

# La influencia de Welzel en la dogmática penal de lengua española \*

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Trabajo sobre la influencia del pensamiento de Welzel en la evolución de la ciencia penal en lengua española.*

Palabras clave: *Bases teóricas del Derecho Penal, teoría de la acción, imprudencia.*

## ABSTRACT

*Paper on Welzel's influence in the evolution of criminal science in spanish language.*

Key words: *Theoretical basis of criminal law, action theory, negligence.*

## I. ALGUNOS DATOS RELEVANTES

En una jurisprudencia como la española, en la que no es habitual citar autores, se pueden seguir encontrando en la actualidad por

---

\* Versión española de la contribución al libro sobre la Welzel-Tagung celebrada en Friburgo de Brisgovia del 10 al 12 de abril de 2014, de próxima publicación en la editorial MohrSiebeck (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen).

parte de órganos judiciales de diversos niveles (1) referencias específicas a Welzel o a la escuela finalista en ámbitos dogmáticos tan variados como la estructura del delito imprudente, la teoría del dominio del hecho, la tentativa, el tratamiento del error o las posibles soluciones a problemas concursales. Ello es sólo una pequeña muestra de la relevancia que adquirió la doctrina final de la acción en la segunda mitad del siglo xx en los países de lengua española, de tal manera que sin las contribuciones de Hans Welzel no es posible entender la evolución dogmática de los últimos 50 años. Sigue tratándose de una pieza imprescindible para entender los problemas dogmáticos esenciales de la actualidad, aunque otros autores alemanes como Roxin o Jakobs le hayan arrebatado el protagonismo en el escenario.

Si bien a principios del siglo xx en España ya eran discutidas posiciones dogmáticas provenientes de la dogmática alemana como la teoría del tipo de Beling, y ya habían sido traducidos los Tratados de Merkel por Pedro Dorado Montero y (parcialmente) de v. Liszt por Quintiliano Saldaña y Luis Jiménez de Asúa, se suele mencionar como hito decisivo para la evolución de la dogmática española y la influencia germana en dicha evolución el discurso inaugural del curso 1931-32 en la Universidad de Madrid por parte de don Luis Jiménez de Asúa –discípulo de v. Liszt– con el título *La teoría jurídica del delito*. En este discurso se anima a aprovechar el nivel dogmático alcanzado en Alemania. Al calor de esta arenga sólo tres años después aparece la traducción de la segunda edición del Tratado de Mezger por José Arturo Rodríguez Muñoz, discípulo de Jiménez de Asúa, que alcanzó una gran repercusión en la doctrina española. También se traduce el tratado de Max Ernst Mayer, si bien no llega a alcanzar la misma repercusión (2).

---

(1) Por sólo citar algunas sentencias recientes: del Tribunal Supremo, 1219/2004, de 10 de diciembre; 1426/2004, de 13 de diciembre; 163/2005, de 10 de febrero; 698/2006, de 26 de junio; de la Sala de lo Penal (Sección 3.ª) de la Audiencia Nacional, 26/2005 de 6 de junio; de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.ª), 250/2006, de 15 de junio; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2.ª), 341/2011, de 23 de junio; del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), 5/2011, de 14 de septiembre.

(2) CEREZO MIR, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft aus spanischer Sicht*, ESER/HASSEMER/BURKHARDT, en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Múnich, 2000, pp. 255 ss. Con anterioridad, como destaca el propio CEREZO en este resumen de la influencia de la ciencia penal alemana en la española, es destacable la influencia político-criminal a finales del siglo XIX de la filosofía de KRAUSE y de la teoría correccionalista de su discípulo RÖDER, teniendo el krausismo como corriente filosófica una relevancia mayor en España que en Alemania. En ese contexto llegaron a mezclarse las

Es precisamente José Arturo Rodríguez Muñoz, que había traducido el manual de uno de los mayores oponentes del finalismo, el que elaboró los primeros trabajos –de un impresionante rigor dogmático– sobre el finalismo en España y dio a conocer la doctrina final de la acción. Después de publicar un artículo titulado *Die finale Handlung im Strafrecht* en 1944, en los años 50 publicó una serie de trabajos de gran relevancia sobre la doctrina final de la acción (3) que desembocaron en una monografía publicada en 1953 titulada *La doctrina de la acción finalista*. Su Discurso de apertura del Curso 1953-54 de la Universidad de Valencia también versó sobre este tema y fue publicado. Son las contribuciones de este Catedrático de la Universidad de Valencia las que inician una intensa polémica de gran repercusión en los años cincuenta y sesenta, discusión que, gracias a este autor, ya discursó prácticamente en paralelo a la que se estaba desarrollando en Alemania.

