

LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ALEMANA DESPUÉS DEL FINALISMO

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO¹

SUMARIO: I. *El surgimiento del finalismo*. II. *La acogida del finalismo en la dogmática de su época*. III. *El posterior desarrollo del finalismo*. IV. *La dogmática jurídico-penal alemana en la actualidad*. V. *Consideraciones finales*.

I. EL SURGIMIENTO DEL FINALISMO

Las circunstancias en que aparece la teoría finalista de la acción penal no fueron, precisamente, las más adecuadas para la fructificación de una formulación científica de tan altos vuelos, y no lo fueron en virtud de las circunstancias crónicas y tópicas del *élan vital* de su presentación en la sociedad jurídica. Baste decir que Adolf Hitler llega al poder en esa época, y que la nación alemana sufre una terrible crisis de pérdida de valores, que desemboca trágicamente en el nazismo.

Los juristas de la época, los más distinguidos, han de plegarse a los caprichos del dictador en turno. Pero, además, sucede que en otros lugares de Europa, en Italia por ejemplo, aparecen figuras de similar significación política, como es el caso de Benito Mussolini. Más allá, en los confines del oriente europeo, otra dictadura, de signo opuesto, pero igualmente aberrante en sus consecuencias se encarna en la dramática figura de José Stalin.

En estas condiciones, el nuevo sistema de derecho penal welzeliano no es, estrictamente hablando, una reacción de la ciencia del derecho penal ante la llegada del nacionalsocialismo, sino más bien la pretensión,

¹ Director del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Universidad Panamericana.

tolerada y admitida en la parcela jurídica, de tratar de hacer compatibles modelos de argumentación dogmática penal con los cambios políticos ocurridos en la gran nación alemana.

Hans Welzel² señala que: “la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista”. En otras palabras, para Welzel la acción es el ejercicio final de la actividad humana. Entendida en este sentido, la nueva formulación teórica se aproxima a la culminación de un derecho penal de la actitud interna o, en su caso, de la puesta en peligro, más bien que a la producción de un resultado (verificable en el mundo exterior) en el proceso social.

En esta tesitura, indudablemente, ese derecho penal iba dirigido a la “voluntad criminal”, en sí misma, y no al resultado socialmente lesivo en el ámbito externo. Los grandes maestros de la época, científicos de la disciplina penal, se esfuerzan, con amplio apoyo bibliográfico y singular tesón investigador, en enfatizar la necesaria función legitimadora de las tesis académicas ante la práctica humana.

Ciertamente todo lo anterior podía ser aprovechado, y sin duda lo fue, por el aparato propagandístico del nacionalsocialismo. Por supuesto, no caemos en traer a colación a juristas tan furiosamente prohitlerianos como Dahm y Schaffstein; sin embargo, hay que considerar que, sin incidir en un vasallaje, de alguna manera puede colegirse una recepción de la ideología nacionalsocialista dentro de la ciencia del derecho penal.

No obstante, la genialidad de la formulación teórica de Hans Welzel no es cosa discutible, por lo menos en nuestro concepto, ya que de los escombros del III Reich, entre las pocas cosas salvadas, queda la teoría de la acción finalista, que fue adquiriendo —rápidamente— mayor dimensión científica y aceptación general. La doctrina welzeliana, iniciada en el año 1931, queda encuadrada posteriormente en un sistema estructurado orgánicamente del derecho penal y denominado finalismo.

Por otra parte, Welzel ha tenido, como maestro, la gran fortuna de tener brillantes discípulos no meros seguidores de su doctrina, sino partidarios críticos de la misma. De esta manera, su formulación doctrinal es continuada y completada por profesores de la talla de Maurach y Roxin. En palabras del propio Welzel, la consecuencia jurídico-penal más importante del entendimiento de que la acción no es un mero proceso

2 Welzel, Hans, *La teoría de la acción finalista*, trad. de Fontán Balestra y Friker, Buenos Aires, Depalma, 1951, pp. 18, 19 y ss.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

causal, sino final, reside en que hace posible la percepción en la antijuridicidad no sólo del desvalor del resultado, sino también de la propia acción.

En realidad, Welzel —siguiendo la *Teoría del delito* de Graf zu Dohna— o al menos influenciado por ella, produce un teologismo eticizante del derecho penal. No se trata, obviamente, de que Welzel siga estrictamente, imite o copie al maestro citado, por supuesto que no, lo que sí pretende Welzel es plantear y, desde su perspectiva, resolver la problemática de una base metodológica de la teoría del delito, todo ello tras producir ataques contra el sistema causalista.

Partiendo de su crítica a la obra de Graf zu Dohna, ya citada, y desembocando en lo reproducido en el párrafo anterior, Hans Welzel formula su teoría finalista que, para algunos, supuso el inicio de una nueva época en los estudios del derecho penal o, inclusive para otros, la superación de un pretendido “neutralismo valorativo”. De todas formas, la nueva estructuración no necesariamente requeriría del seguimiento de la exposición filosófica-valorativa del concepto jurídico-penal de la acción.

En este sentido filosófico-valorativo,³ no habría inconveniente en admitir que Welzel busca una explicación a los principios materiales del recto obrar social. En otras palabras, él trata de desentrañar el viejo problema de la “ética jurídica material”. Sin duda, la problemática material del recto obrar social, o sea, de los justos fines del obrar social, es susceptible de plantearse —*ab initio*— de idéntica forma en cuanto al derecho y en cuanto a la moral.

Descendiendo del “cielo de los conceptos”, como le gustaba decir al gran Rudolf Ihering, a la facticidad del mundo accionario, Welzel señala que: “la acción no es un proceso meramente causal, sino final, consiste en que hace posible percibir en la antijuridicidad no sólo el desvalor del resultado, sino también el de la acción”.

Lo anterior, añade el creador de la teoría finalista de la acción penal: “no puede hacerlo la doctrina de la acción causal; pues para ésta la antijuridicidad tiene que consistir exclusivamente en el desvalor del resultado, o sea la lesión del bien jurídico y no puede explicar el que la *forma*

3 Welzel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de González Vicen, 2a. ed., 3a. reimp., Madrid, Aguilar, 1979, *passim*.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

de ejecución de la acción sea ya esencial para el problema de la antijuridicidad”.⁴

Según Welzel, esto que es rigurosamente cierto para los delitos dolosos, lo es también para los delitos culposos. Nada más que, precisamente en estos últimos, el creador del finalismo advierte que sólo cabe la comprensión correcta de su antijuridicidad sobre la base del *desvalor de la acción*.

Para una buena mayoría de autores, la fuente primigenia de la teoría de la acción penal finalista ha sido situada en una relación de dependencia con el sistema filosófico de Nicolai Hartmann. El propio Welzel señala a Engisch como el causante del lema, cuando en 1944 señaló a Hartmann como “garante” de Welzel.

