo *Kausalität und Handlung*, publicado en la *Z.Str.W.*, tomo 51, 1931, fasc. 5.º y reproducido recientemente en *Hans Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1975, pp. 7 y ss.

(2) Véase HANS WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim, Berlín, Leipzig 1935, incluido en *Hans Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, pp. 29 y ss.

(3) Véase WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 2.ª ed., 1955, p. 197 y 4.ª ed., 1962, pp. 243-4, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en *Festschrift für H. Niedermeyer*, Gotinga, 1953, incluido en Hans Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, pp. 274 y ss., especialmente pp. 285-7 y *Vom Bleibenden und Vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, N.G. Elwert Verlag, Marburgo, 1964, especialmente pp. 6 y ss. y 20 y ss.

gico-objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario, su regulación será necesariamente falsa». Las estructuras lógico-objetivas no pueden ser ignoradas por valoración o regulación jurídica alguna.

Welzel enumera varias estructuras lógico-objetivas y la primera de ellas es el concepto ontológico de la acción humana. Acción es ejercicio de actividad finalista. El legislador no puede modificar ni ignorar la estructura finalista de la acción humana ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción si éste ha de corresponder al ser de la misma.

Para Welzel finalidad y voluntad de realización son sinónimos (4). Por ello rechaza la interpretación estricta de la finalidad, con arreglo a la cual, ésta comprendería únicamente las consecuencias que constituían el fin perseguido por el autor (5) y a lo sumo las que éste consideraba necesariamente unidas a la realización del fin (6). Rechaza asimismo Welzel la extensión de la finalidad a todas las consecuencias previstas por el autor como posibles (7). Quedan fuera de la voluntad de realización, según él, aquellas consecuencias que el autor prevé como posibles pero confía en que no se produzcan. La finalidad, la voluntad de realización, comprende según Welzel, el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba (8).

(4) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 35-6.

(5) Tesis mantenida por SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1975, pp. 201 y ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2.^a ed., J.C.B. Mohr, Tubinga, 1984, pp. 77 y ss. y RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 1992, pp. 464.

(6) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 160 y HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram de Gruyter, Hamburgo, 1957, pp. 82 y ss.

(7) Sugerida por ENGISCH, en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, en *Festschrift für Ed. Kohlrausch*, Walter de Gruyter, Berlín, 1944, pp. 154 y ss. y GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la *Z.Str.W.*, Walter de Gruyter, Berlín, 1955, pp. 42 y ss.

(8) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 34 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964, pp. 26 y ss.

II. SISTEMA DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO BASADO EN EL CONCEPTO FINALISTA DE LA ACCIÓN

Welzel, Armin Kaufmann y Maurach deducían de la estructura finalista de la acción humana que el dolo tenía que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos (9).

La inclusión del dolo en el tipo subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos venía avalada, además, por otros argumentos de carácter sistemático: existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto (10), punición de la tentativa (11) y presencia en algunos tipos de conductas inequívocamente finalistas, que no pueden ser comprendidas de un modo puramente causal (12).

El dolo era concebido por Welzel como conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo (13). Era, por tanto, una finalidad referida a un tipo delictivo. No es correcto hablar, por ello, de dolo natural para referirse al concepto del dolo de Welzel, aunque se diferenciaba, sin duda, del *dolus malus*, de la teoría jurídica del delito tradicional, basada en el concepto causal de la acción y que comprendía la conciencia de la antijuridicidad.

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos lleva a una diferenciación, ya en el tipo, entre los delitos dolosos y culposos (14). En el tipo de lo injusto de los delitos culposos se incluye la producción de un resultado delictivo de un modo puramente causal, ciego, como consecuencia de una acción finalista que no responde al cuidado objetivamente debido.

Llega así Welzel a la formulación de la concepción personal de lo injusto, una concepción que distingue un desvalor de la acción y un desvalor del resultado (15). El desvalor de la acción en los delitos dolosos

(9) Véase WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.^a ed., 1955, p. 197, El nuevo sistema del Derecho Penal, pp. 14-15, 30 y ss., especialmente p. 34, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, p. 9 y *Das deutsche Strafrecht*, p. 37, ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1959, pp. 16 y ss., y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, 4.^a ed., 1971, pp. 170, 228 y 233.

