

La teoría de la adecuación social en Welzel (*)

MANUEL CANCIO MELIÁ

Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: Introducción.—1. La formulación de la idea de adecuación social en Welzel. a) Concepción original. b) Desarrollo posterior del concepto en Welzel. c) Constelaciones de casos. d) Recepción. 2. Adecuación social e imputación objetiva: ¿la adecuación social como «segundo pilar» en la teoría de Welzel?—1. ¿Concepto normativo o mero tópico? La adecuación social en el tipo. 2. Digresión: ¿La adecuación social como causa de justificación? 3. Adecuación social y lado subjetivo del delito. a) ¿Tiene «sentido» sólo el hecho doloso? b) ¿Adecuación social igual a deber objetivo de cuidado? 4. Teoría de la acción y adecuación social. a) ¿Dos pretensiones incompatibles? b) Salto en el tiempo. 5. La adecuación social como precursora de la normativización del tipo objetivo.

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo no es el de retomar la discusión sobre la adecuación social, ni siquiera el de hacer un balance de la influencia que este concepto pudo haber tenido en la evolución de la teoría del delito. Lo que se pretende es exponer algunas consideraciones sobre el significado de la adecuación social dentro de la concepción inicial de Wel-

(*) El presente trabajo tiene su origen en una ponencia presentada por el autor en diciembre de 1992 en el seminario del Prof. Günther Jakobs (Universidad de Bonn), durante una estancia de investigación realizada con ayuda de una beca del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD). No pudo tenerse en cuenta para su elaboración el reciente estudio de ROLDÁN BARBERO (*Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba 1992), que dedica un amplio examen a los temas a tratar aquí, por estar el presente trabajo ya en la imprenta al tener conocimiento de su existencia.

zel acerca del conjunto de la teoría del delito, esto es, se trata fundamentalmente de reflexiones de índole histórica, cuyo interés puede residir en dos puntos: por un lado, en que la corriente dogmática fundada por Welzel, el finalismo, determinaría en una importante medida la evolución de la dogmática jurídico-penal, tanto en Alemania como en nuestro país, y, por otro y sobre todo, en que actualmente se está produciendo un desarrollo dogmático que bajo el rótulo de «imputación objetiva» vuelve a colocar en el tipo objetivo determinados contenidos que Welzel anticipó en su teoría de la adecuación social.

En primer lugar se expone el punto de partida de Welzel [I.1.a)], se apunta brevemente su posterior evolución [I.1.b)] y se presentan los casos concretos que pretendía resolver [I.1.c)]. A continuación, se formula la cuestión que nos interesa, esto es, el posible alcance del planteamiento de Welzel dentro de su concepción, a través del prisma del estado de evolución actual de la teoría de la imputación objetiva [I.2.]. Para intentar dar respuesta a la cuestión planteada, en primer lugar se intenta averiguar si la adecuación social en Welzel no resulta ser más que un mero tópico sin mayor relevancia teórica [II.1.]; se constata que ello no es así, sino que Welzel le atribuye una función sistemática en el tipo objetivo. A continuación [II.2.] se recuerda la excursión de la adecuación social a la antijuridicidad. Después [II.3.] se analiza su relación con el hecho doloso y su metamorfosis en la imprudencia. Finalmente [II.4.] se intenta conectar brevemente la adecuación social con la teoría de la acción de Welzel y [II.5.] se responde a la cuestión planteada afirmando el carácter precursor de la formulación original de la adecuación social respecto de actuales evoluciones dogmáticas en el tipo objetivo.

I

1. La formulación de la idea de adecuación social en Welzel

a) *Concepción original*

Welzel se refiere por primera vez a la teoría de la «adecuación social» en su trabajo «Studien zum System des Strafrechts» (1). La tesis central que Welzel mantiene bajo esta denominación consiste en afirmar que «quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido» (2). Welzel propone llamar («sintéticamente») a estas acciones «socialmente adecuadas»; la adecuación social es el «significado social» de un com-

(1) ZStW 58 (1939), p. 491 y ss. (= *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York 1975, p. 120 y ss.).

(2) *Op. cit.* p. 516.

portamiento de no estar prohibido; por ello, este comportamiento tampoco puede constituir un injusto penal; éste, según Welzel, sólo comienza una vez traspasada la adecuación social.

Al desarrollar el concepto que nos ocupa, Welzel parte de dos consideraciones de carácter fundamental:

Por un lado, su argumentación se inscribe en el marco de la crítica que formula frente a la concepción «naturalista-causal» de la acción y del bien jurídico (3). En opinión de Welzel, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente no era más que «una pequeña cuestión puntual», se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito (4). El problema causal «...ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva...» (5). La teoría de la lesión del bien jurídico (6), emparentada con «el dogma causal» (7), según la cual «el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones», de modo que «es sólo el delito el que hace sufrir lesiones» (8) al bien jurídico, había hecho posible, siempre según Welzel, que el delito pudiese concebirse como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituye una interpretación errónea de la «realidad social del Dere-

(3) Sin que aquí sea preciso desentrañar hasta qué punto su crítica se dirige hacia el causalismo y en qué medida se refiere a la corriente neokantiana en la dogmática penal de la época. Basta constatar que tampoco esta dirección dogmática había llegado, más allá del hallazgo de los «elementos normativos del tipo», a ubicar una categoría normativa general en el tipo. Así, por ejemplo, lo sostiene SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechliche Systemdenken*, en: Schönemann [comp.], *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, p. 24 y ss., 32 nota 68. (Traducción castellana de SILVA SÁNCHEZ, en: *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, Madrid 1991). Cfr. también, por ejemplo, las amplias exposiciones de la evolución doctrinal antes de Welzel realizadas por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, p. 17 y ss. (hay trad. castellana de SANCINETTI [*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*], Buenos Aires 1990) y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 48 y ss.; según estos autores (respectivamente, p. 58 y 55 y ss., ambos con referencias a otras obras [de filosofía jurídica] de Welzel), la crítica de Welzel se refiere también a la filosofía valorativa neokantiana.

(4) WELZEL, *op. cit.* p. 492.

(5) *Ibidem.*

(6) Aun después de la reformulación que WELZEL pretende realizar, *op. cit.* p. 514; sobre el concepto de bien jurídico en Welzel, cfr., por ejemplo, AMELUNG, *Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit*, en: Jung et al. (comp.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden 1991, p. 274 y ss., con referencias.

(7) *Op. cit.* p. 509.

(8) *Ibidem.*

cho», en la que sólo hay bienes jurídicos en la medida en que «desempeñan una “función”» (9). Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; sólo una concepción de la realidad como «mundo museal muerto» puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según Welzel, porque el «mundo del Derecho» es un «mundo del sentido, del significado» (10); y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere «los elementos del tipo... al... conjunto de la sociedad» (11).

Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según Welzel, «tipificaciones de comportamientos antijurídicos» (12); por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que *hace posible* que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena (13). Por lo tanto, la referencia a la sociedad que Welzel persigue y que la adecuación social posibilita, se produce en el marco de la teoría del delito en el nivel del tipo.

b) *Desarrollo posterior del concepto en Welzel*

Ya el encabezamiento del punto anterior indica que no existe *una sola* teoría de la adecuación social; de hecho ni siquiera puede hablarse de *una única* teoría de Welzel de la adecuación social. En efecto, el carácter «tornasolado» (14) de este concepto seguramente hay que reconducirlo, aparte de que sea problemática la materia a la que se refiere, a los múltiples cambios de opinión de Welzel en este campo. Las distintas modificaciones operadas en el ámbito de la adecuación social están relacio-

(9) *Op. cit.* p. 514 y s.

(10) *Op. cit.* p. 530.

(11) *Ibidem.*

(12) *Op. cit.* p. 527; *Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 2.^a ed., Berlin 1943, p. 42: «el tipo [es] tipificación del injusto jurídico-penal», «el tipo es el injusto jurídico-penal, descrito con base en elementos típicos».

(13) *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940), p. 34 y s.; 2.^a ed. (1943), p. 42.

(14) Esta denominación parece ser acertada, ya que es frecuentemente utilizada: ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Berlin 1969, p. 13; ROXIN, *Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht*, en: Festschrift für Ulrich Klug t. I, Köln 1983, p. 303; HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, 10.^a ed., n.m. 29 previo al § 32; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, p. 113; WOLSKI, *Soziale Adäquanz*, Berlin 1990, p. 119.

nadas con otras remodelaciones más amplias en el pensamiento de Welzel. Dada la imposibilidad de reproducir aquí toda la evolución de su sistema, sólo me referiré de modo incidental a las razones dogmáticas concretas que impulsaron a Welzel a llevar a cabo los distintos cambios en la adecuación social. Sigue un breve esquema de la evolución de Welzel respecto de la adecuación social; en todo caso, cabe resaltar que ésta está al menos presente desde los «Estudios» hasta la última edición de su manual, en 1969.

En un primer momento, por tanto, la teoría de la adecuación social se correspondía con el esquema expuesto en el punto anterior. En una *segunda fase* (15), sin embargo, Welzel modificó su concepción en el sentido de considerar a la adecuación social como una *causa de justificación consuetudinaria* (16). Más tarde, él mismo (17) recondujo este cambio de posición a haber tomado en consideración la regla de antijuridicidad del § 240 StGB (*), que —concebida como «caso de aplicación de Derecho positivo de la idea de adecuación social» (18)— aconsejaba esta modificación. Por otro lado, el traslado de la adecuación social también se relaciona con los cambios introducidos en su concepto original de tipo: se sostiene que fue su teoría de los «tipos abiertos» la que le obligó a abandonar la postura según la cual la adecuación social pertenecía a la tipicidad (19). En una *tercera fase*, Welzel finalmente volvió a colocar a la adecuación social de nuevo en el ámbito del tipo. Volvió a afirmar, por ejemplo, que los comportamientos socialmente adecuados no constituyen en ningún caso homicidios, lesiones, detenciones ilegales (20). Sin embargo, a pesar de que vuelve a la ubicación

(15) De la 4.^a a la 8.^a edición de su manual *Das Deutsche Strafrecht*, respectivamente, Berlin 1954 y 1963 (traducción castellana de la 11.^a edición [1969] por BUSTOS RAMÍREZ y YAÑEZ PÉREZ, Santiago de Chile 1976).

(16) Por ejemplo, en: *Das Deutsche Strafrecht*, 8.^a edición (1967), p. 76.

(17) Confirmando la opinión de HIRSCH (expresada en ZStW 74, cfr. nota 18), *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft* (1964), en: *Abhandlungen*, p. 351, nota 21; *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición (1969), p. 57.

(*) El § 240 del StGB tipifica el delito de coacciones:

«(1) Quien coaccione a otro de modo antijurídico, por la fuerza o amenazándole con un mal grave, a realizar, tolerar u omitir una acción...

(2) El hecho es antijurídico si la utilización de la fuerza o la amenaza del mal en orden a alcanzar el fin perseguido debe considerarse reprobable.»

(18) HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, ZStW 74 (1962) p. 79.

(19) En este sentido, FIORE, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli 1966, p. 204; ROXIN FS Klug p. 306; El mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil t. I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, München 1992, § 10 IV n.m. 34; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955) p. 22; SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 72 (1960), p. 372; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989, p. 298.