En este sentido, indica el autor de la teoría finalista, Hall también habló de Hartmann como el “maestro filosófico de los finalistas”. Por su parte, Würtenberger previene, en alusión a Welzel, “de la aceptación acrítica” de las doctrinas de Nicolai Hartmann. Klug estima que constituye una “tesis clásica del finalismo”, que la inclusión del dolo en el tipo se deriva de la ontología de Hartmann.

Oehler ve en la separación del dolo y la culpabilidad una consecuencia de la aceptación welzeliana de la doctrina de los valores de Hartmann. Y esto, como indica Welzel, son sólo unos ejemplos. En este sentido, el propio originador del finalismo señala que guardó silencio ante las referencias al origen de su doctrina, entendiendo que en la ciencia debería tener sólo importancia el contenido de verdad de una afirmación y no la causa de la misma.

Sin embargo, ante la desvirtuación de la afirmación misma y de la interpretación errónea, decide hacer su aclaración. Welzel indica que —efectivamente— no tendría ningún motivo para avergonzarse de que el origen de su doctrina se encontrara en la filosofía de Nicolai Hartmann —siempre que ello fuera cierto—. Pero, no es éste el caso.

Para Welzel, las sugerencias para la formulación de la doctrina de la acción finalista no se hallan en Hartmann, sino en la psicología del pensamiento, y la primera de ellas, justamente, en la obra *Fundamento de*

4 Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. de Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964 (concretamente en el “Prólogo del autor a la edición española”).

la psicología del pensamiento (Grundlagen der Denkpsychologie), del filósofo Richard Höningwald.

Otras proceden de los trabajos de los psicólogos Kari Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre otros. Todos estos trabajos, aparecidos entre los años 1920 y 1939, realizaron la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones, e hicieron patente una forma de ejecución de los actos anímicos que no eran causal-mecánica.

Señala Welzel que:

en mi primer artículo llamé a esta forma de realización *intencional de sentido* y la seguí desde la acción *interna*, de los actos del *pensamiento*, en los que había sido manifestada por los trabajos de aquellos autores, hasta los *actos voluntarios* y la *realización* de la voluntad, es decir, hasta la *acción externa*.⁵

Hasta aquí, ninguna influencia de Hartmann. Éste era considerado un neokantiano evolucionando, bajo el influjo de la fenomenología, hacia un realismo crítico. No obstante, su análisis, sumamente claro, de la estructura de la acción en la *ética* y en su *problema del ser espiritual*, me indujo a reformular mi pensamiento en mi libro *Naturalismo y filosofía de los valores en el derecho penal* (1935) y a utilizar el término de *finalidad*, en vez de *intencionalidad*. Al propio tiempo, señalé, claramente, que la ley estructural de la “intencionalidad de sentido” seguía siendo la base fundamental de la “finalidad”.

II. LA ACOGIDA DEL FINALISMO EN LA DOGMÁTICA DE SU ÉPOCA

Sin duda, el finalismo produjo, y todavía produce, aunque como veremos en el transcurso de este trabajo con mucha menor intensidad, una gran conmoción. Welzel, al señalar los elementos comprobatorios de la estructura final de la acción, indica que la verificación se obtiene “por la vía en que surge todo conocimiento de las cosas, es decir de los datos de la experiencia interna y externa y su explicación racional (categorial)”.

El autor del finalismo afirma, tajantemente, que Hartmann no ejerció ninguna influencia en los autores anteriormente señalados ni en sus trabajos; antes al contrario, retomó en sus pensamientos los conocimientos, en esa época candentes, y que —con el transcurso del tiempo— se han convertido en patrimonio común, del curso no-causal de ciertos actos anímicos.

⁵ *Ibidem*, prólogo a la cuarta edición.

Después de 1930, los desarrolló en sus principales trabajos, de carácter ontológico, en una teoría general de los estratos del ser. El gran esquema sistemático de Hartmann, expuesto en los volúmenes de su *Ontología* y publicados después de 1935, ha deformado —sobre todo en la ciencia del derecho en su mayoría muchas veces apartada de la filosofía— la perspectiva de la situación en que se encontraba la filosofía alemana en la década de 1930, al igual que le ocurrió a su pensamiento, posteriormente oscurecido por el existencialismo.

En esta tesitura, el neokantismo tardío de Bruno Bauch y Richard Högnswald había señalado ya, incluso antes de la metafísica del conocimiento de Hartmann, el principio supremo de todos los juicios sintéticos de Kant, en el sentido de que “las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia”.

De lo anterior se infiere que las categorías del conocimiento son también categorías del ser; en otras palabras, que no son únicamente categorías gnoseológicas, sino —primordialmente— categorías ontológicas. Ése, precisamente ése, es el sentido que Welzel proporciona a la palabra “ontológico”. Ésta no procede, por lo tanto, de la posterior *Ontología* de Hartmann y mucho menos tiene que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica).⁶

En función de lo anterior, señala Cerezo Mir, carece de fundamentación la afirmación de Arthur Kaufmann de que la doctrina de las estructuras lógico-objetivas represente un ingenuo realismo, acrítico, desde la perspectiva de la teoría del conocimiento y de la metafísica. Por consiguiente, Cerezo Mir entiende que queda perfectamente claro, también, el sentido —y la medida— en que Welzel estima que puede hablarse de verdades eternas en la esfera lógico-objetiva u ontológica.

En la década de 1930, Hans Welzel publica un interesante artículo denominado “Causalidad y acción” (*Kausalität und Handlung*), en el que expone —por vez primera— las ideas fundamentales de su doctrina de la acción finalista.⁷ El propio autor se pregunta de qué peligros quería proteger este concepto ontológico a la ciencia del derecho penal y qué se pretendía lograr en ella, y se responde remitiéndose al contenido del

6 *Ibidem*, pp. 13 y ss.

7 Welzel, Hans, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. LI, pp. 703 y ss. Literalmente, *Revista para el Completo Conocimiento del Derecho Penal*, en versión española, es decir, *Revista de la Ciencia del Derecho Penal*.

artículo mencionado y a un trabajo posterior, publicado dos años más tarde.⁸

El trabajo en cuestión se denominó “Sobre las valoraciones en el derecho penal” (*Über Wertungen im Strafrecht*), en el que literalmente afirma:

El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible.

Los tipos pueden sólo “reflejar” este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los “reflejos” lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la Ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo [...] pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para [...] comprender también correctamente las valoraciones jurídicas [...]. Este método “vinculado al ser o a las cosas”, que hace poco he expuesto otra vez —veinticinco años más tarde— en una polémica con tendencias neopositivistas (nominalistas) en la Ciencia del Derecho Penal [...] y que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra “ontológico”, sin que lo anterior supiera una opción por un sistema ontológico determinado.

En cuanto a las estructuras lógico-objetivas, que pertenecen a este lugar y muy específicamente a la afirmación de que el derecho penal se encuentra vinculado a la “estructura final de la acción”, cabe señalar que las normas del derecho no pueden prohibir u ordenar meros procesos causales, sino sólo actos dirigidos finalmente (es decir acciones) o la omisión de tales actos.

