

ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN EL FINALISMO DE LOS AÑOS CINCUENTA¹

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático Emérito de Derecho Penal

Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, España

En los últimos tiempos se ha producido un extraordinario auge del normativismo. Tanto en el sistema teleológico-valorativo de Roxin², que enlaza con la dogmática basada en la filosofía jurídica neokantiana de la escuela sudoccidental alemana, o filosofía de los valores, como en el funcionalismo de Jakobs, basado en la teoría social sistémica, sobre todo de Luhmann, aunque en él se observa una influencia creciente del pensamiento de Hegel³, no solo se niega la vinculación del Derecho penal a las estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, señalada por Welzel, sino que, en el caso del funcionalismo sistémico de Jakobs se niega todo condicionamiento de los conceptos jurídicos por datos fácticos.

¹ Conferencia pronunciada en el Congreso sobre Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica, celebrado en los días 25 y 26 de octubre de 2002 en la ciudad de Nápoles, organizado por el Departamento de Ciencias penales, criminológicas y penitenciarias de la Facultad de Derecho de la Universidad Federico II de Nápoles y la sección italiana de la Asociación internacional de Derecho Penal.

² Véase Claus ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1973, y *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenlehre*, 3.ª ed., C. H. Beck, Munich, 1996, especialmente pp. 154 y ss. y 167 y ss.

³ Véase Günther JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1991 (véase ya el Prólogo) y sobre la influencia creciente de Hegel en su pensamiento, véase, por ejemplo, G. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, trad. por Manuel Cancio Meliá, en *Poder Judicial*, n.º 47, pp. 149 y ss., especialmente 157 y ss.

Conviene destacar, a este respecto, pues ello será esencial para nuestra exposición que lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales. La consideración por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulación, no implica, por sí misma, la vinculación del mismo a estructuras lógico-objetivas.

Las corrientes normativistas, antes mencionadas, surgidas en gran parte como reacción al pensamiento de Welzel, han transmitido una visión exagerada de los condicionamientos ontológicos del mismo y han ignorado con frecuencia la existencia de diversas opiniones dentro del finalismo.

En primer lugar se ha olvidado el contexto histórico en el que se produjo la expansión del finalismo después de la segunda guerra mundial. Porque la extraordinaria difusión de la doctrina de la acción finalista y del nuevo sistema del Derecho penal que elaboró Welzel con base en la misma, se produjo solo después de la segunda guerra mundial. Se produce entonces en Alemania una crisis del positivismo jurídico, como consecuencia de las experiencias del nacionalsocialismo, que dio lugar a una revisión crítica de la filosofía jurídica neokantiana.

La filosofía jurídica fundamentada en la filosofía de los valores, de la escuela sudoccidental alemana, quiso superar el positivismo jurídico, pero no pudo conseguirlo. En realidad, la filosofía jurídica de la escuela sudoccidental alemana vino a complementar únicamente el Derecho positivo con una nueva esfera: la esfera de la valoración. El Derecho positivo se vio complementado por un criterio valorativo: la Idea del Derecho, con sus tres elementos integrantes de la Justicia, la Seguridad Jurídica y la Utilidad. Debajo de esta idea valorativa seguía vivo, sin embargo, el concepto positivista del Derecho. «El que puede imponer el Derecho demuestra con ello que está llamado a establecerlo», decía Radbruch en su Filosofía del Derecho, invocando a Kant⁴. Derecho seguía siendo toda disposición eficaz, es decir cuyo cumplimiento logra ser impuesto. Derecho era toda disposición emanada de la autoridad competente.

Después de la guerra y como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, se somete a revisión el principio metodológico fundamental de la escuela sudoccidental alemana: la distinción del ser y el deber ser como dos esferas independientes, es decir la separación tajante entre el ser y el deber ser⁵.

⁴ Véase *Rechtsphilosophie*, 5.ª ed., 1950, pp. 179 y ss.

⁵ Véase por ejemplo, la exposición del dualismo metodológico que hace RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, pp. 97 y ss.

Se produce un renacimiento de las concepciones iusnaturalistas, es decir de aquel intento milenario de deducir de la naturaleza del hombre el deber ser del Derecho. Welzel llevó a cabo entonces una crítica rigurosa de las concepciones iusnaturalistas⁶. No es posible deducir, según él, de la naturaleza del hombre el deber ser del Derecho. En todas las concepciones iusnaturalistas se incurre en el mismo vicio lógico. Se incluyen previamente en la naturaleza humana solo aquellas características que se consideran valiosas y a continuación se deduce su carácter valioso de su pertenencia a la «naturaleza humana».

