

~~A31/EG~~

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VOL. XXVII - CURSO 1953-54

CUADERNO I - DERECHO

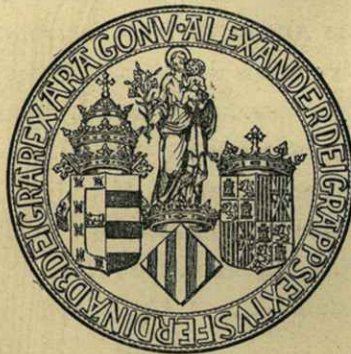
HR4
145

JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ

CATEDRATICO DE LA FACULTAD DE DERECHO

LA DOCTRINA DE LA ACCION FINALISTA

LECCION INAUGURAL DEL CURSO 1953-54



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES
INTERCAMBIO CIENTIFICO Y EXTENSION UNIVERSITARIA
(UNIVERSIDAD DE VALENCIA)

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Se publican a través del curso académico, a base de un cuaderno o fascículo para cada una de las Facultades universitarias, completado por uno de Crónica, en el que se recoge la actividad general de la Universidad, durante el respectivo curso y de sus distintas Facultades, instituciones y servicios.

La publicación de *Anales*, puesta bajo la alta dirección del Magnífico y Excmo. Sr. Rector de la Universidad y de los Iltes. Sres. Decanos de las cuatro Facultades, se halla confiada a una Comisión de Redacción, integrada por los siguientes señores: Director, Ilustrísimo Sr. D. José Santa Cruz Teijeiro, Decano de la Facultad de Derecho y Director del Secretariado de Publicaciones. Vocales: don Antonio Llobart Rodríguez, Catedrático y Vicedecano de la Facultad de Medicina; don Pablo Alvarez Rubiano, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras, y don Enrique Costa Novella, Catedrático de la Facultad de Ciencias; Secretario, don José María Font Rius, Catedrático de la Facultad de Derecho y Secretario del Secretariado de Publicaciones.

El Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria, desea que *Anales de la Universidad de Valencia* pueda servir, a su vez, de instrumento de relación con otras Universidades y organismos científicos de España y del extranjero, y a este fin organiza su distribución, principalmente, por el sistema de intercambio, con las publicaciones de estos centros, bien de la totalidad de sus fascículos, bien de sólo aquellos que interesen en cada caso en función de la respectiva especialidad. Asimismo, para otros organismos, particulares, etc., tiene establecido el régimen de venta por cuadernos independientes.

* * *

Toda clase de correspondencia dirigirla al Secretariado de Publicaciones, Intercambio Científico y Extensión Universitaria. Universidad de Valencia (España).

JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ

LA DOCTRINA DE LA ACCION FINALISTA

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VOL. XXVII - CURSO 1953-54

CUADERNO I - DERECHO

JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ

CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO

LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINALISTA

LECCIÓN INAUGURAL DEL CURSO 1953-54



SECRETARIADO DE PUBLICACIONES
INTERCAMBIO CIENTIFICO Y EXTENSION UNIVERSITARIA
(UNIVERSIDAD DE VALENCIA)

MAGNÍFICO Y EXCELENTÍSIMO SEÑOR,
AUTORIDADES,
CLAUSTRO UNIVERSITARIO,
ESTUDIANTES VALENCIANOS,
SEÑORAS Y SEÑORES:

P R E A M B U L O

Al tener el honor de hacer uso de la palabra, en cumplimiento del precepto reglamentario que para ello me designa en este acto solemne que abre las tareas académicas del nuevo curso 1953-1954, bien hubiera querido poder ofrecer un trabajo digno en todos conceptos de la tradición y prestigio de esta gloriosa Universidad, que tantos y tan eminentes maestros ha contado y cuenta en su seno. Nunca como ahora hubiera deseado poseer profundos conocimientos, brillantez en la exposición, originalidad en las ideas para dar cima de modo cumplido a esta misión y corresponder en alguna medida a lo que la Universidad merece y a mi especial deuda de gratitud para con ella. Pues sólo cuando llegan ciertos momentos en la vida de los hombres es posible comprender y estimar en su altísimo valor lo que representan la adhesión, el compañerismo, la fraternal benevolencia que, de modo decisivo, contribuyen a levantar el ánimo y a mantener viva la esperanza de un futuro mejor. Mientras se poseen juventud y salud, creemos que no es precisa la ayuda ajena, y que nuestras fuerzas colocadas al servicio del interés y entusiasmo profesionales han de ser suficientes para desempeñar con dignidad la misión que nos corresponde en la vida. Pero cuando la desgracia sobreviene y las facultades disminuyen e incluso nos es ya materialmente imposible el ejercicio de aquella actividad en la que hemos cifrado todo nuestro entusiasmo, por mucha que sea nuestra resignación, y por bien templado que el ánimo esté, sentimos que el horizonte se nos cierra y que se adueña de nosotros un triste pesimismo. Y todavía en los rarísimos casos en que la persona así afectada posee un genuino espíritu creador, y por virtud de él se halla en condiciones de establecer las bases de un nuevo sistema científico o de lograr un descubrimiento que quizás produzca incalculables beneficios a la humanidad, puede suponerse con fundamento que la fuerza creadora o constructiva que en él alienta sea bastante para compensar el defecto que la dolencia implica. Yo mismo tengo el recuerdo

imborrable de un hombre de ciencia, gloria de nuestra patria, mentalidad genial, muerto en plena juventud que, víctima de terrible dolencia, no pensaba más que en sus investigaciones y trabajos, sin parecer o sin querer darse cuenta de su verdadero estado. Pero cuando nuestras condiciones personales no nos permiten ni pensar siquiera en tan elevados objetivos, y consideramos que nuestra principal misión es la de procurar enseñar a los escolares lo que hemos llegado a conocer, sólo la esperanza de poder reanudar esta labor docente es lo que nos permite mantener el espíritu levantado y la confianza en nosotros mismos. Esta esperanza es lo que yo debo a la Universidad de Valencia, y no quiero dejar pasar este momento sin hacer patente mi gratitud. Aceptad, pues, Magnífico y Excelentísimo Señor, como el más alto y digno representante de la Universidad, este testimonio, muy modesto, pero muy sincero, de mi agradecimiento más profundo.

**Altas y bajas
del personal
universitario
durante el
pasado Curso**

La Universidad de Valencia y, más especialmente, su Facultad de Derecho, tienen que lamentar la muerte prematura dentro del pasado curso de uno de sus más significados docentes, del que fue catedrático de Derecho Internacional público y privado, don JOSÉ RAMÓN DE ORÚE Y ARREGUI. Pérdida tanto más de sentir por ser el finado un profesor entusiasta que consagró toda su vida a las tareas universitarias y a trabajos de investigación propios de su disciplina. Para el que ahora os dirige la palabra, la pérdida de nuestro compañero ha sido aún más dolorosa que la natural en todo otro caso, debido a la estrecha amistad que, desde hace muchos años, me unía a él. Mi relación con ORÚE databa de la época en que cursé el Doctorado en la Universidad de Madrid. Era ya él entonces profesor auxiliar de la Facultad de Derecho, y después de un primer tiempo en que había dedicado su atención a problemas de Derecho penal y Criminología, realizando en esta última disciplina muy notables trabajos de índole práctica, se había consagrado definitivamente al estudio del Derecho Internacional. Durante parte del curso fui alumno suyo en la Cátedra de Historia del Derecho Internacional (que regentaba, como Catedrático, el inolvidable maestro don JOAQUÍN FERNÁNDEZ PRIDA), y aun están presentes en mi recuerdo sus explicaciones siempre amenas y sus celebrados rasgos de ingenio. Asistí poco después a las oposiciones en virtud de las que fue nombrado Catedrático de Derecho Internacional de la antigua Universidad de San Fernando, de La Laguna; dos años más tarde obtuvo, por concurso, la cátedra de la misma disciplina en nuestra Universidad, y aún me parece oír la satisfacción con que se expresaba por venir a Valencia, que además ofrecía para él el afectivo aliciente de tener por compañero en la misma Facultad a su gran amigo, el hoy

Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, uno de los más altos prestigios de que se enorgullece nuestra alma mater. No suponía yo entonces que muy poco tiempo después, en el año 1930, había de coincidir con ORÚE en estos claustros. Aquí se reafirmó nuestra amistad que ha permanecido inalterable hasta su muerte. Aunque nacido en tierra de Castilla y oriundo por sus antepasados y apellidos del país vasco, se había compenetrado de tal manera con la Universidad y con Valencia, que parecía haber nacido en esta ciudad que él quiso tanto. Sirvan estas palabras de uno de sus más sinceros amigos, de emocionado recuerdo a su memoria.

En el pasado curso, la Universidad de Valencia ha visto incorporarse a su personal docente los prestigiosos nombres de don MANUEL DÍAZ Y DÍAZ, Catedrático de Lengua y Literatura latinas, ingresado por oposición; de don FELIPE M.^a GARÍN ORTÍZ DE TARANCO, valenciano y alumno de nuestra Universidad, ingresado por concurso, procedente de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de La Laguna; de don ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, Catedrático de Derecho Internacional público y privado, procedente de Valladolid; de mi querido amigo don FRANCISCO MURILLO FERROL, Catedrático de Derecho Político, ingresado por oposición; de don CARLOS CARBONELL ANTOLÍ, valenciano, alumno que fue de nuestra Facultad de Medicina, Catedrático de Patología y Clínica Quirúrgicas, ingresado por concurso, procedente de la Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza, y de don VICENTE SALVATIERRA MATEU, alumno que fue de la Facultad de Medicina de nuestra Universidad, profesor adjunto adscrito a Obstetricia y Ginecología, ingresado por concurso-oposición. En nombre de la Universidad les envío oficialmente la salutación más cordial y fervorosa.

El estudio que tengo el honor de ofrecer a la consideración de este ilustre auditorio, se refiere a un problema de la teoría jurídica del delito, de gran actualidad en Alemania, pero apenas trabajado, fuera de las fronteras de aquel país; por ello, la Bibliografía que cito es casi exclusivamente alemana.

El tema desarrollado

Desde los comienzos del pasado siglo han ido surgiendo en el campo del Derecho criminal una serie de problemas que de un modo sucesivo atraen la atención de los estudiosos. La polémica se enciende respecto a cada uno de ellos, llega en poco tiempo a su momento álgido y después decae, bien porque se haya logrado una solución unánime o casi unánime, bien porque sin conseguir esto, surge un nuevo problema que desplaza al anterior. Sin embargo, el panorama es distinto en Italia y en Alemania. En Italia, la aparición, en la década 1870-1880, de la denominada "escuela positivista", con sus inaceptables

y radicales postulados y derivaciones en la práctica, determina que la gran mayoría de los escritores contrarios a tal dirección, olvidando las discrepancias que hasta ese momento los dividían, se agrupan en un frente común de lucha para combatir más eficazmente bajo la bandera de la que se llamó "Escuela clásica" y después "neoclásica", los avances del positivismo que en sus primeros tiempos parecía que iba a asestar el golpe de muerte al Derecho penal. Se trata, por tanto, de una verdadera "lucha de escuelas", polarizada en los dos órganos representativos de una y otra dirección: en la "Revista penal", de LUIS LUCCHINI, y en la "Scuola positiva", de ENRIQUE FERRI. La situación es muy distinta en Alemania, donde el positivismo sociológico sólo penetra muy atenuado y donde ni siquiera sus representantes más destacados olvidan nunca el estudio dogmático del Derecho penal. Por ello la "lucha de escuelas", no obstante la agria polémica de VON BIRKMEYER-VON LISTZ, tiene en realidad una importancia secundaria y, en cambio, aparece en primera línea el debate sobre problemas siempre de índole jurídica. La controversia sobre las características del hecho punible (Sistemas de GROLMAN y FEUERBACH), sobre el bien jurídico y el interés, sobre la norma y la ley penal, sobre la relación de causalidad, sobre la causalidad en la comisión por omisión, sobre la tipicidad como elemento del delito, sobre el tipo legal, sobre la índole psicológica o normativa de la culpabilidad, para no referir sino los problemas más debatidos en el lapso de tiempo que se extiende hasta la guerra de 1914, constituyen una prueba de lo que indicamos. Más adelante, en los años inmediatamente anteriores a la segunda guerra mundial y casi hasta el final de ella, surgen las cuestiones en orden a un concepto unitario del delito (para corregir los excesos de la dirección analítica hasta entonces imperante) y al llamado tipo normativo de autor. Por razones que no son del caso, estos dos problemas tan ardientemente debatidos en los años entre 1935 y 1944, caen después en el olvido más completo. En cambio, la polémica en torno al concepto de la acción finalista planteado por WELZEL algunos años antes y desarrollado de un modo sistemático por este autor ya en 1940, llega a ser, en los años transcurridos desde el término de la contienda hasta el presente, la cuestión que en primera línea es objeto de debate, lo mismo en los Tratados generales que en las monografías y, sobre todo, en los artículos de las Revistas. La actividad prodigiosa desplegada en Alemania en la labor reconstructiva se acusa también en esta esfera.

En mi trabajo, consciente en todo momento de mis posibilidades y limitaciones, me he esforzado en exponer con la mayor fidelidad posible el estado de esta doctrina y las críticas de que ha sido objeto por tratadistas de reconocido renombre en Alemania. Confío que ello facilite al lector español que se interese por estos problemas y

LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINALISTA

no tenga a su alcance los textos originales, la formación de un juicio propio. Esto es lo principal. Mi opinión, que por ser mía nada vale, sólo la expongo por obedecer a la inveterada costumbre de que todo el que aborda un problema, siquiera sea principalmente para referir lo que otros han hecho, exponga también su punto de vista sobre él.

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE LA ACCION
EN LA DOCTRINA TRADICIONAL

§ 1

LAS FORMAS DEL CONCEPTO DE ACCION

Desde la aparición de los primeros *Tratados* sistemáticos de Derecho criminal, se define el delito como una *acción* del hombre caracterizada por determinadas propiedades específicas, mediante las que se intenta, con más o menos fortuna, diferenciar el hecho punible por una parte de la conducta irrelevante para el Derecho, y, por la otra, de la ilicitud meramente civil. Ciertamente es que en los primeros «Sistemas de Derecho Criminal» este concepto básico de acción no juega papel alguno en la doctrina del delito, y tuvieron que transcurrir bastantes años para que la situación se modificara. Cuando en estos primeros tiempos de la evolución sistemática se procedía al análisis del concepto del delito, la pregunta que se formulan los escritores no se precisa en estos términos: ¿Cuáles son las características del delito?, sino más bien en la forma siguiente: ¿Qué características han de concurrir para que una acción sea delito?, esto es: ¿Cuáles son las características del delito además de la acción? La acción queda, por tanto, fuera del examen, pero no ciertamente porque dichos escritores la creyeran un elemento no esencial del concepto del delito —pues al recibirla previamente en la definición del hecho punible, ofrecían claro testimonio de lo contrario—, sino por considerarla demasiado abstracta o incluso como algo tan natural que no era susceptible o merecedora, respectivamente, de que en ella se detuviera una consideración ulterior. «El análisis del delito —dice von LISZT (1)— se propone, ante todo, determinar su propia naturaleza específica mediante el desarrollo de las características que diferencian el hecho punible de las restantes acciones relevantes para el Derecho... y pregunta ¿de qué índole son las acciones que tienen como consecuencia una

(1) En el artículo sobre el bien jurídico y el concepto de la acción en el *Handbuch de BINDING*, publicado en el volumen VI (1886) de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, páginas 686 y 687.

sanción penal? El hecho de que el delito es acción no interesa aquí en primera línea, sino más bien el hecho de ser una acción de determinada especie. Este es el punto de partida del examen ulterior».

Pero esta postura originaria se modifica con el tiempo, y el concepto de acción acaba por lograr entrada y amplio reconocimiento en el sistema del delito después de una serie de curiosas vicisitudes gráficamente descritas en la monografía de GUSTAVO RADBRUCH (2), cuya consideración no sería aquí pertinente. Baste insistir en la extraordinaria importancia que el concepto de acción, como primer elemento del delito, reviste para el total Sistema, de lo que es prueba terminante v. gr.: la detenida consideración del problema en el *Lehrbuch* de MEZGER.

Ahora bien, lo que haya de entenderse por «acción», aparece a primera vista tan natural e indudable, que incluso cuando se trata de determinar el concepto jurídico-penal de la acción creemos que el contenido de la misma no es otro que el que nos ofrece nuestra percepción por los sentidos. Por ello, parecía lo más indicado ligar el «concepto jurídico» de acción a la percepción sensorial y definir la acción con arreglo a su resultado perceptible, «como la modificación material del mundo exterior perceptible por los sentidos» (3). Un tal concepto de acción segrega del curso total de la vida de un hombre un determinado espacio del curso del suceder objetivo y lo examina al objeto de comprobar si durante él realizó o no alguna actividad. Y según muestre dicho examen la existencia de una actividad muscular o de una inactividad muscular se afirma o niega, respectivamente, la acción en sentido jurídico-penal. Pero es indudable que para el Derecho punitivo es insuficiente tal mera «abstracción de hechos», porque mientras que por una parte resulta incluida en el concepto penal de acción, toda «actividad real», aunque sea socialmente irrelevante, queda fuera por la otra, la «inactividad real» de la omisión. Por ello fue preciso añadir a este puro elemento real de la corporeidad ulteriores criterios que hicieran posible tanto una restricción como una ampliación de este primer concepto «naturalístico» de la acción, convirtiéndole en un concepto jurídico-penal. La nueva Sistemática —dice MAIHOFFER (4)— ha desenvuelto tres formas fundamentales del

(2) *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904 (citada en lo sucesivo *Handlungsbegriff*). Es la obra clásica sobre el problema del concepto de la acción y siempre interesante a pesar del tiempo transcurrido desde la fecha en que aparece. La parte primera se refiere a la sistemática científico-jurídica (páginas 7 a 67); la segunda aborda la importancia del concepto de la acción para el sistema penal (páginas 68 a 147).

(3) VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, segunda edición, 1884, página 107.

(4) WERNER MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, página 2.

concepto de acción, a saber: la forma estructural descriptiva del concepto «natural» de acción y las formas normativas de los conceptos «final» y «social».

a) *El concepto natural de acción* añade a la característica de la corporeidad la ulterior característica psicológica de la voluntad natural del agente. Por tanto, exige que a la mera conducta real-corporal se una la voluntariedad de la misma (5) y, en consecuencia, sólo entiende por «acción» la «conducta corporal dominada por la voluntad» (6), sólo una «conducta llevada por la voluntad» (7), con exclusión de todo suceder no voluntario. Un tal concepto de acción edificado sobre características descriptivas (corporeidad y voluntariedad) tiene que ser de manera necesaria valorativamente neutral y, en consecuencia, no sólo estará referido a la realidad, sino también estrictamente limitado a ella en virtud de sus módulos fisiológico-objetivo y psicológico-subjetivo.

Pero ahora —dice MAIHOFFER (8)— se plantea a las doctrinas finales la cuestión en orden, a si la realidad en que el Derecho piensa es esta realidad natural física y psíquica. ¿No ocurrirá, por el contrario, que todo este «proceso naturalístico de la acción» que, partiendo de la inervación muscular voluntaria y pasando por el movimiento corporal o por la inactividad, desemboca en el denominado resultado externo (modificación del mundo exterior), sea algo en absoluto indiferente para la valoración jurídica? ¿Y no resultará, por ello, que tampoco la valoración jurídico-penal deba ser de antemano vinculada a esta realidad psicofísica, sino de modo inmediato al sentido y valor de dicho proceso? Entonces será indudable que el objeto de referencia no es ya la acción en su realidad natural causal, sino en su sentido y valor espirituales.

Ello exige que ya el concepto de la acción, que precisamente ha de establecer la referencia al ámbito del suceder que interesa al Derecho penal, sea determinado con arreglo a criterios normativos. En virtud de esta estructura se convierte el concepto de acción en un concepto «referido al valor». Pero con ello pierde también su

Esta monografía, publicada a principios del año 1953, constituye a mi juicio una de las más importantes contribuciones al estudio del problema de la acción. En ella nos ocupamos con detalle en el parágrafo relativo a la crítica de la doctrina finalista.

(5) SCHÖNKE, *Kommentar*, página 17.

(6) MEZGER, *Strafrecht. Kurz-Lehrbuch*, volumen primero (parte general), cuarta edición de 1952, página 40 (citado en adelante *Kurz-Lehrbuch* o *Studienbuch*).

(7) GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenstheorie*, cuarta edición, 1950, página 14: «Pues el delito no es acción a causa de estas características externas (movimiento corporal y resultado)... La acción es esencialmente realización de la voluntad».

(8) Obra citada, páginas 2 y 3.

«indiferencia valorativa», pues la distinción entre acción y no acción no es ya el resultado de una comprobación de hechos, sino de la interpretación del sentido de los mismos, llevada a cabo bien desde el horizonte individual del agente, bien desde el horizonte social de la colectividad afectada por esta acción. Lo primero se realiza mediante la recepción de una característica final-subjetiva (asi WELZEL), lo segundo mediante la inclusión de un criterio final-objetivo (asi EB. SCHMIDT y ENGISCH. Por el primer camino se llega al concepto *final* de la acción, por el segundo al concepto *social* de la misma.

b) *El concepto final de la acción.* La característica determinante es de naturaleza individual, subjetivo-normativa. Con ello resulta que el concepto de acción se halla referido valorativamente al mundo interno del individuo, no al mundo externo de la colectividad. Desde este punto de vista interno, individual del agente, será determinado el sentido de una conducta, su importancia y, con ello, su carácter como «acción».

c) *El concepto social de la acción.* La característica constitutiva del concepto es de naturaleza objetivo-normativa referida a la colectividad social. Por consiguiente, para las doctrinas final-objetivas, el punto de vista valorativo del enjuiciamiento de una conducta en su carácter como «acción» es el de la comunidad social. Desde este punto de vista social será determinada la conducta del individuo en la comunidad, en su ser y sentido sociales. Si resulta de este examen que tal conducta, por encima de su realidad fáctica corporal, posee un sentido social que la presta relevancia social para su mundo circundante, entonces habrá que decir que dicha conducta es «acción», porque es un acontecimiento «socialmente relevante». La doctrina de la acción social, al examinar la relevancia social de una conducta no considera como decisiva la voluntad subjetiva del autor, sino la significación objetiva de la conducta como «conexión de sentido social».

La diferencia entre la doctrina final subjetiva y la objetiva podría expresarse en la siguiente fórmula según MAIHOFER (9): «Con arreglo a la primera es la voluntad del individuo la que imprime a una conducta su carácter de «acción», mientras que conforme a la segunda esta función corresponde a la colectividad.»

(9) Obra citada, página 5.

§ 2

EL CONCEPTO «NATURAL» DE LA ACCIÓN

1. Como ya indicábamos al comienzo del anterior párrafo, la acción no juega aún papel alguno en la doctrina del delito en los antiguos *Tratados* de Derecho Criminal. Todos estos Sistemas, dice RADBRUCH (10), pueden sin dificultad remontarse a dos tipos fundamentales, representados el primero por GROLMAN y por FEUERBACH, el segundo.

Los escritores que siguen a GROLMAN consideran el delito en primer término, según su naturaleza objetiva, con arreglo a su tipo objetivo, a su aspecto como *acto* (y aquí abordan los problemas de la antijuricidad, de la consumación y de la tentativa, y, a veces, también de la autoría y de la participación), para después contemplarle en su índole subjetiva, en su tipo subjetivo, en su cara *interna* de acto de la voluntad (dolo y culpa, imputabilidad). Entre los representantes más destacados de esta dirección pueden recordarse los nombres de ROSSHIRT, MARTÍN, JARCKE y LUDEN (este último en el *Handbuch*, pero no en las *Monografías*).

Los adeptos a FEUERBACH dividen las características del delito en *necesarias* o *esenciales* (cognoscibilidad externa, antijuricidad) y *alternativamente necesarias* o *no esenciales* (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo y culpa). Así, entre otros, WÄCHTER (en el *Lehrbuch* de 1825). BAUER, HEFFTER, HÄBERLIN y GEIB.

En el Sistema de GROLMAN y de los escritores que le siguen aparecen ya dos características de la acción, a saber: el *acto* en el lado objetivo y la *voluntad* (como parte integrante del dolo y de la culpa) en el subjetivo. En cambio, la tercera característica de la acción, la *relación* de la voluntad con el acto, no encuentra su lugar adecuado en estos Sistemas. El lado objetivo y el subjetivo del delito aparecen simplemente el uno al lado del otro, sin conexión entre sí, y si la definición del delito no nos dijera que ambos elementos se funden en una totalidad en el concepto de la acción, este conocimiento no podríamos deducirle del Sistema. No obstante, sería erróneo negar toda importancia al concepto de la acción en el Sistema de GROLMAN,

(10) *Handlungsbegriff*, página 76.

puesto que en realidad todo él está orientado en dicho concepto. Sus dos elementos, la voluntad y el acto, constituyen el fundamento divisorio de la total doctrina del delito, y las restantes características de éste desempeñan sólo la función de precisar y determinar una u otra de las características de la acción. Por tanto, si bien el concepto mismo de la acción no aparece como el concepto más alto del Sistema, por lo menos sus dos características (el acto y la voluntad) han de considerarse como los dos conceptos superiores del mismo. Por ello puede decir RADBRUCH que si bien es cierto que el concepto de la acción no juega papel alguno en el Sistema de GROLMAN, no es menos verdad que despliega tanto mayor eficacia entre los bastidores del mismo.

En cambio, en la construcción de FEUERBACH aparecen ya todas las características de la acción, incluso la relación de la voluntad con el acto. Pero esta última no ciertamente allí donde era lógico suponerla, a saber: entre las condiciones necesarias del delito, pues aquí sólo se considera el *acto*. La voluntad, en cambio, en vez de utilizarla para formar un concepto superior comprensivo del dolo y de la culpa y hacer de ella, por consiguiente, una de las características necesarias del delito, la trata FEUERBACH en cada una de las dos formas de la culpabilidad, por tanto, en las características alternativamente necesarias. Por ello, la *relación* entre voluntad y acto tiene que aparecer en un extremo muy alejado del Sistema, en la doctrina de la ley penal que FEUERBACH sitúa después de las doctrinas del delito y de la pena. Aquí aparece la imputación como «aplicación de la ley», pero entendida como «la relación entre una acción punible como el efecto y una determinación volitiva contraria a la ley penal como causa».

Ahora bien, el Sistema de GROLMAN orientado en el concepto de la acción, triunfa —por motivos que no son del caso— frente al de FEUERBACH, pero recoge de éste la rúbrica de la imputación al objeto de establecer la relación entre los aspectos externo e interno del delito que hasta ahora aparecían como elementos independientes. Mas comprendiendo que la doctrina del delito no puede encontrar su momento último en la de la ley, sino que debe aparecer completa y cerrada en sí misma, traslada la imputación desde la doctrina de la ley a la doctrina del delito. Pero también ahora la imputación debe afirmar su posición independiente al lado del tipo objetivo y del subjetivo, pues no podría cumplir su tarea de establecer la relación entre la voluntad y el acto si estuviera subordinada al lado objetivo o al subjetivo; en consecuencia, ha de estar coordinada a ambos.

Con el concepto de la imputación aparecen ya incorporadas materialmente al Sistema todas las características integrantes del concepto de la acción. Pero no ciertamente el concepto mismo. No es

de extrañar, por tanto, que sugiera muy pronto la necesidad de sustituir este concepto de imputación por otro distinto. No sin fundamento consideraba FEUERBACH la imputación al tratar de la aplicación de la ley. La imputación es un hecho procesal, una acción judicial, un juicio judicial; pero la fusión de los lados objetivo y subjetivo del delito, no tiene lugar sólo en el proceso. Una sentencia judicial no puede ser característica del tipo delictivo. Pero, ciertamente, la situación fáctica que la sentencia judicial comprueba pertenece al tipo del delito. Y esta situación fáctica es la *acción*.

2. Según RADBRUCH corresponde a los penalistas discípulos de HEGEL, ante todo a ABBEG, y después a BERNER y a KÖSTLIN el mérito de haber conseguido «materializar el concepto de la acción que antes de ellos deambulaba como un espíritu sin nombre y sin forma a través del Sistema penal» (11). En este punto siguieron indicaciones de HEGEL, MICHELET y de J. U. WIRTH, y eran perfectamente conscientes de la importancia que suponía la nueva aportación. Ya a partir de este momento la acción se incorpora de modo definitivo al Sistema penal. Pero, en cambio, no puede decirse que la configuración en que aparece el concepto en los hegelianos haya logrado el mismo valor permanente. Según dichos escritores, la imputación es el juicio por el que se afirma que el acto es una acción; en consecuencia, la imputación no es algo externo que venga a añadirse a la acción, sino algo contenido en ella; la imputación y la acción se corresponden; hasta donde llega el concepto de la acción, llega también el de la imputación, y allí donde el primero termina, allí termina también el concepto de imputación.

Este concepto de la acción así circunscrito, que ya KÖSTLIN creía asegurado suficientemente por la evolución histórica del Derecho penal y perteneciente a la conciencia común, podía aun ser considerado el dominante en los años alrededor de 1880. En especial le aceptaron TEMME, von WÄCHTER, WAHLBERG, HÄLSCHNER, HUGO MEYER, BINDING y GEYER. Según el contenido que atribuyen a la imputación se separan estos escritores en dos campos. Los unos ven en la imputación un juicio sobre la relación de la voluntad con el resultado y con la antijuricidad de este último; los otros refieren la culpabilidad sólo al resultado.

Fácil es comprender que este concepto de acción de los hegelianos no pudiera afirmarse frente a los reparos de la crítica. Ante todo, el hecho de que en realidad era un concepto orientado en los delitos dolosos, determinaba *a priori* una serie de graves dificultades en su aplicación a la culpa. Como en esta el resultado no es querido por el sujeto, tuvieron los hegelianos que valerse de una serie de

(11) *Handlungsbegriff*, página 85.

razonamientos, más o menos agudos, pero nunca convincentes, para tratar de demostrar que también de alguna manera puede considerarse querido el resultado en los delitos culposos. Pues la premisa: «En todos los casos de imputación, lo sucedido ha sido querido por el agente», sólo puede considerarse correcta en el caso del dolo. Y en efecto, parece que el padre de este concepto de la acción jurídico-penal, HEGEL, sólo ha reconocido como «acción» la acción dolosa. En él parece también limitado el concepto de imputación a la imputación a título de dolo, con lo que de antemano resultaba excluida toda colisión con la culpa. Pero los juristas posteriores (desde MICHELET) que propugnan este concepto de acción, no circunscriben la imputación a los casos de dolo. Y entonces ocurre que la extensión del concepto de acción, que debe en consecuencia abarcar también la culpa, se revuelve contra su contenido, al que es esencial el dolo según la propia confesión de alguno de estos escritores. Por ello se procura borrar en el mayor grado posible las diferencias entre el dolo y la culpa y aproximar ésta a aquél. Aquí corresponden las tentativas en orden a demostrar que el resultado causado culposamente «no es no querido», o es «indirectamente querido», o que en la culpa ha sido querida por el sujeto una condición del resultado, o, finalmente, que también la acción culposa es una acción realizada de propósito.

Pero aún mucho más grave y decisiva era la identificación conforme a esta doctrina de las relaciones de culpabilidad y causalidad, esto es, la identificación de la *imputatio facti* y de la *imputatio juris*, en virtud de la que sólo podía considerarse causado por la voluntad *lo que* era querido por ella. Pues aunque se supusiera salvado el escollo de la culpa, lo que ya es mucho suponer, lo cierto es que la acción no podía extender sus límites más allá de los límites de la culpabilidad, con lo que resultaba que la expresión «acción culpable» era un pleonasma y la expresión «acción no culpable» una *contradictio in adjecto*. No era posible, por tanto, considerar que las conductas de los inimputables fueran acciones ni, en consecuencia, acciones antijurídicas.

3. Para eludir estos resultados y, al mismo tiempo, establecer un concepto de acción lo más amplio y «neutral» posible, se llega después de un largo proceso evolutivo, a distinguir la causación por la voluntad (causalidad psicofísica) del contenido de dicha voluntad. Así dice con toda precisión ERNESTO BELING: «Para comprobar que existe un «acción» basta la certidumbre de *que* el autor ha realizado alguna actividad... *Lo que* ha querido es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es sólo de importancia para el problema de la culpabilidad». Si por otra parte se considera que no sólo en constante Jurisprudencia ha mantenido el Tribunal del Reich (por

influjo de von BURI) la tesis de la equivalencia de las condiciones y que este criterio ha sido también el dominante en la dogmática, resultará claro que el concepto de acción así formulado recupera con creces *en extensión* lo que pierde *en contenido*. Pero como no se trata de factores homogéneos, es muy dudoso que este concepto «natural» de la acción ahora imperante represente un verdadero progreso. Claro es que las ventajas que ofrece para una consideración *analítica* del delito son innegables. Buena prueba de ello es que para el más decidido partidario de esta dirección, para BELING, el valor de la acción radica fundamentalmente *en lo negativo*. En cambio, este concepto de la acción no parece ya tan evidente cuando en los años que preceden a la segunda guerra mundial comienza a abrirse camino en Alemania una dirección que pretende corregir los excesos del Sistema analítico y trata de comprender el hecho punible como totalidad. Pues es innegable que este concepto «natural» de la acción, al no exigir más que el mero arranque volitivo y a partir de este momento considerar sólo determinante el curso causal y los enlaces de esta índole, no sólo atribuye a la acción un carácter mecánico, sino que rompe el vínculo propio que liga al proceso externo causal con su autor. Si la acción ha de entenderse como obra del autor, como *suya*, forzoso será reconocer que lo único que exige el concepto «natural» en este respecto, a saber, el momento inicial volitivo, no es en manera alguna suficiente.

En la definición del concepto «natural» de la acción, aparece determinado dicho concepto por las características estructurales de la corporeidad y de la voluntariedad. Al mismo tiempo aparece referido al concepto superior de conducta. Esta es la base sobre la que se edifica la estructura misma del concepto. La unidad del concepto no depende, por ello, solamente de que mediante las características estructurales de corporeidad y voluntariedad sean captadas todas las conductas relevantes para el Derecho punitivo, sino ya en primer término de si pueden ser reunidas terminológica y lógicamente bajo el concepto básico de «conducta» todas las formas de la «acción» jurídico-penal, ante todo las dos formas de conducta hacer y omitir.

§ 3

LA CRITICA DEL CONCEPTO «NATURAL»
DE LA ACCION

1. En su monografía sobre el concepto de la acción (1904), se pregunta RADBRUCH si con arreglo a la doctrina ya entonces dominante es posible un concepto fundamental unitario que constituya el punto de partida del total Sistema. Entiende que a ello se opone un obstáculo lógico, y llega a la consecuencia de que la doctrina de la acción «natural» no puede establecer un tal concepto unitario, llámesele acción en sentido amplio, conducta humana o de cualquier otra manera. Su argumentación, reproducida con frecuencia (por ENGISCH, MEZGER, MAIHOFFER), es la siguiente:

Los dos grupos de conceptos en contraste, a saber, dolo y culpa, hacer y omitir, como características «alternativas» del delito en el sentido de que la afirmación de una de ellas supone la exclusión de la contraria, lógicamente sólo pueden recibir uno de los restantes predicados a condición de que dichos conceptos sean especies de una característica supraordenada a ellos. Ahora bien, mientras que en el dolo y en la culpa el obstáculo que supone la falta de un concepto unitario de referencia puede ser vencido «mediante una apropiada definición de la culpabilidad», esta salida no es posible cuando se trata del hacer y del omitir. Pues esta pareja de conceptos en contraste no puede ser referida a un concepto fundamental común de «acción», debido a que el concepto de omisión a diferencia del de hacer, no exige como notas esenciales «ni la causalidad de la voluntad respecto al acto, ni siquiera la voluntad y el acto», de suerte que la omisión no es más que «la negación de una determinada acción»; por ello, el hacer y el omitir, como «a y no a», respectivamente, no pueden ser colocados bajo un concepto superior común.

Primero MEZGER en el *Lehrbuch* y en el *Studienbuch* y posteriormente MAIHOFFER en la monografía sobre la acción ya citada, han rebatido esta argumentación de RADBRUCH por entender que «no obstante la agudeza de su punto de partida» (MEZGER), no es correcta en sus conclusiones. Según MAIHOFFER (obra citada, páginas 13 y 14), la imposibilidad lógica de un concepto superior común al hacer y omitir sólo surge si se intenta determinar la omisión desde el concepto de hacer y concebirla como ausencia de actividad. Pero al proceder así se olvida que no sólo es posible esta particular determinación

de la omisión como contraste frente al hacer, sino que también es igualmente posible una consideración deductiva que entienda la acción como una «determinada» manera de conducta humana. Entonces resulta, en primer término, que la omisión no es un contraste del hacer, sino conjuntamente con éste una forma de conducta del hombre que puede determinarse por un lado como conducta activa = acción en sentido estricto, y por el otro lado como conducta pasiva = omisión. Con ello resulta ahora que acción y omisión no son determinadas como «a y no a» de uno de estos dos conceptos, a saber del concepto «acción», como intenta RADBRUCH al contraponer la omisión al concepto acción «como su contraste contradictorio», lo que le lleva incluso a proponer terminológicamente que no se hable de omisión pura y simplemente, sino sólo de omisión de una acción. La acción y la omisión aparecen obtenidas ahora deductivamente de un tercer concepto superior común, del concepto «conducta» (C) y son subconceptos de éste, a saber: conducta como actividad = a acción (Ca), conducta como inactividad = a omisión (C no a). Si se entiende, por tanto, el concepto acción como conducta que abarca todo lo que debe ser denominado técnicamente «acción» en sentido jurídico-penal, entonces no hay dificultad alguna lógica ni terminológica para mantener el concepto acción, comprensivo del hacer y omitir, como concepto que abarca todas las formas de conducta humana que vienen en consideración para el Derecho penal. Entendido así el concepto de acción, resulta que tampoco el hacer y el omitir aparecen ya «desligados y simplemente uno al lado del otro», ni como «posición y negación» de un contraste «contradictorio» sino como la tesis y antítesis lógica que se resuelve dialécticamente en la síntesis, esto es, en el concepto de conducta (o de acción en sentido técnico).

2. Pero si de esta suerte se llega al resultado de que lógicamente es perfectamente posible subsumir el hacer y el omitir bajo un concepto superior común, y con ello garantizar el carácter unitario del Sistema, la cuestión cambia y la unidad del concepto aparece dudosa en cuanto se intenta llevar a cabo la ulterior determinación del concepto «acción» con arreglo a las características estructurales afirmadas por la doctrina tradicional de la acción.

Certeramente indica MAIHOFER en la nota 17 de la página 14 de su citada obra, «que la cuestión decisiva para toda doctrina de la acción estructurada sobre esta base conceptual es la referente a las características constitutivas en virtud de las cuales aparece una conducta humana como jurídico-penalmente relevante, y, por tanto, como "acción". Por ello no basta afirmar sencillamente que la acción es conducta humana; pues precisamente la estructura del concepto de acción debe contener los módulos con arreglo a los cuales ha de determinarse qué especie de conducta humana es "acción"».

Ahora bien, si la acción «natural» se construye sobre la base de los dos elementos de corporeidad y voluntariedad, para nadie podrá ofrecer duda que el primero de ellos representa un obstáculo insuperable frente a la omisión, que en vano ha intentado vencerse recurriendo unas veces a ficciones o por la ruta de verdaderos desplazamientos del problema desde el área de la acción al de una ulterior característica del delito. En su intento de explicar también la omisión como «una *conducta corporal* del sujeto causada por un acto de voluntad» llega MEZGER, de modo análogo a como antes von LISZT, a sostener que esta conducta, en contraste al hacer activo, no consiste en un «movimiento corporal», sino en una «no actividad corporal cuando se esperaba tal actividad». Y como MEZGER insiste de manera expresa en que «esta conducta corporal no es un proceso interanímico como el acto de voluntad..., sino un proceso en el mundo exterior perceptible por los sentidos, o una referencia a él» (12), resulta que la corporeidad aparece aquí sustituida por algo muy diverso de ella y que pertenece a otra esfera. También en la búsqueda de un punto de enlace para la «causalidad» de la omisión se ve obligado MEZGER a reconocer que la omisión es «un puro nada psico-físico», por consiguiente «ninguna realidad externa que pudiera ser ligada con el resultado exterior». ¿Cómo va a ser posible entonces que este «nada físico» se convierta en un «algo corporal», esto es, en acción en el sentido de la doctrina imperante? ¿En dónde podría yacer la corporeidad de la omisión sino precisamente en una realidad física del mundo exterior perceptible por los sentidos? ¿O acaso es posible comprobar también en la omisión una tal realidad corporal aunque sólo sea negativamente como ausencia de la actividad corporal, como «no actividad corporal», como pudiera parecer con arreglo a la fórmula de MEZGER? ¿Podríamos encontrar aquí un punto de apoyo para fundamentar la corporeidad de la omisión?

También esta esperanza —dice MAIHOFER— se muestra en definitiva engañosa, pues la comprobación de la «no actividad corporal» no encuentra su base en un dato del mundo exterior perceptible por los sentidos, en un «algo» realmente corporal. Aquí es posible comprobar «corporalmente» «algo» o «nada» en el sujeto, pero nunca es posible comprobar en el momento de su «actuación» la existencia de una acción omisiva «corporal». Pues cualquier otra actividad perceptible en el sujeto en el momento de su acción omisiva (que es lo que ocurre la mayor parte de las veces), sería para la experiencia «natural» un hacer corporal, pero no precisamente la «no actividad corporal» de la omisión; la actividad corporal real del sujeto en este punto, considerada como acción, es un puro nada, es pura «corpo-

(12) MEZGER, *Kurz-Lehrbuch*, volumen primero, cuarta edición de 1952, pág. 54.

ralidad del agente», pero no «corporeidad de la acción». Como «acontecimiento corporal», la «acción omisiva» no puede ser encontrada en ninguno de ambos casos en el mundo externo perceptible por los sentidos. Sólo deviene un algo «corporal» desde el punto de vista de una realidad *imaginada* con arreglo al módulo de la «conducta esperada», tal como se deduce de las normas juridico-penales reguladoras de la conducta.

Sólo mediante la comprobación de que alguna actividad o inactividad perceptible en el sujeto no corresponde a una determinada actividad «esperada» es posible considerar esta actividad o inactividad como «no actividad corporal» y, en consecuencia, interpretar este nada físico como un «algo», es decir, como acción. Exactamente, esto es lo que sucede con la segunda parte de la fórmula de MEZGER, arriba expuesta, atendida a una actividad hipotética «esperada». (Sólo esta acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico, dice MEZGER.) Sin esta «interpretación» de la conducta, sólo posible en virtud del «miembro intermedio» de la acción esperada, resultaría «totalmente vacía» en la omisión «la forma lógico-gnoseológica de nuestro pensamiento» como el mismo MEZGER reconoce en la nota 22 de la página 136 del *Lehrbuch*. Pero esta «actividad esperada» constituye menos aún un punto de enlace para una verdadera corporeidad de la omisión. Pues la corporeidad de esta última, en tanto permanezca hipotética, no surge en el mundo externo y, en consecuencia, sigue siendo un puro «nada» para la percepción por los sentidos. Pero si surge efectivamente como actividad real, comprobable corporalmente, entonces de modo automático excluye lógica y fácticamente dentro de sus límites la posibilidad de una conducta por omisión. Tampoco esta «actividad debida» hipotética, tomada del mundo de los valores y no del mundo de la realidad, llega nunca como acción omisiva «corporal» al ámbito del mundo exterior perceptible por los sentidos». Sólo en este mundo exterior de los sentidos, no en una referencia a él, psicológica o normativa, podría ser encontrada una corporeidad «real». Con ello se muestra la fórmula descubierta por la doctrina de la acción «natural» para fundamentar la «corporeidad» de la conducta omisiva como una pura «construcción». Con sus módulos ficticios no sólo no consigue demostrar la corporeidad de la omisión, sino que más bien confirma este resultado negativo.

Por otro lado es indudable que con tal «interpretación» se produce un desplazamiento del concepto «natural» de la acción, que en primer término aparecía referido a la «corporeidad y voluntariedad» reales, a una esfera distinta de la realidad causal real. Una corporeidad y una voluntariedad «pensadas», imaginadas sólo, no son aún «reales». Por ello no es posible seguir a MEZGER cuando en la nota 22

de la página 136 del *Lehrbuch*, dice frente al puro normativismo de SAUER: «Sólo que nosotros acentuamos con más fuerza que él la *referencia* a la realidad..., por más que sea sólo la referencia a una realidad pensada»; y sin duda está en lo cierto MAIHOFER (13) al entender que tal extensión del concepto de realidad es inadmisibile. En el pasaje citado de MEZGER se trata de un pensar referido al valor, pero no a la realidad. Y pregunta acto seguido MAIHOFER: Cuando MEZGER afirma el carácter de acción de la conducta no corporal así como de la no voluntaria, ¿lo hace aún desde la esfera del ser real, o no más bien desde la de un ser posible o incluso desde la del deber? ¿No podría decirse que MEZGER fundamenta aquí, de la misma manera que después reprocha a WELZEL respecto a la culpa, la acción en la «esfera de lo esencial», no ya en la de lo «existencial»?

Esta construcción de MEZGER, produce como ulterior consecuencia, la dificultad del deslinde de la omisión antijurídica de la omisión como acción, consecuencia indeclinable puesto que la omisión se construye con ayuda de criterios valorativos. Ya el mismo autor reconoce que al plantear el problema, de cuando ha de entenderse que la acción era esperada surge también la pregunta de cuando ha de considerarse exigida. Y aunque se detiene ante las últimas consecuencias y afirma la posibilidad de la distinción en aquellos casos en que la conducta era en verdad esperada, pero no exigible en virtud de una causa justificante, lo cierto es que no se comprende como pueda esperarse del sujeto que realice algo que no debe realizar. Aquí no se trata de conductas en las que la no realización de la «acción» es «en sí» antijurídica, y por tanto la acción era esperada, y sólo se justifican *a posteriori*, sino de casos en que concretamente el sujeto no tiene de antemano el deber de realizar la acción: ¿cómo podrá decirse que se esperaba que la llevase a cabo?

3. También el segundo elemento estructural del concepto, la voluntariedad, es fuente de dificultades para el reconocimiento de la acción «natural» como base unitaria del Sistema. En este respecto, los obstáculos surgen no sólo en la omisión, sino también en el hacer positivo. Respecto a la primera, ya Max Ernesto Mayer, al tratar en su *Lehrbuch* de la omisión culposa (casos de olvido), advirtió que en ellos faltaba la manifestación de voluntad, y en consecuencia la acción. La situación es análoga, en lo que respecta a este segundo elemento estructural en los supuestos de culpa inconsciente, con hacer activo (casos de negligencia). Tampoco aquí será posible considerar estas conductas como acción. Todo ello muestra de modo suficientemente claro que el concepto «natural» de la acción no es idóneo para constituir la base unitaria del Sistema.

(13) Obra citada, página 31, nota 102.

SEGUNDA PARTE

EL CONCEPTO DE LA ACCION
SEGUN LA DOCTRINA FINALISTA

EL CONCEPTO DE LA ACCION EN EL LEHRBUCH
DE WELZEL

El concepto de la *acción final o finalista* se fundamenta y desenvuelve en estos últimos años, por HANS WELZEL, a la sazón profesor de Derecho penal en Gottinga, primero en un extenso e interesantísimo artículo que con el título *Das Grundgefüge der verbrecherischen Handlung* (La estructura fundamental de la acción delictiva), ve la luz en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 58, págs. 502 y siguientes (1938), y después en el *Lehrbuch* que desde el año 1940, logra varias ediciones (la última en 1949), así como en otros dos trabajos que por nota se especifican (14). Y si se quisieran destacar las razones determinantes de esta nueva y en cierto modo «revolucionaria» doctrina de la acción, no creo que sería muy descaminado ver como trasfondos de la misma, por un lado una terminante posición crítica negativa y por el otro un reconocimiento casi sin reservas de una dirección pretérita del pensamiento filosófico aplicado al Derecho punitivo que en los tiempos en que WELZEL inicia sus trabajos acusaba un resurgir potente en la vida espiritual de Alemania. En lo que respecta a lo primero, ya WELZEL en el año 1931, en un artículo publicado en el volumen 51, págs. 703 y siguientes de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* bajo el título *Kausalität und Handlung* (causalidad y acción), había echado las bases de una crítica rotunda del concepto tradicional de la acción, crítica que en este caso sigue el camino de una refutación a fondo del concepto de causalidad imperante en la dogmática juridico-penal

(14) *Um die finale Handlungslehre*, 1949 (dirigida principalmente a refutar las objeciones de BOCKELMANN), y *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, primera edición de 1951, segunda edición aumentada de 1952. En la segunda edición se consideran extensamente las objeciones formuladas por MEZGER contra el finalismo. Esta monografía ha sido traducida al italiano y parcialmente al español.

de los años anteriores y de los que inmediatamente siguen a la guerra de 1914. Pero es sobre todo en su obra *Naturalismus und Wertphilosophie* (aparecida en 1935), donde al resultar socavados los fundamentos filosóficos, tanto de la dogmática de la anteguerra (de 1914) como los de la postguerra, salta a la vista con mayor claridad el derrumbamiento de la superestructura sobre ellos edificada, una de cuyas porciones era el concepto de la acción. Por la otra parte ¿cómo podría ponerse en duda la influencia que en el concepto finalista de la acción, esto es, en lo que toca al lado constructivo ha ejercido la obra de LARENZ sobre la doctrina de la imputación en HEGEL? (15).

