

LA RECEPCIÓN DEL FINALISMO EN ESPAÑA: ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CARÁCTER METODOLÓGICO*

MARIO MARAVER GÓMEZ **

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL CAMINO HACIA LA DOGMÁTICA EN LA HISTORIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA. II. EL FINALISMO: SU CONTRIBUCIÓN AL DEBATE SOBRE EL OBJETO Y EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL. 1. Positivismo y neokantismo. 2. La naturaleza de las cosas. 3. Welzel y las estructuras lógico-objetivas. 4. Las primeras consideraciones sobre la metodología de Welzel por parte de los autores españoles. III. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINAL Y LA VALORACIÓN DE SUS PLANTEAMIENTOS SISTEMÁTICOS. 1. Una concepción del Derecho penal de naturaleza positiva y ético-social. 2. La acción final. 3. La acción final en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes. 4. Desvalor de acción y desvalor del resultado. 5. La adecuación social. 6. El carácter normativo de la culpabilidad y la teoría estricta de la culpabilidad. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL CAMINO HACIA LA DOGMÁTICA EN LA HISTORIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA

Es generalmente reconocido que la ciencia del Derecho penal tiene su origen en la segunda mitad del siglo XVIII. En ese momento, el racionalismo del pensamiento ilustrado generó una corriente profundamente crítica con los abusos y arbitrariedades que habían caracterizado la legislación penal del Antiguo Régimen. Las reflexiones en materia penal dejaron de tener el carácter puntual propio de épocas anteriores y fueron apareciendo estudios más o

* El presente artículo es una versión ampliada del trabajo presentado por el autor en el curso de doctorado: "Las ideas jurídico-políticas de la España de los siglos XIX y XX", impartido en la Universidad Autónoma de Madrid por el Prof. Dr. D. Elías Díaz García. Curso 1998-1999.

** Becario F.P.I. de la Comunidad de Madrid. Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

menos sistemáticos en los que se podía apreciar una mayor preocupación por el ordenamiento penal positivo¹.

Ilustrados como Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria o Lardizábal presentaron, efectivamente, una serie de propuestas relativas no sólo a los contenidos concretos de las leyes penales, sino también a los principios que debían inspirar su elaboración, interpretación y aplicación. No se trataba, en su caso, de estudios que pudieran considerarse propiamente científicos, pero sí tuvieron el mérito de destacar el objeto sobre el que luego, durante el proceso codificador, habrían de trabajar autores como Bentham, Romagnosci, Filangieri o Feuerbach, con los que puede decirse que nace realmente la ciencia de Derecho penal².

En España, la menor intensidad con la que llegaron a desarrollarse las teorías ilustradas condujo a una especial forma de afrontar el estudio del Derecho penal. En ese sentido, aunque en líneas generales se pueda apreciar la evolución apuntada, es importante llamar la atención sobre dos aspectos que permiten reconocer en los trabajos de nuestros ilustrados un mayor contenido científico y una más estrecha relación con los principios característicos de lo que posteriormente sería la Escuela Clásica. Esos aspectos son, concretamente, la especial atención otorgada al Derecho penal positivo y la constante presencia de criterios de carácter moral. El sistema absolutista que seguía vigente a finales del siglo XVIII había conseguido frenar las iniciales aspiraciones de los ilustrados españoles, obligándolos a renunciar a todas aquellas propuestas que pudieran poner en duda el poder absoluto de la Monarquía. Se pretendía, únicamente, una reforma “desde arriba” que tuviera más en cuenta lo jurídico-legislativo que lo filosófico-político³. Por otra parte, nuestra fuerte tradición senequista y cristiana provocó que autores como Lardizábal dotaran a sus planteamientos de un cierto contenido ético basado en la idea de correc-

¹ La coherencia con la que desarrollaron sus críticas los reformistas ilustrados y la especial atención que prestaron al Derecho penal positivo parecen ser los principales criterios manejados por la doctrina para determinar el origen de la ciencia jurídico-penal. Cfr., por ejemplo, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General I*, Madrid, 1994, 4ª. ed., pp. 86-88; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Barcelona, 1970, (reimp. 1975), pp. 45-55; F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta. Siglos XVI-XVII y XVIII*, Madrid, 1969, pp. 85 ss.

² Cfr. J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), pp. 60-61. J. CEREZO MIR, *PGI*⁴, (nota 1), pp. 88 ss., incluye también en este último grupo los nombres de Lardizábal y Beccaria.

³ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, (nota 1), pp. 104-112.

ción, lo que concedía a su pensamiento un sentido “unitario” y “moderno” bastante superior al de otros penalistas ilustrados⁴.

El principal problema que tenían los trabajos de los ilustrados era, precisamente, su naturaleza eminentemente política y divulgativa. Cuando sus planteamientos prendían definitivamente en el proceso codificador, empezaba a ponerse de manifiesto la necesidad de dotar de un contenido más preciso a las normas jurídicas⁵. Así, si en un principio se optó por desarrollar al máximo las ideas contractualistas, pronto se intentó superar su formalismo buscando criterios que pudieran derivarse de la razón o de la naturaleza del ser humano. Eso es a lo que dedicarían sus esfuerzos, durante el siglo XIX, tanto la escuela clásica como la escuela positiva.

La escuela clásica se caracterizó por mantener una concepción trascendente del Derecho penal. Dentro de ella, Carmignani, Rossi y Carrara partían de la idea de que el mundo responde a un orden racional y necesario que es anterior al ser humano y que, por lo tanto, trasciende su voluntad⁶. Si bien reconocían que el Derecho venía a ser la parte de ese orden relativa a la vida en sociedad, entendían que eso no significaba que pudiera ser creado directamente por el ser humano, sino que debía deducirse de su particular naturaleza⁷. Se basaban así en un iusnaturalismo racionalista que establecía el Derecho en virtud de principios ideales y abstractos definidos por la razón. Sobre ese objeto ideal aplicaban un procedimiento lógico-deductivo del que iban derivando los postulados que debía recoger el Derecho positivo⁸.

⁴ J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), p. 114.

⁵ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, (nota 1), pp. 93-101.

⁶ Cfr. J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), p. 72.

⁷ En la propia naturaleza del ser humano se querían encontrar diferentes derechos y libertades de carácter universal e inmutable cuya lesión exigiera la aplicación de una pena. Para el clasicismo ecléctico de Rossi, situado entre el contractualismo de Carmignani y el iusnaturalismo racionalista de Carrara, esa pena cumpliría una función retributiva derivada del carácter moral de la ley penal, pero también una función preventiva tendente a restablecer la vigencia de los principios jurídicos. Es este clasicismo ecléctico de Rossi el que sería adoptado en España por Pacheco y por el padre Jerónimo Montes, que también procuraron combinar los principios de utilidad social y justicia material Cfr. J. CEREZO MIR, *PGI*⁴, (nota 1), pp. 97-99; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), pp. 134-138.

⁸ Cfr. J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), p. 77; S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 174; L. MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1993, 3ª. ed., p. 52.

Frente a la escuela clásica surgió, en la segunda mitad del siglo XIX, la escuela positiva. La crisis del estado liberal y la rápida difusión alcanzada por la filosofía positivista habían dado lugar a una nueva forma de entender el Derecho penal. Autores como Lombroso, Garofalo, Ferri y Guichot pretendieron que también en la ciencia jurídico-penal el pensamiento metafísico fuese superado por el positivo. Sostenían que el estudio del delito debía apoyarse en los descubrimientos de disciplinas como la Psicología, la Antropología o la Sociología, pues, a su juicio, la única razón de ser del Derecho penal consistía en la defensa de las condiciones *necesarias* para la vida en sociedad. Desarrollaban de ese modo una metodología de carácter inductivo y experimental que era aplicada a los elementos empíricos o materiales del delito. Lo relevante no era ya el “por qué” del idealismo metafísico, sino el “cómo” científico. Se invertían, por tanto, los planteamientos clásicos: se estudiaban los hechos particulares con objeto de formular proposiciones generales con las que describir la realidad⁹.

En España, si bien pueden encontrarse representantes de esas dos grandes escuelas, la importancia alcanzada por la filosofía krausista iba a condicionar en gran medida el desarrollo que, durante el siglo XIX, tendría la ciencia del Derecho penal¹⁰. Esta filosofía contribuyó a reducir el idealismo abstracto de la Escuela Clásica incidiendo en el elemento de la corrección que ya había destacado Lardizábal y que también podía encontrarse en la obra de Pacheco. Roeder, que había llevado las tesis de Krause al ámbito del Derecho penal, entendía que el delincuente era, básicamente, un ser necesitado de ayuda y corrección. La pena, desde ese punto de vista, no podía ser sólo la consecuencia de haber actuado mal, sino que además debía ser algo que resultase beneficioso para el individuo y para la sociedad. En esa línea se creó la escuela correccionalista española, en la que figuraban nombres como los de Concepción Arenal, Luis Silvela y Félix de Aramburu y Zuloaga¹¹. Poco a poco, la atención se iba centrando en la figura del delincuente y se producía un cierto acercamiento a los planteamientos metodológicos del positivismo¹².

⁹ Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 178-180; L. MORILLAS CUEVA, *Metodología*³, (nota 8), pp. 18-21 y 94; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), p. 79.

¹⁰ Sobre esta particular filosofía y su relación con algunos de los planteamientos propios de la historia del pensamiento español, vid. E. DÍAZ GARCÍA, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, 1973, pp. 18-37.

¹¹ Vid. J. CEREZO MIR, *PGI*⁴, (nota 1), pp. 98-100.

¹² Tales planteamientos se revelaron muy especialmente en la obra de Dorado Montero, quien, aun habiéndose formado en el krausismo, acabó teniendo una estrecha relación con el ideario positivista. Cfr. J. CEREZO MIR, *PGI*⁴, (nota 1), pp. 101-103; S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 266-269; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), pp. 149-154.

La clara oposición existente entre el objeto ideal de la escuela clásica y el material o empírico de la escuela positiva acabó provocando, sin embargo, que el Derecho penal positivo no recibiera el tratamiento teórico necesario. Por esa razón, con objeto de conciliar ambas posturas y recuperar la autonomía de la ciencia del Derecho penal, fueron surgiendo, en los últimos años del siglo XIX, diferentes corrientes o escuelas de carácter intermedio¹³. Compartían con los clásicos el reconocimiento de la culpabilidad como fundamento de la pena y la diferenciación entre imputables e inimputables; se acercaban al positivismo en lo relativo a la negación del libre albedrío y al necesario estudio del delincuente¹⁴. Proponían, concretamente, un estudio del delincuente que prescindiera de la figura del delincuente nato y prestara una mayor atención a la relación del individuo con el ordenamiento jurídico, de tal suerte que la investigación tuviera que centrarse tanto en el elemento social como en el elemento normativo¹⁵. Por otra parte, el positivismo jurídico empezaba a poner en duda la existencia de un orden natural apriorístico. Concebía el delito como algo eminentemente jurídico y renunciaba tanto al racionalismo trascendental de la escuela clásica como a los planteamientos antropológicos de la escuela positiva¹⁶. Este positivismo jurídico y el positivismo crítico de autores como Alimena y von Liszt fueron, en definitiva, los que sentaron las bases para el desarrollo de la dogmática jurídico-penal, es decir, de la ciencia jurídico-penal en sentido estricto¹⁷.