(10) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63 y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 231.

(11) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 61 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, p. 63.

(12) Véase, en este sentido, V. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948, pp. 54 y ss.

(13) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 64-5.

(14) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 59 y ss. y 127 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 61 y ss. y 69 y ss.

(15) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 62 y 128 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-8 y 69 y ss.

viene determinado por el modo, forma o grado de realización de la misma (16), por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto, cuando los haya y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor. En los delitos culposos el desvalor de la acción está constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido. El desvalor del resultado en los delitos dolosos y culposos está representado por la lesión o el peligro concreto de un bien jurídico.

Se discute, dentro de la escuela finalista, cuál deba ser la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Si lo injusto queda ya plenamente constituido (17) o agotado (18) por el desvalor de la acción, o si lo injusto queda sólo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (19).

Por lo que respecta a la culpabilidad, al extraer de ella el dolo y la inobservancia del cuidado objetivamente debido, es decir, el elemento objetivo de la culpa, su contenido queda reducido a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y los elementos de la reprochabilidad: el elemento intelectual, conocimiento o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y el elemento volitivo, la exigibilidad de la obediencia al Derecho (20).

En relación con el elemento intelectual de la reprochabilidad hay que destacar que la conciencia de la antijuridicidad, en el sistema basado en el concepto finalista de la acción, ha quedado desgajada del dolo y aparece como un elemento de la culpabilidad. Welzel formula, por ello, la teoría de la culpabilidad para el tratamiento del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta. Según esta teoría, el error de prohibición no excluye el dolo, sino que cuando es vencible da lugar a una atenuación de la pena del delito doloso y cuando es invencible excluye la culpabilidad y la pena. Se contrapone, como es sabido, la teoría de la

(16) En el desvalor de la acción hay que incluir también, sin duda, los aspectos externos de la misma, como señaló JESCHECK; véase H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1988, pp. 215 y ss.

(17) Como estiman WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 62, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-8 y ARMIN KAUFMANN *Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, pp. 395-6 y 403 y ss.

(18) Esta es la opinión de D. ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humblot, Berlín, 1973, especialmente pp. 128 y ss., 135 y ss., 205 y ss., 209 y ss. y 308-9.

(19) Criterio mantenido por STRATENWERTH, en *Handlungs und Erfolgswert im Strafrecht*, *Schw. Zeitschrift für Strafrecht*, 1963, fasc. 3.^o, pp. 233 y ss. y *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1975, pp. 177 y ss., y por mí, véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I. Teoría jurídica del delito/1*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1985, pp. 363 y ss. y 401-2.

(20) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 152 y ss., 157 y ss. y 178 y ss. y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 94 y ss. y 100 y ss.

culpabilidad a la teoría del dolo, que era la dominante en la teoría jurídica del delito tradicional y según la cual, el error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta excluye el dolo. Si el error era vencible da lugar a una responsabilidad por culpa o imprudencia y si era invencible exime de culpabilidad y de pena.

III. EL CONCEPTO FINALISTA DE AUTOR

Del concepto de la acción finalista deducía también Welzel el concepto de autor en los delitos dolosos. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. «Autor es sólo aquél que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo». «El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer. El partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo» (21).

IV. ¿QUÉ QUEDA DEL FINALISMO HOY?

a) El concepto de la acción.

Del finalismo se rechaza hoy básicamente su tesis de la vinculación del Derecho a la naturaleza de las cosas, a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, pero se aceptan, generalmente, sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito.

Podemos hablar hoy de un resurgimiento del normativismo, frente al ontologismo de la escuela finalista (22); de un normativismo que enlaza, en cierto modo, con el dominante en la Ciencia del Derecho penal europea bajo la influencia de la filosofía jurídica neokantiana.

(21) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 99.

(22) Los representantes más destacados de este nuevo normativismo, en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana, son JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991 (véase ya el prólogo) y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C.H. Beck, Munich, 1992, especialmente pp. 113 y ss. y 123 y ss. GEORG KÜPPER, discípulo de Hirsch, intenta, en cambio, una defensa a ultranza del ontologismo welzeliano, en su obra *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker-Humblot, Berlín, 1990.