A) *La acción dolosa*

El concepto de la acción finalista se perfila en WELZEL en la cuarta edición de su *Lehrbuch* (16), distinguiendo ante todo la acción dolosa de la culposa. En referencia a la *primera* dice que la «acción humana es ejercicio de la actividad finalista. Lo propio y genuino del acto del hombre consiste en anticipar en la esfera del pensamiento determinadas metas, en seleccionar los medios necesarios para su consecución y aplicarlos después de modo planificado para lograr la realización de aquéllas. Algo completamente distinto ocurre en la pura causalidad: aquí los factores causales no aparecen determinados desde la meta, sino que la «meta» (el efecto) es la resultante ciega de los factores causales existente en el momento dado; la causalidad es «ciega», la finalidad (actividad finalista), «evidente», esto es, un efecto dirigido desde la meta. Un ejemplo puede aclarar lo que decimos: si un rayo alcanza a un hombre que se encuentra trabajando en el campo, es indudable que lo acaecido tiene su base en el hecho de que entre el hombre y la nube se había establecido una potente tensión eléctrica, tensión que condujo a la descarga. Dicha tensión hubiera podido surgir exactamente lo mismo entre cualquier objeto elevado y la nube. El que dicho objeto fuera precisamente el hombre es algo que en verdad está condicionado causalmente en la cadena infinita del suceder, pero el suceder no estaba dirigido a ello. La cosa es totalmente diversa cuando se trata de acciones humanas. El que quiere matar a otro selecciona conscientemente en tal sentido los factores causales y los dispone de manera que alcancen la meta pre-

(15) LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

(16) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1949 (de aquí en adelante citado como *Lehrbuch*), páginas 20 y ss. Esta obra es en su *primera parte* la quinta edición ampliada de *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, que aparece en primera edición en 1940.

determinada. Aquí aparece ordenada la constelación causal en vista de la consecución de la meta, a saber: compra del arma, práctica de informaciones para elegir la ocasión oportuna, colocación en acecho de la víctima, apuntar y disparar el arma; todos ellos, actos dirigidos a la meta, sometidos a un plan de conjunto. Esta dirección hacia una meta (finalidad actual) descansa en la capacidad de la voluntad del hombre de prever en determinada extensión las consecuencias de su intervención causal y, por tanto, enderezarla planificadamente a la consecución del fin propuesto. La voluntad finalista señorea por su saber causal el acontecer real y le confirgura como acción dirigida. Por ello se distingue y eleva la realización de voluntad sobre toda causación externa. En virtud de su saber causal la voluntad es el factor configurador-objetivo de la acción; dirige de modo planificado la acción a la consecución de la meta (realización de la voluntad). Por ello pertenece el dolo a la acción como el factor configurador-objetivo de la misma.»

B) *La acción culposa*

A continuación considera WELZEL la *acción culposa* a la luz de la doctrina finalista (17). «En sentido amplio —dice— acción es la causación finalistamente evitable. Por ejemplo: si el sujeto al limpiar su fusil no tomó la precaución de descargarle previamente y al manipular con él se descarga y mata a un tercero, dicha muerte es la consecuencia ciega (no querida) del manejo imprecavido del arma. Este suceder no está dirigido, como ocurre en el homicidio doloso, a la muerte, sino que es causal ciego. Pero se diferencia de un puro proceso natural en el hecho de que era evitable en virtud de la *posible* actividad finalista del autor. Mientras que en la acción dolosa la finalidad era factor configurador real de la acción, aquí, en la acción culposa, no es éste el caso, pero el acaecer objetivo está al menos referido a la posible actividad finalista del autor. La acción culposa es una forma propia y genuina de la acción al lado de la acción dolosa. Lo que sitúa a ambas bajo el concepto superior de la acción es el momento de la finalidad; pero mientras esta última es en la acción dolosa, como actividad finalista *real*, el factor configurador real (finalidad actual), en la acción culposa, como actividad finalista *posible*, es sólo un momento de referencia (finalidad potencial)» (18).

(17) *Lehrbuch*, páginas 22 y 23.

(18) *Lehrbuch*, página 23.

La función de la doctrina de la acción final consiste, según WELZEL (19), en que «en virtud del momento de la finalidad *aparecen ligados el acto y el autor por un vínculo personal que excede de la causación externa*; dicho vínculo es de la máxima laxitud en la acción culposa, mientras que precisamente en la acción dolosa nos muestra cómo *el acto externo, como realización de un fin, recibe la impronta de la voluntad del autor y es animado y conducido por dicha voluntad. El acto y el autor forman una unidad interna inexcindible, de tal suerte que el acto sólo puede ser comprendido como obra personal de aquel determinado autor*».

C) *Crítica del concepto natural de la acción*

A esta exposición de la acción, según la doctrina finalista que hemos procurado reproducir con la mayor fidelidad posible, hace seguir WELZEL (20) la crítica del concepto naturalista tradicional de la acción. Y al insistir en que dicho concepto desgarrá toda acción, y por tanto también la dolosa, en dos partes integrantes, a saber: en un proceso causal externo, por un lado, y en el mero contenido subjetivo de la voluntad, por el otro, pone de relieve que con ello se destruye la dirección a una meta, característica genuina de la acción dolosa. Las consecuencias de esta escisión de la acción—dice WELZEL—se perciben en primera línea en los delitos dolosos (no en la acción culposa, puesto que esta última objetivamente es un proceso de causación). Una aplicación realmente rigurosa de la doctrina naturalista de la acción haría imposible comprender las más sencillas acciones típicas de la parte especial del Código. El «sustraer», v. g., del § 242 del Código (hurto), no puede nunca ser comprendido como un proceso causal ciego, sino sólo como una actividad dirigida a quebrantar la custodia ajena (de la cosa), y a fundamentar la propia (del autor del delito). Aun más claro aparece el carácter final de las acciones típicas en las fórmulas legales «apropiarse» del § 246 (apropiación indebida), «obligar a realizar una acción» del § 253 (extorsión), «engañar» del § 263 (estafa), «perseguir la caza» del § 292, etc. Ya una simple ojeada muestra que todas estas actividades típicas, son actos finales, que por ser impulsados y conducidos por la voluntad del autor, nunca pueden ser comprendidos como meros procesos causales con independencia de dicha voluntad. También la ley distingue gramaticalmente de fina manera entre el «matar» de los tipos de

(19) *Lehrbuch*, página 23.

(20) *Lehrbuch*, página 24.

homicidio doloso (§ 211 y siguientes) y el «causar la muerte» en el homicidio culposo (§ 222), y correspondientemente en las lesiones (§ 223 y siguientes - § 230) y en el incendio (§ 306 y siguientes - § 309).

Pero no sólo esto. WELZEL entiende (21) que la doctrina naturalista de la acción conduce a graves defectuosas consecuencias en el problema de la determinación del concepto del injusto. Si la «acción» es para la doctrina tradicional el proceso externo de causación, entonces su contenido no sería otra cosa que la producción causal de un resultado exterior. En consecuencia, el valor y el desvalor de una acción habrán de determinarse y medirse sólo con arreglo al resultado que produce. La doctrina naturalista de la acción conduce necesariamente a un Derecho penal por el resultado. Y hace imposible insertar con plenitud de sentido en el concepto del injusto, los momentos «personales» de la acción (dirección de la voluntad, modo personal del sujeto, posición con arreglo al carácter, posición respecto al deber; todos ellos, por tanto, momentos personales que infunden ánimo y dan color a la acción externa), pues el contenido del querer es irrelevante para la acción según la doctrina de la acción naturalista. Con ello alcanza el resultado un predominio indebido en el concepto del delito.

La exposición de las doctrinas de la causalidad (22) cierra esta parte *introdutiva* dedicada al examen de la acción (aparte del *Apéndice* consagrado a refutar las objeciones elevadas por ENGISCH contra el concepto finalista) (23).

A partir de este momento se separan el delito doloso y el culposo. Todo el *primer capítulo* de la *primera parte* del *Libro primero* del *Lehrbuch*, de WELZEL (relativa a la estructura del delito y a la propia naturaleza del autor), se contrae al *delito doloso*, y sólo en el *segundo capítulo* se aborda el examen del delito culposo. Ello supone una fundamental diferencia frente al sistema seguido por la dogmática tradicional, y es una consecuencia lógica de la diversa naturaleza que, según el finalismo, existe entre la *acción* dolosa y la culposa. La situación es muy distinta en el sistema tradicional; precisamente porque con arreglo a él la acción no aborda todavía el extremo relativo *al contenido* del querer y se satisface con exigir *un momento inicial de voluntad* en la acción (la denominada voluntad de causación), se explica por qué el examen de los problemas que el *injusto típico* plantea se resuelva *unitariamente*, de manera *común* al delito doloso y al culposo. Sólo al llegar al estudio del contenido del querer, esto es,

(21) *Lehrbuch*, página 24.

(22) *Lehrbuch*, páginas 26 a 30.

(23) *Lehrbuch*, páginas 24 a 26.

en la *culpabilidad* procede considerar por separado el dolo y la culpa. Pero no antes. En cambio, si para el finalismo *el dolo es un elemento de la acción injusta típica* y no una forma, especie, etcétera, de la *culpabilidad*, se impone lógicamente tratar *ya* por separado en *el injusto* el delito doloso (24). Que es lo que precisamente hace WELZEL. Con la particularidad de que, como quiera que la *primera sección* de las dos en que se estructura el *capítulo referente* al delito doloso (la segunda trata de la culpabilidad) comprende el estudio del injusto y de su autor, no solamente se abordan en ella los problemas del injusto y del tipo (naturaleza esencial del injusto, la tipicidad del injusto, el tipo objetivo del injusto, el tipo subjetivo del injusto y las causas de justificación), sino que al tratar del autor del injusto se estudian aquí la autoría, la participación y el autor como tipo criminológico.

D) *El tipo del injusto*

Después de definir el injusto o antijuricidad como el desvalor objetivo de la acción dentro del orden de la comunidad, y de añadir que esta valoración del acto como antijurídico se lleva a cabo desde el punto de vista del orden de la comunidad, por tanto con arreglo a un módulo general objetivo, presenta WELZEL un esquema de *la estructura del delito* que muestra de modo gráfico en la primera parte su modo de entender *el tipo del injusto* (25). «En el centro del injusto penal—dice—está la acción del autor. Esta acción es una unidad estructural de elementos objetivos y subjetivos. Es asimismo el acto de un autor: la personalidad del autor impronta su propio sello al acto. Por ello resulta el tipo del injusto estructurado con arreglo a una doble pareja de elementos contrarios que se entrecruzan entre sí, a saber: los objetivo-subjetivos y los correspondientes al acto y al autor. En consecuencia, *el tipo objetivo del injusto comprende:*

a) *Los elementos objetivos del acto*, integrados ante todo por *la acción* de ejecución con *la lesión* del correspondiente *bien jurídico* (en tanto en cuanto pertenezca esta última al tipo, v. g., «la lesión corporal de una persona», en el § 223), así como por los demás medios

(24) No así la culpa, pues para WELZEL es aún en el *Lehrbuch* un concepto simple y unitario, perteneciente a la culpabilidad. Más tarde, en *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1951), rectifica esta posición, y al ver en la culpa un concepto complejo integrado por *el injusto* y la culpabilidad, considera también el tipo del injusto en los delitos culposos y, en consecuencia, establece el paralelismo con los delitos dolosos.

(25) *Lehrbuch*, página 33.

y formas de ejecución (v. g., las «armas» o «el ataque por sorpresa» del § 223 a, en las lesiones peligrosas) y las restantes modalidades de la acción, como, v. g., el tiempo y el lugar (§ 243, número 7, hurto agravado).

b) Los elementos objetivos del autor (v. g., la condición de «tener a su cuidado», etcétera, al sujeto pasivo en el § 223 b, lesiones agravadas por esta relación personal, o la condición de «funcionario» en el § 340, lesiones cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo o con ocasión de él).

El tipo subjetivo del injusto comprende a su vez:

a) El dolo (como el momento del dominio final sobre el acto).

b) Los elementos subjetivos del autor, a saber: las especiales intenciones, tendencias y momentos relativos al carácter del autor, que son el ánimo de su acto (v. g., «la crueldad», en el § 223 b; la intención de apropiación de la cosa sustraída en el hurto del § 242, o la tendencia impúdica en los delitos contra la honestidad).

E) *El dolo*

El dolo, como elemento final de la acción, constituye, por tanto, para la nueva doctrina el primero de los elementos del tipo subjetivo del injusto (26). En relación a su específica *naturaleza* dice WELZEL (27)

(26) En la monografía de WERNER NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit* publicada en 1951, indica el autor en la nota 1 de la página 5, que la doctrina de la acción finalista va adquiriendo cada vez más adeptos, incluso fuera de las fronteras de Alemania y que una muestra de ello la ofrece BETTIOL al decir en el prólogo de la segunda edición de su *Diritto penale* (1950), que en lo sucesivo se propone transformar su Sistema orientándolo en la doctrina de la acción finalista. Y ahora podríamos preguntarnos: Dada la especialísima regulación que nuestro Código Penal —desde el texto de 1848— establece para los delitos culposos mediante las cláusulas generales de imputación al final del Libro Segundo, ¿no sería quizá oportuno intentar en nuestra Patria una aplicación de la nueva doctrina o, por lo menos, considerar las posibilidades de hacerlo? Creo que, no obstante la relativa base que la citada regulación legal pueda ofrecer, hay argumentos poderosos que se oponen a ello. Y no ya por el peligro de índole general que en Derecho implican las meras trasposiciones de doctrinas, sobre todo como las alemanas, que, como es lógico, han sido precisamente edificadas sobre la base de un derecho positivo —al objeto de interpretarle— tan diferente en punto general al derecho español. Pues entiendo que el conocimiento del derecho y de la ciencia jurídica extranjeros —y en especial alemanes— ha progresado en los últimos tiempos entre los estudiosos españoles de manera suficiente para lograr una posición equidistante entre aquella que rechazaba de plano todo lo alemán por abstruso y a veces incomprensiblemente complicado (recuérdese, *verbi gracia*, lo que FERRI decía de las producciones jurídicas «del otro lado de los Alpes»), y la de los que sin discriminar lo debido estaban dispuestos a aplicar sin titubeos cualquier construcción germánica, plenamente oportuna en su país de origen,

que toda acción consciente está determinada por la resolución del sujeto, esto es, por la conciencia de lo que quiere—el momento intelectual—y por la decisión de llevarlo a cabo—el momento volitivo—. Estos dos momentos unidos, como factores configuradores de una ac-

pero de la misma manera totalmente inadecuada a otro derecho que estableciera una regulación legal distinta del problema que la había hecho surgir. Ahora bien, en lo que concierne a la doctrina de la acción finalista una pretendida aplicación—en este caso no simple trasposición— tropieza con el obstáculo gravísimo del *concepto del dolo*. Téngase, ante todo, en cuenta que precisamente la consecuencia más importante de la nueva doctrina, pero al mismo tiempo la más heterodoxa, es su consideración del dolo como elemento *de la acción* antijurídica y, por ende, su desplazamiento de la esfera de la culpabilidad. Ya con sólo este enunciado comprenderá el lector español que aquí se maneja un concepto (el del dolo) que seguramente no concuerda con lo que nosotros entendemos con tal nombre. Por ello no es posible pasar adelante sin una aclaración previa, pues no hacerla supondría una trasposición, no en el sentido de una aplicación defectuosa de la nueva doctrina a nuestro sistema penal, que en ello no se piensa siquiera, pero sí una *trasposición* en estas modestas consideraciones sobre la acción finalista en perjuicio del que leyere. Para conseguir, pues, la precisa claridad debe, ante todo, tenerse en cuenta que entre nosotros la palabra dolo expresa un concepto *esencial y exclusivamente jurídico* y que en ningún caso nos servimos de dicha palabra fuera de la órbita del derecho para expresar un propósito, una intención o un designio irrelevantes para el derecho. En España nadie dice, en el caso de que haya resuelto dar un paseo, visitar a un amigo o emprender un viaje, que tiene el dolo de hacer tales cosas. Para ello, repito, nos servimos siempre de expresiones distintas, y si alguien por extravagancia utilizara en lugar de ellas la palabra dolo difícilmente sería entendido. Descendiendo ahora a la esfera jurídica y, más precisamente, a la jurídico-penal encontramos ya la palabra dolo empleada en el sentido del *dolo malo*; siendo de advertir que si bien la doctrina constantemente la utiliza, no así el Código (salvo en algún precepto de muy reciente inserción en el texto legal: artículo 423). El Código se sirve, en cambio, de las expresiones voluntad, malicia, intención, para expresar el primer grado de la imputación. En uno y en otro caso es indudable la índole *desvalorativa* que, desde el punto de vista *de la culpabilidad*, informa todas estas expresiones. Por tanto, la tesis que pretendiera ver en ellas conceptos neutrales (no valorizados desde el punto de vista de la culpabilidad), y que, en consecuencia, podrían ser ya incluidos en la acción como primer elemento del delito, tropezaría en nuestro derecho con un obstáculo casi insuperable.

La situación es totalmente diversa en Alemania y en su Código. En primer término, el lenguaje general emplea la palabra *Vorsatz* para expresar con ella el propósito o resolución en toda clase de acciones, y, desde luego, también en las irrelevantes para el derecho. Pero es el caso que la doctrina y el Código penal (éste en numerosísimos párrafos), no se sirven sino de esta misma palabra para expresar la primera forma de la imputación. En consecuencia, el *Vorsatz* no es allí, o no lo es necesariamente, el dolo malo (aunque muchos escritores y, ante todo BINDING, así lo entiendan), sino un concepto natural; ello hace posible que otros tratadistas hablen del *Vorsatz natural*, que, en consecuencia, aparece *exento* del elemento integrante valorativo, lo que por tanto permite, sin ponerse en contradicción con la doctrina ni con el Código, desplazarle de la culpabilidad y adelantarlo en el Sistema como elemento de la acción. Que es precisamente lo que hace la doctrina finalista.

Más aún, y ello es de capital importancia en aquel derecho, y un argumento de indudable fuerza, como después veremos, en favor de la doctrina de la acción fina-

ción real, integran el dolo. La acción objetiva es la realización finalista del dolo. Tal realización puede quedar detenida en su comienzo y constituye la tentativa; en ella, el dolo del autor excede los límites de lo realmente conseguido. En cambio, cuando la resolución del

lista. A diferencia de lo que ocurre en nuestro Código, en donde ni directa ni indirectamente hallamos una definición circunstanciada del dolo (y si tan sólo la afirmación del principio del *versari in re illicita*, en el párrafo tercero del artículo 1, que, por otra parte, no procede del texto originario de 1848, sino de la reforma de 1870), el párrafo 59 del Código de Alemania contiene, a través de la regulación del error, una determinación precisa de los extremos que el dolo del autor ha de abarcar. Dicho párrafo dice en su párrafo primero que «si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias del acto que pertenecen al *Tatbestand* legal o que elevan la pena, no se le imputarán dichas circunstancias». Aquí el *Tatbestand* es el *tipo del delito*, y de él arranca la llamada *tipicidad*, base de todo el Sistema de BELING de 1906. Ahora bien, este precepto legal del § 59 al referirse sólo a las *circunstancias del acto*, parece dar la razón a los partidarios (entre los escritores alemanes) de un concepto natural del *Vorsatz*. Y como prueba de ello pudiera servir la aparición, en las primeras ediciones, del *Comentario* de FRANK, de la denominada «teoría de las circunstancias típicas negativas», sobre cuya evolución histórico-dogmática conviene decir unas palabras.

En referencia a ella, indica WELZEL (*Juristenzeitung*, 1952, páginas 596-599), que en la historia del espíritu humano, el error no es menos profundo que la verdad; un buen ejemplo lo ofrece la doctrina de las circunstancias negativas, una doctrina cuya insostenibilidad lógica fue reconocida inmediatamente después de su aparición, pero que por necesidades prácticas se afirmó, durante un cierto lapso de tiempo, aunque entretanto la tarea práctica que pretendía satisfacer había sido resuelta mediante otra concepción doctrinal por caminos lógicamente correctos y materialmente más exactos.

La doctrina de las circunstancias negativas no puede ser comprendida lógicamente, y si tan sólo históricamente. Cuando en las postrimerías del pasado siglo se separaron paulatinamente los tres conceptos estructurales de la moderna dogmática, a saber: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, surgió la pregunta concerniente a cuál de éstas debía ir referido el dolo del delito. La opinión preponderante se manifestó —de acuerdo con el § 59 del Código— en el sentido de que el dolo únicamente necesita abarcar la tipicidad, no (también) la antijuricidad. Pero al proceder de tal suerte surgieron dificultades respecto de las causas de justificación. Si se las concebía tal como dogmáticamente se las había determinado, a saber, como causas de exclusión de la antijuricidad, entonces su concurrencia en el caso concreto eliminaba exclusivamente la antijuricidad de la realización típica, mas no la tipicidad misma. Pero entonces el error sobre una causa de justificación sólo concernía a la antijuricidad, no a una «circunstancia del acto» del § 59. Por tanto, si se quería proceder con consecuencia lógica, no hubiera habido más remedio (dado el estado de la doctrina en aquel tiempo) que castigar a causa de homicidio doloso, etcétera, al sujeto que hubiese actuado en situación de legítima defensa putativa, sin que fuera posible tener en cuenta su error sobre la antijuricidad, puesto que en aquel tiempo aun no se habían desenvuelto los principios fundamentales de la posterior doctrina de la culpabilidad. Sólo muy pocos tuvieron —como von LISZT— el valor necesario para deducir las consecuencias lógicas de la premisa en tales términos establecida. Al objeto de eludir esta consecuencia dogmática, prácticamente intolerable, se desarrolló (en primer término, por ADOLFO MERKEL) la doctrina de las circunstancias negativas al siguiente tenor: La antijuricidad no es ciertamente

autor se lleva a cabo finalistamente hasta la meta prefijada, el acto se entiende consumado. Entonces ocurre que el acto, en su totalidad, no sólo es querido dolosamente, sino que también se ha realizado dolosamente. El dolo es aquí, en su total extensión, un elemento final

una «circunstancia del acto» positiva en el sentido del § 59, pero *su exclusión*, por las causas de justificación, es una circunstancia del acto negativa que cae bajo el § 59. Si el sujeto cree erróneamente que es víctima de un ataque, entonces admite erróneamente la existencia de una circunstancia del acto «negativa» perteneciente al *Tatbestand* legal, por lo que resulta excluido el dolo. El «salto mortal» lógico —dice WELZEL— de esta deducción ha sido a menudo mostrado, sobre todo, desde la publicación, en 1903, de la muy notable monografía de KOHLRAUSCH, sobre el error y la culpabilidad. En efecto: Si el dolo no necesita ir referido a la antijuricidad, entonces será también irrelevante para el mismo la exclusión de esta última. Y viceversa: Si la falta de antijuricidad elimina el dolo del delito, entonces la conciencia de la antijuricidad no puede por menos de ser elemento esencial del dolo. No hay, por tanto, más que la siguiente alternativa:

O se adopta el punto de vista de la teoría del dolo (teoría de BINDING), según la cual el dolo debe necesariamente abarcar la conciencia actual de la antijuricidad; entonces, y sólo entonces, puede con fundamento decirse que el error sobre una causa de justificación excluye el dolo.

O se adopta el punto de vista de la teoría de la culpabilidad (teoría de WELZEL apoyada en la concepción finalista de la acción), según la que el dolo se constriñe y limita al conocimiento de las circunstancias del acto pertenecientes al *Tatbestand* legal; entonces el error sobre una causa de justificación, precisamente porque la causa de justificación no elimina la tipicidad, sino sólo la antijuricidad, no es un error sobre la tipicidad, sino sobre la antijuricidad de la realización típica (fundamentación del diverso valor funcional del error, según su índole, con arreglo a los postulados de la doctrina de la acción finalista).

Esta alternativa —dice WELZEL— nadie la ha visto con mayor claridad que el dogmático que está en diametral contraste con la doctrina que yo mantengo, que CARLOS BINDING. «Hay que concluir sin más —escribe BINDING— que el no castigo a causa de homicidio o lesiones, etcétera, dolosas del sujeto que es víctima del error (en el caso de la legítima defensa putativa), sólo puede justificarse con arreglo al presupuesto de que al dolo pertenece la conciencia de la antijuricidad... Así resulta que los defensores del principio de que el *dolus* es excluido por la creencia de que existe una característica típica negativa, son tan sólo partidarios disimulados de un dolo afectado con la conciencia de la antijuricidad» (*Normen*, III, página 308 y s.).

Y esto puede decirse también respecto de aquellos «partidarios disimulados» de la doctrina de las circunstancias negativas, que sirviéndose de fórmulas neutrales intentan velar su partidismo, como, v. gr., ha hecho FRANK en las ulteriores ediciones del *Comentario*, § 59, III. Para subsumir el error sobre una causa de justificación —dice FRANK— bajo el § 59, no es necesario recurrir a la doctrina de las circunstancias negativas, puesto que «al desconocimiento por error de circunstancias del acto que fundamentan la antijuricidad se equipara la creencia errónea de aquellas que la excluyen». Pero las circunstancias del acto a que se refiere el § 59 —replica WELZEL—, a saber, las circunstancias del acto del *Tatbestand legal* fundamentan, ante todo, la tipicidad de la conducta —a ellas debe ir referido el dolo según el § 59 —y, precisamente, esta tipicidad no es «excluida» por las características de una causa de justificación. Sólo en el supuesto de que las características de una causa de justificación excluyeran la tipicidad, por consiguiente, sólo si

de la acción. El dolo, como *mera* resolución de realizar el acto, es irrelevante para el Derecho punitivo, pues éste no puede alcanzar lo que es puramente interno. Sólo cuando el dolo conduce a un acto real y le domina, deviene jurídico-penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones, a saber: no sólo es la voluntad *tendente* a la realización del acto, sino también la voluntad que *domina* dicha realización. Esta función objetiva-final del dolo en orden al acto, se presupone siempre en Derecho penal al definir el dolo como conciencia y resolución del sujeto respecto al acto. En esta función el dolo pertenece a la acción porque marca la diferencia de la estructura final de las acciones típicas dolosas, frente a la estructura sólo causal de la acción típica culposa. La *extensión* (28) del dolo se determina en principio con arreglo al § 59 del Código. Fundamentalmente el dolo exige —puesto que la acción es configuración consciente de la realidad— el conocimiento del acto en todas las características que pertenecen al tipo objetivo del injusto. En cambio no demanda el conocimiento de las condiciones objetivas de penalidad, puesto que éstas no pertenecen al tipo objetivo del injusto. En raros casos por *excepción* el dolo, apartándose del § 59, no necesita abarcar determinadas características objetivas del tipo del injusto; tal ocurre respecto al resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado, a la falacia del hecho injurioso en el § 186, a la comisión del acto en estado de embriaguez en el § 330 a, entre otros. El dolo exige, por tanto, en su configuración en el caso concreto: *a*), el conocimiento de las circunstancias del acto ya existentes al realizarle; *b*), la previsión del resultado, y *c*), la previsión del curso de la acción (de la relación de causalidad).

fueran características típicas negativas, tendría validez la deducción analógica de FRANK. Pero de esta suerte desemboca la fundamentación de FRANK de nuevo en la doctrina de las circunstancias negativas. Sobre ello ha dicho también BINDING la palabra decisiva: «La muerte dada en legítima defensa es característica positiva de una muerte lícita; por consiguiente, característica positiva de una acción que aparece en el más agudo contraste jurídico con el delito de homicidio. Y comoquiera que la muerte es común en ambos casos, y, por tanto, ambos no pueden ser diferenciados entre sí con arreglo a este punto de vista, resulta que el contraste surge tan sólo del hecho de que una muerte es antijurídica y la otra permitida» (BINDING, *Normen*, III, página 308). Por tanto, sólo si se incluye en el dolo el conocimiento de la antijuricidad es posible subsumir bajo el § 59 el error sobre una causa de justificación.

(27) *Lehrbuch*, página 39. (Corresponde a la pág. 37)

(28) *Lehrbuch*, páginas 41 y 42.

F) *La culpabilidad*

La culpabilidad es, según WELZEL (29), «la responsabilidad personal por el acto antijurídico. El autor es personalmente responsable cuando a pesar de conocer o haber podido conocer la desaprobación de su acto por el derecho, se resuelve a ejecutarlo, siendo así, que precisamente en virtud de tal conocimiento hubiese podido abstenerse».

La culpabilidad tiene como presupuesto la imputabilidad o capacidad de culpabilidad; y como juicio desvalorativo, de reproche personal, comprende la conciencia de la antijuricidad del acto. La culpabilidad falta totalmente en los casos de inimputabilidad y en los supuestos en que, no obstante ser imputable el sujeto, el desconocimiento de la antijuricidad era inevitable para él (30). En cambio, y ello constituye sin ningún género de duda la consecuencia de más transcendencia y a la par más heterodoxa de la doctrina de WELZEL, *el dolo y la culpa* no son ya «elementos» o «formas» de la culpabilidad como entiende la dogmática imperante hasta ahora. Desde el momento que uno y otra son momentos constitutivos de la acción y del injusto personal, pertenecen ya a la acción y al tipo del injusto, y en consecuencia salen de la culpabilidad (31).

G) *El error*

Ya de ello se deduce el doble significado del *error* y el lugar, o mejor dicho, los lugares en que aparece en el Sistema. Según WELZEL, el tratamiento correcto del error que históricamente ha suscitado no pocas dificultades derivadas del contraste *error juris-error facti*, sólo puede conseguirse sustituyendo el contraste hecho-concepto jurídico, por este otro: *tipo-antijuricidad* (32). La consideración del *error sobre el tipo* corresponde al tipo subjetivo del injusto que, como antes indicamos, comprende como primer elemento al dolo. Respecto a dicho error dice WELZEL (33): «La doctrina del error es la doctrina del dolo vista desde su cara inversa. Si el sujeto yerra sobre una circunstancia objetiva del tipo que debe ser abarcada por

- (29) *Lehrbuch*, página 31.
- (30) *Lehrbuch*, página 80.
- (31) *Lehrbuch*, página 84.
- (32) *Lehrbuch*, página 81.
- (33) *Lehrbuch*, página 44.

el dolo, este último resulta excluido (§ 59 del Código); por ejemplo: el autor destruye una cosa *ajena* en la creencia de que *es propia* (el error significa aquí tanto el falso conocimiento como la ausencia total del mismo). Si el error tuvo su causa en la propia culpa del sujeto, entonces le será imputada la ejecución culposa del acto, a condición de que el Código contenga el correspondiente tipo culposo (párrafo segundo del § 59 del Código). Si el sujeto activo cree por error que existe una situación fáctica, que de darse realmente atenuaría la pena (v. g., la madre cree que su hijo, que en realidad es legítimo, es ilegítimo, § 217 infanticidio), entonces sólo existe el dolo correspondiente al tipo atenuado (infanticidio) y por ello el autor sólo será punible con arreglo a este último por analogía del § 59.»

En cambio, y como quiera que la conciencia de la antijuricidad de la acción *no pertenece al dolo del acto*, sino que es un momento de la culpabilidad, *el error sobre la antijuricidad (el error sobre el carácter ilícito del acto)*, corresponde también sistemáticamente a la doctrina de la culpabilidad. Respecto a él dice WELZEL (34): «El autor puede haber conocido el acto con toda exactitud en lo que respecta a su configuración real, pero ello no implica necesariamente el saber que dicho acto es injusto. El autor, v. g., un extranjero, puede saber con precisión que realiza acciones homosexuales; pero ello no supone de modo necesario el conocimiento de que la acción representa un injusto punible». «En el caso que el autor no conociera el carácter prohibido de la acción, pero hubiera podido conocerle poniendo el cuidado necesario (desconocimiento evitable de la antijuricidad), su *culpabilidad se entenderá atenuada*. Tal desconocimiento evitable de la antijuricidad existe ante todo cuando el autor omite intencionadamente procurarse el conocimiento necesario (*ignorantia affectata*), o cuando desconoce el carácter injusto del acto a causa de una tosca falta de diligencia (*ignorantia crassa*).

H) *El delito culposo*

Como ya advertimos, el *delito culposo* se estudia por WELZEL en el segundo capítulo de la primera parte (relativa a *la estructura del delito y a la propia naturaleza esencial del autor*). Examina primero *la naturaleza esencial de la acción culposa* y recuerda las diferencias que existen entre dicha acción y la dolosa, por un lado, y por el otro, frente a los meros procesos naturales ciegos, reafirmando que

(34) *Lehrbuch*, página 81.

en la culpa la finalidad es potencial. Las acciones culposas son aquellas causaciones de un resultado desaprobadas por el ordenamiento jurídico que hubieran sido evitables finalistamente. Ahora bien, «el motivo por el que el autor no ha evitado la causación del resultado radica en el hecho de no haber puesto el cuidado suficiente al realizar la acción. El cuidado presupone una plena comprensión por parte del sujeto de los deberes de la acción y la capacidad de enderezar su conducta conforme a ella, por tanto presupone la culpabilidad. En consecuencia, los tipos culposos sólo pueden ser realizados por un autor capaz de culpabilidad. En los delitos culposos la distinción entre antijuricidad y culpabilidad carece de objeto y es materialmente imposible. Sólo la acción de un sujeto capaz de culpabilidad es típicamente antijurídica» (35).

Estas breves indicaciones sobre la propia naturaleza de la culpa han sido muy controvertidas y constituyen a mi entender el punto más vulnerable de la doctrina de WELZEL. Aparte el extremo de la «finalidad potencial», la última deducción en orden a la imposibilidad de distinguir en los delitos culposos la antijuricidad de la culpabilidad representa un grave defecto sistemático. Ello ha sido causa de las modificaciones que, como veremos, el mismo WELZEL lleva a cabo posteriormente en relación a este punto de su doctrina.

Después de exponer lo que constituye la naturaleza esencial de la acción culposa, examina WELZEL en sucesivos apartados el tipo objetivo, el tipo subjetivo, el contenido de culpabilidad de la culpa y la penalidad de la misma (36). En relación al tipo objetivo distingue dos especies de tipos culposos, a saber: los puros tipos de causación y los tipos de causación con un núcleo de acción final. En los primeros, el tipo objetivo contiene una pura causación; por ello puede ser autor todo el que coopera, por cualquier acción u omisión a la causación del resultado. En los segundos, el núcleo del tipo objetivo contiene una acción final; aquí sólo puede ser autor el que realiza dicho núcleo. El *tipo subjetivo* contiene el momento decisivo de la culpa, la evitabilidad finalista, sólo en virtud de la cual la causación externa es incluida en el círculo del hacer humano. La pura causación en sí, no referida de esta suerte a la actividad finalista (potencial) humana, es jurídico-penalmente irrelevante. Actúa culposamente el que por no observar el cuidado debido, o no prevé qué produce el resultado (culpa inconsciente), o aunque lo considera posible confía en que no se producirá (culpa consciente). Integran dicho tipo subjetivo la infracción del deber de cuidado (que se determina con arreglo a un

(35) *Lehrbuch*, página 85.

(36) *Lehrbuch*, páginas 85 a 88.

doble módulo), la previsibilidad de la producción del resultado y la conciencia del sujeto de que su conducta es contraria al deber (el autor debe conocer, o por lo menos debería haber podido conocer, esta propiedad de su acción).

§ 5

ESCRITOS POSTERIORES DE WELZEL. EL ANUNCIO DE LA RECTIFICACION EN EL PROBLEMA DE LA CULPA

Hasta aquí hemos intentado exponer con la mayor fidelidad posible los extremos más destacados y característicos de la doctrina finalista de la acción, como aparece configurada en la segunda edición del *Lehrbuch*, de WELZEL, aparecido el año 1949. Las importantes críticas de que ha sido objeto la nueva doctrina, y que más adelante consideramos, determinan a su autor a revisar las consecuencias de ella resultantes y a modificar en algún punto fundamental la posición primitiva. A ello contribuye también WERNER NIESE, uno de los más decididos «finalistas», quien en una notable monografía publicada en 1951 (37) examina con acucioso interés el problema de las relaciones entre finalidad y culpa.

Ya en el mismo año en que ve la luz la segunda edición del *Lehrbuch*, en 1949, pero en momento posterior, publica WELZEL la monografía titulada «En torno a la doctrina finalista de la acción» (38), dirigida ante todo a refutar la crítica a que había sometido BOCKELMANN (39) las premisas y consecuencias de la nueva doctrina. Este notable trabajo de BOCKELMANN —dice WELZEL— es de doble importancia para la doctrina finalista de la acción; en primer término, y de un modo inmediato porque viene a reforzar una importante consecuencia de ella, y después, porque ofrece ocasión oportuna para desvanecer algunos equívocos, poniendo a la vez de relieve las contradicciones en que incurre la dogmática tradicional, contradicciones que precisamente intenta salvar la nueva doctrina. Al decir lo primero indica WELZEL que el trabajo de BOCKELMANN refuerza la tesis, postulada desde el comienzo por la doctrina de la acción finalista,

(37) NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951 (citada en adelante *Finalität*).

(38) WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949.

(39) BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949 (citada en adelante *Täterschaft*).

de que sólo es posible comprender las formas de participación en el delito (instigación y complicidad) mediante el concepto del dolo no culpable. Ya desde hace tiempo venía sosteniendo esto mismo WELZEL (40); pero, sobre todo, desde la reforma del § 50 del Código (que introduce la accesoriedad limitada), la posición de los que consideran el dolo como culpabilidad resulta insostenible, llegando en fuerza de la premisa a consecuencias de todo punto inaceptables (así SCHÖNKE, MEZGER y, parcialmente, KOHLRAUSCH). La situación, con efecto, es la siguiente: Antes de la reforma de los §§ 48 a 50 del Código se venía entendiendo por la casi totalidad de los escritores que las formas de participación en el delito (instigación y complicidad), consagraban la accesoriedad extrema en el sentido de que para ser instigador o cómplice era preciso que el autor principal hubiera procedido antijurídica y culpablemente. Las dificultades que surgieron en la práctica en los casos en que el autor del acto principal *no era culpable*, dificultades que sólo pudieron ser resueltas parcialmente recurriendo a la construcción de la denominada «autoría mediata», determinan la modificación de los §§ 48 a 50 del Código llevada a cabo por la Ley de 29 de mayo de 1943; en virtud de ella se reemplaza, como antes decíamos, la accesoriedad extrema por la accesoriedad *limitada*, según la que el acto del autor principal, si bien ha de ser típicamente antijurídico *no precisa ser culpable*. Los §§ 48 y 49 hablan ahora de «la acción sancionada con una pena», en vez de la «acción punible» de la primitiva redacción, fórmula esta última que precisamente era la base de la interpretación dominante en los escritores y comentaristas en favor de la accesoriedad extrema. Pero, sobre todo, es decisivo el párrafo primero del § 50 al decir que «si varios han participado en un acto, cada uno será punible con arreglo a su propia culpabilidad sin consideración a la culpabilidad del otro». «Ahora bien, lo mismo para WELZEL que para BOCKELMANN la participación en el delito presupone *de manera indeclinable* la existencia de un acto principal *doloso*; sin él es absurdo hablar de instigación o complicidad. En cambio es indiferente el que dicho acto principal sea o no culpable. Supuesto esto, dice WELZEL que sólo el reconocimiento del dolo como elemento de la acción típicamente antijurídica (no como parte integrante de la culpabilidad), permite conjugar armónicamente el presupuesto positivo de toda comprensión correcta de la participación, a saber: existencia de un acto principal doloso, con la regulación negativa del párrafo primero del § 50, esto es, con la irrelevancia de la culpabilidad de dicho acto principal. Con ello se confirma lo acertado de la tesis

(40) En el artículo *Das Grundgefüge der verbrecherischen Handlung*, páginas 537 y ss., publicado en el volumen 58 de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1938), páginas 502 y ss.

de la doctrina finalista en orden a la propia naturaleza del dolo, mientras que la dogmática imperante, al considerar este último como elemento de la culpabilidad, se ve forzada por la nueva regulación del § 50 del Código a la conclusión, a todas luces inaceptable, de que es posible la participación sin que exista un acto principal doloso. En cambio BOCKELMANN, aunque no exige en el autor principal un dolo culpable, niega que el dolo pertenezca a la acción, con lo que se aparta tanto de la dogmática imperante como del finalismo.

Por lo demás, las consideraciones de WELZEL en la monografía a que venimos refiriéndonos, no modifican en nada las tesis y consecuencias contenidas en el *Lehrbuch*. En los diversos problemas examinados, el dolo, la acción, el tipo y la culpa, se reafirma, frente a BOCKELMANN, en todo lo dicho anteriormente. Sobre todo, son de especial interés las páginas dedicadas a precisar el concepto de la acción finalista y a distinguir dicho concepto de aquél otro que también con el mismo nombre reivindican BOCKELMANN y MEZGER. Pero de ello es más oportuno tratar cuando expongamos más adelante la crítica elevada por MEZGER contra la doctrina finalista.

En cambio, el primer momento de rectificación expresa de la posición primitiva en el fundamental problema de los delitos culposos se advierte ya en el artículo de WELZEL, que bajo el título *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, en traducción italiana del profesor Ernst HEINITZ, ve la luz en 1951 en la *Rivista italiana di Diritto penale* (41). Al final de dicho artículo examina WELZEL detalladamente dos problemas particulares: los delitos culposos y el dolo eventual (42). En relación a los primeros dice ante todo: «Los delitos culposos deben su existencia al hecho de que el hombre no es capaz, en sentido absoluto, de prever y configurar el futuro. Sólo Dios, en su omnisciencia y omnipotencia, puede proceder finalistamente; el hombre puede únicamente hacerlo dentro de los límites, muy reducidos, de su previsión, por lo que resulta que una muy considerable parte de los efectos que se derivan de sus actos voluntarios son causados ciegame. A su vez, la mayor parte de estos efectos no finalistas constituyen—desde el punto de vista del sujeto—un mero caso fortuito, porque el agente no podía en modo alguno preverlos y, en consecuencia, evitarlos. Pero otra parte de ellos los podría haber evitado con actos finalistas, desplegando mayor diligencia... La acción culposa es una acción finalista productora de consecuencias no finalistas, aunque ciertamente evitables mediante una conducta finalista...

(41) *Rivista italiana di diritto penale*, año IV, N. 12, Enero-Abril de 1951, páginas 1 a 16.

(42) Páginas 12 y ss.

La culpa es, por tanto, la reprochabilidad de las consecuencias no finalistas de acciones finalistas. Mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalistamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista». Y termina afirmando: «En los delitos culposos las consecuencias producidas finalistamente nada significan *frente al tipo*; sólo son relevantes las consecuencias no finalistas. Así resulta que la acción culposa (imprudente) es una acción finalista, respecto a la cual el tipo regula el significado penal de las consecuencias no finalistas. Frente a los tipos finalistas de los delitos dolosos, el tipo de los delitos culposos consiste en una lesión puramente causal de los bienes jurídicos».

Ahora bien, y dejando a un lado el hecho de que en los últimos párrafos transcritos pudiera verse cierta contradicción con lo expuesto en el *Lehrbuch* en orden al tipo objetivo de los delitos culposos, es de interés advertir que en ningún momento se habla ya de la «finalidad potencial», que hasta ahora había sido genuina característica en la construcción de la acción culposa. Pero, ante todo, en lo que concierne a la distinción, o mejor dicho, a la imposibilidad de distinguir la antijuricidad de la culpabilidad en los delitos culposos postulada en el *Lehrbuch* (pág. 85), contiene la nota 5 (páginas 13 y 14) del artículo que comentamos una expresa rectificación. Con efecto, en la parte segunda de esta nota (la parte primera se refiere a la «adecuación social», problema que no es ahora del caso), dice textualmente WELZEL: «En este punto corrijo la observación hecha en mi *Lehrbuch* (pág. 85) de que en los delitos culposos la distinción entre antijuricidad y culpabilidad no tendría fundamento. Este error me ha sido reprochado con razón por GRISPIGNI (*Diritto penale italiano*, página 309). Pero sería exageración suma deducir de ello, sin más, la «bancarrotta» de la doctrina finalista de la acción. Pues tampoco la doctrina finalista de la acción ha surgido ya perfecta desde el primer momento como Atenea del cerebro de Júpiter, sino que ha precisado y sigue precisando de un fatigoso trabajo para perfeccionarla, liberándola de toda objeción en todo respecto dogmático. Para la Sistemática de mi *Lehrbuch* esta corrección tendrá como consecuencia que en lo futuro dividiré en dos el tipo del injusto; al lado del tipo del injusto de los delitos dolosos (con el dolo como momento esencial de la antijuricidad), trataré el tipo del injusto de los delitos culposos (violaciones socialmente no adecuadas de los bienes jurídicos). A ello seguirá el concepto de culpabilidad, igual para ambas especies de delitos, como reproche que recae sobre la formación de la voluntad. De tal suerte mi Sistema resultará más claro y sencillo.»

§ 6

NIESE Y LA «FINALIDAD POTENCIAL»

El extremo de la «finalidad potencial» en los delitos culposos, se aborda por NIESE en la monografía ya citada de 1951 (43), en la que especialmente se estudian las acciones culposas en su relación con la finalidad, un problema que, como es notorio, ha sido objeto desde el principio de las objeciones más importantes y numerosas elevadas contra la doctrina de la acción finalista.

1. Después de examinar los diferentes problemas de los delitos dolosos desde el punto de vista de la nueva doctrina, aborda NIESE en la segunda parte de su trabajo (44) el estudio de las *acciones culposas* y se pregunta en primer término: ¿Le es posible a la doctrina de la acción finalista captar, partiendo del concepto de la acción finalista, el fenómeno de la acción culposa, esto es, no dolosa, cuando precisamente a consecuencia de la finalidad debe ser el dolo la característica conceptual esencial de la acción? ¿Es posible siquiera, desde el punto de vista de la nueva doctrina, postular un concepto ontológico unitario de la acción que abarque también las acciones culposas? Como es sabido, WELZEL contesta afirmativamente esta pregunta, en tanto que su doctrina de la acción, si bien contraponen a la acción dolosa la culposa como «una propia y genuina forma de acción» (45), la subordina, sin embargo, mediante la característica genérica de la finalidad al concepto superior de «acción». Al hacer esto, estructura la finalidad misma en dos especies distintas, a saber: en la finalidad «actual», propia de las acciones dolosas, y en la finalidad «potencial», característica de las culposas; en la acción dolosa el autor actúa realmente en dirección a una meta representada y querida, mientras que en la conducta culposa el resultado causado es ciertamente «la consecuencia ciega (no querida) de la conducta imprecavida, el suceder no estaba como en el dolo..., dirigido a aquella meta, sino que es causal-ciego. Pero se diferencia de un puro proceso natural en el hecho de que era evitable por la *possible* actividad finalista de su autor». «Lo que permite situar la conducta dolosa y la culposa bajo el concepto superior de acción es el

(43) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit.*

(44) *Finalität*, páginas 40 y ss.

(45) *Lehrbuch*, página 23.

momento de la finalidad, que en la acción dolosa es, como actividad finalista *real*, factor configurador real (finalidad actual), mientras que en la acción culposa, como *posible* actividad finalista, sólo aparece como momento de referencia (finalidad potencial).»

Pero ante todo cabrá preguntar —dice NIESE (46)— si al contraponer en la esfera prejurídica de la doctrina de la acción las acciones dolosas y las culposas como propias y genuinas formas de la misma ha sido correctamente elegido el punto de partida. Para WELZEL el dolo es un concepto indiferente desde el punto de vista de la culpabilidad, y es tan sólo la denominación extrajurídica de la categoría de la finalidad. La culpa, por el contrario, es, sin posible género de duda, un concepto que pertenece a la culpabilidad, lo mismo si se la concibe como especie, o como forma, o como grado de la misma. Por ello la acción culposa es una acción ya valorizada con arreglo a puntos de vista de la culpabilidad, mientras que la acción dolosa en este lugar del Sistema, en la doctrina de la acción, está aún libre de la valoración de la culpabilidad. Si se quiere, pues, coordinar al dolo, concebido ontológicamente, indiferente para la culpabilidad, otro concepto en parangón con él, igualmente indiferente para la misma, entonces habría que hablar, no de culpa (47), sino de *no dolo*, y preguntar en consecuencia si con arreglo a la doctrina de la acción finalista se pueden subordinar bajo el concepto final de acción las acciones *dolosas* y las *no dolosas*. Es indudable que después de haber eliminado el punto de vista de la culpabilidad, se conserva aquel momento que precisamente ha determinado a WELZEL a explicar la acción culposa —esto es, la no dolosa— como una propia y genuina forma de acción frente a la acción dolosa; pues lo propio de la primera radica precisamente en la situación ontológica en la que el autor, mediante su acto, ha producido un resultado no querido de un modo causal-ciego, no dirigido. El lazo de unión con la acción dolosa lo ve WELZEL en la evitabilidad finalista, en la finalidad potencial. Y el hecho de que los adversarios de la doctrina de la acción finalista concentren el centro de gravedad de sus ataques en este punto, me obliga, precisamente como «finalista» —dice NIESE—, a examinarle con el mayor cuidado, al objeto de esclarecer si la finalidad potencial es idónea para formar, en unión de la finalidad actual, un concepto de acción a la que pertenezcan tanto las conductas dolosas, como las no dolosas.

WELZEL ha descrito siempre, a lo largo de su doctrina, la *finalidad* como una *categoría* ontológica incommovible que expone la «estruc-

(46) *Finalität*, página 41.