(20) *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona 1964 (trad. de CERERO MIR de la cuarta edición alemana de *Das neue Bild des Strafrechtssystems* [1961], incorporando algunas modificaciones, entre ellas también el paso de la segunda a la tercera fase en materia de adecuación social), p. 54 y s.; *Das Deutsche Strafrecht*, 10.^a ed. (1967), p. 54; 11.^a ed. (1969), p. 57.

en el tipo, el *status* de la adecuación social —como se verá más tarde— es distinto al que ocupaba en la formulación original. De momento, cabe constatar que ya no aparece la referencia al «valor ético-social» de la acción en este contexto (21): Welzel ya no afirma —como sí lo hacía en la formulación original— que la adecuación social sea la «interpretación del sentido» (22) de los tipos, ya no sostiene que sólo con la adecuación social se entra en «el ámbito del tipo, ...en las regiones del injusto tipificado» (23). En esta tercera fase, la adecuación social es «la falsilla de los tipos jurídico-penales: es el estado «normal» de libertad de actuación social que se encuentra en la base de los tipos y que éstos presuponen (tácitamente)» (24), queda reducida a un «principio general en materia de interpretación» (25).

c) *Constelaciones de casos*

Como expresión de la importancia cambiante que adscribía a la adecuación social, Welzel modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la misma. En este sentido, afirma a lo largo de su obra que podían resolverse los siguientes casos a través de esta categoría: el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan en algunas regiones de Alemania a los carteros en la época de Navidad; el «riesgo permitido» en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas, etc. (26). A lo largo de la evolución de Welzel puede constatarse, por un lado, que el número de los casos va disminuyendo en la segunda y tercera fase respecto de la primera, y, por otro, que el centro de gravedad va trasladándose paralelamente de los comportamientos dolosos a los imprudentes en la segunda y tercera fase (27).

En el momento actual, estos casos deberían ser ubicados en muy diversas posiciones dentro de la teoría del delito: falta del riesgo prohibido, ge-

(21) En este sentido, PETERS, *Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip*, en: Festschrift für Hans Welzel, Berlin 1974, p. 420.

(22) Así aún en: *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. 1940, p. 33; 2.^a ed. 1943, p. 40.

(23) Como así lo hace en ZStW 58 (1939), p. 529.

(24) *El nuevo sistema...*, p. 55 y s.; *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición (1969), p. 57.

(25) *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición (1969), p. 58. Vid. también *infra* II.1, especialmente nota 64.

(26) Vid. los casos recogidos por HIRSCH en ZStW 74 (1962), p. 87 y ss.

(27) Esta disminución de los supuestos dolosos también es observada por SCHAFFSTEIN ZStW 72 (1960), p. 372 y s.

neración de un riesgo vital normal, falta de dominio del hecho, falta de adecuación en delitos de peligro abstracto, autolesión, actuar a propio riesgo... Si sólo se tienen en consideración los supuestos aducidos por Welzel como casos de aplicación, queda justificado, desde luego, que se hable del «eslogan de la adecuación social», empleado de un modo global, en vez de realizar las diferenciaciones pertinentes (28). Sin embargo, Welzel no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la planteó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados) (29). Aquí nos interesa lo primero, esto es, el alcance teórico de su propuesta (30).

d) *Recepción*

La propuesta de Welzel desencadenó una fuerte discusión, que ha contribuido de manera decisiva a que adquiriese su carácter camaleónico: ha sido ubicada en casi todas las posiciones posibles en la estructura del delito (31); la discusión sobre ella sólo últimamente ha ido decayendo, siendo abandonada por la mayor parte de la doctrina.

(28) En este sentido, por ejemplo, HIRSCH *LK* 10.^a ed. n.m. 29 previo al § 32; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 113.

(29) En sentido similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, p. 145.

(30) El hecho de que Welzel en sus «Estudios» pretenda sentar las bases de un nuevo sistema dogmático, y por ello su exposición no se refiera en primera línea a la resolución de determinados casos concretos, no justifica la opinión de que sus argumentos persiguen «legitimar metadogmáticamente» un determinado «sustrato social» (el trabajo de Welzel se publicó en 1939). En este sentido se manifiesta, sin embargo, FROMMEL (*Welzels finale Handlungslehre (eine konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht-oder die Legende von der «Überwindung des Wertneutralismus» im Strafrecht*), en: Udo Reifner/B.-R. Sonnen [comp.], *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, p. 87 [hay traducción castellana de MUÑOZ CONDE en ADPCP 1989 p. 621 y ss.]). Sin entrar a discutir en profundidad la postura de FROMMEL, parece difícil estar de acuerdo en que los «Estudios» carezcan de toda intención dogmática (p. 87), y no es acertado ni negarle valor científico a su trabajo ni colocarlo en el ámbito de influencia del «Derecho penal de la voluntad» nazi (p. 90) (¡la adecuación social precisamente sostiene que no basta la «mala» voluntad!). En contra de esta interpretación también JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlin 1988, p. 189 nota 55 (traducción castellana de la 3.^a edición alemana y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona 1981). Respecto de la interpretación en clave exclusivamente subjetiva de la propuesta original de Welzel, cfr. *infra* II.3.

(31) Algunos autores recogieron la propuesta de Welzel en la «segunda fase» de construir la adecuación social como *causa de justificación*; cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., Tübingen 1975, p. 298 y s. (partiendo de su peculiar definición del tipo); OTTO (*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.^a ed., Berlin New York 1988, p. 77 y s.) sostiene sobre la base de sus sistema bipartito del delito que es

En este trabajo, sin embargo, lo que interesa es la concepción de Welzel acerca de la adecuación social, y ello sobre todo en lo que se refiere al papel de ésta en el desarrollo de su teoría. Por consiguiente, al hacerse referencia en lo que sigue a la discusión que tuvo lugar después de que Welzel presentase su propuesta, ello sucede sólo en orden a analizar su concepción, y no para ocuparse de la discusión y desarrollo de la adecuación social en la bibliografía posterior.

2. Adecuación social e imputación objetiva: ¿la adecuación social como «segundo pilar» en la teoría de Welzel?

Después de la representación esquemática que se ha hecho más arriba de la teoría de la adecuación social en Welzel, el observador que ten-

equivalente la exclusión del tipo a la exclusión de la antijuridicidad; KLUG (*Sozialkongruenz und Sozialadäquanz*, Festschrift für Eb. Schmidt, 2.^a ed. [reimpresión de la 1.^a ed. 1961], Göttingen 1971, p. 249 y ss., 262) distingue entre la «congruencia social», que excluiría el tipo, y la «adecuación social» como causa de justificación.

En algún caso, incluso se ha defendido la calificación como *causa de exculpación* (ROEDER, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 77 y ss.).

La mayoría de la doctrina se pronuncia por un uso restringido como *instrumento hermenéutico* de la adecuación social, aproximándose, por tanto, a la «tercera fase» en Welzel, o la rechazan por ser demasiado inconcreta. Sin embargo, tampoco aquellos autores que quieren hacer uso de ella en materia de interpretación le atribuyen un significado sistemático de carácter general; cfr. en la bibliografía jurídico-civil WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, Karlsruhe 1960, p. 56 con referencias; HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 132; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, Madrid 1977, p. 263 y ss.; JAKOBS, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, ZStW 89 (1977), p. 5, y *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlin 1991, 24/14; ESER, *Strafrecht II*, 3.^a ed., München 1980, 24 A 3, 27 A 7 y ss.; JESCHECK AT p. 238; BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Significación social y tipicidad*, LH Antón Oneca, Salamanca 1982, p. 121 y ss., 130 y ss.; ROXIN FS Klug p. 313 y AT I § 10 IV n.m.37; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal Parte General*, Madrid 1984, p. 165; BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2.^a ed., Buenos Aires 1986, p. 46 y s. y *Principios de Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Madrid 1990, p. 138 y s.; BAUMANN/WEBER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., Bielefeld 1985, p. 181; CORCOY BIDASOLO, *El delito imputante*, p. 301 y ss.; Schönke/Schröder-LENCKNER, *StGB*, 24.^a ed. (1991) n.m.70 previo a los §§ 13 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 151.

Finalmente, algunos autores vinculan la problemática de la adecuación social al *riesgo permitido*: cfr. por todos ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, t.I., Karlsruhe 1960, p. 417 y s. (refiriéndose expresamente a la concepción original de Welzel respecto del tipo); JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, Beiheft zur ZStW 86 (1974), p. 13; EL MISMO ZStW 89 (1977) p. 4 y s.; EL MISMO AT 7/4b; MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3.^a ed., Barcelona 1990, pp. 246, 569 y s., esp. nota 41; BACIGALUPO, *Principios*, p. 138 y s.

ga en la cabeza la imagen habitual del finalismo posiblemente se vea invadido por una sensación de extrañeza. En la propuesta esbozada «aún no se habla... de estructuras inamovibles del ser, de “verdades eternas”» (32), no aparecen en ningún momento estructuras «lógico-objetivas» ni «prejurídicas». Por el contrario, Welzel se refiere a la «realidad social significativa», al «riesgo permitido», a la «interpretación de sentido del tipo».

Por supuesto que en la exposición inicial se ha seleccionado aquello que puede llamar la atención. Y es aquí en donde puede radicar el interés del tema; dicho brevemente: puede discutirse acerca de si la teoría de Welzel no sólo «desnaturalizó» el tipo penal en lo que se refiere a la dirección del comportamiento (en el sentido de que no sólo aparecen en él personas que causan lesiones de bienes jurídicos por un acto voluntario cualquiera, sino seres humanos que dirigen su comportamiento [que «actúan finalmente»]), sino que también reconoció, a través de su propuesta de la adecuación social, que es preciso tener en cuenta los esquemas *sociales* de interpretación para que exista injusto. Y es partiendo de este interés que aquí se pretende iluminar el concepto de adecuación social desde distintas perspectivas. Esto no es del todo sencillo, como habrá podido observarse con base en el esquema anterior de la teoría y en la diversidad de los ejemplos enunciados, por varias razones: por un lado, Welzel siempre expuso su postura en este ámbito de manera muy sintética y cambió de opinión en varias ocasiones. Por otra parte, sus diversos puntos de vista se generaron con ocasión de la discusión mantenida con opiniones y en el contexto de cuestiones distintas; por ello, la exposición que sigue necesariamente será incompleta. Esto, sin embargo, no significa que se pretenda recomponer de modo arbitrario la teoría de Welzel con ayuda de distintos fragmentos para llegar a la conclusión, por ejemplo, de que en realidad fue Welzel quien ya en los años treinta formuló la moderna teoría de la imputación objetiva. Por el contrario, lo que se persigue es investigar qué hay de válido en la concepción de Welzel, sobre todo en su *formulación original*. Para ello deberá tenerse en cuenta, desde un principio, que no conviene asirse al tenor literal del término «adecuación social», ya que sólo se trata de una denominación «sintética» (33) que puede implicar un proyecto dogmático de mayor alcance.