Se explica, por ello, que aunque se acepten generalmente las consecuencias del finalismo en la teoría jurídica del delito se rechaza el concepto finalista de la acción.

¿Pero el concepto finalista de la acción es realmente un concepto ontológico? ¿No existen formas de conducta humana no finalistas? Los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto y los movimientos durante el sueño (piénsese en el sonámbulo) no responden, sin duda, al concepto finalista de la acción.

Ahora bien, si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana (23). Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica. El Derecho tiene que partir entonces del concepto finalista de la acción. No se trata, en rigor, de un concepto ontológico, pero es vinculante para el Derecho siempre que éste parta de la concepción del hombre como persona (24). Un concepto de acción diferente al finalista sería entonces no sólo incongruente, sino inútil o perturbador en la construcción o interpretación de los tipos de lo injusto. El normativismo encuentra aquí un límite insalvable (25).

Carecen de fuerza las objeciones al concepto de la acción finalista por no comprender el resultado en los delitos culposos, ni la omisión, pues se deben a una exageración del pensamiento sistemático (26).

La omisión no es acción. Entre la acción y la omisión la única nota común es la capacidad de acción (27) y ésta no permite elaborar un concepto genérico de conducta. El concepto de la acción finalista y el concepto de la omisión a él referido (no realización de una actividad

(23) Véase, en este sentido, STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1957, pp. 13 y ss. (traducción castellana publicada por mí, *El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. VIII, n.º 19, 1964, pp. 7 y ss.).

(24) Véase ya en este sentido mi artículo *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961 (incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 54 y ss.) y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, pp. 278-9.

(25) Es sintomático que MIR PUIG considere también necesario atender a la estructura finalista de la acción humana, aunque según él, dicha necesidad se deriva de la función preventiva de la norma; véase, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 52 y ss. y *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., P.P.U., Barcelona, 1990, pp. 125 y 173 y ss.

(26) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, pp. 266 y ss. y 277 y ss.

(27) Como ha señalado ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 85.

finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta) pueden cumplir la función de elemento básico, aunque no unitario del sistema.

La función de elemento básico no implica, por otra parte, como se ha supuesto erróneamente por exageración del pensamiento sistemático, la necesidad de que pertenezcan a la acción o la omisión todos los elementos del tipo de lo injusto de los delitos dolosos y culposos. La función como elemento básico queda satisfecha si el concepto de la acción o la omisión permite una interpretación satisfactoria, convincente, de *todos* los tipos de lo injusto. El concepto de la acción finalista, al incluir el contenido de la voluntad en la acción permite una comprensión más correcta de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, aunque en éstos el resultado causado quede fuera de la acción.

b) La concepción personal de lo injusto

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos es hoy aceptada casi unánimemente en la Ciencia del Derecho penal alemana (28) y por la inmensa mayoría de los penalistas españoles (29). Se rechaza, sin embargo, en general, que la inclusión del dolo en el tipo pueda deducirse de consideraciones ontológicas, concretamente de la estructura finalista de la acción humana, como pretendían Welzel, Armin Kaufmann y Maurach (30).

La objeción me parece válida. La estructura finalista de la acción es compatible con una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro de un bien jurídico (31). Es cierto que las normas no pueden tener por objeto sino acciones finalistas, como señaló

(28) Véase, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 217 y ss. y 260 y ss., JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, pp. 255 y ss. y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 112-3, 143 y 266 y ss.

(29) Véanse numerosas referencias bibliográficas en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, p. 345, nota 46.

(30) Entre los penalistas no finalistas únicamente JESCHECK admite que la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos se deriva necesariamente de la estructura finalista de la acción humana: «También el concepto social de la acción tiene que reconocer este argumento ontológico, puesto que en la conducta activa se atiene igualmente a la finalidad como categoría fundamental»; véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, p. 217.

(31) Véase ya en este sentido mi artículo, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, publicado en 1961 (citado en la nota 24) e incluido en mi libro, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, p. 57.