De lo anterior-inmediato deriva, para Welzel, todo lo demás por sí mismo. El sustrato de la regulación del derecho resulta completamente desconocido, si se considera primero la acción como un proceso causal ciego y solamente después se le añade (en la culpabilidad) la voluntad. Por consiguiente, ésta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un reflejo, pero nunca un factor configurante de la acción.

⁸ Welzel, Hans, *Gerichtssaal, Revista de Jurisprudencia*, vol. CIII, pp. 340 y ss.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

No obstante, tal conclusión no es aceptada por un buen número de penalistas alemanes. Así, Mezger (“Wandlung der Strafrechtlichen Tatbestandslehre”, *Neue Juristische Wochenschrift* (Nuevo Semanario Jurídico), 1953, pp. 3, 4, 5 y ss.); Gallas (“Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen” (sobre la posición contraria en la teoría del delito), *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. LXVII, 1955, cuaderno 1, pp. 7 y ss. y 30 y ss.), y Bockelmann (*Strafrechtliche Untersuchungen* (investigaciones de derecho penal), Gottinga, Schwartz, 1957, pp. 49-68 y 151 y ss.).

Los autores citados no niegan la estructura final de la acción humana y tampoco que las normas del derecho no puedan ordenar o prohibir meros procesos causales, sino únicamente actos dirigidos finalmente (o la no realización de los mismos). Sin embargo, no consideran que de ahí se derive necesariamente que el dolo sea un elemento integrante de lo injusto en los delitos dolosos (y no una simple especie de la culpabilidad).

Entienden estos distinguidos penalistas que la ley puede hacer recaer en una o en otra parte del todo de la acción el juicio desvalorativo de la antijuridicidad. En otras palabras: niegan que el dolo sea un elemento constitutivo del contenido material de la conducta (acción y omisión) tal como opinaba el profesor Welzel. Hay que considerar, al menos desde nuestro particular punto de vista, que están atacando el basamento mismo de la teoría de la acción finalista.

Por su parte, Stratenwerth⁹ señala cómo la decisión valorativa esencial precede y no sigue a la constatación de las estructuras lógico-objetivas. Para él, dichas estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, pero se destacan sólo de la mayoría de datos ónticos, como esenciales, desde una perspectiva concreta.

La estructura final de la acción humana no podría ser percibida, ni tampoco la conducta final tendría la consideración de específicamente humana, si nouviésemos, previamente establecida, una determinada concepción del hombre (del ser humano). La concepción del hombre como ser responsable, proyectado abiertamente al universo, capacitado para regirse por criterios del sentido, de la verdad y del valor (concepción dominante, según Stratenwerth) en la moderna antropología científico-natural y filosófico.

9 Stratenwerth, Günter, “Das Rechtstheoretische Problem der ‘Natur der Sache’ ” (el problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica, artículo traducido por Cerezo Mir), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. VIII, núm. 19, 1964.

En definitiva, Stratenwerth no niega que la condición del hombre como persona y la estructura final de la acción sean datos ónticos. En otros términos, la decisión valorativa fundamental no tiene, no puede tener, como objeto del reconocimiento del hombre como persona, sino la concreción de la *perspectiva* desde la cual ha de partir el derecho. Además, considera que el derecho tiene que partir, necesariamente, de la concepción del hombre como persona.

De cualquier manera que se considere, no hay duda de que si el derecho parte de la concepción del hombre como persona, adquiere primordial relieve y esencialidad para la valoración jurídica la estructura final de la acción humana. Sólo la conducta final puede estimarse, consecuentemente, como conducta específicamente humana y puede ser objeto de la valoración jurídica.

Si el derecho parte de la concepción del hombre como persona, se encuentra vinculado, obviamente, a la estructura final de la acción, especialmente en el sentido de que la valoración jurídica tiene que proyectarse entonces *necesariamente* sobre la unidad final-causal de la acción. No puede recaer únicamente sobre el aspecto causal, objetivo o externo de la misma, sin incurrir en una flagrante contradicción lógico-objetiva.

En esta tesitura, entiende el profesor Cerezo Mir¹⁰ que no es posible deducir de la estructura final de la acción humana *la necesidad* de que el contenido de la voluntad tenga que ser objeto del juicio desvalorativo implícito en la antijuridicidad. Ciertamente es, para Cerezo Mir, que las normas jurídicas sólo pueden tener como objeto la conducta humana final, pero —para él— no se deriva la necesidad de que “el dolo tenga que ser un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos”.

Por su parte, Bockelmann (nos referimos a sus *Investigaciones de derecho penal*, ya citadas, pp. 152 y ss.) señala que un Código Penal en el que los tipos se encuentran redactados de tal forma que no sea necesario apreciar la existencia de elementos subjetivos de lo injusto es perfectamente imaginable. En dicho ordenamiento punitivo, la tentativa en cuanto acción dirigida por la voluntad del autor a la producción de un resultado delictivo no podría ser sancionable en dicho cuerpo punitivo.

Claro está que la tentativa no necesariamente tiene que ser entendida o definida de esa forma. Pero, si así fuera, un Código Penal tal derivaría

¹⁰ Cerezo Mir, José, “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, julio-agosto de 1961, pp. 27, 28, 29 y ss.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

en una concepción puramente objetiva de lo injusto. En este caso, no estaríamos incurriendo en ninguna contradicción con el criterio que conceptúa al hombre con un ser responsable, a no ser que el contenido de la voluntad no fuera objeto, tampoco, de la valoración de la culpabilidad.

Por esta razón, coincidimos plenamente con Cerezo Mir en que la adscripción del dolo a lo injusto o a la culpabilidad depende, por consiguiente, de la estructura del Código en cuestión (así: existencia de elementos subjetivos de lo injusto y también punición de la tentativa); en otras palabras, y más claramente, de la concepción que de la antijuridicidad se encuentre en el Código.

III. EL POSTERIOR DESARROLLO DEL FINALISMO

El finalismo, en su desarrollo, ha seguido siendo una doctrina aceptada por muchos, expuesta críticamente por otros, aunque coincidiendo en lo esencial, y de plano rechazada por una buena cantidad de autores. Su evolución, por consiguiente, ha venido marcada por esas turbulencias. Sin duda, hay que reconocerle aspectos positivos, pero sin caer en el lacayismo de un mimetismo a ultranza.

Reinhart Maurach,¹¹ quien pasa por ser el discípulo más fiel, aunque crítico, de Welzel, realizó una muy inteligente labor, que pudiera llamarse de reestructuración de la doctrina finalista. El tratado de Maurach, aunque encuadrado, y bien, dentro del finalismo, no sigue fielmente la doctrina welzeliana, sino que, por una parte, detecta rasgos propios y peculiares, que marcan una vigorosa diferencia con ella y con los demás partidarios lacayunos del finalismo, y de otro, lejos de enfrentarse totalmente con las doctrinas no finalistas, aparece, como una sublimación, como culminación de anteriores criterios tradicionales.