La dogmática penal española presentó una evolución bastante parecida. Si bien es posible encontrar estudios de cierto carácter dogmático ya en el siglo XIX¹⁸, fue realmente la influencia ejercida por las escuelas intermedias - y, especialmente, por el alemán von Liszt - lo que provocó su definitivo desarrollo. Saldaña y Jiménez de Asúa, por un lado, y Cuello Calón, por otro, dieron a conocer, respectivamente, las obras de von Liszt y de Alimena, reprodu-

¹³. En Italia aparece la "Terza scuola" de Carnevale y Alimena, y en Alemania la "Escuela sociológica" o "político-criminal" de von Liszt. Cfr. J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), pp. 87-89.

¹⁴. J. CEREZO MIR, *PGI*⁴, (nota 1), p. 105.

¹⁵. Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 216-227.

¹⁶. Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 200 ss.; L. MORILLAS CUEVA, *Metodología*³, (nota 8), pp. 142 ss.

¹⁷. Fue determinante, a este respecto, la progresiva inclusión en el Derecho positivo de los principios defendidos por el iusnaturalismo. La identificación de la ley con los ideales liberales permitía seguir utilizando un método lógico-formal que, sin embargo, ya no tomará como punto de partida principios trascendentales o apriorísticos. J. M^o. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 53-54.

¹⁸. Vid., por ejemplo, J. CEREZO MIR, *PGI*⁴, (nota 1), p. 97.

ciendo en sus trabajos el positivismo crítico de esas escuelas intermedias y compartiendo con ellas el interés por el estudio del Derecho positivo. El propio Jiménez de Asúa, en el discurso inaugural del curso académico 1931-1932, pronunciado en la Universidad de Madrid, presentaba un estudio sobre "La teoría jurídica del delito" y se convertía con ello en el primer autor español en llevar a cabo un trabajo de carácter enteramente dogmático. A partir de ese momento, otros muchos autores empezaron a mostrar interés por la dogmática jurídico-penal. De entre todos ellos es necesario destacar la labor de José Arturo Rodríguez Muñoz, que daría entrada en nuestro país al neokantismo de Mezger y al finalismo de Welzel, posibilitando así que se reprodujera en España el interesante debate que estaba teniendo lugar en Alemania sobre el objeto y el método de la ciencia del Derecho penal¹⁹.

II. EL FINALISMO: SU CONTRIBUCIÓN AL DEBATE SOBRE EL OBJETO Y EL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

1. Positivismo y neokantismo

Durante el siglo XIX el estudio del Derecho penal se había caracterizado por la utilización de planteamientos basados en el Derecho natural. Tanto la escuela clásica como la escuela positiva pretendieron derivar de la razón o de la naturaleza del ser humano un orden jurídico material y necesario que pudiera determinar el contenido de las normas penales²⁰. Sin embargo, el positivismo legalista derivado de la codificación, por una parte, y el positivismo crítico de las escuelas intermedias, por otra, permitieron que en los últimos años del siglo XIX se produjera un acercamiento al estudio del Derecho positivo. Se trataba de un acercamiento que, ciertamente, procedía de los ámbitos de una y otra escuela, pero que implicaba, en definitiva, el progresivo rechazo de las tesis iusnaturalistas. Se acababa renunciando a la posibilidad de buscar otros criterios que, por estar más allá de las normas positivas, pudieran servir para una más satisfactoria interpretación del Derecho penal. Se entendía que

¹⁹. Rodríguez Muñoz traduce el *Lehrbuch* de Mezger en 1935, y en 1944 publica en la revista "Jus" un artículo sobre "La acción finalista en Derecho penal". Cfr. J. CEREZO MIR, *PG I*⁴, (nota 1), pp. 105 ss; S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 272-274; J. A. SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal*, (nota 1), pp. 165-170.

²⁰. Podría decirse que el de la escuela clásica era un iusnaturalismo "ideal" que partía de la razón, y el de la escuela positiva un iusnaturalismo "existencial" que atendía a lo material. Cfr. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, traducción de F. González Vicén, Madrid, 1957, pp. 5-6.

para hacer verdadera ciencia jurídico-penal era necesario prescindir de elementos valorativos o naturales. El objeto científico lo podían constituir, únicamente, las normas positivas libremente desarrolladas por el legislador. Sobre estas normas positivas y sobre los aspectos de la realidad descritos en ellas, era sobre lo único que se podía desarrollar la metodología lógico-formal propia del conocimiento científico. Lo demás serían consideraciones subjetivas que había que remitir a disciplinas como la ética o la política.

No tardaron en aparecer, sin embargo, voces contrarias a ese formalismo vacío en el que había terminado incurriendo la ciencia del Derecho penal. Una de las más importantes fue la manifestada por el neokantismo de los primeros años del siglo XX, que no volvió a los clásicos planteamientos iusnaturalistas sino que centró su atención en los aspectos gnoseológicos y metodológicos de la ciencia.

Dentro de la neokantiana escuela de Marburgo, autores como Stammler retomaron la doctrina del conocimiento expuesta por Kant en su "Crítica de la razón pura" e incidieron en la idea de que también en el conocimiento del Derecho hay que saber diferenciar entre *forma* y *contenido*. Si, de acuerdo con Kant, el pensamiento humano se caracteriza por tener *formas* apriorísticas e inmutables que condicionan la representación de lo existente, también en el Derecho podrán reconocerse unas estructuras lógico-formales que necesariamente estén presentes al identificar la materia jurídica. En ese sentido, existiría algo con carácter previo que determinase de alguna manera el Derecho positivo. Sería posible mantener la vigencia de un Derecho natural, de un "Derecho natural con contenido cambiante"²¹.

El neokantismo de la escuela sudoccidental de Heidelberg, por otra parte, procuró ir más allá de la constatación de esas categorías formales que orientaban el conocimiento del Derecho para criticar la insuficiencia del formalismo positivista. Windelband y Rickert reconocían que el Derecho seguía teniendo que ser estudiado de manera científica, pero no a partir de la metodología propia de las ciencias naturales. Defendían la existencia de una serie de disciplinas que, aun siendo susceptibles de conocimiento científico, presentarían sustanciales diferencias de índole metodológico con respecto a las ciencias naturales. Era el caso de las genéricamente denominadas "ciencias del espíritu" o "ciencias de la cultura", entre las que se encontraba la ciencia del Derecho. Según estos autores, hasta ese momento el conocimiento científico se

²¹. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, Madrid, 1973, pp. 314-317.

había caracterizado por pretender la formulación de leyes o principios de validez general que permitieran explicar las diferentes manifestaciones de los objetos de la realidad. De acuerdo con ello, el desarrollo de tal conocimiento vendría determinado por la progresiva simplificación de esa realidad, esto es, por la necesidad de atender únicamente a los elementos comunes de los objetos con el fin de verificar las leyes obtenidas. No obstante, habría que reconocer que existen también ciertos elementos que interesan por su particularidad, y no ya por el hecho de que, mediante una definición formal, puedan servir para comprender otras manifestaciones de la realidad. Esto último es lo que ocurriría en disciplinas como la Historia o el Derecho. Los objetos tratados por estas disciplinas importan en su individualidad, y para poder apreciar esa individualidad debe buscarse su relación con algún valor²².

Tales planteamientos fueron adoptados por penalistas como Sauer, Mayer, Radbruch y Mezger. En opinión de estos autores, el Derecho responde a un "juicio teórico-social" que atiende a los criterios de valor reconocidos tanto en la ley positiva como en la historia y en la jurisprudencia. Desde ese punto de vista, la ciencia jurídico-penal lo que debería hacer es buscar la conexión de los elementos que dotan de un sentido valorativo a la norma jurídica. La conexión de esos elementos explicaría el carácter teleológico de los conceptos jurídicos, puesto que todos ellos son conceptos que acaban remitiéndose a una idea o valor central. Se da origen así a una concepción teleológico-valorativa del Derecho penal; a una concepción que Mezger desarrollaría a partir de la idea del bien jurídico. Mezger no renunciaba a las clasificaciones de von Liszt, pero destacaba el aspecto valorativo que necesariamente está presente en todos los elementos del delito. La determinación del fin de la norma, sostenía Mezger, sólo puede llevarse a cabo a través de un procedimiento de lógica material o concreta, y si el valor objetivo está referido concretamente a la protección del bien jurídico, habrá de ser este bien jurídico el que constituya el fin o *telos* con el que determinar la relación de los diferentes elementos del delito²³.

El logicismo formal del positivismo jurídico era sustituido de este modo por un valorativismo en el que la formulación de principios generales requería tener en cuenta aspectos no recogidos expresamente en las leyes positivas. Ello, sin embargo, no suponía un cambio en el objeto de estudio científico. Lo principal seguía siendo el sentido de valor que se desprendía de las normas

²². K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. M. Rodríguez Molinero, Madrid, 1994, pp. 113-117.

²³. Cfr. L. MORILLAS CUEVA, *Metodología* ³, (nota 8), pp. 164-166.

positivas. La integración valorativa sólo aparecía allí donde no llegaba el Derecho positivo, que continuaba siendo la referencia básica para conocer los criterios valorativos que dan sentido jurídico a las normas penales. Por eso se dice que el neokantismo no negaba, realmente, el positivismo jurídico, sino que tan sólo le servía de complemento²⁴. Ni se descartaba la utilización de criterios de carácter lógico-formal²⁵, ni se hacía depender el Derecho positivo de un determinado orden anterior.

2. La naturaleza de las cosas

Dentro del neokantismo de la escuela sudoccidental, Radbruch intentó superar ese relativismo apelando a una cierta *naturaleza de las cosas*. Según Radbruch, dado que las categorías del conocimiento deben estar necesariamente relacionadas con la realidad material, es conveniente negar la tradicional oposición existente entre Derecho ideal y concreto y pregonar un relativismo filosófico-jurídico que respete la resistencia que la *materia* siempre ofrece a la *idea*²⁶. En esa *materia* Radbruch reconocía la presencia de unas “relaciones objetivas” que servirían de base al pensamiento jurídico histórico. No se trataba propiamente de un Derecho natural de carácter universal que partiera de la razón o de la naturaleza del ser humano, sino de un criterio jurídico que atendía a las concretas concepciones históricas del Derecho. Se apelaba, simplemente, a una *naturaleza de las cosas* que, aun no siendo inmuta-

²⁴ De hecho, Kant no quiso contradecir el empirismo en el que se basaba la metodología positivista. Distinguía claramente entre el plano del *ser* (ciencia) y el del *deber ser* (metafísica). Aunque la filosofía de los valores quisiera ir más lejos reconociendo una nueva categoría apriorística como era la referencia al valor, tenía cuidado de mantenerse en el plano del ser y respetar así la diferenciación kantiana. Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 234-241.