Como es sabido, es la llamada teoría de la imputación objetiva la que pretende abarcar en el momento actual aquellos casos en los que «los elementos de la imputación petrificados» en la dogmática tradicional, es decir, la causalidad y la evitabilidad (dolo e imprudencia),

(32) Así ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962) (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin 1973, p. 72 y ss.; traducción castellana y notas de LUZÓN PEÑA en *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid 1976, p. 84 y ss.) p. 534, refiriéndose a los «Estudios» de Welzel desde un punto de vista más general.

(33) WELZEL ZStW 58 (1939), p. 516; cfr. a este respecto infra II.1.

«conducen a soluciones que necesitan de corrección» (34). Cabe constatar en este sentido que la imputación objetiva pasa en cierto sector doctrinal por un proceso en el que incluso va desligándose de la problemática del resultado para convertirse en una categoría general del tipo (35). Sin embargo, algunos de los más significados representantes del finalismo rechazan esta teoría de plano, sosteniendo que la imputación objetiva trata en realidad problemas pertenecientes al tipo subjetivo o abarca cuestiones puntuales de algunos tipos que deben resolverse a través de una «corrección de los tipos» a ubicar en la Parte Especial (36). También el fundador de la teoría final de la acción, Welzel, resuelve en la última edición de su manual uno de los ejemplos que hoy suelen ubicarse en el marco de la teoría de la imputación objetiva, en el que alguien «manda a otro a pasear por el bosque en el momento en el que está por comenzar la tormenta, con la esperanza de que un rayo le cause la muerte» (37) afirmando que *no hay dolo*, puesto que el autor no tiene voluntad de matar. Sin embargo, precisamente Welzel solucionó este mismo caso de otra manera, totalmente opuesta, en los «Estudios»: «Este ejemplo no tiene nada que ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos llamado adecuación social» (38).

(34) JAKOBS ZStW 89 (1977) p. 3; cfr. respecto de la teoría de la imputación objetiva, por todos, MIR PUIG PG p. 245 y ss. y ROXIN AT § 11, ambos con referencias.

(35) En este sentido, por ejemplo, las concepciones desarrolladas por JAKOBS AT 7/1 y ss., especialmente 7/4 a y s., 7/35 y ss.; 7/51 y s. (principio de confianza); AT 7/56 y ZStW 89 (1977) p. 34 y s. (posición de garante en los delitos de comisión); ZStW 89 (1977) p. 17 y ss., 26 y s. y AT 21/14 y ss. (prohibición de regreso); FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, passim (resaltando terminológicamente el «comportamiento típico», p. 67 y s.); REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, ADPCP 1992 p. 933 y ss. (= *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, ZStW 105 [1993] p. 108 y ss.); a favor de la extensión también MIR PUIG PG p. 249 y s.; la opinión actualmente dominante, sin embargo, limita la imputación objetiva como categoría de la Parte General a los delitos con imputación de un resultado, cfr. por todos ROXIN AT § 11 n.m. 1.

(36) Cfr. en este sentido, por todos, respecto del delito doloso, ARMIN KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, en Festschrift für H. -H. Jescheck t.I, Berlin 1985, pp. 269, 271 y passim (traducción castellana de CUELLO CONTRERAS [*¿Atribución objetiva en el delito doloso?*] en ADPCP 1985 p. 807 y ss.); en el ámbito del delito imprudente, STRUENSEE (*Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, GA 1987 p. 97 y ss. [= CPC 1991 p. 449 y ss.]) considera que las cuestiones tratadas por la imputación objetiva han de resolverse en el ámbito del tipo subjetivo del delito imprudente; cfr. también la exposición crítica de KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin 1990, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y ss. y la toma de postura de HIRSCH en contra de la aplicación del criterio del «riesgo permitido» en los delitos dolosos, y, de modo general, contra el valor sistemático de este instituto de la imputación objetiva (LK, 10.^a ed., n.m. 32 previo al § 32, con ulteriores referencias).

(37) *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. 1969, p. 66.

(38) ZStW 58 (1939) p. 517 (sin subrayado en el original), tratándose en esta versión original del ejemplo de un avaricioso sobrino que convence a su tío para que efectúe un viaje en ferrocarril; puesto que en ninguno de los dos casos se supera el nivel del riesgo «permitido» o «socialmente adecuado», son equivalentes a este respecto.

Por lo tanto, la cuestión que aquí nos interesa puede formularse de otro modo preguntándonos si la teoría de Welzel de la adecuación social realizó los «trabajos preparatorios» (39) para la normativización del tipo objetivo que se ha producido a través de la imputación objetiva (40), con lo que la adecuación social constituiría un verdadero «segundo pilar de apoyo» (41) (junto a la finalidad de la acción) de su concepción original, o si, por el contrario, se trata de una solución improvisada con la que Welzel, ocupado en desarrollar el concepto personal de injusto, pretendía dejar de lado la problemática hoy abarcada por la imputación objetiva (42).

«Especialmente los institutos del riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso son explicaciones de la adecuación social» (43). Según el sector doctrinal antes aludido, partidario de «globalizar» la imputación objetiva, y dicho de modo sintético, existen dos grandes campos en la imputación objetiva: la determinación de la tipicidad objetiva del *comportamiento* y la determinación de la tipicidad objetiva del *resultado*. Las instituciones mencionadas son las que según esta postura integran materialmente el primer nivel de la imputación objetiva. En este sentido, el *riesgo permitido* es la determinación descontextualizada (por sectores) de los ámbitos de libertad de los ciudadanos, mientras que las otras instituciones (prohibición de regreso, principio de confianza, posición de garantía) sirven a la realización del juicio de imputación introduciendo un mayor contexto en la definición del comportamiento. Sin pretender entrar en la discusión acerca de la teoría de la imputación objetiva, este planteamiento puede ser un punto de partida fructífero para verificar si las categorías discutidas en la actualidad son compatibles con la «adecuación social» en la propuesta original de Welzel, están emparentadas con ella o incluso son, de algún modo, sus descendientes. Para ello puede ser útil hacer referencia al actual instituto del riesgo permitido, que a causa de su carácter más genérico es quizás la categoría que más cerca esté de la idea original de la adecuación social.

(39) En este sentido JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg, Heft 10, München 1992, p. 29.

(40) JAKOBS, *op. cit.* p. 12.

(41) La expresión es de REYES, ADPCP 1992 p. 947 = ZStW 105 (1993) p. 114 y s.

(42) En este sentido se expresan, por ejemplo, HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 133 y ROXIN FS Klug p. 311.

(43) JAKOBS, AT 7/4b.

En el marco de la teoría del tipo objetivo, esto es, al fijar «el lado externo del injusto» (44), existen, por lo tanto, determinadas «cualidades objetivas generales de un comportamiento imputable» (45). La teoría de la imputación objetiva debe sistematizar esta parte de la imputación. Para ello, como se ha dicho, parte de dos ideas básicas: por un lado, entre otras cosas, el resultado sólo debe ser imputado cuando la acción generadora del peligro de que se realice el tipo sobrepase el *riesgo permitido* (46). Por otra parte, ese riesgo generado de modo no permitido debe realizarse en el resultado, al menos en la modalidad delictiva predominante que son los delitos de resultado (47).

La cuestión reside en saber —en la *primera* de las ideas básicas a las que antes se ha hecho referencia— cuándo y por qué un comportamiento o, en su caso, la generación de un riesgo están «permitidos». La respuesta de Jakobs es la siguiente: «[En el caso de este primer segmento]... de lo que se trata es de la finalidad del Derecho penal de garantizar la seguridad de expectativas» (48). Por lo tanto, se trata de la función del establecimiento de normas penales: la de garantizar la subsistencia de las normas que se consideran esenciales y se fijan en tipos penales. Esta valoración se *introduce* en el tipo penal: es el origen de la fijación de la norma, de la tipificación del injusto jurídico-penal. La determinación de aquel nivel de riesgo que se considera permitido por el Derecho penal puede ser llevada a cabo por el Estado de manera expresa, por ejemplo, fijando medidas de seguridad en determinadas actividades o estableciendo estándares técnicos; en otros casos, no existen normas expresas, sino que el carácter permitido del riesgo se ha generado históricamente, de manera que en el momento actual resulta evidente.

(44) Por ejemplo, JAKOBS AT 7/1.

(45) JAKOBS AT 7/4.

(46) Cfr. por todos RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 5.^a ed. (dic. 1992), n.m. 57 previo al § 1 y ROXIN AT § 11 n.m. 39 con las referencias allí recogidas.

(47) JAKOBS AT 7/4b.

(48) JAKOBS, *ibidem*, sin subrayado en el original.

No hay un grado fijo (inamovible desde el punto de vista histórico) de «peligro» a partir del cual el riesgo pasase a no estar permitido: «Si un comportamiento, a pesar de dañar bienes, no defrauda, y ello porque su aceptación se ha convertido en costumbre, ello sólo es contradictorio si se parte de una visión “policial” de la seguridad de los bienes.» (49). Esto, sin embargo, no significa que esta modalidad de génesis del riesgo permitido conlleve que el juez, para comprobar si se ha realizado el tipo objetivo, deba llevar a cabo una encuesta popular, que la valoración social de un comportamiento como «estafa» deba coincidir con la de la Ley penal.

Resumiendo, por tanto, cabe decir que el tipo objetivo contiene, expresada en la categoría de lo imputable objetivamente, una determinación *normativa* del contenido del tipo que va más allá de la mera descripción de un determinado comportamiento o de un determinado resultado. Hay imputación ya en el tipo objetivo, imputación que va más allá de constatar que concurre un resultado exterior cualquiera que fue producido por un acto humano voluntario; debe concurrir, además, un comportamiento *prohibido* (en terminología de Welzel: por ser socialmente *inadecuado*). Un ejemplo: el automovilista que se comporta conforme a las reglas del tráfico y a pesar de ello se ve envuelto en un accidente en el que muere una persona no es que haya matado (en el sentido del tipo) «sin culpabilidad» o «sin dolo», sino que no ha matado en el sentido del tipo objetivo (50), ya que el tipo no prohíbe conducir conforme a las reglas del tráfico.

Si se compara esta breve exposición con el esquema antes realizado de la teoría de Welzel, la sensación de extrañeza a la que más arriba se ha hecho referencia consiste en que parecen constatarse muchas coinci-

(49) JAKOBS AT 7/37, sin subrayado en el original.

(50) «Para imputar un resultado al tipo no basta la causación de la lesión típica de bienes jurídicos; pero tampoco es preciso que para ello concurre un actuar final». ROXIN, *Finalität und objektive Zurechnung*, en: *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, p. 239 (traducción castellana de CASAS BARQUERO en CPC 1990 p. 131 y ss.).

dencias. Sin embargo, si se desecha sin más el criterio de la adecuación social en favor del del riesgo permitido (51), ello parece dar a entender que tales coincidencias en realidad no existen, que las consideraciones de Welzel iban en otra dirección. No puede negarse, sin embargo, que al menos externamente existe la sospecha de que haya parentesco entre el «riesgo permitido» actual y la adecuación social de Welzel en su primera fase. Por ello merece la pena entrar a considerar la cuestión antes planteada, esto es, el posible carácter precursor de la categoría de la adecuación social.