Rodríguez Muñoz expuso la doctrina final de la acción y sus consecuencias de forma completa, incluyendo las críticas que estaba recibiendo por parte de autores como Engisch, Bockelmann, Mezger o Maihofer.

La defensa del pensamiento de Welzel fue asumida poco después por su discípulo directo José Cerezo Mir (4). Este no sólo se dedicó a

---

teorías de RÖDER (que sólo merecen un breve tratamiento crítico a pie de página como teoría ético-religiosa en la obra de NAGLER *Die Strafe*, Leipzig, 1918, pp. 418 ss.) con una política criminal orientada a la prevención especial claramente influenciada por la escuela sociológica de v. LISZT, que dio lugar a una recuperación de la idea de la *poena medicinalis*. Para una profundización en esta influencia que aquí sólo puede quedar mencionada, PAUL, *Auf der Suche nach etwas Besserem als Strafrecht*, HASSEMER (edit.) *Strafrechtspolitik*, Fráncfort del Meno, 1987, pp. 255 ss. y WIRMER-DONOS, *Die Strafrechtstheorie Karl Christian Friedrich Krauses als theoretische Grundlage des spanischen Korrekionalismus*, Fráncfort del Meno, 2001.

(3) Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1953, pp. 207 ss.

(4) Suyas son obras pioneras de orientación finalista en España: *El concepto de acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1959, pp. 561 ss. (= *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems –Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel, Auslandsrundschau der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 44 ss.); *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-agosto de 1961, pp. 72 ss.; *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1961, pp. 66 ss. Destacar también su trabajo *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, Revista de Derecho Penal y Criminología núm. 12 (2003), pp. 45 ss., que se corresponde con una conferencia pronunciada en Nápoles en octubre de 2002 sobre el sig-

una defensa de la obra de su maestro –no exenta de inteligentes matizaciones–, sino que fundó una importante escuela finalista de habla española, tanto en España como en Sudamérica, representando su antigua cátedra de Zaragoza en la actualidad un centro universitario de primer nivel para la defensa del pensamiento de Welzel (5). Lo más destacable es que en estos momentos el finalismo tiene, en mi opinión, una mayor presencia en España y Latinoamérica que en su país de origen.

Tuvo también sin duda gran relevancia que las obras más importantes de Welzel fueran traducidas al español (6). Asimismo, para la introducción de la dogmática finalista tuvo gran importancia la traducción de la 2.<sup>a</sup> edición de *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch* de Maurach (7). Las traducciones de discípulos directos o en segunda generación de Welzel se han sucedido hasta la actualidad. Se han traducido al español diversos artículos y diversas ediciones del manual de Stratenwerth, la tesis y el escrito de habilitación así como varios artículos de Armin Kaufmann, la tesis de Zielinski o diversos artículos de autores como Hirsch o Struensee. Las obras fundamentales para entender el finalismo y su evolución se encuentran en español.

---

nificado e influencia del finalismo (= *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der Fünfziger Jahre, en Menschengerechtes Strafrecht*, Albin Eser-FS, Múnich, 2005, pp. 111 ss.) y *La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del derecho penal española y en la de los países iberoamericanos*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009, pp. 200 ss. (= *Der Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberoamerikanischen Ländern*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 5/2009, pp. 212 ss.).

(5) Baste citar como ejemplo la obra *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Barcelona, 2006 del Prof. LUIS GRACIA MARTÍN, actual titular de la cátedra de su maestro en esta ciudad.

(6) El manual ha tenido dos traducciones en lengua española publicadas en Sudamérica: *Derecho penal. Parte General* (traducción Fontán Balestra), Buenos Aires, 1956; *Derecho penal alemán* (traducción Juan Bustos y Sergio Yáñez), de la que existen dos ediciones, la última de la 11.<sup>a</sup> alemana, Santiago de Chile, 1970. El Prof. CEREZO MIR tradujo la última edición de *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre (El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, trad. con notas del propio traductor). Tradujo también la conferencia que pronunció WELZEL en la Universidad de Madrid en 1968 (*La doctrina de la acción finalista, hoy*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1968, pp. 221 ss), que reproduce parcialmente el artículo *Ein unausrottbares Missverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1968, pp. 425 ss.