(47) Pues ésta supone ya una valoración jurídica inherente al concepto mismo, lo que no sucede en el dolo.

tura fundamental» del hacer humano, y mediante la que este último se caracteriza y distingue frente a todas las demás formas de conducta y procesos causales. Con ello se describe una situación fáctica del ser que, según toda experiencia interna y externa, impronta a la acción, como fenómeno central de la vida humana, un sello inconfundible. Y consiste precisamente en la inserción, consciente del fin, de la causalidad hacia una determinada meta, esto es, en la actividad finalista del hombre; proceso extraordinariamente complejo en el que participan instintos emocionales como impulsos volitivos, el intelecto con su saber causal, las representaciones valorativas como reguladoras de los instintos y finalmente la voluntad como resultado de todos estos factores. «La naturaleza final de la acción se asienta en una comprensión inalienable. El actuar humano es actividad finalista y, como tal, en absoluto diverso del suceder meramente natural» (BOCKELMANN). «El concepto existencial de la acción es un concepto final» (MEZGER). En este punto sería fácil conseguir la unanimidad de pareceres, en el caso de que ya no existiera, precisamente porque todos, de manera constante, comprobamos en nuestras propias acciones la actividad finalista. En ello yace precisamente el significado «categorial» de la finalidad. Pero si la finalidad es un concepto «material» en tanto que el contenido de voluntad final determina en cada caso el carácter de la acción, de suerte que este último no puede en absoluto ser determinado en el caso concreto sin la sustancia del fin actual, ¿es posible —pregunta NIESE (48)— extender el concepto de la finalidad desde una finalidad «actual», *realmente* existente, a una «potencial», sólo posible, pero en realidad no existente? La finalidad es una situación fáctica del ser, que «existe» o «no existe»; una de dos: el sujeto ha querido un determinado resultado y lo ha realizado finalmente, o no. No hay un tercer término. Este carácter es común a la finalidad y a la causalidad. Precisamente en este «ser o no ser» radica la propia esencia de estas categorías ontológicas. Por ello tampoco la *posible* finalidad es finalidad, y cuando se dice que alguien hubiera *podido* evitar un resultado mediante una actividad finalista, lo que se hace es comprobar que el sujeto no ha actuado finalista-mente ni respecto a la producción de tal resultado ni respecto a su evitación.

Ahora bien, si, como NIESE demuestra de convincente manera, no hay más que finalidad *actual*, cabe preguntar ahora: ¿Qué papel juega realmente la *potencialidad*? (49). Finalidad potencial supone que el sujeto, que ha producido causalmente un determinado resultado que no perseguía, hubiera podido evitarle mediante una actividad

(48) *Finalität*, página 43.

(49) *Finalität*, página 43.

finalista posible para él. Ahora procede preguntar: ¿Cuándo será este el caso? La contestación a esta pregunta, ¿podrá obtenerse—dice NIESE—por la ruta de una consideración no valorativa, mediante la mera comprobación de que el resultado producido hubiera podido ser evitado *objetivamente* mediante una actividad finalista? ¿O más bien será necesario aplicar ya un módulo valorativo, en cuyo supuesto sólo podrá decirse que el resultado era evitable cuando el agente hubiera *debido* evitarle mediante una actividad finalista? Si se quisiera seguir el primer camino, la consecuencia sería que *todo* resultado es «finalistamente evitable». A este respecto dice acertadamente BOCKELMANN (50): «Aquí no se trata de si de un modo *absoluto*, es decir, desde el punto de vista de un estado ideal del saber, era posible prever el curso causal; este planteamiento de la cuestión sería absurdo, pues la contestación tendría naturalmente que ser afirmativa; del concepto del desarrollo causal resulta que el que conociera *todas* las causas podría también prever *todos* los efectos».

Pero indudablemente esta no es la opinión de WELZEL, pues lo que realmente importa es obtener, en virtud de la evitabilidad finalista, un módulo referible a las acciones *culposas*. Como trasfondo de la «potencialidad» como *posible* actividad finalista, está —consciente o inconscientemente— la idea de que el sujeto, al causar no dolosamente el resultado, hubiera *debido* hacer uso de dicha posibilidad. Y precisamente el reproche que sobre él recae por no haberlo hecho así, aunque podía hacerlo, hace aparecer su acción como culposa. Por consiguiente estamos en presencia de la típica valoración de culpabilidad que plasma en el concepto de potencialidad: «debes, puesto que puedes».

Desde el momento en que WELZEL —concluye NIESE (51)— plantea ya en la doctrina de la acción la cuestión relativa a las acciones culposas —aunque desde puntos de vista ontológicos— se ve obligado «en fuerza de la ley con arreglo a la que actúa», a operar ya aquí con módulos pertenecientes a la culpabilidad. Más adelante, en la propia doctrina de la culpa, se dice con claras palabras que la finalidad potencial no es otra cosa que el juicio de culpabilidad (52): «Las acciones culposas son aquellas causaciones de un resultado desaprobado por el Derecho evitables finalistamente. El *motivo* por el que el autor no ha evitado la causación del resultado radica en el hecho de no haber puesto el cuidado suficiente al realizar la acción. El cuidado presupone una plena comprensión por parte del sujeto de los deberes

(50) *Täterschaft*, página 31.

(51) *Finalität*, página 44.

(52) *Lehrbuch*, página 85.

de la acción y la capacidad de enderezar su conducta conforme a ella, por tanto presupone la culpabilidad. En consecuencia, los tipos culposos sólo pueden ser realizados por un autor *capaz de culpabilidad...* En ningún caso colma ya la mera causación del resultado el *tipo* del injusto de los delitos culposos», sino con arreglo al punto de partida de WELZEL, sólo la causación evitable finalistamente. Pero al decir esto se piensa en realidad en la causación culpable, como resulta claramente del siguiente párrafo: «El *tipo* subjetivo contiene el momento decisivo de la culpa, la evitabilidad finalista...» Con ello se muestra la finalidad potencial como un concepto normativo perteneciente a la doctrina de la culpabilidad, y es evidente que no puede ser apropiada, como parangón de la finalidad actual no valorativa, para subordinar las acciones no dolosas bajo el concepto superior de la acción finalista.

2. Demostrado de esta suerte que la finalidad potencial pertenece a la culpabilidad y no a la acción aborda NIESE (53), por último, la tan criticada consecuencia deducida por WELZEL de «que, según la doctrina de la acción finalista, los *tipos* de la culpa sólo pueden ser realizados *culpablemente*, por lo que aquí la distinción entre antijuricidad y culpabilidad carece de objeto y es materialmente imposible, siendo *tan sólo típica la acción culpable*» (54). Consecuencia que lógicamente se imponía desde el momento en que, por virtud de la finalidad potencial, la acción culposa penetra afectada ya por la culpabilidad en el área del tipo.

Ahora podría preguntarse —dice NIESE— si el hecho de que la finalidad potencial —con abstracción de su idoneidad o inidoneidad para la doctrina de la acción— conduzca a una ruptura del Sistema tradicional: tipicidad-antijuricidad-culpabilidad, es motivo suficiente para hacerla objeto de la crítica. Sin embargo, el problema es esencialmente más profundo si la anticipación del juicio de culpabilidad determina que carezca de objeto y sea irrealizable la distinción entre antijuricidad y culpabilidad en los delitos culposos: pues con ello no sólo resulta problemático el orden serial de las características, tipicidad, etcétera, sino también la existencia de la antijuricidad y de la culpabilidad. ¿Pero es posible afirmar la culpa antes de la antijuricidad, o incluso *sin* ella? El siguiente ejemplo puede servir para facilitar la respuesta: A es atacado por B, sujeto dotado de gran vigor físico. A causa de su manifiesta inferioridad corporal no le es posible al primero defenderse con éxito de la agresión de B valiéndose sólo de sus propias fuerzas, por lo que al objeto de poner fin al insistente acoso de que es víctima y no teniendo a su alcance arma alguna, coge una vieja tabla que en uno de sus extremos lleva varios clavos

(53) *Finalität*, páginas 45 y ss.

(54) *Lehrbuch*, página 85. *Um die finale Handlungslehre*, página 22.

de gran tamaño completamente oxidados y asesta con ella un bien dirigido golpe a la cabeza de *B*, lo que determina que éste desista de continuar la agresión. Pero los clavos han producido desgarros en el cuero cabelludo de *B* y éste muere unos días más tarde a causa de septicemia. Ahora bien, es indudable que *A* ha causado la muerte de *B* no dolosamente, como no lo es menos que era previsible para *A* que las heridas producidas por los clavos podían producir la muerte, teniendo en cuenta su estado de oxidación. No obstante ello, *A* no ha procedido culposamente, pues la consecuencia de que el resultado como tal, la muerte de *B*, era previsible para el autor, no fundamenta aún el reproche de culpabilidad; falta aún por comprobar que la acción típica de *A* era también antijurídica, y que éste hubiera podido y debido conocer dicha antijuricidad. Pero la acción de *A* estaba justificada en este caso por la legítima defensa, pues era la reacción necesaria para repeler el ataque antijurídico. Y esta conclusión no se desvirtúa por el hecho de que las lesiones necesarias para repeler el ataque injusto hayan conducido posteriormente a la muerte de *B*, ni tampoco es de relevancia el que *A* no quisiera producir la muerte del agresor; pues aun en el supuesto de que contara con ella, y por consiguiente hubiera actuado con dolo eventual respecto al homicidio, su conducta seguiría siendo conforme a derecho, porque no podía defenderse de otra manera, de la agresión de *B*.

Esto demuestra en primer término que lo que importa tan sólo es la necesidad objetiva de la acción de defensa y que la misma esté informada de la voluntad del sujeto de defenderse como elemento subjetivo de justificación. Si esto es así, la acción es conforme a derecho y es indiferente el resultado producido y el que el sujeto hubiera previsto o no, dicho resultado; pues el conocimiento del tipo legal que el autor tuviera o debería haber tenido, no es por sí relevante cuando la realización típica misma es conforme a derecho. En tal supuesto no es posible llegar a la afirmación del reproche de culpabilidad, no obstante la previsión real o posible por el sujeto del resultado típico. Y en segundo término muestra lo antes dicho que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad en la culpa, ni carece de objeto ni es irrealizable, sino más bien que el juicio de culpabilidad presupone, como en todo otro caso, el juicio sobre la antijuricidad.

¿Pero qué sucederá—pregunta NIESE (55)—en el caso de que la acción no dolosa sea también antijurídica? ¿La afirmación de que el autor conocía o debía haber conocido la transcendencia *fáctica* del acto implicará ya sin más trámites la culpabilidad? Recordemos el anterior ejemplo, modificándole en los siguientes términos: *A* emprende una excursión en automóvil y al llegar a un paraje situado

(55) *Finalität*, páginas 48 y s.

en el lindero de un bosque solitario, atraído por la belleza del sitio y para contemplarlo a su sabor, detiene el carruaje y echa pie a tierra. Repentinamente sale *B* del bosque y se dirige a *A* haciendo grandes gesticulaciones y blandiendo un hacha. Ello hace pensar a *A* que *B* se dispone a acometerle, y cogiendo la tabla con los clavos enmohecidos que fortuitamente se encontraba al borde de la carretera causa a *B* las heridas en la cabeza para impedir la supuesta acometida. En realidad, *B* había sido atacado por varios individuos cuando estaba trabajando en el bosque, y al verse perseguido por ellos y divisar el carruaje de *A* se dirigió a éste para rogarle que le permitiera montar en el automóvil y sustraerse de tal modo a la persecución. La situación queda aclarada en seguida y *A* accede a los deseos de *B*, pero éste muere más tarde a consecuencia de las heridas producidas por los clavos.

Tampoco en este caso la muerte de *B* ha sido causada dolosamente por *A*. Mas ahora el acto es antijurídico porque, en realidad, no existió un ataque. ¿Pero ha matado *A* culposamente? Es indudable que también ahora hubiera podido prever que al lesionar a *B* en la cabeza con los clavos oxidados, tal lesión podría con facilidad acarrear la muerte. Pero esto no es bastante para la fundamentación del reproche de culpabilidad, pues para ello hubiera sido además necesario que al prever *A* el resultado hubiera debido conocer su carácter antijurídico, lo que ha de negarse teniendo en cuenta los términos en que se han desarrollado los hechos. Y lo mismo habría de decirse en el supuesto de que *A* hubiera procedido con dolo eventual respecto al resultado muerte. Tampoco entonces le alcanzaría el reproche de culpabilidad porque, dadas las circunstancias, era víctima de un error sobre la ilicitud de la conducta y tal error era inevitable.

Estos ejemplos muestran que también en la esfera de la culpa no sólo es preciso distinguir antijuricidad y culpabilidad, sino que *después* de la comprobación de la antijuricidad, es también preciso considerar *dentro* de la valoración de la culpabilidad la relación psíquica —aquí puramente potencial, exigible en principio al autor— entre el autor y su acto, considerando y valorizando por separado de una parte la relación psíquica respecto a la transcendencia fáctica del acto, y por la otra, la relación psíquica en orden a la transcendencia jurídica del mismo, pues con la comprobación de que el sujeto, desplegando el cuidado necesario y para él posible, hubiera llegado en conocimiento del carácter típico de su conducta, aún no es seguro en manera alguna que con ello hubiera llegado también en conocimiento del carácter ilícito de la misma.

Si fuera cierto realmente —termina diciendo NIESE (56)— que en

(56) *Finalität*, página 49.

la culpa careciera de objeto la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, con ello se perdería irremisiblemente la unidad del juicio de culpabilidad, pues dicha unidad se asienta precisamente en el especial papel que en el dolo y en el caso de falta del mismo juegan la antijuricidad y el conocimiento real o posible de ella por parte del autor: Todo miembro de la comunidad jurídica tiene el deber de enderezar sus acciones de manera que aparezcan en armonía con las exigencias del Derecho, esto es, de manera que no sean antijurídicas. Si quiere evitar las especiales consecuencias penales debe abstenerse de llevar a cabo culpablemente acciones típicamente antijurídicas. Este deber de actuar conforme a Derecho ha de tenerlo en cuenta y cumplirlo en el momento de la formación de la voluntad. El que a sabiendas quiere cometer una acción injusta típica, sabe por regla general que dicha acción es una acción prohibida. El juicio desvalorativo del ordenamiento jurídico deviene entonces «actual» en virtud de esta conciencia del sujeto respecto al carácter injusto de su acción, y por ello le alcanza el más grave y «completo» reproche de culpabilidad, porque no obstante tal representación se ha decidido de un modo contrario al deber a realizar el acto; en tal caso existe un proceso de «motivación defectuosa», pues su decisión es contraria de manera consciente a los deberes que el Derecho impone, y el sujeto era «libre» al adoptar tal resolución (en el sentido de que no existía una presión motivadora externa que excediera de los límites normales). La situación descrita sólo puede darse a condición de que el sujeto sepa lo que realiza, por consiguiente cuando exista dolo respecto al conocimiento del tipo.

Pero puede también ocurrir que el autor sepa que realiza la conducta típica, sin que no obstante conozca que la acción es contraria al Derecho, bien porque la considere como no prohibida en absoluto, bien porque estime que especiales circunstancias concurrentes le autorizan a realizarla. En este punto surge ya el problema de la «potencialidad»; ahora procede examinar si el conocimiento del tipo, esto es, la relación personal «actual» respecto a la acción realizada —el «saber causal»— no hubiera debido hacer surgir en el autor la relación psíquica «actual» respecto al ordenamiento jurídico —el «saber respecto al valor»—. Esto último habrá de afirmarse también en el caso de que el sujeto, desplegando el cuidado debido y teniendo en cuenta sus condiciones y circunstancias personales, hubiera podido conocer en el caso concreto, que el acto era antijurídico. En este supuesto alcanza al autor un reproche de culpabilidad atenuado, porque en el proceso de formación de su voluntad no ha llegado, contrariamente a su deber, a representarse el desvalor de su acto, y, en consecuencia, no le ha tenido en cuenta; por ello, también aquí estamos en presencia de una «motivación defectuosa», en tanto en cuanto el autor fuera libre

en grado suficiente para llegar también, desplegando la atención y cuidado debidos, al conocimiento de lo ilícito de su acción. El objeto de estos dos juicios de culpabilidad lo constituye, en uno y otro caso, como substratum psíquico el conocimiento «actual» del tipo (=dolo); pero mientras en el primer caso el autor ha obtenido también desde él el conocimiento «actual» de lo ilícito de su acto, en el segundo no ha logrado el conocimiento «actual», de tal carácter ilícito.

Ahora bien, en la culpa, falta también el conocimiento actual del tipo y en consecuencia debe en primer término examinarse—como ocurre en el caso del dolo respecto al conocimiento «potencial» del carácter ilícito del acto—, si el autor mediante el despliegue del cuidado debido, y teniendo en cuenta sus condiciones y circunstancias personales, hubiera conocido que realizaba un tipo legal que, o no había creído que se produciría (culpa consciente), o en el que incluso no había pensado (culpa inconsciente). Si se afirma este conocimiento «potencial» del tipo, entonces es preciso comprobar a su vez, si el autor, en el caso de que hubiera conocido la tipicidad, hubiera podido y debido deducir de este conocimiento el conocimiento de la antijuricidad. Sólo en el caso de afirmarse también esto, es posible un reproche de culpabilidad. Una motivación recibe el predicado de «defectuosa» cuando el autor, desplegando el cuidado debido y para él posible, hubiera conocido que realizaba un tipo y que dicho tipo era antijurídico, en tanto en cuanto fuera libre en grado suficiente para llegar a este conocimiento como base de una formación de la voluntad ajustada a las exigencias del deber.

La esencia de la culpabilidad es, por tanto, siempre la misma, a saber: la reprochabilidad de la motivación defectuosa; pero los distintos *grados* de la culpabilidad se debilitan a medida que las relaciones psíquicas «potenciales» reemplazan a las «actuales». Ahora bien, este carácter unitario de la sustancia del juicio de culpabilidad, sólo puede mantenerse a condición de que se mantenga su objeto, a saber: las relaciones psíquicas—actuales o potenciales—del autor con el acto, por una parte, y con el juicio jurídico desvalorativo sobre el acto, por la otra. Esta segunda relación presupone a su vez la existencia del juicio desvalorativo mismo, la antijuricidad.

De todo lo expuesto resulta claro que la «finalidad potencial» no pertenece a la doctrina de la acción, sino a la de la culpabilidad. ¿Significa esto—pregunta NIESE (57)—que la doctrina de la acción finalista ha de capitular frente a las acciones no dolosas y que, por consiguiente, sólo es acaso adecuada para explicar las acciones dolosas, como sostienen sus adversarios? La consecuencia sería que la acción no dolosa no podría ser considerada como «genuina forma

(57) *Finalität*, página 51.

especial de la acción finalista», sino como un completo *aliud*, a saber: como la «causación no final de un resultado». Esto en modo alguno lo admite NIESE, y en las siguientes páginas del trabajo construye su concepto de la acción en los delitos culposos. Pero entiendo que será más oportuno referirnos a ella después de exponer el estado de la doctrina en los últimos escritos de WELZEL.

§ 7

EL SISTEMA DE WELZEL EN LA MONOGRAFIA DE 1952

La configuración última de la doctrina de la acción finalista se desenvuelve por WELZEL en la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, publicada en segunda edición en 1952, y representa, ante todo, una modificación importante de los puntos de vista afirmados en el *Lehrbuch* en lo concerniente a los delitos culposos. Aquí se abandona el criterio de la «finalidad potencial» y se construye el injusto típico de los delitos culposos sobre la base de un elemento objetivo. De esta manera es ya posible diferenciar en tales delitos la antijuricidad de la culpabilidad (cosa que en el *Lehrbuch* se entendía impracticable y carente de objeto), y en consecuencia distingue ahora el autor, de acuerdo con lo que ya anticipaba en la nota 5 del artículo publicado en la *Rivista italiana di Diritto penale*, antes citado, el tipo de los delitos dolosos y el de los delitos culposos, para ocuparse por último de la culpabilidad como juicio de reproche subjetivo común a ambas especies. La estructura de los extremos que aquí importan es, pues, la siguiente (aparte la *Introducción*):

1. El concepto de la acción (páginas 9 y ss.).
2. Antijuricidad y tipicidad del injusto (páginas 15 y ss.).
3. El concepto del injusto de los delitos dolosos (página 20).
 - I. La evolución dogmática del concepto del injusto de los delitos dolosos (páginas 21 y ss.).
 - II. El concepto personal del injusto (página 23).
4. El concepto del injusto de los delitos culposos (página 23).
 - I. Desvalor del resultado y de la acción en los delitos culposos (páginas 23 y ss.).
 - II. El tipo del injusto de los delitos culposos en particular (páginas 26 y ss.).
 - III. Las causas de justificación (páginas 30 y s.).

- IV. Las infracciones del deber de cuidado de los inimputables (páginas 31 y ss.).
5. Naturaleza esencial de la culpabilidad: la reprochabilidad (páginas 32 y ss.).

Una simple ojeada sobre este esquema bastará para que el lector perciba el total contraste de este Sistema de WELZEL con el propio de la dogmática tradicional, acentuado aquí aun más que en el *Lehrbuch*. Dándose el caso paradójico que la distinción ahora afirmada entre antijuricidad y culpabilidad en los delitos culposos, que materialmente sin duda implica una aproximación al Sistema tradicional, contribuye en el aspecto *formal* a marcar de un modo más agudo aquel contraste. Pues en este segundo aspecto aparecen ahora los términos de ambos Sistemas *totalmente* invertidos: Mientras que por un lado la dogmática tradicional, precisamente por servirse del concepto naturalista de acción, puede tratar a ésta de un modo *unitario* como base común a los delitos dolosos y a los culposos, y lo mismo hace respecto del injusto, la doctrina finalista, a causa de la diversa índole funcional de la acción en los delitos dolosos y en los culposos ha de escindir ya desde el comienzo y considerar separadamente ambas clases de delitos, y al reconocer ahora que es posible la distinción entre antijuricidad y culpabilidad en los delitos culposos, la consecuencia lógica tenía que ser forzosamente el tratamiento paralelo al dolo, pero *por separado*, del tipo del injusto en los delitos culposos. Por otra parte, si para la dogmática tradicional *el contenido de la voluntad* no es materia que pertenezca al complejo problemático de la acción, forzoso había de ser, al llegar a la culpabilidad, distinguir dentro de ella de modo destacado el dolo de la culpa, como especies, formas o grados de la culpabilidad; en cambio, al considerar WELZEL ya en el injusto el dolo y uno de los elementos integrantes de la culpa vacía en consecuencia el tradicional contenido del concepto de culpabilidad, que al quedar reducido, como culpabilidad *en sentido estricto*, al juicio de reproche personal reviste lógicamente un expreso y puro carácter *unitario*.

En la *Introducción* (página 7 y siguientes) advierte ya WELZEL que «la necesidad de ofrecer un cuadro sistemático de conjunto es también una consecuencia de la fase a que ha llegado la dogmática de la culpa. Desde el principio se ha reprochado a la doctrina finalista el no poder explicar satisfactoriamente la propia naturaleza específica de los delitos culposos, diciendo que la nueva doctrina no permite considerar la acción culposa como «acción». Y aunque ciertamente no han conseguido los adversarios fundamentar en debida forma tal reproche, debo reconocer aquí que mi anterior exposición de la culpa no era completa, a causa precisamente de haber concedido

demasiado en este punto a la dogmática dominante. De acuerdo con ella consideré la culpa como un concepto de culpabilidad simple y unitario. Pero únicamente si se observan también aquí de modo consecuente los postulados del finalismo, aparece la culpa como un concepto complejo integrado por el injusto y la culpabilidad, que sólo mediante la separación de dichos elementos deviene fructífero, de suerte que ciertos problemas que eran considerados insolubles encuentran ahora fácil solución».

En referencia al *concepto de la acción* (estructura fundamental de la misma) precisa WELZEL en ciertos puntos el concepto de finalidad al decir en las páginas 9 y siguiente, que la actividad finalista no sólo abarca el fin de la acción, sino también los medios necesarios y las consecuencias accesorias necesariamente ligadas con ellos. La acción final es una estructura compleja en la que la meta perseguida es tan sólo una parte al lado de los medios puestos en práctica y de las consecuencias accesorias ligadas con ellos. Sería, por tanto, erróneo aferrarse a una interpretación puramente literal y sostener que la finalidad sólo puede tomar en consideración el fin. Esto sería tan equivocado como si se quisiera decir que la causalidad debe limitarse a considerar la causa y no tener en cuenta el efecto... La voluntad final de la acción es una voluntad de realización que abarca todas las consecuencias que el autor reconoce necesariamente ligadas con la obtención de la meta y que por ello quiere también producir. Sólo respecto a estas consecuencias de la acción abarcadas por la voluntad de realización aparece la acción como un complejo final. Una acción es sólo final en referencia a los resultados voluntariamente producidos, mientras que respecto a los resultados no causados por la voluntad de realización es sólo causal... Por tanto, no hay acciones «en sí», sino tan sólo en relación con las consecuencias voluntariamente producidas. Supuesto esto, es por lo demás indiferente que dichas consecuencias representen en la total estructura de la acción, la meta perseguida, o sean tan sólo los medios utilizados, o incluso únicamente las consecuencias accesorias aceptadas por el autor. Una acción final de homicidio no sólo existe cuando la muerte del sujeto pasivo era la meta principal de la actividad volitiva, sino también cuando sólo constituía el medio para alcanzar una meta ulterior (se mata, v. g., para heredar a la víctima). o cuando era sólo la consecuencia accesorias necesaria aceptada por el autor (en el caso de incendio de una casa habitada para cobrar el importe del seguro, la muerte de uno de los moradores que por ser paralítico no puede ponerse a salvo). Ello explica que una acción final puede poseer varios sentidos de acción en virtud de su referencia a los diversos resultados producidos por obra de la voluntad. La acción del último ejemplo es una estafa de seguro desde el punto de vista de la meta perseguida por el autor,

un incendio desde el punto de vista del medio aplicado y un asesinato desde el punto de vista de la consecuencia accesoria.

En la página 11 considera WELZEL *la acción dentro de los tipos del Derecho penal*, y dice que las acciones que no presentan en relación con sus consecuencias causales el mínimo de dirección final jurídicamente exigido, son objeto de los tipos de los delitos *culposos* (como lesiones imprecavidas de bienes jurídicos). En estos tipos las consecuencias de la acción producidas finalistamente son jurídico-penalmente irrelevantes, y, por tanto, no aparecen descritas en ellos. El tipo del injusto en estos delitos está representado por determinadas lesiones causales de bienes jurídicos producidas por acciones que no muestran el grado necesario de dirección final exigible en el tráfico.

De especial interés es el § 4 de la obra que reseñamos, pues representa el punto de rectificación de WELZEL frente a la opinión sustentada en el *Lehrbuch*, a la vez que el intento de una construcción de la culpa congruente con los postulados del finalismo. En dicho párrafo dedicado a exponer el *concepto del injusto de los delitos culposos*, trata el autor en primer término del *desvalor del resultado de la acción en los delitos culposos* en los siguientes términos:

«1. Mientras que el tipo del injusto de los delitos dolosos está referido a aquellas acciones cuyas consecuencias *producidas finalistamente* lesionan el ordenamiento jurídico, el tipo del injusto de los delitos culposos abarca precisamente las lesiones de bienes jurídicos no realizadas finalistamente, sino producidas de un modo puramente causal por acciones cuya dirección finalista, como tal, no va orientada en contra del ordenamiento jurídico.»

«El tipo del injusto de los delitos culposos exige siempre la lesión de un bien jurídico, o por lo menos su puesta en peligro; pero ni una ni otra pueden ser producidas finalistamente, sino sólo causalmente. Sin embargo, no es posible entender que toda lesión de un bien jurídico ligada causalmente con una actividad final jurídico-penalmente irrelevante, constituya un injusto típico. Pues como quiera que el hombre sólo puede predeterminar y configurar finalistamente una pequeña parte del futuro, viéndose siempre obligado a abandonar al acaso los ulteriores efectos de su intervención, resultaría que sólo omitiendo toda clase de actividad estaría absolutamente seguro de no lesionar ningún bien jurídico. La prohibición estricta de lesionar los bienes tutelados por el Derecho paralizaría la total vida social y transportaría los bienes jurídicos a un mundo de museo, en el que permanecerían ciertamente no lesionados por la mano del hombre, pero infructíferos para toda función viviente. Por ello no puede considerarse sin más antijurídica toda lesión de un bien tutelado por el Derecho causada por una actividad volitiva del hombre, sino tan sólo la que aparece vinculada a una actividad de voluntad

de *determinada indole*. Al igual que sucede en los delitos dolosos, tampoco el tipo del injusto de los culposos se agota en la lesión de un bien jurídico, sino que presupone siempre un determinado desvalor de la acción y contiene, como el tipo del delito doloso, un injusto personal.»

«2. El desvalor de la acción de los delitos culposos está, sin embargo, estructurado de modo distinto que el de los delitos dolosos. Pues mientras que en los segundos dicho desvalor se funda en la *supradeterminación final real* del acto externo, en el injusto de los delitos culposos falta precisamente tal supradeterminación en lo que concierne al resultado típico (no en cambio respecto al resultado jurídicamente irrelevante). El *desvalor* específico de la acción en los delitos culposos no radica, por tanto, en la dirección final desplegada *realmente* por el autor, sino en la dirección *final ulterior* que había derecho a exigir de él y que, sin embargo, no ha desplegado al realizar su actividad volitiva; por consiguiente, lo característico de estos casos es que a la acción realmente final (esto es, a la acción que el sujeto realiza finalistamente) le falta aquella dirección final *exigida* por el Derecho y *más perfecta* que la realmente desplegada. En este sentido el tipo del injusto de los delitos culposos contiene, como a menudo se ha observado (v. gr., por RADBRUCH y por GOLDSCHMIDT (58), un momento de omisión que permite poner en paralelo en diferentes puntos los delitos culposos con los delitos impropios de omisión. *El desvalor de la acción en los tipos culposos consiste en la omisión por el sujeto de una dirección final más perfecta exigida por el ordenamiento jurídico al objeto de evitar las lesiones de los bienes jurídicos.*»

Pero esta determinación del tipo del injusto en los delitos culposos ha de realizarse con arreglo a un módulo objetivo que necesita ser precisado más concretamente; por otra parte es necesario distinguir la antijuricidad de estas acciones de la culpabilidad del sujeto que las realiza. Pues para WELZEL la culpa es un concepto complejo integrado por la antijuricidad y la culpabilidad. Ambas cuestiones las aborda WELZEL al decir en la página 25:

«El Derecho exige, de todo el que pretende participar sin limitaciones en la vida social, que al llevar a cabo en la esfera exterior una resolución de voluntad, despliegue por lo menos el mínimo de dirección finalista adecuado a la situación concreta, al objeto de evitar el menoscabo de los bienes jurídicamente tutelados. El Derecho impone, en consecuencia, al sujeto, al realizar una actividad, un deber objetivo en orden a una determinada prestación finalista, a saber: el

(58) RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, artículo publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 24, páginas 346 y ss. GOLDSCHMIDT, *Der Notstand ein Schuldproblem*, 1913, página 24.

deber de observar el cuidado necesario que el tráfico exige (§ 276 del Código civil). Solamente son típicamente antijurídicas en el sentido de los tipos delictivos culposos, las acciones que a consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos.»

«Pero de la comprobación de la antijuricidad es necesario distinguir el problema relativo a la culpabilidad; ahora procede preguntarnos si al autor puede serle *reprochada personalmente* la infracción del deber objetivo de cuidado porque hubiera podido conocerle y, en consecuencia, evitar la lesión del bien jurídico producida. También aquí, lo mismo que en los delitos dolosos, la culpabilidad presupone la previa comprobación de la antijuricidad objetiva. Y como quiera que esta última no se agota en la mera lesión del bien jurídico, sino que abarca también un determinado desvalor de la acción, que es precisamente la infracción del cuidado exigido por el Derecho, resulta que dicha infracción del cuidado exigido ha de ser ya examinada en el área del tipo del injusto y deslindada de la culpabilidad entendida como la reprochabilidad personal por la conducta objetivamente no cuidadosa.»

Termina WELZEL estas consideraciones advirtiéndole que el reconocimiento de que la infracción del deber objetivo de cuidado es un problema del tipo, y que por consiguiente pertenece al tipo del injusto, pero no a la culpabilidad, se acepta en creciente manera por los escritores, sobre todo de un modo especialmente claro por ENGISCH, HELLMUTH MAYER y WELZEL, y de análoga manera por FRANK y von HIPPEL. Pero es de lamentar que dicho reconocimiento no haya conducido hasta ahora a una clara distinción del tipo del injusto de los delitos culposos y de la culpabilidad de los mismos; iniciaciones de ello se encuentran en ENGISCH (59), y en los últimos tiempos, ante todo, en MAURACH (60) (sobre la base de BINDING), von WEBER (61) y NIESE (62).

Por último se ocupa WELZEL (página 31) de las *infracciones del deber de cuidado de los inimputables*, uno de aquellos problemas que parecían insolubles y que, según la frase de WELZEL, citada al principio de este parágrafo, encuentran ahora, con arreglo a su concepto de la culpa, una fácil solución. El problema se plantea, sobre todo, en referencia a los §§ 42 b y 330 a del Código. En el segundo de ellos se castiga en principio con multa o prisión al que dolosa o culposamente ingiriendo bebidas alcohólicas o usando estupefacien-

(59) ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, página 358.

(60) MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, páginas 78 y ss.

(61) VON WEBER, *Grundriss*, 1948, páginas 83 y ss.

(62) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.

tes se coloca en un estado de embriaguez excluyente de la imputabilidad (párrafo primero del § 51), y en tal estado comete una acción sancionada con una pena. Y el § 42 b prescribe en ciertos casos, como medida de seguridad, el internamiento en un establecimiento de curación, etcétera, del que ha cometido una acción sancionada con pena en estado de inimputabilidad (§ 51, párrafo primero; § 58, párrafo primero), o en estado de imputabilidad disminuida (§ 51, párrafo segundo; § 58, párrafo segundo). El problema surge, por tanto, en orden a determinar qué sentido ha de atribuirse a esta «acción», que precisamente se realiza por un inimputable. La doctrina finalista entiende que sólo mediante ella es posible una correcta interpretación de los referidos preceptos. Así, dice WELZEL: «Mediante el destaque del tipo específico del injusto de los delitos culposos, especialmente del desvalor de la acción, es posible solucionar un problema que hasta ahora había sido fuente de grandes dificultades dogmáticas en los §§ 42 b y 330 a del Código. En ambos preceptos se vincula una consecuencia jurídica a una acción sancionada con una pena cometida en estado de inimputabilidad. En ambos casos el concepto de acción sancionada con una pena no se colma ya por la causación del desvalor típico que el *resultado* supone, sino sólo mediante el incremento del desvalor típico de la *acción*. En orden a los tipos dolosos, este desvalor de la acción no ofrece dificultad alguna. Aquí es preciso que se realice el completo tipo objetivo y subjetivo de delito doloso que viene en consideración, por tanto también el dolo y los posibles elementos subjetivos del injusto. En este punto resulta evidente la bondad de la tesis sustentada por la doctrina finalista de que el dolo no es un elemento de la culpabilidad, sino de la acción y del injusto, de lo que resulta que también los inimputables pueden actuar dolosamente. Tampoco la doctrina dominante ha podido sustraerse a esta comprensión y habla aquí —ciertamente procediendo de un modo ilógico frente a su Sistema— de un «dolo natural» (o incluso de «culpabilidad natural»), o de «culpabilidad de seguridad».

«Por el contrario, el desvalor de la acción en los tipos culposos constituía hasta ahora un problema insoluble, pues la culpa contiene necesariamente, en el caso de que se la conciba como un concepto unitario, un elemento de culpabilidad: una culpa no culpable es un «hierro de madera», una *contradictio in adjecto*, lo mismo que la culpabilidad «natural». En este punto el reconocimiento de que también en los delitos culposos hay que distinguir el desvalor de la acción de la culpabilidad, nos suministra la solución deseada. La culpa no es un concepto simple, sino complejo, integrado por la infracción del cuidado objetivo como elemento del injusto y por la reprochabilidad como elemento de la culpabilidad. La culpa es la *infracción reprocha-*

ble del cuidado objetivo necesario en el tráfico. También el sujeto incapaz de culpabilidad puede actuar con infracción de dicho deber objetivo de cuidado y con ello llena cumplidamente el desvalor de la acción de los tipos culposos. Sólo que tal infracción no es posible reprochársela a título de culpabilidad; pero en cambio surge respecto a él —con indiferencia de si ha procedido dolosa o no dolosamente pero con infracción del deber objetivo de cuidado— la cuestión respecto a si su acción antijurídica es indicio de peligrosidad, y en caso afirmativo hasta qué punto lo es. En los §§ 42 b y 330 a en lugar de hablar de «acción sancionada con una pena», debería emplearse como más exacta la siguiente fórmula: el que dolosamente o con infracción del cuidado objetivamente exigido realiza un tipo penal en estado de inimputabilidad, etc...»

§ 8

LA ACCION Y LOS DELITOS CULPOSOS SEGUN NIESE

1. La convincente demostración llevada a cabo por NIESE, reproducida en páginas anteriores, de que la «finalidad potencial» no pertenece a la doctrina de la acción sino a la de la culpabilidad, legítima la pregunta respecto a si la doctrina de la acción finalista ha de capitular frente a las acciones no dolosas, con la consecuencia de que la acción no dolosa no podría ya ser considerada como «genuina forma especial de la acción finalista» sino como un *aliud*, esto es, como la «causación no finalista de un resultado». Ahora bien, NIESE recuerda que BOCKELMANN (obra citada, página 23), reconoce que sólo a causa de ello no procedería hacer un reproche a la nueva doctrina; pues la fundamental diferencia que media «entre la acción que persigue un determinado fin y la que no va a él dirigida» es siempre fuente de dificultades para todo sistema en su natural aspiración a la unidad. También la doctrina tradicional de la culpabilidad se encuentra en una situación difícil «cuando trata de justificar debidamente el hecho de que el reproche de culpabilidad se apoye unas veces en la previsión del resultado y otras en la no previsión del mismo». Si por tanto la teoría finalista trata de eludir la dificultad inherente a la esencial diferencia entre dolo y no dolo, «estableciendo un doble concepto de acción, no creo —dice BOCKELMANN— que ya esto por sí solo justifique un reproche». Pero —pregunta NIESE (63)— ¿po-

(63) *Finalität*, página 52.

dría decirse que desde el ángulo visual de la doctrina finalista sería realmente una «duplicación del concepto de acción» el denominar también «acción», al lado de la acción final (dolosa), la causación no final (no dolosa) del resultado?

Si se afirma que la característica inalienable del actuar humano es la finalidad, entonces no es posible, una vez admitida esta premisa, designar como acción la conducta no final; pues al hacerlo el finalismo se negaría a sí propio. Ante *este* problema se encuentra ahora la doctrina finalista, una vez demostrado que la finalidad potencial no juega papel alguno como momento de la acción. Problema que constituía ya el punto de partida de todas estas consideraciones cuando nos preguntábamos si realmente la expresión «acción dolosa» es un pleonasma y, la expresión «acción no dolosa» una *contradictio in adjecto*.

Planteadas así la cuestión advierte ante todo NIESE, que si se procede de un modo riguroso lógico sólo es posible hablar de *doctrina finalista* de la acción y del *concepto finalista* de la acción, pero no de una *acción finalista*; pues si se define la «acción» como «la conducta realizada finalmente», entonces resulta que el momento decisivo de la finalidad va ya implícito en la palabra «acción», precisamente porque sólo la conducta final merece ser designada como «acción». Viceversa, la conducta no final no puede ser acción (y lo mismo habrá de decirse *mutatis mutandis* del concepto causal de la acción y de su «acción»). Con ello resultan contestadas afirmativamente las preguntas respecto al pleonasma y a la *contradictio in adjecto*, en tanto en cuanto se trata de las denominaciones «acción finalista y acción no finalista».

Pero no es esta una cuestión sólo terminológica, sino un problema material de decisiva trascendencia. Pues si la causación no final de un resultado no puede ser conceptualmente una acción, podrían objetar en el acto los adversarios de los finalistas diciendo a éstos: Entonces renunciáis al concepto vigente del delito, pues por lo menos en el punto relativo a que el delito es acción hay unanimidad de pareceres; pero con arreglo a la doctrina finalista el delito culposo, como causación no final de un resultado, no es una acción. ¿Qué ocurrirá entonces—y con ello sólo queremos destacar una consecuencia práctica—, v. g., con la doctrina del concurso, edificada únicamente sobre la acción?

Ello constituye sin duda —dice NIESE (64)— una objeción importante. Pero no afecta a la doctrina finalista, pues esta no afirma que los delitos culposos vinculen su punibilidad a una conducta humana que no fuera «acción». La doctrina finalista coincide en absoluto con

(64) *Finalität*, página 53.

la causal en el hecho de que el *minimo* de la responsabilidad jurídico-penal es conducta humana *querida*, que es precisamente lo que la doctrina causal denomina «acción» como causación del resultado mediante una conducta querida (también para la doctrina causal quedan fuera de la acción, como «causaciones no finalistas del resultado», los movimientos que realiza el hombre dormido, en estado de inconsciencia, o que reacciona de modo inconsciente a causa del terror). Pero esta conducta es, como conducta querida, precisamente con necesidad ontológica, conducta consciente del fin, dirigida a un fin, final, por consiguiente también acción en el sentido de la doctrina finalista, porque de otra manera no puede darse una actividad de voluntad. Lo que diferencia el delito culposo del doloso no es la *falta* de finalidad, y con ello de la acción, sino la circunstancia de que la finalidad está enderezada a *otro resultado* que al resultado que contiene el *tipo* legal, mientras que en el delito doloso la finalidad, como dolo, se refiere al *resultado típico*. Con ello entra el tipo legal en el campo de la polémica, y con efecto, las relaciones entre los delitos culposos y dolosos llegan a esclarecerse sin reservas en el ámbito de la doctrina de la acción finalista si se las considera desde el punto de vista de la *tipicidad*.

La solución del enigma —sigue diciendo NIESE (65)— yace en el postulado: «El dolo es finalidad jurídicamente relevante». Si se reconoce la exactitud del mismo entonces resulta, en primer término, que en el aspecto terminológico no pueden ya equipararse sin más trámites «finalidad» y «dolo», y ello no porque el segundo sea sustancialmente cosa distinta que la finalidad, sino porque si bien el dolo es siempre, con arreglo a su propia esencia, finalidad, no toda finalidad es siempre dolo; el dolo es una especie de la finalidad. Y si se le quisiera entender como sinónimo de finalidad ontológica se caería en las mismas dificultades conceptuales que ya anteriormente fueron aclaradas; pues también ahora habría que decir que la expresión «acción dolosa» es un pleonasma, y que la expresión «acción no dolosa» una *contradictio in adjecto*.

Pero también en el aspecto material es preciso concebir el dolo solamente como un concepto jurídico, pues tal como figura en el ámbito del derecho sólo es posible considerarle con plenitud de sentido en el peldaño más bajo de la valoración jurídica, a saber: en el área del tipo. El hecho de que la mayor parte de los tipos penales contengan delitos dolosos, no es algo meramente fortuito o sólo consecuencia del capricho del legislador. La vida misma impone su ley al legislador. Es un hecho incontestable que el hombre, al configurar activamente su existencia, irrumpe, consciente del fin, en su mundo

(65) *Finalität*, páginas 53 y ss.

social circundante, «actúa», y al proceder así sabe lo que hace y quiere hacerlo. Lo normal es que alcance precisamente aquello que quiere conseguir, o que por lo menos no suceda algo distinto de lo que propugnaba en el caso de que no se logre el resultado perseguido. Esta congruencia de voluntad y resultado es el producto de la capacidad del hombre para alcanzar las metas propuestas mediante la inserción, consciente del fin, de la causalidad. Por ello es el delito doloso el tipo fundamental del delito. Ahora bien, los adversarios de la doctrina finalista podrían objetar diciendo que todo esto rige también si se entiende la acción sólo como la causación (de un resultado) querida de alguna manera, concibiendo el contenido de la voluntad separado de dicha causación y en consecuencia remitiendo el resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico a la antijuricidad, y la voluntad desaprobada a la culpabilidad. Pero ello tropieza con el escollo de las realidades ontológicas, pues si la acción recibe su impronta merced a la acción finalista, el pretender concebirla sin ésta supone ponerse en contradicción con la estructura categorial de la acción.

Sólo la doctrina finalista —dice NIESE (66)— deduce de aquí para el Derecho penal las ineluctables consecuencias, en tanto que desde su atalaya considera y trata a la acción como una totalidad de voluntad y resultado, y orienta asimismo el injusto de la acción en primera línea en el desvalor de la acción, y no sólo ni en primer término en el desvalor del resultado. Estas consecuencias jurídicas son indeclinables porque el Derecho, en su configuración, depende esencialmente de su «materia», de su objeto. De ello resulta para el Derecho punitivo, al que ante todo importa la valoración moral de la voluntad, la consecuencia de que en sus tipos ha de recibir generalmente la *total* acción con su finalidad desaprobada (contenido de la voluntad) y como se acostumbra a añadir desde el punto de vista jurídico-político, «a causa» de su finalidad desaprobada. Esta finalidad «típica» es el dolo. O dicho de un modo más preciso: *El dolo es la finalidad dirigida a la realización de un resultado típico*, o también, y comoquiera que el tipo fundamenta la relevancia jurídico-penal: el dolo es la finalidad jurídico-penalmente relevante. Esto significa, por tanto, que el tipo determina, no sólo la relevancia del lado objetivo de la acción, sino también la relevancia del contenido subjetivo de la voluntad. Frente a la tentativa ello es indiscutible, pero no lo es menos en referencia a la consumación. En ambos casos es sólo acción típica la conducta que tiende a la producción del resultado; el dolo pertenece, pues, a la acción injusta típica, de la misma manera que en el ámbito extrapenal la voluntad finalista pertenece a la acción.

2. Pero también existen tipos legales que sancionan penalmente

(66) *Finalität*, páginas 55 y ss.

una acción sólo a causa de un resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico y hacen completa abstracción de la finalidad no desaprobada. Este es el caso de los delitos culposos en los que la ley vincula su reacción penal a acciones no dolosas (67). Después de lo dicho resulta muy sencilla su comprensión sistemática, afirma NIESE. Su razonamiento se desenvuelve en los términos siguientes (68):

a) Mientras que en los delitos dolosos el legislador recibe en el tipo la total acción «con su finalidad desaprobada y a causa precisamente de ella», se limita, en cambio, en los culposos a recoger en el tipo la «causación desaprobada de un resultado» producida por una acción no desaprobada en su *finalidad*. Ello significa, en primer término, que también los delitos culposos, como todo acto punible, son cometidos por acciones. Pero la finalidad de estas últimas se endereza a un resultado que no es el resultado típico. Este resultado puede en unos casos producirse *en lugar* del resultado querido, por ejemplo, la enfermera que inyecta, por equivocación, una sustancia de efectos mortíferos quiere curar o aliviar al enfermo, y en lugar de ello causa su muerte; en otros casos, el resultado típico puede producirse *al lado* del resultado querido, v. gr.: el conductor de un automóvil quiere llegar rápidamente a la estación y lo consigue; pero en la carrera, atropella a una persona y le causa la muerte. Ahora bien, el legislador recoge en el tipo solamente la causación desaprobada de tales resultados producida por acciones que en *otra* dirección son acciones finales. Lo decisivo es que estas causaciones del resultado no precisan ser producidas finalmente, más aún, que ni siquiera *pueden* ser abarcadas por la finalidad; pues en el caso de que esto ocurra, surge la responsabilidad mucho más grave por la acción dolosa, esto es, por una acción cuya finalidad es jurídico-penalmente relevante precisamente debido a que estaba enderezada a la producción del mismo resultado desaprobado por el Derecho. De aquí se deduce que los delitos cometidos no dolosamente son siempre subsidiarios respecto a los correspondientes delitos dolosos. Ahora bien, si son o no culpables a título de culpa, lo decidirá, lo mismo que en el caso del dolo, la valoración de la culpabilidad; el dolo y el no dolo sólo constituyen para esta última el punto de partida.

b) Aquí surge ahora la interesante cuestión en orden a si *toda* *causación* de un *resultado* es también una «causación típica». En

(67) Desde el momento que se considere el dolo como una subespecie de la finalidad, esto es, como la finalidad jurídico-penalmente relevante, resulta que las expresiones «acción dolosa» y «acción no dolosa» son en absoluto correctas. Por tanto, la acción no dolosa será la acción cuya finalidad no es relevante para el Derecho punitivo.

(68) *Finalität*, páginas 58 y ss.

el área de la antijuricidad la pregunta se formula en estos términos: ¿Toda causación de un resultado desaprobado es también una «causación desaprobada»? En el caso de que esta pregunta se contestara afirmativamente, resultaría que en los delitos culposos el injusto típico estaría determinado sólo por el resultado como tal. Supóngase que un automovilista marcha con su carruaje por una calle de escaso tráfico, de amplia perspectiva, a velocidad moderada y en la dirección que prescriben las Ordenanzas de circulación; repentinamente, un hombre, que por haber sufrido momentos antes un desvanecimiento estaba apoyado en un corpulento árbol y no podía ser visto por el conductor, trata de cruzar la calle cinco metros delante del vehículo y es arrollado por éste. ¿Podrá decirse que el conductor ha actuado de un modo típico-antijurídico en el caso de que el sujeto atropellado fallezca a causa de las lesiones sufridas? Con arreglo a la letra parece que debería aplicarse el § 222 del Código (homicidio culposo); pues el conductor ha causado la muerte de un hombre. También la doctrina dominante entiende que ni la tipicidad ni la antijuricidad ofrecen duda alguna y que tan sólo deberá negarse el reproche de culpabilidad teniendo en cuenta la situación fáctica descrita.