Welzel cree advertir, sin embargo, en su análisis crítico de las diversas concepciones iusnaturalistas, en la periferia ontológica, unas estructuras lógico-objetivas vinculantes para el legislador. El legislador, dice Welzel, está no solo vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender a determinadas estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación; en caso contrario su regulación será necesariamente falsa. Las estructuras lógico-objetivas no pueden ser ignoradas por valoración o regulación jurídica alguna⁷. Estas estructuras lógico-objetivas no forman un sistema, sin embargo, sino que subyacen a la materia de la regulación del Derecho como puntos aislados.

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

La relación lógico-objetiva de la participación con una conducta finalista del autor no puede ser ignorada tampoco por el legislador.

Welzel menciona, además, la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición. El

⁶ En su libro *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed., Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 1962, traducido al español por Felipe González Vicén con el título *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1971.

⁷ Véase WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.ª ed., 1955, p. 197 y 4.ª ed., 1962, pp. 243-244; *Naturrecht und Rechtspositivismus, Festschrift für H. Niedermeyer*, Gotinga 1953, incluido en Hans WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1975, pp. 274 y ss., especialmente pp. 285-287, y *Vom Bleibenden und Vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, N. G. Elwert Verlag, Marburgo, 1964, especialmente pp. 6 y ss. y 20 y ss.

concepto de culpabilidad presupone que el autor hubiese podido actuar de acuerdo con la norma. Si el autor no sabía ni podía saber, que su conducta era antijurídica, no actuaba culpablemente.

La estructura finalista de la acción humana y la estructura de la culpabilidad vinculan solo al legislador, según Welzel, en caso de que quiera anudar a una acción o a la culpabilidad una consecuencia jurídica. Solo en caso de que decida vincular una consecuencia jurídica a la culpabilidad tendrá que respetar necesariamente la estructura lógico-objetiva de la misma. En otro caso podría ignorarla. Lo mismo sucede con el concepto finalista de la acción. Solo en el caso de que el legislador quiera anudar una consecuencia jurídica a una acción humana estará vinculado a la estructura lógico-objetiva de la misma.

Partiendo de la base de que el legislador había querido vincular las consecuencias jurídicas a acciones humanas y a la culpabilidad, Welzel desarrolló todo un nuevo sistema de la teoría del delito⁸.

Piedra angular del mismo es la relación que establece entre finalidad y dolo. El dolo es la finalidad referida a un tipo delictivo. La finalidad es sinónima de voluntad de realización⁹. Rechaza, por ello, Welzel la interpretación estricta de la finalidad, con arreglo a la cual, ésta comprendería únicamente las consecuencias que constituirían el fin perseguido por el autor¹⁰ y a lo sumo las que éste consideraba necesariamente unidas a la realización del fin¹¹. Rechaza asimismo Welzel la extensión de la finalidad a todas las consecuencias previstas por el autor como posibles¹². Quedan fuera de la voluntad de realización,

⁸ Véase, a este respecto, HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción al español y notas por José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964,

⁹ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 35-36.

¹⁰ Tesis mantenida por SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tubinga, 1975, pp. 201 y ss.; *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tubinga, 1984, pp. 77 y ss., y RODRÍGUEZ DEVESA - SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Español, Parte General*, 15.^a ed., Dykinson, Madrid, 1992, p. 464.

¹¹ Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 160, y HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Cram de Gruyter, Hamburgo, 1957, pp. 82 y ss.

¹² Sugerida por ENGISCH, en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, en *Festschrift für Ed. Kohlrausch*, Walter De Gruyter, Berlín, 1944, pp. 154 y ss., y GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la *Z.Str. W.*, Walter de Gruyter, Berlín, 1955, pp. 42 y ss., y aceptada, entre otros, por ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1976, pp. 167-170, y ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 374 (n.º 25).

según él, aquellas consecuencias que el autor prevé como posibles pero confía en que no se produzcan. La finalidad, la voluntad de realización, comprende, según Welzel, el fin. las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba¹³. Esta delimitación del contenido de la finalidad, es decir la equiparación entre finalidad y voluntad de realización podría estar influida por el concepto jurídico del dolo, es decir por consideraciones valorativas, pero puede aceptarse que se deriva, de la estructura finalista de la acción humana. No me parece convincente, sin embargo, la crítica de Roxin¹⁴, de que al concebir Welzel el dolo como finalidad jurídico-penalmente relevante, es decir al concebir Welzel el dolo como finalidad referida a un tipo delictivo, *el concepto de finalidad y, por tanto el concepto finalista de la acción* adquiera un sentido normativo. *Es únicamente el dolo el que adquiere un contenido normativo por la referencia de la finalidad a un tipo delictivo*¹⁵.