²⁵ Si las acciones penalmente relevantes se comprenden a partir de categorías como la causalidad, por ejemplo, las normas jurídicas habrán de recoger también esas mismas categorías. La referencia al valor se incluye entre las categorías apriorísticas que necesariamente forman parte de nuestro conocimiento, pero tales categorías no tienen un carácter excluyente. Ello, sin embargo, no impide reconocer un importante avance con respecto al método positivista: se introducen elementos subjetivos y valorativos en el estudio de conceptos como la acción o la culpabilidad y se acaban relativizando los dogmas establecidos en la ley. Cfr. J. M^a. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, (nota 17), pp. 56-57. Cfr., también, S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), p. 243, que sostiene que ello pudo “haber servido para descartar definitivamente los planteamientos metodológicos propios de las ciencias naturales”.

²⁶ Cfr. G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, México, D. F., 1998, p. 30.

ble, pretendía ofrecer una realidad *objetiva* que orientase la labor del legislador²⁷.

Las críticas más importantes al neokantismo se iban a producir, sin embargo, en el seno de una corriente filosófica distinta. En efecto, aunque el valorativismo neokantiano había llegado a alcanzar un extraordinario protagonismo en los primeros años del siglo XX, pronto tuvo que hacer frente a las mismas críticas que en su momento se habían hecho a la filosofía kantiana. Kant no había llegado a explicar por qué en la formación de nuestro conocimiento utilizamos, según el caso, unas u otras categorías apriorísticas y, en ese sentido, nada impedía entender que en los propios objetos de la realidad hubiese algo que condicionase de alguna manera nuestro conocimiento, es decir, que la cosa en sí contase ya con una esencia propia sobre la que operasen nuestras diferentes categorías. Tal iba a ser la objeción sobre la que se centrarían las teorías fenomenológicas de Husserl, que reconocía la existencia de una realidad empírica previamente condicionada por la misma estructura ontológica de las cosas. Ello provocaría el resurgimiento de las tesis iusnaturalistas permitiendo que Scheler y Hartmann abogaran por una *ética material de los valores* que fuera más allá de las categorías lógico-formales vacías de contenido. Se procuraba volver así a un "Derecho natural de contenido material permanente"²⁸. La fenomenología reconocía unos *objetos ideales* que se correspondían con la esencia de las cosas y que revestían un carácter apriorístico y necesario. Su conocimiento no se conseguía a través de las categorías formales de la mente humana, sino mediante una *intuición eidética* que consistía "en poner entre paréntesis el objeto experimentalmente dado para descubrir en él su esencia objetiva ideal"²⁹.

²⁷ Cfr., G. RADBRUCH, *Introducción*, (nota 26), pp. 26-30. Cfr., también, E. DÍAZ GARCÍA, "El tema de la naturaleza de las cosas en la filosofía jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. XII, 1961, pp. 554-555; M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural*, (nota 21), pp. 335 ss.

²⁸ M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural*, (nota 21), pp. 324-326.

²⁹ Husserl entendía que si bien históricamente se van transformando los diferentes valores jurídicos, es posible llevar a cabo un "proceso de destemporalización" que permita descubrir un "núcleo de sentido supratemporal y permanente". M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho natural*, (nota 21), pp. 349-352. La intuición eidética, por su parte, representa un conocimiento a partir de lo dado que se opone al conocimiento discursivo y a la abstracción. Tiene una naturaleza objetiva que impide al investigador partir de una concreta finalidad o valoración. Cfr. I. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. R. Drudis Baldrich, 16ª ed., Madrid, 1988, pp. 43-47.

Es en esta filosofía en la que se apoyaría Maihofer para incidir de nuevo en el tema de la *naturaleza de las cosas*. Partía del rechazo de cualquier orden absoluto anterior y sostenía que el ser humano solamente se caracteriza por su *existencia* concreta. El orden social, según Maihofer, no está previamente configurado, sino que es el resultado de la propia actuación del ser humano. Ni existe un orden anterior ni puede, por tanto, reconocerse más Derecho que el Derecho positivo. Eso no significa, sin embargo, que Maihofer incurriera en el relativismo propio del positivismo jurídico, pues al plantearse el sentido último de esa existencia concreta del individuo, llegaba a la conclusión de que el ser humano no actúa de manera arbitraria, sino en función de una suma de intereses y expectativas ligados a su necesaria relación con los demás. Desarrollaba así una particular teoría de la naturaleza de las cosas para la que tomaba como referencia las “conexiones de sentido de las estructuras sociales del mundo humano”³⁰, es decir, los papeles (*Rollen*) vitales que el ser humano desempeña en la vida cotidiana y que fundamentan sus particulares expectativas³¹. De esa forma, Maihofer aspiraba a superar el dualismo *ser-deber ser* que seguía apreciándose en las tesis de Radbruch. Pretendía buscar resultados más concretos y cercanos al Derecho natural teniendo presente que la naturaleza de las cosas no importa sólo por su relación con el valor, sino que puede verse como la propia presencia del valor en la cosa. La cosa tendría una propia estructura axiológica y normativa que sería susceptible de análisis ontológico³².

El problema que tenía el existencialismo era que al querer otorgar excesiva importancia a la existencia particular del individuo, acababa cuestionando la propia idea del Derecho, pues toda generalización suponía necesariamente una anulación de esa existencia particular. Si bien dentro del existencialismo era posible hablar de un “*ser con nosotros auténtico*” (Heidegger) o, incluso, de una “*comunicación existencial*” (Jaspers) que atendiese al carácter social de la existencia, esa relación sólo podría darse “entre dos sí-mismos en su unicidad, y no como estado permanente, sino sólo como una realización de breves momentos que hay que llevar una y otra vez a cabo”³³. Por eso, la concepción que tenía Maihofer de la naturaleza de las cosas se centraba en las expectativas típicas que derivaban de las “remisiones” y “correspondencias” producidas en un momento histórico entre sujetos concretos. Ello, sin

³⁰ M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural*, (nota 21), pp. 388 ss.

³¹ Cfr. J. CEREZO MIR, “La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XLIII, 1961, pp. 81-82.

³² E. DÍAZ GARCÍA, RFDUM 1961, (nota 27), pp. 556-557.

³³ H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), pp. 245-255.

embargo, relativizaba el carácter vinculante de la naturaleza de las cosas y dificultaba su identificación: los sujetos tendrían plena libertad para ir modificando esas relaciones y podrían encontrarse intereses diferentes entre unas y otras relaciones³⁴.

3. Welzel y las estructuras lógico-objetivas

En cualquier caso, la naturaleza de las cosas seguía siendo objeto de las principales reflexiones doctrinales. De esa forma, el tratamiento científico no dejaba de centrarse en las normas positivas y se permitía el desarrollo de la dogmática jurídico-penal. El *deber ser* de los conceptos jurídicos abandonaba el idealismo abstracto y se inspiraba en el “realismo crítico de base fenomenológica”³⁵. Así, cuando en los años treinta se recuperó el interés por el Derecho natural, fue precisamente en la naturaleza de las cosas donde se depositaron las más fundadas esperanzas. Welzel, preocupado por la escasa resistencia que la metodología positivista había mostrado a los intereses del nacionalsocialismo³⁶, insistió de nuevo en el tema de la naturaleza de las cosas recuperando para ello los planteamientos fenomenológicos de Husserl. Según Welzel, el problema con el que contaban las tesis iusnaturalistas, incluso las de fenomenólogos como Scheler y Hartmann, era que se basaban en conceptos teóricos que no aceptaban la contingencia de la realidad material. Por eso, era necesario, a su juicio, acabar con la escisión entre los planos del *ser* y del *deber ser*, para dejar claro que sólo el Derecho positivo podía ser verdadero Derecho³⁷.

La naturaleza de las cosas, sin embargo, iba a adquirir un nuevo significado. Welzel pretendió superar el historicismo de las concepciones de Radbruch y Maihofer defendiendo la existencia de unas *estructuras* lógico-objetivas de carácter ontológico deducidas de ciertos conocimientos antropológicos³⁸. “El legislador -decía Welzel- no sólo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, sino también a determinadas estructuras lógicas en el objeto de su regulación, la cual, si no las tiene en cuenta, ha de ser necesariamente

³⁴. Cfr. J. CEREZO MIR, RGLJ 1961, (nota 31), pp. 81-85.

³⁵. E. DÍAZ GARCÍA, RFDUM 1961, (nota 27), p. 563.

³⁶. Cfr. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, trad. C. Fontán y E. Friker, Buenos Aires, 1951, pp. 9-11; Id., “Derecho injusto y Derecho nulo”, en G. RADBRUCH / E. SCHMIDT / H. WELZEL, *El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho*, trad. J. M^a. Rodríguez Paniagua, Madrid, 1971, p. 83.

³⁷. Cfr. M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho Natural*, (nota 21), pp. 355-359.

³⁸. Cfr. E. DÍAZ GARCÍA, RFDUM 1961, (nota 27), pp. 559-564.

falsa”³⁹. Según Welzel, “en estas verdades tiene la ciencia del Derecho el objeto permanente que le hace independiente de toda «arbitrariedad» legisladora. Es verdad que no constituyen, como pensaba el Derecho natural, un sistema cerrado, pero penetran, punteándolo todo, la materia jurídica, y le dan base duradera en medio de las decisiones que han de tomarse en la condicionalidad del espacio y el tiempo”⁴⁰. “El ordenamiento jurídico -decía- determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos si los recoge en los tipos... Los tipos pueden sólo «reflejar» este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los «reflejos» lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante en la estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la ciencia del Derecho penal tiene que partir siempre... del tipo... pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica... para comprender el contenido de las definiciones, y... comprender también correctamente las valoraciones jurídicas”⁴¹.

Estas estructuras ontológicas, explicaba Welzel, estarán presentes independientemente de la disciplina que las estudie, lo único que cambiará será la concreta estructura que se considere relevante. Las acciones humanas, por ejemplo, siempre serán finales y causales, y si una ciencia las estudia desde su perspectiva causal y otra desde su perspectiva final, en cuanto que referidas a una misma realidad, las conclusiones no podrán ser contradictorias. Se habla de estructuras *lógico-objetivas* porque se trata igualmente de categorías apriorísticas de carácter formal. La diferencia reside en que tales categorías no se encuentran en nuestra mente, sino en el propio ser⁴².