La consideración del concepto de *justicia material*, tan caro a Welzel, basado en la ética jurídica material y constitutiva de una auténtica teoría de la justicia se erigía en un sector de la ética social material, para distinguirlo claramente del ángulo subjetivo de la moral o *moralidad*.¹² Esta justicia material, por contraste con el positivismo, es desarrollada, desde una perspectiva asaz distinta por Maurach, a lo largo de su tratado, derivándose de ella instituciones y una sistemática plenas de sentido humano.

11 Maurach, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, trad. de Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, existe otra versión muy reciente argentina del mismo tratado.

12 Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 3, pp. 191-198, y 248 y ss.

Por otra parte, como se señala acertadamente en el prólogo de la obra (traducida por Córdoba Roda), el doctor Pérez-Vitoria Moreno destaca que Maurach atribuye al derecho consuetudinario el carácter de fuente del derecho penal, además de una elaboración sumamente precisa de las causas de justificación, el estado de necesidad suprallegal y la autoría, entre otras que destaca.

En la acción examina, concienzudamente, la llegada del concepto óntico welzeliano, al ámbito del derecho, y las cuestiones derivadas en cuanto al sujeto de la misma. La tipicidad y la antijuridicidad son amplia y detenidamente estudiadas, así como cuestionamientos de orden social y político. Como vemos, las diferencias con la concepción finalista de Hans Welzel son fácilmente detectables.

Por otro lado, Maurach coloca al bien jurídico como el fundamento mismo de todas las figuras típicas, lo cual resulta perfectamente coherente con la estimación del derecho penal como esencialmente orientado a la protección de aquellos bienes jurídicos indispensables para la consecución de una convivencia social recta y adecuada. En estas condiciones, el resultado ha devenido en una sistemática de muy considerable solidez.

Concordantemente, Maurach¹³ consigue con ello dos propósitos: uno, situar junto al desvalor del resultado (*lesión del bien jurídico*), el de la acción (*modalidad del ataque al bien jurídico*), lo cual le reditúa abstenerse de una extremalización conclusiva, tal como sucede con las conceptualizaciones welzelianas de la “adecuación social” y el “concepto personal de injusto”, motivo de fuertes cambios y muchas críticas.

No obstante, constituiría un error considerar que el profesor Maurach, en función de lo anteriormente expuesto, se aleja, irremisiblemente, de los postulados del finalismo. Maurach, en la estimación de muchos autores y en la mía propia, es finalista, pero un finalista crítico, razonable y racional, que prácticamente formula su personal reelaboración de la doctrina welzeliana.

En contraste con la llamada “lucha de escuela” en la dogmática jurídico-penal alemana, relativa a los fines y a la esencia de la pena, entre Liszt y sus seguidores, de un lado, y la “escuela clásica” y sus partidarios por el otro, discusión ya superada hoy, en el campo de la política criminal, que originó enfrentamientos apasionados y el colorario de un retraso

de la reforma del derecho penal, la actual lucha de opiniones y teorías, también en la dogmática jurídico-penal alemana, como estamos viendo, tiene un carácter más científico y más imparcial.

Para Maurach,¹⁴ las consecuencias más señaladas de la teoría finalista, específicamente del concepto final de acción, han sido el alineamiento sistemático del dolo en la estructura de los hechos punibles, en el tratamiento del error y para los problemas de la autoría y la participación. Coincide con Welzel en entender la acción humana como la dirección final del suceso causal: acción es actividad final humana.

La consecuencia de lo anterior es clara, ya que parte de su concepto de tipo como: “la descripción terminante, la estandarización o tipificación de una acción antijurídica” (así, el tipo proporciona un indicio de antijuridicidad). En él, por tanto, las intenciones, tendencias y motivos necesarios se elevan a las tipicidades subjetivas, de tal manera que la voluntad de realizar el resultado típico —es decir, el dolo— ha de ser característica del tipo y, pecisamente, el elemento rector de la parte subjetiva del tipo.

En resumen: *sin conocimiento del dolo, no puede tampoco decirse si el autor realizó éste o aquel tipo, o si no cumplió ningún tipo ni mucho menos*. De ahí, concluye Maurach, el tipo resulta un fenómeno complejo, integrado por una parte subjetiva y otra objetiva. La primera forma su componente final; la segunda, su componente causal, siendo el componente causal dominado y dirigido por el componente final.

En cuanto a Roxin,¹⁵ en un excelente trabajo sobre la “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción” analiza la teoría de Welzel. Para el profesor de la Universidad de Munich, frente al concepto causal de acción, resultaba necesario para toda la teoría del delito la elaboración de un concepto superior “del cual, en cuanto *genus proximum* tiene que deducirse todas las *differentiae specifica*”.

En referencia a nuestro tema cabe decir, indica Roxin, que una definición de acción, que deba servir de concepto superior del sistema, ha de tener necesariamente una naturaleza específicamente jurídico-penal y vinculada a la ley. El que haya habido conceptos de acción como el “na-

14 Maurach, Reinhart, “El concepto final de acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito”, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, vol. VI, núm. 3, diciembre de 1965, pp. 313 y ss.

15 Roxin, Claus, “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976, pp. 84, 85 y ss.

turalista”, el “causal” o el “social”, con sus correspondientes variaciones, no altera ni un ápice el hecho de que todos ellos han de derivar del derecho positivo, es decir, del ordenamiento jurídico-penal.

Para Roxin esto no puede ser de otro modo, porque tal concepto se obtiene mediante abstracción de las distintas manifestaciones de la conducta punible, razón por la cual permanece unido a ellas. Así, a guisa de ejemplo, si un legislador sacara fuera del campo del derecho penal a los delitos culposos, obviamente tendría que modificar el concepto de acción.

Dice Roxin literalmente:

Se puede tomar la definición que se quiera, pues ya se defina la acción como “movimiento corporal voluntario” ya se la defina como “causación de modificaciones en el mundo exterior”, “como comportamiento socialmente relevante” o de cualquiera otra manera, si se pregunta qué aportan en la práctica esos conceptos al Derecho Penal, la respuesta ha de ser siempre la misma: *nada*. De ellos no se puede deducir nada que no se supiera ya anteriormente; y no podía ser de otro modo, porque el producto de un proceso de abstracción nunca puede contener más que un sustrato.

En este sentido, el concepto final de acción, es decir la noción de la acción como “ejercicio de la actividad final” y como una supradeterminación de los cursos causales planeada y dirigida hacia un objetivo, obviamente no constituye una mera abstracción de los tipos penales regulados normativamente.