Hay que reconocer, asimismo, que la precisa delimitación del contenido del dolo exige, en ocasiones, el recurso a ulteriores criterios valorativos, por ejemplo en la determinación de la relevancia de la desviación del curso causal, del error en el objeto, en la persona o de la desviación en el golpe (*aberratio ictus*). El propio Welzel, para determinar si la desviación del curso causal era esencial y debería dar lugar a una exclusión del dolo acudía al criterio de la previsibilidad objetiva¹⁶. Una desviación del curso causal sería esencial si no era objetivamente previsible, es decir previsible por el ser humano en general. En la solución de los problemas que plantea el error en el objeto (una de cuyas variedades es el error en la persona) y la desviación en el golpe (*aberratio ictus*) acudimos al criterio de la equivalencia del objeto o de la persona desde el punto de vista de los tipos de lo injusto, criterio que, sin duda alguna, es de carácter normativo¹⁷.

De la estructura finalista de la acción humana se deriva, según Welzel, la necesidad de que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto

¹³ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 34 y ss., y *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, pp. 26 y ss.

¹⁴ Véase ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, Z. Str. W, tomo 74, pp. 715 y ss., y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, p. 193 (n.º 25).

¹⁵ Véase, a este respecto, H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, pp. 6 y ss.

¹⁶ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 73.

¹⁷ Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pp. 141 y ss.

to de los delitos dolosos¹⁸. Se trata del llamado (impropiamente) dolo natural, es decir la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo, que no comprende la conciencia de la anti-juridicidad. Esta deducción fue puesta en tela de juicio, con razón, por varios penalistas¹⁹. El juicio desvalorativo de la antijuridicidad podría recaer en principio exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción. Convincentes eran, en cambio, los argumentos de carácter sistemático invocados por Welzel²⁰ para fundamentar la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos: la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la presencia en algunos tipos de verbos de significado inequívocamente finalista²¹, y especialmente el argumento de la tentativa.

En la tentativa la resolución delictiva, el dolo, tiene que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto, aunque no se castigue en un Código la tentativa inidónea, como sucede en el nuevo Código penal español (arts. 16 y 62). Desde un punto de vista exclusivamente objetivo o externo no es posible, en ocasiones, constatar la existencia de una tentativa de delito, ni la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. Un conocido ejemplo de Engisch lo pone claramente de manifiesto²². En un restaurante, un cliente coge un abrigo ajeno, que está colgado sobre el suyo, con la intención de llevárselo en caso de que pueda hacerlo sin ser visto; en caso de que el dueño del abrigo se dé cuenta de la maniobra, quiere aparentar que ha cogido sólo el abrigo ajeno para poder descolgar el suyo de la percha. En este ejemplo, si el autor no tuviera el propósito de apoderarse del abrigo ajeno, es decir, si quisiera coger sólo el abrigo para

¹⁸ Véase WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.ª ed., p. 197, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 14-15 y 30 y ss., especialmente p. 34; *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, p. 9, y *Das deutsche Strafrecht*, p. 37. Véase también, en este sentido, Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag O. Schwartz, Gotinga 1959, pp. 16 y ss., y MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag C.F. Müller, 4.ª ed., 1971, pp. 170, 228 y 233.

¹⁹ Véase, por ejemplo, MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Duncker-Humboldt, Berlín-Munich, 1950, pp. 12 y 13, y *Leipziger Kommentar zum St.G.B.*, 8.ª ed., 1956, *Einleitung III*, 5 c., pp. 13 y ss.; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, Walter de Gruyter, Berlín, 1955, pp. 7 y 32 y ss.; y BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag. O. Schwartz, Gotinga 1957, pp. 151 y ss.

²⁰ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 60-61.

²¹ Con base en estos tipos configurados de un modo finalista, v. Weber fue el primero que propugnó la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos véase v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.ª ed., 1948, pp. 54 y ss., y ya antes en *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pp. 11-12.

²² Véase ENGISCH, *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, Rittler Festschrift, pp. 178-179.

poder descolgar el suyo, la acción realizada, que se repite a diario en todos los restaurantes, considerada en sí, objetivamente, no sólo no sería expresión de una voluntad criminal, sino que no supondría peligro alguno del bien jurídico protegido, del patrimonio. La misma peligrosidad de la acción, desde un punto de vista *ex ante*, depende aquí de la presencia de la resolución delictiva, del dolo. El juicio desvalorativo de la antijuridicidad no puede ir referido, por ello, en la tentativa exclusivamente al lado objetivo o externo de la acción. Por otra parte, si el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa tendrá que desempeñar la misma función, como decía Welzel, en el delito doloso consumado. ¿Cómo podría depender, dice Welzel, de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto o sólo una forma de la culpabilidad? Al consumarse el delito, decían Gallas y Bockelmann, se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado, pero éste no puede sustituir o anular a aquél²³.