(7) *Tratado de Derecho Penal* (traducción y notas de CÓRDOBA RODA), 2 vols., Barcelona, 1962. Este autor había publicado previamente una traducción de GALLAS titulada *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1959.

En la doctrina española no sólo han ido apareciendo artículos y monografías de clara inspiración finalista, sino también manuales importantes como los del propio Cerezo Mir (8) o Cuello Contreras (9), aunque este último prefiera denominar su sistema dogmático como lógico-funcional, buscando una vía intermedia entre ontologismo y normativismo. La designación una por una de obras dogmáticas españolas de relevancia en las que se puede detectar la influencia welzeliana darían para dar por finalizado el presente artículo con un largo listado. Sin embargo, no creo que me hayan invitado para la lectura de un listado de obras y creo que los datos aportados dan idea de la importancia que ha tenido el finalismo y del importante debate que suscitaron las propuestas de Hans Welzel en España y Sudamérica desde la época de postguerra y a lo largo de la segunda mitad del siglo xx (10). Procedo a continuación a una valoración totalmente personal.

## II. VALORACIÓN DE LA INFLUENCIA DEL FINALISMO

Lo que personalmente me resulta más llamativo, con la perspectiva que ofrecen los setenta años transcurridos desde la publicación del primer artículo de Rodríguez Muñoz, es que en los años cincuenta y sesenta aparecieron obras básicas para la evolución de la dogmática española que partieron del horizonte intelectual abierto por el finalismo, y ello con independencia de que los puntos de partida de la doctrina final de la acción fueran tratados más bien en sentido crítico (11).

---

(8) Además de las sucesivas versiones de su manual, que ocupó gran parte de sus esfuerzos, en el año 2013 ha aparecido un nuevo manual elaborado por 13 discípulos del Prof. CEREZO de clara impronta finalista: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho penal. Parte General*, Granada, 2013.

(9) *El Derecho Penal español. Parte General*, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 2002 (tomo II, 2009).

(10) Los trabajos publicados previamente por dos grandes protagonistas de la dogmática en lengua española de estos años como CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 84 (1972), pp. 1033 ss. y (ZIS 5/2009, Fn. 4), pp. 200 ss., 212 ss. desde la perspectiva del finalismo y GIMBERNAT ORDEIG, *Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*, Henkel-FS, Berlín, 1974, pp. 151 ss., desde la perspectiva de los críticos, hacen innecesaria una mayor profundización.

(11) BÁSICOS CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963; SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la*

Un sector doctrinal muy activo compartió las críticas esenciales de Welzel contra la concepción tradicional del delito hasta los años treinta como la de Mezger. El apoyo al nuevo sistema provenía, en un principio, de que sólo el finalismo se ofrecía como una teoría global que abanderara el cambio de perspectiva. Se trataba más bien de un apoyo a un concepto personal de injusto y a una concepción normativa de la culpabilidad que en puridad una asunción de la doctrina final de la acción en todos sus extremos.

En un ámbito doctrinal en el que la obra de Mezger había tenido una gran influencia, convirtiéndose en una obra de cabecera, los años sesenta y setenta estuvieron marcados en gran medida por el debate de si el dolo configuraba el tipo subjetivo o era un elemento de la culpabilidad, discusión que se extendió a la relevancia de los elementos subjetivos para justificar la conducta típica (elementos subjetivos de las causas de justificación). Los argumentos relativos a la existencia de elementos subjetivos del injusto y de tipos penales con verbos de significado más final que causal que ya había utilizado v. Weber y el argumento de la tentativa resultaron tan decisivos para el cambio de sistema como en la doctrina alemana.

Desde mi punto de vista, la principal influencia de Welzel es que se cambia completamente la forma de enfrentarse a los problemas del injusto, surgiendo un «desvalor de acción» determinado por una perspectiva *ex ante*, previo al «desvalor del resultado» determinado por una perspectiva *ex post*, y el primero acaba ocupando el papel protagonista en el ámbito del injusto. Este cambio trastoca toda la estructura de la teoría jurídica del delito y da lugar a discusiones como las existentes entre la teoría del dolo y de la culpabilidad, que alcanzaron gran intensidad en la doctrina en lengua española.