II

1. ¿Concepto normativo o mero tópico? La adecuación social en el tipo

En primer lugar, a la hora de valorar la teoría de la adecuación social, en realidad se trata de determinar si es una «teoría», o al menos el punto de partida de la fundamentación de una categoría válida. En efecto, se le niega esta consideración si se entiende el concepto «adecuación social» en Welzel como referido meramente a la aceptación social *fáctica* de determinadas formas de comportamiento, a la «normalidad» social en este sentido.

Parece que se ata a Welzel a la utilización de las expresiones «ético-social» (52) u «orden social “normal”» (53); de hecho, estos términos parecen indicar que sus consideraciones se refieren a la valoración social concreta de un comportamiento, referida al caso individual, como aparece, por ejemplo, en el «riesgo ponderado» de Binding (54) en el ámbito de los delitos imprudentes, y que probablemente también constituya la base de varias sentencias del Reichsgericht alemán (55): en casos ex-

(51) Así, por ejemplo, ROXIN (FS Klug, p. 311), respecto del caso del sobrino avaricioso que aficiona a su tío a los viajes en ferrocarril: «... no falta una acción de homicidio, como suponía Welzel entonces, por haberse comportado el sobrino de manera socialmente adecuada, *sino* porque un viaje en ferrocarril no constituye un riesgo jurídicamente relevante» (sin subrayado en el original).

(52) Así, por ejemplo, en: *Der allgemeine Teil...* 1.^a ed. 1940, p. 33; ZStW 58 (1939), p. 497.

(53) Por ejemplo, en *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. (1969), p. 56; *El nuevo sistema...*, p. 54.

(54) *Die Normen und ihre Übertretung* t. IV, Leipzig 1919, p. 440 y ss.

(55) Esto puede observarse con bastante claridad comparando la sentencia del RG en el caso del barquero del río Memel [en el que un barquero había intentado cruzar

cepcionales está permitido generar un determinado riesgo, dependiendo de cuáles sean las razones concretas por las que ello se haga, esto es, de cómo se valore socialmente el comportamiento concreto. «Sin embargo, cuanto más prescindible sea la acción, más disminuye el riesgo permitido a correr con ocasión de ella. Nunca puede justificarse que concurra tal riesgo permitido al llevarse a cabo... acciones completamente inútiles e innecesarias» (56); y lo que es «inútil» o «innecesario» no se tipifica, sino que queda «justificado» de caso a caso.

Parece claro que es imposible relacionar una adecuación social entendida de este modo con un elemento o una categoría normativa del tipo, esto es, con el tipo como injusto tipificado (57). Si, por lo tanto, puede vincularse *pars pro toto* a Welzel a esta interpretación del término «ético-social», sería completamente acertado descalificar su punto de partida respecto de la adecuación social como «eslogan sin un contenido claro» (58). Si esto fuese cierto, la concepción de Welzel sólo habría

a varias personas a través del helado Memel a petición de éstas, después de informarles de lo peligroso de su propósito, pereciendo los viajeros) (RGSt 57, 172) (absolución), con la sentencia en el caso de la motocicleta [en el que dos jóvenes habían realizado en varias ocasiones arriesgados recorridos en motocicleta; sufren un accidente en el que muere el copiloto] (RGStv. 11.6.25, recogida en *Juristische Wochenschrift* 25, p. 2250 y ss.) (condena). En el primer caso, se trataba del ejercicio de la profesión del acusado, «Aquí en cambio, una persona no autorizada se ha arrogado el derecho de conducir un vehículo de motor por pura ligereza... no cabe hablar de que concurra “consentimiento”» (p. 2252); no se argumenta con base en la *situación* de riesgo, sino en la *motivación* del riesgo. Lo que se produce es una valoración del motivo de la puesta en peligro, una valoración concreta de los móviles conforme a criterios sociales, que el juez efectúa *ex post*.

Lo que aquí nos interesa es que no se analiza si el comportamiento es abarcado objetivamente por el tipo (se parte de que esto es así, ya que concurre en ambos casos la lesión del bien jurídico), sino que los motivos de los sujetos que actúan se toman como único fundamento de la valoración concreta del hecho. Y en efecto, el considerar decisiva la «buena» o «mala» voluntad es un procedimiento propio de la valoración fáctico-social (así ROXIN, FS Klug, p. 311).

(56) BINDING, *op. cit.*, p. 442.

(57) Así, por ejemplo, la comprensión de GRAF ZU DOHNA de la adecuación social (que se manifiesta en la recensión de la primera edición de la parte general de Welzel [ZStW 60 (1941) p. 293]), en virtud de la cual afirma que el cazador furtivo realiza el tipo de la caza furtiva de modo prohibido, mientras que el titular del derecho de caza lo realiza conforme a derecho (mientras que la caza «en sí» es socialmente adecuada), sólo es posible con base en una concepción del tipo distinta de la del «injusto tipificado».

(58) ROXIN FS Klug p. 304; en este mismo sentido, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, FS Jescheck t. I p. 268; HIRSCH *LK* 10.^a ed., n.m. 29 previo al § 32; similar también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina General y resolución legal)*, Madrid 1991, p. 123.

consistido en una referencia al sentir empírico de la sociedad, al «sentido común», no suponiendo, por tanto, un avance respecto de otras concepciones ya presentes en la bibliografía anterior.

Parece que es en este sentido en el que se entiende el concepto de adecuación social, por ejemplo, por parte de Hirsch; por ello es posible que hable —para criticar la concepción de Welzel— de riesgos socialmente *inadecuados* y *no prohibidos* (59): según Hirsch, ciertos riesgos no pueden compatibilizarse con el orden normal de la vida social y, a pesar de ello, no constituyen infracciones típicas del deber de cuidado, como, por ejemplo, la «puesta en peligro de la salud y de la vida de las meretrices empleadas en un burdel de un barrio portuario poco recomendable». Constata que no todo lo que es socialmente inadecuado en el sentido de «socialmente reprobado» cae bajo tipos penales, lo que a su modo de ver hace inviable la categoría de adecuación social como elemento de definición del injusto. Al entenderse el «eslogan» adecuación social de manera literal (60), no puede ir más allá del descubrimiento que la realización de los tipos penales no suele ser socialmente adecuada (=aceptada por la sociedad). Entonces, en efecto, no parece ser un punto de partida demasiado útil, ya que «la moderna teoría de la imputación posibilita... reglas mucho más precisas que el *recurso a la ética social*, que difícilmente puede dejar totalmente fuera de consideración la *motivación* de quien actúa...» (61). Si esta interpretación es correcta, la adecuación social no hace más que indicar «meramente el contenido de desvalor social del hecho que es consustancial al injusto y conforma su fundamento material» (62).

Si ésta hubiese sido de hecho la intención de Welzel al formular la adecuación social, habría dejado de advertir que la falta de aceptación social fáctica de determinados comportamientos de hecho constituye la base de los tipos penales, pero no tiene por qué coincidir necesariamente con ellos: entonces, la adecuación social de Welzel no podría ser un *elemento integrante* del tipo, a través del cual penetrase el carácter social de las normas jurídico-penales, sino que *se referiría al tipo* en cuanto tipo de delito (63).

La consecuencia que deriva de esta interpretación de la postura de Welzel es considerar que su punto de partida en ningún

(59) ZStW 74 (1962) p. 95 y s., 134; en el mismo sentido de HIRSCH, CEREZO MIR, *El tipo de injusto de los delitos culposos*, ADPCP 1983 p. 482 nota 40.

(60) Y de procederse así, la adecuación social necesariamente consistirá en «criterios valorativos extrajurídicos» (así ZIPF, *Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht*, ZStW 82 [1970] p. 637); esto mismo lo constata, para criticar la adecuación social, RODRÍGUEZ MOURULLO PG p. 265.

(61) ROXIN FS Klug p. 311, sin subrayado en el original.

(62) ROXIN AT I § 10 n.m. 37.

(63) ROXIN, *ibídem*, sin subrayado en el original; ZIPF, *ibídem*: consecuentemente, la adecuación social es entonces «...subsidiaria respecto de la regulación legal» (y no forma parte de esa regulación [por ejemplo, del tipo]).

momento tuvo una pretensión que fuese más allá de configurar un *criterio general de interpretación*, de utilidad en determinados casos problemáticos, o que la adecuación social directamente carece de interés por su vaguedad (64). Sin embargo, en este contexto no nos interesa determinar si la teoría de la adecuación social en el momento actual puede «pretender que se le asigne un especial significado dogmático» (65) o si la teoría moderna de la imputación dispone de instrumentos más precisos; esto seguramente es cierto. Lo que debemos cuestionar es si el punto de partida de Welzel era tan vago como para consistir en afirmar que lo que es socialmente adecuado (en el sentido de socialmente aceptado) suele ser socialmente adecuado (en el sentido de no prohibido).

¿Se limitó entonces Welzel a resaltar la obviedad de que «al averiguar la voluntad de la Ley es preciso tomar en consideración también la realidad de la vida» (66)? La referencia al «orden ético-social» (67) y también a la «normalidad» social (68) o a la adecuación social como principio inmanente de la creación del Derecho (69), sobre todo la di-

(64) Cfr. entre otros, con diferenciaciones (criterio de interpretación, concepto incompatible con la seguridad jurídica o completamente irrelevante): HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 132; RODRÍGUEZ MOURULLO *PG* p. 263 y ss.; JESCHECK *AT* p. 238; ROXIN FS Klug p. 313 y *AT* I § 10 IV n.m. 37; GÓMEZ BENÍTEZ *PG* p. 165; ARMIN KAUFMANN FS Jescheck, p. 271; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...*, p. 151 y las referencias posteriores supra en la nota 31.

Welzel mismo considera más tarde, como se ha visto, (en la «tercera fase») la adecuación social un «principio general de interpretación» (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969], p. 58), «un principio de interpretación dentro del tipo» (*Vom Bleibenden und Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, en: *Abhandlungen* [1975], p. 351 nota 21, subrayado en el original). En los trabajos de la «primera fase», ésto no se afirma: aunque Welzel habla de la «interpretación de sentido del tipo» (por ejemplo, en *Der allgemeine Teil...*, 2.^a ed. [1943] p. 40), no lo hace en el sentido de un criterio externo al tipo, como botón de muestra: «sólo las acciones que *sobrepasan* la adecuación social...» entran en el injusto (*op. cit.* p. 42, sin subrayado en el original). Sin embargo, la vuelta al tipo que Welzel realiza con la adecuación social en la tercera fase no le atribuye el significado sistemático que le correspondía en la formulación original [cfr. *supra* I.1.b)].

(65) ROXIN *AT* I § 10 n.m. 42, dando una respuesta negativa a la cuestión.

(66) HIRSCH ZStW 74 (1962) p. 134.

(67) Refiriéndose a la génesis histórica de éste; sin embargo, también afirma que el Derecho penetra en un mundo configurado históricamente, cuyos órdenes robustece o «*modifica y desarrolla*» (ZStW 58 [1939] p. 517 nota 38, sin subrayado en el original).

(68) Este punto de vista, el de la «absoluta normalidad» (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969], p. 56) no se utiliza aún en la formulación de los «Estudios»; en contra de una interpretación en este sentido también FIORE, *L'azione socialmente adeguata...*, p. 144 y ss..