Welzel partía, por lo tanto, de un existencialismo desde el que, al igual que Maihofer, negaba todo orden esencial universal o, al menos, toda posibilidad del ser

³⁹. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), p. 258.

⁴⁰. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), p. 259.

⁴¹. H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción y notas de J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964, pp. 13-14.

⁴². Ese planteamiento es más cercano incluso a las tesis del propio Kant, que en el párrafo 24 de su “Crítica de la razón pura” identificaba las categorías del *ser* y las del *conocimiento*, afirmando que “las condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia”. Este es el sentido que Welzel dice dar a la palabra “ontológico”. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 13; cfr, también, en ese sentido, J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963, pp. 38-39; S. MIR PUIG, *Introducción*, (nota 8), pp. 250-252; y J. M^º. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, (nota 17), p. 59.

humano de representarse dicho orden. La realidad no podía verse como una masa caótica que tuviera que ser ordenada por la razón, pues siempre es posible reconocer en ella una serie de esencias ideales no dominables por el ser humano. El conocimiento de la realidad no podía basarse, por tanto, en un método de carácter creativo, sino que debía partir de un método receptivo que penetrase en la esencia de las cosas y aceptase sus propias estructuras. De la misma manera, el Derecho no podía pretender tampoco reflejar un orden absoluto o universal. Ello únicamente sería posible en un nivel teórico que prescindiera de una realidad caracterizada por la facticidad y la contingencia. El *deber ser* del Derecho debía buscarse únicamente en la naturaleza de las cosas, en la *intencionalidad* de sus estructuras lógico-objetivas. Welzel reconocía así un idealismo no platónico (*ante rem*), sino aristotélico (*in re*), que es el que establecería el objeto de la investigación⁴³.

4. La valoración de la metodología de Welzel por parte de los autores españoles

Tales planteamientos hubieron de hacer frente a una gran cantidad de críticas de las que no tardaron en hacerse eco aquellos autores españoles que, entre los años cincuenta y sesenta, afrontaron por primera vez el estudio de la obra de Welzel. Son críticas centradas, en última instancia, en esa pretendida compatibilidad entre la existencia de unas estructuras lógico-objetivas de carácter vinculante y la ausencia de un criterio valorativo general.

Se llegó a decir, por ejemplo, que con esa metodología se acabaría incurriendo finalmente en el mismo relativismo positivista contra el que quería reaccionar Welzel, pues allí donde no llegaba la naturaleza de las cosas se seguía aceptando plenamente la contingencia existencial⁴⁴. Con ello se ponían de manifiesto las dificultades que encontraba Welzel para compaginar su existencialismo con el reconocimiento de unas estructuras inmutables y vinculantes, pues al establecer entre la realidad y el valor solamente una relación de dependencia y no de identidad, Welzel se veía obligado a reconocer al legislador un margen de libertad tan amplio que incluso conseguía hacer mínima la fuerza del sentido último objetivo de las cosas. Welzel confesó

⁴³. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), pp. 254-258. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que de esas estructuras no se podrían desprender las esencias axiológicas pretendidas por Scheler y Hartmann. Sólo eran estructuras que condicionaban la valoración jurídica. Por eso decía Welzel que “no en el sector axiológico central, sino en el sector periférico de lo ontológico, ha conquistado el Derecho natural los resultados más permanentes. Independientemente de toda polémica y toda duda en torno a los problemas axiológicos materiales, existen ciertos datos ontológicos fundamentales a los que se halla vinculada toda posible valoración, y que señalan, por ello, a ésta límites muy precisos” (pp. 257-258).

⁴⁴. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, “El teleologismo valorativo de Bettioli y el finalismo de Welzel”, *Boletín de la Universidad Compostelana*, separata n.º 73, Santiago, 1965, pp. 225-228.

de hecho que “estas verdades eternas de la objetividad lógica vinculan al legislador... sólo «relativamente», siempre bajo la condición de cuál de ellas se escoge como principio”. Es cierto que una vez escogido ese principio, tales verdades le vincularían tan estrictamente como cualquier otra necesidad lógico-objetiva⁴⁵, pero si se le reconocía al legislador la posibilidad de escoger entre los diferentes aspectos del objeto valorado, se le reconocía también, de alguna manera, cierta libertad para la propia definición de ese elemento. Sería difícil distinguir cuándo no se está respetando la estructura lógico-objetiva y cuándo se ha escogido, simplemente, otro elemento de referencia. Por eso hay autores que, aun habiendo reconocido la existencia de esas estructuras, entendieron que vinculaban de manera muy relativa⁴⁶. Incluso un discípulo de Welzel como era Stratenwerth puso de manifiesto que la naturaleza de las cosas dependía, en última instancia, del punto de vista desde el que se considerase la realidad, y que sólo una vez adoptada esa perspectiva resultan vinculantes los elementos ónticos que han sido objeto de valoración. La decisión valorativa precedería a la constatación de las estructuras lógico-objetivas. El punto de partida habría de ser, por tanto, una concreta concepción del ser humano⁴⁷. No obstante, dado que

⁴⁵. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*. (nota 20), p. 259.

⁴⁶. Cf. J. CEREZO MIR, RGLJ 1961, (nota 31), pp. 87-92. Incide en esa crítica J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, (nota 42), p. 59. A su juicio “la sumisión de la ley a la acción, como esfera ontológica previa a la regulación legal, únicamente puede ser admitida en su sentido relativo. El legislador, en efecto, es libre de elegir el presupuesto que le plazca como punto de partida de la regulación legal. La ley penal española parte de la acción en la formulación de sus tipos, pero también hubiera podido hacerlo de la causación de resultados. El que así no lo haya hecho el legislador español, responde a una razón cultural, no de lógica material”. De acuerdo con ello, según Córdoba, el objeto que se debe conocer no es propiamente la acción, sino la acción recogida por la ley como base de la regulación positiva. Si el vehículo de expresión legal es el lenguaje, el objeto de conocimiento deberá partir realmente de la “acción” del texto legal. (pp. 60-61).

⁴⁷. G. STRATENWERTH, “El problema de la «naturaleza de las cosas» en la teoría jurídica”, trad. J. Cerezo Mir, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. VIII, nº. 19, 1964, pp. 7 ss. Reconoce que fue ya el propio Welzel quien indicó que “el carácter finalista de la conducta humana o la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad pueden vincular sólo a la regulación legal si quiere vincular determinadas consecuencias jurídicas a acciones humanas o a la culpabilidad. Ahora bien, la determinación previa de si quiere o no quiere hacerlo sólo puede realizarse, a menudo, a la vista de la configuración concreta de la regulación legal” (p. 12), con lo que podría pensarse, reconoce Stratenwerth, que la defensa de las estructuras lógico-objetivas incurre, ciertamente, en una especie de círculo vicioso. En cualquier caso, señala, el carácter final de la acción humana y la estructura lógica objetiva de la culpabilidad son datos ontológicos derivados de determinados descubrimientos antropológicos que llevan a la consideración del hombre como ser abierto al mundo que se orienta en conexiones finales de sentido y que es capaz de captar y de cumplir con las diferentes exigencias normativas. Lo que ocurre es que el que se destaquen estos u otros datos ónticos depende del determinado punto de vista del que se parta (pp. 15-18). Estos son los planteamientos que aceptó J. CEREZO MIR, RGLJ 1961, (nota 31), pp. 93-96; Id., nota 3 a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 14-16.

Stratenwerth no explicaba las verdaderas implicaciones existentes entre el Derecho positivo y esos criterios valorativos, parecía que el tema de la naturaleza de las cosas seguía quedando sin resolver⁴⁸.

Se dijo también que desde el momento en que Welzel admitía la posibilidad de valorar unas u otras propiedades de los elementos de la realidad, era posible, incluso, poner en duda la coherencia con su propio método fenomenológico⁴⁹. Habría que preguntarse en qué medida no estaba partiendo realmente de premisas normativas condicionadas por los particulares intereses de cada ciencia. Podía ocurrir, efectivamente, que el principio normativo o funcional relacionado con la concepción del Derecho penal como “fuerza configuradora de la realidad social” fuera, realmente, el que determinase los aspectos de la realidad que interesaba examinar. La necesidad existencial de un orden jurídico efectivo impediría ver el Derecho como un mero conjunto de normas valorativas. Lo importante sería su posible influencia en los comportamientos humanos a través de mandatos y prohibiciones tendentes a proteger los diferentes valores ético-sociales. A partir de ahí, y en función de esos intereses, se seguirían ya planteamientos ontológicos relativos a la conducta humana⁵⁰.

También se criticó esta metodología por la relación pretendida entre la estructura ontológica del objeto de conocimiento y el concepto científico, pues si bien podría aceptarse que el saber científico debe tener presente la verdad sustancial, también debería comprenderse que “el concepto es, por necesidad, una abstracción, la cual no adquiere su valor de la referencia directa a una realidad que le corresponde, sino de la relación que lo liga a todo el restante saber, respecto al cual... sí que es posible y obligado plantear el problema de la adecuación a lo real”⁵¹. La ciencia no podría satisfacerse, ciertamente, con una verdad formal que proviniera de la

⁴⁸. E. DÍAZ GARCÍA, RFDUM 1961, (nota 27), p. 558. Llega a esa misma conclusión G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Boletín de la Universidad Compostelana* 1965, (nota 44), p. 209-211.

⁴⁹. Cfr. E. DÍAZ GARCÍA, RFDUM 1961, (nota 27) p. 560.

⁵⁰. Por eso algunos dijeron que el finalismo de Welzel era realmente deontológico, que era una “ontología de la deontología”, en la medida en que “disuelve los conceptos de ser, real, esencia, etc., en los atributos que a ellos asigna el Derecho”, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Boletín de la Universidad Compostelana* 1965, (nota 44), p. 208. Cfr. también, J. M^a. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, (nota 17), pp. 61-62, que se hace eco de la opinión de Hirsch, para quien la metodología de Welzel estaba estrechamente relacionada con una propia teoría de las normas.

⁵¹. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Boletín de la Universidad Compostelana* 1965, (nota 44), pp. 219 y ss. Siguiendo las tesis de Capograssi y Pagliaro señala este autor que “el concepto de acción de la teoría jurídica del delito, considerado en sí mismo, con absoluta independencia de los restantes conceptos de esa teoría es, como todo concepto científico contemplado aisladamente, abstracto y arbitrario. Una vez operado este aislamiento las críticas tornan fáciles para el finalismo” (p. 221).

íntima coherencia de todos sus enunciados. Debería, en cambio, respetar la verdad sustancial -lo que los escolásticos definían como *adequatio rei et intellectus*-, pero ello sólo podría hacerse con respecto al saber considerado en su conjunto, no a partir de un concepto particular como el concepto de acción⁵².