Tal concepto no se encuentra vinculado a la regulación positiva, sino que aparece con la pretensión de comprender la esencia, “ontológicamente preexistente e inamoviblemente asentada en las estructuras del ser, que posee la acción”. Más claramente, en lugar de vincular la noción de acción a la ley, esta teoría quiere, precisamente, vincular al legislador, en cuanto regulador de acciones humanas, a su concepto prejurídico de acción.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la conclusión inevitable es que tal concepto de acción, al revés de las nociones anteriores, tiene que ser plenamente válido no sólo para el derecho penal, sino también para las otras parcelas del derecho. De conformidad con Roxin,¹⁶ el concepto jurídico-penal de acción cumple también una función antipositivista, además de la función anticausal.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 103 y ss.

En otras palabras, y utilizando la modalidad afirmativa, introduce el acaecer típico en el orden del sentido de la vida social y, simultáneamente, materializa una ley estructural lógico-real, inalterable y de derecho natural, que impone determinadas regulaciones y a la que va ligada la formación del concepto.

Roxin señala que las dos tareas se encuentran en una tensión dialéctica: así, el universo del orden social se desenvuelve con el transcurso de la historia y requiere, inevitablemente, la configuración creadora del legislador. Por la otra parte, las *leyes del ser* son eternas, se encuentran sustraídas a la intervención del orden jurídico y, consecuentemente, se las puede demostrar exactamente igual “en el comportamiento del hombre de la edad de piedra” que del ser humano de este azaroso final del siglo XX.

Los mismos partidarios de la teoría final de la acción, según Roxin, nunca han llegado a estar plenamente conscientes de este antagonismo, encubierto en el mismo punto inicial de dicha formulación teórica. Puede afirmarse, no obstante, que dicho antagonismo —necesariamente— influiría de manera profunda en la configuración sistemática de la doctrina.

De ahí las dificultades con las que la teoría finalista ha tenido que enfrentarse, durante un amplio periodo de tiempo, derivadas de esas tendencias opuestas del concepto de acción supuestamente unitario. Tal resultado, apostilla Roxin, tiene su manifestación más clara en el significado que reviste para la concepción finalista del tipo.

Según el profesor de la Universidad de Munich,¹⁷ la conceptualización con arreglo a la cual el juicio de desvalor legislativo se encuentra expresado en el tipo penal constituye un fundamento por el que las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación de lo injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho.

Obviamente, la realización de esta función se lleva a cabo de otra manera: “mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario al derecho”.

La importancia de tal descripción de la conducta adecuada al derecho no por eso contribuye menos a la correcta caracterización de lo injusto,

¹⁷ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, trad. de Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979, pp. 274 y 275.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

ya que concretiza una descripción del hecho, excesivamente amplia, y delimita lo injusto punible claramente. En opinión de Roxin, por tanto, es completamente acertado llamar a estas circunstancias “elementos limitadores del tipo penal”.

Conviene señalar que dichos elementos negativos, también en opinión de Roxin, contribuyen —cuando menos indirectamente— a la descripción de lo *injusto*, ya que permiten reconocer la conducta o el comportamiento realmente afectado por la prohibición, y no se trata solamente de una mera cuestión terminológica, por lo que —siguiendo el razonamiento del maestro— no hay duda sobre el carácter determinante de lo injusto de los elementos negativos de la justificación.

De cualquier manera, y hablando de la misma cuestión, Roxin parece llegar a la conclusión de que es cuestionable si la no existencia de elementos justificantes puede ser estimada como “una circunstancia fundamentadora de lo injusto”, como de ordinario acaece. Para él, esta forma expresiva no puede ser correcta, porque “la no existencia de algo difícilmente puede servir para fundar la existencia de otro objeto”.

En definitiva, las circunstancias justificantes sólo son caracterizadas, aquí, por Roxin, como elementos “determinantes de lo injusto”. Por otra parte, cualquiera que sea la caracterización que se otorgue a estos elementos, resulta evidente que no pueden existir cuando hablamos de la realización del tipo.

En resumen: una completa equivalencia “contrariedad a la norma = antijuridicidad” sólo tendrá lugar en el supuesto en que el ordenamiento jurídico, para Roxin, consistiera sólo en normas. Sin embargo, ello no es así. Antes al contrario. En situaciones especiales, una conducta opuesta a la norma “puede ser permitida mediante las llamadas *proposiciones permisivas*”. Es el caso de lesionar a uno en legítima defensa, que encaja en la conducta típica de lesiones, pero que no resultará antijurídica, porque concurre una proposición permisiva, cual es la defensa necesaria señalada.¹⁸

Mientras la adecuación típica (= contrariedad a la norma) pone de manifiesto la contradicción de una conducta con una norma particular, la antijuridicidad supone la “oposición de la realización del tipo de una norma prohibitiva con respecto al ordenamiento jurídico como un todo”.

¹⁸ *Ibidem*, p. 4.
DR. © 1998

De lo anterior se deriva que la realización entre adecuación típica y antijuridicidad esencializa lo siguiente: una conducta adecuada típicamente, es decir, contraria a la norma, se encontrará en contradicción con el ordenamiento jurídico en general, cuando en el caso específico no concorra una proposición permisiva, como en el caso anteriormente señalado.

Quien lesiona a otro para defenderse legítimamente no realiza una conducta antijurídica, al entrar en juego las *proposiciones permisivas*. El juez que haya comprobado la adecuación típica de las lesiones sólo requiere, para determinar la antijuridicidad, realizar un “procedimiento negativo”, o sea, ver si en el caso concurre o no una proposición permisiva. *La adecuación típica es indisaria de la antijuridicidad*.

Lo anterior, para Welzel, es lo que se denomina *tipo cerrado*, ya que el círculo de los elementos indicativos de lo injusto es cerrado, y éstos según él son mayoritarios en el Código Penal alemán. No obstante, entiende que en los delitos dolosos no todos los tipos son “cerrados”. En muchos casos, la materia de la prohibición no “está descrita en forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos”.

En estos supuestos, nos encontraremos en presencia de los *tipos abiertos*. La conducta prohibida no se encuentra caracterizada por una descripción objetiva y exhaustiva y, consecuentemente, la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad. En consecuencia, el juez, en vez del procedimiento negativo de los tipos cerrados, tendría que comprobar la antijuridicidad de forma positiva, es decir, mediante la comprobación de los llamados elementos del deber jurídico.

Hemos destacado, en nuestra opinión particular, ciertos rasgos del finalismo, según versión de Roxin,¹⁹ que nos hacen pensar que el ilustre maestro es un seguidor más fiel de Welzel que Maurach.

IV. LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ALEMANA EN LA ACTUALIDAD

Siguiendo los parámetros de los apartados anteriores, nos detendremos en dos grandes de la dogmática jurídico-penal alemana actual: Hans-Heinrich Jescheck y Günther Jakobs.

Para el primero, es decir, Jescheck en Alemania, el concepto final de acción se ha impuesto únicamente en un sector de la ciencia jurídico-penal. No obstante, para este autor, *las consecuencias del finalismo* en el

¹⁹ *Ibidem*, pp. 5-8.

desarrollo del concepto de delito son generalmente reconocidas como acertadas y —en sí mismas— defendibles inclusive en ambientes ajenos al concepto final de la acción.