(69) Esta afirmación, que se produce en uno de los puntos de los «Estudios» que más extensamente se ocupan de la adecuación social (p. 516 nota 38), recuerda la expresión relativa a la adecuación social como «falsilla de los tipos jurídico-penales» (perteneciente a la «tercera fase»), por ejemplo, en *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969],

versidad de los ejemplos por él utilizados (70), en los que el denominador común parece ser una relación con las ideas valorativas de la sociedad, parecen abogar a favor de una respuesta afirmativa.

Sin embargo, esta interpretación no se corresponde con el diseño original de la categoría de la adecuación social; la referencia a la *génesis histórica* de los «valores ético-sociales» no tiene por qué significar desde un principio que con ella pretenda recurrirse a convicciones sociales empíricas del momento. Esta «definición explicativa», que de hecho, *en sí misma* «es, con mucho, demasiado amplia» (71), también puede consistir en la mera constatación de uno de los mecanismos de constitución (72) de «riesgos permitidos» y no implica necesariamente que con ella quiera hacerse referencia a algo fuera del tipo (convicciones sociales empíricas). Por el contrario, es preciso colocar las consideraciones de Welzel en el contexto en el que fueron formuladas; como es sabido, todo su punto de partida se dirige contra la concepción según la cual lo injusto consistía en la mera causación de un resultado «disvalioso». Por un lado, pretende que se reconozca que la esencia de las acciones humanas se halla en la «realización del sentido de la acción, formulado por la voluntad» (73). Por otra parte, sin embargo, también forma parte de su concepción crítica que esta acción se conciba como «fenómeno socialmente relevante, como acción en el ámbito vital social» (74); este punto de partida se formula claramente y es el que conduce a la afirmación reproducida más arriba, según la cual *es sólo la adecuación social la que hace posible que los tipos sean injusto tipificado* (75). Esto, sin embargo, no concuerda con una interpretación en clave exclusivamente fáctica del concepto.

Cabe recordar aquí el ejemplo del sobrino avaricioso (*supra* I.2., texto correspondiente a la nota 38): no se trata de lo «bueno» o «mal» desde el punto de vista social, sino del contenido normativo del tipo (76). La adecuación

p. 57, *El nuevo sistema...*, p. 55), que no forma parte de los tipos, sino que es «presupuesto» de éstos, y parece abogar en favor de la interpretación según la cual la propuesta de Welzel no llegaba más allá de afirmar que los comportamientos socialmente adecuados (=socialmente aceptados) son atípicos (ROXIN AT I § 10 n.m. 36 y s.). *Vid.*, sin embargo, el esbozo de la evolución de WELZEL *supra* I.1.b) y el contexto de esta formulación de los «Estudios» en el texto que sigue.

(70) *Vid. supra* I.2.c).

(71) Así la crítica planteada por ROXIN FS Klug, p. 305.

(72) Cfr., por ejemplo, JAKOBS AT 7/36 con nota 63: que queda constituido por aceptación histórica, es decir, sin un proceso consciente de ponderación de bienes; cfr. también *supra* I.2., texto correspondiente a la nota 49.

(73) ZStW 58 (1939), p. 503.

(74) *Op. cit.* p. 516.

(75) *Der allgemeine Teil...* 1.^a ed. (1940), p. 34.

(76) ZStW 58 (1939), p. 517; bien es cierto que con las categorías dogmáticas actuales, el caso se resolvería de un modo más preciso que afirmando simplemente que se trata de un comportamiento socialmente adecuado. En este sentido, según Roxin (GS

social no se refiere a la praxis fáctica, al comportamiento habitualmente valorado como positivo en sociedad, sino a contenidos normativos. Estos no provienen del ámbito extrajurídico, no son elementos auxiliares en la interpretación individual de la norma penal, sino que pertenecen al tipo. En este sentido, Welzel precisamente critica en la «primera fase» los conceptos de [comportamiento] «adecuado al ámbito de relación» y «cuidado debido en las relaciones sociales» por hacer pensar «en primer lugar sólo en un concepto de promedio fáctico», lo que no tiene en cuenta suficientemente el lado «normativo-valorativo» de la adecuación social (77); puede partirse, por tanto, de que Welzel era consciente de que las valoraciones sociales que existen fácticamente no tienen por qué ser idénticas con los contenidos normativos introducidos en los tipos (78). A pesar de las expresiones relativas a la ética social etc. expuestas más arriba, que ciertamente contribuyen a difuminar la intención de Welzel, debe considerarse que se refería al contenido normativo-social del tipo (79), a aquello que va más allá de los «meros nexos causales»:

2. Digresión: ¿La adecuación social como causa de justificación?

«Los comportamientos socialmente adecuados son conformes a Derecho porque ni siquiera son típicos. Las causas de justificación se basan

Armin Kaufmann, p. 238, refiriéndose a la variante en la que el sujeto debe perecer en una tormenta) no sólo falta un riesgo jurídicamente relevante, sino que además concurriría —de existir tal peligro— un supuesto de autoresponsabilidad de la víctima.

(77) *Op. cit.* p. 517 nota 38.

(78) Esto, sin embargo, lo resalta HIRSCH (como si Welzel afirmase lo contrario), ZStW 74 (1964), p. 134.

(79) Esto, en mi opinión, es independiente, en su significado sistemático específico para la teoría del delito, de cuáles fuesen las características que estos valores tuviesen en la concepción de Welzel: parece que se produce una evolución desde valores absolutos (aunque inscritos en el momento histórico concreto) hacia consideraciones más bien de tipo funcional (cfr. la adecuación social como «concepto ordenador valorativo» [ZStW 58 (1939), p. 517 nota 38] y como «comportamiento no necesariamente *modélico* en sociedad, sino un comportamiento dentro del marco de la libertad de acción social» [*El nuevo sistema...*, p. 55; *Das Deutsche Strafrecht* 11.^a ed. (1969), p. 56, subrayado en el original] y, desde una perspectiva más genérica [*Vom Bleibenden... (Abhandlungen)* p. 357] «El Derecho en todo caso sólo puede ser un intento de interpretación del orden social correcto», cuando son necesarios tales ordenamientos generales). Cfr. también PETERS FS Welzel p. 427, quien constata un progresivo vaciamiento del concepto de adecuación social de valores sociales para ir evolucionando hacia la «habitualidad de la actuación». Respecto de la evolución de Welzel en el ámbito de la filosofía del Derecho, cfr. LOOS, *H. Welzel. Die Suche nach dem Überpositiven im Recht*, p. 504 y ss., en Loos [comp.] *Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttingen 1987*, y la exposición de las bases filosóficas de Welzel hecha por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert...*, p. 57 y ss. Como ya se ha dicho, sin embargo, en este contexto lo relevante es que con la concepción de la adecuación social se hace referencia a contenidos de índole social.

en situaciones excepcionales...» (80). Porque si se partiese de que «toda actividad lesiva de bienes jurídicos [es] típica, la práctica totalidad de la vida social se subsumiría bajo los tipos delictivos» (81). La adecuación social «no se refiere... a la antijuridicidad, ya que ésta entra en cuestión cuando se sobrepasa la adecuación social» (82).

Como queda claro en el párrafo anterior, perteneciente a la «primera fase», la «excursión» temporal que Welzel hizo con la adecuación social a la antijuridicidad [cfr. *supra* I.1.b)] no es compatible con su concepción original (y tampoco con su concepto de tipo), ya que para el mundo de la vida social, que es un «mundo con sentido, que contiene significados», invocado por Welzel, en el que debía inscribirse la acción típica, hay una diferencia fundamental» entre que una acción sea un «maltrato intencional» o la «defensa necesaria frente a un ataque antijurídico» (83).

Welzel se apartó más tarde de esta posición; no podemos entrar aquí a considerar cómo se produjo la evolución en su postura. De todos modos, cabe constatar que este desarrollo constituye también un escalón en el proceso de marginación de la adecuación social, y especialmente que el retorno al tipo que tiene lugar a partir de la 9.^a edición del «*Deutsches Strafrecht*», en la tercera fase, no atribuye a la adecuación social la misma jerarquía con la que había estado ubicada originalmente dentro del tipo (84).

3. Adecuación social y lado subjetivo del delito

En el intento de aproximarnos a la cuestión que aquí interesa, esto es, el significado de la teoría de Welzel de la adecuación social, es preciso entrar brevemente también en el campo minado (ya que aquí se encuentra el centro de gravedad de lo que se entiende por «finalismo») del lado subjetivo del delito en la concepción de Welzel, y ello por la siguiente razón: la teoría de la adecuación social sólo podía ser el embrión de una categoría verdaderamente normativa si estaba destinada a operar tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. De acuerdo con la

(80) WELZEL, *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940), p. 47.

(81) *Ibidem*.

(82) ZStW 58 (1939), p. 517.

(83) Así ROXIN (ZStW 74 [1962] p. 537), defendiendo al joven Welzel (el de la primera fase en materia de adecuación social) frente al mismo en años posteriores. Resaltan esta diferencia también CEREZO MIR ADPCP 1961 p. 352 (recensión al artículo de Schaffstein en ZStW 72 [1960]); FIORE, *L'azione socialmente adeguata...*, p. 236 y s.; BUSTOS RAMÍREZ y HORMÁZABAL MALARÉE LH Antón Oneca p. 130 y s. Además, ha de tenerse en cuenta que esta opción sistemática puede producir duplicidades en aquellos ordenamientos que, como el español (art. 8 11.º CP: cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), prevén causas de justificación que parecen coincidir con el ámbito de la adecuación social (cfr. por todos en la doctrina española a este respecto RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., Madrid 1976, p. 429 y s.; RODRÍGUEZ MOURULLO PG p. 264).

(84) Cfr. *supra* I.1.b), II.1 (nota 64) e *infra* II.4.

pretensión de Welzel de reflejar la realidad social del Derecho en una categoría normativa dentro del tipo, ambas modalidades de dirección del comportamiento deberían ser objeto de valoración normativo-social ya en el tipo objetivo: «Si está permitido crear determinados riesgos para bienes jurídicos ajenos, esto debe regir por principio también para los comportamientos dolosos, y por tanto, para *todo* actuar jurídico-penalmente relevante» (85). Por ello, debe esbozarse el traslado del punto de partida de Welzel a los delitos dolosos e imprudentes.

La cuestión relativa al alcance de la adecuación social en Welzel se plantea en la piedra de toque del lado subjetivo del delito en dos direcciones:

En primer lugar, debe cuestionarse si la posición preeminente de la finalidad en la teoría de la acción en Welzel conduce a la identificación de la adecuación social, en cuanto concepto normativo-social, con la finalidad (el dolo), de modo que, por tanto, la adecuación social se transmite o sustituye psíquicamente. De ser esto así, la adecuación social sufriría una subjetivización o desaparecería detrás del dolo. En relación con ello y en segundo lugar, debe examinarse si el carácter primario del delito doloso aparta a la adecuación social (si se constata que ésta realmente quedaba planteada en sentido normativo-social) hacia los delitos imprudentes.

a) *¿Tiene «sentido» sólo el hecho doloso?*

Se trata de determinar primero si la configuración de la adecuación social hace honor a sus pretensiones, o si, por el contrario, queda absorbida en verdad por la finalidad. Nos encontramos en este punto con el reproche formulado a la teoría finalista *de la acción* según el cual ésta tendría limitada su perspectiva al hecho doloso. Si para Welzel sólo la comisión dolosa constituye la verdadera «*expresión de sentido*» y el comportamiento imprudente se halla excluido del mundo significativo social, en el que cumplen su función los bienes jurídicos, ello indica que la adecuación social es fragmentaria en cuanto concepto autónomo, que Welzel identifica sentido social y hecho psíquico (86), esto es, que rellena el contenido normativo de la adecuación social con lo psíquico (el dolo) y por ello abandona en realidad el postulado de hacer justicia a la realidad social. En este contexto se pretende analizar el significado del término «sentido», ya que en él se manifiesta tanto la pretensión global de Welzel de oponerse al «sin-sentido», al mecanicismo del causalismo, como su concepción acerca del tipo; por ello puede servir de ejemplo (87).