No obstante, creo —dice NIESE (69)— que tal opinión, generalmente postulada, es inadmisibile; pues también los delitos culposos son acciones típicas, antijurídicas y culpables, y el objeto de la doble valoración con arreglo a los puntos de vista de la antijuricidad y de la culpabilidad no es el resultado, esto es, el *estado* en definitiva producido, sino la causación por una conducta finalista. La acción que viene aquí en consideración es la de circular en automóvil observando los preceptos establecidos por las Ordenanzas relativas al tráfico. Si se quisiera considerar esta conducta como típicamente antijurídica, ello significaría que toda lesión de un bien jurídico, incluso la de carácter inevitable, que se produjera en el ámbito del tráfico con vehículos de motor, habría de considerarse «desaprobada». Entonces la única manera de evitar el reproche de haber realizado una conducta antijurídica, en el caso de accidentes inevitables, sería abstenerse en absoluto de participar en el tráfico con tal género de vehículos (70). Pero es indudable que el ordenamiento jurídico no exige tal cosa. Antes bien, aprueba, de acuerdo con las exigencias de la vida social, que en la época del motor, a causa de la rapidez y densidad del tráfico en las calles, surja una situación de peligro

(69) *Finalität*, página 60.

(70) Esto no es una exageración aforística, sino una consecuencia deducida realmente por la Jurisprudencia: ¡Aún en el año 1861 consideraba el Tribunal Superior de apelación de Munich, que la explotación de un ferrocarril era una actividad antijurídica! (*Seuff. Archiv.* 14, 354).

latente, que en ocasiones se convierte en una lesión de bienes jurídicos, no obstante la observancia del cuidado que el deber impone. Tales inevitables menoscabos de la persona y de la propiedad son «socialmente adecuados», y por ello no son típicos ni antijurídicos.

a') Este pensamiento de la adecuación social, formulado por WELZEL, que ha merecido la general aprobación, conduce con rigurosa lógica a la consecuencia de que por lo menos en tal ámbito no pueden considerarse típicas ni antijurídicas las causaciones *inevitables* de un resultado producidas en el marco de las explotaciones, industrias, etcétera, peligrosas reconocidas por el ordenamiento social; pues las lesiones de bienes jurídicos aprobadas por el ordenamiento jurídico deben quedar también fuera de la consideración penal. Se puede decir en consecuencia que el cuidado objetivo «exigible en el tráfico» marca la línea divisoria entre la conducta socialmente adecuada y la socialmente inadecuada: Sólo las causaciones de un resultado que sean evitables observando el deber de cuidado son socialmente inadecuadas, y con ello también típicamente antijurídicas en el sentido de los tipos de la culpa; las que, no obstante el despliegue del cuidado exigido, son inevitables quedan a extramuros de nuestra consideración por ser socialmente adecuadas.

¿Pero que habrá de decirse cuando no se trate de lesiones de bienes jurídicos precisamente producidas en el desarrollo de una explotación, de una industria, etcétera, que no obstante el elevado peligro que entrañan son reconocidas a causa de ser indispensables para la vida social? Supóngase, v. gr., que un médico resuelve dar muerte a uno de los enfermos sometidos a su asistencia, y para conseguirlo entrega a la enfermera una jeringuilla de inyecciones que previamente ha llenado de una sustancia venenosa igual en cantidad y color al medicamento que venía empleándose hasta ahora. La enfermera, creyendo que se trata de la misma medicina utilizada en ocasiones anteriores, inyecta el contenido de la jeringuilla y causa la muerte del paciente. Ahora bien, si se tiene en cuenta que la enfermera recibía siempre de manos del médico la jeringuilla llena de inyectable, que por lo demás la sustancia venenosa correspondía en cantidad y color al medicamento que hasta ahora se había empleado, y que, por último, la enfermera no tenía la posibilidad de una comprobación, ni ello era cosa que le incumbía desde el momento que el médico mismo llenaba y le entregaba la jeringuilla, habrá que concluir diciendo que la causación de la muerte fue para ella inevitable. ¿Procederá sostener que, en consecuencia, era también socialmente adecuada? WELZEL generaliza, en efecto, la idea de la adecuación social cuando dice «que ha plasmado legalmente en el § 276 del Código Civil, en el que se habla del *cuidado exigible*

en el tráfico... El que se mantiene dentro de los límites del cuidado que el tráfico exige, no *actúa* antijurídicamente aun cuando su acto cause un *resultado* desaprobado» (71). Esto significa que el ordenamiento jurídico tampoco desaprueba *ninguna* acción que a causa de su finalidad no aparece digna de ser desaprobada, si a pesar del despliegue del cuidado necesario eran inevitables los resultados desaprobados. Ello corresponde de nuevo a la realidad social, que nos muestra cómo a pesar de toda precaución son inevitables las lesiones de los bienes jurídicos, incluso fuera del marco de las «explotaciones, industrias, etcétera, sociales» peligrosas por su propia naturaleza.

b') Pero hay que dar por descontado que esta tesis no dejará de ser impugnada. Frente a ello procedería indicar que la doctrina dominante llega al mismo resultado en supuestos de «mayor relieve» aún, a saber: en los impropios delitos de omisión. Según la opinión dominante, en estos casos, aunque el sujeto cause por su omisión *dolosamente* el resultado, no *actúa* típica ni antijurídicamente si no estaba obligado a impedir en virtud de un deber de garantía. A pesar del *resultado* desaprobado —producido aquí incluso *dolosamente*— la *conducta* (= a omisión) no es objeto de desaprobación porque el sujeto no se encontraba «personalmente» situado en un círculo de deberes en virtud del cual hubiera constituido para él un deber jurídico evitar el resultado.

Esta construcción puede trasponerse sin artificio a los delitos culposos; pues, en el fondo, estos últimos son también impropios delitos de omisión. Así dice, v. gr., MEZGER (72): «Al igual que la omisión, la culpa es también *un no hacer algo (exigido)*, a saber: el no cumplimiento de un deber de cuidado, cuya observancia hubiera permitido al autor evitar el acto y sus consecuencias». Al deber de garantía corresponde, por tanto, exactamente el deber de cuidado, cuyo fundamento y extensión se deduce aquí siempre de la conducta del sujeto en cada caso: Sólo *actúa* típica y antijurídicamente en el sentido del tipo de la culpa el que con infracción del deber de cuidado que surge de una determinada actuación produce un resultado que hubiera podido evitar desplegando el cuidado que el deber exige. Pero si el resultado causado yace más allá de los límites de dicho deber, no colma el tipo y la situación es la misma que en los impropios delitos de omisión; pues el sujeto no estaba obligado a evitar el resultado.

Aquí —dice NIESE— yace también el núcleo correcto de lo que WELZEL entiende por «finalidad potencial» y que expresa asimismo

(71) *Lehrbuch*, página 86.

(72) *Kurz-Lehrbuch*, 4.^a edición (1952), volumen primero, página 168.

acertadamente en los últimos párrafos del *Lehrbuch* antes citados. Sólo que es preciso destacar claramente el propio sentido de dicho núcleo: El desvalor de la acción del acto no doloso *no* yace en su finalidad actual, que no es desaprobada, sino en el «no reflexionar» respecto a las consecuencias no finales. Pero en el sentido de la realidad ontológica esto no es finalidad, sino un ataque no final contra un deber jurídico producido con ocasión de una acción, y que, en consecuencia, sólo es captable mediante una valoración objetiva en la esfera del ordenamiento jurídico. Pero esta valoración no se realiza sólo en el área del juicio de culpabilidad, y ni siquiera en primer término en ella, sino que el deber objetivo de cuidado determina ya el injusto típico de la acción realizada. Por ello la antijuricidad de las acciones no dolosas no sólo depende del desvalor del resultado, sino también, y en primera línea, del desvalor de la acción, que no radica aquí en una finalidad en sí misma jurídico-penalmente relevante, en el dolo, sino en un ataque al deber objetivo de cuidado. Por tanto, procede de un modo absolutamente correcto WELZEL al decir (73): «La mera causación del resultado no colma ya por sí en modo alguno el tipo del injusto de los delitos culposos», sino tan sólo la causación que hubiese sido evitable desplegando el cuidado necesario.

Por otra parte, de aquí *no* se deduce que únicamente la acción culpable sea típica; pues con la comprobación de que el sujeto que no actúa dolosamente ha infringido el deber objetivo de cuidado, y, en consecuencia, ha procedido típica y antijurídicamente, aun no está firme la culpabilidad. El ataque contra el deber de cuidado constituye sólo la base de la valoración de culpabilidad. El reproche de culpabilidad que también se orienta en el módulo objetivo del cuidado exigido en el tráfico, puede no surgir cuando el autor, teniendo en cuenta sus condiciones y circunstancias personales, *no podía* dar satisfacción a dicho deber, o cuando era inimputable o cuando no podía serle exigida la valuación adecuada al deber de las consecuencias de su acto.

Ciertamente, existe un grupo de tipos en los que por lo menos las consecuencias *agravadas* del injusto dependen sólo del desvalor objetivo del resultado. Estos son los delitos cualificados por el resultado. En ellos ocurre, en efecto, que la responsabilidad por la causación del resultado complementario se afirma también cuando se ha producido sin infracción del deber de cuidado objetivo y sin culpabilidad. En tales casos puede también ahora decirse que «el acto mata al hombre». Pero ello no debería ser considerado como un argumento contra las ideas aquí desarrolladas, sino que, vice-

(73) *Lehrbuch*, página 85.

versa, más bien ha de servir para demostrar lo insostenible de estos «rudimentos atávicos». Es ya harto significativo que la doctrina dominante aplique, respecto al resultado más grave, la teoría de la adecuación. Y aunque la «adecuación general» de una causa para producir el resultado complementario más grave no sea lo mismo que la «previsibilidad» en la esfera del deber de cuidado, lo cierto es que serán muy poco frecuentes los casos en los que el autor que ha colocado una causa generalmente adecuada para producir el resultado más grave no hubiera debido también prever dicho resultado y, en consecuencia, no hubiera actuado culposamente con infracción del deber objetivo de cuidado.

Si se acepta esta solución —dice NIESE (74)— resultan los siguientes *principios dogmáticos* para la *doctrina del delito*:

1.º La doctrina de la acción finalista conduce a un concepto final de la *acción unitario* y libre de valoración.

2.º Los *tipos* legales tienen cuenta del contraste psicológico esencial existente entre la acción dolosa y la no dolosa, y, en consecuencia, reciben o la total *acción* con su finalidad o sólo la *causación* desaprobada de un resultado producida por una acción no desaprobada en su finalidad.

3.º De aquí se deduce, en lo que concierne a la doctrina del *injusto*, que ésta radica antes que en el desvalor del resultado (contenido generalmente en el tipo), ante todo, y, en primer término, en el desvalor de la acción, que en los delitos dolosos consiste en la finalidad desaprobada y en los culposos en la infracción del deber objetivo de cuidado.

4.º En orden a la doctrina de la *culpabilidad* resulta lo siguiente:

a) El dolo y el no dolo, así como la conciencia del injusto o su ausencia son, como realidades psicológicas, objetos de la valoración de culpabilidad, en sí indiferentes como culpabilidad.

b) El concepto de la culpabilidad es unitario para las acciones dolosas y no dolosas, a saber: reprochabilidad de la motivación defectuosa. Se diferencian diversos grados de culpabilidad, según la realidad psíquica, objeto de la valoración:

a') El *pleno* reproche de culpabilidad recae sobre el autor, cuando

aa) ha actuado dolosamente (conocimiento actual del tipo) y con conocimiento actual de la ilicitud, o cuando

bb) ha actuado dolosamente con error imperdonable sobre la ilicitud (conocimiento potencial de la ilicitud).

(74) *Finalität*, páginas 64 y 65.

- b') Al autor le alcanza un reproche de culpabilidad *atenuado* cuando ha actuado dolosamente con error evitable sobre la ilicitud (conocimiento potencial de la ilicitud).

Los casos sub a') y b') son casos de actuación «culpable dolosa».

- c') En la «culpa» se atenúa aún más el reproche de culpabilidad si el autor

ha actuado con error evitable respecto al tipo (conocimiento potencial del tipo) y con error evitable respecto a la ilicitud. Este es el caso de la «actuación culpable no dolosa».

En el aspecto terminológico —concluye diciendo NIESE— se podría pensar si debe hablarse de «acciones dolosas y de acciones no dolosas», o de «acciones» y de «causaciones del resultado». Ambas cosas son posibles a condición de que no haya dudas respecto a que mientras la primera alternativa resulta de considerar el problema desde el plano de la tipicidad, la segunda pertenece a la esfera ontológica. Creo preferible la primera, pues la segunda podría inducir a la errónea creencia de que la doctrina de la acción finalista conduce a un abandono de la acción como núcleo del delito.

«Por lo demás no es ya sostenible contraponer el dolo y la culpa en la esfera de la *culpabilidad*. Esto ha conducido hasta ahora, por otra parte, a grandes dificultades, en tanto que a causa de ello la doctrina psicológica de la culpabilidad se vio inducida a sostener la tesis de que la relación psíquica del autor con el acto es «la culpabilidad». Pero tampoco con arreglo a la doctrina normativa de la culpabilidad, es posible mantener esta pareja de conceptos; pues el dolo es indiferente en el sentido de la culpabilidad, mientras que la culpa es la denominación de uno de sus grados. En lugar de ello procederá utilizar el concepto unitario «culpabilidad», mientras que los tipos diferenciarán el actual doloso y el no doloso.»

Ahora bien, si se compara la anterior exposición de NIESE con las afirmaciones sentadas por WELZEL en los pasajes transcritos de la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, relativos a los delitos culposos, habrá que reconocer que a pesar de lo que dice WELZEL y de ciertas indudables discrepancias de detalle, la posición de ambos tratadistas coincide ampliamente en lo fundamental. Cierto es que la diferencia terminológica se acusa desde el momento que NIESE opera con el contraste de acciones dolosas —acciones no dolosas, mientras que para WELZEL no hay ahora más que una sola acción, a saber, la acción dolosa (final). Pero, en definitiva, esto no implica una divergencia de fondo. Pues ambos tratadistas sitúan, acto seguido, el problema de las acciones no dolosas (NIESE) o de la acción

(WELZEL) en el área *valorativa de los tipos del injusto*. Y ya en este terreno, el camino es el mismo, por más que NIESE insista más que WELZEL en el punto de vista de la «adecuación social» como módulo determinante del carácter injusto objetivo de las acciones no dolosas. Realmente, la coincidencia venía prejuzgada desde el instante que WELZEL abandona como elemento constitutivo de la *acción culposa* el criterio de la «finalidad potencial». Y es muy significativo que WELZEL, en *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, al tratar de la acción, para nada hable allí de la acción culposa, y contraponga sencillamente los conceptos de acción final y de causación ciega. Todo se sitúa ahora en la esfera *valorativa* de los tipos, y las consideraciones que aquí explanan tanto WELZEL como NIESE son *en sí mismas* acertadas, pues sin duda es no sólo posible, sino quizá conveniente destacar el tipo objetivo del injusto de los delitos culposos frente al de los delitos dolosos. Pero todo esto no explica, de modo suficiente, la naturaleza finalista *real* de las acciones culposas. Sin que ello suponga adelantar el juicio definitivo sobre el problema, podríamos decir que en este punto la situación vuelve a ser la misma —salvando las distancias— que la que planteaba la «finalidad potencial». A mi modesto entender, la acertada crítica a que NIESE somete dicho concepto dificulta, precisamente a causa de su terminante rigor lógico, la aceptación de esta nueva construcción de la culpa a la luz del finalismo. Pero sobre ello volveremos más adelante.

§ 9

LA REPERCUSION EN LA PRACTICA DE LA DOCTRINA FINALISTA

Antes de entrar en el examen de las críticas formuladas contra la doctrina finalista de la acción, y al objeto de exponer del modo más completo posible el estado de la doctrina, procede citar los artículos de NIESE en la *Revista judicial alemana*, y de KAMMER en la *Revista jurídica e impositiva del Sarre*, el primero de los cuales considera ante todo el aspecto *práctico* de la doctrina (75).

(75) NIESE, *Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung*, artículo publicado en los Fascículos 12 de 1951 (diciembre de 1951) y 2 de 1952 (febrero de 1952) de la *Deutsche Richterzeitung*, páginas 221-223 y 21-24, respectivamente. KAMMER, *Betrachtungen über die finale Handlungslehre*, artículo publicado en el Fascículo 1 de 1951 (febrero de 1951) de la *Saarländische Rechts- und Steuerzeitschrift*, páginas 1-4.

1. NIESE advierte, en primer término, que para los finalistas supone un notable estímulo, a la par que un considerable refuerzo de sus posiciones, el hecho de que en los últimos tiempos altos funcionarios de la carrera judicial entiendan que «la doctrina de la acción finalista ha llegado a un estado en su evolución que obliga, tanto a los jueces de lo criminal como a los abogados defensores, a examinar detenidamente los problemas que suscita», sobre todo teniendo en cuenta «que con arreglo a dicha doctrina es posible la solución de una serie de cuestiones que hasta ahora han ofrecido grandes dificultades». Al hablar del «nuevo estado» de la doctrina finalista se refieren, principalmente, a la nueva solución dogmática del problema de la culpa (76), cuya utilidad para la vida jurídica ha sido, a su vez, muy concienzudamente examinada y aprobada por el Fiscal general HEITZER (77), sirviéndose de casos de la Jurisprudencia. Por desgracia, el excesivo trabajo que pesa sobre jueces y fiscales permite sólo a muy pocos de ellos entrar en el examen de estos problemas dogmáticos, por lo que con sumo gusto —dice NIESE— «atiendo a la invitación que me hace la dirección de la *Revista*, de ofrecer, *ad usum Delphini*, una ojeada panorámica —que a la fuerza ha de ser breve— sobre el Sistema jurídico penal de la doctrina de la acción finalista, mostrando en algunos puntos importantes sus repercusiones prácticas en casos jurídicos de la vida cotidiana».

De acuerdo con ello, y después de criticar el concepto tradicional de la acción, expone NIESE los fundamentos de la nueva doctrina y lo genuino de su concepto de acción, examinando después los problemas del dolo, de la doctrina del injusto y de la culpa. La segunda parte del artículo se ocupa, con especial detenimiento, en las cuestiones del error sobre la ilicitud, de la autoría, de la accesoriedad en la participación y de los problemas que plantean los §§ 42 *b* y 330 *a* del Código.

2. Con especial detenimiento examina NIESE en la segunda parte de este artículo (fascículo del mes de febrero de 1952, páginas 22 y 23), la cuestión de gran importancia práctica relativa a la relación entre el dolo y *el conocimiento de la ilicitud* del acto (= a la «conciencia del carácter injusto» del mismo). Es notorio —dice— que el

(76) En las monografías de WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechsystems*, primera edición de 1951, y de NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.

(77) En un artículo que bajo el título de *Unrechts- und Schuldbegriff beim Fahrlässigkeitsdelikt* se publica en la *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951. Fascículo 21 de 1 de noviembre de 1951, páginas 828 y s. El autor examina la culpa en relación con casos de accidentes producidos por vehículos de motor y otros análogos, y considera que el problema de la responsabilidad se soluciona más adecuadamente con arreglo a la doctrina finalista que con el criterio que mantuvo el *Reichsgericht*.

Tribunal del Reich mantuvo en todo momento el criterio, por lo demás constantemente impugnado por la doctrina, de «que la conciencia del injusto no pertenece al dolo», con arreglo al cual resultaba que el sujeto era también punible a causa de un acto doloso cuando no había sabido que su acción típica era antijurídica (por ejemplo, un extranjero residente en Alemania cree que las relaciones homosexuales son lícitas, o los padres de una joven que permiten las relaciones íntimas de su hija con el prometido de ella consideran que es lícita esta tolerancia). Pero si bien el *Reichsgericht* consideraba irrelevante este error «general» sobre la ilicitud, en cambio, negaba el *dolo* cuando el sujeto creía erróneamente que existían circunstancias del acto justificantes (o exculpantes), o cuando erraba, respecto a los límites jurídicos de alguna causa de justificación extrapenal, en realidad existente en el caso concreto. El *Reichsgericht* trataba, por consiguiente, *estos* errores sobre la ilicitud, conforme a su doctrina del error de «hecho» y del error de «derecho» en las características típicas descriptivas y normativas.

Después de la supresión del *Reichsgericht* los Tribunales han reconocido unánimemente que también el conocimiento «general» de la ilicitud del acto ha de ser tomado en consideración. Actualmente, lo mismo en la doctrina que en la práctica, la polémica no gira ya en torno al problema de si el conocimiento de la ilicitud —con indiferencia de su especie— juega o no un papel en la culpabilidad, puesto que todos están conformes en la afirmativa; lo que se discute tan sólo es *la clase* de papel que juega.

La doctrina dominante durante largo tiempo en la ciencia concibe el dolo como «conocimiento de la transcendencia fáctica y jurídica (EB. SCHMIDT) y, en consecuencia, le integra con el conocimiento del tipo y con el conocimiento de la ilicitud». La consecuencia de ello es que el dolo resulta excluído por cualquier clase de error sobre la ilicitud (sólo el error «imperdonable» que descansa en la llamada «ceguera jurídica» deja incólume, según esta doctrina, al dolo; pero tal consecuencia sólo puede deducirse recurriendo a una ficción). Si una mujer que ha vivido en la zona oriental alemana, y que después pasa al territorio de la República Federal, inducida a error por el ejemplo de lo que allí ocurre, cree derogado el § 218 y causa su aborto, será impune porque le falta el conocimiento «general» sobre la ilicitud y, con ello, el dolo. Si un ginecólogo interrumpe un embarazo por creer que es verdadera la indicación (v. gr.: psiquiátrica) que falsamente se aduce, será también impune por haber admitido erróneamente la existencia de una causa de justificación (con arreglo al criterio del *Reichsgericht*, en el primero de estos ejemplos la mujer sería punible; en cambio, en el segundo, el médico estaría exento de responsabilidad). Si alguien mata a otro en situación de

legítima defensa putativa, o golpea al ladrón cogido *in fraganti* por creer que tiene frente a él un derecho de corrección, faltan el dolo de homicidio y el de lesiones, porque en el primer supuesto el autor ha creído que existía una situación fáctica justificante de su conducta, y en el segundo ha creído que existía una situación jurídica igualmente justificante (también en estos dos ejemplos la solución sería distinta con arreglo al criterio del *Reichsgericht*; pues, mientras que en el primer caso el autor no sería responsable dolosamente, sí en el segundo, porque el derecho de corrección, como causa de justificación extrapenal, no existía en realidad en el caso concreto). Pero mientras que en los dos últimos ejemplos procederá el castigo a causa de homicidio o lesiones culposas, respectivamente, en el caso de que el error del sujeto sobre las causas de justificación tenga su fundamento en la culpa (aplicación por analogía del párrafo segundo del § 59 del Código), en los dos primeros, los autores serán totalmente impunes porque el Código no sanciona el aborto culposo. Esta doctrina es denominada «teoría del dolo» porque considera el error sobre la ilicitud como una parte integrante del dolo.

Frente a ella se ha abierto camino en los últimos decenios, reafirmando más y más, la tesis de que por dolo ha de entenderse sólo el conocimiento del tipo, sin que ello implique que el conocimiento de la ilicitud sea irrelevante. Según esta tesis, dicho conocimiento es un elemento de la culpabilidad independiente, *al lado* del dolo. Ambas doctrinas coinciden en el punto de que el reproche de culpabilidad completo y más grave sólo puede alcanzar al autor que sabía lo que hacía (conocimiento del tipo) y asimismo sabía que no era lícito lo que realizaba (conocimiento de la ilicitud). Pero la diferencia estriba en que conforme a esta segunda tesis el dolo, como mero conocimiento del tipo, permanece en pie en todos los casos de error sobre la ilicitud. Así resulta que en los ejemplos anteriormente presentados, la mujer y el médico han producido dolosamente el aborto; el que dio muerte a su supuesto agresor ha matado dolosamente, y el que maltrató al ladrón cogido *in fraganti* ha causado dolosamente las lesiones; pues todos ellos conocían el resultado típico y querían también producirle. Ahora bien, si el dolo en cada caso era o no culpable, se decidirá teniendo en cuenta si el autor, desplegando el cuidado exigido, hubiera podido conocer que no debía haber procedido de aquella manera. En el caso afirmativo se entenderá que el dolo es culpable y el autor será castigado a causa de un acto doloso. De ordinario, en tales casos —abstracción hecha de la llamada «ceguera jurídica»—, la culpabilidad será menos grave; pues el error sobre la ilicitud, aunque ciertamente evitable y, por ende, culpable, ha impedido al autor conocer claramente que su motivación era contraria al deber. Para llegar en estos supuestos a una pena lo más

justa posible, recomienda WELZEL un descenso por bajo del límite inferior de la pena sancionada en el Código *per analogiam in bonam partem* de los § § 51, párrafo segundo, y 44 del Código (imputabilidad disminuida, rebaja de la pena en la tentativa, respectivamente).

Esta segunda doctrina es denominada «teoría de la culpabilidad», porque con arreglo a ella el conocimiento de la ilicitud no es coordinado al dolo, sino a la culpabilidad. Ha plasmado legalmente no sólo en el § 58 del Código penal de Turingia y en el artículo 20 del Código penal suizo, sino también en el § 31 de la Ley penal económica de Alemania occidental. La teoría del dolo eleva contra ella el reproche de mezclar de manera inadmisibile el dolo y la culpa. Pero tal reproche se vuelve contra la teoría del dolo, pues esta última violenta con su construcción la naturaleza misma de las cosas al sostener, v. gr., que actúa culposamente el sujeto que, creyéndose en legítima defensa y sin reflexionar como el deber exige, hiende con un certero golpe de hacha el cráneo de su supuesto atacante, siendo así que tal proceder es indiscutiblemente *doloso*. Y lo mismo ha de decirse *mutatis mutandis* en todos los demás casos de una realización típica dolosa, como muestran claramente los ejemplos antes presentados. En cambio, la teoría de la culpabilidad capta a las acciones dolosas en el contenido de sentido que tienen realmente en la vida (en su contenido final), y en los casos de error sobre la ilicitud examina el dolo, cuya existencia es indiscutible, al objeto de esclarecer si en el supuesto de haber sido observados los mandatos del Derecho el dolo hubiera sido distinto, para concluir afirmando su carácter de dolo culpable si la contestación fuera afirmativa.

Ahora bien, la importancia de la doctrina de la acción finalista para la doctrina de la culpabilidad, yace en el hecho de que desde el punto de vista de la primera sólo *puede* ser correcta la teoría de la culpabilidad; pues si la doctrina finalista entiende que el dolo es la finalidad enderezada a la realización típica, y si en los delitos dolosos ve regulada normativamente en el tipo legal precisamente la «total» acción dirigida finalistamente a la realización del resultado típico, entonces tampoco es posible que, con arreglo a puntos de vista jurídicos propios de la culpabilidad, pueda ser alterado algo en este núcleo ontológico de la acción injusta típica; es decir, el dolo no puede desaparecer porque el autor, al realizar el tipo, haya actuado con error sobre la ilicitud; pues precisamente esta finalidad jurídico-penalmente relevante es el dolo, y sólo ella.

También desde el punto de vista de las exigencias de la justicia conduce la teoría de la culpabilidad, fundamentada con rigor lógico indeclinable por la doctrina de la acción finalista, a mejores resultados que la teoría del dolo; pues el que sabe de un modo exacto que está dispuesto a producir un resultado jurídico-penalmente

relevante (el sujeto quiere cometer un aborto, matar, maltratar), está, por virtud de tal conocimiento, más obligado a cerciorarse de la licitud de su conducta que aquel que ni siquiera piensa que su acción pueda originar tal resultado. Por ello, el grado de «culpabilidad atenuada» establecido por la teoría de la culpabilidad en vista de los casos en que el sujeto actúa dolosamente, pero con error sobre la ilicitud, representa un peldaño *intermedio*, correspondiente a las exigencias de la justicia, entre la completa culpabilidad propia de la conducta dolosa realizada con conocimiento de la ilicitud y la culpa, en la que falta, de manera culpable, no sólo el conocimiento de la ilicitud, sino, además, el conocimiento del tipo.

3. A continuación examina NIESE (en la página 23 de la segunda parte del artículo citado) el problema de la *autoría*. Respecto a él dice, en primer término, que el problema de la autoría y, especialmente, el del deslinde de autoría y complicidad, fue resuelto como es notorio por el *Reichsgericht*, al que siguen la práctica de los Tribunales inferiores y la doctrina dominante, con auxilio de la fórmula del *animus auctoris* y *socii*. Esta fórmula surge porque la acción era entendida sólo como causación externa del resultado, y asimismo se consideraba la participación (instigación y complicidad), sobre la base del dogma causal, como un «producto del legislador»; es decir, o como una limitación establecida por el Derecho positivo (en los casos de los delitos que implican la causación de un resultado), o como una extensión (en los delitos llamados especiales que sólo pueden ser cometidos por ciertas personas, v. gr., funcionarios, etcétera) de la responsabilidad por la cocausación equivalente. Ahora bien, como según la doctrina de von BURI (aceptada por el *Reichsgericht*) la equivalencia de todas las condiciones que contribuyen a la producción de un resultado hace imposible establecer una línea divisoria entre autoría y participación, con arreglo a puntos de vista objetivos, quedaba como único criterio posible de distinción el subjetivo «voluntad de autor-voluntad de cómplice». La fórmula del *animus* fue degenerando cada vez más hasta convertirse en el tópico de que el acto necesita ser querido «como propio» o «como ajeno» (en una sentencia del *Reichsgericht*, volumen 71, página 364, en un caso en que A presta auxilio a B para que éste cometa una violación en la persona de una enferma mental, se dice que también A es «autor» conforme al número 2.º del § 176 del Código, porque ha querido «como propio» el acto carnal realizado por B). Y a medida que el *Reichsgericht* se sirve de ella para distinguir también la autoría de la instigación, los resultados son cada vez más grotescos, v. gr.: la madre ilegítima, inmediatamente después del parto, determina a su hermana a que ahogue en la bañera al recién nacido. La madre (dice el *Reichsgericht*, volumen 74, página 85) es «autora»

del infanticidio; la hermana, sólo «cómplice», porque la primera ha querido el acto «como propio», mientras que la segunda sólo lo ha querido «como ajeno».

Ahora bien, el que realiza voluntariamente un tipo desde el principio al fin no puede ser otra cosa que autor. La frase «yo te mato, pero tú no debes considerarte muerto por mí», es tan absurda que seguramente no se le ocurriría al autor decirla, y ni siquiera la podría comprender. Por otra parte, no es en verdad preciso para ser autor realizar la acción típica total o parcialmente *manu propria*. La teoría objetiva capta sólo el mínimo de la autoría. Por ello procedería preguntar, en el caso de la muerte del niño en la bañera, si la madre era instigadora o coautora. Pero el propio interés en el acto no es por sí sólo suficiente para considerar a la madre como coautora, y, viceversa, la autoría de su hermana no resulta excluida porque pueda haber obrado en interés de la madre.

En lugar del módulo de la dirección subjetiva de los intereses, sienta la doctrina finalista de la acción el criterio *objetivo* del «dominio final del acto». Si la propia esencia de la acción yace en la finalidad (que supradetermina a la causalidad), de ello resulta que no sólo pertenece a la acción el que la voluntad sea dirigida subjetivamente a la producción del resultado mediante el empleo de los medios que parecen oportunos, sino que también es necesario que el autor *domine* la realización del resultado en virtud de la aplicación, consciente del fin, de los medios elegidos, esto es, mediante la dirección finalista de la causalidad en el mundo exterior. A la autoría dolosa pertenece también, además de la voluntad de realización (= a dolo), el dominio sobre el acto, correspondiente a la finalidad. Esta falta, v. gr.: a la madre, en el caso de la muerte del niño en la bañera, porque a consecuencia del estado de postración en que se halla por el parto, no puede ella misma ahogar al niño en la bañera (la cosa sería distinta si hubiera podido matar al niño por estrangulación o por asfixia en la propia cama, pues *en tal supuesto* hubiera poseído el dominio final sobre el acto). Por ello sólo puede excitar a su hermana a cometer el acto y tiene necesariamente que «abandonar» a la voluntad de ésta la realización del acto que la excita a cometer. Este «abandonar», esta «sumisión» de la voluntad propia a la voluntad del autor caracteriza de modo *objetivo* la relación del participante con el autor. El que, v. gr., quiere romper un cristal de la ventana de la casa del vecino, y ruega a otro que lo haga porque él no alcanza la casa desde el sitio en que se encuentra, puede ser sólo considerado como instigador de los daños cometidos por el otro, porque sólo este último tiene el dominio final sobre el acto, aunque rompa el cristal de la ventana «para el instigador». Este ejemplo esclarece bien el carácter objetivo del criterio de distinción.

4. Por último, considera NIESE (78), a la luz de la doctrina finalista, los problemas de la accesoriadad en la participación, y los que plantean los §§ 42 *b* y 330 *a* del Código, a los que ya nos hemos referido en páginas anteriores y que, por tanto, no es preciso reproducir.

§ 10

LA CRITICA

Desde los primeros momentos ha suscitado la doctrina finalista de la acción una serie de reparos críticos elevados por tratadistas de reconocido renombre en la Ciencia del Derecho penal. Ello es perfectamente explicable si se tiene en cuenta que los postulados de la nueva doctrina y las consecuencias de ellos deducidas suponen una modificación importante en puntos esenciales del Sistema tradicional y, en realidad, representan una revisión a fondo de ciertos conceptos que se entendían ya definitivamente elaborados por la dogmática imperante, por lo que parecía incommovible su colocación sistemática. Aparte otros extremos de menor importancia han sido, sobre todo, objeto de la más dura crítica las construcciones del dolo (como elemento de la acción y no de la culpabilidad) y de la culpa en su relación con la finalidad. En lo que sigue procuramos exponer, siguiendo un orden cronológico, las más destacadas de estas opiniones adversas.

A) *Engisch (1944)*

1. En el volumen publicado en homenaje a Eduardo KOHLRAUSCH (79) inserta ENGISCH un artículo sobre «El concepto final de la acción» (80), en el que después de exponer en líneas generales el concepto de la acción formulado por WELZEL, le somete a una fina y aguda crítica, para desarrollar, por último, su propio concepto de la acción, que ha de ser un concepto social, idóneo para comprender la realidad natural misma. Con ello encuentra la doctrina del

(78) En las páginas 23 y 24 del artículo citado.

(79) *Probleme der Strafrechtserneuerung, 1944*, con contribuciones de BOCKELMANN, DAHM, GRAF ZU DOHNA, ENGISCH, EXNER, RICHARD LANGE, MEZGER, KARL PETERS, EBERHARD SCHMIDT, SCHÖNKE, RUDOLF SIEVERTS, VON WEBER y WELZEL.

(80) *Der finale Handlungsbegriff*, páginas 141 a 179.

delito su base en un concepto superior (de la acción) que corresponde a la concepción práctica de la vida. Y si RADBRUCH (81) quiere sustituir este concepto fundamental por el de la realización típica, procederá decir frente a él que este último concepto adolece del vicio de ser demasiado gris, de estar demasiado alejado de la vida. Pues todo el mundo se preguntará: ¿de qué manera ha de ser realizado el tipo?, y en los esfuerzos para encontrar una respuesta satisfactoria siempre volverá a aparecer la «acción». Por ello importa más bien edificar el concepto de la acción de manera que, por una parte, permanezca ligado a la concepción natural de la vida, pero por la otra resulte apropiado para ser objeto de las valoraciones jurídicas. Y con efecto —dice ENGISCH (82)— no debe ocultarse que nuestro concepto social, natural (no naturalístico) de la acción, lleva ya en sí una dirección orientada a la valoración jurídica o, más exactamente, jurídico-penal. Pero este concepto de la acción formulado por ENGISCH aparece desligado del fin que persigue el autor individual. La acción comprende más bien las consecuencias *adecuadas, aunque no sean perseguidas por el autor*, siempre que tengan su origen en un acto de la voluntad. El criterio de la adecuación es constitutivo, y en este punto resalta la diferencia con el concepto finalista de WELZEL.

2. En la crítica considera en primer término ENGISCH la cuestión relativa a lo que propiamente pertenece a la acción según el concepto finalista de la misma. En este punto recuerda las palabras de Nicolai HARTMANN (a quien sigue WELZEL), cuando dice (83): La persona, en tanto en cuanto configura y transforma sus deseos en fines y realiza éstos sirviéndose de los medios previstos para ello, dirige el suceder real a lo deseado, y precisamente este *dirigir* mediante la inserción de los propios componentes determinativos es la «acción». Correspondientemente a ello, también para WELZEL es sólo «acción», en el sentido más estricto y restringido, la actividad humana finalista. En consecuencia, pertenece a la acción todo lo que la voluntad humana coloca como medio para la consecución de un fin, pero solamente ello. Ahora bien, la cuestión de que se trata es la de determinar *qué efectos de los muchos que pueden surgir de un acto de voluntad pertenecen a la «acción»*, y, por tanto, han de ser incluidos en ella. Al proceder así recoge WELZEL un problema que ya HEGEL había planteado —ciertamente con un pronunciado matiz dialéctico—, a saber: El problema del deslinde de las consecuencias que han de imputarse a la acción y de los efectos «ciegos» accesorios y lejanos,

(81) *Frank-Festgabe*, volumen primero, página 162.

(82) Artículo citado, página 165.

(83) Artículo citado, páginas 153 y ss.

puramente fortuitos, que yacen fuera de ella. HEGEL considera que sólo lo que yace en el fin es «acción», todo lo demás es mero «acto». Pero a la perspicacia de WELZEL —dice ENGISCH— no podía escapar que un tal concepto de la acción es demasiado restringido. Pues no solamente queda fuera de él la culpa, sino que tampoco comprende *todos los casos del dolo*, desde el momento que este último abarca también todas las consecuencias de la acción reconocidas como necesarias, aunque no deseadas, e incluso las representadas sólo como posibles, pero aceptadas por el autor. Pero entonces la acción final exige una modificación que ya no está en armonía con su nombre ni con las determinaciones conceptuadas de HEGEL y HARTMANN, ni siquiera con las fórmulas que toma WELZEL como punto de partida. Por ello se explica esta vaga expresión de WELZEL: «La acción llega hasta donde alcanza la capacidad concreta de la voluntad para regular con pleno sentido su devenir causal». Ahora bien, de esta manera pueden incluirse todas las especies del dolo en la configuración del concepto finalista de la acción, puesto que podría decirse: Si alguien actúa a la vista de las consecuencias necesarias o incluso reconocidas sólo como posibles, entonces tales consecuencias no son causadas ciegamente sino que pertenecen a la «supradeterminación» de sentido, aunque no sean perseguidas por el sujeto. Desde el momento que el hombre resuelve actuar no obstante dichas consecuencias, dirige a ellas de manera consciente el curso causal y las reconoce como posibles fines de su conducta. ¿Pero no es aplicable esto asimismo a la *culpa consciente*? La diferencia entre ella y el dolo radica para WELZEL en la «posición volitiva del autor». Pero la esperanza de que no se producirá el resultado, característica de la culpa consciente, sólo afecta a la punibilidad, no a la conciencia de la posible causalidad. Vistos a la luz de la estructura de la acción, el *dolus eventualis* y la culpa consciente van juntos, y sólo se separan como peldaños de la culpabilidad. La doctrina finalista de la acción entra aquí en conflicto con las gradaciones de la culpabilidad predeterminadas por el legislador. La doctrina según la cual el dolo y la culpa no son diferentes especies de la acción, sino peldaños y formas de la culpabilidad, permanece en armonía con la gradación de las sanciones penales, que siempre ha constituido el escollo en que han tropezado las conocidas tentativas de estructurar *a priori* la posición subjetiva del autor respecto al resultado (distinguiendo como LÖFFLER y MIRICKA la intención, el saber y la previsibilidad). La doctrina final de la acción favorece una «psicologización» del dolo y de la culpa que parecía ya felizmente superada.

A ello replica WELZEL (84), diciendo «que ciertamente la doctrina

(84) *Lehrbuch*, página 25.

finalista de la acción parte de la actividad final del hombre. Pero la realización voluntaria del fin abarca siempre más que el fin perseguido. El autor tiene también que realizar los medios para conseguirle y aceptar las consecuencias accesorias. El autor tiene también que querer *realizar* estos medios y estas consecuencias. El dolo es por ello la voluntad de realización. De esta manera se deslinda de la culpa: el que quiere realizar el *acto de manera incondicionada*, por consiguiente con inclusión de las consecuencias reconocidas como posibles, actúa dolosamente, es decir, con voluntad de realización incluso respecto de las consecuencias posibles. Pero el que espera que no se produzcan las consecuencias reconocidas como posibles, carece de esta voluntad absoluta de realización; las posibles consecuencias han sido sólo causadas por él de modo evitable».

3. El segundo objeto de la crítica de ENGISCH es el tratamiento del *error* según la nueva doctrina (85). Con arreglo a las premissas sentadas por ella resulta lógicamente que la total teoría del error de hecho constituye parte integrante de la doctrina de la acción. Así dice también WOLF (86), «que el error sobre las circunstancias del acto es una causa de exclusión de la acción». Si, en efecto, la acción es configuración «consciente de la realidad», resulta que el dolo de un delito exige el «conocimiento del acto en todas las características que pertenecen al tipo objetivo del injusto». Si el dolo pertenece a la acción, entonces pertenece también a ella aquel conocimiento del acto cuya falta como «error» excluye el dolo. Pero comoquiera que el contenido de este conocimiento no puede ser determinado sin tener en cuenta lo que pertenece al tipo del injusto, y como por lo demás aquel conocimiento significa parcialmente una «valoración paralela» a la valoración jurídica, resulta que tienen que ser recibidas y tratadas en la doctrina de la acción dolosa cuestiones relativas al tipo del injusto y a la valoración del injusto, que con razón pueden presuponerse ya resueltas y conocidas en la doctrina de la culpabilidad, pero no aún en la doctrina de la acción. Y lo mismo procederá decir en orden a la acción culposa, puesto que también la doctrina del error constituye en amplia extensión el punto de partida para la determinación de la culpa. Ciertamente que WELZEL no deduce estas consecuencias sistemáticas de su concepto final de la acción; pues sólo se ocupa de dicho concepto de la acción parcialmente al principio para volver después de nuevo sobre él en la doctrina objetiva y subjetiva del injusto. Así surge el error de hecho en la doctrina del tipo subjetivo del injusto bajo la rúbrica característica: «El tipo subjetivo del injusto. A. El dolo como momento final de la acción», mientras que el

(85) Artículo citado, páginas 156 y s.

(86) *Krisis und Neuaufbau der Strafrechtsreform*, 1933, página 39.

error de derecho es remitido a la doctrina de la culpabilidad, lo que por otra parte supone una indeseable separación de dos materias que se encuentran recíprocamente referidas.

Frente a esta objeción dice WELZEL (87) «que la distinción del error sobre el tipo y del error sobre la ilicitud es algo necesario e independiente de la doctrina de la acción finalista. Por ello trata también, v. g., DOHNA al primero en la doctrina del dolo (88), y al segundo en la de la culpabilidad (89). Toda doctrina que atribuya la importancia debida a una genuina sistemática, no podrá por menos de tener en cuenta esta diversidad de las dos especies de error. No es exacto, como dice ENGISCH (90), que su tratamiento separado conduzca a la consecuencia de que el contenido de la culpabilidad quede reducido a la desobediencia uniforme de la norma. Más bien lo contrario: la doctrina de la culpabilidad ganará al ser descargada de la doctrina del dolo, y la propia esencia de la culpabilidad aparecerá destacada con mayor pureza. Y sólo debido a que se consideraban el dolo y la culpa como tipos de la culpabilidad pudo llegarse al erróneo pensamiento de buscarlos también en la culpabilidad del autor».

4. En tercer término combate ENGISCH el concepto del *dolo* de la doctrina finalista (91). Apoyándose en un pasaje de la primera edición de los *Grundzüge* de WELZEL (92), modificado ya en la segunda edición de los mismos, dice ENGISCH que este entrecruzamiento de la doctrina de la acción y de la del injusto (al que se refería al tratar del error) resalta de modo claro en las siguientes palabras de WELZEL: «En la estructura conceptual del delito pertenecen ya a la acción el dolo y la culpa. Ya el tipo objetivo del injusto es diverso según se trate de una acción dolosa o de una acción culposa. Por ello el dolo y la culpa son ya momentos de la acción antijurídica, y, *por tanto*, del tipo del injusto». Ahora bien, dice ENGISCH, si la doctrina sistemática del delito debe apoyarse en la definición del mismo, entonces deberá tratarse en primer término de la acción y en verdad —con arreglo al concepto finalista—, juntamente con las doctrinas del dolo, del error y de la culpa y sólo después abordarse la doctrina del injusto, que ciertamente podrá ser separada para el dolo y para la culpa, pero que no ha de tomar sobre sí y resolver *a posteriori* porciones importantes de la doctrina de la acción. WELZEL no parece, sin embargo, entenderlo de este modo cuando dice:

(87) *Lehrbuch*, página 25.

(88) GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, páginas 24 y 25.

(89) GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, páginas 49 y ss..

(90) Artículo citado, página 172.

(91) Artículo citado, páginas 157 y s.

(92) De 1940.

«Comoquiera que las acciones dolosa y culposa se diferencian ya en el tipo objetivo del injusto, resulta que pueden ser también consideradas de modo definitivo en la doctrina del injusto». Esta conclusión —dice ENGISCH— no me parece correcta si se entiende, como WELZEL, que el dolo y la culpa son ya especies distintas de la acción como tal, y este contraste de las acciones repercute sólo secundariamente dentro de la doctrina del injusto. En tal situación sólo cabe la salida de entender el dolo y la culpa *no* en sentido jurídico, por consiguiente no como conceptos que se refieren al injusto típico, sino como conceptos «naturales», de suerte que en primer término sirvan para explicar la pertenencia a la acción de todas las consecuencias que el sujeto perseguía intencionadamente, o había previsto o pudo haber previsto. El dolo y la culpa en sentido jurídico significarían entonces solamente una porción del ámbito natural finalista y serían tratados, en tanto, dentro de la doctrina del injusto o respectivamente de la doctrina de la culpabilidad. Ahora bien —dice ENGISCH—, no sé si WELZEL quiere seguir este camino. El duplicar los conceptos de dolo y culpa siempre ofrecerá reparos. A ello se añade que los conceptos naturales y jurídicos aparecen entrecruzados. También todo delito culposo tiene como *substratum* un dolo natural, puesto que también el sujeto que procede culposamente persigue algún fin y piensa con antelación en las consecuencias; sólo respecto al resultado típico falta el dolo natural —por lo menos en la culpa inconsciente— (mientras que en la culpa consciente debe ser admitido también el dolo natural en orden al resultado típico y tan sólo ser negado el *dolus*). En consecuencia, la acción dolosa y la culposa no se corresponden con el delito doloso y el culposo. Toda acción en sentido natural es, en parte, dolosa y, en parte, culposa, en tanto que ciertas consecuencias son perseguidas por el agente y de antemano calculadas, mientras que otras son pasadas por alto, no obstante ser previsibles; por el contrario, el delito, como injusto típico de una u otra especie, es doloso o culposo.

Frente a ello, dice WELZEL (93): «La doctrina de la acción finalista parte de un concepto del dolo indiferente, respecto a la culpabilidad, y añade ésta como ulterior característica: No la nueva doctrina, sino sus adversarios tienen que duplicar el concepto del dolo. Al lado del «propio» dolo, como tipo de la culpabilidad, se ven forzados dogmáticamente cada vez en mayor medida a trabajar con un concepto «impropio» del mismo, natural, comprendido aún de manera muy vaga. En este punto la doctrina finalista, correctamente entendida, representa una gran simplificación».

(93) *Lehrbuch*, página 25.

»El dolo de la doctrina finalista no es un dolo jurídicamente reblanecido y, por ello, natural, y ante todo no es una mera voluntad general de la acción, sino el dolo de la doctrina de la acción entendido correctamente, referido en lo que concierne al *ámbito jurídico* a contenidos *jurídicos*, esto es: el saber y el querer de la realización del resultado (jurídicamente: el saber y el querer de la realización del tipo). En tal sentido —y *previamente a toda cuestión de culpabilidad*— es uno de los conceptos fundamentales dogmático-jurídicos, es lo esencial de toda acción finalista: muerte, daños, lesiones, etcétera; por ello, el carácter doloso de una acción (finalidad actual) sólo puede ser comprobado en referencia a una determinada realización de un resultado.»

5. En cuarto lugar aborda ENGISCH (94) el problema de la *culpa inconsciente*. Antes hacíamos referencia a esta forma de la culpabilidad —dice ENGISCH—, pero sin esclarecer aún el punto relativo a si es propiamente compatible con el concepto final de la acción: ¿Ya el poner de acuerdo el concepto del dolo con la propia naturaleza de la finalidad ofreció, como hemos visto antes, considerable esfuerzo! La transformación de la última produjo, como consecuencia, que también la culpa consciente quedaba incluida en ella. Ahora procede preguntarnos: ¿Hasta qué punto la culpa inconsciente es acción final? En este punto la crítica de ENGISCH recae sobre la primitiva posición de WELZEL, en la que la acción culposa se explica mediante la «finalidad potencial» a la vez que se niega la posibilidad de distinguir en los delitos culposos la antijuricidad de la culpabilidad. Con ello dice ENGISCH— resultan absorbidas las doctrinas del injusto y de la culpabilidad por la doctrina de la acción. Como se recordará, este concepto de la culpa ha sido posteriormente modificado por WELZEL, así es que no es necesario entrar en más detalles.