La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es, por otra parte, una consecuencia obligada de la concepción de la antijuridicidad como infracción de normas de determinación (mandatos o prohibiciones)²⁴. Las normas jurídicas son normas de determinación, mandatos o prohibiciones, que se basan en juicios de valor inherentes al ordenamiento jurídico²⁵. El Derecho valora positivamente ciertos bienes, que al gozar de su protección se convierten en bienes jurídicos. De modo consecuente, el Derecho valora negativamente las acciones que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos. Ahora bien, dada la limitación del saber causal de los seres humanos, el Derecho no puede prohibir la simple causación de resultados, sino sólo la realización de acciones dirigidas por la *voluntad* a la producción de la lesión de un bien jurídico o que llevan consigo el peligro de dicha lesión. Solo mediante la

²³ Véase BOCKELMANN, «Zur Reform des Versuchsstrafrechts», en *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pp. 151 y ss., y GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, pp. 35-37.

²⁴ Véase, en este sentido H. H. JESCHECK y Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker-Humboldt, Berlín, 1996, pp. 236 y ss., especialmente pp. 241-242 (*Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 4.^a ed. por José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 212 y ss., especialmente p. 218), LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25 ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1997, observaciones previas a los arts. 13 y ss., n.º 54; Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 17 y ss., y LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 331.

²⁵ Véase, en este sentido, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindungs-normentheorie*, Verlag O. Schwartz, Gotinga, 1854, pp. 67 y ss.

referencia al contenido de la voluntad y, por tanto, al dolo, se podrá precisar la conducta prohibida u ordenada.

Para Welzel el tipo era la descripción de la materia de la prohibición o del mandato y quedaba claramente diferenciado de la antijuridicidad como elemento esencial del delito²⁶. No pertenecían al tipo, según Welzel, los elementos especiales de la antijuridicidad o del deber jurídico, ni, por supuesto las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. No es cierto que esta separación tajante entre tipicidad y antijuridicidad sea para el finalismo una consecuencia necesaria de la estructura finalista de la acción humana, como estima Schünemann²⁷. El concepto del tipo de Welzel no me parece convincente y no es el único posible partiendo del concepto finalista de la acción²⁸. El tipo no puede ser concebido, a mi juicio, como *descripción* de la materia de la prohibición. En los tipos de los delitos imprudentes se hace referencia a la inobservancia del cuidado objetivamente debido, pero la determinación de cuál sea en cada caso este cuidado debe ser realizada generalmente por el juez, dada la inmensa variedad de conductas que las personas pueden desarrollar en la vida social. Pero es que, además, el tipo de lo injusto rebasa el ámbito de la *materia* de la prohibición o del mandato. El Derecho puede prohibir únicamente la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de la lesión de un bien jurídico y/o que lleven consigo el peligro de dicha lesión, pero no puede prohibir la causación de un determinado resultado. El resultado *real*, es decir, la producción efectiva del resultado, no puede pertenecer, por ello, a la materia de la prohibición o del mandato. Al tipo pertenecen, a mi juicio, todas aquellas circunstancias o elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva²⁹. Esta concepción del tipo como tipo de lo injusto es perfectamente compatible con el concepto finalista de la acción. La teoría de los elementos negativos del tipo no me parece convincente por las razones que no puedo exponer aquí por falta de tiempo y en nuestro Código no es aplicable, además, sin violentar el espíritu o voluntad de

²⁶ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 49 y ss. y 54-55, y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 43 y ss. y 51 y ss.

²⁷ Véase Bernd SCHÜNEMANN, «La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 660.

²⁸ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, p. 96

²⁹ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, pp. 94 y ss. No hay lugar entonces para las reglas o elementos especiales de la antijuridicidad o elementos del deber jurídico.

la ley³⁰, pero es compatible también con el concepto finalista de la acción³¹.