Las concepciones del injusto previas, que sólo comprendieron la acción en términos causales carentes de sentido, no permitían dar el paso que dio Welzel de forma decisiva. Aunque ya hubiera precursores en el mismo sentido anteriores a sus trabajos de los años 30, nadie había podido canalizar ciertas necesidades dogmáticas a través de una teoría completa de sólidas bases metadogmáticas. El éxito que alcanzó en España y Latinoamérica la idea de construir el injusto alrededor del «desvalor de acción» no derivó, sin embargo, de una asunción de los postulados del finalismo que quedaron sentados en las publicaciones de Welzel de los años treinta. Tal éxito provino básicamente de que el nuevo sistema permitía soluciones más razonables en aspectos dog-

---

*doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963, con una exposición resumida en *Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?*, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín y Nueva York, 1974, pp. 379 ss.

máticos concretos como las teorías del error, de la tentativa, de los elementos subjetivos del injusto, de la autoría y la participación o del delito imprudente. Por esa razón un grupo importante de jóvenes profesores asumieron a partir de los años sesenta las consecuencias dogmáticas de la teoría personal del injusto, aunque no aceptaran en todos sus extremos los postulados o presupuestos metodológicos de la doctrina final de la acción.

Si tenemos en cuenta que a día de hoy la doctrina dominante en lengua española defiende una teoría jurídica del delito que parte de una distinción entre injusto y culpabilidad, formando parte del primero el dolo y la infracción del deber de cuidado y de la segunda la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad, sin duda el cambio más trascendente que ha experimentado la doctrina penalista en lengua española desde el discurso de don Luis Jiménez de Asúa en 1931 ha sido el traslado del dolo al ámbito del tipo y el tratamiento del error de prohibición o mandato en el ámbito de la culpabilidad (12). Tal estructura de la teoría jurídica del delito ha resultado asumible para múltiples propuestas metodológicas que han ido apareciendo con posterioridad en la doctrina española. Creo que no descubro nada excesivamente novedoso, en la medida en la que creo que se puede decir lo mismo de la doctrina en lengua alemana, en la que sólo Jakobs y sus discípulos, especialmente Pawlik, han puesto tal sistema totalmente en cuestión en los últimos años. Sin embargo, esta revolucionaria propuesta ha tenido escaso eco por el momento en la doctrina española, más allá de su mera exposición.

### III. EL DECLIVE DE LA INFLUENCIA DEL FINALISMO

La doctrina final de la acción nunca tuvo, a pesar de disponer de importantes defensores, un lugar dominante en la ciencia penal española. Las críticas se centraron en las modalidades más normativas

---

(12) El Código Penal español no regula el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, al igual que el alemán. El Tribunal Supremo, por influencia de BACIGALUPO, viene optando en la mayoría de las sentencias por una teoría pura de la culpabilidad (SSTS 601/2005, de 10 de mayo; 737/2007, de 13 de septiembre, con amplias referencias a muchas otras resoluciones) tal como fue formulada por WELZEL (aunque en Derecho Penal español la atenuación es obligatoria en casos de error vencible), a pesar de la amplia controversia que existe en la doctrina española al respecto. Sobre esta cuestión CEREZO (nota 2), p. 258, que considera que, en parte, la posición del Tribunal Supremo deriva de «*la influencia de la escuela finalista española*».

como la omisión o la imprudencia (13) y la doctrina dominante en España siempre desvinculó el concepto ontológico de acción del estrictamente jurídico-penal, que se debería configurar de acuerdo a criterios puramente normativos (14).

El panorama doctrinal cambió decisivamente en los años setenta, en los que surgieron propuestas más acabadas que permitían vincular la teoría jurídica del delito a las funciones del Derecho Penal. Son básicos en esta evolución los trabajos de Roxin (15) y de Gimbernat, especialmente el artículo *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico*

(13) CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, Barcelona, 1989, pp. 215, 263; FEIJOO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, pp. 68 ss., con ulteriores referencias; GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en Derecho Penal*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1962, pp. 283 ss.; el mismo, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, pp. 78 ss., 105 ss.; el mismo, *Handlung, Unterlassung und Verhalten*, Armin Kaufmann-GS, Köln, 1989, p. 179, nota 66 (=Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung, Berlín, 2013, p. 170); MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 9.ª ed., Barcelona, 2011, 8/9 s.; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 4.ª ed., Buenos Aires, 1963, p. 380, siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1978, p. 220; RODRÍGUEZ MUÑOZ (nota 3), pp. 210 ss.; el mismo, *La doctrina de la acción finalista*, 2.ª ed., Universidad de Valencia, 1978, pp. 124 ss., aunque considerando que «la construcción finalista, en lo que concierne a los delitos dolosos, se encuentra en mejores condiciones que la tradicional para comprender los diferentes problemas propios de esta clase de hechos punibles»; SUÁREZ MONTES (nota 11), pp. 59 ss.; el mismo (Welzel-FS, nota 11), pp. 389 ss.