Para Jescheck,²⁰ fuera de Alemania, el concepto final de acción ha sido mayoritariamente rechazado, aunque —en la dogmática jurídico-penal minoritaria— no faltan quienes elogian la teoría de la acción finalista. En el país germano, además, el finalismo recibió apoyo de la jurisprudencia. Así: sobre la teoría de la culpabilidad y el tratamiento del error de prohibición; sobre la posición del dolo en el tipo de injusto y acerca de la esencia de la autoría, entre otros asuntos.

Se pregunta el catedrático y director del Instituto Max Planck de derecho penal de Friburgo, en Brisgovia: ¿qué caminos ha de recorrer la *teoría general del delito del futuro*? La respuesta es que, efectivamente, resulta necesario contar con los principios sistemáticos básicos, que constituyen el fundamento del concepto de delito en el finalismo y, previsiblemente, seguirán imponiéndose, ya que resultan convincentes aun con independencia de la teoría final de la acción. Ésta es la dirección seguida por casi todos los tratados y obras alemanas.

La nueva construcción de la teoría del delito impondrá la supremacía incluso en los demás países vinculados a la dogmática jurídico-penal alemana. La predicción de Jescheck contiene una verdad relativa, como todas las verdades jurídicas, ya que aunque la dogmática jurídico-penal alemana no prescinde, en ningún instante, de la consideración crítica o adhesiva de la teoría final de la acción, en otros países no es exactamente igual, lo cual no resta ni un milímetro de categoría científica a la genial construcción welzeliana.

En opinión de Jescheck, el punto central de la acción finalista se encuentra en que: “la finalidad de la acción típica se equiparó al dolo en el nuevo sistema del delito”. A partir de esta tesis, las consecuencias derivadas no se hicieron esperar, así el dolo debe pertenecer al tipo, de igual manera que los restantes elementos subjetivos del injusto, ya que la misión del tipo es —justamente— “la caracterización de la acción *en todos sus elementos de injusto* esenciales para la punibilidad”.

Lo anterior produce modificaciones esenciales en la estructura del delito, según el autor que seguimos, en tres puntos esenciales:

20 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, Parte general, pp. 286, 287 y ss.

a) En primer lugar, *la conciencia de la antijuridicidad* hubo de ser separada del dolo, toda vez que éste fue entendido como pura realización de la voluntad, y convertirse en presupuesto esencial de la noción de culpabilidad, ya que el reproche social por la mala formación de la voluntad alcanza al autor por haberse decidido por el hecho, con conocimiento de su antijuridicidad.

b) En segundo lugar, la separación del dolo y de la conciencia antijurídica provocó la distinción del error de forma diversa al anterior (error de hecho y error de derecho). Para el finalismo, tenemos —por una parte— el *error de tipo* y —por otro lado— el *error de prohibición*. El error de tipo excluye el dolo y con él la punibilidad, ya que sin dolo no se realiza el tipo; y el error de prohibición hace desaparecer la conciencia de la antijuridicidad.

Por consiguiente, Welzel reaccionó respecto del error de prohibición introduciendo los criterios de *evitabilidad e inevitabilidad*. Solamente un error invencible de prohibición hace desaparecer el reproche de la culpabilidad. Al no ser así, el error de prohibición existe, si bien se aminora la intensidad del reproche.

c) Finalmente, la consecuencia ineludible es que sólo cabe la participación (inducción y complicidad) *en un hecho principal doloso*, porque sin dolo falta ya la conducta típica integradora del hecho principal. Este protagonismo de la parte subjetiva de la antijuridicidad, resultante del cambio de situación del dolo, condujo —además— a la modificación del concepto material del injusto.

Los elementos subjetivos del tipo quedan reunidos bajo la superior modificación de “elementos personales del injusto”, y quedaron contrapuestos al “desvalor del resultado” como “desvalor de la acción”. El injusto no se agotaba, pues, en el daño social derecho, sino que también constituye una “ejecución defectuosa socialmente relevante” del hombre, concepto en el que se mezclan la voluntad criminosa de la acción y el resultado del hecho.

La “imprudencia”, siguiendo la denominación de Jescheck, quedó esclarecida, y no es una forma de la culpabilidad. Constituye, por un lado, la inobservancia del cuidado exigible en el tráfico, y así forma parte del tipo de injusto y —al propio tiempo— es un elemento de la culpabilidad como reprochabilidad personal de la falta de cuidado. De este modo, quedan separados, *ab initio*, los hechos dolosos y los imprudentes,

diferentes no sólo como formas de culpabilidad, sino en el propio tipo de injusto.

Para Jescheck los precursores de la teoría finalista son Weber, E. A. Wolf y Graf zu Dohna. No obstante, el concepto de delito del finalismo quedó completado por la nueva teoría de los *delitos de omisión*, debida a Armin Kaufmann que los concibió como tercera forma general de aparición del hecho punible, al lado del delito doloso, del culposo, y dotada de una estructura independiente de sus elementos.²¹

Resumiendo: según Jescheck, el planteamiento finalista se estableció a partir de la separación tajante entre “mundo real y derecho”, característica del neokantismo, a la *realidad del ser social*. A ello se unió la superación del neutralismo valorativo y el intento de proporcionar una auténtica *fundamentación ético-social del derecho penal*, manifestada en el concepto personal de la antijuridicidad, en el principio de la responsabilidad del hombre por la corrección de sus decisiones voluntarias y en un sentido retribucionista de la pena.

Günther Jakobs²² entiende que para Welzel, en su teoría finalista, el derecho penal tiene la trascendencia de “asegurar los valores de acción ético-sociales”. En otras palabras, Jakobs coincide con Jescheck en que los procesos materiales-causales, en el ámbito penal, han de ser entendidos como hechos sociales.

Desde esta posición, la misión de la dogmática jurídico-penal reside en desarrollar las proposiciones necesarias “para la debida reacción ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado”. Igualmente, una lesión externa supone la manifestación de la vulneración de la norma, pero también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la misma.

Aquí, para Jakobs, se separan los caminos. La dogmática penal ontologista se quiebra, y para el profesor germano, mucho más severamente de lo que nunca se ha tenido conciencia. Los conceptos de culpabilidad y acción, y otros muchos menos abstractos, a los que siempre se ha atribuido una esencia o —menos específicamente— una estructura lógica-

21 Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. de Bacigalupo y Garzón Valdés, Buenos Aires, Depalma, 1977, *passim*. Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 35 y ss, y 59 y ss. Traducido literalmente: la dogmática en los delitos de omisión.

22 Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general*, trad. de Cuello Contreras y Serrano, Madrid, Ediciones Jurídicas Marcial Pons, 1995, prólogo a la primera edición y pp. 162, 163 y ss.

objetiva, prejurídica, se convierten en conceptos de los que no cabe afirmar nada, sin tener en cuenta la misión del derecho penal, e inclusive la noción de sujeto imputado se manifiesta como un concepto funcional. Esto no es una panacea de soluciones, para apoyar todas las proposiciones dogmáticas para siempre, ya que constantemente habrá incertidumbre.