Armin Kaufmann (32) y que el juicio valorativo que constituye el presupuesto lógico inmediato de la norma (son valoradas negativamente las acciones dirigidas a la lesión del bien jurídico o que llevan consigo la posibilidad de dicha lesión) ha de tener el mismo objeto. De ello no cabe deducir, sin embargo, que el dolo tenga que ser un elemento subjetivo de lo injusto. Es imaginable un Código Penal en el que las figuras delictivas estén redactadas de tal forma que no sea necesario apreciar elementos subjetivos de lo injusto, un Código Penal en el que no se castigase la tentativa de delito, es decir la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a producir un resultado delictivo (33). De un Código Penal de esta índole se derivaría una concepción puramente objetiva, despersonalizada, de lo injusto.

Se ha puesto en duda, por otra parte, que el contenido del dolo esté preconfigurado ontológicamente.

La identificación de finalidad y voluntad de realización, que lleva a cabo Welzel, es discutible, pero me parece aceptable (34).

No es cierto, además, que al concebir el dolo como finalidad jurídicopenalmente relevante, es decir, al concebir Welzel el dolo como finalidad referida a un tipo delictivo, *el concepto de finalidad (y por tanto, el concepto finalista de la acción)* adquiera un contenido normativo, como supone Roxin (35). Es únicamente el dolo el que adquiere un contenido normativo *por la referencia de la finalidad a un tipo delictivo*. Pero el finalismo nunca mantuvo la tesis de que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico-objetivos y los axiológicos (36).

Es cierto, sin embargo, que para precisar los límites del dolo en los supuestos de error sobre el curso causal, en el error en el objeto, el error *in personam* y en la *aberratio ictus* es preciso acudir a criterios normativos. El propio Welzel, para determinar si la desviación del curso causal era esencial y debería dar lugar a una exclusión del dolo acudía al criterio de la previsibilidad objetiva (37). Una desviación del curso causal sería esencial si no era objetivamente previsible, es decir previsible por el ser humano en general. En la solución de los problemas que plantea el error en el objeto (una de cuyas variedades es el error en la persona) y la

(32) Véase ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1954, pp. 67 y ss.

(33) Esta posibilidad fue señalada por BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1957, pp. 152 y ss.

(34) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, I*, pp. 265-6.

(35) Véase ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, p. 142 (n.º 24).

(36) Véase STRATENWERTH, *Das rechts-theoretische Problem der «Natur der Sache»*, p. 28 y ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 16 y ss

(37) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 73.

desviación en el golpe (*aberratio ictus*) acudimos al criterio de la equivalencia del objeto o de la persona desde el punto de vista de los tipos de lo injusto (38), criterio que, sin duda alguna, es de carácter normativo.

La inclusión de la inobservancia del cuidado debido en el tipo de lo injusto de los delitos culposos tenía precedentes ya anteriores al finalismo (39) y es hoy aceptada casi unánimemente en la Ciencia del Derecho penal alemana y por la mayor parte de los penalistas españoles. La discusión se centra hoy en si el deber de cuidado debe ser considerado como un deber objetivo, cuyo contenido sería el cuidado necesario para el desarrollo de una actividad social determinada, como estima la opinión dominante (40), o debe ser concebido de un modo subjetivo, de modo que cada persona estaría obligada únicamente a prestar el cuidado o diligencia que le fuera posible, según su capacidad (41).

El avance del normativismo se ha puesto de manifiesto en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva de resultados.

Se propugna la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos mediante los criterios de imputación objetiva. No basta con que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado típicos, sino que es preciso, se dice, que el resultado sea, además, imputable a la acción (o la omisión).

Para que esto sea así, se exige que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la conducta dolosa del autor, que sea objetivamente previsible *ex ante* (42).

(38) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 354-5.

(39) ENGISCH fue el primero que incluyó en el tipo de lo injusto «la inobservancia del cuidado necesario»; véase KARL ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, reimpresión de la edición de Berlín, de 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, p. 344.

(40) En Alemania (véase JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 509 y ss. y 521 y ss.) y en España (véanse numerosas referencias bibliográficas y jurisprudenciales en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 389-390).