De la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad deducía Welzel únicamente la necesidad de conceder relevancia al error de prohibición. Welzel desarrolló la llamada teoría de la culpabilidad, según la cual la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo, si el error de prohibición era vencible podría dar lugar a una atenuación de la pena y si era invencible quedarían excluidas la culpabilidad y la pena³². Welzel sustentó la llamada teoría pura o estricta de la culpabilidad, según la cual el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error de prohibición. Nunca afirmó, sin embargo, que de la estructura finalista de la acción humana se derivase la necesidad de optar por la teoría pura de la culpabilidad, como estima Schünemann³³. Dicha necesidad no se deriva siquiera de la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad. La teoría restringida de la culpabilidad, según la cual el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error sobre elementos (negativos) del tipo, o debe ser tratado como si lo fuera es perfectamente compatible con la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad³⁴. Tampoco se deduce de la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad si la atenuación de la pena en el error de prohibición vencible debe ser meramente facultativa como sugería Welzel y se establece en el Código penal alemán (art. 17), u obligatoria como se prevé en el Código penal español (art. 14,3). El tratamiento del error de prohibición vencible en el Código penal español me parece preferible por consideraciones no solo dogmáticas, sino también político criminales³⁵. Por fácilmente vencible que fuera el error, el sujeto actuaba sin conciencia

³⁰ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, pp. 85 y ss.

³¹ Entre los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo figura v. WEBER, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Ferd. Dümmlers Verlag, Bonn, 2.ª ed., 1948, p. 88, y *Negative Tatbestandsmerkmale, Festschrift für Ed. Mezger zum 70. Geburtstag*, Verlag C.H. Beck, 1954, pp. 189-190

³² Véase WELZEL, *Das deutsche Srafrecht*, pp. 164 y ss., y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 112 y ss.

³³ Véase Bernd SCHÜNEMANN, *La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal*, p. 660.

³⁴ STRATENWERTH sustenta la teoría restringida de la culpabilidad, por considerar que da lugar a resultados más justos; véase G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 2000, pp. 209-211 (n.º 157 y ss.).

³⁵ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito / 2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 129-130.

de la antijuridicidad de su conducta, creía que su conducta era lícita, y estaba disminuida, por tanto, su capacidad de obrar de otro modo, es decir conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista político criminal era aconsejable también establecer en nuestro Código una atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición vencible, pues nuestro Tribunal Supremo había mantenido hasta fechas relativamente recientes la teoría del *error iuris nocet*. Si se introducía una atenuación meramente facultativa de la pena podría suceder que el Tribunal Supremo considerase que todos o prácticamente todos los errores de prohibición eran vencibles y que no había motivo para atenuar la pena, por lo que, en definitiva se habría vuelto al principio del *error iuris nocet*.

Del concepto finalista de la acción deducía Welzel el concepto de autor en los delitos dolosos. Autor es el que tiene el dominio finalista del hecho. «Autor es sólo aquél que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo». «El autor se diferencia del mero partícipe por el dominio finalista del acontecer. El partícipe, o bien se limita a apoyar el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o ha determinado la resolución de realizarlo»³⁶. Esta derivación del concepto de autor en los delitos dolosos de consideraciones ontológicas no me parece convincente. Welzel partía de la base de que todo el que realiza la acción típica tiene el dominio finalista del hecho, pero esto no es así necesariamente. Maurach se percató de ello y decía que el que realiza la acción típica tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefragable³⁷. Pero entonces el componente normativo del concepto de autor es indudable.

En realidad el concepto de autor, la teoría de la autoría y participación forma parte, como señalaba el mismo Welzel, de la teoría de lo injusto. «La doctrina de la autoría contiene la parte final de la teoría de lo injusto. Por ello los fundamentos de la teoría de lo injusto, especialmente el tipo y sus límites, son decisivos para la definición del autor; sobre todo la diferencia entre los tipos de los delitos dolosos e imprudentes es esencial para la definición del autor»³⁸. El propio Welzel consideraba que en los delitos imprudentes es autor «todo el que a través de una acción que infringe el cuidado exigible en el tráfico, causa en forma no dolosa un resultado típico»³⁹.

³⁶ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 99.

³⁷ Véase R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, p. 658.

³⁸ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 98.

³⁹ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, p. 99.

Del principio de legalidad de los delitos y de las penas se deduce, a mi juicio, que autor tendrá que ser necesariamente, tanto en los delitos dolosos como imprudentes, el que realiza la acción típica.

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

En los delitos dolosos será autor todo el que realiza la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho⁴⁰.

Por otra parte, el que tenga el dominio del hecho será también autor aunque no realice la acción típica (autor mediato o coautor) si el código se inspira en una concepción personal de lo injusto⁴¹.

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

El desarrollo del concepto finalista de la omisión se debió a Armin Kaufmann. Según él, en la omisión faltan la causalidad y la finalidad⁴², pero la omisión consiste en la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta⁴³. Este concepto de omisión sería independiente de toda exigencia normativa. Se puede omitir una acción no esperada por los usos sociales, la moral o el Derecho.