Refiriéndose a la total crítica de ENGISCH, dice ahora WELZEL, en el *Lehrbuch* (95): «La verdadera causa de los reparos críticos elevados contra la doctrina finalista, yace en la doctrina del injusto. Se cree ver en aquélla un peligro para la naturaleza objetiva del mismo (así ENGISCH, obra citada, páginas 160 y 171). Sin embargo, la doctrina finalista distingue también el injusto de la culpabilidad y mediante los conceptos del desvalor de la acción y del desvalor de la situación fáctica, tiene debida cuenta de la necesidad de una antijuricidad objetiva. No obstante, parece que esto no basta aún: se cree que la doctrina finalista hace depender unilateralmente el sentido social de la acción de la voluntad del individuo (así EB. SCHMIDT *Arzt im Strafrecht*, página 75, nota 29). En contra de ello es

(94) Artículo citado, páginas 158 y s.

(95) *Lehrbuch*, página 26.

necesario decir, de modo que no permita dudas, que tal opinión es errónea, y que una ojeada más precisa sobre la «adecuación social» hubiera sido suficiente para disipar el equívoco. Con arreglo a la adecuación social resultará que si una acción es adecuada socialmente, su sentido social permanecerá inalterado, no obstante la mala intención o segundos pensamientos que tuviera el autor al cometerla. El sujeto es siempre también miembro de una totalidad supraindividual, ante todo del mundo de la tradición. Por ejemplo, en el tratamiento curativo conforme a la *lex artis* han trabajado varias generaciones antes de la persona individual que hoy le aplica, y, en consecuencia, no es algo que sólo dependa de su voluntad individual. Pero para realizarle es preciso *también* su voluntad individual, finalista. Por ello, la doctrina finalista, al fijar el concepto del tratamiento curativo, no se aparta en un ápice de ENGISCH e incluso de EB. SCHMIDT, pero inserta en él con pleno sentido la voluntad individual, mientras que tal elemento no podrá aparecer, si se procede consecuentemente, en la doctrina de la acción propugnada por los adversarios. Dicho hegelianamente, de lo que se trata es de la conexión del espíritu objetivo y subjetivo. En la realidad, el espíritu objetivo sólo surge mediante los actos del espíritu subjetivo; en ello yace el derecho del segundo, y con él el de la doctrina finalista; pero los *contenidos* del espíritu objetivo aparecen ampliamente prefijados a la voluntad individual. Precisamente, quiero aquí recordar que en todo momento he destacado la importancia de los órdenes sociales de sentido objetivo, en los que yace la acción del individuo, frente a un naturalismo defendido por muchos, y sólo el hecho de que con la doctrina de la acción finalista vuelve la dogmática del Derecho penal a un idealismo objetivo me autoriza para postular el reconocimiento de la nueva dirección».

B) *Bockelmann (1949)*

1. La por muchos conceptos interesante monografía ya citada de Paul BOCKELMANN, referente a «las relaciones entre la autoría y la participación en el delito», aunque, como ya su nombre expresa, se contrae fundamentalmente al estudio de estos problemas, contiene, no obstante, una detallada crítica de la doctrina de la acción final, orientada en primera línea al examen de la consecuencia deducida por el finalismo, en virtud de la cual el dolo pertenece a la doctrina de la acción. Ello se explica cumplidamente si se recuerda que después de la reforma de los §§ 48 a 50 del Código de Alemania, llevada a cabo por la *Ordenanza de unificación* de 29 de mayo de 1943, la antigua accesoriad extrema de las formas de participación (insti-

gación y complicidad) ha sido sustituida por la denominada accesoriad limitada, según la que es suficiente para fundamentar la participación el que el autor principal haya procedido típica y antijurídicamente, *sin* que precise ser culpable. Si por otro lado se considera por muchos que toda forma de participación demanda de modo inexcusable la existencia de un autor principal que ejecute *dolosamente* el acto, resulta que la dificultad así creada parecía resolverse de un modo sencillo con arreglo a la doctrina finalista, al entender ésta que el dolo es un elemento indiferente para la culpabilidad. Ya sólo esto, aparte otras razones, justifica plenamente que en un trabajo sobre la autoría y la participación se considere la nueva doctrina, y que el examen crítico se enfrente, en primer término, con el problema del dolo.

2. Después de exponer (en las páginas 20 a 23) las líneas generales de la nueva doctrina, pasa BOCKELMANN a la consideración crítica y examina, en primer término, lo que ha constituido generalmente el reproche capital elevado contra ella, a saber: la nueva doctrina no puede explicar satisfactoriamente —se dice, v. gr., por SCHÖNKE (96) y NAGLER (97)— la causación culposa. Tal reproche es correcto, según BOCKELMANN, y los defensores del concepto final de la acción no pueden eludirle tratando de demostrar en la «causación evitable» la existencia de relaciones con los momentos finales. Pues entre la acción dirigida a un resultado y la *no* dirigida existe una fundamental diferencia. Tan grande como la que existe entre la finalidad actual y la potencial.

Pero cabe preguntarse —dice BOCKELMANN— si el reproche así formulado es efectivamente grave para la nueva doctrina. ¿Pues se trata realmente de subordinar bajo un concepto superior unitario las dos especies de acción que distingue el finalismo? Precisamente, tal diferencia es el principio sobre el que WELZEL erige su Sistema. Ciertamente es que todo esfuerzo sistemático propende a la unidad. Pero todo Sistema ha encontrado dificultades cuando ha pretendido satisfacer esta aspiración. La esencial diferencia de dolo y culpa se hace presente, si no surge ya en el concepto de la acción, en otro lugar del Sistema. El que conciba dichas características como formas de la culpabilidad se verá perplejo ante la dificultad de fundamentar debidamente el hecho de que el reproche de culpabilidad se apoya unas veces en la previsión del resultado, y otras, precisamente, en la no previsión del mismo. Por tal causa no parece que pueda elevarse un grave reproche a la nueva doctrina por el solo hecho de que para eludir tales perplejidades duplique el concepto de acción.

(96) SCHÖNKE, *Kommentar*, III, antes del § 1.

(97) NAGLER, en el *Leipziger Kommentar*. Introducción, página 24.

3. Sin embargo, en el fondo de la objeción referida yace una duda justificada. Esta no concierne ciertamente a las causaciones evitables, que el finalismo separa de modo expreso de las acciones dolosas como contrapartida de ellas y las remite a una categoría especial sistemática. Concierne más bien a aquellos actos culposos que no consisten en causaciones, y dicha duda toma como punto de arranque la pregunta siguiente: ¿Con qué derecho son equiparados sin más trámites la finalidad y el carácter doloso de la acción?

La duda no se dirige, por tanto, contra la tesis que afirma la naturaleza final de la acción en sí. Pues dicha tesis se asienta en una comprensión inalienable. La acción del hombre es actividad finalista, y como tal en absoluto diversa de todo acontecimiento meramente natural. Pero lo que no es tan evidente, y ello ya en los delitos que implican la causación de un resultado, es que la acción sólo pueda ser considerada como acción típica cuando el fin a que tiende es precisamente el que prohíbe la ley.

El que dispara sobre determinado objetivo actúa ciertamente de un modo finalista en la acepción más genuina de la palabra. Si su disparo mata a un hombre entonces este resultado ha sido producido por un hacer final, por una actividad finalista. ¿No se han cumplido con ello todas las exigencias que puede demandar el concepto de una acción de homicidio? ¿Por qué ha de exigirse para poder considerar colmado dicho concepto que también el dolo esté dirigido a la muerte? ¿Por qué ha de exigirse que el que mata no sólo quisiera alcanzar el objetivo, sino que precisamente quisiera matar a un hombre al alcanzar el objetivo?

La respuesta que dé la doctrina finalista a esta pregunta decidirá sobre lo correcto de ella.

Dos son los fundamentos en que se apoya la equiparación de finalidad y dolo. El primero lo deduce la doctrina finalista de su concepto de antijuricidad. Para ella no es antijurídica la lesión de un bien simplemente, esto es, el desvalor del resultado. Pues si se quisiera equiparar, como hace la vieja doctrina, antijuricidad y lesión de intereses, sería forzoso referir el juicio de antijuricidad al simple hecho de que se haya producido un menoscabo de los intereses. Habría entonces que reconocer que es antijurídico el estado producido en sí mismo y no la producción de dicho estado. Pero ello sería erróneo. Pues el predicado «antijurídico», conforme a su propio sentido, sólo puede ser aplicado a la conducta humana. El ordenamiento jurídico no garantiza a un determinado acerbo de bienes la incolumidad de una manera absoluta, de suerte que toda modificación o disminución de dicho acerbo tendría que aparecer forzosamente como un quebranto del Derecho. Los bienes jurídicos no son piezas de un museo protegidas cuidadosamente ante todo acer-

camiento hostil, sino que están destinados al uso y al consumo. Por ello, la ley no prohíbe todas las lesiones de bienes jurídicos, sino tan sólo las que son incompatibles con la vida ordenada de la comunidad. Así resulta que para el Derecho punitivo sólo excepcionalmente vienen en consideración las causaciones evitables y, en cambio, la regla general la representan las actividades finalistas. Por ello, el «más» que ha de añadirse a la situación fáctica del resultado para fundamentar la completa antijuricidad yace primariamente en la acción finalista. Entonces resulta que el momento de la finalidad pertenece al injusto penal. Entonces se diferencian ya los delitos dolosos y culposos en el tipo del injusto.

4. Este es el razonamiento por el que el dolo es situado sistemáticamente en el injusto, y por tanto en el tipo, y por ende en la acción, y por el que, en consecuencia, viene a demostrarse que finalidad y dolo son idénticos. Ahora bien, pregunta BOCKELMANN (98): ¿Tal razonamiento es concluyente?

Ante todo podría pensarse que contra él habla precisamente la circunstancia de que el castigo de la culpa garantiza la protección de los bienes jurídicos contra lesiones no dolosas de los mismos. Pero es de suponer que los finalistas no aceptasen tal objeción, diciendo que la lesión de un bien tutelado por el Derecho sólo es declarada antijurídica con arreglo a especiales presupuestos, precisamente cuando se produce en forma de una causación evitable. Por ello no puede existir un concepto unitario del injusto en el que aun no jueguen papel alguno las diferencias entre dolo y culpa.

Pero tal argumentación olvidaría que son posibles lesiones de bienes jurídicos que no son realizadas dolosamente ni tampoco en la forma de la causación evitable, y que, sin embargo, corresponden a un tipo legal. Tales casos surgen cuando se realiza sin dolo el tipo de un delito de mera actividad. En tales supuestos, el autor procede, sin género alguno de duda, finalistamente, pero sin dolo. Por otra parte, no se trata de una *causación* evitable. Y, sin embargo, ¿quién se atreverá a negar que tales conductas son antijurídicas?

Estos casos muestran no ser cierto que las conductas dolosas y las culposas se diferencian ya con necesidad en el tipo del injusto. Hay delitos cuyo tipo es colmado por acciones que en la ejecución culposa no están diversamente estructurados que en la dolosa. Con ello queda refutada la tesis que afirma que de la propia esencia de la antijuricidad debe deducirse que el dolo pertenece a la acción. Y con ello cae el primero de los fundamentos en favor de la equiparación de finalidad y dolo.

5. Tanta mayor importancia reviste el segundo. Este no es de-

(98) *Täterschaft*, página 26.

ducido de consideraciones sobre una característica del delito distinta de la acción, sino teniendo en cuenta la estructura misma de ella. La acción no es un simple proceso causal. Es un suceder intencional con propio sentido. Supone que el curso causal es supradeterminado finalistamente. En la acción la voluntad dirige con pleno sentido la resultante del suceder en sí ciego. De aquí se deduce que el proceso «que arranca de la resolución, que pasa por los impulsos volitivos y que llega al resultado es una unidad de sentido, que se diferencia y destaca del resto del suceder causal en virtud del momento de su conformidad al sentido...» Por esta ruta del análisis de la propia estructura de la acción se obtiene aquel punto de vista decisivo del que se deduce la identidad entre finalidad y dolo: pues, comoquiera que la «unidad de sentido» que representa la acción no va más allá de los límites de la tendencia volitiva que se realiza mediante ella, resulta que de aquello que produce la manifestación de voluntad en el mundo exterior sólo puede ser atribuido a la acción lo abarcado por la resolución de voluntad, esto es, lo que el autor se había propuesto conseguir. Por consiguiente, el momento final de la acción es igual al dolo, más aún, es el dolo mismo.

De nuevo pregunta BOCKELMANN (99): ¿Es concluyente esta argumentación?

Lo sería —dice— en el caso de que la ley se contentara con prohibir sólo las acciones dolosas. Pero todos sabemos que no es así. La ley no respeta, en modo alguno, aquel «derecho de la voluntad» que la consideración filosófica quisiera atribuir a ésta, a saber: el derecho «de reconocer sólo como acción en su acto... lo que la voluntad, de entre los presupuestos del acto, sabe que está en su fin, lo que de ella yacía en su propósito» (100). Antes bien, la ley penal crea tipos que pueden ser realizados por una conducta que ciertamente ha de ser voluntaria, final, pero que no precisa haberse propuesto como meta la realización típica. Y ello no sólo sancionando causaciones evitables, que el finalismo admite como formas accesorias de la propia acción, sino también en los no pocos casos en que prohíbe la mera actividad. Por consiguiente, por más que el concepto antropológico, prejurídico, de la acción sea de tal indole que no abarque más que la conducta dolosa por una parte y la causación evitable por otra, la realidad es que el concepto jurídico-penal de la acción es de especie diversa.

Ciertamente, la ley no debe ponerse en conflicto con la razón. Comoquiera que solo las acciones humanas pueden ser objeto de sanción penal, y como asimismo las acciones son necesariamente

(99) *Täterschaft*, página 30.

(100) HEGEL, *Rechtsphilosophie*, § 117.

finales, resulta que una conducta dirigida a una meta tiene que constituir el núcleo de todo tipo, y en los casos en que un precepto no lo diga de modo expreso tendrá que ser interpretado en este sentido (así en los puros delitos de causación: el que en los movimientos convulsivos de un ataque epiléptico golpea a una persona, es la causa de las lesiones, pero no las ha «causado»). Si quisiera una ley sobrepasar este límite y sancionar con pena meros movimientos reflejos, sería una *no ley*, y fracasaría por su mismo absurdo. Pero en lo restante la ley es libre de determinar la unidad de sentido, que debe ser considerada como acción por el derecho, con arreglo a puntos de vista diversos que los filosóficos. Los límites que la ley debe respetar no provienen de la consideración filosófica, sino de otro sitio. La ley no puede configurar la «unidad de sentido», la acción, de manera que resulte incompatible con lo que la conciencia jurídica general considera objeto idóneo de una pena. Si procediera contra este principio sus preceptos serían letra muerta. Por ello ha de orientar el concepto de la acción en el sentido que en la vida social se atribuye a la conducta humana. Dentro de estos límites la ley es en absoluto libre.

Una infracción de estos principios básicos no puede serle reprochada al legislador del vigente Código penal. Pero tampoco la interpretación les infringe por concebir el concepto de la acción de manera que la conducta dolosa y la culposa no se diferencien aún en el tipo del injusto. Pues en la vida social no es sólo de importancia lo que el hombre realiza de acuerdo con una meta querida, sino también lo que produce en contra de sus propios fines. La vieja regla de que «el acto mata al hombre» aún no ha perdido totalmente su validez. Por ello se llega desde aquí a unos resultados que probablemente armonizan mejor con la conciencia jurídica general que los que se deducen de la doctrina finalista. Sería difícil hacer comprender a un profano en Derecho penal que el sujeto que guiando un carruaje atropella a otra persona y la mata, si bien ha causado la muerte, no ha «matado» en sentido jurídico, o por lo menos no ha realizado una acción de homicidio.

Con ello cae también el segundo fundamento en que apoya la doctrina finalista la equiparación de finalidad y dolo y, por tanto, la prueba de la tesis de que el dolo pertenece a la acción.

6. Pero el examen crítico de la nueva doctrina—dice BOCKELMANN (101)— no debe contentarse con esto. Antes bien ha de considerar ahora ciertos problemas dogmáticos, que, no obstante lo antes dicho, parece que confirman, en lo que a su propio y específico ámbito concierne, lo correcto de los postulados de la doctrina finalista.

(101) *Täterschaft*, página 34.

Ante todo hay que tener en cuenta que existen ciertos delitos que sólo pueden ser cometidos dolosamente, cuyo tipo es de tal indole que sólo una acción dolosa puede colmarle. Aquí pertenece en primer término la tentativa. Sea una u otra la teoría de la tentativa que se defienda, independientemente de cuál sea el momento en que se fije la «tipicidad» de la acción de tentativa —es seguro que sólo puede considerarse como tal lo que aparece como ejecución de una *resolución de cometer el acto*. Con independencia de cuáles sean las restantes características del concepto, sólo podrá entenderse por tentativa la conducta impulsada por una voluntad dirigida a la ejecución dolosa del delito consumado. Finalidad y dolo coinciden aquí de manera indudable.

Pero dicha coincidencia no sólo se da aquí. Hay hechos punibles en los que también la ejecución consumada sólo es concebible como acción dolosa. A esta esfera pertenece un tipo delictivo tan importante como el hurto. La sustracción de una cosa mueble ajena sólo corresponde al tipo del § 242 del Código cuando tiene lugar con la intención de apropiación antijurídica. Esta intención sólo puede tenerla el que sabe que la cosa pertenece a otro. El que considera propia la que en realidad es una cosa ajena, no puede en absoluto proponerse su apropiación; el que la cree *nullius* no puede propugnar su apropiación antijurídica. De suerte que el tipo del hurto sólo puede realizarse dolosamente. Y lo mismo procederá decir de la apropiación indebida y quizá de otros delitos.

¿No resulta de esto —pregunta BOCKELMANN (102)— que, por lo menos en lo que concierne a estos delitos, el dolo pertenece a la acción? Y si es así, ¿no procederá deducir la ulterior consecuencia de que en todo caso el dolo pertenece a la acción? Pues lo que no puede hacerse es considerarle unas veces como elemento de la acción y otras veces como elemento de la culpabilidad.

La contestación de esta pregunta presupone la solución previa del problema relativo a si es posible concebir el concepto de culpabilidad despojado del dolo entendido como característica de dicho concepto. Pues sólo en caso afirmativo podrá comprenderse el dolo como mero factor de la acción.

7. Con ello se dirige la investigación al problema decisivo de todo Sistema jurídico penal, y, por consiguiente, también del Sistema finalista, a saber: al problema de la culpabilidad. Hasta ahora pudo ser eludido. Pues sólo se trataba de examinar los fundamentos presentados para justificar la remisión del dolo al concepto de la acción, deducidos del carácter de la *misma*. En tanto en cuanto tales

(102) *Täterschaft*, página 36.

argumentos se consideraron refutables, no era preciso suscitar la cuestión de si, viceversa, no hay razones importantes para mantener el dolo en el concepto de la culpabilidad. Pero la existencia del grupo de delitos que sólo pueden ser cometidos dolosamente determina que examinemos dichas razones. El concepto de la culpabilidad, ¿no es quizá de tal índole que no puede prescindir del concepto del dolo? ¿O acaso está en condiciones la doctrina finalista de la acción de desenvolver un concepto de culpabilidad en el que el dolo no tenga asiento?

Considerado exteriormente el problema, resulta que la doctrina finalista ha desplazado totalmente al dolo de la culpabilidad. Ciertamente que toda culpabilidad es culpabilidad de voluntad, y que precisamente la voluntad radica en el dolo. Pero en él aparece la voluntad sólo como voluntad de realización, en su función final-práctica. Con ella pertenece el dolo a la acción. Ahora bien, de la realización volitiva hay que distinguir la formación de la voluntad, esto es, la formación de la resolución. Este es el aspecto o lado emocional de la acción, que aparece en contraste con el aspecto o lado final. Y solamente el primero constituye el objeto del reproche de culpabilidad. Pues lo que precisamente hace culpable al sujeto es el haberse pronunciado en favor del desvalor cuando se decidió a realizar el acto. «El reproche de culpabilidad concierne a la decisión valorativa en favor de la acción injusta, que se realiza sobre la base de dicha decisión» (103). Por ello hay sólo dos factores de culpabilidad, a saber: la capacidad de culpabilidad o imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad y la conciencia de la antijuricidad. El que carece de la primera es incapaz, de un modo general, de llevar a cabo con pleno sentido decisiones valorativas, y por ello no es culpable. El que no conocía la antijuricidad de su acto no puede, en el caso concreto, tomar la decisión exigida por el derecho. Por ello no es posible tampoco el reproche de culpabilidad, mientras que en el supuesto de ser evitable el error se atenúa la culpabilidad, y ello en la medida que el error era disculpable.

Así reza —dice BOCKELMANN— en sus líneas fundamentales la teoría de la culpabilidad del finalismo, que parece efectivamente haber desplazado el dolo del concepto de culpabilidad. Y, a continuación, se pregunta (104): ¿Esta teoría es convincente?

El pensamiento básico de ella es la distinción entre el lado emocional y el lado final de la acción y la limitación del reproche de culpabilidad al primero.

Ahora bien, tal distinción es en absoluto correcta y nada cabe

(103) WELZEL, en el artículo publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 58 (1938), página 504 del que ya antes se hizo mención.

(104) *Täterschaft*, página 37.

decir contra ella. Pues corresponde a la situación fáctica que realmente encontramos en la formación y ejecución de las resoluciones volitivas. Los reparos surgen, en cambio, en lo que concierne a la interpretación y a la valoración como culpabilidad de esta situación fáctica.

En primer término precisa ser destacado que también en la decisión valorativa de pleno sentido está insito el dolo. Pues no es concebible sin él, ya que tal decisión consiste precisamente en el «proponerse». Todo lo que el dolo contiene de elementos de representación es relevante cuando se trata de la formación volitiva. Precisamente, ello fundamenta el reproche de que el sujeto se resolvió, v. gr., a disparar, no obstante prever que alcanzaría con su disparo a un hombre. Una decisión favorable al desvalor no dolosa no es imaginable.

Pero, por lo demás, no puede ser concedido que el reproche de culpabilidad sólo se refiera a la decisión valorativa. Tan ello es así, que en el caso de que sólo exista la mera resolución en favor del acto injusto no es posible un reproche de culpabilidad. Naturalmente que esto no lo desconoce WELZEL, puesto que determina el objeto del reproche como la «decisión valorativa en favor de la acción injusta ejecutada sobre la base de dicha decisión». Y esclarece el sentido de dicha fórmula al decir que mediante ella «se elimina en el ámbito jurídico toda posibilidad de una *pura* culpabilidad de voluntad (de una culpabilidad del pensamiento)» (105). Pero de aquí se deduce precisamente que lo que se reprocha al sujeto como culpabilidad no es la formación de la resolución, sino la persistencia de la resolución en la ejecución del acto. La desaprobación jurídica se refiere precisamente a la voluntad en su función final-práctica. Por tanto, también al dolo.

8. Ahora aduce la doctrina finalista un especial fundamento para justificar la eliminación del dolo del concepto de culpabilidad. Este fundamento cree deducirle de la refutación de la doctrina —hoy dominante en la ciencia y en la práctica—, según la que la conciencia de la antijuricidad pertenece al dolo. Frente a este dogma aduce la doctrina finalista una serie de reparos sin duda convincentes. Con razón indica que la falta de la conciencia del injusto no puede alterar el carácter doloso del acto, y que, v. gr., un homicidio cometido en situación de legítima defensa putativa no puede ser realizado sin dolo. Asimismo procede con acierto la doctrina finalista al destacar las consecuencias intolerables a que se ve obligada a llegar la tesis combatida. Esta última trata el error sobre la antijuricidad por analogía con el error sobre las circunstancias del acto, y, en conse-

(105) Artículo citado en la nota 103, página 504, nota 23.

cuencia, estima que existe culpa cuando falta la conciencia de la antijuricidad. Por ello, en los casos de error sobre la ilicitud sólo puede castigar al sujeto si el tipo legal que concretamente viene en cuestión prevé de manera expresa una pena para la comisión culposa. El precepto especial que aparecía en los *Proyectos* de GÜRTNER, por el que la «culpa de derecho» era sancionada de un modo general, falta aún en el Derecho vigente; y su inclusión en el mismo no sería deseable, puesto que crearía un *crimen culpae* independiente, que al carecer de límites típicos precisos no podría ofrecer al juzgador módulos valorativos idóneos. Por otra parte estaría en contradicción con el criterio sistemático *fundamental* de la ley, según el que la «culpa de hecho» no es punible de modo general y sí tan sólo por excepción. Tampoco podría solucionar satisfactoriamente el problema de la punibilidad de la «culpa de derecho». Fallaría totalmente en los casos de la llamada «ceguera jurídica», es decir, cuando el error sobre la ilicitud es en tal grado indisciplpable que no puede ser valorado sino como conocimiento positivo de la ilicitud. Aquí no quedaría más recurso que negar a tal error todo reconocimiento mediante un precepto especial. Ello supondría que, en primer término, la acción dolosa sería considerada como culposa, para después, en estos casos «críticos», volver de nuevo a tratarla como dolosa. Por todo ello habrá que conceder que la conciencia de la antijuricidad no pertenece al dolo, sino que constituye una característica de la culpabilidad independiente del dolo. El error inevitable sobre la ilicitud excluye la culpabilidad. El error evitable, pero perdonable, la atenúa. El error imperdonable la deja inalterada.

De aquí deduce WELZEL que el dolo debe ser separado de la culpabilidad y remitido a la acción. De esta suerte la comprensión correcta y justa del error sobre la ilicitud suministra una ulterior prueba en favor del concepto final de la acción. Pero —dice BOCKELMANN (106)— esta conclusión no es convincente.

El carácter de culpabilidad del dolo no depende de que este último comprenda la conciencia de la antijuricidad. Más bien pertenece el dolo (del acto) a la culpabilidad porque sólo puede hacerse un reproche *al* autor que sabía lo que hacía. Este saber no fundamenta ciertamente aún por sí sólo el reproche de culpabilidad. A dicho saber tiene que añadirse la conciencia de la antijuricidad. Pero tampoco ésta fundamenta a su vez por sí sola dicho reproche. La conciencia de la antijuricidad no puede en absoluto concebirse sin el dolo del acto. Sólo el que conoce las circunstancias del acto que realiza puede saber que procede en contra del Derecho. La resolución de realizar la acción constituye el objeto y la base de la decisión

(106) *Täterschaft*, página 39.

valorativa. Por tanto, aunque la conciencia de la antijuricidad no pertenezca al dolo, la inordinación sistemática del mismo no es afectada por este reconocimiento.

En consecuencia, no puede decirse que la doctrina de la acción finalista haya conseguido eliminar el dolo del concepto de culpabilidad. Dicha doctrina determina los elementos de la culpabilidad de tal suerte que el dolo pertenece a ellos.

9. Con arreglo a este resultado procedera ahora considerar la propia naturaleza de los delitos que sólo pueden ser cometidos dolosamente. Pero ello —dice BOCKELMANN (107)— no ofrece dificultades.

El hecho de que en estos casos el tipo sólo puede ser realizado mediante una conducta dolosa sigue siendo en verdad indudable. Pero este hecho es perfectamente compatible con el postulado de que el dolo pertenece a la culpabilidad. Las singulares características del delito aparecen siempre ligadas en el acto concreto formando una unidad. Si la actividad de pensamiento las distingue y diferencia, ello no presupone que esta diferencia tuviera siempre que surgir en los fenómenos reales. Viceversa, su conjunción en el concepto no excluye que puedan lograr realidad independiente. Así ocurre que una acción típica no necesita forzosamente ser antijurídica, que hay injusto no culpable, y que incluso las singulares características de culpabilidad son entre sí independientes. La diferenciación de las características del delito descansa en el hecho de que designan, como concepto, distintos lados del delito, pero no en el hecho de que representen partes necesariamente independientes del delito como acontecimiento histórico. Por ello, el hecho de que haya acciones típicas que no pueden ser cometidas de otra manera que dolosamente no determina que el dolo sea el factor general de la acción. El dolo —concluye BOCKELMANN (108)— no pertenece, por tanto, a la acción, sino a la culpabilidad; a este resultado llega el examen crítico de la doctrina finalista.

10. En esta crítica desarrollada por BOCKELMANN es oportuno recordar el pasaje en que el autor expone su concepto de la acción finalista, pues ello constituye un extremo de la mayor importancia, sobre todo en relación con la crítica formulada por MEZGER que a continuación trataremos. Como se recordará, también BOCKELMANN entiende que la acción, como fundamento del delito, es siempre acción finalista. Importa, por tanto, esclarecer el sentido que propiamente atribuye a este concepto, que ya *a priori* hay que suponer que no ha de ser el mismo propugnado por WELZEL. Pero esta terminología uniforme da pie al confusiónismo si en realidad lo que con ella

(107) *Täterschaft*, páginas 39 y s.

(108) *Täterschaft*, página 40.

expresan los adversarios es algo distinto de lo que entienden los verdaderos finalistas.

«Sorprende —dice NIESE (109)— que tanto BOCKELMANN como MEZGER estén de acuerdo en el punto de partida ontológico, prejurídico de WELZEL, desde el momento que conceden que todo actuar humano como tal se caracteriza por la actividad finalista, por la inserción consciente de la causalidad hacia una determinada meta, en consecuencia por la finalidad.» De modo expreso destaca BOCKELMANN en la nota 66 de la página 31 de su monografía, «que no será tarea fácil para nadie discutir a WELZEL lo correcto de sus profundas investigaciones ontológicas sobre el concepto de la acción». Y MEZGER va aún más lejos, ya que al reconocer la situación fáctica ontológica dice que su concepto de la acción es final (110). Pero no obstante ello, rechazan ambos, en lo que concierne al Derecho punitivo, la equiparación del concepto óntico de la acción, preordenado a la consideración jurídica, con el concepto jurídico de la acción.

BOCKELMANN dice, por una parte, que «por más que el concepto antropológico, prejurídico, de la acción sea de tal índole que sólo abarque la conducta dolosa..., lo cierto es que el concepto jurídico-penal de la acción es de especie distinta» (111). Con ello rechaza la transposición de la finalidad, cuya importancia reconoce en lo que respecta a la acción ontológica, al concepto jurídico-penal de la acción. A esto replica WELZEL (112) que el concepto de acción no puede ser para el Derecho distinto que para la vida. Hasta este instante la cuestión aparece muy clara; pues de los pasajes transcritos se deduce, sin género alguno de duda, que tanto BOCKELMANN como MEZGER entienden bajo el nombre de acción finalista *lo mismo* que WELZEL. La discrepancia no afecta, pues, al concepto, y si tan sólo a su aplicación en la esfera del Derecho penal. Pero la confusión surge al decir BOCKELMANN, en la nota 45 de la página 25, que una conducta debe ser ya considerada como conducta finalista «si es un movimiento corporal dirigido por la voluntad». Esta frase aparece en relación con el ejemplo de BOCKELMANN, citado antes al exponer su crítica, del sujeto que para descargar su fusil hace un disparo y mata a una persona sin quererlo y sin saberlo. «En tanto en cuanto el disparo es hecho voluntariamente —dice BOCKELMANN— la conducta es una acción de homicidio.» Pero en realidad éste ya es un concepto jurídico-penal de la acción «de especie distinta», por tanto *no* concebido finalistamente. El denominarle finalista sólo puede conducir

(109) *Finalität*, página 6.

(110) *Kurz-Lehrbuch*, volumen primero, cuarta edición (1952), páginas 41 y s.

(111) *Täterschaft*, página 30.

(112) *Um die finale Handlungslehre*, páginas 5 y ss.

a error y confusión; pues lo que BOCKELMANN considera aquí como «acción de homicidio» sólo merece tal nombre si se maneja el concepto causal de la acción, pero no con arreglo al finalismo.

Para el finalismo, la especialidad ontológica de la acción no yace en el lado externo de la misma, ni tampoco en la circunstancia de que tenga su origen causal en la actuación en el mundo exterior de alguna voluntad, sino más bien radica en la especie y manera como dicha voluntad llegó a provocar en el sujeto la resolución (de realizar el acto) en virtud de la representación anticipada de un determinado resultado, y cómo con arreglo a dicha resolución con auxilio del conocimiento causal fue desatado, de una manera consciente del fin, el curso causal dirigido al resultado propuesto. Lo característico de la acción yace, por tanto, en su lado interno que domina también al mundo exterior, esto es, precisamente en la «finalidad»; pues la voluntad final constituye, tanto en el estadio de la *formación* de la voluntad, como también en su aspecto de «factor configurador objetivo», esto es, en la *realización* de la voluntad hacia fuera, el centro que domina a la total acción, resultando según la expresión de WELZEL, que la causalidad es «supradeterminada finalmente».

Pero esto significa que el contenido de la voluntad —es decir, *aquello* que quiere el agente, y en gracia a lo cual pone en movimiento a la causalidad en el mundo externo, dirigiéndola finalísticamente a la meta propugnada— no puede ser extraído de la acción sin destruir su totalidad, su más genuina esencia. Si se reconoce que esta conexión íntima de lo interno y de lo externo, y la finalidad que domina la total acción, es la propia esencia de la conducta humana en el ámbito ontológico, prejurídico, entonces resulta que el contenido social de una acción, el carácter de la misma, no sólo ha de determinarse teniendo en cuenta lo que el agente ha causado de un modo puramente objetivo en el mundo exterior, sino con arreglo a qué voluntad ha llegado a expresarse en la realización dirigida a la meta. Pero esto sólo tiene sentido si se deduce de aquí para el Derecho la inevitable consecuencia de que *el dolo es una parte de la acción*; pues en el ámbito jurídico el dolo no es otra cosa que la expresión de la categoría ontológica de la finalidad: *el dolo es finalidad jurídicamente relevante*. En Derecho penal el dolo es la parte interna de la acción injusta típica; por consiguiente, finalidad jurídico-penalmente relevante (113). Y precisamente esta consecuencia es

(113) NIESE (*Finalität*, página 10, nota 16), dice que fuera de la doctrina finalista es frecuente tratar de explicar de un modo gráfico la relación del dolo con la acción, empleando la metáfora de que el dolo es la imagen refleja del acto en el alma del autor. Este giro se acomoda en verdad admirablemente al esquema tradicional, puesto que según este último, después de comprobada la tipicidad de una acción, en el dolo sólo procede examinar si todas las circunstancias que colman el

rechazada cuando se pretende considerar como «final» el movimiento corporal dirigido por la voluntad», pero con irrelevancia del contenido de la misma.

Con completa razón desde su punto de vista se opone WELZEL a que se designe como final este momento de la «voluntariedad» (es decir, al *hecho* de que se haya *querido* algo por el sujeto, sin tener en cuenta el *contenido* de este querer); pues esto no tiene nada que ver con la categoría ontológica de la finalidad, que precisamente tiene su raíz en la substancia del fin concreto propugnado en cada caso. Esta mención escéptica de la «voluntariedad» es causa de que de nuevo MEZGER reproche a WELZEL (114) el que éste «olvida su papel» cuando habla de voluntariedad en lugar de finalidad, diciendo frente a WELZEL que el concepto existencial (esto es, el ontológico) de la acción es un concepto final. «Todo querer del hombre —añade MEZGER— está sometido a la finalidad. No existe un querer sin un fin, sin una meta». Estas frases las podría admitir WELZEL sin reparo si no fuera porque la relación en que se hallan con otras hace ver claramente el total equívoco, que no es otro que el siguiente: MEZGER sólo reconoce la finalidad respecto al concepto ontológico de la acción (que él llama existencial), pero rechaza en la doctrina del delito la pertenencia del dolo a la acción injusta. Textualmente dice: «La acción en su aspecto existencial como conducta humana es hacer u omitir *queridos*. Ciertamente, lo que nos interesa aquí es sólo el hecho de que se haya querido algo; lo que en el *acto punible* tiene que ser querido nos lo dice sólo la doctrina del injusto en los elementos subjetivos del injusto y la doctrina de la culpabilidad en las formas de la culpabilidad del dolo y de la culpa. Pero también el concepto existencial de la acción es un concepto final. WELZEL olvida su papel cuando en lugar de ello habla de la voluntariedad de la acción» (115). Pero MEZGER no tiene en cuenta que WELZEL se dirige contra la «voluntariedad» en tanto en cuanto

tipo y que ya han sido comprobadas, existían también en la representación del autor. Procediendo de este modo se desarrolla hipotéticamente el curso de la acción desde atrás hacia delante, en tanto que se comprueba en primer término la realización típica externa, especialmente la causación típica del resultado, para examinar después si este suceder *posterior* se había «reflejado» ya *antes* en el alma del sujeto. Con ello se falsea totalmente, a la par que la realidad de la vida, la verdadera esencia del dolo dentro de la acción; pues, en realidad, el orden es precisamente el inverso: el dolo es el plan con arreglo al que se ejecuta la acción. Si para expresar esta relación correcta del dolo con la acción se busca una imagen gráfica, debería decirse que el sujeto bosqueja en el dolo un plan para su obra, y después la crea con arreglo a tal proyecto. Entonces resulta expresada de una manera gráfica la posición del dolo dentro de la acción como factor configurador *activo*.

(114) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, página 13.

(115) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, páginas 12 y s.

rechaza esta distinción entre un concepto ontológico, final, de la acción y un concepto jurídico no final de la misma. Sólo a causa de este olvido puede MEZGER considerar contradictorio que WELZEL —de un modo lógico desde su punto de vista— oponga también en el área penal a esta «voluntariedad» (o sea, al hecho de «que» se haya querido algo por el sujeto, sin consideración de «lo que» ha sido querido) la finalidad como «estructura fundamental de la acción humana», o dicho con otras palabras, la inseparabilidad del contenido de voluntad y de la acción. Por ello puede decir con acierto NIESE (116) que sólo es finalista el que incluye el dolo en la acción injusta.

C) *Mezger (1950-1952)*

a) *La crítica según el Kurz-Lehrbuch*

El problema del concepto final de la acción se aborda ya por MEZGER desde las primeras ediciones del *Kurz-Lehrbuch* y en el *Prólogo* a la tercera edición (reimpresión) del *Lehrbuch* (1949), pero mucho más profunda y detalladamente en la monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik* (1950), en las últimas ediciones del *Kurz-Lehrbuch* (117), y, por último, en un artículo publicado en la *Juristenzeitung*, en octubre de 1952. Los ataques de MEZGER no se dirigen, según sus propias palabras, a una doctrina final de la acción correctamente entendida, sino a un «finalismo» extraviado y a las consecuencias que éste quiere deducir en la esfera del Derecho punitivo. En la página 41 de la cuarta edición de la *Parte general* del *Kurz-Lehrbuch* (1952), afirma de nuevo que ningún dogmático del Derecho penal que sea razonable puede ser hoy contrario al finalismo. Nadie niega que en la acción jurídico-penal es de importancia decisiva la posición «finalista» del autor. Combatir este postulado sería luchar contra los molinos de viento. La doctrina de los elementos subjetivos del injusto muestra que también el concepto del injusto puede ser determinado en amplia medida «finalistamente». La polémica gira sólo en torno a los límites impuestos a tal «finalismo» por la naturaleza misma de las cosas y por el derecho positivo.

Por consiguiente —dice MEZGER— no podrá negarse la necesidad en Derecho penal de una *doctrina final de la acción*. Pero frente a lo que WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1951, página 7) designa

(116) *Finalität*, página 11.

(117) *Kurz-Lehrbuch*, volumen primero. Parte general. 3.^a edición (1951), páginas 39 y 40, 4.^a edición (1952), páginas 41 a 45; volumen segundo. Parte especial, 2.^a edición (1951), páginas 268 y 269.

en sentido *especial* como su «doctrina final de la acción» surgen, tal como él la expone, una serie de los más graves *reparos*, que nos conducen a reconocer que en lugar de una correcta doctrina final de la acción nos hallamos en presencia de un «finalismo» extraviado. Tales reparos los ordena MEZGER de la siguiente manera:

1. NIESE (*Finalität*, 1951, página 11) caracteriza el punto decisivo de esta *nueva* doctrina con las siguientes palabras: «Sólo puede ser considerado como representante de un concepto final de la acción eficaz para el Derecho punitivo el que incluya el *dolo* en la acción *injusta*». Ahora bien—dice MEZGER—, si se entiende como nosotros lo hacemos por «injusto» lo mismo que por «antijurídico», resulta que la tesis que considera al dolo como parte integrante del injusto es ya defectuosa a causa de su contradicción con la ley; pues ésta sitúa el dolo *al lado* de la antijuricidad, y por consiguiente no le trata precisamente como parte integrante del injusto (§ 303 del Código, daños, en que se dice: «El que dolosa y antijurídicamente menoscabe o destruya una cosa mueble ajena...», etc.). Pero también materialmente es incorrecto sostener que el «dolo» sea parte integrante esencial del injusto, que según WELZEL (obra citada, página 15) comprende asimismo el injusto «civil»; como sabemos, en Derecho civil existe también un injusto no doloso, así es que el dolo no puede ser un elemento estructural necesario del concepto del injusto. Pero lo mismo ha de decirse respecto al «injusto específico jurídico-penal», pues también aquí, como en Derecho civil, el injusto no es siempre doloso, y sí, a veces, sólo culposo: un incendio culposo según el § 309 del Código no contiene un dolo dirigido a ese resultado. En consecuencia, la tesis defendida por la nueva doctrina de que el dolo pertenece a la acción injusta sólo puede de antemano ser referida al «delito doloso» (WELZEL, obra citada, páginas 16 y ss.). Ahora bien, si se concibe el dolo como hace esta nueva doctrina, como dolo de la situación fáctica, esto es, como «saber y querer el acto», entonces la nueva tesis no expresa en el fondo más que la «revolucionaria» verdad de que al injusto doloso... pertenece el dolo. Pero si como nosotros hacemos (*Moderne Wege*, página 27) se entiende el dolo como una categoría de la culpabilidad, entonces resulta indudable que no debemos incluirle en el injusto, sino en la culpabilidad. En este mismo sentido ENGISCH (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahlässigkeit*, 1930, pág. 31), y de un modo insuperablemente claro von LISZT-SCHMIDT (*Lehrbuch*, 1932, página 253). La pregunta puede entonces sólo rezar así: ¿el «saber y el querer» es siempre un «elemento subjetivo del injusto» o no? La contestación sólo nos la puede dar el Derecho positivo.

Un examen de los preceptos del Derecho vigente conducirá a reconocer que tales elementos subjetivos del injusto existen en

amplia extensión, y en verdad en una extensión mucho más amplia que la admitida hace algunos años; y es indudable que la doctrina de la acción finalista ha contribuido meritoriamente a tal reconocimiento. Pero dichos elementos no aparecen en todos los tipos, sino sólo *en parte* de ellos. En este punto lo que decide no es el prejuicio dogmático, sino tan sólo un cuidadoso análisis de los diferentes tipos del Derecho *positivo* (*Moderne Wege*, páginas 23-26). Y éste nos muestra que al lado de los «finales» existen también tipos y características típicas «causales».

Siempre produce extrañeza —dice MEZGER— por qué la doctrina finalista, en la modalidad que es objeto de nuestro examen, no ha dicho de modo simple y claro que los términos «dolosamente» y «culpablemente» son «circunstancias del tipo legal». Entonces todo el mundo entendería sin dificultad alguna la verdadera índole de la cuestión, pero entonces también parecería no menos evidente que tal inordinación sería imposible teniendo en cuenta lo que dispone el párrafo primero del § 59 del Código (118).

2. *Más defectuosa* aún que la misma tesis hasta ahora impugnada es para MEZGER (119) la *conclusión inversa* de ella deducida, pues si aun en el supuesto de que aquella tesis fuera correcta no era lícito deducir esta conclusión, mucho más inaceptable será naturalmente una vez demostrado lo erróneo del punto de partida. Esta falaz conclusión reza así: comoquiera que el «dolo» —o dicho más exactamente, el «saber y el querer»— es parte integrante del injusto, *no* puede pertenecer a la *culpabilidad*. Tal conclusión, en sí misma completamente infundada, «vacía el concepto de culpabilidad» en contra de toda tradición y del Derecho positivo (párrafo primero del § 59 del Código), no obstante los inútiles esfuerzos de WELZEL para probar que no es así (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, página 31). Pues con arreglo a la nueva doctrina se niega la gradación de la culpabilidad en dolo y culpa, que corresponde al Derecho positivo y se prejuzga a la vez dogmáticamente de manera inadmisiblemente la doctrina del error de derecho.

3. Por lo demás, el «finalismo» no puede explicar tampoco satisfactoriamente la *propia naturaleza de la culpa*. Ante todo es incuestionable que nuestro Derecho positivo conoce también, al lado de

(118) En él se regula el tratamiento del error y se dispone que no le serán imputadas al autor aquellas circunstancias del acto pertenecientes al tipo legal o que agravan la pena que no hubiera conocido al cometer la acción punible. MEZGER considera que dichas circunstancias sólo pueden ser de índole objetiva, y que en consecuencia la inclusión del dolo como pretende el finalismo, está en abierta contradicción con la ley.

(119) *Kurz-Lehrbuch*, página 44.

los delitos dolosos, genuinos delitos culposos, como *crimina culposa*, que aparecen graduados con arreglo a resultados determinados, concretos (por consiguiente no se trata en modo alguno de actos dolosos de peligro o sólo de un *crimen culpae* unitario). También WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, página 19) reconoce que en ellos la relación con el resultado no aparece determinada «finalmente», sino de un modo puramente causal. Cierto es que también el que actúa culposamente hace *algo* final, pues *toda* conducta humana está dirigida a un fin. Pero aquí de lo que se trata es de si la finalidad en el delito culposo está *dirigida* al «resultado» que la *ley* contempla, lo que indudablemente *no* es así. Por tanto, la parte jurídico-penalmente *esencial* del acto culposo *no* es final.

4. Tampoco la *tentativa* suscita en este respecto dificultad alguna a la «doctrina dominante», a pesar de lo que cree WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, página 13 y 14). La «resolución» (§ 43 del Código) es seguramente un «elemento subjetivo del injusto», pero se *convierte* (en los tipos «causales») con el paso de la tentativa a la consumación, por consiguiente por la «realización» de la resolución, por sí mismo en una característica «objetiva» del acto consumado.

5. Por último, entiende MEZGER (120) que WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, página 14) se pone en *contradicción* inmediata con la *ley*, concretamente con el párrafo primero del § 50, al considerar que «sólo es punible la participación en el acto principal doloso». En este punto olvida también BOCKELMANN (*Täterschaft und Teilnahme*, 1949, páginas 5, 19 y 47) que la cuestión respecto a si alguien quiere su acto «como propio» o «como ajeno», *no sólo* es posible contestarla con arreglo a la relación concreta de su dolo con el resultado, *sino ya* según la finalidad de la acción (dolosa, culposa o no culpable). También en la conducta *no* dolosa es posible, por tanto, comprobar si el autor principal tenía o no «voluntad de autor». En consecuencia resulta que, de acuerdo con el párrafo primero del § 50 del Código, la participación es también posible en el caso de que el autor principal no actúe dolosamente.

En la segunda edición (1952) de la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, en la nota 1 de la página 14 refuta WELZEL estas objeciones de MEZGER, advirtiendo ante todo —y ello es indudablemente acertado— que la «correcta doctrina de la acción final», que MEZGER postula frente a un «finalismo extraviado», no supone otra cosa que el denominar la «voluntariedad» con la palabra nueva «finalidad». Se trata, por tanto, del viejo concepto causal de la acción...

(120) *Kurz-Lehrbuch*, página 45.

sólo que bautizado ahora con el nombre de «final». Refiriéndose después a los extremos concretos destacados por MEZGER procura WELZEL, sobre todo, poner en claro que las contradicciones de su doctrina con el Derecho positivo no existen en realidad. Por ejemplo, dice en referencia a la objeción primera de MEZGER, apoyada en el § 303 del Código, que la deducción de MEZGER sería correcta si la antijuricidad fuera una *característica del tipo*; pero tampoco en el § 303 del Código es tal cosa, sino la *valoración* de la acción típica, y precisamente en este caso de los daños *dolosos*. No menos acertada es la réplica de la supuesta contradicción con el § 59. «La doctrina de la acción finalista—escribe WELZEL—ha dicho de un modo "simple y claro" que el dolo es una "circunstancia del tipo legal", y nunca ha hecho secreto de ello (véase *Lehrbuch*, § 11, II, 1; 13); de manera que "todo el mundo puede entender sin dificultad alguna la verdadera índole de la cuestión". Ahora bien, hasta qué punto ciertamente "es incompatible una tal inordinación con el párrafo primero del § 59 del Código" es cosa problemática en tanto se reconozca, de acuerdo con MEZGER, la existencia de elementos *subjetivos* del tipo. Pues las circunstancias que según el § 59 debe abarcar el dolo del autor, sólo pueden, naturalmente, ser *objetivas*; las *subjetivas* (intenciones, tendencias) no puede desconocerlas ningún autor, por lo que lógicamente quedan fuera del § 59. La doctrina de la acción finalista tan sólo completa estas "características típicas subjetivas" de MEZGER con otra más, a saber: con el dolo». Refiriéndose después al reproche elevado por MEZGER de que el desplazamiento del dolo desde la culpabilidad al injusto contradice a «toda tradición», dice WELZEL que ello sería sólo cierto a condición de admitir como una «tradición» la diferencia entre antijuricidad y culpabilidad establecida con arreglo a los puntos de vista objetivo-subjetivo, respectivamente, afirmada tan sólo muy avanzado el siglo XIX; pero aun en el caso de que se tratara de una tradición de remoto origen, la verdad es que en la ciencia nunca la «tradición» ha constituido una prueba *material* de lo correcto de una tesis. Y precisamente lo fructífero de la superación de la «tradición» nos lo prueba el hecho de que sólo ahora es posible solucionar correctamente uno de los problemas que habían ofrecido más graves dificultades, a saber: el del error sobre la ilicitud. En cambio, es dudoso el acierto de la réplica de WELZEL en el problema de la tentativa, en el punto relativo a la transformación de la «resolución» del § 43 del Código. Menos aún puede satisfacer la contraargumentación de WELZEL en orden a la culpa. Lo que dice en nada conmueve la objeción de MEZGER de que la culpa *no* es final.

b) *La crítica en el artículo de la Juristenzeitung*

Con posterioridad a la aparición de la 4.^a edición de la Parte general del *Kurz-Lehrbuch*, publica MEZGER un artículo que, bajo el título *Vom Sinn der strafbaren Handlung*, ve la luz en el número 22 de la *Juristenzeitung* del 20 de noviembre de 1952, páginas 673 a 678. En él recoge las objeciones formuladas con anterioridad y presenta un cuadro de conjunto expresivo de su posición frente a la doctrina finalista, dulcificando en cierto modo la crítica elevada en el *Kurz-Lehrbuch*, y sobre todo tratando de armonizar la noción ontológica finalista de la acción con el Sistema tradicional de la doctrina del delito. Característica principal de este trabajo es la acertada distribución de los problemas en varias tesis, de las cuales las tres primeras corresponden a la esfera ontológica y la cuarta y última a la normativa. En este aspecto el trabajo sólo elogios merece, con independencia de que se esté o no de acuerdo con el contenido. MEZGER, maestro siempre en la sistematización de los problemas, ha alcanzado en este respecto un grado de perfección difícilmente igualable; ello se advierte asimismo en los comentarios a Sentencias judiciales publicados en estos años últimos, en los que la estructuración orgánica de los razonamientos escalonados es a veces una verdadera obra de arte.