(41) Criterio mantenido por STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, Die Straftat, 3.^a ed., Carl Heymanns Verlag, 1981, pp. 294 y ss., G. JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Delikt*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1972, pp. 64 y ss. y *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, pp. 315 y ss., SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, Allgemeiner Teil, 5.^a ed., Metzner, 1989, apéndice al art. 16, n.º 13 y ss. y HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, 3.^a ed., Berlín-Nueva York, 1988, pp. 206-7, en Alemania y BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akal, Madrid, 1990, p. 244.

(42) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Festschrift für R. Honig, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1970, pp. 135 y ss. y 144 y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, pp. 230-2 (n.º 36, 39 y 41), 233-4 (n.º 45-46) y 238-9 (n.º 59-62), RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1, Allgemeiner Teil, A. Metzner Verlag, 5.^a ed., 1990, introducción al art. 1.º, n.º 57 y en España GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 101 y ss. (si el resultado no era objetivamente previsible falta la reprochabili-

No es imputable objetivamente el resultado, por otra parte, si en la realización de la acción peligrosa el sujeto había observado el cuidado objetivamente debido (era un peligro lícito) (43).

Algunos penalistas exigen no sólo que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, sino que esté comprendido, además, en el ámbito de protección de la norma (44).

No es imputable tampoco el resultado si el sujeto se esforzó en y consiguió disminuir el riesgo de su producción (principio de la disminución del riesgo) (45).

La imputación objetiva del resultado quedaría excluida asimismo cuando se hubiera producido con la misma intensidad y en el mismo tiempo como consecuencia de la acción lícita (por estar amparada por una causa de justificación) de otra persona, o simplemente de los factores causales concurrentes en el caso (criterio de la causa sustitutoria) (46).

dad objetiva), S. MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 247-8 y A. TORÍO LÓPEZ, Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, pp. 844 y ss., Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, fasc. 1.º, pp. 33 y ss.

(43) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, pp. 136 y ss. y 144, Finalität und objektive Zurechnung, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, pp. 245 y ss., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 231-2 (n.º 39 y 41), 237-8 (n.º 56-57), RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 57 y 62, G. JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, pp. 201 y ss. y GIMBERNAT, La causalidad en Derecho Penal, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, fasc. 3.º, pp. 567 y ss., Delitos cualificados por el resultado y causalidad, pp. 103-4 y 151 y ss. y ¿Qué es la imputación objetiva?, en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 215-6.

(44) Véase, en este sentido, RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 62, 63 y 64, G. JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 220 y ss., TORÍO, *Versari in re illicita y delicto culposo*. El denominado caso fortuito impropio, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, fasc. 1.º, pp. 39-40, *Los delitos de peligro hipotético*, *lug. cit.*, pp. 845 y ss., Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en *Estudios Penales y Criminológicos*, X, Universidad de Santiago de Compostela, 1987, pp. 393 y ss. y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, p. 249. ROXIN distingue el fin de protección de la norma de cuidado que delimita el riesgo permitido (según él, tanto en los delitos dolosos como culposos) y el fin de protección de la norma implícita en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos y culposos. En este último caso sería mejor, según él, hablar del criterio del ámbito del tipo; véase ROXIN, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 239 y ss. (n.º 63 y ss.), especialmente p. 242 (n.º 71), 247-8 (n.º 84) y 248 (n.º 85).

(45) Véase, por ejemplo, ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, p. 136, *Finalität und objektive Zurechnung*, pp. 242 y ss. y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 232-3 (n.º 43-44), RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 58 y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 245-6.

(46) Sustentado con diversas variantes por E. SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, Metzner, Frankfurt A.M. 1972, pp. 86 y ss. y 96 y ss., RUDOLPHI, *ob. cit.*, introducción al art. 1.º, n.º 59 y ss. y JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 233 y ss.

Estos criterios de la imputación objetiva son discutibles, pero no voy a detenerme ahora en su análisis crítico, que he realizado ya en otro lugar (47). Me limitaré a exponer brevemente mi opinión.

En los delitos de acción dolosos su campo de aplicación es, a mi juicio, muy limitado.