Esta constelación de estructuras lógico-objetivas deja un amplio margen para consideraciones político-criminales: no prejuzgan, como

⁴⁰ Véase, en este sentido, F. Chr. SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, pp. 39 y ss., 68 y ss. y 191 y ss.

⁴¹ Véase ya, en este sentido, mi artículo «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española» (que fue mi contribución al *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*), incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 172-173.

⁴² Véase Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 57 y ss., 64 y ss. y 66 y ss.

⁴³ Véase Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 85.

hemos visto, el concepto del tipo, ni la decisión en favor de la teoría pura o restringida de la culpabilidad. Según Welzel prejuzgaba la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, y, por tanto la concepción personal de lo injusto y el concepto de autor en los delitos dolosos, lo cual me parece, como he señalado, discutible.

Por otra parte, nunca consideró el finalismo que de la estructura finalista de la acción humana pudieran deducirse conclusiones acerca de las conductas que deban ser consideradas punibles, ni acerca de cuáles deberían ser castigadas con mayor o menor pena. Se mantuvo siempre una clara distinción entre los juicios lógico-objetivos y los axiológicos⁴⁴.

Según Welzel, el Derecho penal sanciona como delito las infracciones más graves de la Ética social, trata de robustecer los valores ético-sociales del acto de los ciudadanos, de fomentar la disposición de ánimo jurídica o legal de los mismos, es decir de fomentar el respeto a los bienes jurídicos⁴⁵. Welzel no hacía referencia a una Ética social eterna, inmutable, sino a las concepciones ético-sociales dominantes en una determinada sociedad y en un momento histórico determinado. Welzel mantenía, pues, una referencia constante a la realidad social, pero esto no tiene nada que ver con las estructuras lógico-objetivas. No hay que confundir, como señalaba al principio, lo ontológico y lo real, como sucede con frecuencia en el llamado neo-ontologismo⁴⁶.

La referencia a la realidad social y a los juicios de valor imperantes en ella se advierte también en el criterio de la adecuación social. Según Welzel quedaban excluidas del tipo aquellas conductas que, aunque formalmente incluidas en él, se mantienen dentro del orden social histórico «normal» de la comunidad. Welzel mencionaba como ejemplos, entre otros, las lesiones corporales insignificantes, las privaciones de libertad irrelevantes, la entrega de aguinaldos a los funcionarios por Navidad o Año Nuevo, las conductas meramente indecorosas o impertinentes en los delitos contra la libertad sexual, el inducir a participar en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo y el servir bebidas alcohólicas en los bares o cafeterías situados en las carreteras o autopistas⁴⁷. Con independencia de que se comparta o no este

⁴⁴ Véase Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 16 y ss. y Günter STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, J. C. B. Mohr, Tubinga, 1957, p. 28.

⁴⁵ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 2 y ss., y «Das Gesinnungsmoment im Recht», *Festschrift Julius v. Gierke*, Berlín, 1950, pp. 295 y ss.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, SCHÜNEMANN, *La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal*, pp. 645, nota 9, 654, y ss., 659 y ss.

⁴⁷ Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, pp. 55 y ss., y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 53 y ss.

criterio (a mí me parece que peca de impreciso y además es innecesario, pues mediante una interpretación teleológico restrictiva se puede excluir de los tipos las conductas socialmente adecuadas)⁴⁸ es indudable que supone un elemento normativo y que permite tener en cuenta las exigencias político-criminales.

Las estructuras lógico-objetivas detectadas por Welzel y las consecuencias que él dedujo de las mismas son perfectamente compatibles, por otra parte, con los criterios de imputación objetiva desarrollados en la moderna Ciencia del Derecho penal a partir de la contribución de Roxin al Libro Homenaje a Richard Honig⁴⁹. No puedo llevar a cabo aquí un análisis crítico de los mismos, pero lo he hecho en otro lugar⁵⁰. Aunque rechazo gran parte de los criterios de imputación objetiva considero que en los delitos de acción dolosos el resultado ha de ser objetivamente previsible *ex ante*, ha de aparecer como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto, aunque ello suponga una restricción excesiva del ámbito del tipo, desde el momento que en nuestro Código se exige para la existencia de tentativa punible la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. Plenamente asumible, sin reservas, y sumamente fructífero en sus consecuencias me parece el criterio del ámbito de protección de la norma. En los delitos imprudentes es preciso que el resultado sea consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que fuera uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida. En los delitos de comisión por omisión, la exigencia de que el sujeto ocupe una posición de garante y de que la omisión aparezca como equivalente a la acción desde el punto de vista de su sentido social, o desde el punto de vista del contenido de lo injusto, son, en realidad, criterios de la imputación objetiva de resultados.