Éstas fueron las principales objeciones que para los autores españoles merecieron los planteamientos metodológicos de la doctrina finalista. Como puede comprobarse, el objeto de preocupación no lo constituía tanto la propia existencia de las estructuras lógico-objetivas, como su posible relación con el aspecto axiológico y su efectivo carácter vinculante con respecto a la ciencia y al legislador. De hecho, son mayoría los autores que aceptaron expresamente la existencia de esas estructuras lógico-objetivas. Las diferencias se producían al determinar su concreta repercusión en el estudio de la teoría del delito. Para unos, aun siendo posible reconocer la existencia de tales estructuras, no sería fácil deducir de ellas especiales criterios metodológicos, pues su carácter vinculante se vería enormemente relativizado por la necesaria intervención previa del legislador o por su necesaria vinculación con las generales abstracciones propias del saber científico⁵³. Para otros, en cambio, no sólo era posible reconocer esas estructuras lógico-objetivas, sino que también era necesario afirmar su carácter vinculante con respecto a las construcciones dogmáticas⁵⁴.

⁵². G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Boletín de la Universidad Compostelana* 1965, (nota 44), pp. 218-222.

⁵³. En ese sentido, respectivamente, J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, (nota 42), pp. 61-62, y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Boletín de la Universidad Compostelana* 1965, (nota 44), p.212.

⁵⁴. Aceptan de manera decidida las tesis metodológicas de Welzel, C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, pp. 271-272; y J. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Santiago de Chile, 1967, pp. 57-59. Tales autores critican los planteamientos metodológicos del neokantismo e identifican las mismas estructuras lógico-objetivas que Welzel, reconociendo su necesario carácter vinculante y sus concretas repercusiones en la teoría del delito. Por su parte, A. BERISTAÍN IPIÑA, "Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pp. 811-813, parece llevar más lejos las reflexiones de Welzel y critica que puedan darse conceptos normativos al margen del elemento ontológico. Aboga por una filosofía realista en la que se reconozca que es verdaderamente el objeto el que crea el conocimiento, hasta el punto de llegar a apreciar una cierta identidad entre el *sein* y el *sollen*. Sostiene que "lo que es bueno (normativo) tienen entidad ontológica" (*ens et bonum confunduntur*), que "...el *sollen* no está puesto (*gesetz*) arbitrariamente por el sujeto pensante, sino que le viene impuesto por el *sein*. Las categorías axiológicas siguen a las ontológicas". Es cierto que ello se asemeja al idealismo *in re* en el que desembocaba, en última instancia, el existencialismo de Welzel, pero también es cierto que este último parecía reconocerlo como una meta gradual de la que no era posible deducir un orden absoluto, y junto a la que había que dar importancia a las consideraciones históricas y contingentes.

Entre estos otros autores, sin embargo, no todos vieron en ese carácter vinculante una relación tan directa con las nuevas propuestas dogmáticas defendidas por Welzel⁵⁵.

Puede decirse, en definitiva, que en la medida en que Welzel no dejaba claro, desde el punto de vista metodológico, la especial relación entre la realidad y el valor, y en la medida en que se comprendió que sus planteamientos sistemáticos no se deducían necesariamente de sus presupuestos metodológicos, hubo de ser en el campo dogmático donde sus teorías fueran más detenidamente criticadas. Era, efectivamente, en este campo donde se hacía necesario comprobar la verdadera fuerza de esas estructuras lógico-objetivas y los resultados de la dicotomía entre su carácter inmutable y el valorativismo historicista desde el que querían ser consideradas.

III. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINAL Y LA VALORACIÓN DE SUS PLANTEAMIENTOS SISTEMÁTICOS

1. Una concepción del Derecho penal de naturaleza positiva y ético-social

Antes de pasar a la exposición y valoración de esta teoría finalista, conviene destacar que, como ha quedado apuntado más arriba, el hecho de que Welzel fundamentara su sistema en unas u otras estructuras lógico-objetivas dependía, realmente, de una particular concepción del ser humano y del Derecho; de una concepción que en este caso respondía a una actitud crítica con la doctrina imperante en los años treinta del siglo XX. El positivismo de la segunda mitad del siglo XIX se había caracterizado por un mecanicismo determinista que, gracias a las escuelas intermedias, seguía estando vigente en la ciencia del Derecho penal. Desde teorías utilitaristas se le atribuía al Derecho penal una naturaleza básicamente preventiva. Se entendía que la función de la

⁵⁵ Así, J. CEREZO MIR, RGLJ 1961, (nota 31), pp. 93-96 y 98; Id., *nota 3* a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 14-17, para quien es necesaria una previa perspectiva valorativa desde la que identificar las estructuras lógico-objetivas. Ello incide en lo apuntado por Stratenwerth sobre la importancia de identificar la perspectiva valorativa o el concreto criterio rector desde el que estudiar los diferentes datos ónticos; que es lo que impide su consideración como un simple conglomerado de datos casuales, pues se fundamenta en una interconexión de criterios valorativos que le dan sentido. Por eso, no respetar las estructuras lógico-objetivas no sería una contradicción lógica, sino lógico-objetiva, porque no se infringe una deducción conceptual, sino la identidad del criterio rector. G. STRATENWERTH, RFDUM 1964, (nota 49), pp. 18 ss.

pena era evitar los daños sociales mediante la prevención de aquellas consecuencias que pudieran producir más perjuicios que beneficios para la sociedad. Se prescindía así de valoraciones éticas y se daba una mayor importancia a la peligrosidad⁵⁶.

Según Welzel, dado que el neokantismo no había conseguido modificar tales planteamientos, era necesario abogar por una nueva concepción del Derecho penal de naturaleza positiva y ético-social. Frente al carácter "negativo-preventivo" propio de la mera protección de bienes jurídicos, Welzel pretendía incidir en el "substrato ético-social" de las normas penales. A su juicio, en la medida en que los bienes jurídicos derivan de los valores éticos fundamentales de la sociedad, la misión del Derecho penal debería ser mantener o reforzar la vigencia de esos valores. La efectiva protección de los bienes jurídicos dependería, en última instancia, del "respeto" mostrado por los diferentes valores ético-sociales. Partiendo de esa perspectiva, Welzel realizó una serie de consideraciones que resultan fundamentales para comprender sus aportaciones sistemáticas: por una parte, que no es necesario dar tanta importancia a la actualidad del daño o del resultado concreto, como a la tendencia permanente de fidelidad al Derecho; por otra, que la suma de bienes jurídicos no debe verse como un "montón atomizado", sino como un completo orden social en el que la afección de los bienes jurídicos no puede ser apreciada de manera aislada; y, finalmente, que la medida sancionadora ha de valorar si los

⁵⁶ Ello habría permitido, según Welzel, que el nacionalsocialismo hiciera suyos fácilmente los conceptos jurídicos tradicionales, puesto que también en su caso lo que era justo se identificaba con lo que era útil para el pueblo. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, (nota 36), pp. 9-11. No obstante, entiende Frommel que tanto el neokantismo como el finalismo resultaban fácilmente instrumentalizables para el nacionalsocialismo. Cfr. M. FROMMEL, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", trad. F. Muñoz Conde, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 621-632. Según Frommel, el neokantismo era instrumentalizable no tanto por el aparente neutralismo valorativo resultante de centrar la atención exclusivamente en la lesión de los bienes jurídicos, como por la, en ocasiones, excesivamente abstracta definición de los mismos. Pero, a su juicio, eran propiamente los planteamientos finalistas los que poseían una mayor eficacia legitimadora. Recuerda el paralelismo apuntado por Gleispach entre "pensamiento jurídico liberal" y "pensamiento jurídico naturalista" o "positivista", y destaca las peligrosas implicaciones políticas que necesariamente habría de tener en 1935 cualquier polémica dirigida contra la "ideología" del "naturalismo" (p. 628). Al respecto de estas preocupaciones de Welzel, cfr., también, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, 3ª ed., Buenos Aires, 1965, pp. 368-370 y n. 11 ^{sex}; Id., *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 3ª ed., Buenos Aires, 1976, pp. 213-214.

destinatarios de las normas son realmente capaces de tener un compromiso ético-social⁵⁷.

Welzel consideraba necesario que la teoría general del Derecho penal se estructurase sobre la base de ese *respeto* que los individuos debían mostrar por el valor ético-social de la norma. Ello era posible a partir de la constatación de dos concretas realidades humanas. En primer lugar, que la vida social gira en torno a la actividad final de los miembros de la comunidad, que gracias a sus conocimientos o experiencias causales pueden representarse unos u otros objetivos a los que dirigir su actuación. En segundo lugar, que el ser humano tiene la capacidad de elegir entre los diferentes fines que puede representarse, de lo que se deriva el deber moral de escoger el fin en función de su sentido y valor social. De acuerdo con ello, la teoría general del Derecho penal debía apoyarse en dos diferentes pilares: la contrariedad al Derecho en el plano de la antijuridicidad y la responsabilidad moral en el de la culpabilidad⁵⁸.

2. La acción final

El primer paso para dejar atrás la concepción preventivo-negativa del Derecho penal consistía, por tanto, en dejar claro que la acción humana es un acontecer final y no solamente causal. Si la vida en sociedad exige la consideración del ser humano como persona o como ser capaz de actuar conforme a las diferentes relaciones de sentido, al Derecho penal, decía Welzel, sólo le podrán interesar las acciones finales, es decir, las acciones en las que se aprecie una relación entre la voluntad final del autor y el acontecer exterior. La acción tendría que verse, por tanto, como una unidad de elementos objetivos (de hecho) y subjetivos (de voluntad). Sólo si existe una unidad o relación de sentido entre la voluntad y las consecuencias producidas podrá reconocerse una acción final; con respecto a lo demás la acción será únicamente causal. "La finalidad -según Welzel- es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente

⁵⁷. Cfr. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, (nota 43), pp. 13-15; Id., *Derecho penal. Parte General*, trad. C. Fontán y E. Friker, Buenos Aires, 1956, pp. 3-13; Id., *Derecho penal alemán. Parte General*, 11ª. ed., trad. J. Bustos y S. Yáñez, Santiago de Chile, 1970, pp. 13-21.

⁵⁸. Ello respondería a una concepción del ser humano como persona "en el doble sentido de que es un ser que actúa finalistamente y que es moralmente responsable de sus acciones". H. WELZEL, *PG*, (nota 57), pp. 35-37.

concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es «vidente», la causalidad «ciega»⁵⁹.

Con esas consideraciones Welzel quería acabar con el esquema defendido por la doctrina penal dominante, en el que lo externo u objetivo se estudiaba en el plano de la antijuridicidad y lo interno o subjetivo en el de la culpabilidad. Para Welzel la antijuridicidad no podía basarse, únicamente, en un desvalor del resultado entendido como una afección del bien jurídico derivada de un proceso causal, sino que debía partir necesariamente de un desvalor de la acción, es decir, de un desvalor de la voluntad final que determina el acontecer exterior. De no ser así, decía, no se conseguiría comprender y valorar correctamente la esencia de la acción humana a la que va dirigida el juicio de antijuridicidad. La estructura lógico-objetiva de la acción representa una unidad que no puede romperse estudiando una parte -la externa- en la antijuridicidad y otra -la interna- en la culpabilidad. La antijuridicidad debe tener en cuenta el contenido de la voluntad. Eso no significa que deje de ser objetiva. Lo que ocurre es que ese carácter objetivo se referirá solamente a su generalidad, no a su valoración en el mundo exterior⁶⁰.