MEZGER comienza reconociendo que la *doctrina de la acción final* de WELZEL representa, sin ningún género de dudas, uno de los más relevantes fenómenos de la dogmática penal de nuestros días. «Cierto es que en varios trabajos anteriores (*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*; *Neue Juristische Wochenschrift*, 1951, páginas 500 y ss.; *Kurz-Lehrbuch Strafrecht*, I, 4.^a edición de 1952, páginas V-VI y 42-45) hemos elevado contra ella numerosas objeciones, tanto de índole general como en referencia a puntos concretos; pero ello no puede ni debe ser obstáculo para reconocer la potente fuerza impulsora de la nueva doctrina y la agudeza puesta en juego en el desarrollo de sus tesis».

Una de sus partes integrantes de mayor importancia —sigue diciendo MEZGER— es la comprobación de que «la materia jurídica en su totalidad aparece atravesada en todas direcciones por *estructuras sociológico-materiales* que se les aparecen ya, tanto al legislador como a la ciencia, como realidades dadas, y que en consecuencia obligan tanto al uno como a la otra; por lo que con independencia de que las consideren debidamente o fracasen en esta tarea, no les es posible modificarlas de modo arbitrario o incluso crearlas por sí». Ciertamente es que este pensamiento, como tal, ha sido ya anteriormente tenido en

cuenta y aplicado. Piénsese, v. g., en los estudios en torno al § 51 del Código (irresponsabilidad por causa de enfermedad mental, etcétera). Pero constituye el mérito indiscutible de WELZEL haber destacado de manera clara y penetrante dicho pensamiento y haberlo elevado a la conciencia general. De él se deducen amplias e importantes consecuencias para la *doctrina* jurídico-penal *del tipo*, consecuencias que ya en otro lugar (*Kurz-Lehrbuch*, II, 3.ª edición de 1952, pág. 292) he deducido y que se expondrán más al detalle en lo que sigue. Ciertamente que una tarea igualmente importante es la del deslinde claro y preciso del ámbito *ontológico* frente al *normativo*, este último representado por los conceptos de la antijuricidad y de la culpabilidad, y con ello el reconocimiento de la función del Derecho vigente en el ámbito reservado a él.

Aparece, pues, justificado—concluye MEZGER este preámbulo— examinar ahora más detalladamente el problema y mostrar hasta qué punto coincidimos con la doctrina de la acción «final», y hasta qué extremo discrepamos de ella. El trasfondo de esta exposición lo constituyen consideraciones profundas teóricas, incluso gnoseológicas. Pero tales consideraciones no pueden ser soslayadas dado el estado actual de nuestra ciencia. Y también el jurista consagrado a la práctica no podrá cerrar los ojos ante el hecho ni sustraerse a la impresión de que *decisiones* (Sentencias) *de alta importancia* dependen de modo inmediato de estos reconocimientos.

1. Al objeto de lograr la mayor sencillez, condensa MEZGER lo que sigue en cuatro tesis. La *primera* niega que la acción, como fundamento del Sistema jurídico-penal, sea un *concepto causal*. No hay duda respecto a que también la acción punible, por consiguiente el «delito», puede ser considerada «causalmente», y ello lo hace la *Criminología* en la más amplia extensión. Pero aquí no se trata de esto. En Derecho penal entendemos la acción exclusivamente como *fundamento de la responsabilidad jurídico-penal*; pero *no* como acontecimiento sólo *causalmente* producido. Aquí no pretendemos «explicar» desde fuera la acción en el mundo de la percepción sensible, sino que lo que queremos es «comprenderla» desde dentro en su genuina orientación a una meta, para poderla enjuiciar penalmente de un modo correcto. Allí donde *realmente* el factor *causal* aparece en el primer plano, decidiendo sólo por sí, como en los casos del párrafo primero del § 51 del Código, el Derecho positivo, procediendo de modo consecuente, prescinde de la pena. A lo sumo pueden venir en aplicación medidas de índole fundamentalmente distinta, como el internamiento con fines curativos, etcétera, con arreglo al § 42 b, no como pena, sino como «medidas de seguridad y corrección».

2. La *segunda* de las tesis formuladas por MEZGER reza así: La acción como fundamento del Sistema jurídico-penal es un *con-*

cepto final. Pero este concepto final de MEZGER no es, en modo alguno, el de WELZEL y NIESE, y tan sólo implica el elemento de *voluntariedad*, aunque MEZGER insista en sostener que entre «acción final» y «voluntariedad» no es posible establecer una diferencia y entienda que tampoco WELZEL ha conseguido fijarla con claridad suficiente. Ahora bien—dice MEZGER—, este concepto final de la acción debe conducir a una parcial *revisión de la doctrina del tipo*. En efecto, en tanto que los «tipos legales» (párrafo primero del § 59 del Código) describen determinadas acciones, no pueden hacerlo de otro modo que partiendo del *carácter ontológico preexistente* de la «acción». En este punto el legislador no puede modificar nada, como ha demostrado WELZEL de convincente manera. En contra de lo expuesto en ocasión anterior (en la *Traeger-Festschrift*, 1928, páginas 198-199)—dice MEZGER—, entiendo ahora que *también el simple querer de la acción externa pertenece al tipo*. Pero esto *en nada altera* la tesis ulterior allí propugnada de que este simple querer pertenece a la culpabilidad y no al injusto. La rectificación debe contraerse a decir que el «tipo» sigue en verdad, siendo, ahora como antes, «injusto tipificado», pero *no sólo esto*. O dicho en los términos expuestos en el *Kurz-Lehrbuch*, II, pág. 292: el tipo legal es en primera línea antijuricidad, pero *no es sólo* antijuricidad tipificada. También es parcialmente culpabilidad tipificada. Antijuricidad y culpabilidad son categorías normativas de especial índole, son expresión de un principio divisorio (de separación) frente a la unidad real de la acción; en el tipo, por el contrario, es captada la acción necesariamente en su totalidad real. Por ello abarca a su vez el tipo no sólo un lado singular de la acción (esto es, el injusto), sino la acción en todas sus referencias sistemáticas.

3. MEZGER formula así la *tercera tesis*: La «acción» como fundamento del sistema jurídico-penal es un *concepto afectado de sentido*. La «doctrina de la acción finalista» abarca sólo una parte de la realidad ontológica de la acción punible. Esto no se ha considerado debidamente hasta ahora. Por ello entiende MEZGER que es *incompleta*. La realidad ontológica de la acción contiene *algo más* que las relaciones finales del autor. *Con arreglo a su propia esencia*, toda acción humana no sólo ha de comprenderse en su relación final con los fines individuales perseguidos por el sujeto, sino también en sus conexiones de sentido supraindividuales. Pues estas últimas no pueden en verdad separarse de la esencia ontológica de la acción del hombre. También WELZEL ha reconocido esto en su notable artículo publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 58 (1938), págs. 491 y ss., en el que propugna un concepto de la acción entendida como «unidad» y como «totalidad real, colmada de sentido, dentro de la vida social real». Pero lo cierto es que abandona

más tarde este camino para formular unilateralmente la «doctrina de la acción final».

4. En la *cuarta* y última tesis pasa MEZGER a la consideración normativa. La tesis se formula así: Con independencia de las realidades ontológicas (a que se refieren las tres primeras tesis), *el juicio y la valoración normativos* se realizan por el derecho vigente.

Desde este terreno de la valoración normativa advierte a los finalistas ante el peligro que entraña todo nuevo «descubrimiento», peligro que no es otro que el de querer extender en demasía el círculo de su eficacia. Esto es lo que hace, en el caso presente, la «doctrina de la acción final» cuando por medio de las partes integrantes ontológicas de la acción nuevamente descubiertas quiere ligar al legislador *también* en orden a las cuestiones *normativas*. Ello supone desconocer el carácter lógicamente independiente de la función normativa. Pues ésta es en absoluto soberana en la *elección* de las partes integrantes de la acción en las que quiere vincular su enjuiciamiento.

El Derecho penal vigente, en lo que concierne al enjuiciamiento del hecho punible, conoce ante todo dos importantes *categorías de la valoración normativa*, que desde fuera llegan a la acción, a saber: *la antijuricidad (el injusto)* y *la culpabilidad*; la primera, como el juicio *objetivo*, sobre el acto; la segunda, como la imputación *personal* (subjetiva) de dicho acto, frente a un determinado autor. Ninguna de estas dos categorías quiere abarcar la acción punible en su totalidad, como, en cambio, lo hace el «tipo». Más bien se refiere cada uno sólo a un *determinado lado* de su objeto (esto es, del objeto sobre el que la respectiva valoración recae). Ambas categorías no son una emanación de un pensamiento totalitario, sino de un pensamiento de separación. De ello se deducen una serie de *importantes consecuencias prácticas*, de las que MEZGER destaca las dos siguientes:

a) El «saber y el querer» del sujeto respecto a su acto son en verdad partes integrantes ontológicas de la acción, y por ello también necesariamente partes integrantes del tipo, pero no, en cambio, partes integrantes de la antijuricidad (del injusto), como sostienen los finalistas. La «doctrina de la acción final» ha llevado a cabo tal atribución porque el querer final del resultado punible pertenece ontológicamente a la acción en los delitos dolosos.

La «doctrina que comprende a la acción como una conexión de sentido», sigue otros rumbos —dice MEZGER—. Muestra, ante todo, que en el delito culposos, si bien es también preciso que sea querido «algo» por el sujeto como meta de su acto (pues si no fuera así no existiría en absoluto una «acción»), tal querer, sin embargo, no está aquí dirigido al resultado incriminado por la ley. Sólo la inevitabilidad del acto es el «sentido» de la acción (sentido del que el autor mismo no es consciente). Pero también el acto punible culposos es un acto

injusto, y por ello no puede ser el dolo una exigencia del injusto. También en el delito doloso el saber y el querer el acto pertenece al «tipo», pero *no* a la antijuricidad. Pues el párrafo primero del § 59 del Código no permite duda alguna respecto a que conforme al Derecho positivo el «conocimiento» de las circunstancias del tipo legal no decide sobre el injusto de la acción, sino sobre si ha de «imputársele a él» (esto es, personalmente al autor) el injusto cometido. Pero tal imputación «personal» es imputación a título de culpabilidad. Comoquiera que aquí se trata de una decisión *normativa*, no es posible contraponer a ella consideraciones ontológicas; lo que decide es la voluntad del legislador; por tanto, el fundamento jurídico-positivo.

También el argumento, frecuentemente utilizado, deducido del § 43, en demostración de la supuesta pertenencia del «dolo» al injusto (a la antijuricidad), revela su inconsistencia a la luz de una consideración metódica más precisa. Con efecto se ha dicho: en el § 43 la ley hace depender el injusto de la tentativa de la «resolución» del autor de cometer un crimen o un delito (lo que es cierto), *luego*, por tanto, ello ha de regir también respecto del acto consumado. Pero tal deducción no tiene en cuenta que puede ser perfectamente lógico vincular la fundamentación del injusto en la mera tentativa al lado «subjetivo» del acto, pero que, en cambio, allí donde se da un determinado resultado «objetivo», por consiguiente, en el caso de que el acto ha llegado a la consumación, sea dicho resultado el punto de vinculación del juicio (normativo) de afirmación del injusto. En esto la ley es soberana, independiente de toda consideración ontológica. Y con efecto, la ley se *ha* decidido fundamentalmente en favor de este punto de partida «objetivo» y con frecuencia lo mantiene con carácter de exclusividad, como por ejemplo ocurre en el incendio de los §§ 306 y 309 del Código. El hecho de que en otros preceptos legales, v. gr., en el § 176 (diversos casos de abusos deshonestos en sentido amplio), jueguen *también* un papel, *al lado* de esto, determinados «elementos subjetivos del injusto», en nada altera este principio básico. Esta trasposición metódicamente defectuosa a una esfera ajena se advierte en la réplica de WELZEL (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, página 16, nota f), cuando dice que también la consumación es un «acto anímico» y que en nada se diferencia en este respecto de la tentativa; ello es cierto, pero totalmente irrelevante para lo que ahora se discute. Pues la vinculación normativa es independiente de la comprobación ontológica de la finalidad del acto.

b) Abstracción hecha de los singulares «elementos subjetivos del injusto», el lado «subjetivo» del acto punible pertenece fundamentalmente a la *culpabilidad*; pues es una característica de la imputación personal y con ello una característica de la culpabilidad, como dice expresamente el párrafo primero del § 59 del Código.

De lo expuesto por MEZGER en los párrafos transcritos de su artículo, resulta que, no obstante su propósito de lograr en cierto modo una síntesis, incorporando el concepto ontológico de la acción al sistema tradicional, las diferencias existentes entre su posición y la mantenida por los finalistas en nada se han modificado. Pues ahora, lo mismo que antes, sigue siendo el dolo para MEZGER un elemento de la culpabilidad y no del injusto, y esto es lo que fundamentalmente diferencia ambas doctrinas, más aún que el problema de la culpa. Por ello sería muy raro que WELZEL y NIESE admitieran ahora el «finalismo» de MEZGER, no obstante los repetidos argumentos expuestos por éste al explanar su segunda tesis. Para los verdaderos finalistas de nada sirve decir que «voluntariedad» y «finalidad» son una misma cosa, si cuando llega el momento decisivo se niega que el dolo pertenezca a la acción. Ahora bien, MEZGER intenta recoger en su Sistema el concepto ontológico de acción (final) mediante una manipulación en el tipo, que es, sin duda, ingeniosa, pero que quizá no aparezca muy clara en los párrafos transcritos. Y es porque aquí, como en otras ocasiones, MEZGER adelanta las líneas generales de una construcción, para más adelante desenvolver ésta con todo detalle. En efecto, la distinción que aquí se bosqueja la fundamenta MEZGER en un artículo posterior que con el título *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre* (Transformaciones de la doctrina del tipo jurídico penal), se publica en el fascículo 1 del 2 de enero de 1953 de la *Neue Juristische Wochenschrift*, página 2 a 6. Sin entrar en detalles, que no serían pertinentes en este sitio, baste indicar que allí se distinguen con toda precisión y se determina su alcance respectivo, el *tipo de la acción* (que recibe a la acción en su totalidad ontológica) y el *tipo del injusto*. De esta manera refuerza su posición de siempre de que el dolo no pertenece al injusto.

D) *Maihofer (1953)*

1. Exponemos, por último, la crítica del concepto final de la acción desarrollada por WERNER MAIHOFFER en la monografía *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem* (El concepto de la acción en el sistema del delito), ya citada en la nota 4 que, como decíamos, constituye, sin duda, una de las más importantes contribuciones al estudio de la acción publicadas hasta la fecha. Su autor trata de fundamentar un concepto social de la acción frente al concepto natural de la misma, característico de la dogmática tradicional y frente al concepto final de WELZEL y NIESE. Pero antes de entrar en la exposición y crítica de estos dos últimos conceptos, plantea en las tres Secciones en que estructura la *Primera parte* de su obra, los proble-

mas relativos a las *formas y funciones fundamentales* del concepto de la acción y al concepto de ésta como *base del Sistema* del delito, como cuestiones previas para la correcta comprensión de lo que después expone.

Refiriéndose a las *funciones fundamentales del concepto de acción* (páginas 6 a 9), dice MAIHOFER que la «acción» no es un objeto real como la mesa o el libro, sino una conexión concreta, a saber: la conexión entre el sujeto que la realiza y el objeto sobre el que recae. Ahora bien, en consideración a este efecto, puede atribuírsela el predicado «injusta»; en relación con el que la realiza, el predicado «culpable», y en la mayoría de los casos puede en consecuencia atribuírsela, vista en su totalidad, el predicado «punible».

La acción sólo *existe* como conexión: no hay una «acción» sin un agente, ni un «agente» sin una acción. Como vínculo funcional, la acción liga al agente con el objeto de la acción, de modo que en la «acción» concreta el acto y el autor, el objeto y el sujeto, constituyen una síntesis, «están en ella». Y precisamente el análisis de esta síntesis —esto es, del acontecimiento concreto— es la tarea que ha de llevar a cabo toda sistemática jurídico-penal.

Ahora procede preguntar: En la solución de esta tarea, ¿qué función ha de cumplir el concepto de «acción»? Según MAIHOFER, dicha función es triple, a saber: el concepto de acción es elemento básico, elemento de unión y elemento limitativo del Sistema del delito. De estas funciones que coinciden, respectivamente, con la significación lógica, sistemática y práctica del concepto de acción, se deducen tres exigencias estructurales que precisa tener en cuenta toda doctrina de la acción al elegir sus características estructurales y fundamentar, en consecuencia, la total sistemática del delito.

a) *La función como elemento básico* (la importancia lógica del concepto de «acción»). Todo análisis sistemático precisa partir de un concepto unitario, fundamental para la total conexión sistemática. Todos los predicados y atributos que puedan venir en consideración en el marco del enjuiciamiento jurídico-penal como comprobaciones (descriptivamente) o como valoraciones (normativamente), precisan ser referidos a este concepto básico unitario, común, que es el concepto de «acción». Pues todas las características ulteriores, tales como culposa, cruel, injusta, punible, «como predicados que se atribuyen a la acción considerada como el sujeto gramatical», presuponen en cada caso lógicamente el concepto de referencia «acción»; por tratarse de características que necesariamente son concebidas en «referencia a otra cosa», lógicamente sólo pueden ser imaginadas «después de ella».

Esto asegura ya, con arreglo a las leyes de la lógica, al concepto de la «acción» su posición destacada como concepto superior del Sis-

tema, desde el cual, como el «género próximo», deben ser obtenidas deductivamente todas las «diferencias específicas».

De aquí resulta que en lo que concierne a la estructura del concepto de la «acción», lo primero que habrá de exigirse es que sólo puedan ser recibidas en la definición aquellas características que garanticen la unidad de este concepto de «acción» como un concepto superior último y común. Un concepto de la acción en el que no aparezca el concepto «acción» mismo, en el que más bien se partiera de antemano de determinadas formas de acciones, no podría cumplir esta función propia de un elemento básico unitario, que ha de ser el soporte de la total construcción sistemática.

b) *La función como elemento de unión* (la importancia sistemática del concepto de «acción»). Toda sistemática jurídico-penal que pretenda solucionar su misión «sistemáticamente», necesita tener en cuenta que los escalones valorativos que ha de recorrer en la tarea de la subsunción del delito y de los cuales resultan los juicios desvalorativos «antijurídico»-«culpable»-«punible», aparecen en una serie funcional; serie que RADBRUCH (mirando de atrás hacia adelante) ha expresado en la siguiente acertada fórmula: «de ordinario sólo puede ser punible una acción antijurídica culpable, culpable... sólo una acción antijurídica, y antijurídica... sólo una acción» (121).

Sólo en este riguroso orden: acción-injusto-culpabilidad-pena, puede realizarse la comprobación y valoración sistemáticas de una acción en su contenido de desvalor como delito. Un Sistema que no tuviera en cuenta la subsidiariedad del que en cada caso es concepto superior en esta serie, se pondría en contradicción consigo mismo.

Ahora bien, la «acción» es en dicho curso funcional el elemento de unión que recorre todos estos estadios y que liga cada vez uno de los momentos de la valoración con el inmediato.

De esta segunda función de la «acción» como elemento de unión en el Sistema del delito, se deduce una segunda exigencia, igualmente decisiva que la primera, respecto a la estructura del concepto de acción, a saber: su neutralidad (más exacto sería decir: su subsidiariedad descriptiva y normativa) frente a todas las comprobaciones y valoraciones que sólo son constitutivas del tipo del injusto y del tipo de la culpabilidad. Como el portador de ellas, como el sujeto de tales predicados, el concepto de la acción tiene que ser indiferente respecto a todos estos predicados, que solamente le serán atribuidos cuando se realice el ulterior proceso investigador del tipo concreto.

Por ello constituiría un defecto, no solamente «lógico», sino ante todo sistemático, «si el concepto jurídico-penal de la acción, como concepto superior, recibiera ya en sí características específicas de

(121) *Handlungsbegriff*, páginas 71, 61 y 117.

sigulares especies que caen bajo él» (ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, página 166). Y MEZGER dice, *Studienbuch, Parte General*, tercera edición (1951), página 38: Si el concepto de acción «debe ya suministrar y contener una descripción en grado máximo "neutral" de todo suceder de relevancia jurídico-penal», no podrá lícitamente «ser sobrecargado de antemano con valoraciones innecesarias... con propiedades... que determinen su inidoneidad para vincular a él la investigación particularizada de las singulares características del delito». Si, contrariamente a esta exigencia, contuviera un concepto de la acción en su estructura un anticipo de esta comprobaciones y valoraciones que sólo surgen en el correspondiente tipo, entonces tal concepto conduciría inevitablemente «a una impenetrable confusión en lugar de ofrecernos un claro Sistema» (MEZGER, obra citada, página 39).

c) *La función como elemento limitativo* (la importancia práctica del concepto de «acción»). Pero el concepto de la acción tiene aún que tomar sobre sí en el Sistema del delito una ulterior función de índole práctica. Mediante sus características ha de señalar el límite máximo absoluto de la consideración jurídico-penal. Por tanto, ha de trazar la línea más allá de la cual una conducta deviene «existente» como acción para el Derecho punitivo, y desde cuyo instante éste la somete a sus módulos de enjuiciamiento.

De esta función, como elemento limitativo, se deducen ahora dos exigencias estructurales, a saber: En primer término, es preciso que este «umbral» sea lo suficientemente elevado para que conductas en absoluto irrelevantes jurídico-penalmente, queden ya, por virtud de este concepto limitativo, de antemano excluidas de «toda consideración jurídico-penal ulterior». (En este sentido, BELING, que ve en tal aspecto negativo pura y simplemente la importancia del concepto de acción.) Pero dicho «umbral» debe, por otra parte, ser a su vez lo suficientemente bajo para que todo suceder «que viene en consideración para el Derecho punitivo» pueda ser captado por él y no quede excluido del proceso de valoración sistemático en virtud de un concepto prevalorado de la acción.

Con arreglo a estas exigencias positiva y negativa se determina el valor funcional del concepto de la acción como elemento limitativo y, con ello, su eficacia práctica. Un concepto de acción que no fuera apropiado para trazar un límite político-criminalmente «correcto», verbi-gracia, que no pudiera comprender la omisión o las acciones realizadas con culpa inconsciente, tampoco sería utilizable «para la teoría».

2. A la luz de estas consideraciones previas aborda ahora MAIHOFFER el examen crítico del concepto final de acción, en la *Sección segunda* de la *Segunda parte* de su monografía, páginas 38 a 61.

a) En primer término, considera MAIHOFFER el concepto final de la acción como elemento básico del Sistema del delito (necesidad del

carácter unitario lógico). De nuevo aparece aquí (como ocurría en la acción «natural»), el problema de la estructura en sus aspectos formal y material. Pero ahora las dificultades no surgen en orden a la captación y reunión en un concepto superior de las formas de conducta hacer y omitir, como sucedía en la doctrina de la acción «natural», sino respecto de la conducta dolosa y de la culposa.

Ello tiene su causa en el hecho de que la doctrina de la acción «final», al no vincular ya su concepto al carácter corporal de una conducta que yace en la realidad causal real, elude la problemática de las formas de conducta hacer y omitir, insoluble para la doctrina de la acción «natural». Pero, por otra parte, llega a dificultades aun más profundas que las que ya se deducían para la doctrina de la acción «natural» orientada, como ya se dijo, en la dirección de la voluntad.

Pues esta doctrina de la acción «final» orienta su total concepto de acción exclusivamente en el contenido de la voluntad, con lo que aparece inevitable la consideración anticipada en la doctrina de la acción del dolo y de la culpa, que hasta ahora habían sido considerados como elementos de la culpabilidad, y a los que precisamente correspondía como objeto la captación de este «contenido» concreto «del querer». Ahora bien, pregunta MAIHOFER, una doctrina que atrae ya la «voluntad concreta del autor» para determinar la indole «ánimica» o «coloración subjetiva» de un acontecimiento y considerarle entonces como «acción», ¿cómo puede eludir al proceder de tal modo que se anticipe ya en el concepto de acción, por lo menos el que hasta ahora se consideraba tipo psicológico de la culpabilidad? En todo caso, aparecen ya de un modo puramente externo en la doctrina de la acción «final» como formas de la acción el dolo y la culpa que hasta ahora habían sido formas de la culpabilidad, y todo el esfuerzo de WELZEL se endereza a reunir ambas formas bajo el concepto unitario de acción.

Ello constituye el genuino «problema» de la «doctrina final de la acción», a causa de que ahora la captación de la propia y esencial naturaleza de la culpa aparece como un problema perteneciente a la doctrina de la acción y, en consecuencia, se trasladan a esta última todas las dificultades que en relación con la culpa habían surgido antes en la doctrina de la culpabilidad. Pero agravadas por la circunstancia de que ahora las acciones culposas tendrán que quedar fuera de la consideración, no sólo como «acciones culpables», sino ya como «acciones» simplemente en el caso de que no pueda conseguirse derivarlas también (como las dolosas) del contenido de la voluntad; y aquí cabe preguntarse: ¿Cómo podrá afirmarse en la culpa su carácter de acción con arreglo a la «voluntad concreta del autor», si esta «acción» se ha realizado no sólo «sin la voluntad»,

sino más aún, «contra la voluntad» del sujeto? ¿No surgen de nuevo para esta doctrina de la acción las dificultades ya insolubles para la doctrina de la acción «natural» cuando ésta pretendía captar formalmente bajo la característica de la voluntariedad y materialmente con arreglo a la dirección de la voluntad todas las formas de conducta humana que «interesan» al Derecho punitivo? Dificultades agravadas aún por el hecho de que, conforme a la nueva doctrina, la unidad material de todas estas formas de conducta debe realizarse con el módulo del contenido de la voluntad.

A continuación, examina MAIHOFFER los sucesivos estadios de la construcción de WELZEL, y llega a la consecuencia de que la nueva doctrina no ha sido capaz de superar estas dificultades.

b) Siguiendo el orden marcado al principio, respecto a las funciones fundamentales del concepto de acción, aborda después MAIHOFFER (en las páginas 56 y siguientes) el concepto de la acción final como elemento de unión del Sistema del delito (necesidad del carácter lógico sistemático del concepto de acción). Sirviéndose de dos ejemplos de homicidio cometidos por un oligofrénico inimputable, según el § 51 del Código, y por un automovilista que, aterrado por el inminente riesgo de atropellar a una persona, no posee la serenidad necesaria para frenar a tiempo el carruaje, dice MAIHOFFER, que la doctrina de la acción final conduce al resultado de negar ya la existencia de una «acción» en todos aquellos casos en que conforme a la experiencia se ha reconocido hasta ahora que existía una «acción» e incluso una «acción antijurídica». Pues para WELZEL, el juicio desvalorativo expresado con la palabra «evitable», que la doctrina tradicional reservaba a la culpabilidad, es ya elemento constitutivo del concepto de acción, y con él crea propiamente un «tipo de acción», lo que produce como consecuencia que en todos estos casos tiene que llegar lógicamente al resultado de que no sólo no existe una acción «antijurídica», sino ni siquiera una «acción» en sentido jurídico-penal. Por consiguiente, la pregunta en orden a si una conducta era o no evitable para el «autor concreto», no se plantea ahora como en la dogmática tradicional después del examen de la antijuricidad de una acción, sino ya antes, esto es, al comprobar si dicha conducta cae o no bajo una de las formas de acción. Y estó, tanto con arreglo a la primera modalidad del finalismo (evitabilidad «subjetiva»), como con arreglo a la segunda (evitabilidad «objetiva», pero referida a las «condiciones subjetivas» del autor concreto).

Pues, según WELZEL, sólo puede ser «acción» lo que es subsu- mible bajo la fórmula finalista de la acción, o bajo la fórmula valorativa de la «acción culposa». Para él no existen otras acciones que las que, por lo menos, sean acciones «culposas» para el autor concreto.

Pero todo caso de conducta culposa muestra lo contrario, a saber:

que la pregunta respecto al poder (respecto a la culpabilidad), no surge ya con la pregunta respecto al deber (respecto al injusto), y que funcionalmente sólo puede ser contestada después de ésta. Considerado desde el punto de vista sistemático, el proceder de WELZEL supone una doble ruptura del curso funcional de estas consideraciones en un doble respecto, pues al anticipar en la acción el tipo de la culpabilidad elude a la vez el examen del tipo del injusto en todas estas formas de conducta.

a') La doctrina dominante ha considerado, con razón, el juicio desvalorativo expresado con la palabra «evitable» como base del reproche de culpabilidad de la acción culposa; pues este desvalor no concierne sólo al acto, sino de manera inmediata al autor, y expresa que *este* autor hubiera debido evitar *este* acto porque hubiera podido y debido proceder de otra manera. Por consiguiente, no se trata ya de una valoración del acto abstracto, sino de la relación concreta del autor con ese acto; por tanto, el término «evitable» que emplea WELZEL expresa exactamente aquello que hasta ahora se había venido examinando en el tipo de la culpabilidad: la «causación culposa» de una «lesión imprecavida de un bien jurídico» realizada por la conducta concreta del autor. Con ello resulta que en la «culpa» la total «doctrina de la acción» es «absorbida» por las doctrinas del injusto y de la culpabilidad.

Pues una consideración *general* sobre el carácter culposo de una acción que se realizara prescindiendo de la acción concreta como acción de homicidio, de lesiones, etcétera, no podría nunca conducir al resultado que debe ya aquí decidir sobre la «imputación a la acción», a saber: si este determinado autor podía evitar este determinado acto. Para ello es ya preciso hacer un examen de las características del acto concreto, del módulo del deber que de aquí se deduce, así como del autor concreto y de la medida de su capacidad de evitar estas determinadas consecuencias en virtud de determinadas posibilidades a su alcance. Pero éstas ya no son ciertamente distinciones dentro de la acción, sino distinciones del injusto y de la culpabilidad de una «acción».

Ahora bien, del mismo modo que WELZEL ha negado hasta el último momento el carácter de culpabilidad de la característica «evitable», así lo niega también aún en el denominado dolo «indiferente para la culpabilidad». Pero una simple consideración de lo que bajo las palabras «voluntad concreta del autor», incluye WELZEL en el concepto de la acción, así como las consecuencias que dicho anticipo produce en las doctrinas del estado de necesidad, del mandato anti-jurídico o del error sobre las causas de justificación de la conducta muestra precisamente lo contrario de lo sostenido por WELZEL.

Pues aquí son anticipadas e incluidas en el concepto de la acción

comprobaciones concretas que no se refieren a la acción como fenómeno social en su dirección hacia el mundo social exterior, sino en su dirección al mundo interno individual del agente. Aquí se entiende por realidad «social» de la acción, no lo que la acción es «para los otros», sino lo que es «para él», para el agente. Por tanto, lo que se hace es invertir desde el principio la consideración del sentido y del valor social de la acción, colocando los módulos individuales delante de los sociales, el poder y el querer del agente como persona individual delante del deber y actuación como persona social, y en último extremo la «moral» delante del «Derecho».

WELZEL mismo no hubiera podido encontrar una caracterización más exacta de este proceso de inversión que la que expresa en las siguientes frases de su monografía *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 1951, página 196: «El sentido objetivo y el sentido subjetivo de una acción, están ligados indisolublemente, de manera que no es posible suprimir el uno sin destruir al mismo tiempo el otro. Ambos poseen propia sustancia y no es factible derivar uno de ellos (el objetivo) del otro (del subjetivo) como repetidas veces... se ha intentado». Pero, pregunta MAIHOFER: ¿No hace esto mismo WELZEL cuando con anterioridad a toda valoración social del «acto» eleva los contenidos de la «voluntad concreta del autor», las condiciones y capacidad del «autor concreto» a criterios decisivos para determinar si dicho acto ha de considerarse como la acción «de ese autor» e incluso si es «acción»?

Por ello no es algo puramente fortuito, sino la consecuencia necesaria de la anticipación de los módulos individuales del tipo de culpabilidad, anticipación condicionada por el concepto final-subjetivo de la acción, el que aquí, en la cuestión relativa a la «imputación a la acción», queden eliminadas formas de conducta que hasta ahora habían sido entendidas siempre como injusto a causa de su desvalor social, aunque por no poder ser atribuidas individualmente a título de «culpabilidad» fueran consideradas como injusto no culpable o exculpado. Pero de ello se deduce también inevitablemente la segunda consecuencia funcional de esta inversión de la valoración sistemática dominante.

b') En efecto, la anticipación en el concepto de la acción del tipo de la culpabilidad produce, como consecuencia, que todos los casos que en virtud de tal anticipación valorativa no son considerados como «acciones», queden fuera de toda valoración típica anti-jurídica.

Con ello resulta que la cadena funcional de las comprobaciones y valoraciones sistemáticas que ha de recorrer una conducta siguiendo el riguroso orden: acción-injusto-culpabilidad, es rota en el medio y el eslabón último, esto es, el tipo de culpabilidad viene a ser situa-

do al comienzo. Esta es la causa de todas las contradicciones sistemáticas, fuente de las mayores dificultades para WELZEL.

Ya el concepto «final» de la acción destruye de esta suerte la conexión funcional de todo el Sistema edificado sobre la base de este elemento de unión, y conduce a aquel «caos sistemático» que siempre se ha reprochado a la doctrina finalista. La causa de ello no es otra que la sobrecarga anticipada del concepto de la acción con criterios que funcionalmente yacen sólo «detrás» del injusto. Resulta, pues, en virtud de tal anticipación, sencillamente invertida la seriación funcional de los valores injusto-culpabilidad.

Con arreglo a los dos puntos de vista a') y b') que aparecen entrecruzados, debe negarse la capacidad del concepto «final» de acción para servir como elemento de unión en el Sistema. Ni frente al injusto ni frente a la culpabilidad puede garantizar las necesarias neutralidad y subsidiariedad funcionales; resulta, pues, que no conduce a la unión sino, por el contrario, a la separación de toda conexión sistemática referida a él.

Si, por tanto, este concepto de la acción final-subjetivo no garantiza la unidad ni la exigencia lógica del Sistema, queda aún solo por comprobar —dice MAIHOFFER— hasta qué punto es al menos idóneo para cumplir su función práctica como elemento limitativo.

c) *El concepto final de la acción como elemento limitativo del Sistema del delito* (necesidad de la utilidad práctica del concepto de acción). En este punto dice MAIHOFFER (páginas 60 y siguientes), será sólo precisa una consideración conjunta de las repercusiones de este concepto final de la acción como concepto limitativo del Sistema tal como resultan de lo dicho anteriormente.

El concepto normativo final-subjetivo de la acción está estructurado como peldaño valorativo y obtiene sus módulos del contenido de desvalor de los tipos que la dogmática imperante considera como tipos de la culpabilidad y del injusto.

Mediante la característica «evitable» elimina ya del ámbito de las «acciones» en sentido jurídico-penal todas las formas de conducta que no merecen dicho juicio desvalorativo, sin entrar en una valoración real del tipo concreto. De aquí se deduce que consecuentemente deberán ser eliminadas de antemano del ámbito de la consideración jurídico-penal todas las formas de conducta «inevitables» para el autor concreto, esto es, todas las formas de conducta que no sean por lo menos (objetivamente) culposas. Lo que con arreglo al módulo de su capacidad o de la situación concreta no era evitable para este autor, como «lesión imprecavida de un bien jurídico», no es «acción» en sentido jurídico-penal.

Así, por ejemplo, llega WELZEL, al considerar las «infracciones del cuidado cometidas por inimputables», al resultado de que

sólo existe una «acción sancionada con pena» en el sentido de los §§ 42 b) ó 330 a) del Código, cuando alguien al menos «con *infracción del cuidado objetivamente exigido*, ha realizado en estado de inimputabilidad un tipo penal». Ahora bien, este concepto del «cuidado objetivamente exigido» no puede ser determinado, según WELZEL, «sin tener en cuenta la persona del autor», sino más bien, considerando su «capacidad individual» y las «condiciones reales de la acción (situación, medios de la acción, capacidad, agudeza de los sentidos)». Pues sólo así se puede determinar respecto al autor la «prestación final comprensiva y razonable» que de él se espera, y, por tanto, se exige. De esto resulta que aunque la conducta del sujeto no llegue, ni con mucho, a la conducta social de un hombre «normal», con tal de que no descienda por bajo del límite de su «prestación» individual, no será nunca injusta y ni siquiera «acción». ¡Por tanto, una patente de corso para todos los infranormales en el ámbito del derecho de la pena y de la medida de seguridad!

Se originaría, en consecuencia, una situación de privilegio de la individualidad frente a la «socialidad» del hombre, que prácticamente no podría ser nunca objeto de consideración seria ni respecto a la función penal ni respecto a la contemporánea función asegurativa del Derecho penal como ordenamiento protector. Pues también las lesiones inevitables de los bienes jurídicos causadas por un autor infranormal o inimputable son, ante todo, «acciones», y también acciones típicas y antijurídicas, aun cuando la culpabilidad pueda aparecer excluida en tales casos especiales. Sólo esto corresponde al fundamento político-criminal de nuestra ley, a la noción presente del delito, al juicio general y al uso del lenguaje.

El concepto «final de la acción» muestra precisamente que no es posible determinar conforme a módulos subjetivo-individuales aquel límite objetivo externo de la consideración jurídico-penal con arreglo al que debe ser demarcado el ámbito de aplicación del ordenamiento punitivo.

¿Pero hay módulos objetivo-sociales que puedan trazar un límite correcto y eficaz y garantizar, en consecuencia, la utilidad práctica del Sistema?

En lo que concierne al concepto final-subjetivo de la acción nos vemos precisados a confirmar —dice MAIHOFER— que dicho concepto no puede cumplir ni ésta ni tampoco ninguna de las funciones privativas del concepto de acción. Ni como elemento básico, ni como elemento de unión, ni como elemento limitativo puede dar cima lógica, sistemática o prácticamente, ni siquiera a una de las misiones necesarias que ha de realizar todo concepto de acción. Una sistemática edificada sobre esta base no podrá satisfacer nunca, no obstante toda su agudeza, las exigencias de unidad, rigor lógico y utili-

dad práctica que determinan el valor de un Sistema para la teoría y para la práctica.

Esta es también la causa—termina diciendo MAIHOFER— más profunda, y que yace más allá de toda mera polémica contra la «nueva» doctrina, que explica por qué ésta no ha logrado un general reconocimiento ni seguramente lo logrará en su nueva forma, no obstante lo brillante de la exposición y el hecho indudable que los pensamientos de WELZEL marquen en determinados puntos una correcta orientación y hayan sido desenvueltos por vez primera con extraordinaria claridad.

§ 11

LA DOCTRINA FINALISTA Y LA ACCION COMO
BASE UNITARIA DEL SISTEMA

Difícil le será a la doctrina de la acción finalista rebatir fundamentalmente las alegaciones críticas expuestas en el apartado último del párrafo que antecede, en el que MAIHOFER demuestra de concluyente manera que el concepto de acción por ella ofrecido no es susceptible de suministrar la necesaria *base unitaria* del concepto del delito. Y si precisamente la nueva doctrina se propone tal objetivo, forzoso será reconocer que hasta ahora ha fracasado en su empeño, no obstante las modificaciones de la primitiva posición llevadas a cabo en determinado punto esencial. Diferente sería la situación si de antemano la doctrina finalista, reconociendo el límite de sus posibilidades, hubiera deducido la consecuencia indeclinable de su premisa, y sin intentar falsearla de una manera que a nadie puede convencer, hubiera reconocido claramente la *base dualista* del delito. Tal proceder no hubiera podido considerarse en sí mismo repudiable, aunque así lo consideren los finalistas; baste recordar a este respecto las palabras de WELZEL, cuando replica a las objeciones elevadas contra su doctrina en relación con la culpa. Pero, incluso uno de los «críticos» de la nueva dirección, BOCKELMANN, reconoce de modo expreso que la duplicidad de la base del delito, como medio de eludir las dificultades que originan al finalismo los delitos culposos, no debe considerarse ya en sí como motivo bastante para fundamentar contra él un serio reproche; pues es indiscutible que todo Sistema ha tropezado siempre en su natural y loable deseo de conseguir la unidad, con dificultades de esta índole, que si no surgen en el área

de la acción, se hacen patentes en otro sitio, v. gr., en el ámbito de la culpabilidad. Por otra parte, podría también decirse: Si la doctrina tradicional de la acción hubiera conseguido estructurarla como base unitaria del delito en términos tales que comprendiera sin esfuerzo y sin ficción *todas* las formas de conducta relevantes para la consideración jurídico-penal, entonces, claro es, que no sólo la doctrina de la acción finalista, sino cualquier otra que pretendiera reemplazar al concepto tradicional de acción, tendría por el pronto de irremisible manera que empezar presentando *también* un concepto unitario de la acción que, por lo demás, ofreciera en otros respectos mayores ventajas que el hasta ahora utilizado. Sólo el cumplimiento de *ambas* exigencias supondría realmente un progreso; pues si bien el cumplimiento de la primera sería condición necesaria, por sí sola no sería suficiente, puesto que si el nuevo concepto de acción no implicaba una solución más correcta de determinadas cuestiones de la doctrina del delito, ¿para qué el esfuerzo de reemplazar un concepto por otro? En cambio, el no cumplimiento de la primera exigencia supondría siempre un indudable *retroceso* sistemático que en modo alguno podría entenderse compensado con las ventajas que en ciertos extremos pudiera ofrecer la nueva doctrina con su concepto dualista. Ahora bien, si la situación fuera realmente ésta, la doctrina finalista necesariamente tendría que comenzar presentando un concepto unitario de la acción, y ello no sólo por imperativos ontológicos, sino obligada por el hecho de que al ser su concepto de la acción un concepto destinado a jugar un papel en el Sistema penal, no podría dejar de tener en cuenta el estado de evolución alcanzado por dicho Sistema. Entonces, de nada le serviría decir: mi concepto de la acción no abarca ciertamente todos los fenómenos relevantes para el Derecho punitivo, y por ello será preciso escindir desde el comienzo todo el Sistema, considerando paralelamente las conductas jurídico-penalmente relevantes que son acciones y aquellas otras que no pueden considerarse como tales con arreglo al concepto de acción que yo postulo; pero a cambio de esto, mi concepto de acción hace posible comprender una serie de problemas de la doctrina del delito de una manera que nunca podría lograrse con el concepto tradicional. Esta argumentación, repetimos, no sería válida, ni en virtud de ella podría decidirse ningún dogmático del Derecho penal a renunciar a la inapreciable ventaja que supone un concepto básico unitario en la doctrina del delito.

Pero, como sabemos, la situación no es ésta, puesto que el concepto tradicional de la acción, al no poder comprender realmente, y sí sólo recurriendo a ficciones, todas las formas de conducta relevantes para el Derecho punitivo, no representa una base unitaria del Sistema. En tal estado de cosas, ¿no hubiera podido la doctrina fina-

lista, al formular su concepto de acción, reconocer claramente que éste no es aplicable a todos los fenómenos de relevancia para el Derecho penal, aunque sí a la inmensa mayoría de ellos, y admitir en consecuencia una base dualista? Al proceder de esta suerte hubiera podido destacar, con todo el relieve necesario, las ventajas innegables que su concepto implica en orden a la correcta comprensión de una serie de problemas fundamentales de la doctrina del delito, sin que frente a ello pudiera ahora elevarse como contraargumento insuperable la base dualista del Sistema, puesto que tal dualismo también existe en la doctrina tradicional. Ciertamente es que procediendo de tal modo la nueva doctrina no resolvería el problema de la unidad, puesto que *a priori* comenzaba reconociendo la escisión, pero es indudable que supondría un evidente progreso frente a una doctrina que para conseguir, pero sin lograrlo, la unidad deseada, falsea o, por lo menos, desfigura de modo evidente el propio concepto de la acción.

Pero las aspiraciones de los «finalistas» van más allá de estos límites, y no se resignan a dejar fuera de su construcción los delitos culposos. Recuérdese a este respecto las palabras de NIESE cuando, después de haber echado por tierra, a través de una argumentación tan aguda como convincente, el concepto de la «finalidad potencial», se pregunta si tendrán razón los adversarios al negar que la doctrina de la acción finalista pueda explicar debidamente la específica naturaleza de los delitos culposos, y si, en consecuencia, el finalismo tendrá que capitular ante ellos. Para NIESE, la posible salida que deja abierta en este punto la concesión de alguno de los mismos adversarios (BOCKELMANN) no es practicable porque «si procediera de tal suerte el finalismo se negaría a sí propio». Por ello se esfuerza en conseguir lo que, en realidad, es imposible, sirviéndose del contraste acciones dolosas acciones no dolosas, y terminando por desembocar en el terreno firme, pero *valorativo*, de los tipos legales del injusto. ¡Inútiles esfuerzos para conciliar lo que por naturaleza es inconciliable! Todo el trabajo desplegado para conseguir encuadrar los delitos culposos en la nueva doctrina ha sido hasta ahora infructífero por la sencilla razón de que esta nueva doctrina, en su aplicación al Derecho punitivo, es una *teoría del dolo*. Y como la diferencia entre los delitos dolosos y los culposos no es simplemente cuantitativa, sino *cualitativa y fundamental*, la consecuencia indeclinable será siempre que cuanto más se ajuste el finalismo a los primeros y cuanto más penetre y capte su propia esencia, más extravagantes han de ser para él los segundos. Ocurrirá, por tanto, que cuanto mayores sean los méritos de la nueva dirección en orden al esclarecimiento de los delitos dolosos y de sus genuinos problemas, más difícil, si no imposible, resultará para ella la fundamentación positiva de las conductas culposas. Y esto es lo que precisamente su-

cede: toda la doctrina final de la acción está orientada, en virtud de sus propias premisas, en los delitos dolosos; aquí pisa terreno firme y puede desplegar y, en efecto, despliega su dialéctica con una seguridad y soltura que la permiten, no sólo construir de manera armónica, sino rebatir con fundamento las posibles objeciones elevadas por los adversarios. El panorama cambia radicalmente cuando llegamos a la culpa. Ya en el aspecto puramente externo salta a la vista la diferencia. Mientras que el *Lehrbuch* de WELZEL ofrece un extenso desarrollo y un acabado cuadro de conjunto del delito doloso, el delito culposo se expone sumariamente como si fuera, y en realidad lo es para el finalismo, un cuerpo extraño, que sólo por exigencias del Derecho positivo no hay más remedio que tratar. ¡Y después las rectificaciones en materia de la culpa! Es significativo y probaría mucho, si es que se necesitara de prueba ulterior, el hecho de que en orden al dolo WELZEL no se ha visto obligado a rectificar una tilde de su posición primitiva. La construcción que aparece en la primera edición de los *Grundzüge* de 1940, se mantiene inalterada hasta la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems* de 1952. En cambio, ¡qué diferencia en lo relativo a la culpa! La acción culposa como forma minuciada, la finalidad potencial, la imposibilidad de distinguir en los delitos culposos la antijuricidad de la culpabilidad, el abandono de estos puntos de vista, la nueva construcción de la culpa, la no existencia de más acciones que las dolosas, la explicación «objetiva» de la culpa, no de la acción culposa en realidad, en los tipos del injusto..., rectificaciones, cambios de los anteriores puntos de vista que, sin embargo, no resuelven nunca el problema ...

Una prueba más de lo que decimos nos la ofrece una ojeada sobre la *critica* de que ha sido objeto la nueva dirección. De ella resulta que, no obstante el renombre merecido de la casi totalidad de los adversarios, las objeciones formuladas, cuando se dirigen a la construcción finalista de los *delitos dolosos*, no pueden realmente considerarse fundamentales ni decisivas, si se exceptúa la primera de ENGISH, que por otra parte afecta también a la culpa consciente. Las demás, o se contraen a extremos concretos ya en sí muy controvertidos en la dogmática imperante (así en parte MEZGER), o se fundamentan en casos de excepción, alguno de ellos muy discutible en sí (así en parte BOCKELMANN), o invocan simplemente la fuerza de la tradición (MEZGER), o tratan de justificar el sistema imperante reivindicando la soberanía de la ley en la esfera normativa (MEZGER en el artículo de la *Juristenzeitung* de 1952), o exponen las ventajas que, según los críticos, ofrece el Sistema tradicional (así en parte ENGISH y BOCKELMANN). Pero a nuestro modesto entender, y sin que con ello queramos negar lo agudo de la mayor parte de estas

críticas, no creemos que hayan suministrado la prueba concluyente contraria a la construcción finalista del dolo. En cambio, también aquí la diferencia se acusa cuando se trata de enjuiciar la nueva doctrina en su relación con los delitos culposos. Baste recordar los términos de la crítica de MAIHOFFER, a mi parecer la más sistemática y convincente de todas las aparecidas hasta la fecha. Pero no debe olvidarse que esta crítica, aunque en principio se dirige contra la total construcción finalista, en realidad, enfoca la argumentación precisamente al problema de la culpa, y es indudable que la fuerza indiscutible de sus conclusiones se limita a los resultados que en orden a la culpa se producen por la ruta del finalismo.