Pero lo que me importa destacar aquí es que la restricción del tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes, de acción y de omisión mediante los criterios de imputación objetiva no está en contradicción con el concepto finalista de la acción, ni pone en tela de juicio la aportación básica del finalismo, en la teoría de lo injusto, de que el dolo ha de ser un elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos y de que la

⁴⁸ Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, pp. 97-98.

⁴⁹ Véase Claus ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für Richard Honig*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1970.

⁵⁰ Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, pp. 102 y ss. y 179 y ss., y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III Teoría jurídica del delito / 2*, pp. 263 y ss. y 267 y ss.

inobservancia del cuidado (objetivamente) debido es un elemento del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes, sino que viene a completarla. Se mantiene la distinción entre los tipos de lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes, de acción y de omisión y se restringe únicamente su contenido, en el ámbito del tipo objetivo, mediante los criterios de imputación objetiva. Se viene a completar la superación de la vieja concepción del tipo, de un tipo común para los delitos dolosos e imprudentes, de acción y de omisión, constituido por la simple causación de un resultado mediante un movimiento corporal voluntario o la omisión voluntaria de un movimiento corporal.

La relación entre lo ontológico y lo normativo, dentro del finalismo, experimentó una considerable transformación en el pensamiento de Stratenwerth. Las estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, dice Stratenwerth, pero se destacan solo de la multitud de datos ónticos como esenciales, desde un determinado punto de vista: la concepción del ser humano como persona⁵¹.

La estructura finalista de la acción humana es solo perceptible desde la concepción del hombre como persona. Solo desde esta concepción del hombre aparece la conducta finalista como la conducta específicamente humana.

La estructura lógico-objetiva de la culpabilidad es perceptible también solo desde esta concepción del hombre. Solo un ser responsable, abierto al mundo, puede captar un precepto y también, por tanto, infringirlo. El desconocimiento irremediable del precepto excluye la posibilidad de decisión a tenor o en contra del mismo, y, por tanto, la culpabilidad.

La distinción de las formas de participación que atribuye una importancia decisiva al dolo del que realiza materialmente el hecho se revela también vinculada a la mencionada concepción del ser humano. De que el que realiza materialmente el hecho actúe o no dolosamente depende quien sea el que domina la situación.

Si el Derecho, en la descripción de las conductas jurídicamente relevantes, parte de la concepción del hombre como un ser responsable, habrá de considerar *necesariamente* las estructuras lógico-objetivas que bajo este punto de vista se destacan como esenciales. La relación entre un punto de vista determinado y las estructuras lógico-objetivas corres-

⁵¹ Véase Günter STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Mohr, Tübinga, 1957, pp. 13 y ss. (*El problema de la «naturaleza de las cosas» en la teoría jurídica*, traducción mía al español, publicada en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. VIII, n.º 19, 1964, pp. 15 y ss.).

pondientes es indestructible. El punto de vista adoptado destaca de la multitud de datos ónticos los elementos esenciales para la valoración jurídica, es decir el objeto de la valoración. En este sentido, dice Stratenwerth, dicho punto de vista es un criterio valorativo.

El planteamiento de Stratenwerth me parece convincente y fue asumido por mi hace ya mucho tiempo⁵². Es obligado, sin embargo, hacer algunas observaciones.

Si las estructuras lógico-objetivas señaladas por Welzel son solo perceptibles y se destacan como esenciales desde el punto de vista de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, los conceptos correspondientes no serán, en rigor, puramente ontológicos, sino que tendrán un componente normativo. En realidad estamos ya ante una búsqueda de un equilibrio entre elementos ontológicos y normativos. Esto lo vemos claramente en el concepto finalista de la acción y de la omisión.

Si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, se destaca como esencial para la valoración jurídica, de acuerdo con la tesis de Stratenwerth, la estructura finalista de la acción humana. Sólo la conducta finalista aparece entonces como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales del que sufre un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos durante el sueño —piénsese en el sonámbulo—, etc.) no puede ser considerada entonces como una conducta humana. El concepto de omisión formulado por Armin Kaufmann, como la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta, aparece también vinculado, a mi juicio, a la concepción del ser humano como ser responsable. Quedan fuera del concepto de omisión, entonces, las actitudes pasivas en las que falte la capacidad concreta de acción⁵³.