Esbozada la conceptualización de Jakobs, a grandes rasgos, cabe señalar que —para él— la doctrina finalista de la acción tiene el mérito de haber superado, en el concepto de acción y con ello en lo injusto, la separación de los lados objetivo y subjetivo del delito. Es decir, el injusto pasa de ser naturalístico a convertirse en injusto personal.

El pensamiento subyacente es el de trasladar, a la parcela de la dogmática jurídico-penal, la idea de que una conducta voluntaria (sin tener en cuenta su contenido) constituye un factor causal como cualquier otro y que, por consiguiente, nada aporta a la determinación de lo que es contrario a la norma. Las proposiciones jurídicas, constitutivas del contenido de la norma, sólo se refiere a sucesos inevitables, por tanto: “acción es la causación de un resultado, evitable para quien lo causa”.

El desarrollo de la doctrina finalista de la acción welzeliana coloca —al conectar con nociones de la psicología del conocimiento— al lado de la forma de determinación “causalidad”, la de la “intencionalidad”. Jakobs entiende de lo dicho que el ser humano está en condiciones de anticipar mentalmente las consecuencias de sus movimientos corporales, elegir los procesos causales para la obtención de un fin y poner las condiciones necesarias para el adecuado desarrollo de los procesos.

En este sentido, el penalista alemán estima que también concurriría la intencionalidad cuando no se ponen condiciones de un proceso social, sino que para la obtención del fin *no se emplean* factores causales, justamente como acaece en los delitos de omisión. Imputable es no sólo lo realmente pretendido, es decir, sólo lo doloso o sólo lo realizado a propósito, sino que es suficiente que haya podido adoptarse la dirección final (en la imprudencia).

Según Jakobs, la dirección final se realiza, de conformidad con esta doctrina, en dos fases: *a)* en la etapa de la anticipación del fin, y también en la elección de los medios necesarios para la obtención del mismo, teniendo en cuenta las consecuencias secundarias, y *b)* en la faceta de la ejecución en el *mundo real*, lo que, además, convierte a la acción en un proceso causal, aunque *supradeterminado*.

Un ejemplo de lo anterior vendría constituido por el caso del autor de un robo, cuya *finalidad* es la *apropiación*, que planea, al principio, emplear la violencia, *fin intermedio*, apretando el cuello a la víctima con una correa, *medio del hecho*, pero lo rechaza a causa del elevado peligro de muerte de ese medio, *consecuencia secundaria*, y planea golpear a la víctima con un saco relleno de arena, *nuevo medio*: conclusión de la primera fase.

Como, al ponerlo en ejecución, el plan no da resultado, *el fin intermedio fracasa, fallo en la etapa de realización*, el autor recurre el plan anterior, *el arriesgado, el apretar el cuello de la víctima con una correa, como fin intermedio, vuelta a la primera fase*. La víctima fallece asfixiada, *producción de la consecuencia secundaria; ejecución en la realidad*. En el ejemplo, no se trata solamente de una acción final del robo, sino, además, de una acción final de homicidio.

Para Jakobs, el finalismo supone que la acción no es un simple vínculo entre el autor y un resultado, que fundamenta la antijuridicidad, sino que inclusive es *expresión de sentido*, diferencia fundamental con el causalismo, y sobre esa acción recae, en cuanto acción prohibida, el juicio de antijuridicidad, es decir, que constituye injusto.

El hecho de que, en los delitos dolosos, el dolo —como tipo subjetivo— tenga que ser presupuesto de lo injusto, constituye hoy —esto sólo— opinión dominante, y el mínimo de cualquier doctrina del injusto personal. Aunque, por expresión de sentido no ha de entenderse, aquí, la toma de posición individual ante la norma, puesto que la finalidad existe, independientemente de una regulación normativa de la parcela de objetos configurados finalmente. En otras palabras: la acción final es una propiedad del comportamiento antijurídico, sea culpable o no.

Entiende Jakobs²³ que la crítica a la doctrina finalista puede resumirse de la forma siguiente:

La finalidad, como dirección consciente e intencional de las consecuencias de la ejecución de la acción, no se extiende a *las consecuencias secundarias*, realizadas dolosamente, ni mucho menos a las consecuencias realizadas imprudentemente. Pero tampoco la ampliación del concepto de finalidad a la dirección consciente de la *ejecución* de una acción proporciona denominador común apropiado alguno, pues los automatismos no necesariamente se des-

²³ *Ibidem*, p. 165.

pliegan conscientemente. A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora que se refiere abreviándolas [i], a las condiciones del comportamiento evitable, y nada más.

Concretando lo más posible el pensamiento de Jakobs podemos precisar, sobre todo en relación con las conductas imprudentes (culposas diríamos nosotros) que constituyen el talón de Aquiles del finalismo que, desde luego, en la ejecución final, con las consecuencias previsibles de un tipo imprudente, *lo final no es lo injusto a causa de la finalidad, sino a causa de la inevitabilidad final*. La finalidad constituye, aquí, por consiguiente, sólo una manifestación de la categoría relevante de la *evitabilidad*.

No se trata de realizaciones finales de resultados, ni tampoco únicamente de ejecuciones finales de acciones, sino de las condiciones de la evitabilidad del comportamiento. Naturalmente, como dice Jakobs,²⁴ “estas condiciones se concretan en su mayor parte, aunque no necesariamente, en ejecuciones de acciones finales (al menos externamente)”.

La posterior explicación de Welzel del concepto final de acción como “consideración biocibernética” y el propio Maurach-Festschrift, al indicar el cambio hacia las condiciones de la dirección de la acción, señalan ya esa secuencia. Naturalmente, la anticipación del acento desde lo actualmente dirigido a lo evitable, que propone Jakobs, va mucho más allá de la reinterpretación welzeliana.

Para Jakobs, el error principal de la doctrina final de la acción reside, precisamente, en que “vincula el concepto de acción sólo a la propiedades del acto ejecutado, descuidando la cuestión de las alternativas que el autor tiene. Al final, la solución es en parte muy estricta y en parte muy amplia”.

Muy estricta en cuanto la finalidad externa debe ser condición mínima de una acción; pero no *decide lo formado del acto, sino su inevitabilidad*, y muy amplia, porque incluye como acción aquellas reacciones corporales externamente finales que no pueden evitarse. En esta tesitura, el concepto de acción acusa la pérdida de su función concretizadora.