(14) CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Maurach*, p. 211; el mismo (nota 11), pp. 63 ss., 85 ss., muy influenciado por MAURACH; GIMBERNAT ORDEIG (Causalidad, nota 13), pp. 105 ss., considerando que no existían diferencias entre el concepto final y causal de acción; el mismo (nota 10), pp. 151 ss. en el mismo sentido; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 13), p. 219.

GIMBERNAT recoge en su obra *La causalidad en Derecho Penal* (nota 13), pp. 111 ss. la polémica entre ROXIN y WELZEL a raíz del artículo del primero en ZStW 74 (1962), pp. 515 ss., con la respuesta del segundo en *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964. En esta monografía de GIMBERNAT, de gran influencia en la doctrina española, y que tiene su origen en una Tesis doctoral defendida en Hamburgo en 1962 y dirigida por HEINRICH HENKEL sobre *Problematik der inadäquaten Handlungen*, es evidente el apoyo a la nueva dirección dogmática que impulsa ROXIN con este decisivo artículo y del concepto de acción como «un producto jurídico-normativo por excelencia» (ROXIN, ZStW 74, p. 527). En alemán este apartado de su monografía fue publicado como *Finalität und Vorsatz. Zugleich eine Besprechung von: Welzel, «Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft»*, NJW 1966, pp. 533 s. En la actualidad, tanto su tesis hamburguesa (*Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*) como el artículo de NJW están recogidos en GIMBERNAT ORDEIG, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Handlung, Kausalität, Unterlassung*, Berlín, 2013.

(15) La traducción realizada por el Prof. Muñoz Conde de la 1.ª ed. alemana de 1970 de *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* fue publicada en 1972.

*penal?* publicado en 1970 (16). Ciertamente con estas contribuciones se abrió un nuevo futuro dogmático sin el cual es imposible entender las decisivas contribuciones de una nueva hornada de penalistas como Mir Puig, Luzon Peña o Silva Sánchez. Desde los años setenta es dominante la idea de la protección subsidiaria de bienes jurídicos como función básica del Derecho Penal. En la actualidad, por la influencia de un grupo de penalistas formados en Bonn junto al Prof. Jakobs, se discute si la función básica no debe ser la estabilización de normas esenciales o, al menos, si no es más apropiado hablar de una función específica del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos mediante estabilización de normas.

El hecho de que sean estos los términos actuales de la discusión, que se centran en la función social del Derecho Penal y si es más asumible una prevención general intimidatoria o estabilizadora, demuestra que, aunque la teoría del delito dominante en España sea tributaria de la estructura otorgada por Welzel, los presupuestos metodológicos y principios filosóficos que se han acabado imponiendo son radicalmente opuestos a los del finalismo. La mejor prueba de ello es que estos nuevos sistemas teóricos ya no parten de la libre autodeterminación según sentido (17), sino de tesis radicalmente deterministas como en el caso de Gimbernat (18) o, al menos, de cierto agnosticismo

---

(16) Estudios de Derecho Penal, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990 [=Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, ZStW 82 (1970), pp. 379 ss.], exponiendo en una nota inicial los lugares donde apareció inicialmente el trabajo. WELZEL fue muy elogioso con este trabajo (*Zur Dogmatik im Strafrecht*, Maurach-FS, Karlsruhe, 1972, p. 5).

(17) CEREZO MIR (*RDPC* 2003, nota 4), pp. 58 ss. El estudio más profundo y detallado sobre el concepto material de culpabilidad de WELZEL en lengua española es de un discípulo de CEREZO MIR, MELENDO PARDOS, *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Granada, 2002, pp. 303 ss., 345 ss. y *passim*.

(18) (Nota 10), pp. 153 s. (nota 16), pp. 384 ss. Una clara referencia de su posición, como se puede constatar en este último trabajo, se encuentra en las conocidas observaciones críticas de ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechts philosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1970, pp. 23 ss., 57 ss. Desde el finalismo español se criticó precisamente que ciertas conclusiones de GIMBERNAT relativas a la diferencia de pena entre delitos dolosos e imprudentes, el tratamiento del error vencible de prohibición o la exclusión de pena para inimputables se pudieran sostener al margen de un Derecho Penal de la culpabilidad que no parta de la libre autodeterminación de los seres humanos. Cfr. CEREZO MIR, *Culpabilidad y pena*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1980, pp. 349 ss.; el mismo, *El delito como acción culpable*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1996, pp. 21 ss.; el mismo, *Curso de Derecho penal español. Parte general III. Teoría jurídica del delito*, 2, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2002, pp. 28 ss. GRACIA MARTÍN, *Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española*, Actualidad Penal 93, pp. 552 ss.

al respecto (19), que se ha acrecentado en los últimos tiempos con el reto planteado por los avances neurocientíficos al fundamento material de la culpabilidad (20).