Por otra parte, es cierto, como señala Stratenwerth, que la adopción del criterio valorativo de la concepción del ser humano como persona destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana, de modo que la valoración jurídica ha de recaer

⁵² Véase mi artículo «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1961, incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 54 y ss.

⁵³ Véase ya, en este sentido, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II Teoría jurídica del delito*, pp. 48 y ss.

entonces necesariamente sobre la unidad finalista-causal de la acción. No puede recaer exclusivamente sobre el lado causal so pena de incurrir en una contradicción que no sería puramente lógica, sino lógico-objetiva. El contenido de la voluntad de realización del autor ha de ser objeto necesariamente de la valoración jurídica. De la concepción del ser humano como ser responsable y de la estructura finalista de la acción humana no se deduce, sin embargo, a mi juicio, la necesidad de que el contenido de la voluntad de realización *sea objeto precisamente del juicio desvalorativo de la antijuridicidad*⁵⁴. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos depende, como hemos visto, de una serie de consideraciones sistemáticas. La consideración del contenido de la voluntad de realización en el juicio de reproche de la culpabilidad no supondría, por sí misma, un desconocimiento de la estructura finalista de la acción humana, ni implicaría contradicción alguna con la concepción del ser humano como persona, como ser responsable.

Un problema diferente es el de si el Derecho ha de adoptar *necesariamente* el criterio valorativo de la concepción del hombre como ser responsable. Welzel fundaba dicha necesidad exclusivamente desde el punto de vista del deber ser. El respeto de la dignidad de la persona humana, de su condición de persona autónoma, era para Welzel un principio material de justicia de validez *a priori*⁵⁵. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia ha de respetar la condición del hombre como persona, como ser responsable. El Derecho tiene ya fuerza obligatoria por su mera positividad, por su virtud de superar el *bellum omnium contra omnes*, la guerra civil, pero en caso de una infracción grave del principio material de justicia, de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana, carecerá de fuerza obligatoria y dada su injusticia será preciso negarle el carácter de Derecho.

Problemática es, en cambio, la cuestión de si la adopción del criterio valorativo de la concepción del hombre como persona es necesaria desde el punto de vista del ser.

⁵⁴ Véase ya, en este sentido, mi artículo «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», págs 27 y s. (en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, pp. 56-57).

⁵⁵ Véase WELZEL, *Vom Irrenden Gewissen*, Mohr, Tubinga, 1949, p. 28; *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.^a ed., pp. 239-240, y «Derecho natural y positivismo jurídico», en *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico* (traducción y notas de Ernesto Garzón Valdés), Córdoba, Argentina, 1962, pp. 41 y ss.

Armin Kaufmann trató de demostrar la necesidad del criterio valorativo mencionado apoyándose en conocimientos antropológicos y sociológicos. Sólo es posible influir en la conducta del hombre, según Kaufmann, si se apela a su capacidad de asignarse libremente los fines de su conducta y elegir los medios adecuados para ello, es decir a su capacidad de dirigir finalmente los cursos causales. «Ningún mariscal, ningún guarda de aparcamiento, ningún tirano, ningún Estado de Derecho pueden ejercer poder de otro modo que utilizando la capacidad específicamente humana de dirigir finalmente el suceder causal»⁵⁶. Stratenwerth, por su parte, señalaba que el progreso de la teoría del Derecho penal es paralelo al conocimiento progresivo de las estructuras lógico-objetivas vinculadas a la concepción del hombre como ser responsable⁵⁷.

El Derecho penal ha partido siempre, de un modo consciente o inconsciente, de la concepción del hombre como ser responsable. Ni siquiera en la época de pujanza del naturalismo y del positivismo antropológico italiano pudo dejar de basarse el Derecho *positivo* en el criterio valorativo de la concepción del hombre como persona. Es difícil que el Derecho pudiera partir de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas como meros factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Esto sería tanto más sorprendente y disfuncional en cuanto los ciudadanos se creen libres, consideran que pueden asignarse libremente los fines de su conducta. El Derecho no puede ignorar la visión que tienen los ciudadanos del mundo y de sí mismos, y que ha hallado expresión, incluso, en las estructuras del lenguaje, como ha puesto de manifiesto Schünemann⁵⁸, pero ésta no es una vinculación del Derecho a estructuras ontológicas, sino a la realidad objeto de su regulación.

⁵⁶ Véase Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 19 y ss.

⁵⁷ Véase STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, p. 18.

⁵⁸ Véase Bernd SCHÜNEMANN, «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter De Gruyter, Berlín-Nueva York, 1984, pp. 163 y ss., y «Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland», separata de *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Duncker-Humblot, Berlín, pp. 151 y ss.