(85) STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* I, 3.^a ed. (1980), n.m. 341, refiriéndose al «riesgo permitido»; en contra («riesgo permitido») sólo en los comportamientos imprudentes, en los delitos dolosos, solución a través de la falta de dolo, por ejemplo, HIRSCH *LK* 10.^a ed., n.m. 32 antes del § 32.

(86) Así lo sostiene JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 36.

(87) PUPPE constata en otro contexto (GA 4/1990 p. 146 nota 2; trad. castellana en CPC n.º 47 1992; p. 350 nota 2), que Welzel usa «bastante libremente» los términos «sentido» y «significado»; JAKOBS entiende la «expresión de sentido» en Welzel como finalidad (*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 24). Respecto de

A este respecto aparecen afirmaciones en los «Estudios» que pueden llevar a pensar que Welzel *no* pretendía limitar la introducción del mundo social (esto es, la adecuación social) al actuar doloso, limitación que implicaría interpretarla exclusivamente desde el punto de vista psíquico. En efecto, en la introducción a su trabajo afirma que la psicología es incapaz de penetrar «en la esfera del actuar *con sentido*, esencial para nosotros» (88); parece tentador identificar la referencia al «sentido» con sentido social, esto es, con la interpretación social del comportamiento. Sin embargo, ya en la siguiente frase Welzel afirma que el objeto del Derecho penal es «la acción en cuanto manifestación *de la voluntad* que se objetiviza» (89), refiriéndose la «voluntad» al dolo dirigido a una finalidad determinada. Por consiguiente, el «sentido» es aquí la creación de sentido a través del dolo previsor. La voluntad «se decide» a favor o en contra de una acción (90); «el conjunto de la acción en todas sus fases es una unidad de *sentido* real dominada por la voluntad que establece los fines, una realización de la *voluntad* en el sentido más propio: la realización del *sentido* de la acción fijado por la voluntad» (91). Aún más rotunda parece la definición de la «expresión de sentido» en el trabajo anterior de Welzel «*Kausalität und Handlung*» (92): «Las causas físicas de un resultado no se generan de modo puramente causal, sino que contienen a la vez un sentido de intención, esto es, se producen en consideración a su idoneidad para producir el resultado planeado» (93). La «expresión de sentido» de la acción intencional (más tarde, «final») en principio no contiene valoraciones desde la otra perspectiva (esto es, desde el medio circundante del sujeto). «Si la causa es meramente un eslabón de un proceso causal», esto es, si es abarcada por la intencionalidad, «la realización del resultado es el hecho propio del sujeto...» (94). Por tanto, desde un principio existe en la concepción de Welzel la acepción de «sentido» como base ontológica de la intencionalidad de la acción (95).

De este modo se determina que la acción pertenece a un sujeto, que es acción humana. Pero, ¿es éste el mismo «sentido» que según Welzel tiene

la opinión aquí sostenida del doble sentido del «sentido» en el planteamiento de Welzel *vid.* a continuación en el texto.

(88) WELZEL *op. cit.* p. 496 y s., subrayado en el original.

(89) *Ibidem*, sin subrayado en el original.

(90) *Op. cit.* p. 506.

(91) *Op. cit.* p. 503, subrayado en el original.

(92) ZStW 51 (1931) p. 703 y ss. = *Abhandlungen*, p. 7 y ss.

(93) *Op. cit.* p. 19.

(94) *Op. cit.* p. 20.

(95) Cfr. la explicación detallada del origen filosófico de esta idea dada por TJONG, *Der Ursprung und die philosophischen Grundlagen der Lehre von den «sachlogischen Strukturen» im Strafrecht*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 54 (1968), p. 413 y ss.; cfr. también ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert...*, p. 70 y ss. y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 57 y ss.

un comportamiento en el mundo significativo social? De *qué* acción se trata (por ejemplo, si es socialmente adecuada) no queda dicho aún, no puede aprehenderse con la expresión de sentido en cuanto finalidad. Y hay muchas afirmaciones en Welzel, aun en la primera fase, que parecen indicar que éste era el «sentido», el prisma decisivo para él: Los delitos imprudentes en los «Estudios» son meras «causaciones evitables», mientras que el injusto jurídico-penal sobre todo queda constituido por la acción final, de modo que el punto de partida de la adecuación social aparentemente no sería compatible con la «expresión de sentido» como explicación subjetivo-psicológica. Por ejemplo, el caso planteado en los «Estudios», en el que un sujeto que realiza el acto sexual con una mujer tuberculosa con la intención de que muera durante el embarazo (96), y respecto del que Welzel afirma que se trata de un asesinato, parece indicar que la adecuación social (objetiva) debería pasar a un segundo plano frente al dolo, ya que ésta «nunca puede constituir una tapadera de infracciones dolosas del Derecho» (97), de modo que precisamente la valoración normativo-social del comportamiento quedaría determinada por la representación del autor. Esta es también la conclusión a la que se llega de manera inexorable si se concibe el plano normativo-social (expresado en la categoría de la adecuación social) sólo como objeto del actuar final (98). Vista la adecuación social (o lo que es lo mismo, el «sentido social») exclusivamente a través de un prisma subjetivo, sin entidad propia fuera de la dirección del comportamiento, en efecto ambas perspectivas acaban confundándose (99), ya que forma parte de la dirección del comportamiento también el lado valorativo, que el sujeto conoce al actuar finalmente.

Sin embargo, y aunque esta confusión se produce en la posterior evolución del pensamiento de Welzel (cfr. infra II.4.), *no* está presente en la propuesta dogmática original planteada en los «Estudios»; aquí, el contenido normativo-social del tipo existe como valoración que se refiere desde fuera (desde la Ley) a la acción (ontológica); no cabe entender de otro modo que Welzel considere a la adecuación social la interpretación de sentido *del tipo* (100) —¡no de la acción!—, que la conciba como el vehículo para penetrar en el ámbito del injusto (101). La identificación entre adecuación social y expresión de sentido individual es sólo aparente; la idea de «expresión de sentido», cuando se refiere únicamente a

(96) ZStW 58 (1939) p. 519 y s.

(97) Así lo sostiene ZIPF ZStW 82 (1970), p. 635.

(98) Como lo hace, por ejemplo, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert...*, p. 71 al interpretar la concepción de Welzel.

(99) ZIELINSKI, *op. cit.* p. 75; consecuentemente, el problema se plantea en la diferenciación entre dolo y conciencia de antijuridicidad que tanto ocuparía a Welzel en años posteriores a los «Estudios».

(100) *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940) p. 33; 2.^a ed. (1943) p. 40.

(101) ZStW 58 (1939) p. 529.

la dirección dolosa del comportamiento, forma parte del nivel ontológico de la estructura de la acción (102), y *no* de la adecuación social, del «mundo del sentido» social, esto es, la adecuación social aún no está siquiera presente. La adecuación social, por el contrario, se plantea en una fase sistemática *distinta*: la acción final, en cuanto mera dirección del comportamiento (es decir, el «sentido» subjetivo), es para el propio Welzel una idea igual de naturalista, igual de incapaz de penetrar en el mundo significativo en el que debe moverse la dogmática jurídico-penal, que el dogma causal:

«[el concepto de] “acción” (*también en cuanto acción final*) sigue siendo una abstracción semejante a “causación” si no se concibe como fenómeno socialmente relevante, como acción en el espacio vital social». (103)

La consecuencia lógica de esta pretensión global de la perspectiva normativo-social es que la adecuación social deba aplicarse *por igual* a los delitos dolosos e imprudentes:

«Las acciones socialmente adecuadas... nunca son antijurídicas, aunque tengan como consecuencia la lesión de un bien jurídico. Si, por consiguiente, no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, tampoco lo son en el de los delitos de causación imprudentes...» (104)

Muchos de los ejemplos que Welzel enuncia en su formulación inicial de la teoría como casos en los que no se traspasa la adecuación social son supuestos en los que concurre un comportamiento doloso — y en los que la mera presencia del dolo no es el criterio decisivo (105)—. Precisamente, Welzel resolvió en un momento posterior el ejemplo de la mujer tuberculosa justamente a la inversa (comportamiento atípico a pe-

(102) ROXIN (ZStW 74 [1962] p. 526 y ss., 532) afirma en otro contexto (en su crítica del concepto final de acción) que no resulta posible mantener un concepto ontológico-prejurídico de dolo una vez que se han incluido elementos de «sentido»: «Una vez que se ha comenzado a incorporar elementos de sentido en el concepto de finalidad, no queda ya ni la sombra de un argumento para afirmar que el dolo se halla limitado al conocimiento de las circunstancias del hecho». En lo que se refiere a lo que aquí interesa, lo decisivo es que no sucede a la inversa, que Welzel en su planteamiento inicial *no* identifica la atribución de sentido del tipo (adecuación social) con la atribución de sentido en la acción (dolo). Respecto de la adecuación social y el concepto de acción, cfr. *infra* 4.

(103) ZStW 58 (1939) p. 516, sin subrayado en el original.

(104) *Op. cit.* p. 557 y s.

(105) Mientras que en la posterior evolución de Welzel, los ejemplos de hechos dolosos desaparecen prácticamente (menos el de las limitaciones a la libertad de movimientos en el uso de medios de transporte públicos); así lo constata SCHAFFSTEIN ZStW 72 (1960) p. 372 y s.; cfr. también *supra* I.1.b).

sar de la presencia de dolo) (106). Ya en los «Estudios» habla en este contexto de comportamientos que sólo «en apariencia» son «socialmente adecuados», esto es, de modalidades de comportamiento *ambivalentes* que precisan de la adición de elementos subjetivos para poder siquiera ser sometidos a un examen en cuanto a su significado objetivo-social (107); sin embargo, esto no implica necesariamente que Welzel afirme que aquella quede rellena por elementos subjetivos. El significado social —a pesar de la posición central de la finalidad en la acción— debe añadirse aún, no es «sustituido finalmente»; la finalidad se encuentra antes de la adecuación social y no debe ser incompatible con ésta. Puede constatar, por tanto, que en la formulación original de la teoría de la adecuación social la «expresión de sentido» de la acción final no se halla confundida con la «interpretación [social] del sentido del tipo»; según Welzel, la segunda debe sumarse a la primera.

b) *¿Adecuación social igual a deber objetivo de cuidado?*

¿Cuál es, sin embargo, la influencia concreta de la adecuación social en los delitos imprudentes? O desdoblado la cuestión: ¿lleva la estructura final de la acción en la concepción de Welzel, y el carácter «primario» del hecho doloso que ésta conlleva, a desplazar al delito imprudente a un segundo plano? ¿Y no es en el delito imprudente —faltando la finalidad como esquema subjetivo de interpretación— en donde la adecuación social, en cuanto esquema de interpretación social, puede reflejarse con mayor claridad? ¿No queda relegada la adecuación social a ser una categoría propia sólo de los delitos imprudentes, lo que imposibilita su desarrollo como punto de referencia sistemático?