Sólo en los delitos calificados por el resultado está justificada la exigencia de que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, es decir que el resultado aparezca como realización del peligro, de la tendencia, implícita en la conducta inicial dolosa. La exigencia en todos los delitos de acción dolosos de que el resultado aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, que fuera objetivamente previsible *ex ante*, conduciría a consecuencias sumamente insatisfactorias, se produciría una restricción excesiva del ámbito del tipo.

La referencia al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de los bienes jurídicos carece de sentido, a mi juicio, en los delitos de acción *dolosos*, pues en ellos la conducta va dirigida por la voluntad del autor a producir la lesión o el peligro del bien jurídico.

Debe admitirse, en cambio, el criterio de imputación objetiva de que el resultado esté comprendido en el ámbito de protección de la norma, criterio que debe ser desligado del de la creación o aumento del riesgo. Es preciso, sin duda, que el resultado, aunque no fuera objetivamente previsible sea de aquellos cuya producción trate de evitar la norma. El resultado ha de aparecer como realización de la conducta prohibida por la norma.

Rechazables me parecen, en cambio, los criterios de la disminución del riesgo, pues supone la inclusión en el tipo de la solución de conflictos de intereses, cuyo lugar adecuado son las causas de justificación y de la causa sustitutoria, pues no hay base alguna en la ley para excluir la responsabilidad penal por el mero hecho de que el resultado delictivo causado por el sujeto se habría producido con la misma intensidad y en el mismo momento como consecuencia de la acción lícita de otra persona o de los factores causales concurrentes.

En los delitos de acción culposos la teoría de la imputación objetiva encuentra su principal campo de aplicación. Es preciso, sin duda, que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que fuera uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

En los delitos de comisión por omisión, la exigencia de que el sujeto ocupe una posición de garante y de que la omisión aparezca como equivalente a la acción desde el punto de vista de su sentido social, o desde

(47) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, I, pp. 323 y ss., 396 y ss. y 399 y ss.

el punto de vista del contenido de lo injusto, son, en realidad, criterios de la imputación objetiva de resultados.

Pero lo que me importa destacar aquí es que la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión mediante los criterios de la imputación objetiva no pone en tela de juicio la aportación básica del finalismo, de que el dolo ha de ser un elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos y de que la inobservancia del cuidado (objetivamente) debido es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos, sino que viene a completarla. Se mantiene la distinción entre los tipos de lo injusto de los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión y se restringe únicamente su contenido, en el ámbito del tipo objetivo, mediante los criterios de la imputación objetiva. Se viene a completar la superación de la vieja concepción del tipo, de un tipo común para los delitos dolosos y culposos, de acción y de omisión, constituido por la simple causación de un resultado mediante un movimiento corporal voluntario o la omisión voluntaria de un movimiento corporal.

c) **La trascendencia del error de prohibición o sobre la antijuridicidad de la conducta**

Con la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto ha hallado también general aceptación la teoría de la culpabilidad. La conciencia de la antijuridicidad de la conducta es concebida por casi todos los penalistas alemanes y por la mayor parte de los españoles como un elemento de la culpabilidad, independiente del dolo. El error de prohibición da lugar, si es invencible, a la exclusión de la culpabilidad y de la pena y si es vencible a una atenuación de la responsabilidad dolosa (o culposa).

La polémica doctrinal se centra actualmente en el tratamiento que deba darse al error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Según la teoría de la culpabilidad restringida el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no es un error de prohibición, sino que es un error sobre elementos del tipo o debe ser tratado como si lo fuera por llegarse, supuestamente, de este modo a consecuencias más justas (48).

(48) La teoría de la culpabilidad restringida es mantenida, en efecto, no sólo por los penalistas que defienden al mismo tiempo la teoría de los elementos negativos del tipo, sino también por otros penalistas, como GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, *lug. cit.*, p. 46 (nota 89), STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, pp. 153-4, JESCHÉCK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pp. 418-9 y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I*, pp. 389 y ss.