Entre la doctrina jurídico-penal española esta pretendida relación entre el carácter final de la acción humana y la necesidad de reconocer una parte subjetiva del injusto fue sometida a diversas consideraciones. Hubo algunos que advirtieron que el hecho de que la acción fuese descrita como causal o final no podía determinar la manera en la que debía realizarse, desde la teoría del delito, la valoración de los diferentes aspectos de la realidad ontológica⁶¹. Hubo otros, en cambio, que al no aceptar ese libre valorativismo del neokantismo defendieron la idea de que en la realidad de la acción podían encontrarse, efectivamente, criterios que determinasen, de alguna manera, el sentido de la valoración jurídica. Sin embargo, el dilema que podía encontrarse en la particular metodología de Welzel provocó que dichos autores se fueran des-

⁵⁹. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, (nota 36), pp. 15-22; Id., *PG*, (nota 57), pp. 35-42; Id., *El nuevo sistema* (nota 41), pp. 25-31; Id., *PG II*, (nota 57), pp. 50-57.

⁶⁰. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), p. 258; Id., *PG*, (nota 57), pp. 67-70; Id., *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 48; Id., *PG II*, (nota 57), p. 77.

⁶¹. Así, por ejemplo, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Boletín de la Universidad Compostelana* 1965, (nota 44), pp. 212, 221-223, entendía que no podía buscarse una equiparación entre el concepto jurídico y el real y que, en realidad, nunca se separó el elemento causal y el psicológico de la acción, sino que se produjo una distinción de los mismos a efectos de análisis: no es que no se atendiera al contenido de la voluntad como elemento conformador del proceso causal; lo que ocurre es que el prejuicio ontológico del finalismo no admitía que en el plano conceptual pudiera resultar necesario un proceso inverso al que se produce en la realidad.

marcando de sus postulados metodológicos orientándose bien hacia un ontologismo más radical que identificase plenamente la realidad con el valor, bien hacia planteamientos más centrados en el concepto de lo injusto.

Roxin fue uno de los autores que más claramente puso de relieve ese dilema metodológico en el que parecían incurrir las tesis de Welzel. En su opinión, el principal error de Welzel era no reconocer que el concepto jurídico-penal de acción no podía tener ninguna relevancia práctica. El concepto de acción, según Roxin, solamente responde a una abstracción de las diversas manifestaciones de la conducta punible y, en esa medida, se trata de un concepto que ha de partir necesariamente del Derecho positivo⁶². Por otro lado, señalaba este autor que esa realidad preexistente de la que quería partir Welzel para negar la esterilidad práctica del concepto jurídico-penal de acción, no podía estar constituida por la simple predeterminación del proceso causal, pues ello, al igual que la causalidad, respondería a una constatación fáctica que, por sí misma, sería insuficiente para romper con el neutralismo valorativo. Si los meros procesos causales no son fenómenos jurídicos -como también Welzel reconoció en su momento-, tampoco podía resultar suficiente el control final de esos mismos procesos causales. El carácter final requeriría la *aprehensión* del significado social y, dado que es el legislador el único que selecciona los elementos del significado jurídicamente relevantes, el dolo no dependería de su preexistencia ontológica⁶³.

En una semejante línea crítica se manifestó, en España, Gimbernat Ordeig, para quien Welzel, en su búsqueda de un apoyo de carácter ontológico, tendía a confundir la acción final con la acción típica. Sostenía también este autor que desde el momento en que Welzel, con objeto de identificar una verdadera realidad ontológica en la acción final, abandonaba el criterio de la relación actual o potencial con el resultado típico y se centraba en la unidad de aspectos objetivos y subjetivos, lo que hacía, realmente, era negar que la dirección final pudiera determinar el carácter antijurídico de la acción⁶⁴. Debía

⁶² C. ROXIN, "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en Id., *Problemas Básicos del Derecho Penal*, trad. D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 85-87, (del original "Zur Kritik der finalen Handlungslehre", *ZStW* 74, 1962, pp. 515 ss).

⁶³ Cfr. C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 92 y ss. Por eso sostiene Roxin que las transformaciones sistemáticas de Welzel derivan de una concepción del injusto. "Si realmente se puede obtener alguna vez resultados prácticos de un concepto supuestamente ontológico, ello se deberá a que inadvertidamente se han proyectado en él los contenidos jurídicos que posteriormente se vuelven a deducir del mismo" (p. 98).

⁶⁴ E. GIMBERNAT ORDEIG, "La causalidad en Derecho penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1962, tomo XV, pp. 548-550; Id., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, pp. 106-108.

reconocerse, según Gimbernat, que en última instancia se partía del mismo concepto de acción que utilizaba la teoría causal y que, por tanto, el estudio del dolo en el tipo no podía ser una exigencia ontológica basada en la realidad de la acción. Esa ubicación sistemática sólo podría justificarse, como también sostuvo Roxin, con un determinado concepto del injusto, esto es, a partir de la idea de que el desvalor de la acción debía ser un elemento más de la tipicidad⁶⁵. El que la teoría finalista quisiera utilizar la misma realidad ontológica de la que partía la teoría causal para justificar la inclusión del dolo en el tipo era el resultado de un implícito traslado, en los delitos dolosos, de la esencia del juicio valorativo del tipo al terreno ontológico de la acción. Si Welzel quería basarse en el carácter final dirigido hacia un resultado típico incurría en el normativismo que le había criticado Roxin, y si, en cambio, distinguía entre finalidad y dolo, aceptaba un concepto de acción semejante al de la teoría causal⁶⁶.

En resumen, si se quería partir de un concepto ontológico de acción de carácter preexistente e inmutable, la finalidad se acabaría identificando con el mero control del proceso causal y difícilmente podría tener relación con el valor o aportar alguna utilidad de carácter sistemático⁶⁷. Si, en cambio, se pretendía dar un sentido normativo al concepto de acción, se terminaría renunciando a su carácter ontológico y a la obligatoriedad de estudiar el dolo en una u otra parte de la teoría del delito⁶⁸.

Con independencia de las matizaciones que se vayan haciendo en este trabajo, puede decirse que detrás de estas observaciones se encuentran, efectivamente, los problemas que tenía Welzel para buscar algo ontológico que no sólo determinase de alguna manera la valoración jurídica, sino que además tuviera que formar parte necesariamente del tipo. Esos problemas fueron los que, en cierta medida, motivaron que buena parte de los autores españoles interesados por las tesis de Welzel y por la fuerza vinculante de las estructuras lógico-objetivas, o bien pretendieran encontrar en el terreno ontológico la esencia tanto de los delitos dolosos como de los culposos, identificando una propia acción

⁶⁵. E. GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1962, (nota 64), pp. 552-553; Id., *Delitos cualificados*, (nota 64), p. 110.

⁶⁶. Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, (nota 64), pp. 111-115.

⁶⁷. Para C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), p. 93, la causalidad, a diferencia de conceptos como los de la acción, el dolo o la participación, sí responde a una realidad preexistente.

⁶⁸. Cfr. C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 103-105. Parece, efectivamente, que con esa compleja metodología de Welzel, su concepto final de acción se veía obligado a ir oscilando entre el aspecto histórico-social y el aspecto lógico-real.

dolosa y otra culposa⁶⁹, o bien reconocieran que la estructura causal-final de la acción solamente obligaba a valorar jurídicamente ambos aspectos, pero no a tener que estudiar el aspecto subjetivo dentro de la antijuridicidad; lo que significaba tener que reivindicar tanto un concepto final de la acción como un concepto final del injusto⁷⁰.

En cualquier caso, cuando los autores españoles apreciaron esa relativa base ontológica que tenía la ubicación del dolo en el tipo, el estudio y la crítica de la teoría finalista fueron centrándose en el ámbito más propiamente sistemático, donde, no obstante, Welzel parecía dar una respuesta coherente a las diferentes modificaciones que se habían ido produciendo en la concepción de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Muchos de sus planteamientos, sin embargo, reproducían esos problemas metodológicos, de tal forma que no en todos los temas sus tesis resultaban ser igualmente consistentes. Así, por ejemplo, la claridad con la que se podían exponer los delitos dolosos no estaba presente en el tratamiento de los delitos culposos (*infra* 3), en los que la teoría finalista encontraba una serie de problemas que muy pronto hubieron de ser puestos de relieve por autores como Rodríguez Muñoz. Pero también en otros temas las dificultades metodológicas del finalismo

⁶⁹. Cfr. A. BERISTAIN IPIÑA, RGLJ 1962, (nota 54), pp. 809-816, para quien la finalidad es ontológicamente relevante tanto en los delitos dolosos como en los culposos, pues en éstos puede hablarse de una negligencia objetiva como entidad ontológica. Su carácter axiológico, igual que en el delito doloso, deriva de su realidad ontológica. La cuestión de la "violación del cuidado-observancia del mismo... pertenece a la acción, y a través de ella, al tipo para formar el «objeto de la valoración»" (815-816). Las acciones que carecen de ese contenido ontológico quedarían fuera del Derecho penal (*nulla actio sin culpa*) (809).

⁷⁰. Cfr. J. CEREZO MIR, RGLJ 1961, (nota 31), pp. 95-96, Id., *nota 3* a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 14-17. Según Cerezo, el que la acción humana sea final no impide que el concepto de lo injusto de un determinado ordenamiento sea de carácter exclusivamente objetivo. Lo que sucede es que si el ordenamiento castiga la tentativa o cuenta con determinados delitos que exigen una cierta consideración de los elementos subjetivos, tendrá que reconocerse que la valoración jurídica requiere siempre tener en cuenta ambos aspectos. El criterio determinante ha de ser, por tanto, el concepto de lo injusto reconocido en cada Código penal. Por su parte, Suárez Montes señaló que "una doctrina final de la acción no nos enseña de suyo todavía nada sobre la doctrina del injusto. Es perfectamente compatible una teoría final de la acción con una doctrina causal del injusto; lo primero es un *Ontologisches*, lo segundo un *Bewertungsproblem*" (49); "una cosa es decir que toda acción es final y otra qué acciones (finales) son antijurídicas" (53). R. F. SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963, pp. 49-53. La importancia otorgada al injusto es distinta, por lo tanto, en uno y otro caso. Mientras que para Cerezo Mir se trata principalmente de comprobar que el legislador ha optado por valorar acciones finales y reconocer así la fuerza vinculante de su estructura lógico-objetiva, para Suárez Montes se trata de asegurar una valoración jurídico-penal de carácter final-subjetivo.

provocarían una cierta confusión. Tal era el caso, por ejemplo, de la importancia otorgada al resultado (*infra* 4), de la verdadera relevancia y ubicación de la adecuación social (*infra* 5) o de la teoría estricta de la culpabilidad (*infra* 6).