En el punto anterior hemos visto que Welzel no identifica la adecuación social con la finalidad. Como consecuencia de ello y de acuer-

(106) *El nuevo sistema...*, p. 54; *Das Deutsche Strafrecht* 11.^a ed. (1969) p. 56.

(107) Actualmente también se discute —dentro o en contra de la teoría de la imputación objetiva— acerca de cuál es el contenido de «subjetividad» que es preciso utilizar para poder realizar una valoración objetiva del comportamiento (*vid.* por todos ARMIN KAUFMANN FS Jescheck, p. 251 y ss.; 265; STRUENSEE GA 1987 p. 97 y ss.; ROXIN GS Armin Kaufmann, p. 237 y ss., 250; JAKOBS, *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* en: GS Armin Kaufmann, p. 271 y ss., 282; [trad. castellana de SUÁREZ GONZÁLEZ en ADPCP 1991, p. 493 y ss.]; MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988 p. 661 y ss. [=GS Armin Kaufmann p. 253 y ss.]). En todo caso, el planteamiento de la cuestión en términos de «objetivo» - «subjetivo» es, al menos, incompleto, si se parte de que en la imputación objetiva se trata de la *interpretación*, desde la perspectiva de la comunicación, del comportamiento (en términos de Welzel: hallar su «significado social»). Por supuesto que se trata de un sujeto, un individuo que se expresa a través del hecho. Por ello, con frecuencia no es posible extraer el significado (objetivo) del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. La cuestión decisiva estriba en cómo se define ese sujeto que actúa en sociedad (cfr. JAKOBS op. cit. p. 271), esto es, cuáles de sus conocimientos o representaciones se definen como relevantes para la interpretación objetiva del comportamiento.

do con su pretensión global respecto de la adecuación social, ésta debe aplicarse como «límite inferior... de toda *posibilidad* de anti-juridicidad» (108) por igual a los delitos dolosos e imprudentes. Esto parece hacer imposible que, como se sugiere en las preguntas antes enunciadas, la adecuación social desaparezca como punto de partida global, convirtiéndose en una especialidad del delito imprudente. Sin pretender dar respuesta pormenorizada a las cuestiones planteadas a través de un examen de la evolución del delito imprudente en Welzel (109), veamos algunos aspectos de la relación entre el delito imprudente y la adecuación social.

De acuerdo con la posición de Welzel en la primera fase, los delitos imprudentes son «delitos de causación» (110), porque falta en ellos el componente final; por ello, según Welzel, los delitos imprudentes y los dolosos se diferencian ya en el tipo objetivo (111). Pareciera que el delito imprudente permanece como una especie de reducto en el que puede seguir vigente el «dogma causal» tan criticado: «La producción del resultado... tiene lugar como consecuencia ciega con ocasión de un acto voluntario» (112). Sin embargo, la argumentación poco clara de Welzel en este punto —especialmente la referencia al tipo objetivo— se produce en un escenario distinto al de la adecuación social, concretamente es el primer intento de trasladar la estructura final de la acción al delito imprudente. Como veremos a continuación, desde un inicio Welzel no se conforma, especialmente en la imprudencia, con un tipo objetivo que consista en la mera causación, sino que, muy al contrario, la adecuación social se desarrolla con especial vigor.

A este respecto, lo que mayor atención llama es la cuestión acerca de las posibles relaciones establecidas por Welzel entre la idea de la adecuación social y la configuración del elemento del cuidado en el delito imprudente. En el planteamiento inicial, aparece claramente que el deber de cuidado en el delito imprudente es un derivado (113) de la adecuación social:

(108) WELZEL ZStW 58 (1939) p. 557, subrayado en el original.

(109) *Vid.* respecto de los cambios que en esta materia se produjeron en la obra de Welzel por ejemplo LOOS, *Hans Welzel...*, p. 499 y ss.

(110) *Op. cit.* p. 553 y *passim*.

(111) *Op. cit.* p. 499 y s.

(112) Por ejemplo, en: *Der allgemeine Teil...* 1.^a ed. (1940), p. 79; WELZEL escribe más tarde (*Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. [1969], p. 129) que «en un principio... [partió] del prejuicio de que en el resultado se encuentra la parte jurídico-penalmente esencial del delito imprudente».

(113) En este sentido también SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, para quien la adecuación social fue «la fuente de donde se derivó la idea del deber objetivo de cuidado», *El delito imprudente*, p. 123; en sentido similar, GÓMEZ BENÍTEZ PG p. 165; ESER AT II 27 A 8 y s.; WIETHÖLTER, *Der Rechtfertigungsgrund...*, p. 56. En contra de que sea posible equiparar ambos conceptos, CEREZO MIR ADPCP 1983 p. 481 nota 40.

«...aquí, en el campo de la imprudencia, la idea de la adecuación social siempre ha sido reconocida por el Derecho de manera explícita: en el así llamado criterio objetivo de la imprudencia, el “cuidado necesario en el ámbito de relación”. Este criterio esboza el límite de aquel ámbito de la vida social activa dentro del cual la cuestión de la antijuridicidad ni siquiera puede plantearse». (114)

Pero también más adelante el concepto de adecuación social permanece vinculado al del deber de cuidado, a lo largo de las distintas fases de la evolución de la teoría de Welzel en la materia (115). Aunque esta conexión va reduciéndose a una mera fórmula cada vez más en lo que se refiere a la mención del concepto de adecuación social, los contenidos presentados originalmente en el marco de la adecuación social siguen presentes e incluso son precisados (116).

Esto sucede, sin embargo, mientras que la adecuación social misma en cuanto categoría *general* —como inicialmente había sido formulada— se atrofia cada vez más, se ve degradada temporalmente a una causa de justificación consuetudinaria general y acaba sus días en la concepción de Welzel siendo entendida como mera «falsilla» de los tipos penales. Por ello, pareciera que lo que acaba sucediendo es que el deber de cuidado —esto es, el delito imprudente— es el continente en el que fue acogida la adecuación social, mientras que se marchitaba en su posición sistemática original.

(114) ZStW 58 (1939) p. 558.

(115) *Der allgemeine Teil...*, 1.^a ed. (1940), p. 81: «La medida del cuidado debido se determina con base en la adecuación social, que se refleja legalmente en el § 276 BGB...»; 2.^a ed. (1943), p. 98: «La medida del cuidado debido se determina... en lo objetivo, conforme a la adecuación social...»; *Das Deutsche Strafrecht*, 3.^a ed., p. 98: «Cuidado objetivo significa el respeto de la medida socialmente adecuada de puesta en peligro de bienes.» (Aquí, como objeto de complementación judicial); *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (1961), en: *Abhandlungen* p. 327: «Aquí se añade el segundo aspecto —normativo— del actuar “prudente” al primero [la previsibilidad]: solamente infringe el cuidado debido aquella puesta en peligro que rebasa la medida “habitual en el tráfico”, “socialmente adecuada”». (Sigue una exposición relativa a las *leges artis*, al desarrollo histórico del «riesgo permitido» y a su atribución al injusto p. 333 s.); esta formulación —«infringe el deber de cuidado solamente aquella puesta en peligro que rebasa la medida “habitual en el tráfico”, “socialmente adecuada”»— es la que se mantiene hasta la última edición de *Das Deutsche Strafrecht* (11.^a ed. p. 132; 8.^a ed. p. 115, etc.).

(116) Cfr. a este respecto, sobre todo, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, en: *Abhandlungen* p. 326 y ss., 333 y ss.

A esta posición sistemática —esto es, a la relación entre «sentido» =finalidad (→ teoría de la acción) y «sentido» =adecuación social (→ contenido normativo-social)— me referiré en el siguiente punto.

4. Teoría de la acción y adecuación social

a) *¿Dos pretensiones incompatibles?*

El punto de partida de toda la teoría de Welzel era el de enfrentarse a la concepción según la cual la ciencia del Derecho penal podía subdividir arbitrariamente todo el suceso jurídico-penal en lo objetivo o causal y lo subjetivo o culpable. Según Welzel, *este* tipo de segregación es erróneo, porque no parte de una visión de conjunto del objeto antes de su disección (117). Esta concepción rechazada por Welzel intenta calcar de la realidad social móviles piezas de un rompecabezas para después unirlos en un conjunto, sin tener en cuenta que fueron calcadas no de una imagen fija, sino de aquella superficie cambiante que es la sociedad. Al juntar las piezas del rompecabezas, no se obtiene una imagen del original, ya que en la confección de la imagen se pasó por alto que en primer lugar es preciso aprehender el objeto a retratar como conjunto en movimiento antes de poder producir retratos parciales del mismo. Para modificar esta situación, Welzel planteó la necesidad de formular un concepto rector para la dogmática penal que permitiese superar el punto de partida mecanicista del causalismo: un nuevo *concepto de acción*, que representase la acción en Derecho penal como «conjunto real, expresivo de un *sentido* dentro de la vida social real» (118), que la concibiese como «fenómeno social» (119).

Como se ha visto, Welzel formuló inicialmente el punto de partida de la implicación del Derecho penal en la realidad social y lo trasladó a la categoría dogmática de la adecuación social como elemento del tipo. Sin embargo, ésta no fue desarrollada más allá de la propuesta inicial, sino que sufrió más bien un proceso de reducción o de traslado desde una posición de criterio global hacia una función específica dentro de la imputación.

¿Qué sucedió, en cambio, con la pretensión antes reproducida de que fuese precisamente el concepto de *acción* el que sirviese de vehículo a la «realidad social»? ¿No puede ser que el abandono de la adecuación social en su sentido original se deba a que no fuese incluida en *la acción*?

(117) ZStW 58 (1939) p. 491, cfr. también p. 527 y ss., 530.

(118) *Op. cit.* p. 491, subrayado en el original.

(119) *Op. cit.* p. 503, subrayado en el original.

En uno de los puntos anteriores [II.3.], con ocasión del estudio del concepto de «sentido», se ha hecho referencia al doble uso del mismo, e implícitamente también en parte al concepto de acción de Welzel: la acción final es expresión de sentido individual, no abarca el significado específicamente social de la acción. El concepto de acción final es, desde el principio, «la base material ontológica sobre la que se asientan las posibles valoraciones jurídico-penales...» (120), y, por consiguiente, *no* es un concepto de acción específicamente jurídico-penal que se refiera «siempre y en todo caso... a algo socialmente inadecuado» (121). Esta es la otra pretensión de Welzel, a parte de la de normativizar el tipo objetivo: la de haber encontrado (que no inventado) el concepto de acción verdadero.