La teoría de la culpabilidad ha hallado acogida en numerosos códigos penales: en la nueva parte general del Código Penal alemán (art. 17), en el Código penal suizo (art. 20), en el Código penal austríaco de 1975 (arts. 8 y 9), en el Código penal portugués de 1982 (art. 17), en el Código penal español (art. 6 bis a) y en la nueva Parte General del Código penal brasileño (art. 21).

En algunos de estos códigos (el alemán y el español) el legislador ha evitado tomar posición sobre el problema del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación; es decir, ha introducido una regulación del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición, pero no ha señalado si el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error de prohibición o es un error sobre un elemento del tipo. En los códigos penales suizo (art. 19), portugués (art. 16,2), austríaco (art. 8.º) y brasileño (art. 20, 1.º) se regula, en cambio, el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación en el sentido de la teoría de la culpabilidad restringida. El error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación da lugar a una responsabilidad por un delito culposo o imprudente, si es invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena.

Se discute también, en el marco de la teoría de la culpabilidad, si la atenuación de la pena para el error de prohibición vencible debe ser meramente facultativa, como propugnaba Welzel y se establece en la mayor parte de los códigos penales que regulan el error de prohibición con arreglo a la teoría de la culpabilidad, o de carácter obligatorio, como sucede en el Código penal español (art. 6 bis a, párrafo 3.º) (49).

d) El concepto de autor

El concepto finalista de autor es el dominante en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana y ha hallado también considerable eco en la española (50), en gran parte porque permite una perfecta comprensión de la figura del autor mediato.

(49) Véase, a este respecto, mi artículo, O tratamento do erro de proibição no Código penal espanhol, traducido al portugués por Luiz Regis Prado y publicado en *Fascículos de Ciências Penais*, año 3, v. 3, n. 1, jan-fev-mar, 1990, pp. 14 y ss. y en *Revista dos Tribunais*, año 78, maio 1989, vol. 643, fasc. 2, pp. 398 y ss., así como mi contribución al *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag, 1989, La regulación del error de prohibición en el Código Penal español, cuya traducción castellana se incluye en mi libro, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 113 y ss.

(50) Véase, por ejemplo, JESCHECK, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, pp. 590 y ss., CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach*, Ariel, Barcelona, 1962, II, p. 310 (nota 3), MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 177-8 y E. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 215 y ss.

Es indudable, sin embargo, que el concepto finalista de autor en los delitos dolosos no se deriva de consideraciones ontológicas. Welzel partía de la base de que todo el que realiza la acción típica tiene el dominio finalista del hecho, pero esto no es así necesariamente. Maurach se percató de ello y decía que el que realiza la acción típica tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefutable (51). Pero, entonces, el componente normativo del concepto de autor es indudable.

En realidad el concepto de autor, la teoría de la autoría y la participación, forma parte, como señalaba el mismo Welzel, de la teoría de lo injusto. «La doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Por ello, los fundamentos de la teoría de lo injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la definición del autor; sobre todo la diferencia entre los tipos de los delitos dolosos y culposos es esencial para la definición del autor» (52). El propio Welzel consideraba que en los delitos culposos es autor «todo el que a través de una acción que infringe el cuidado exigible en el tráfico, causa en forma no dolosa un resultado típico» (53).

Del mismo principio de legalidad de los delitos y de las penas se deriva que autor tendrá que ser necesariamente, tanto en los delitos dolosos como culposos, el que realiza la acción típica.

En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

En los delitos dolosos será autor todo el que realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho (54).

Por otra parte, el que tenga el dominio del hecho será también autor aunque no realice la acción típica (autor mediato o coautor) si el código se inspira en una concepción personal de lo injusto (55). Este será el caso en todo código penal en que se castigue la tentativa de delito y sea preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, además del dolo. El que tiene el dominio del hecho aparece entonces como el centro personal de lo injusto.

(51) Véase R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 658.

(52) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 98.

(53) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 99.

(54) Véase, en este sentido, F. CHR. SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, pp. 39 y ss., 68 y ss. y 191 y ss.

(55) Véase ya, en este sentido, mi artículo, La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española (que fue mi contribución al *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*), incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pp. 172-3.

Si un código se inspirara, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. Se llegaría a un concepto extensivo de autor aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.