La imposibilidad para el finalismo de conjugar armónicamente con sus premisas los delitos culposos, salta a la vista si recordamos sumariamente los diversos momentos de la construcción de WELZEL en relación con este problema.

La fórmula originaria de WELZEL (*Studien zum System des Strafrechts*, artículo publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939), entendía por «acción» la «unidad real de sentido dominada por la voluntad que establece el fin». Esta fórmula suponía ciertamente una definición unitaria; pero comoquiera que dicho concepto de acción exigía del sujeto el dominio volitivo e incluso el «dominio final sobre el acto» estableciendo el fin, surgió inmediatamente la dificultad de poder incluir bajo este concepto de «acción» la conducta culposa. Como ello no era factible trató WELZEL (ya en la primera edición de los *Grundzüge*) de eludir la dificultad recurriendo al expediente de entender el total hacer y omitir culposo como «forma minuciada de la actividad finalista del hombre», como «modo deficiente» de la conducta dolosa. Sólo así le fue posible impedir la consecuencia «catastrófica» (ENGISCH) de una «escisión» inicial de su total sistemática, y mantener al mismo tiempo la ficción de un concepto unitario de acción. Pero la terminante repulsa de que fue objeto esta «derivación» de la acción culposa de la esfera de la dolosa determinó que WELZEL revisara su propia tesis y dedujera, también en el aspecto terminológico, las consecuencias lógicamente inevitables. En consecuencia, aparece ahora en el *Lehrbuch* la acción culposa como una «forma de acción totalmente genuina al lado de la acción dolosa», lo que a su vez le obliga a desmembrar su «definición» de la acción en las dos fórmulas «acción en sentido estricto» y «acción en sentido amplio», que se corresponden, respectivamente, con la acción dolosa y con la acción culposa.

Pero aquí no aparece ya como característica la fijación del fin (por la voluntad), sino la actividad finalista, puesto que el mantenimiento de la primera como base del concepto de la acción determinaba la absoluta imposibilidad de incluir en ella las conductas culpo-

sas. En cambio, cree WELZEL poder utilizar respecto a estas conductas la característica de la actividad finalista, contraponiendo a la actividad *realmente* desplegada, dirigida a la consecución del fin, propia de las acciones dolosas, la actividad *evitable*. Así llega en efecto a contraponer a la acción dolosa en una segunda fórmula la acción culposa, entendida como la «causación evitable mediante una actividad finalista», para de esta suerte poder referir la acción culposa a una actividad finalista, en realidad no existente, pero «posible», que si efectivamente se hubiera realizado hubiera evitado la acción culposa. Se trata aquí, por tanto, de la misma proyección sobre una actividad sólo «imaginada», no real —en este caso una actividad finalista—, que también puede observarse en la doctrina de la acción natural. Pero tampoco es posible definir la acción mediante este concepto de la actividad finalista. ¿Pues cómo sería posible determinar la acción diciendo que es «actividad finalista realizada o evitable» siendo así que la conducta culposa, si bien es una conducta que pudo haberse evitado desplegando una actividad finalista, *no es*, en realidad, actividad finalista? De esta suerte resulta imposible para WELZEL llegar, incluso terminológicamente, a una fórmula unitaria de la acción, y comoquiera que tampoco el concepto de la actividad finalista puede regir como concepto superior común a ambas formas de conducta, éstas aparecen esquemáticamente en el *Lehrbuch* (no así ahora en la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems* 1951-1952), bajo el epígrafe «La estructura fundamental de la acción», siendo tratadas desde el principio como las formas separadas de la «acción dolosa» y de la «acción culposa».

Con esto se renuncia, incluso exteriormente, a la unidad de la «acción» como el elemento básico del delito, y en lugar de ella aparecen las dos formas especiales, recargadas valorativamente, de la acción dolosa realizada finalistamente y de la acción culposa, evitable si se hubiera desplegado una actividad finalista. Pero es indudable que esta renuncia a la unidad del concepto de acción no representa ventaja lógica alguna para el Sistema. Buena prueba de ello son las vacilaciones de WELZEL cuando trata de dar realidad a las últimas consecuencias de este cambio de posición, y la rapidez con que abandona la «escisión» del concepto unitario una vez que NIESE, al entender las acciones culposas como acciones no dolosas, parece señalar un camino para eliminar este «punto neurálgico» de la doctrina finalista de la acción.

Así resulta que en la monografía *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1952), y bajo el concepto «La estructura fundamental de la acción», sólo encontramos la acción «final» (dolosa). Únicamente más adelante y bajo el título «La acción dentro de los tipos del Derecho penal», hallamos la acción culposa, aunque no expresamente

citada, por lo menos materialmente, y derivada ahora de la «estructura del ser» de la acción dolosa, que para WELZEL es la «acción» simplemente en el sentido del Derecho penal.

Por consiguiente, si hasta ahora (en el *Lehrbuch*) la doctrina finalista conocía en verdad «acciones», pero no la «acción», de manera que en sentido riguroso no se podía hablar de un «concepto de acción», resulta que ahora (en *Das neue Bild des Strafrechtssystems*) hay ciertamente «una acción», la dolosa, pero no acciones culposas. Estas se denominan «lesiones imprecavidas de los bienes jurídicos», o con expresión vacilante «acciones... captadas por los tipos de los delitos culposos». Con lo que la total problemática que hasta ahora había sido insoluble para WELZEL en la esfera de la doctrina de la acción es desplazada a la doctrina del injusto. En todo caso resulta que con arreglo a esta nueva «doctrina de la acción» la acción culposa no aparece por parte alguna en el área de la acción. Y eso a pesar de que dos años antes había dicho WELZEL (*Um die finale Handlungslehre*, páginas 17 y siguientes): «No puedo comprender por qué se dice que para la doctrina de la acción final la palabra "acción" sólo debe corresponder a la acción final-actual, a la dolosa, y no también a la culposa. Creo que ya es hora de abandonar esta extraviada objeción».

Con la escisión formal del concepto de acción en dos formas diferenciadas desde el principio, surgió para la doctrina finalista la necesidad de fundamentar la unidad interna del concepto. Este problema central creyó WELZEL poder resolverlo mediante la referencia de las dos formas de conducta, dolosa y culposa, a la característica genérica de la finalidad. Este momento es el que permite colocar las conductas dolosa y culposa bajo el concepto superior de acción; pero mientras que en la acción dolosa, por ser ésta actividad finalista *real*, la finalidad es factor configurador real (finalidad actual), en la acción culposa, como actividad finalista *posible*, es sólo momento de referencia (finalidad potencial). De este modo consideró WELZEL asegurada la unidad interna del concepto y refutadas de manera concluyente las objeciones que los adversarios habían dirigido contra la escisión formal del mismo. También este empleo de la finalidad aseguraba de modo sólido el riguroso carácter subjetivo de la acción finalista. Sólo era determinante un módulo subjetivo.

Pero la denominada finalidad potencial, ¿era realmente un criterio subjetivo, no jurídico-valorativo? La frase de WELZEL tantas veces repetida de que en los delitos culposos no era posible, y, por lo demás, carecía de objeto la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, parecía excluir cualquier género de duda. Y lo cierto es que mientras se mantiene por WELZEL el criterio de la finalidad potencial, parece asegurada la explicación de las acciones culposas dentro del área

de la realidad ontológica, y con ello la unidad material de la acción, no obstante su diversidad formal.

Lo paradójico es que el ataque más certero contra este concepto de la «finalidad potencial» no ha procedido del campo enemigo, sino de la pluma de uno de los más decididos partidarios de la nueva dirección. Nada hay que añadir aquí a lo que en otros lugares se ha dicho respecto a esta crítica definitiva de la finalidad potencial llevada a cabo por NIESE. Baste sólo recordar que después de ella no puede existir duda en orden a que dicho concepto es de naturaleza jurídico normativa y que no pertenece, por tanto, a la esfera ontológica. Muy certeramente dice MEZGER (*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, página 19): «Por consiguiente, el reproche a título de culpa no surge aquí de la acción, sino del "juicio de culpabilidad"... , pues la inserción "potencial" de la finalidad en la acción culposa tiene que ser fundamentada desde la esfera del deber; por consiguiente, desde la esfera de lo *esencial* (no de lo *existencial*)». Ello determina que WELZEL abandone últimamente este elemento y modifique su construcción de la culpa, en términos que por haber sido ya expuestos en otro lugar no es necesario repetir.

Pero, ¿puede entenderse que la nueva posición de WELZEL resuelve la dificultad que representan para el finalismo los delitos culposos? A mi modesto parecer, no. La solución que ahora ofrece WELZEL en *Das neue Bild des Strafrechtssystems* no es más que una solución aparente que a nadie puede convencer. El considerar como hace WELZEL que no hay más acciones que las finales (dolosas), lejos de ser una solución es, en el fondo, el reconocimiento claro y terminante de la imposibilidad en que se encuentra el finalismo de comprender, con arreglo a sus premisas, la naturaleza de los delitos culposos. Pues la dificultad que en apariencia se salva de esta manera, surge en seguida de nuevo. Los finalistas podrán decir, y desde su punto de vista con completa razón: para nosotros no hay más acciones que las finales; lo que no tiene tal carácter no es acción; y aplicando este criterio al campo del Derecho, y más concretamente al del Derecho penal, añadir: como el dolo es la finalidad jurídico-penalmente relevante, en Derecho penal no hay más que acciones dolosas. Hasta aquí la cuestión es muy clara, si sólo se piensa en los delitos dolosos, que ciertamente constituyen la inmensa mayoría. Pero aunque en muy reducido número, conoce también el Código alemán vigente los delitos culposos. Y frente a ellos es cuando surge el problema. En los casos de homicidio, de lesiones, de incendio culposos, ¿existe una acción para los finalistas? Si se tiene en cuenta que para los finalistas toda acción es por definición final y que una acción no final es una *contradictio in adjecto*, y si por otra parte se considera que el autor culposo realiza siempre alguna acción, habrá que con-

testar afirmativamente. Pero con ello no se resuelve el problema, sino que más bien se plantea tan sólo. Pues si bien es indudable que en estos casos existe una verdadera acción por parte del sujeto, verbi-gracia, manejo del arma, conducción de un vehículo, etcétera, esta acción, como tal, en los elementos ontológicos que la integran, es *irrelevante* para el Derecho punitivo. Mientras que, en cambio, precisamente lo que para este último es importante *está fuera* de la acción. Esto que es evidente pone de manifiesto la incapacidad del finalismo para resolver el problema. Y el desplazamiento del mismo a la esfera *valorativa* del injusto (WELZEL y NIESE), así como la sustitución del criterio subjetivo por el objetivo (con indiferencia de que este último sea en realidad objetivo o más bien subjetivo como entiende MAIHOFER), no hacen sino corroborar que la doctrina finalista se encuentra en una situación sin salida posible. Desde el momento que el finalismo abandona el área ontológica para tratar de resolver fuera de ella *un problema de la acción*, puede decirse que se niega a sí propio. Pues no por desplazar el problema a la esfera de los tipos del injusto deja de seguir en pie la realidad característica de los delitos culposos. Al sujeto se le castiga en estos casos por lo que ha hecho, y esto no es acción. ¿Qué pudo y debió haber evitado? Esto no es una realidad fáctica y si sólo una exigencia normativa. ¿Qué queda, pues? Queda, dicen los finalistas, precisamente lo decisivo. Queda el hecho de que cuando el agente realiza el tipo del delito culposo estaba realizando una verdadera acción. ¡Gran descubrimiento! Comoquiera que también para los finalistas es suficiente el mero vínculo causal de la verdadera acción con la realización del tipo culposo, resulta que la doctrina de la acción finalista fundamenta la acción en los delitos culposos *exactamente* como la doctrina tradicional, y que su tan decantado concepto final de la acción *no es más ni menos*, en los delitos culposos, que el concepto *natural*. Por mucho que nos esforcemos no nos será posible descubrir en este supuesto concepto final de la acción en los delitos culposos algo que *no esté ya contenido en la acción natural*. La acción finalista, en lo que concierne a los delitos culposos, en su valor funcional frente a ellos, no supone ni exige más que el *origen volitivo* de la conducta del sujeto. Claro es que por definición no podía exigir más en esta especie de delitos, pero no es menos indudable que la necesidad de esta limitación determina su coincidencia en dichos casos con la doctrina tradicional. Creo que ello constituye la prueba más clara del fracaso, en este punto, de la nueva doctrina. Por otra parte, no me parece descaminado insistir en el hecho de que precisamente los decisivos argumentos explanados de tan aguda manera por NIESE en su crítica de la finalidad potencial, constituyen el más terminante alegato contra la nueva construcción finalista de la culpa. Pues al ser desplazada

ésta por WELZEL a la esfera normativa del tipo legal del injusto, la situación vuelve en el fondo a ser la misma que cuando la finalidad potencial regía la acción culposa. Incluso formalmente la situación será la misma, si se entiende con MAIHOFFER que el deber de cuidado es de índole subjetiva (entonces la valoración es también valoración desde la culpabilidad). Pero aunque se admita el carácter objetivo de dicho deber, materialmente la situación no es distinta. Siempre se tratará de un módulo jurídico normativo (valorativo), y, en consecuencia, los argumentos de NIESE contra la finalidad potencial serán en todo caso igualmente decisivos ahora.

§ 12

LA DOCTRINA FINALISTA Y LOS DELITOS DOLOSOS

Las consideraciones del párrafo anterior deberían realmente marcar el fin de este trabajo. Desde el momento que la doctrina de la acción finalista pretende presentar un concepto básico *unitario* de acción distinto en esencia del concepto «natural» de la dogmática imperante, el problema fundamental que ha de resolver todo el que aborda el estudio de la nueva doctrina no puede ser otro que el de poner en claro si dicha pretensión se ha conseguido. Si se entiende que el finalismo no ha podido lograr hacer viable su concepto de acción en materia de los delitos culposos, lo que es indudable a nuestro modesto parecer, se impone la consecuencia de que la nueva dirección, al no ofrecer una base unitaria del Sistema, ha fracasado en su propósito, por lo menos hasta el momento presente. Sólo cabrá esperar que sus defensores consigan en el futuro el objetivo deseado mediante las modificaciones imprescindibles que impone la específica naturaleza de la culpa. Pero no creo que sería justo silenciar los méritos, a mi entender indudables, que la nueva doctrina ha contraído en relación con los delitos dolosos. En este punto, la primera parte de la monografía de NIESE, tantas veces citada, ofrece una concluyente demostración de lo que decimos. Claro está que no sería ni medianamente discreto que un penalista español pretendiera aquí argumentar sobre problemas genuinos de un ordenamiento jurídico extranjero, por otra parte, tan distinto del nuestro como es el alemán. Pues ahora no se trata de tomar posición respecto a un problema genérico como el de la culpa, sino de poner en claro si con el concepto de la acción final, y con su genuina comprensión del dolo, no como elemento forma o especie de la culpabilidad, sino como parte integrante de la

acción, se pueden comprender y, en consecuencia, resolver más correctamente que hasta ahora una serie de problemas del delito doloso en el Derecho de Alemania. Con otras palabras: si el concepto «final» de acción se adapta mejor que el concepto «natural» a dicho Sistema. De la lectura de la primera parte de la monografía de NIESE he obtenido la impresión de que así es, y no creo que sea impropio informar al lector que no conozca esta obra de los argumentos que en varios puntos esenciales del Sistema (tipos legales con elementos subjetivos del injusto, elementos subjetivos de justificación en las causas de exclusión del injusto, delitos impropios de omisión, tentativa, dolo y culpabilidad) desarrolla NIESE en apoyo de su tesis.

1. Pero antes de entrar en este examen particularizado de los diferentes extremos del Sistema será preciso preguntar —dice NIESE (122)— hasta qué punto el Derecho vigente opone límites autoritarios a las consecuencias a que llega la doctrina de la acción finalista, especialmente si prohíbe no sólo determinar el concepto del dolo, en lo que a su contenido se refiere, como mero conocimiento del *tipo*, a diferencia de como lo hace la doctrina del dolo malo, sino eliminarle de los elementos de la culpabilidad e incluirle en la esfera de la acción.

Ello se niega acertadamente por NIESE. Pues lo único que procede inferir del Derecho penal positivo como estructura dogmática inmanente es el concepto formal del delito, a saber: Delito es acción típica, antijurídica y culpable. Pero la ley no predetermina lo que con arreglo a su sentido ha de entenderse por acción, antijuricidad y culpabilidad (esta última ni siquiera aparece en el Código). Así se explica que desde la promulgación del Código penal del Reich todos y cada uno de estos elementos hayan sido objeto contemporánea y sucesivamente de las más diversas interpretaciones, reclamando todas para sí el mérito de sacar a luz el verdadero sentido del Sistema vigente. Pero como postulado seguro puede hoy afirmarse que la acción constituye el centro del concepto del delito. En consecuencia, el Sistema dogmático hoy preponderante, objeto de los embates de la doctrina de la acción finalista, se ha desenvuelto también desde el concepto causal de la acción. Este sistema podría, según NIESE (123), quedar bosquejado con arreglo a los siguientes principios:

a) La acción es modificación —puramente objetiva— del mundo social externo, realizada mediante una conducta querida, modificación que precisamente radica en la lesión del bien jurídico. La parte interna final (“*qua dolo*”) no pertenece a ella. En consecuencia existe

(122) *Finalität*, página 15.

(123) *Finalität*, página 16.

una nítida separación de lo interno (subjetivo) y de lo externo (objetivo).

b) A ello corresponde, para la doble valoración de la acción como antijurídica y culpable, una separación igualmente nítida entre la antijuricidad, referida al lado externo, y la culpabilidad, referida al lado interno. Para lograr este objetivo se descubrió precisamente en las normas jurídicas la función de valoración objetiva—referida a la lesión del bien jurídico—y la función de determinación subjetiva—referida a la motivación del autor—. Antijuricidad es el juicio desvalorativo sobre el acto, culpabilidad, el juicio desvalorativo sobre el autor.

c) A la culpabilidad pertenece el total lado interno, esto es, la imputabilidad, el conocimiento, bien real, bien exigido, porque era posible, de la trascendencia fáctica y jurídica de la acción, así como la reprochabilidad o exigibilidad.

Abstracción hecha de las particularidades es indudable que lo atrayente en este Sistema es la uniforme y clara separación de los puntos de vista objetivos y subjetivos. Pero lo cierto es que llegó un momento en el que apareció indudable que tal separación, aunque tenga la apariencia de nitidez, no es realizable, y ello precisamente con consideración al Derecho positivo.

2. Entrando ya en el examen particularizado de los diversos extremos del Sistema es indudable que no sólo en lo que concierne a los *tipos legales con elementos subjetivos del injusto*, sino también en los casos donde la acción típica misma se ha concebido «finalmente»—y ellos, según MEZGER, son la mayoría (124)— la doctrina de la acción finalista garantiza unos resultados que no es capaz de ofrecer la concepción tradicional de la acción. Pues es indiscutible que respecto al primer grupo—en el segundo, y por definición, la cosa es aún más clara— el reconocimiento de dichos elementos, desde la aparición en 1911 de la monografía de FISCHER (125), representó la incorporación de un cuerpo extraño al complejo problemático de la antijuricidad, o mejor dicho, y más aún que ello, una verdadera contradicción con el postulado de la antijuricidad objetiva. Y precisamente su naturaleza dual—elementos del injusto, pero también de la culpabilidad—complicaba más aún su clara comprensión (recuérdense las discrepancias en este punto entre HEGLER y MEZ-

(124) *Kurz-Lehrbuch*, página 79. Aquí indica MEZGER que, según la meritoria *Disertation*, aun no publicada, de ROLF SCHUDT, *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung* (1952), resulta que de los 700 tipos independientes contenidos en el Código penal, sólo unos 80 están estructurados causalmente, mientras que alrededor de un 90 por 100 poseen elementos que reflejan una determinada situación interna del autor.

(125) H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit*, 1911.

GER) (126). Por ello se explica que muchos autores rechazaran de plano tales elementos, diciendo que simplemente se trataba en ellos de elementos propios y genuinos de la culpabilidad, en referencia al motivo. Pero esta postura, que indudablemente eliminaba el escollo de la contradicción a que hace un instante aludíamos, no satisfacía, en cambio, a los que creían ver en tales elementos algo perteneciente a la antijuricidad específica precisamente configurada por ellos. Para los que así piensan, la doctrina de la acción finalista resuelve totalmente el problema, pues al par que reconoce la verdadera naturaleza de los repetidos elementos, elimina la contradicción inherente al concepto causal de la acción.

Resulta, pues, que por lo menos en estos tipos legales el lado subjetivo es una parte del injusto. ¿Pero no hay acaso otros tipos de estructura diversa? Von WEBER sostiene en el *Grundriss* (1948) (127), y ya antes en la monografía *Zum Aufbau des Strafrechtssystems* (1935), que existen dos grupos diversos de tipos legales, a saber: de una parte, aquellos que determinan la acción injusta «finalmente», y por otra, los que la determinan «causalmente». En el primer grupo pertenece al injusto el contenido final (= subjetivo) de la acción, mientras que en el segundo la determinación del injusto es puramente objetiva. De esta manera se afirma un sistema dualista —que también MEZGER acepta—, y que de ser cierto vendría a comprometer el valor funcional del finalismo, puesto que respecto a los tipos del segundo grupo sólo podría hablarse de la acción como pura acción causal.

3. Por ello niega terminantemente NIESE (128) la existencia de tal dualismo, pues si en los tipos causales —dice— se tratara realmente de un puro injusto objetivo, la exclusión de la antijuricidad en dichos tipos pretendidamente causales tendría también por modo necesario que llevarse a cabo con arreglo a puntos de vista objetivos. Argumenta, por tanto, sirviéndose de los llamados *elementos subjetivos de justificación*; una categoría que, aunque sólo alcanza un desenvolvimiento sistemático en la doctrina de los elementos subjetivos del injusto, ya mucho antes, en relación a ciertos casos concretos (legítima defensa sobre todo), había sido considerada por la ciencia y en la práctica. Cita como ejemplos en apoyo de su tesis los §§ 53 del Código penal (legítima defensa), 228 y 904 del Código civil (estado de necesidad concebido como causa de justificación), 193 del Código penal (justificación, en ciertas condiciones, de la conducta injuriosa),

(126) Véase en el *Lehrbuch* de MEZGER la nota 7 de la página 172.

(127) HELLMUTH VON WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a edición de 1948, páginas 54 y s.

(128) *Finalität*, página 17.

127 de la Ley procesal penal (detención para identificar o impedir la fuga del autor), e incluso el llamado estado de necesidad suprallegal, que reconoció, como es sabido, el *Reichsgericht* en determinadas situaciones como causa de justificación. En el § 53 la «defensa» es un concepto final. Aún más clara —desde el punto de vista idiomático— aparece expresada la finalidad en los §§ 228 y 904 del Código civil, en los que, respectivamente, sólo se justifica la conducta cuando se realiza «para» evitar el peligro que amenaza producir la cosa sobre la que se actúa, o «para» evitar un daño desproporcionadamente mayor. El que solamente impulsado por la cólera tira una piedra que rompe el cristal de una ventana de la casa de su vecino, ignorando que en aquella habitación se encontraba una persona a punto de morir por asfixia, realiza una conducta no justificada por el estado de necesidad (auxilio necesario). El argumento es el mismo en los §§ 193 del Código penal y 127 de la Ley procesal penal, en los cuales aparece también la misma expresión «para». Tales ejemplos —dice NIESE—, que pudieran multiplicarse, expresan de un modo suficientemente claro que la ley hace depender en todo momento la justificación de la conducta de especiales presupuestos subjetivos. Esto es aplicable también naturalmente a todos aquellos casos en los que debe ser negada la antijuricidad de una acción típica puramente causal. Por ello —concluye NIESE (129)— resulta que ya en el Derecho vigente, a causa del entrelazamiento de los tipos delictivos y de las causas de exclusión del injusto con sus elementos subjetivos de justificación, tampoco es posible en las acciones causales establecer el deslinde entre derecho e injusto sólo con arreglo a puntos de vista objetivos.

Esta argumentación es, sin duda, convincente, aunque, claro es, tan sólo a condición de que sea correcta la premisa de que parte, a saber: el reconocimiento en las diversas causas de justificación de los elementos subjetivos. Si esto es así en el Derecho alemán no es cosa que podamos decir nosotros, pues sería ridículo que pretendiéramos fundamentar un criterio en materia de interpretación de un ordenamiento jurídico-positivo que no es el nuestro. Bastante será que procuremos poner en claro el problema en lo que concierne al Derecho español. Pero como ahora tan sólo estamos tratando de exponer el estado presente de la *doctrina de la acción finalista*, no hay por qué entrar en tales consideraciones. En referencia a la opinión sustentada por NIESE tan sólo nos será lícito recordar que en Alemania —y concretamente en orden a la legítima defensa—, desde antiguo, se ha reconocido el elemento subjetivo en la acción de defensa por la práctica y la doctrina, en esta última por tratadistas del

(129) *Finalität*, páginas 18 y s.

renombre de BINDING (130), von LISZT-SCHMIDT y FRANK. El *Reichsgericht*, con efecto, en varias sentencias sostuvo el criterio de que sólo puede reconocerse la defensa cuando existe en el sujeto una voluntad de defender o defenderse. Y es sintomático que MEZGER mantenga ahora en el *Studienbuch* un criterio subjetivista, frente a la dirección terminante objetiva afirmada en el *Lehrbuch* (131). Mientras que en este último sostenía que el concepto de la defensa es independiente de «elementos subjetivos» y que la realidad de la existencia de una defensa se determina con arreglo a la situación *externa*, no según la situación *interna* del sujeto, y que por tanto no pertenece a la defensa el *conocimiento* del ataque ni la *intención* de defenderse o defender a otros, abandona este punto de vista en el *Studienbuch* (132) al decir: «Por consiguiente, es necesaria una voluntad de defensa como causa de justificación subjetiva: de aquí se deduce que en el caso dado la exclusión de la antijuricidad está referida "personalmente", y que aunque la situación externa sea la misma, el sujeto actuará en unos casos antijurídicamente y en otros no».

4. La imposibilidad de determinar el injusto—incluso en las acciones típicas puramente causales—sólo desde el punto de vista del desvalor objetivo del resultado, se muestra también de manera indudable en los *impropios delitos de omisión*. ¿Pues cómo podría explicarse—pregunta NIESE (133)—que desde el punto de vista del injusto típico no puedan ser consideradas «iguales» las conductas de

(130) BINDING, *Normen*, II, 612, en el conocido «caso» Albrecht. El «caso» fue el siguiente: Un joven escultor llamado *Albrecht*, de conducta anterior intachable, afectado profundamente por los continuos malos tratos de que venía haciendo objeto a su madre su padrastro, hombre de carácter brutal, la noche de autos, al oír el ruido de la disputa procedente de la alcoba del matrimonio, resolvió dar muerte a aquél. Al penetrar, provisto de una bujía y de un hacha en la alcoba, encontró a su padrastro subido de rodillas en la cama de su madre diciéndole a voces: «¡Ahora te voy a matar con esta pistola y después me mataré yo! ¡Tienes que morir!» A lo que contestó ella: «Dispara ya y acabemos de una vez!» En este momento, «para salvar a su madre», levantó rápidamente Albrecht el hacha que inconscientemente para él se había convertido en el arma necesaria para la legítima defensa, y hundiéndola en el cráneo de su padrastro impidió el disparo inminente. Dice BINDING, que la intención de salvar la vida de la madre, unida al derecho de hacerlo, excluye el dolo criminal, sin que *Albrecht* necesitara ser consciente de tal exclusión. En cambio, si a causa de la penumbra de la alcoba no se hubiera dado cuenta de la situación de peligro inminente para la madre y hubiera dado muerte a su padrastro, aun en el momento preciso para salvar a la madre, existiría un asesinato consumado. ¡Tan próximos yacen a veces la acción lícita y el más grave delito!

(131) MEZGER, *Lehrbuch*, páginas 235-36.

(132) *Kurz-Lehrbuch*, página 104. Ya en el *Grundriss*, página 77, había rectificado su primitivo criterio sobre este punto.

(133) *Finalität*, página 19.

dos personas que, sin embargo, han «hecho lo mismo», es decir, han producido por omisión el resultado típico? En esta materia de la comisión por omisión es indiscutible la importancia del elemento personal. Hasta tal punto es ello cierto que, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que en la total evolución dogmática de esta especie de delitos el elemento personal constituye el trasfondo de todas las fórmulas elaboradas para explicarlos, desde la vieja doctrina de FEUERBACH hasta las más recientes de TRAEGER (134) y NAGLER (135). Pues el recurso a la antijuricidad, característico de la primera fase de la evolución histórico-dogmática, aparte de constituir un error sistemático, en realidad no era otra cosa que el reconocimiento del elemento personal, aunque por un camino indirecto y con ropaje falso. Y no es menos claro que cuando en la segunda fase de la evolución, cuando rechazadas ya las construcciones que veían el problema de los delitos impropios de omisión en la antijuricidad, se empieza a tratar de fundamentar de alguna manera la causalidad de la misma, lo que en realidad se fundamenta es la posibilidad de incriminación de estas conductas en gracia a un elemento personal. Tan evidente es ello que cuando surgen las llamadas «teorías de la interferencia», y cuando los defensores de ellas —no obstante la dura crítica de que fue objeto desde el principio la tesis de la interferencia— creen haber resuelto satisfactoriamente el problema de la causalidad, no por eso entienden —y están en lo cierto— que ya con ello está conseguida la equiparación (con los delitos de acción en sentido estricto y con los delitos de omisión propios), sino que aun estiman necesario limitar la, en otro caso, indeclinable imputación criminal de tales conductas. Pero, ¿recurriendo a qué? No ciertamente a la antijuricidad, que en tal caso no sería ya la antijuricidad *general* (es decir, la propia de todo delito), sino una antijuricidad *específica*, de segundo grado por así decirlo, y por ende de muy problemático reconocimiento, sino a un elemento de la acción misma. Adelantándose en algunos años a las más recientes construcciones de la comisión por omisión, expone con gran acierto este punto de vista uno de los partidarios de la interferencia, PAÚL FISCHER, en un artículo publicado en la *Revista* fundada por LISZT (136), por más que la terminología sea diversa, y

(134) TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913

(135) NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, artículo publicado en el *Gerichtssaal*, volumen 111, páginas 1 y ss.

(136) PAUL FISCHER, *Das kausale Element im sogenannten Begehungsdelikt durch Unterlassung*, en el volumen 23 (1903) de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, páginas 459 a 508. En el apartado primero examina el problema de la relación de causalidad en términos generales, y presenta en la página 472 la fórmula con arreglo a la que habrá de afirmarse en qué casos se ha producido causalmente un resultado. En los apartados segundo y tercero, aborda la causalidad de

abstracción hecha, por otra parte, de lo admisible o inadmisibile de su fundamentación de la causalidad, extremo éste que en nada afecta a lo que ahora importa. Y ya en los últimos tiempos, en los escritos de TRAEGER y NAGLER—sobre todo en este último, a mi modesto entender lo más acabado que se ha hecho sobre el problema—, los criterios de la «garantía», de «estar colocado en un puesto», etcétera, destacan con el merecido relieve el juego del elemento personal en la acción típica.

Teniendo en cuenta todo ello debemos reconocer que tiene plena razón NIESE (137) al decir «que el injusto de una causación del resultado por omisión no se puede determinar objetivamente desde el resultado, sino sólo "personalmente" con arreglo al círculo del deber en el que el autor estaba o no estaba. Sólo desde este punto de referencia personal se pueden delimitar el tipo y el contenido del injusto del § 330 c (omisión de socorro, de carácter subsidiario), frente a los tipos en los que se imputa al sujeto el resultado producido (no la mera abstención) y que frecuentemente tienen la precedencia. Ello muestra de nuevo cómo no es posible llevar a cabo un "corte vertical" que agrupara los tipos en "finales", con un contenido subjetivo del injusto y "causales", con un contenido objetivo del mismo». Pero debemos advertir que este reconocimiento del valor funcional de la acción finalista en los delitos de omisión impropios, no supone en modo alguno que mediante ella se resuelva de modo satisfactorio el problema que desde el principio ha planteado la incriminación en la práctica de esta clase de conductas, y que no es otro que el de la posibilidad lógica de la inclusión de las mismas en el concepto dogmático de la acción. Pues una cosa es que la doctrina de la acción finalista pueda explicar mucho mejor que la doctrina tradicional la propia naturaleza del injusto en estos supuestos, y, por ende, el fundamento de la incriminación en los casos en que la práctica lo hace, y otra muy distinta el que de la naturaleza personal y subjetiva del injusto típico resulte, sin más, esclarecida y justificada la equiparación de estos casos con los de acción en sentido estricto. Téngase en cuenta que en este grupo de delitos se castiga al sujeto, a diferencia de lo que ocurre en los propios de omisión, precisamente en referencia al resultado producido, es decir, que el problema del vínculo que debe ligar la conducta con el resultado sigue en pie. Los elementos personales *no* juegan ahora *en este respecto* papel alguno; sólo *después*, resuelto el problema del vínculo, desplegarán su importante función, a la

la comisión por omisión. En la última parte (páginas 489 y ss.) establece las condiciones necesarias para que la comisión por omisión *causal* pueda ser determinante de la responsabilidad del sujeto. En este punto es decisivo el elemento personal.

(137) *Finalität*, página 20.

vez positiva y negativa. Pero si la doctrina de la acción finalista se limita sólo a destacar (con todo acierto por otra parte) la importancia del elemento personal en la acción, no creo sea equivocado decir que la nueva doctrina no ha contribuido de manera apreciable a la solución de aquel problema previo y general que tiene planteado la teoría del delito desde el momento ya muy lejano en que surgen los primeros intentos de una elaboración científico-jurídica del mismo. Podría aquí decirse algo parecido a lo que creíamos oportuno observar respecto a la crítica (tan aguda por otra parte) a que somete en su *Derecho penal*, del año 1936, HELLMUTH MAYER el «dogma de la causalidad» (138). La causalidad no es ciertamente bastante para explicar satisfactoriamente *por sí* la propia índole del injusto de los tipos legales. Pues los tipos representan *algo más* que la simple producción causal de un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero en los tipos legales que exigen la producción causal de un resultado, aunque ciertamente *no sólo* eso, ¿será lícito o siquiera posible prescindir de la causalidad? La contestación ha de ser necesariamente negativa si se entiende —como indudablemente es cierto— que la causalidad, si bien no es en tales casos condición suficiente, sí es condición necesaria.

5. Llegamos ahora a un punto del Sistema del delito, donde a mi parecer halla su más firme punto de apoyo la doctrina de la acción finalista, a saber: a la *tentativa*. Y no sólo porque *en ella* encuentra la más clara justificación el nuevo concepto, sino por las consecuencias que de aquí se deducen en orden a la consumación misma.

En la tentativa y precisamente en virtud del expreso precepto legal (139), el dolo es una parte integrante de la acción injusta típica. «Sea cualquiera —dice BOCKELMANN (140)— la teoría de la tentativa que se sustente, y con indiferencia de donde se vea la "tipicidad" de la acción de tentativa, sólo podrá considerarse como tentativa lo que implique la ejecución de una resolución. Sólo es tentativa —sean por otra parte unas u otras las restantes características del concepto— aquella conducta impulsada por una voluntad dirigida a la comisión dolosa del delito consumado. Finalidad y dolo coinciden aquí de manera indudable». Y MEZGER afirmaba: «La resolución del § 43 significa

(138) HELLMUTH MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, páginas 163 y siguientes.

(139) El § 43 del Código penal dispone: «Será castigado a causa de tentativa el que ha manifestado la resolución de voluntad de cometer un crimen o un delito por acciones que contienen un principio de ejecución de este crimen o delito, si el crimen o delito intencionalmente perseguido no ha llegado a la consumación. Sin embargo, la tentativa de un delito sólo será punible en los casos en que expresamente lo determine la ley».

(140) *Täterschaft*, página 35.

lo mismo que "dolo"» (141). Estas voces podrían fácilmente ampliarse y constituir un completo coro —dice NIESE—, pues hoy puede considerarse como opinión general que la «resolución» del § 43 materialmente no es otra cosa que el dolo, y como tal es tratado por la ley misma como parte integrante de la acción injusta. Aquí se muestra un fenómeno señalado por WELZEL en varias ocasiones, sin que, no obstante, hayan sido tomadas en cuenta sus palabras, a saber: que la doctrina de la acción finalista no es en sus consecuencias tan nueva y revolucionaria como a primera vista pudiera creerse, sino que más bien lo que hace es desarrollar plenamente y conducir de un modo lógico hasta sus últimas consecuencias ideas que se encontraban en germen en la doctrina tradicional.

Que esto es así no ofrece dudas en lo que a la tentativa respecta. Ya el concepto mismo de la tentativa, del *conato* criminal que decían los antiguos escritores, lleva implícito como elemento básico la existencia de una voluntad del sujeto dirigida a la consecución de un resultado contrario al Derecho. Precisamente en la no correspondencia entre lo que el sujeto se proponía conseguir y lo efectivamente producido, se vio desde el principio la propia esencia del conato criminal. Por ello establecieron algunos escritores del pasado siglo el paralelismo, a base de un *minus* entre la tentativa y la culpa. En uno y otro caso faltaba algo —aunque este algo fuera de naturaleza muy diversa— en comparación con el delito consumado doloso, entendido como el caso normal. En la tentativa, el sujeto trata de dar realidad objetiva a un propósito que en su configuración interna es perfecto, acabado; por una u otra razón no lo consigue, no llega a la meta propuesta; en la culpa el resultado contrario al ordenamiento jurídico se produce objetivamente, pero a él no corresponde el propósito del autor. Allí, en la tentativa, hay un defecto en el área obje-

(141) En este punto, el criterio de MEZGER ha fluctuado y a veces no es muy claro. En el *Lehrbuch*, en el apartado II del § 51, se decía de modo terminante: «Esta resolución de cometer un delito ha de entenderse como dolo de cometer un delito. La "resolución" que exige el § 43 del Código... expresa, en un lenguaje no muy afortunado, pero que teniendo en cuenta la total conexión no ofrece dudas, de ningún género, el *dolo* de cometer un delito». Este mismo criterio se mantiene fundamentalmente en las primeras ediciones del *Kurz-Lehrbuch*, aunque aquí ya con ciertas reservas. En cambio, escribe ahora en la 4.^a edición (1952) del *Kurz-Lehrbuch*, página 184: «Esta "resolución" es un proceso *subjetivo* en el alma del autor, por consiguiente, un "elemento subjetivo del injusto" (E. SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum*, 1946, página 13). Con ello es al mismo tiempo dolo, por consiguiente culpabilidad. Si se tiene en cuenta esta *unidad* del elemento subjetivo del injusto y de la culpabilidad (dolo), desaparecen todas las dificultades que innecesariamente se habían suscitado...» Y a continuación añade: «La «resolución» del § 43 del Código corresponde en su contenido al dolo, pero es a la vez un elemento subjetivo del injusto».

tiva; aquí, en la culpa, en la esfera subjetiva. En uno y en otro caso una imperfección frente al delito doloso consumado. Pero si precisamente lo característico de la tentativa, su defecto, consiste en que el sujeto activo *no ha llegado* donde se proponía, ello supone por necesidad lógica el propósito, la voluntad de llegar. Por ello se explica que a la vista de ciertos casos, que a veces, aunque no con mucha frecuencia, se dan en la vida real, en los que el sujeto llega materialmente, aunque *no jurídicamente*, a la meta propuesta, se negara la existencia de la tentativa. Así surge la *doctrina de la falta de tipo*, reconocida —aunque no sin la opinión contraria de tratadistas muy destacados— en la dogmática moderna. Pero ante todo conduce el concepto de la tentativa a la negación de esta forma de aparición del delito en los casos de culpa. Esto se reconoce por la mayoría de los escritores, lo mismo en la antigua doctrina que en la moderna dogmática (142), y representa la confirmación más terminante de que el dolo es un elemento de la acción injusta en las conductas de tentativa. Pues en el caso de no ser así, sino más bien un puro elemento de la culpabilidad, ¿qué razón podría alegarse para entender que en los delitos culposos es *conceptualmente* imposible la tentativa? Los que sustentan la opinión contraria no suelen fundamentar su criterio; en algunos casos en que así ocurre la fundamentación, o es claramente inadmisibile y sólo responde a la necesidad de una derivación lógica rigurosa de premisas establecidas con carácter de generalidad, o se formula de tal manera y dentro de tales límites

(142) No así por MEZGER, quien en el *Lehrbuch*, § 51, II, 1, sostiene que es perfectamente posible *concebir* la tentativa en los delitos culposos. Sin embargo, se echa aquí de menos la debida fundamentación, pues decir que la tentativa de un delito culposo existe siempre que en la conducta culposa falte sólo el resultado, es una petición de principio. Ahora, en el *Kurz-Lehrbuch* (4.^a edición, 1952, página 184), insiste en admitir la posibilidad de la tentativa en la culpa, y aduce los ejemplos del que culposamente echa una substancia venenosa en los manjares que ingiere un tercero que, sin embargo, no sufre daño alguno, y del que también culposamente cree hallarse en situación de legítima defensa putativa. Pero estos dos ejemplos son de naturaleza fundamentalmente distinta, y el colocarlos en parangón sólo puede ser origen de confusiones. En el segundo de ellos, suponiendo que el sujeto dispara contra su supuesto agresor y no le da, el autor, precisamente porque se cree atacado, *quiere* matar o herir al sujeto pasivo. Si no lo logra, a pesar de haber empleado los medios conducentes a ello, se da la situación típica característica de la tentativa (en sentido amplio). Tentativa que sólo podrá considerarse culposa (y no más bien dolosa), a condición de admitir la tesis, principalmente representada por BINDING, de que la antijuricidad es una de las características del tipo legal, y que, en consecuencia, la conciencia de ella es parte integrante del dolo, de suerte que si en el caso concreto falta en el sujeto (y esto es lo que ocurre en la legítima defensa putativa) no puede afirmarse el dolo, sino a lo sumo la culpa. En cambio, en el primer ejemplo falta precisamente en el sujeto activo la intención de causar un daño. Aquí es donde procedería la demostración de que, no obstante, ello existe una tentativa culposa. Pero tal demostración no nos la ofrece MEZGER.

que, mientras por una parte sólo supondría tal tentativa en los delitos culposos una rara excepción confirmadora de la regla, aparece, por la otra vinculada a un especial concepto del dolo. En la primera dirección podría citarse como el más destacado exponente a LEOPOLDO ZIMMERL (143), en la segunda a CARLOS BINDING. ZIMMERL formula, con efecto, un concepto de la tentativa en los delitos no dolosos que designa con el nombre, ya en sí bastante significativo, de cuasi tentativa (144). A ello se considera obligado precisamente por su afán de construir un Sistema de absoluto rigor lógico, «ausente de contradicciones», y para lograrlo se sirve de la llamada tendencia *objetiva* de la acción, que ya antes utiliza prolijamente para refutar casi en totalidad la doctrina de los elementos subjetivos del injusto (aquí también al objeto de sacar a salvo en todo punto el carácter objetivo de la antijuricidad). Pero claro es, que desde el momento que se rechace—como creo debe hacerse y efectivamente se ha hecho— dicha tendencia objetiva, cae automáticamente por tierra la posibilidad conceptual de la tentativa en la culpa. Por caminos absolutamente diferentes de éstos, llega BINDING a reconocer en ciertos casos la posibilidad conceptual de la tentativa en la culpa. Como antes apuntamos, en virtud y como consecuencia de su tesis fundamental de que la conciencia de la antijuricidad es elemento integrante del dolo del delito. Conocido es de sobra el punto de vista que el gran escritor sostuvo desde el primer momento y que de un modo constante se mantiene e informa su concepción de la culpabilidad, a saber: la primera y más relevante de las circunstancias del acto que pertenecen al *tipo* legal es la antijuricidad. El error del sujeto respecto a la misma excluye, por tanto, de modo necesario, el dolo, y hace surgir en ciertos casos la culpa, lo mismo que ocurre con cualquiera de las restantes circunstancias. Supuesto esto, se explica cómo puede BINDING fundamentar conceptualmente la tentativa en los delitos culposos, aunque en verdad sólo en los muy exiguos casos en que el sujeto, conociendo la existencia de todas las restantes circunstancias del acto que pertenecen al *tipo* legal y queriendo realizar el resultado típico, yerra sobre la antijuricidad (pudiendo y debiendo haberla conocido). Si en tal supuesto el agente

(143) De él dice MEZGER en el *Prólogo* a la 2.^a edición del *Lehrbuch* (1933), que «tiene el indudable mérito de haber descubierto y criticado de manera enérgica y consecuente las interiores contradicciones del Sistema jurídico-penal; pero incurre en el defecto de exigir como postulado científico absoluto la ausencia de toda contradicción en el Derecho, en lugar de ver en tal ausencia la simple expresión de un fin de ordenación práctica, y con ello se cierra a sí mismo, a menudo, el paso a las fuentes originarias emocionales del Derecho».

(144) ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrl. Abhandlungen*, fascículo 237, 1928.

realiza acciones de ejecución, y sin embargo no llega a la meta típica que se proponía alcanzar, habrá que reconocer la existencia de una tentativa, sí, pero de un delito culposo. La deducción es perfecta, pero todo está condicionado a un concepto previo del dolo integrado por la conciencia de la antijuricidad.

Ya advertíamos, al destacar el valor que el concepto de la tentativa representa en apoyo de los postulados de la doctrina de la acción finalista, que la importancia de este argumento era tanto más considerable desde el momento que si es indiscutible que con arreglo al § 43 no puede concebirse una acción típica de tentativa sin el dolo, esto debe también afirmarse respecto a todos los delitos dolosos consumados; pues todo delito doloso recorre el estadio de la tentativa, y es seguro —dice NIESE (145)— que el tránsito de la tentativa a la consumación se realiza en la parte o lado externo de la acción, sin alterar nada en el lado interno, en la finalidad. Esto es a todas luces evidente en los casos en que más o menos depende de circunstancias fortuitas externas el que el acto llegue o no a consumarse, v. gr., el sujeto activo no dispone más que de un solo proyectil en su arma y da o no da al sujeto pasivo. ¿Podrá decirse que la resolución = dolo de homicidio, será sólo una parte integrante de la acción en el caso de que la bala no haya dado siquiera al sujeto pasivo, o incluso sólo lo haya herido, mientras que, por el contrario —y precisamente de un modo automático—, saldrá fuera de la acción si el proyectil le produce la muerte? WELZEL pregunta: «¿Cómo sería posible que el dolo en el momento en que la tentativa se convierte en consumación se transformara de un elemento del injusto en un mero elemento de la culpabilidad? Si, por tanto, en la tentativa el dolo pertenece al tipo y es característica del injusto, también en el delito consumado deberá pertenecer al tipo y ser característica del injusto. Lo que rige respecto a la tentativa debe regir igualmente respecto al delito consumado».

Esto se niega por MEZGER, no obstante reconocer «lo sugestivo a primera vista de la argumentación» (146). Ahora bien, parece que la única posibilidad de refutar con éxito esta tesis de los finalistas habrá de orientarse en conseguir la demostración de la no identidad de «resolución» y dolo. Si esto se consigue, la cosa cambia totalmente, pues supondría negar, ya en referencia al § 43, la premisa de la que después han de deducirse las consecuencias respecto a los delitos dolosos consumados. Tal camino es el que sigue MEZGER, mediante la interpretación del § 43 del Código. En efecto, MEZGER comienza reconociendo de modo terminante que «apenas puede existir duda

(145) *Finalität*, páginas 21 y s.

(146) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, página 28.

respecto a que en el § 43 la resolución de cometer un crimen o un delito es un elemento subjetivo del injusto (y al mismo tiempo también una parte integrante de la culpabilidad)... Ahora bien, la "resolución" en el § 43 no es simplemente idéntica al dolo. Con un fino sentido del alcance idiomático de las expresiones, la ley *no habla* aquí sólo del "dolo", sino que se sirve de otro término gramatical, por otra parte no frecuente, de la palabra "resolución". Al que profundice en el problema se le aparecerá claro que aquí se trata de otra cosa que del mero dolo, a saber: de la *unidad* del elemento subjetivo del injusto y del dolo. Cuando la "resolución" se ha realizado *objetivamente* mediante acciones, etcétera (por consiguiente, en el caso de la consumación), entonces es reemplazado el que hasta ahora era un elemento "subjetivo" del injusto, por un elemento "objetivo". Pero —replica NIESE—, la consumación, el resultado, no «reemplaza» al dolo, sino que lo completa, lo realiza..., y el anillo de la acción final se cierra, en tanto que el resultado representado y finalistamente perseguido es alcanzado ahora real y causalmente. Mas esta réplica de NIESE contiene, a mi entender, una inexactitud, y olvida los términos en que MEZGER ha planteado el problema, pues lo que según este último es «reemplazado» en el caso de la consumación *no es el dolo, sino el elemento subjetivo del injusto*. Y el hecho de que para MEZGER la «resolución» del § 43 del Código represente una unidad del elemento subjetivo y del dolo, no autoriza, antes bien impide aquella deducción. Buena prueba de ello son las frases con que MEZGER concluye su razonamiento: «Pero la resolución no se convierte por ello (esto es, por la consumación) en el dolo. Pues este último yace, como hemos visto, ya desde el principio en la resolución y *como tal permanece también ulteriormente*» (147). No parece, por tanto, que esté en lo cierto NIESE cuando dice que no cree posible entender este párrafo sino como una confirmación de la tesis de WELZEL de que el dolo pertenece tanto a la acción consumada como a la que queda en grado de tentativa (148). Antes bien, considero que el desenvolvimiento de

(147) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, páginas 27 y s.