3. La acción final en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes

Dentro de ese ámbito más propiamente sistemático, Welzel pretendió defender su teoría partiendo de la crítica del esquema causalista. Uno de los puntos principales en los que se iba a centrar esa crítica lo constituía el tratamiento que por parte de la doctrina entonces dominante recibía la figura de la tentativa. Según Welzel, era en esta figura donde más claramente se ponían de manifiesto los problemas de la fragmentación llevada a cabo por el concepto causal de acción, pues en la tentativa no era posible encontrar un desvalor del resultado que justificara su carácter antijurídico. En este caso, de hecho, incluso los representantes de la teoría de la acción causal tuvieron que reconocer que el dolo o la decisión delictual pertenecían a la acción, es decir, que eran elementos del injusto y no de la culpabilidad. Para Welzel, sin embargo, resultaba incoherente que esa misma consideración fuese rechazada cuando se pasaba de la tentativa a la consumación. De la misma forma, resultaban también incoherentes, a su juicio, los planteamientos de la doctrina dominante con respecto al reconocimiento de elementos subjetivos en determinados tipos delictivos. En estos delitos, según Welzel, no sólo la intención especial del autor debía pertenecer al injusto, sino también el dolo, pues las intenciones especiales resultarían incompatibles con un actuar no doloso. Welzel pretendía de esta forma demostrar la imposibilidad de estudiar el elemento subjetivo en el plano de la culpabilidad. Había que reconocer que en "todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento esencial del injusto"⁷¹.

En España, defensores y detractores del finalismo reconocieron la fuerza de estos argumentos⁷². A partir de los mismos se comprobaba que el carácter

⁷¹. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, (nota 36), p. 30; Id., *PG*, (nota 57), pp. 45 y 68-69; Id., *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 33-34 y 61-66; Id., *PG II*, (nota 57), pp. 89-91.

⁷². Entre los defensores, cfr. J. CEREZO MIR, "Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1961, fasc. 1, pp. 55-60 y C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ADPCP 1962, (nota 54), p. 276; R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), p. 19. Entre los detractores cfr. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2ª ed., 1978, (se corresponde con el Discurso de Apertura del Curso 1953-1954 dictado en la Universidad de Valencia), pp. 141 ss; Id., "Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista", *Anuario de Derecho Penal*, 1953, pp. 224-227.

antijurídico de una determinada acción podía verse condicionado por el aspecto subjetivo. En el Derecho positivo parecían encontrarse, efectivamente, hechos delictivos que exigían concebir la acción como una acción final, y el legislador español, al tipificar esos mismos supuestos, habría adoptado una perspectiva de enjuiciamiento que iba más allá del aspecto externo-causal. Así, ante la actitud de neokantianos como Mezger, que, gracias a su libre valorativismo, seguían aceptando la posibilidad de fundamentar el injusto unas veces en el aspecto objetivo y otras en el subjetivo, Cerezo Mir sostuvo que, en la medida en que el legislador había adoptado un determinado criterio rector, el juicio de valor que fundamentaba la antijuridicidad tenía que desarrollarse de una manera coherente y centrarse en la acción humana entendida como acción final, es decir, como unidad de elementos objetivos y subjetivos⁷³.

No obstante, lo cierto es que eso no significaba necesariamente acabar con la concepción objetivo-causal del injusto, pues el castigo de la tentativa también podría demostrar, simplemente, la necesidad de acudir al aspecto subjetivo para seleccionar los peligros penalmente relevantes. Podría sostenerse, en efecto, tal y como harían los partidarios de un concepto social de acción, que el fundamento último de la tentativa se encuentra, realmente, en la existencia de un peligro. Ello sería compatible con la pluralidad de perspectivas valorativas defendida por Mezger y con la manera tradicional de diferenciar entre antijuridicidad y culpabilidad. Por eso los autores finalistas, para seguir defendiendo su sistema, presentaron una tendencia más subjetivista desde la que intentaron fundamentar el injusto otorgando un papel más decisivo a la voluntad del autor. Hay que tener en cuenta, a este respecto, no sólo la crítica que hacía Welzel a la doctrina social o final-objetiva de Maihofer -a la que descalificaba por ser una imputación objetiva (causal) de resultados que no atendía al carácter doloso o culposo de la acción-⁷⁴, sino también la valoración de la tentativa inidónea⁷⁵ y los comentarios de Cerezo Mir sobre la relación entre el grado de peligro y el aspecto subjetivo de la acción⁷⁶. Con tales afirmaciones, sin embargo, los finalistas ponían de manifiesto la ambigüedad que les

⁷³ J. CEREZO MIR, ADPCP 1961, (nota 72), pp. 60-63. Siguiendo lo dicho por Stratenwerth, indica que el valorar el elemento subjetivo en la tentativa y el elemento objetivo en la consumación constituiría una grave contradicción, "una contradicción que no sería puramente lógica, sino lógico-objetiva". Vid., *supra*, n. 55.

⁷⁴ H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 38-40.

⁷⁵ En la que se podía reconocer un desvalor de la acción pero no un desvalor del resultado. Cfr. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 68.

⁷⁶ J. CEREZO MIR, ADPCP 1961, (nota 72), p. 58.

caracterizaba a la hora de seleccionar unas u otras bases metodológicas. Al determinar la valoración jurídica o social desde el carácter final de la acción podían dar más fuerza a los argumentos ontológicos de su propuesta sistemática, pero ello era algo que iba más allá de la necesidad de valorar el injusto a partir de consideraciones objetivas y subjetivas. No quedaba claro si la relación pretendida entre lo social-objetivo y lo individual-subjetivo obedecía a una superposición o a una compleja interrelación. No era lo mismo afirmar que por razones lógico-objetivas la acción debía valorarse atendiendo a sus aspectos objetivos y subjetivos, que determinar esa valoración a partir del aspecto subjetivo.

De todos modos, la coherencia que parecía encontrar Welzel a partir del carácter ontológico de la acción final en los delitos dolosos, se desvanecía con respecto a los delitos culposos o imprudentes. Las sucesivas rectificaciones y matizaciones que Welzel fue realizando a este respecto demostraban que era, precisamente, en este tema donde más claramente se hacían patentes las dificultades que tenía el finalismo para defender el nuevo sistema⁷⁷. En España, tales dificultades fueron pronto destacadas por Rodríguez Muñoz, que con sus observaciones no sólo contribuyó a que los propios finalistas fueran corrigiendo sus proposiciones, sino que también sentó las bases para críticas posteriores.

En su estudio de la teoría finalista, Rodríguez Muñoz comenzó destacando el carácter normativo del concepto final de acción. Siguiendo a Maihofer, explicó que tanto el concepto final como el concepto social de acción se caracterizaban, frente al concepto causal, por realizar una interpretación del sentido de los hechos. Si en el concepto social el sentido de la acción se desprendía de su forma de trascender en la sociedad, en el concepto final de acción ese sentido era interpretado desde el horizonte individual del agente⁷⁸. A continuación, Rodríguez Muñoz llamaba la atención sobre la similitud existente, a este respecto, entre el concepto de acción finalista y el juicio de impu-

⁷⁷. Sobre el desarrollo cronológico de las diferentes concepciones de acción culposa, cfr. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ADPCP 1962, (nota 54), pp. 283-284; J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 43-65; J. CEREZO MIR, "El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal. (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)", *Anuario de Derecho Penal*, 1959, pp. 562-564; J. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, (nota 54), pp. 36-49. Hasta 1949 Welzel se basaba en la finalidad potencial, en 1951 centra ya la atención en la medida mínima de dirección final exigida y en 1957 reconoce expresamente el carácter final de la acción culposa.

⁷⁸. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 17-18.

tación empleado por los hegelianos para diferenciar entre *acto* y *acción*, pues tal juicio de imputación había sido concebido no como una atribución de carácter externo, sino como una cualidad contenida en la propia acción. Se apreciaba, en ese sentido, una cierta influencia de los autores hegelianos sobre Welzel, lo que habría de provocar, según Rodríguez Muñoz, que la doctrina finalista, en su intento de materializar el concepto de acción, tuviera que hacer frente a las mismas dificultades que había encontrado el juicio de imputación, que no parecía servir para explicar de manera convincente el papel de la acción en los delitos imprudentes⁷⁹. En efecto, si se pretendía explicar la relevancia normativa a partir de la relación entre lo pretendido y lo objetivamente producido, se estaría reconociendo una identidad plena entre finalidad y dolo con la que no quedaba más remedio que negar la existencia de acción en los delitos imprudentes, pues la acción no dolosa acabaría constituyendo una *contradictio in adjecto*⁸⁰.

Welzel creyó poder superar estos problemas apelando a la finalidad potencial, es decir, afirmando que también los delitos imprudentes se estructuraban sobre la finalidad de la acción, pero sobre una finalidad que no sería real o actual, sino potencial. Sin embargo, decía Rodríguez Muñoz que ello no conseguía solucionar los problemas. Por una parte, porque la alusión a la finalidad potencial implicaba, en cierto modo, una renuncia al carácter ontológico del actuar final, es decir, a la finalidad como una "situación fáctica del ser, que «existe» o «no existe»". Por otra parte, porque cuando se quería encontrar en esa potencialidad una base ontológica realmente existente, Welzel lo que hacía era centrar la atención no en si se debía evitar el resultado con una acción final, sino en si el sujeto efectivamente podía evitar ese resultado con una acción final. De esta forma, los delitos imprudentes eran concebidos como la producción de resultados finalmente evitables en cuanto que subjetivamente evitables, lo que obligaba a realizar consideraciones más propias de la culpabilidad. Si en los delitos dolosos el dolo representaba una realidad subjetiva que no guardaba relación con la culpabilidad, en los delitos imprudentes Welzel acababa confundiendo plenamente antijuridicidad y culpabilidad⁸¹.

Posteriormente Welzel abandonó esa idea de la finalidad potencial y cambió su forma de concebir el delito imprudente. A partir de 1951 afirmó que sólo la acción dolosa era acción final. La imprudencia ya no se estudiaba den-

⁷⁹. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 21-32.

⁸⁰. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), p. 66.