No sólo las bases para la construcción del sistema dogmático han cambiado radicalmente desde los años setenta. La doctrina final de la acción también ha ido perdiendo batallas puntuales en lo que parecían sus bastiones más fuertes. En la actualidad la doctrina dominante tampoco asume en el ámbito del delito doloso que sea el dolo o finalidad del autor el que determine por sí solo la existencia de un injusto. Es decir, las nuevas propuestas dogmáticas teleológicas o funcionales ni siquiera han dejado intacto el reducto en el que el finalismo se sentía más seguro y firme (21). En el debate con los finalistas han triunfado los argumentos de autores como Frisch, Gimbernat Ordeig, Jakobs o Roxin (22).

La teoría de la imputación objetiva no sólo ha triunfado a nivel doctrinal –manteniéndose en un sector importante de la doctrina española una distinción entre imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado de claras reminiscencias *welzelianas*–, sino también a nivel jurisprudencial. Hoy forman parte de la doctrina asentada del Tribunal Supremo español instituciones dogmáticas como la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima (23) o las «acciones neutrales» o la prohibición de regreso en sentido moderno (Jakobs) (24).

El debate doctrinal alrededor de estas instituciones dogmáticas se centra en lo que podemos denominar el problema de los «conocimientos especiales», que se concreta en temas como la relevancia de los conocimientos superiores sobre el riesgo del tercero en los casos de

(19) ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., Múnich, 2006, 19/36 ss.

(20) FEIJOO SANCHEZ, *Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat*, Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechts systems, Wolfgang Frisch-FS, Berlín, 2013, pp. 555 ss. (= *La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 2012, pp. 99 ss.).

(21) En sentido contrario, CEREZO MIR (*RDPC* 2003, nota 5), pp. 57 s.

(22) FEIJOO SÁNCHEZ (nota 13), pp. 182 ss., con referencias; FRISCH, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, InDret Penal 3/2014.

(23) STS 1256/1999, de 17 de septiembre; 301/2011, de 31 de marzo sobre el principio de autorresponsabilidad de la víctima como criterio normativo que restringe el tipo penal.

(24) Sin ánimo de exhaustividad, existen una serie de ponencias en las que fue ponente BACIGALUPO ZAPATER: SSTS 797/2006, de 20 de julio; 928/2006, de 5 de octubre; 34/2007, de 1 de febrero, y 189/2007, de 6 de marzo de 2007. De otros ponentes: SSTS 154/2008, de 8 de abril; 1300/2009, de 23 de diciembre. En órganos inferiores: SSAP Madrid (Sección 15.<sup>a</sup>) 95/2002, de 19 de abril, y 45/2004, de 2 de febrero; Barcelona (Sección 2.<sup>a</sup>), 728/2002, de 25 de julio.

autolesión o autopuesta en peligro o si la separación de ámbitos de competencia o delimitación de ámbitos de responsabilidad sólo rige mientras no exista un dolo directo de participar en un hecho delictivo o un conocimiento seguro o altamente probable de la resolución delictiva del autor. Este es uno de los puntos de discusión significativo entre los que otorgan al Derecho Penal una función básica de protección de bienes jurídicos o de estabilización de normas esenciales. Los primeros no están dispuestos a renunciar totalmente a la intervención del Derecho Penal por razones estrictamente subjetivas en determinados casos en pro de la protección de bienes jurídicos. El finalismo, que ha protagonizado los grandes debates dogmáticos de la segunda mitad del siglo XX, se encuentra en estos momentos bastante desplazado del centro de la discusión, a pesar de que ésta se centre en la relevancia normativa de lo subjetivo. No resultan satisfactorias perspectivas extremadamente subjetivistas, al estilo de que los fines del sujeto convierten siempre la conducta permitida en no permitida y de que es el autor el que con su dolo/finalidad determina el injusto del hecho. El debate en la actualidad es más bien sobre el grado de normativización de las categorías dogmáticas y, en el ámbito de la tipicidad, la relevancia que el sistema jurídico otorga a las representaciones de los individuos.