Por último, esta solución confunde la distinción entre comisión y omisión: “el automatismo que se puede anular mediante motivación y el movimiento reflejo en cortocircuito que sólo es evitable *mediante actividad*

²⁴ *Ibidem*, p. 167.

contraria (movimiento convulsivo de un músculo, etcétera), por la finalidad externa, se convierten ambos en acción”. En mi opinión, crítica demoledora —para los irreflexivos entusiasmos finalistas— la de la joven figura del dogmatismo jurídico-penal alemán de nuestra época.²⁵

Por su parte, Schmidhäuser²⁶ desenvuelve, en años recientes, un sistema propio con rasgos muy específicos, en el que intenta superar, sintéticamente, la “contraposición de teoría tradicional y teoría final de la acción”. Pretende una sistematización teleológica de los elementos del hecho típico, que tiene su origen en la conexión material existente entre el hecho y la pena.

Para el profesor germano, el fin de la pena se encuentra, exclusivamente, en la prevención general. En el aspecto interpretativo del derecho penal, abre un amplio campo a través de la distinción de tipo literal y tipo de interpretación, que auspicia el abandono del *sentido literal posible* como límite de la interpretación permitida.

Un indicador auténtico del sistema propuesto es la escisión del concepto de dolo, cuyo elemento intelectual se incluye —junto con la conciencia del injusto— en la culpabilidad, en tanto que el elemento volitivo, la voluntad —entendida estrictamente como *intención*— se traslada al injusto. La cuestión de la libertad de la voluntad queda sin respuesta, ya que es suficiente para fundamentar la culpabilidad “constatar la vulneración espiritual de los valores”.

Para Roxin,²⁷ el punto de partida se encuentra en la idea sistemática, esencial, de que los elementos de la noción de delito han de corresponderse con las necesidades y finalidades político-criminales. Para él “el tipo responde el *leit motiv* de la certeza de la ley”. Por otra parte, en las causas de justificación, la solución perseguida es resolver los conflictos conforme a “un número ilimitado de principios ordenadores materiales”.

El maestro de la Universidad de Munich, finalmente, matiza que la categoría delictiva, tradicionalmente conocida por *culpabilidad*, realmente tiene mucho menos que ver con la averiguación del poder actuar de un modo distinto (para él algo empíricamente difícil de constatar) que

25 *Ibidem*, p. 168.

26 Schmidhäuser, “Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. LXVI, 1954, pp. 27 y ss. Voluntariedad y finalidad como señal del injusto en el sistema del derecho penal.

27 Roxin, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (política criminal y sistema del derecho penal), trad. de Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 35-37 y 39-41.

con el problema normativo de si y hasta qué punto, en los casos de circunstancias personales irregulares o condicionadas por la situación, resulta conveniente una sanción penal a una conducta que, *ab initio*, se encuentra amenazada con una pena.

Para Claus Roxin, vistas las cosas desde esta perspectiva, el postulado del *nullum crimen*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena constituyen la base, desde el ángulo político-criminal, para las conocidas categorías delictivas.

Así, por lo que hace a la teoría del tipo y a la de la culpabilidad, han de interpretarse con principios específicamente jurídico-penales. En cambio, la parcela de la antijuridicidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico. Por esta razón, las causas de justificación proceden de todo el ámbito jurídico y embonan, conectan, al derecho penal con las otras disciplinas jurídicas en la unidad del ordenamiento jurídico total.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Entiendo que la base psicológica-fenomenológica-filosófica del finalismo welzeliano, que ha sido señalada en páginas anteriores, desemboca en un *teleologismo eticizante*, que en buena medida tiene su base en la problemática de la ética jurídica material y el desenvolvimiento del derecho natural, teniendo como telón de fondo la pregunta eterna de: ¿qué es lo bueno, qué es lo justo?

La filosofía del derecho, en cuanto teoría de la justicia, puede ser escindida en dos grandes campos: por una parte, una fenomenología de la justicia (descripción del valor de lo justo), y una ideología de la justicia (proposición de determinados criterios de valoración y también de transformación de la sociedad). En otros términos, se trata de un análisis descriptivo que culmina en una toma de posición ideológica.

Ante el suntuoso ropaje científico-jurídico de Welzel, cabría señalar que, para Norberto Bobbio,²⁸ la razón no se reduce a la razón científica, sino que es mucho más amplia que ésta y *puede abarcar también el campo de los valores*. En este sentido, el positivismo jurídico —con Bobbio— se convierte en crítico, ya que amplía el campo de la razón humana a la problemática de los valores.

28 Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, 1992, pp. 67, 68 y ss.

DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Cuando Hans Welzel habla de lo adecuado al debido proceso social, está ubicando —dentro de las coordenadas del desenvolvimiento de la convivencia— la necesidad de considerar la regulación jurídica-penal dentro del campo de los valores de una sociedad, lo cual significa si no una vuelta al jusnaturalismo tradicional, sí un intento de distinguir, de diferenciar el campo de la ciencia jurídica del de la filosofía jurídica.

Aquí convendría puntualizar qué entiende Bobbio por jusnaturalismo y qué entiende por positivismo jurídico. Por *jusnaturalismo* considera aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y sostiene la primacía del primero sobre el segundo.

Por *positivismo jurídico* estima aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y hace la afirmación tajante de que no existe otro derecho que el derecho positivo. Estamos en presencia de dos concepciones asimétricas. Así, el jusnaturalismo postula la superioridad del derecho natural sobre el positivo, en tanto que el positivismo jurídico, alejándose de las problemáticas de las superioridades del derecho sobre otro, sostiene la exclusividad del derecho positivo.

En otros términos, Bobbio²⁹ entiende por jusnaturalismo la *teoría de la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo*. Para él, el positivismo jurídico establece la *teoría de la exclusividad del derecho positivo*. Por consiguiente, el naturalismo es dualista; el positivismo jurídico, es monista.

La afirmación de las estructuras lógico-objetivas welzelianas, en mi concepto, trata de sintetizar esta doble perspectiva de enfoque del problema penal: por un lado, una ética de valoración; por el otro, dichas estructuras. En este sentido, la pertenencia del contenido de la voluntad a lo injusto o a la culpabilidad no resulta ser un problema ontológico, sino más bien valorativo.

Como acertadamente señaló Stratenwerth,³⁰ y destacamos anteriormente en páginas anteriores, las estructuras lógico-subjetivas reciben su manifestación más clara desde la consideración del ser humano como persona. La acción finalista sólo adquiere su verdadera dimensión en cuanto se trata de una conducta específicamente humana; en otras palabras, el comportamiento finalista es específicamente humano. Sólo así adquiere el dolo su verdadera dimensión de elemento subjetivo del injusto.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Stratenwerth, Günter, *op. cit.*, nota 9, pp. 14-17.

Finalmente, puede afirmarse que no existe escuela, tendencia o doctrina que no haya servido para hacer progresar el derecho penal y, precisamente, la teoría finalista ha contribuido a su progreso de manera notable, y la excesiva *etización* de la disciplina penal, aunque tiene antecedentes reprobables en la época de Hitler, también parece alojarse en las venas jurídicas de la democracia, a través del principio *nullum crimen sine culpa*. En este sentido, todos somos beneficiarios de la teoría finalista de la acción, aunque no debemos perder —nunca— nuestra perspectiva crítica.