Pero, ¿no hace imposible tal concepto de acción (dejando a un lado la cuestión de su utilidad) la creación de una teoría distinta de la acción, específicamente jurídico-penal, que «tome nota» de la finalidad, pero sin que ésta configure a aquella? ¿No es incompatible con el planteamiento antes expuesto relativo a la acción como fenómeno social? Welzel reprocha (122) a la teoría causal-naturalista que lleva a cabo una división inadmisibles entre «“infraestructura” ontológica... y el mundo valorativo jurídico (como “supraestructura”)» (123). ¡Esta crítica parece afectar a su propia postura!

Quizás Welzel viese la forma de resolver la contradicción entre un concepto de acción avalorativo, asocial, y la pretensión de que sea precisamente el concepto de acción el que elimine el «naturalismo» de la teoría jurídico-penal en la siguiente propuesta: «La teoría de la acción desarrollada es la teoría del delito mismo (esto es, la acción significativa ético-socialmente en su existencia *jurídica*)» (124). Aquello que queda por «desarrollar», por «ampliar» (125), esto es, la implicación en el mundo social, es lo que según Welzel puede convertir la teoría de la acción en teoría del delito, de manera que no constituya una mera «abstracción» (como la idea de «causación») (126). De este modo, pareciera

(120) Ya antes de los «Estudios»: WELZEL, *Kausalität und Handlung (Abhandlungen)*, p. 21, sin subrayado en el original; cfr. también lo expuesto *supra* II.3.a): se trata del «lado antropológico» del problema (ROXIN ZStW 74 [1962] p. 523 y s.; JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 27; ampliamente, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert...*, p. 62 y ss.).

(121) Como propone JAKOBS en *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 45 y *passim*.

(122) ZStW 58 (1939) p. 497.

(123) Aquí aparece la cuestión de las bases filosóficas de Welzel y especialmente su posición frente al neokantismo, sin que aquí pueda discutirse este aspecto; cfr. las referencias contenidas en la nota 3.

(124) WELZEL, *ibídem*, subrayado en el original.

(125) *Ibídem* nota 13, remitiéndose al desarrollo de la adecuación social como la «ampliación más importante».

(126) *Op. cit.* p. 516.

que Welzel había instrumentado su propuesta estableciendo que la acción jurídico-penal sólo puede ser concebida teniendo en cuenta el mundo social. Que además de ello existiese una teoría «pura» de la acción en cuanto análisis del lado antropológico del comportamiento sería indiferente a este respecto y no restaría coherencia sistemática a la postura de Welzel.

b) *Salto en el tiempo*

¿Qué sucedió más tarde con esta propuesta? Pasemos de los «Estudios» a un momento posterior.

A principios de los años sesenta, Roxin formula la siguiente crítica a la dogmática del finalismo: una concepción de finalidad entendida como comprensión del mundo significativo social no puede ser construida sin tener en cuenta el carácter histórico de éste, ya que de lo contrario conduciría a una «discrepancia teórica» entre la ontología del concepto de acción y el mundo significativo social (127). Welzel se defiende del siguiente modo:

«El carácter categorial de la estructura final, que debe estar presente en *toda* acción humana, y que por ello podría haber sido demostrado con base en *aquella* acción en la que “el primer ser humano utilizó una piedra como herramienta” no es de ningún modo “antagónico” con la evolución histórica. ¡Al contrario! Esta ley estructural de la actividad humana es la que hace posible la evolución histórica de las configuraciones vitales humanas.» (128)

Sin embargo, que las acciones humanas sean ontológicamente «finales» o de cualquier otro modo, no es una constatación que por sí misma pueda ayudar a una ciencia comprensiva del «significado social» de los comportamientos humanos. De todos modos, aún en este momento de su evolución, Welzel no pretende estar reduciendo su concepto de acción a la mera biología. Veamos un ejemplo al respecto: Roxin intenta demostrar en la crítica a la teoría final de la acción antes citada lo absurdo del carácter ontológico de la misma modificando un ejemplo referido a la teoría causal de la acción. En este sentido, afirma que no es menos ridículo definir unas injurias como «sobredeterminación final de ondas sonoras dirigida a producir vibraciones en un tímpano» que definir las como la mera «causación de estimulación sensorial en el aparato auditivo de la persona afectada» (129). Welzel replica que tal formulación

(127) ZStW 74 (1962) p. 534 y ss. También plantean esta crítica BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE en LH Antón Oneca p. 132.

(128) *Vom Bleibenden...* (Abhandlungen), p. 348.

(129) ROXIN, *op. cit.* p. 525.

únicamente reproduce un «experimento fisiológico», ya que no se tiene en cuenta la «dimensión de sentido» inmanente de la acción:

«...una acción no puede dejar de “abarcarse la dimensión del sentido”, concretamente la dimensión de sentido que se abre a través de la anticipación del objetivo de la acción, de la selección de los medios de la acción. La *dimensión del sentido* distingue la acción que acabamos de describir como experimento acústico de las injurias, en las que la acción viene determinada y dirigida por la anticipación “demostración de desprecio”. El elemento de sentido que ello constituye... distingue la acción de las injurias del experimento físico antes descrito y la distinguiría de cualquier otra acción con otro sentido de acción, como por ejemplo de lo contrario de las injurias, de la atribución de honor.» (130)

Con esto, Welzel dice algo distinto de lo planteado en los «Estudios». Se vio (cfr. supra II.3.) que en la propuesta original, la «dimensión de sentido» en cuanto finalidad era mera anticipación individual. En este momento posterior (1964), sin embargo, la «estructura final» ya no es una relación «teleológica» (131) ni una «abstracción» (132): no es sentido individual, sino que puede anticipar como dimensión de sentido conceptos como honor o desprecio. La finalidad abandona el ámbito de lo antropológico y da entrada a valoraciones jurídico-sociales (133), de modo que no precisa de «desarrollo» ni «ampliación» para constituirse en un concepto de acción *jurídico-penal* en la teoría del delito. La adecuación social ya no es necesaria, ya que al introducirse el «sentido social» en la estructura final, en lo individual, es éste el prisma determinante. No es extraño que esta confusión entre la finalidad como sentido individual y la valoración objetivo-normativa se presente con tanta claridad en el ejemplo de las injurias, ya que se trata de un delito en el que están en juego las condiciones de comunicación de una sociedad, esto es, de manera evidente el mundo normativo social (134). En este caso, todos intentarán introducir de algún modo lo normativo-social, y es significativo del abandono de la categoría ulterior de la adecuación social que Welzel lo haga en la finalidad. Sin embargo, el verdadero problema estriba en determinar si en todos los tipos las normas sociales constitu-

(130) WELZEL, *op. cit.* p. 347, subrayado en el original.

(131) Así lo afirma WELZEL en *Kausalität und Handlung (Abhandlungen)*, p. 17, en el sentido de mera relación subjetiva hacia un objetivo perseguido.

(132) WELZEL ZStW 58 (1939) p. 516.

(133) En este mismo sentido, ROXIN ZStW 74 (1962) p. 531.

(134) Más exactamente: se trata —en parte— de garantizar la corrección de los mecanismos informales de imputación negativa (de acuerdo con la concepción de JAKOBS, *Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, en: FS Jescheck t. I, p. 627 y ss.).

yen un elemento esencial, o si la finalidad es suficiente como categoría ontológica en la gran mayoría de tipos en los que el sentido dado a la acción por el autor y el sentido del tipo habitualmente coinciden. En el planteamiento inicial, Welzel se proclamó partidario de la primera alternativa; más tarde, sin embargo, no desarrolló este pensamiento. En el presente ejemplo, esto significa que una vez abandonada la pretensión de «ampliar» el concepto de acción a través de la adecuación social, lo social tuvo que ser introducido de contrabando en la expresión de sentido (pretendidamente ontológica) individual.

Quizás sea «la diferencia entre la acción como expresión de sentido y la “acción” como mera causación evitable», que «es de máxima importancia también en el ámbito del Derecho» (135) (o, formulándolo de otro modo: el hecho de que los comportamientos dolosos tienen un mayor potencial para producir alteraciones sociales que los imprudentes) lo que condujo a Welzel a esta confusión. En todo caso, en su propuesta original, lo normativo no se hallaba determinado por el prisma subjetivo, y por ello le correspondía a la adecuación social un papel propio dentro del tipo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes. Sin embargo, el primer pilar de su concepción (la convicción de que ya el injusto jurídico-penal depende de la modalidad de dirección del comportamiento) se sobrepuso al segundo (el carácter de fenómeno social del injusto). Su programa de crear una «teoría de la acción desarrollada» que debía ser «la teoría del delito misma», la «acción significativa ético-socialmente» (136), quedó sin instrumentar porque su concepto de acción pretendidamente ontológico comenzó a absorber elementos normativos, de modo que aparentemente ya no precisaba de «ampliación» alguna. Sin embargo, este programa existía, y ello confirma que el «desligamiento de la sociedad» de la teoría de la acción de Welzel «no era voluntario» (137). Fue sólo en un momento posterior cuando la rama «finalista» del árbol de la dogmática de Welzel asfixió a su hermana, la adecuación social.

5. La adecuación social como precursora de la normativización del tipo objetivo

Después del análisis del planteamiento original de la adecuación social, desde luego cabe constatar características paralelas a las evoluciones doctrinales actuales en el ámbito del tipo objetivo que se denominan «imputación objetiva». El punto de partida constituido por la adecuación social demuestra que el finalismo, la corriente dogmática iniciada

(135) WELZEL ZStW 58 (1939) p. 503.

(136) *Op. cit.* p. 497.

(137) JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, p. 45.

por Welzel, no sólo pretendía añadir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que originalmente éste debía convertirse en la ubicación del significado objetivo del comportamiento. La extraordinaria amplitud de enfoque de la adecuación social en su formulación original, concebida como puerta normativa hacia el injusto, demuestra que no se trataba de un mero mecanismo corrector de los tipos por vía de interpretación, aunque fuese éste el prisma adoptado posteriormente por Welzel y por la práctica totalidad de la doctrina que se hizo eco de su propuesta. Además, esta amplitud también permite observar un paralelismo hacia aquellos intentos doctrinales que persiguen la ampliación de la imputación objetiva hacia una teoría del «lado externo del injusto». Desde esta perspectiva, no puede seguir afirmándose que los resultados dogmáticos de la teoría final de la acción son necesariamente incompatibles con la imputación objetiva; por el contrario, la teoría de la adecuación social era en los albores del finalismo un embrión de una verdadera teoría general de la imputación objetiva. En el ámbito de la imputación del resultado, el finalismo continuó desarrollando con posterioridad a la propuesta inicial —si bien de manera limitada a los delitos imprudentes— dentro del «deber objetivo de cuidado» los criterios materiales planteados en la adecuación social. Sin embargo, la implicación sistemática general de la adecuación social construida al principio se perdió, y en el ámbito de los delitos dolosos este vacío hubo de ser rellenado con soluciones trasladadas al concepto de dolo. La insistencia en el desarrollo de la teoría final de la acción por parte del finalismo —desde un prisma ontológico-subjetivo exclusivo— hizo caer en el olvido al otro pilar de la concepción de Welzel, un olvido injustificado que puede finalizar a la luz de la evolución actual de la dogmática del tipo objetivo.