#### IV. UN EJEMPLO SIGNIFICATIVO: LA DOCTRINA DEL DELITO IMPRUDENTE

Creo que la dogmática del delito imprudente representa un ejemplo significativo de la valoración personal expuesta sobre la influencia del finalismo en la doctrina en lengua española. Como expuse en mi tesis sobre la imprudencia (25), no cabe duda de que la influencia de Welzel fue decisiva en la doctrina española para asumir una estructura del delito imprudente que se ha convertido en dominante: infracción del deber objetivo de cuidado (que tiene como referente el cuidado necesario en el tráfico) como elemento del tipo de injusto e infracción del deber subjetivo de cuidado como elemento de la culpabilidad (26). Es de sobra conocido que el precursor de esta idea fue Engisch (27),

---

(25) FEIJOO SÁNCHEZ (nota 13), pp. 68 ss.

(26) En estos momentos es difícil poder afirmar con seguridad si una teoría no estandarizada del deber de cuidado, que no sólo tenga en cuenta los conocimientos, sino también las capacidades individuales, y que no parta de tal «concepto complejo de imprudencia» se ha convertido en la doctrina dominante en España.

(27) WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, pp. 315, 325, 330; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1969, p. 136.

pero sus trabajos dogmáticos sobre la materia no fueron traducidos al español y su influencia fue menor. Esta idea se asentó en la doctrina del Tribunal Supremo español a partir de 1964 y no se puede dudar de la influencia de Welzel para este importante avance (28). A pesar de las intensas críticas que recibió el finalismo desde los trabajos de Rodríguez Muñoz con respecto al delito imprudente, especialmente en relación a su incapacidad para explicar la esencia del tipo de injusto imprudente, sus contribuciones fueron básicas para rechazar una concepción del injusto como pura causación del resultado mediante un acto voluntario y potenciar la relevancia de la forma de ejecución de la conducta en relación a las exigencias del tráfico jurídico.

Sin embargo, si bien se asumieron en la doctrina española las consecuencias del nuevo sistema, en el fondo se hizo con otros puntos de partida. El mejor ejemplo de ello es que la doctrina dominante no asumió la imposibilidad de participación en una conducta principal no dolosa, y siempre ha partido de un concepto restrictivo de autor para el delito imprudente así como de la posibilidad de establecer diferentes modalidades de participación en el delito imprudente (29). Esta asunción como postulado básico de la posibilidad de distinguir entre diversas modalidades de participación y de que en el delito imprudente quepa un concepto restrictivo ha sido criticada básicamente por los partidarios de la teoría del dominio del hecho, que defienden en esencia que toda participación imprudente relevante ha de ser tratada como autoría accesoria (30). Sin embargo, tal conclusión no viene

(28) SSTS de 11 y 16 de junio, 13 y 30 de octubre y 25 de noviembre de 1964.

(29) Por muchos, ya que una cita exhaustiva daría lugar a una nota monstruosa: FEJOO SANCHEZ, *Una polémica doctrinal interminable: ¿Son típicas en el Derecho Penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?*, La Ley, 2000, pp. 1609 ss.; el mismo, *La participación imprudente y la participación en delito imprudente en el Derecho Penal español: Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997*, El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Pamplona, 2001, pp. 229 ss.; LUZON PEÑA, *Derecho penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 79 ss., 89 ss.; el mismo, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1996, pp. 376 ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Barcelona, 2009, pp. 235 ss.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999; ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2002, pp. 223 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2005, pp. 463 ss.

(30) BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 380; CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 169 ss., 173 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1984,

obligada por el Derecho positivo, en la medida en que la regulación de la autoría y la participación en el Código Penal español admite modelos variados permitiendo una mayor desvinculación de la teoría del dominio del hecho que el Código Penal alemán (31). El debate en España con el nuevo Código Penal de 1995 se ha centrado en si las modalidades de participación imprudente y de participación en hecho principal imprudente son típicas y están castigadas por el Derecho positivo, tema que ha generado una de las discusiones dogmáticas más atractivas de los últimos quince años. Discusión que, desde luego, tiene como incontrovertido punto de partida la idea de que la accesoriedad de la participación también es irrenunciable en los delitos imprudentes (32).