(148) Asimismo creo —dice NIESE, *Finalität*, nota 43 en las páginas 22 y 23—, que el ejemplo que MEZGER aduce en apoyo de su tesis, más bien demuestra lo contrario de lo que pretende probar: «La resolución (§ 43) —MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, página 28— de "incendiar" una cosa (§ 306), es injusto "subjetivo" y contiene a la vez la característica de culpabilidad del incendio "doloso". Ahora bien, si de acuerdo con dicha intención el incendio se ha realizado fácticamente, entoncés el autor comete un incendio doloso (§ 306) e infringe el Derecho *también* "objetivamente". Sin embargo, no se puede en realidad decir que el sujeto haya hecho esto solo "subjetivamente", sólo en su interior. La acción anteriormente "final" se ha realizado ahora "objetivamente" y, por tanto, causalmente». Esto es cierto —dice NIESE— pero ello no supone que la acción haya dejado de ser acción final. Aquí yace el equívoco de MEZGER: Es cierto que el ataque

la tesis de MEZGER, con arreglo a la premisa de que parte, aunque indudablemente sutil, conduce lógicamente a un resultado contrario al que propugna WELZEL. Pero, claro es, que a condición de admitir la bondad de la premisa. Esta no es otra que la no identidad de resolución y dolo. Admitido esto, lo demás no representa dificultades de mayor monta. Pues aunque en la «resolución» aparezcan ligados, formando una unidad, el elemento subjetivo del injusto y el dolo, ello no representa un obstáculo para que al pasar el acto de la esfera de la tentativa a la de la consumación, y precisamente por virtud de esta última, se desliguen, y mientras el elemento subjetivo del injusto es reemplazado por uno objetivo, el dolo, en cambio, sigue siendo lo que desde el principio era. Ahora bien, repetimos, si no se comparte la premisa de MEZGER y se entiende que en el § 43 del Código la «resolución» es idéntica al dolo, la aceptación de la consecuencia a que llega la doctrina de la acción finalista no podrá ofrecer la menor duda.

6. Queda aun por examinar la importantísima cuestión en orden a la compatibilidad o incompatibilidad con el Sistema vigente de la consecuencia que la doctrina de la acción finalista ha deducido en la esfera de la *culpabilidad*. Dicha consecuencia se formula en los siguientes términos: Comoquiera que el dolo es para la nueva doctrina una parte integrante de la acción, su salida del ámbito de la culpabilidad es indiscutible. Tal deducción es, sin el menor género de duda, la consecuencia más heterodoxa y, por ende, la que ha suscitado los más numerosos embates de la crítica.

a) El problema se había planteado ya por la doctrina tradicional en referencia al § 43 del Código (tentativa), aunque sólo —así por lo menos se creyó— como cuestión aislada, y fue decidido en el sentido de considerar la «resolución» por una parte en el ámbito del tipo como elemento subjetivo del injusto, y por la otra como dolo en la esfera de la culpabilidad como elemento de esta última. Este razona-

objetivo contra el Derecho se inicia cuando el autor comienza a realizar su resolución de voluntad en forma típica. Esto es el comienzo de la acción de ejecución a que se refiere el § 43. La resolución de voluntad considerada sólo en sí misma, es ciertamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal, sin no se manifiesta en el mundo exterior. Nadie dice que desde el principio de la realización el sujeto actúe «sólo subjetivamente», sino más bien, lo que ocurre es que la finalidad (subjetiva) inserta en la realización de voluntad a la causalidad (objetiva) y la dirige al resultado querido. Pero no puede afirmarse que con la realización objetiva de la resolución en el mundo externo, la acción final se transforme en una acción causal, y que, por tanto, la finalidad sea precisamente reemplazada como supone MEZGER; antes bien, la finalidad sigue siendo el factor que domina la causalidad, que la dirige finalista-mente, incluso en el estadio de la realización objetiva de la voluntad, en tanto que en virtud del saber causal dirige la realización de la acción planificadamente a la meta propugnada, y por ello convierte el curso causal ciego en una acción enderezada a una meta.

miento lo utiliza ahora también MEZGER contra WELZEL. En los *Moderne Wege* (149), en el Capítulo dedicado al examen del *injusto*, advierte en primer término MEZGER que al lado de la cara externa hay también una *interna del injusto*. Sólo relativamente tarde ha recaído la atención en este lado interno, psíquico, subjetivo de la antijuricidad. En él se ocupa la *doctrina de los elementos subjetivos del injusto (del tipo)*. Estos elementos no tienen «carácter de excepción», como supone equivocadamente WELZEL (150), sino que se trata de características del tipo de igual valor y de idéntica legitimidad que las características externas. En consideración al Derecho positivo establece MEZGER tres grandes grupos de *elementos subjetivos del injusto*, a saber: los *delitos de intención*, los *delitos de tendencia* y los *delitos de expresión*.

Pero abstracción hecha de estos «clásicos» grupos de elementos subjetivos del tipo (del injusto) resulta que también en otros numerosos casos depende el injusto típico de la *posición subjetiva del autor*. Y constituye el mérito indiscutible de la *doctrina de la acción final* (v. WEBER, WELZEL, MAURACH, BUSCH) haber señalado esta *amplia «subjetivación» de la determinación del injusto*, y con ello abierto el camino para llegar al conocimiento de importantes fenómenos del Derecho penal. La doctrina de los elementos subjetivos del injusto en su forma originaria era tan sólo un *comienzo*; ahora propende a deducir ulteriores consecuencias (BUSCH) (151) y a un *ulterior despliegue*.

Ahora bien, en la investigación encaminada a esclarecer la diversa naturaleza de los tipos legales, el «desdichado y erróneo criterio de concebir el *dolo* como una parte integrante del injusto, y con ello del tipo, en lugar de considerarlo como característica de la culpabilidad», ha producido, según MEZGER (152), los más fatales efectos. «Nada hay que oponer, desde el punto de vista lógico, a MAURACH, *Grundriss des Strafrechts, Allg. Teil* (1948), p. 63, cuando equipara el "dolo" a la "voluntad", y por ello considera al primero como parte integrante de la acción. Pero *terminológicamente* no podemos seguirle. Pues un uso del lenguaje con antigüedad de siglos, que no es posible desdeñar, entiende por *dolo (dolus)* una forma de la imputación personal y le concibe por consiguiente de una manera fija y segura como característica de la culpabilidad. Supuesto esto, resulta ya en sí absurda la pregunta de si "una característica de la culpabilidad" puede servir para la "determinación" subjetiva "del injusto". La pregunta sólo es

(149) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, páginas 22 y ss.

(150) *Deutsche Rechtszeitschrift*, IV (1949), páginas 215 y s.

(151) BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenstheorie*, páginas 6, 36 y s.

(152) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, páginas 26 y s.

posible formularla de modo correcto en estos términos: *aquello* que la doctrina tradicional ha abordado y discutido en el examen del dolo (esto es, el conocimiento de las circunstancias del acto, la dirección de la voluntad y otros extremos análogos), ¿puede ser *también* un "elemento subjetivo del injusto"? Y con efecto, como antes se indicó, lo es efectivamente en la más amplia medida».

«Pero con ello no deviene el "dolo" un "elemento subjetivo del injusto". Pues afirmar tal cosa significaría establecer un supuesto erróneo en un doble respecto. Como ya se expresó en el *Kurz-Lehrb.* (II, 263-64) con más detalle, los "elementos subjetivos del injusto" y el "dolo" son materialmente dos cosas totalmente diversas: el dolo es sólo un reflejo del tipo subjetivo u objetivo ya existente, mientras que el elemento subjetivo del injusto *añade* algo al tipo objetivo. La misma situación *fáctica* puede muy bien ser *al mismo tiempo* injusto subjetivo y dolo, aunque esto se desconoció al principio (*Lehrb.* 172, nota 7 contra HEGLER). Pero por ello no devienen idénticos el injusto y el dolo *mismos*, como tampoco son idénticos los animales y las plantas por el hecho de que materias iguales cooperan en su estructura.»

En el Capítulo dedicado a la *culpabilidad*, y más concretamente cuando aborda el examen del dolo, refuerza MEZGER su posición contraria al finalismo en los términos *siguientes* (153). Ante todo recuerda que en el *Lehrbuch*, primero (ps. 307 y ss.), y en el *Kurz-Lehrbuch* (I, 142-149), después, ha sistematizado el problema del *conocimiento de las circunstancias del acto*, que es el que ahora interesa frente al finalismo, en los siguientes *cuatro* principios rectores:

(I) El acto doloso exige el conocimiento (previsión) de las circunstancias del acto que *fundamentan la pena*, abstracción hecha de los presupuestos subjetivos en la persona del autor y de las denominadas condiciones objetivas de la penalidad (párrafo primero del § 59 del Código).

(II) El acto doloso exige el conocimiento (previsión) de las circunstancias del acto que *agravan la pena*, abstracción hecha de los hechos punibles cualificados por el resultado (párrafo primero del § 59 del Código).

(III) El acto doloso exige que el sujeto no haya supuesto erróneamente la existencia de circunstancias del acto que *excluyen la pena*.

(IV) El acto doloso exige que el sujeto no haya supuesto erróneamente la existencia de circunstancias del acto que *atenúan la pena*.

(153) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, páginas 39 y ss.

Ahora bien —sigue diciendo MEZGER—, la objeción más inmediata, aunque ciertamente también la más superficial, contra la inclusión de estos cuatro principios rectores en la *doctrina de la culpabilidad*, se formula así: es absurdo exigir de nuevo (en la culpabilidad) tal conocimiento de circunstancias del acto desde el momento que ya han sido incluídas y por ende tratadas en los tipos «finalmente» estructurados, por tanto, en la *doctrina del injusto*. Pues en tales supuestos, v. g., en el «perseguir la caza», del § 292; en la prevaricación, del § 336; en la acción impúdica, del § 176, etcétera, este conocimiento, como parte integrante de la acción «final», ha sido ya definitivamente considerado en el *injusto*. Y otro tanto habría que decir, procediendo consecuentemente, en los casos análogos del § 242 (hurto), donde la intención de apropiación «final» (como elemento subjetivo del *injusto*), presupone necesariamente el conocimiento del carácter «ajeno» de la cosa y por ello lo lleva en sí. Por último, y de un modo completamente general, deberá afirmarse lo mismo respecto a la «resolución» del § 43. Por consiguiente, el tratamiento del dolo en la culpabilidad conduce en todo caso a una *repetición innecesaria* de las características inordinadas ya en otro sitio (en el *injusto*). El proceder farragoso inherente a esta *doble* valoración de la misma característica, no se podría justificar —se nos dice— desde el punto de vista sistemático.

La réplica de MEZGER (154) se desenvuelve en dos razonamientos que no me parecen en absoluto exentos de una cierta contradicción. En primer término dice: «El postulado de que la misma característica juegue en *ambos* lugares un papel decisivo se justifica por la sencilla razón de que así es. A nadie le ha parecido hasta ahora extraño que el carbono se encuentre en el cuerpo animal, en la planta y en el reino mineral. Igualmente sería arbitrario si quisiéramos negar el dolo como característica de la culpabilidad porque sus partes integrantes, ya en otra ocasión, en la determinación subjetiva del *injusto*, han jugado un papel (*Studienbuch*, II, 263-64). El hecho de que el elemento químico del carbono tenga la misma importancia en la estructura del cuerpo de seres animados que en la estructura de un mineral no justifica en manera alguna el situarle *sólo* en la Zoología (Botánica), o sólo en la Mineralogía. Pues pertenece a ambos campos, lo mismo que en nuestra disciplina pertenece el conocimiento de las circunstancias del acto a la doctrina del *injusto* y a la doctrina de la culpabilidad. *Aquí*, en la culpabilidad, pero no allí, en el *injusto*, se denomina "dolo" a este conocimiento, mientras que, por el contrario, en la doctrina del *injusto* se le llama "elemento subjetivo del *injusto* (del tipo)", o mejor aún, *lado interno del injusto*».

(154) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, página 41.

El segundo razonamiento se precisa de esta manera: «Por lo demás existe también una diferencia *material* en el contenido de ambas partes integrantes (*Kurz-Lehrb.* II, 263-64). El "dolo" se *agota* en el conocimiento de algo ya dado, "objetivo" o "subjetivo". En el *Lehrbuch*, pág. 172, nota 7, hemos demostrado, de acuerdo con FRANK y en contra de HEGLER, que este objeto de referencia puede constituirlo también una realidad meramente subjetiva. Por el contrario, el elemento "subjetivo" del injusto *añade siempre* a lo dado *algo nuevo*, por ejemplo, a la sustracción de la cosa la intención de apropiación, en el § 242; a la acción contraria a las costumbres, la tendencia sexual subjetiva, en el § 176; a la acción aun no consumada, la "resolución", en el § 43. Esto ha de entenderse también cuando se trate de sencillas características típicas "finales", como en el "perseguir la caza", del § 292; pues también aquí el autor "quiere" algo que excede de los límites de lo dado objetivo».

Como unas líneas más arriba indicaba, creo que los razonamientos de MEZGER, en refutación de la posición adoptada por los finalistas respecto al dolo, entrañan ante todo una contradicción, pues mientras que en primer término parece dar a entender que el conocimiento por parte del sujeto de las circunstancias del acto que vienen en cuestión es una misma cosa, que tan sólo recibe nombres diversos, según desde el punto que se le considere (allí se denomina dolo, aquí elemento subjetivo del injusto), afirma después de modo terminante que es distinto su contenido material. Pero aparte esto, me parece que no será exagerado decir que la primera parte de la argumentación es un mero juego de palabras que nada prueba, pues afirmar sencillamente que una cosa es así por la sencilla razón de que así es, no creo que lo pueda considerar nadie como prueba de algo. Y, por si fuera poco, el ejemplo no me parece felizmente elegido. Pues argumentar con ejemplos del mundo físico-natural en cuestiones de Derecho con aplicación inmediata, es muy aventurado. ¿Cómo es posible establecer un parangón, aunque no sea más que en el sentido de ejemplo, entre una realidad comprobada en la práctica constante y que siempre ha existido (el carbono en los cuerpos animados e inanimados) y algo de existencia tan dudosa como el problema jurídico que ahora se discute? Sobre todo si se tiene en cuenta que no se trata únicamente del dolo, sino también de una cuestión como la de los elementos subjetivos del injusto, que puede decirse es de ayer, negada en su totalidad por muchos escritores, y aun entre los que la admiten, muy controvertida en sus límites y casos de aplicación, de lo que es precisamente la mejor prueba la magnífica exposición del asunto por el propio MEZGER, en el *Lehrbuch*. Antes de la publicación del libro de FISCHER el problema no existía para la dogmática. Y todavía tuvieron que pasar algunos años para que empezara, de manera aislada al

principio, no en los grandes *Tratados*, a concedérsele carta de naturaleza.

Pero tampoco la afirmación de MEZGER, en la segunda parte de su réplica, de que los elementos subjetivos del injusto y el dolo son materialmente diversos, prueba nada respecto a que el dolo sea característica de la culpabilidad. Respecto a los elementos subjetivos, el argumento que formula MEZGER en el *Lehrbuch* de que también son elementos de la culpabilidad, porque de no ser así no podrían ser imputados al sujeto, tenía indudable fuerza. Pero entiendo que la situación es muy diversa si en lugar de la acción causal se utiliza el concepto de la acción finalista. «La única diferencia —dice NIESE— entre el dolo y los elementos subjetivos del injusto a que hace referencia MEZGER, estriba en el hecho de que el dolo, como elemento del injusto "general", es inherente a todas las acciones delictivas dolosas, mientras que en una serie de tipos legales se añaden aún al dolo "especiales" elementos subjetivos del injusto (v. gr., la codicia, la intención impúdica, la maldad o una especial coloración final de la misma acción típica). La función configuradora activa, de origen subjetivo, dentro de la acción injusta típica, es común a estos elementos subjetivos del injusto y al dolo».

b) Pero el argumento decisivo en favor de que el dolo no es un elemento de la culpabilidad y que en consecuencia debe ser considerado como parte integrante de la acción injusta típica, como sostiene el finalismo, nos lo suministra la denominada doctrina de la *culpabilidad normativa*. Si se reconoce, como creo debe hacerse, lo correcto de ella, la consecuencia lógica indeclinable ha de ser la salida del dolo del concepto de la culpabilidad considerada en sentido estricto. Sólo así es posible configurar el concepto de culpabilidad, el juicio de reproche personal, en sus propios y verdaderos límites, diferenciando con toda precisión el propio juicio (la culpabilidad), del objeto sobre el que el juicio recae, que en consecuencia y por definición tiene que estar fuera del juicio mismo. Y sólo así se logra también establecer el paralelo armónico con el otro juicio valorativo precedente, con el juicio de antijuricidad.

El delito es una acción típica, antijurídica y culpable. Esta fórmula expresa claramente que la acción típica es el objeto de una doble valoración. Los módulos de esta valoración los suministra el Derecho, pues la valoración de la acción ha de hacerse con arreglo a él. En la antijuricidad encuentra su expresión el juicio desvalorativo sobre el modo de ser de la acción, siendo de advertir que dicho juicio desvalorativo no sólo recae sobre los hechos externos concretos como el resultado, sino también sobre hechos internos propios del *modo*

(155) *Finalität*, páginas 27 y 28.

genuino del sujeto y, según la doctrina finalista, sobre el dolo. En cambio, el juicio de culpabilidad se dirige de manera exclusiva contra la especie de la *formación* volitiva emocional, contra la motivación defectuosa del autor. En este punto los pareceres son unánimes. «Contra lo correcto de esta distinción nada puede objetarse», dice BOCKELMANN (156). Y HEGLER escribe (157): «El contraste de antijuricidad y culpabilidad es, por un lado, el contraste de la consideración y valoración "objetivas" que lleva a cabo el Derecho contemplando el acto..., como la conducta contraria al ordenamiento jurídico... y socialmente dañosa, y por el otro de la consideración y valoración "subjetivas" que lleva a cabo el Derecho contemplando el acto en su significación personal respecto a la posición interna del autor. En la primera dirección, la pregunta reza así: ¿El acto concreto es contrario al ordenamiento jurídico? La contestación afirmativa es el juicio desvalorativo de la antijuricidad..., de la antijuricidad "objetiva" del acto. En la segunda dirección, la pregunta se formula en estos términos: ¿Puede afirmarse la reprochabilidad, esto es, existe la posibilidad de un juicio de valoración negativo concerniente a la posición interna de la psique del autor respecto al acto concreto? La respuesta afirmativa produce como consecuencia la posibilidad de censurar al autor a causa de su... posición interna..., a causa de la «antisocialidad subjetiva»». De un modo claro aparecen en estas palabras de HEGLER la antijuricidad y la culpabilidad como dos juicios valorativos que desde el punto de vista del ordenamiento jurídico recaen sobre el acto en dos direcciones diversas. Ciertamente —dice NIESE (158)— no es correcto referir la antijuricidad a una consideración y valoración «objetivas» y la culpabilidad a una consideración y valoración «subjetivas». Pues en el juicio de antijuricidad el *objeto* de la valoración es en parte subjetivo, ya que dicho objeto es la acción en su estructura final, mientras que en el juicio de culpabilidad es sólo subjetivo, a saber: el proceso interno de la *formación* volitiva, la resolución del sujeto de realizar el acto. Pero la valoración misma es en ambos casos «objetiva».

El problema que está en debate —dice certeramente NIESE (159)— radica en la correcta distinción entre la valoración y su objeto. En la antijuricidad hace ya tiempo que se ha llegado a un acuerdo. Efectivamente, nadie admite hoy, cuando se afirma el juicio desvalorativo de que una acción es antijurídica, que dicha acción sea una parte integrante, un «elemento» del juicio de antijuricidad. En cambio, en

(156) *Täterschaft*, página 37.

(157) *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente*, en el *Frank-Festgabe*, 1930, volumen I, página 302.

(158) *Finalität*, página 29.

(159) *Finalität*, páginas 29 y 30.

la doctrina de la culpabilidad se sigue aún creyendo que es preciso considerar al dolo como una parte integrante de la culpabilidad. Esto constituye ya un evidente error desde el punto de vista lógico, pues al proceder de tal suerte aparece como parte del juicio lo que en realidad es sólo objeto de él. Pero es aún menos sostenible desde el momento que la doctrina normativa ha superado a la psicológica al poner claramente de relieve que la relación psicológica del autor con su acto, el hecho interno de que el autor haya o no conocido la trascendencia del acto no es «la culpabilidad»; pues ésta sólo surge en virtud de la relación entre esta situación fáctica psíquica y las exigencias del deber que impone el ordenamiento jurídico. Precisamente en ello radica el que la culpabilidad aparezca como un juicio desvalorativo que el Derecho hace recaer sobre dicha situación fáctica psicológica. Y las palabras «reprochabilidad» y «exigibilidad» con las que se expresa hoy comúnmente la propia naturaleza de la culpabilidad, son una confirmación de lo dicho. Si se «reprocha» al autor una conducta antijurídica porque dada su situación se esperaba y se podía «exigir» de él que se hubiera comportado conforme a Derecho, y si se ve la culpabilidad en el hecho de que la motivación del autor ha sido contraria al deber impuesto por el ordenamiento jurídico, ello supone que el proceso motivatorio «culpable» ha sido, como tal, valorado negativamente desde fuera, esto es, que ha recibido la impronta de la culpabilidad. De la misma manera que la acción es el objeto del juicio de antijuricidad, el proceso de motivación es aquí el objeto del juicio de culpabilidad. Y esto ha de entenderse tanto respecto al conocimiento del autor de la trascendencia fáctica de su conducta, como a su conocimiento de la trascendencia jurídica de la misma, con irrelevancia de que se conciban ambos (conocimientos) conjuntamente como dolo (*qua dolus malus*), o por separado, como dolo «natural» (= a conocimiento del tipo) y como el especial «elemento de la culpabilidad» de la conciencia de la ilicitud (= a conocimiento de la ilicitud), respectivamente. También este último, el conocimiento de la ilicitud, es como situación fáctica psíquica, considerado en sí, indiferente para la culpabilidad; pues ésta sólo deviene culpabilidad en virtud del elemento normativo de la exigibilidad, como resulta del § 54 del Código (que regula el estado de necesidad como causa de falta de culpabilidad). El «elemento normativo» no es uno entre varios «elementos de culpabilidad» que al fundirse en un complejo constituirían la «culpabilidad», sino que sólo él hace surgir el reproche de culpabilidad que, supuesta la imputabilidad del sujeto, recae sobre la situación fáctica psicológica.

Este pensamiento —dice NIESE (160)— se percibe también en

(160) *Finalität*, página 31.

muchos representantes de la doctrina normativa de la culpabilidad. Así, aparte HEGLER, y para no citar más que dos ejemplos destacados, en JAMES GOLDSCHMIDT y en ALEXANDER GRAF ZU DOHNA.

a') GOLDSCHMIDT, en el artículo *Normativer Schuldberggriff*, publicado en el *Frank-Festgabe*, volumen I, páginas 438 y siguientes, rechaza en verdad, en primer término, la opinión de que la culpabilidad sea sólo el «juicio desvalorativo» que recae sobre la situación animica, por considerar que esto es demasiado amplio. Más bien, dice, habrá que entender por «característica normativa de la culpabilidad el sentido de dicho juicio desvalorativo, a saber: la "relación modal" en que se encuentra la situación fáctica animica, esto es, la motivación, con el módulo valorativo aplicado, y dicha relación deviene, en virtud de la absolutización del módulo, una propiedad de la motivación, precisamente la censurabilidad de la misma». En este punto —dice NIESE (161)—, creo que el lenguaje ha inducido a GOLDSCHMIDT a una falsa deducción. El juicio desvalorativo «esta motivación es censurable» se puede también expresar diciendo que se ha comprobado la existencia de una «motivación censurable». Pero con ello el módulo absoluto (abstracto) en virtud del que aparece la motivación como censurable, o, respectivamente, el juicio concreto derivado de él, no deviene una «propiedad» en el sentido de una parte integrante de la motivación misma. El juicio (censurable) y su objeto (la motivación), no obstante la conexión idiomática, no se funden en una unidad lógica que fuera a la vez valorización y valorizado. Tampoco cuando se habla de una «acción antijurídica» se afirma tal cosa (162). Más adelante dice el mismo GOLDSCHMIDT: «Incluso la trascendencia conocida o cognoscible de la conducta antijurídica sólo es, en sentido estricto, presupuesto, pero no parte integrante de la motivación reprochable».

b') Con toda claridad distingue GRAF ZU DOHNA la valoración y lo valorizado. En su monografía sobre «La estructura de la doctrina del delito» (163) se diferencian desde el primer momento el «objeto de la valoración» —esto es, la «acción» (el tipo objetivo) y la relación psi-

(161) *Finalität*, página 31.

(162) «Creo, dice NIESE (*Finalität*, página 31, nota 52), que este equívoco tiene su fundamento en que se emplea la misma forma gramatical del sustantivo adjetivado, tanto para caracterizar las "propiedades" ontológicas que "pertenece" a un objeto, como para expresar un juicio valorativo sobre el objeto. Si, v. gr., A encuentra de su agrado una tela de tonalidad verde, que en cambio no le gusta a B, entonces dice A: "es una bonita tela verde", y B: "es una tela verde muy fea". "Bonita" y "fea" son juicios valorativos sobre la tela; "verde" es una propiedad de la misma. A mi entender, aquí se trata de la distinción entre el hecho ontológico y el juicio de valoración normativo, que también en otros casos origina a menudo grandes dificultades.»

(163) *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a edición, 1950.

quica del autor con ella (el tipo subjetivo)—, de la «valoración del objeto», que es doble, a saber: la antijuricidad y la culpabilidad. Respecto a esta última, dice (164): «La esencia de la culpabilidad yace en la valoración del tipo subjetivo, así como la esencia de la antijuricidad radica en la valoración del tipo objetivo. Pero lo mismo éste que aquél pueden tener carácter positivo o negativo». El objeto de esta valoración (de la culpabilidad) es por un lado el conocimiento o no conocimiento del tipo, y por el otro, el conocimiento o no conocimiento de la ilicitud, siendo de advertir que este conocimiento o no conocimiento de la ilicitud, a su vez, «sólo representa un objeto ulterior de la relación psíquica». «El concepto psicológico (de la culpabilidad) dice GRAF ZU DOHNA (165), veía la propia esencia de la culpabilidad en una relación psíquica del autor con el acto. Pero al proceder así no tenía en cuenta, en primer término, que esto no era aplicable a la culpa... puesto que en ella falta precisamente tal relación psíquica; y en segundo término olvidaba que la comprobación de la existencia de tal relación aún no supone la culpabilidad». «El pensamiento de la exigibilidad... que es idéntico al de la infracción del deber en el sentido de que el ataque contra las normas del Derecho no puede considerarse como contrario al deber cuando no es posible exigir del agente una conducta adecuada a la norma, juega en la doctrina de la culpabilidad el mismo papel que el pensamiento de la antijuricidad en el ámbito de la realización típica objetiva. En la exigibilidad hemos de ver la característica central de todas las acciones culposas —el presupuesto común, sólo con arreglo al cual las realizaciones típicas, tanto dolosas como no dolosas, fundamentan un reproche a título de culpabilidad. Pero dentro del ámbito de las conductas voluntarias que infringen el deber, el contraste acciones dolosas-acciones no dolosas juega el mismo papel que el contraste acciones-omisiones en la esfera de la antijuricidad» (166).

De esta suerte —dice NIESE (167)— la doctrina normativa de la culpabilidad alcanza su meta última a través de un desarrollo consecuente de sus premisas. La doctrina psicológica al ver la propia esencia de la culpabilidad en la relación psíquica del autor con el acto, tropezaba con el escollo insuperable de no poder subsumir bajo un concepto superior común de culpabilidad el contraste psicológico representado por el dolo y la culpa (= a no dolo), lo que la conduce a veces a negar el carácter de culpabilidad de la culpa inconsciente. Frente a la doctrina psicológica, la normativa, «después de un largo

(164) *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, páginas 22 y 23.

(165) *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, página 39.

(166) *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, página 42.

(167) *Finalität*, páginas 32 y 33.

proceso», ve al principio en el «elemento normativo de la culpabilidad», en la exigibilidad, la característica genérica común a ambas especies (dolo y culpa), y concibe «la culpabilidad» como una fusión de la situación fáctica psicológica —el autor ha conocido o no la trascendencia de su acción— con el elemento normativo de la exigibilidad o reprochabilidad. GRAF ZU DOHNA va aún más allá, y con todo acierto deriva la «culpabilidad» solamente de la valoración normativa de las dos situaciones psíquicas del dolo y del no dolo, en sí indiferentes para la culpabilidad.

Otros ejemplos podrían aducirse aún en confirmación de la tesis de que la construcción finalista, *en lo que concierne a los delitos dolosos*, se encuentra en mejores condiciones que la tradicional para comprender los diferentes problemas propios de esta clase de hechos punibles. Creo, sin embargo, que las consideraciones precedentes bastan para que el lector pueda formarse un juicio sobre el problema, que por tratarse, como decíamos al comienzo, de algo genuino de la legislación penal alemana, tan distinta en muchos puntos fundamentales de la nuestra, habrá de estar en todo momento condicionado por esta naturaleza específica del objeto sobre el que ha de recaer el juicio. Pero estas limitaciones, que lógicamente no se dan en las Ciencias Naturales, ni en Filosofía, ni siquiera en los estudios jurídicos de índole esencialmente histórica, son inherentes a las disciplinas elaboradas sobre la base de la legislación positiva de cada país. En este caso, todo o casi todo depende de la base legal y sólo en vista de ello es posible comprender el porqué y el sentido de una doctrina. Por ello, las consideraciones precedentes sobre el finalismo y los delitos dolosos han de estar por modo necesario sujetas en todo instante a estas naturales reservas.

INDICE

PREAMBULO	7
<i>Primera parte:</i>	
EL CONCEPTO DE LA ACCION EN LA DOCTRINA TRADICIONAL	13
§ 1. Las formas del concepto de acción	15
§ 2. El concepto «natural» de la acción	19
§ 3. La crítica del concepto «natural» de la acción	24
<i>Segunda parte:</i>	
EL CONCEPTO DE LA ACCION SEGUN LA DOCTRINA FINALISTA	29
§ 4. El concepto de la acción en el <i>Lehrbuch</i> de WELZEL ...	31
A) La acción dolosa	32
B) La acción culposa	33
C) Crítica del concepto natural de la acción	34
D) El tipo del injusto	36
E) El dolo	37
F) La culpabilidad	42
G) El error	42
H) El delito culposo	43
§ 5. Escritos posteriores de WELZEL. El anuncio de la rectificación en el problema de la culpa	45
§ 6. NIESE y la «finalidad potencial»	49
§ 7. El sistema de WELZEL en la monografía de 1952 ...	58
§ 8. La acción y los delitos culposos según NIESE ...	65
§ 9. La repercusión en la práctica de la doctrina finalista.	76
§ 10. La crítica	83

JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ

A) ENGISCH (1944)	83
B) BOCKELMANN (1949)	90
C) MEZGER (1950-1952)	104
a) <i>La crítica según el Kurz-Lehrbuch</i>	104
b) <i>La crítica en el artículo de la Juristenzeitung</i>	109
D) MAIHOFER (1953)	114
§ 11. La doctrina finalista y la acción como base unitaria del sistema	124
§ 12. La doctrina finalista y los delitos dolosos	133

EL PRESENTE FASCICULO, CUADERNO I
DEL VOLUMEN XXVII DE *ANALES DE
LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA*, CO-
RRESPONDIENTE AL CURSO 1953-54. DE-
DICADO A DERECHO, FUE TERMINADO
DE IMPRIMIR EN LA TIPOGRAFIA
MODERNA, DE LA CIUDAD DE VALEN-
CIA, EL DIA 24 DE SEPTIEMBRE DE 1953,
FESTIVIDAD DE NUÉSTRA SEÑORA DE
LA MERCED, REDENTORA DE
CAUTIVOS

LAUS ✠ DEO

SECRETARIADO DE PUBLICACIONES, INTERCAMBIO CIENTIFICO Y
EXTENSION UNIVERSITARIA DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

VOLUMEN 1.º — 1920-1921

- CUADERNO 1.º—Nota preliminar. El presente de las Universidades y el porvenir en sus relaciones con el régimen autonómico. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1920 a 1921, por el *Dr. D. Adolfo Gil y Morte*, Catedrático de Medicina.—Acuerdos del Claustro de la Universidad referentes a la publicación de estos ANALES.—Asamblea Universitaria: convocatoria.—64 páginas.
- CUADERNO 2.º—Instituto de Idiomas: Antecedentes, Reglamento y Memorias de los Cursos 1919-1920 y 1920-1921.—Instituto de Estudios Actuariales.—Instituto de Nipiología.—92 páginas.
- CUADERNO 3.º—Don Rafael de Olóriz y sus fundaciones culturales, por el *Doctor D. Joaquín Ros*, Catedrático de Derecho.—Asamblea Universitaria.—48 páginas y cinco láminas.
- CUADERNO 4.º—Intercambio Universitario.—Los estudios de Química Biológica en las Universidades de Zaragoza y Valencia: Conferencias de los *Doctores Rocasolano y Bermejo* y Crónica de los actos realizados.—Profilaxis del Paludismo por el cultivo de las algas caráceas: Conferencia del *Dr. Caballero*.—140 páginas, dos láminas y un grabado.
- CUADERNOS 5.º A 8.º—Extensión Universitaria.—Facultad de Derecho: Conferencias de los *Doctores Villalonga, De Benito, Gallardo, Cabrera y Jordana*.—Nota de la Redacción.—Índice del volumen 1.º.—178 páginas.

VOLUMEN 2.º — 1921-1922

- CUADERNO 9.º.—Influencia de la Química en la Economía nacional. Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1921 a 1922, por el *Dr. D. Enrique Castell y Oria*, Catedrático de Ciencias.—42 páginas.
- CUADERNO 10.—Documentos referentes a la Autonomía Universitaria y su implantación en la Universidad de Valencia.—136 páginas.
- CUADERNO 11.—La Enseñanza de Lenguas Modernas en los Estados Unidos.—Conferencias del *Profesor Wilkins*.—152 páginas.
- CUADERNOS 12 y 13.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1919-1920 y 1920-1921, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—130 páginas.
- CUADERNOS 14 A 16.—Extensión Universitaria.—Facultad de Filosofía y Letras: Conferencias de los Doctores *D. Pedro María López*, *D. Vicente Losada* y *D. Ramón Velasco y Pajares*.—Índice del volumen 2.º— 80 páginas. (Agotado).

VOLUMEN 3.º — 1922-1923

- CUADERNO 17.—Intereses españoles derivados de la Oceanografía. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1922 a 1923, por el *Dr. D. Ramón Velasco y Pajares*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—92 páginas.
- CUADERNO 18.—Extensión Universitaria.—Facultad de Filosofía y Letras: Conferencias del *Doctor D. Rafael Altamira* y sumario de las del *Doctor D. José Deleito*.—40 páginas.
- CUADERNO 19.—El antiguo patrimonio de la Universidad de Valencia.—Memoria del *Dr. D. Carlos Riba*.—144 páginas y dos láminas.
- CUADERNOS 20 A 24.—Estudios monográficos y servicios clínicos de la Facultad de Medicina.—Índice del volumen 3.º—228 páginas, un grabado y ocho láminas.

VOLUMEN 4.º — 1923-1924

- CUADERNO 25.—La hipótesis de una primitiva reliquia totémica ante la Prehistoria y la Etnología. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1923 a 1924, por el *Doctor D. Manuel Cabrera y Warleta*, Catedrático de Derecho.—68 páginas.
- CUADERNO 26.—Extensión Universitaria.—Facultad de Derecho: Conferencias de los *Sres. Maeztu y Atard González*.—48 páginas.
- CUADERNOS 27 y 28.—Facultad de Derecho: Conferencias de los *Doctores Ots Capdequí y De Benito*.—La R. P. en Bélgica, por el *Dr. D. Mariano Gómez y González*.—124 páginas. (Agotado).
- CUADERNOS 29 y 30.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1921-1922 y 1922-1923, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—136 páginas.
- CUADERNOS 31 y 32.—La vida de la Universidad de Valencia desde 1919 a 1924, por el *Dr. Deleito y Piñuela*.—La reforma de la Segunda Enseñanza, Ponencia de la Facultad de Filosofía y Letras.—El «Colegio de San Pablo» y el de «Na Monforta».—Índice del volumen 4.º—88 páginas.

VOLUMEN 5.º — 1924-1925

- CUADERNO 33.—¡Amemus patriam!—La influencia española en la cultura mundial. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1924 a 1925, por el *Dr. D. Vicente Pesel y Cervera*, Catedrático de Medicina.—120 páginas.
- CUADERNO 34.—Don Ignacio Tarazona y el Observatorio Astronómico de la Universidad de Valencia.—54 páginas y 8 láminas.
- CUADERNOS 35 a 38.—Precedentes de la Universidad de Valencia, por el *Dr. D. Antonio de la Torre y del Cerro*, Catedrático de la Universidad de Barcelona.—128 páginas.

CUADERNOS 39 Y 40.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1923-1924 y 1924-1925, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—Índice del volumen 5.º.—120 páginas.

VOLUMEN 6.º — 1925-1926

CUADERNO. 41.—La Botánica en España. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1925 a 1926, por el *Doctor Don Francisco Beltrán Bigorra*, Catedrático de Ciencias.—66 páginas.

CUADERNOS 42 A 44.—Extensión universitaria.—Facultad de Derecho: Conferencias acerca de «La Organización y las actividades de la Sociedad de las Naciones».—156 páginas y 4 láminas.

CUADERNOS 45 A 47.—La enseñanza de la Patología General en la Facultad de Medicina de Valencia, por el *Dr. D. Ramón Vila y Barberá*, Catedrático titular de dicha asignatura.—76 páginas, 3 grabados y 6 láminas.

CUADERNO 48.—«Premio Olóriz».—Estudio histórico-crítico del Código Penal Argentino de 1922, por *D. Elías Izquierdo Maronda*, Doctor en Derecho.—El tercero en nuestro sistema hipotecario, por *D. José María Casado Pallarés*, Licenciado en Derecho.—82 páginas.

VOLUMEN 7.º — 1927-1928

CUADERNO 49.—San Francisco de Asís. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1926 a 1927, por el *Dr. D. José Casado y García*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—72 páginas.

CUADERNOS 50 Y 51.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1925-1926 y 1926-1927, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—128 páginas.

CUADERNOS 52 A 54.—La Representación Profesional en las Asambleas Legislativas, por *D. José Medina Echevarría*, alumno pensionado por la Universidad de Valencia.—90 páginas.

CUADERNOS 55 Y 56.—(Sin publicar).

VOLUMEN 8.º — 1927-1928

CUADERNO 57.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1927 a 1928, por el *Ilmo. Sr. Dr. D. Joaquín Ros y Gómez*, Catedrático de la Facultad de Derecho.—62 páginas. (Agotado).

CUADERNOS 58 Y 59.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1927-1928 y 1928-1929, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—122 páginas.

CUADERNOS 60 A 64.—(Sin publicar).

VOLUMEN 9.º — 1928-1929

CUADERNO 65.—Orientación quirúrgica. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1928 a 1929, por el *Dr. D. Enrique López Sancho*, Catedrático de la Facultad de Medicina.—70 páginas.

CUADERNOS 66 Y 67.—Biografías de Francisco Pérez Bayer y José Iborra García, por el *Dr. D. Francisco Cantó Blasco*.—52 páginas y 2 láminas.

CUADERNOS 68 Y 69.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1929-1930 y 1930-1931, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—112 páginas.

CUADERNOS 70 A 72.—(Sin publicar).

VOLUMEN 10 — 1929-1930

CUADERNO 73.—La Química al servicio de la patria. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1929 a 1930, por el *Dr. D. José Gascó y Oliag*, Catedrático de la Facultad de Ciencias.—62 páginas.

CUADERNO 74.—La poesía del Cancionero de Uppsala, por *D. Leopoldo Querol Roso*.—118 páginas.

CUADERNOS 75 y 76.—Memorias y Estadísticas de los Cursos 1931-1932 y 1932-1933, preparadas por la Secretaría general de la Universidad de Valencia.—76 páginas.

CUADERNOS 77 A 80.—(Sin publicar).

VOLUMEN 11 — 1930-1931

CUADERNO 81.—El concepto romántico de la Historia. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1930 a 1931, por el *Dr. D. Juan de Contreras, Marqués de Lozoya*, Catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras.—56 páginas.

CUADERNO 82.—Discurso leído por el *Excmo. Sr. Conde de Gimeno*, en la solemne sesión necrológica que la Facultad de Medicina de Valencia celebró el 6 de diciembre de 1930, en honor del ilustre sabio español *Jaimé Ferrán*.—34 páginas.

CUADERNO 83.—Facultad de Filosofía y Letras. Seminario de Arte Valenciano. Historia de la Pintura Valenciana. Memoria y Trabajos de los Cursos 1928-1929 y 1929-1930.—152 páginas y 14 láminas.

CUADERNOS 84 A 88.—(Sin publicar).

VOLUMEN 12 — 1931-1932

CUADERNO 89.—Los sistemas sociales contemporáneos y sus direcciones convergentes. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1931 a 1932, por el *Dr. D. José Castán Tobeñas*, Catedrático de la Facultad de Derecho.—120 páginas.

CUADERNO 90.—Negros y mulatos de Nueva España. (Historia de su alzamiento en Méjico en 1612), por *D. Luis Querol y Roso*, Ex Profesor de la Universidad de Valencia y Catedrático de Geografía e Historia.—46 páginas.

CUADERNOS 91 A 96.—(Sin publicar).

VOLUMEN 13 — 1932-1933

CUADERNO 97.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1932 a 1933, por el *Dr. Jesús Bartrina Capella*, Catedrático de la Facultad de Medicina.—70 páginas. (Agotado).

CUADERNOS 98 A 104.—(Sin publicar).

VOLUMEN 14 — 1933-1934

CUADERNO 105.—El azar y los fundamentos del cálculo de probabilidades. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1933 a 1934, por el *Dr. D. Sixto Cámara Teedor*, Catedrático de la Facultad de Ciencias.—84 páginas.

CUADERNO 106.—Los cuantos de acción, por *D. Fernando Ramón y Ferrando*, Profesor de Física de la Universidad de Valencia.—72 páginas.

CUADERNO 107.—El nuevo derecho de propiedad individual, Monografía, por *D. Manuel Marqués y Segarra*, Licenciado en Derecho.—92 páginas.

CUADERNOS 108 A 112.—(Sin publicar).

VOLUMEN 15 — 1934-1935

CUADERNO 113.—Juan Ortiz de Zárate. Tercer Adelantado del Río de la Plata 1515?-1576, por *D. Emilio Gómez Nadal*.—152 páginas.

CUADERNOS 124 A 128.—(Sin publicar).

VOLUMEN 16 — 1939-1940

CUADERNO 121.—El concepto de Nación según José Antonio. Discurso leído en la solemne apertura del Curso de 1939 a 1940, por el *Ilmo. Sr. Dr. D. Francisco Alcayde y Vilar*, Catedrático y Decano de la Facultad de Letras.—32 páginas. (Agotado).

CUADERNO 162.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1944 a 1945, por *D. Rafael Cerezo Enriquez*, Jefe del Frente de Juventudes del Distrito Universitario de Valencia.—18 páginas.

CUADERNOS 163 A 168.—(Sin publicar).

VOLUMEN 22 — 1945-1946

CUADERNO 169.—Influencia social de la Medicina. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso 1945 a 1946, por el *Dr. D. Miguel Martí Pastor*, Catedrático de la Facultad de Medicina.—54 páginas.

CUADERNO 170.—Discurso leído en la solemne apertura del Curso 1945 a 1946, por el camarada *Rafael Cerezo Enriquez*, Jefe del Frente de Juventudes del Distrito Universitario de Valencia.—20 páginas.

CUADERNOS 171 A 176.—(Sin publicar).

VOLUMEN 23 — 1946-1947

CUADERNO 177.—Orientaciones analíticas para el estudio químico de los subproductos del arroz. Discurso leído en la solemne inauguración del Curso 1946 a 1947, por *D. Francisco de A. Bosch Ariño*, Vicedecano de la Facultad de Ciencias.—86 páginas.

CUADERNOS 178 A 184.—(Sin publicar).

VOLUMEN 24 — 1950-1951

CUADERNO I.—*Filosofía y Letras*. Las pasiones como enlace entre el alma y el cuerpo, por *D. Francisco Alcaide Vilar*.—116 páginas.

CUADERNO II.—*Ciencias*. Avances en la Tecnología de los agrios y del arroz, por el *Laboratorio de Química de la Facultad de Ciencias*.—148 páginas.

CUADERNO III.—Crónica de la Vida Universitaria en el curso 1950-51. 162 páginas.

VOLUMEN 25 — 1951-52

CUADERNO I.—*Ciencias*. La técnica fotográfica en física nuclear y radiación cósmica, por D. *Joaquín Catalá de Alamy*.—XVI + 76 páginas.

CUADERNO II.—*Derecho*. Lección de Pío XII a los juristas, por D. *José Corts Grau*; Evolución y problemas del Derecho presupuestario, por D. *José M.^a Naharro Mora*; Polémica española sobre el «Ensayo», de Donoso Cortés, por D. *Diego Sevilla Andrés*. Notas y comentarios.—185 páginas.

CUADERNO III.—*Medicina*. Ferrán: hombre de ciencia, por D. *Luis Barjau Gallach*; Ferrán: Bacteriólogo y sanitario, por D. *Juan Durich Espuñes*; Ferrán y el cólera del 85 en Valencia, por D. *Vicente Sanchis Bayarri*; Ferrán: Caballero español, por D. *José Martí Mateu*.—Notas y comunicaciones: Estudio sobre las lesiones Anatomo-patológicas del reumatismo cardíaco deducidas en una estadística de mil autopsias locales, por D. *Antonio Llombart-Rodríguez*; Las universidades canadienses y los estudios de medicina.—La Universidad Mc. Gill de Montreal, por D. *Wenceslao Calvo*.

CUADERNO IV.—*Filosofía y Letras*. Génesis y ascendencia de Celestina, por D. *Francisco Sánchez-Castañer y Mena*. (En prensa.)

CUADERNO V.—Crónica de la vida universitaria en el curso 1951-52. 244 páginas.

VOLUMEN 26 — 1952-53

CUADERNO I.—*Filosofía y Letras*. La lección política de los Reyes Católicos, por D. *Pablo Alvarez Rubiano*. 139 págs.

CUADERNO II.—*Ciencias*. Producción de anhídrido sulfuroso puro mediante la técnica de polvo fluidificado, por W. K. *Lewis*, E. *Costa Novella*, W. M. *Chow*. Desecación, por D. *Enrique Costa Novella*.—104 páginas.

CUADERNO III.—*Derecho*. Una perspectiva histórica del proceso: la «Litis contestatio» y sus consecuencias, por D. *Victor*

Fairen Guillén; Concepto de la reproducción o repetición del negocio en la doctrina italiana, por *D. Ismael Peidro Pastor*; Las instituciones administrativas y judiciales de las ciudades en la España medieval, por *D. José María Font Rius*. Notas y comentarios, por *D. Francisco Vives Villamazares*.

CUADERNO IV.—*Medicina*. Nuevas aportaciones experimentales a la microquímica alcaloide en medicina legal, por *D. Miguel Fernández Fresneda*. (En prensa).

OTRAS PUBLICACIONES

- Catálogo de una serie de cartas de los Reyes Católicos, por *C. Abenia* y *R. Báguena*, con una introducción de *D. Manuel Ballesteros-Gai-brois*. Valencia, 1945. 15 pesetas.
- Bases para el estudio de la Patología Quirúrgica, por *D. José Gasco Pascual*. Valencia, 1944. 12 pesetas.
- El trastorno mental transitorio, por *D. Leopoldo López Gómez*. Valencia, 1945. 10 pesetas.
- Intoxicaciones por los hongos, por *D. Leopoldo López Gómez*. Valencia, 1947. 18 pesetas.
- La Academia Valenciana de Bellas Artes, por *D. Felipe Garín Ortiz*. Valencia, 1945. 15 pesetas.
- Lecciones de clínica hidrológica, por *D. Tomás Alcober*. Valencia, 1947. 45 pesetas.
- Memoria anual de la Universidad de Valencia. Curso 1945-46.
- Estudios acerca de calores de disolución y dilución, por *D. Manuel Colomina Barberá*. Valencia, 1947. 27 pesetas.
- Catalogus Seminum in Horto Botanico Universitatis Valentinae (Publicación anual).
- El clima de la España cuaternaria y los factores de su formación, por *D. Luis García-Sainz*. Valencia, 1947. 100 pesetas.
- Penumbra y primeros albos en la génesis y evolución del mito qui-jotesco, por *D. Francisco Sánchez-Castañer y Mena*. Valencia, 1948. 60 pesetas.
- Las dos fases del regionalismo internacional, por *D. José Ramón de Orúe*. Valencia, 1949. 30 pesetas.
- Evolución de la Quimioterapia, por el *Dr. D. Vicente Belloch Montesi-nos*. Valencia, 1949. 50 pesetas.

Para la adquisición de estas publicaciones, dirigirse al *Secretariado de Publicaciones*. Universidad de Valencia.