En todo caso, y en lo que interesa aquí, la doctrina española ha utilizado las consecuencias de la teoría del dominio final del hecho en el delito imprudente como un argumento decisivo para criticar esta teoría sobre el fundamento material de la autoría. Las críticas se han centrado en que para poder defender un concepto restrictivo-final de autor en el ámbito del delito doloso, la teoría se ve abocada a un concepto extensivo-causal de autor cuando no existe dolo (en la medida en la que los finalistas han identificado finalidad con dolo excluyendo que alcance a la imprudencia consciente, a diferencia de otros autores alemanes ajenos al finalismo como Jescheck o Roxin), y ello impide diferenciar niveles de participación en el delito y aplicar las reglas de la autoría mediata. Estas conclusiones se entienden como insatisfactorias. La doctrina española no ha asumido el punto de partida de la teoría del dominio final del hecho de que *«un concepto único de autor para los tipos dolosos e imprudentes es completamente imposible desde un punto de vista dogmático. Se excluyen como el dominio del hecho y su contrario: la ausencia de dominio del hecho»* (33) y, por

---

pp. 120 ss., 123 ss., en contra de la posición de autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, LUZON PEÑA, MIR PUIG, RODRÍGUEZ MOURULLO y RODRÍGUEZ MUÑOZ.

Más discutido ha sido el tratamiento de la participación dolosa en hecho principal imprudente como autoría mediata o bien como participación.

(31) ENGISCH, *Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wegezuehen?*, ZStW 66 (1954), p. 389, alertaba sobre una asunción de la teoría del dominio del hecho por el Derecho positivo (*«Mi opinión es más bien que el legislador debería, en la medida de lo posible, mantenerse alejado de discusiones teóricas, dándole tanto una oportunidad a toda teoría aún presente en la discusión como no interponiéndose en el camino de futuras ideas nuevas»*).

(32) JIMÉNEZ DE ASÚA (nota 13), pp. 364 ss., siguiendo a RODRÍGUEZ MUÑOZ; MIR PUIG (nota 13), 14/33 ss.

(33) WELZEL (Abhandlungen, nota 27), p. 161. En contra, ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, Kohlrausch-FS, Berlín, 1944, pp. 175 ss.

tanto, que *«la autoría imprudente es una autoría de una clase completamente particular y no tiene nada que ver con la autoría final situada en el punto central de la dogmática. Sólo para esta última tiene la teoría de la participación un sentido fundamentado materialmente»* (34). Ello ha dado lugar a teorías genuinamente españolas como las de la «pertenencia del hecho» (Mir Puig) o del «dominio objetivo y positivo del suceso típico» (Luzon Peña y su discípulo Díaz y García Conlledo) que, entre otras razones, han perseguido evitar que en el ámbito del doloso se mantenga un concepto restrictivo de autor mientras en el ámbito del delito imprudente haya que conformarse con un concepto unitario o extensivo-causal que prescinda de la accesoriedad. Este tipo de propuestas han tenido una amplia acogida. Lo más relevante es que, según la doctrina española dominante –con independencia de que se subdivida en multitud de teorías–, la accesoriedad no depende del dolo o de la finalidad de autores y partícipes.

Ello no es más que una prueba concreta de lo que ha caracterizado la influencia de Welzel en la doctrina en lengua española: rechazo de los puntos de partida de la doctrina final de la acción y aceptación de sus principales consecuencias sistemáticas por su mayor capacidad de rendimiento frente a las teorías jurídicas del delito que le precedieron. Lo paradójico es que a medida que el sistema diseñado por Welzel se ha ido asentando, la relevancia del finalismo para resolver los problemas dogmáticos esenciales de la actualidad se ha ido diluyendo aunque, como ya he dicho, su obra esté hoy en día más viva en español que en su idioma de origen.

Para terminar me gustaría citar una frase con la que definió Luis Jiménez de Asúa la contribución del finalismo hace más de cincuenta años en su Tratado, la obra sobre Derecho Penal en español de mayor difusión en España y América: *«no cabe duda de que ha removido el tranquilo estanque de la dogmática, y para aquietar sus aguas ha sido preciso conceder algo de lo que Welzel propugna»* (35). Esta frase de un crítico del finalismo, más proclive a las tesis de Mezger, no sólo explica por qué estamos hoy aquí reunidos en esta Welzel-Tagung penalistas de muy diversas procedencias geográficas, sino que creo que refleja lo que supuso Hans Welzel para la dogmática jurídico-penal en lengua española.

---

(34) *Ib.*, p. 160.

(35) (Nota 13), p. 378.