⁸¹. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 44 y 49-53.

tro de la acción, sino en el plano del tipo. Si en los delitos dolosos el desvalor recaía sobre las consecuencias producidas finalmente, en los imprudentes lo determinante eran las violaciones socialmente no adecuadas de bienes jurídicos, violaciones que eran producidas de modo puramente causal a partir de acciones que no desplegaban la dirección final exigida. Se dividía en dos el tipo de injusto en atención a la valoración realizada sobre la acción. El dolo pasaba a ser finalidad jurídico-penalmente relevante. Ello, según los finalistas, no significaba renunciar a un injusto de carácter personal en los delitos imprudentes, pues también en estos delitos se hacía necesario un desvalor de la acción: además de la causación del resultado se exigía que la acción vulnerase el deber objetivo de cuidado por no desplegar la dirección final necesaria para evitar el resultado⁸².

Sin embargo, Rodríguez Muñoz advirtió que esta nueva concepción sólo era una solución aparente que dejaba sin explicar la verdadera relevancia del carácter final de la acción en los delitos imprudentes. Los mismos problemas que se habían encontrado con respecto a la finalidad potencial podían reconocerse en esta nueva concepción. Así, aunque se quisiera ver en los delitos imprudentes una acción final, lo cierto era que en ellos lo importante no guardaba ninguna relación con la finalidad y, en esa medida, quedaba fuera de lo que, para el finalismo, caracterizaba a la acción. El delito imprudente prescindía, por tanto, de la acción final y seguía apoyándose en un concepto natural o causal de acción en el que bastaba la voluntariedad de la conducta. La diferencia entre delitos dolosos e imprudentes ya no respondía a la existencia de distintas formas de acción, sino a una diferente valoración de la acción. Se sacaba el *problema de la acción* del campo ontológico y se trasladaba al plano normativo del tipo, con lo que el finalismo, según Rodríguez Muñoz, acababa negándose a sí mismo⁸³.

Años más tarde, en 1957, Welzel defendió una nueva concepción de la culpa o imprudencia en la que, con objeto de poder servirse de nuevo de la realidad de la acción, se refirió expresamente a las acciones culposas y las definió como aquellas acciones *finales* que producían consecuencias que, aun no siendo finales, podrían haberse evitado con una mejor dirección final en la

⁸². Cfr. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 65-76.

⁸³. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 126-133. Mientras el problema de los delitos culposos quedara sin resolver, concluía este autor, la teoría de Welzel representaría solamente una teoría capaz de dar una explicación más completa de los delitos dolosos, pero no tendría la posibilidad de ofrecer un concepto unitario de acción y tampoco "una base unitaria del Sistema".

elección y aplicación de los medios de ejecución. Se hacía una mención expresa al carácter final de la acción en el delito imprudente y se destacaba la necesidad de valorar la dirección final en atención a la infracción del deber de cuidado.

Esa importancia dada al desvalor de la acción fue la que utilizaron algunos finalistas españoles para juzgar parcialmente superadas las críticas de Rodríguez Muñoz. Así, por ejemplo, Cerezo Mir aceptaba que con esa última concepción de Welzel lo determinante seguía siendo la producción causal de un resultado -es decir, algo que quedaba fuera del ámbito ontológico de la acción final- y que, en ese sentido, seguía siendo válida la crítica de Rodríguez Muñoz, porque la relación entre la acción y el resultado no podía producirse en la esfera ontológica, sino sólo a través del injusto, es decir, a través del deber ser⁸⁴; pero, a su juicio, eso no significaba tener que trasladar la finalidad de la esfera ontológica a la esfera normativa, pues el carácter final de la acción culpable no dejaba de ser jurídico-penalmente relevante. Se debía comprobar que la voluntad de realización presente en la elección de los medios y formas de ejecución no se correspondía con la dirección final exigida y, en esa medida, seguía siendo necesario partir de un desvalor de la acción⁸⁵.

Ahora bien, para saber si este desvalor de la acción del que quisieron servirse los autores finalistas consigue superar las críticas de Rodríguez Muñoz, es necesario analizar hasta qué punto se trata, realmente, de una exigencia derivada del carácter final de la acción humana. Hay que tener en cuenta el hecho de restar importancia a la mera causación de resultados -o, incluso, a su posible causación- también podía ser consecuencia de adoptar una teoría

⁸⁴. J. CEREZO MIR, ADP 1959, (nota 77), pp. 565-568.

⁸⁵. J. CEREZO MIR, ADP 1959, (nota 77), pp. 568-569. En el mismo sentido que Cerezo Mir se pronunció J. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, (nota 54), pp. 42-46, quien afirmó que, dado que había que comprobar si faltaba la dirección final exigida, se debía negar que en los delitos culposos la finalidad fuera jurídico-penalmente irrelevante. Parece ir más allá, sin embargo, cuando señala que la esencia del delito culposo consiste en que el autor realiza una acción final "pero no llena las condiciones que presupone la estructura final de la acción", añadiendo que "esto nada tiene que ver con una norma o un concepto normativo" (p. 46). Por otra parte, C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ADPCP 1962, (nota 54), p. 286, entendió también que, con su última concepción del delito imprudente, Welzel conseguía superar las críticas que había recibido. En esta misma línea cfr., también, R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), pp. 68-69; y también, aunque con las particularidades ya indicadas, A. BERISTAÍN IPIÑA, RGLJ 1962, (nota 54), pp. 808-809. Asimismo cabe incluir aquí a J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, (nota 42), p. 82, cuando afirma que "el esclarecimiento de la acción, logrado por la doctrina finalista, permite una muy satisfactoria aclaración de la acción del delito imprudente" (cursiva en el original).

social de la acción que primase lo objetivo sobre lo subjetivo. Resulta obligado, por tanto, determinar el verdadero papel que, dentro del delito imprudente, desempeñaba ahora el aspecto subjetivo de la finalidad como realidad ontológica de la acción. La crítica de Rodríguez Muñoz se centraba, precisamente, en lo irrelevante que resultaba ese aspecto subjetivo en los delitos imprudentes, en los que no parecía producirse ninguna relación entre lo ontológico y lo valorativo.

No obstante, antes de averiguar si se producía o no esa relación en la última concepción del delito imprudente, es importante aclarar que el protagonismo que el dato ontológico tuvo para la doctrina finalista también fue cambiando de manera progresiva. Detrás de esos cambios se encontraban los problemas que tenía el finalismo para superar las limitaciones del causalismo mediante una metodología ontologista. Tales problemas se manifestaron muy especialmente cuando en el carácter final de la acción humana lo que se buscaba no era una referencia valorativa que fundamentara un concepto personal del injusto, sino una concreta realidad de la que deducir directamente el significado social. Da la impresión de que ésa fue, efectivamente, la evolución seguida por la doctrina finalista, que, con intención de dar más fuerza al elemento ontológico, terminó definiendo la realidad de la acción al margen de su significación social. De esa forma quedaba mermada no sólo la relación dialéctica entre lo individual y lo social, sino también la concepción ético-social del Derecho penal. La realidad de la acción y la del significado social o normativo quedaban aisladas y la relación dialéctica dejaba paso a una relación lógica de subsunción. A partir de ahí, o bien se terminaba identificando la realidad con el valor como ocurría con los delitos dolosos y con la previsibilidad subjetiva, o bien se producía entre ellos una mera relación de superposición.

Esto último es, concretamente, lo que parece producirse en las últimas concepciones del delito imprudente defendidas por los autores finalistas, en las que al reconocerse en todo caso una previa acción final como realidad de la que debe partir el estudio del delito, el aspecto subjetivo termina constituyendo sólo un elemento añadido con el que identificar el objeto de la valoración. Aunque se sigue destacando la necesidad de atender a la realidad de la acción final, esa realidad ya no se relaciona tan intensamente con el significado social, y la forma en la que condiciona la valoración es bastante distinta. Cuando el elemento final de la acción sólo sirve para definir el objeto de valoración como unidad de elementos objetivos y subjetivos, y no para explicar cómo debe producirse la relación con el resultado o cómo debe configurarse el significado social, se corre el riesgo, efectivamente, de que lo normativo represente una valoración libremente superpuesta a la acción. De este modo, el

aspecto final de la acción pierde carácter normativo, porque aunque permite llegar a la conclusión de que en el plano del injusto también ha de valorarse el aspecto subjetivo, no informa sobre cómo ha de realizarse esa valoración.

Por esta razón, se le criticó al finalismo que al querer conceder importancia al carácter final de la acción en los delitos imprudentes, acababa confundiendo la finalidad con la mera voluntariedad. Esa fue la crítica en la que se centraron los autores españoles, pues, como había anunciado Rodríguez Muñoz, ello suponía la plena aceptación del concepto causal de acción⁸⁶. Si la finalidad no se presentaba más que como el elemento subjetivo que configuraba la parte externa de la acción y no aportaba otros criterios valorativos que los relativos a la necesidad de tener en cuenta también ese elemento subjetivo, la norma podía acabar definiendo libremente la acción relevante y, de esa manera, fraccionar, también libremente, la parte subjetiva que la acompaña. La finalidad se reconocería con respecto a cada uno de las partes del actuar que pudieran ser jurídicamente relevantes desde una perspectiva causal⁸⁷.

Aunque Cerezo Mir hiciera hincapié en la dirección *final* de la acción exigida, eso sólo demostraba que, en la medida en que la acción tenía una parte externo-objetiva y otra interno-subjetiva, si en la valoración se comparaba la acción real con la acción ideal, ambas acciones debían contar con una parte subjetiva, pero se dejaba sin explicar si ese cuidado debido en el que se basaba la acción ideal se definía en función del aspecto subjetivo. Si ese cuidado debido, inspirado en la idea de peligro, se configuraba sólo a partir de posibles

⁸⁶. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), p. 132. "...no 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" (cursiva en el original). Esa misma crítica realizó años más tarde, tras la última concepción del delito imprudente expuesta por Welzel y refiriéndola también a los delitos dolosos, E. GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP 1962, (nota 64), pp. 550-552; Id., *Delitos cualificados*, (nota 64), pp. 107-109. También se adhirió a ella, L. JIMÉNEZ DE ASVA, *Tratado*³, tomo III, (nota 56), pp. 377-378.

⁸⁷. En esa atomización de la acción final se centraron las críticas de Jescheck y Nowakowsky, contra las que se quiso reaccionar insistiendo en que la acción sólo era final con respecto al resultado jurídicamente irrelevante y que lo decisivo eran los medios empleados. Cfr. J. CEREZO MIR, nota 6 a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 35, Id., "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal española", en Id., *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 113; y R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), pp. 69 ss.

causaciones, el aspecto subjetivo no aparecía por ninguna parte⁸⁸. Una solución coherente y unitaria capaz salvar la crítica de Rodríguez Muñoz exigiría, por tanto, que en los delitos imprudentes se reconociera una verdadera base ontológica de carácter final en la que la representación o voluntad del autor condicionara de alguna manera la norma de cuidado, por ejemplo introduciendo sus conocimientos en la formulación de un juicio de adecuación con el que asegurar que la conducta fuera al menos imprudente. De esa forma sí podría hablarse de un sistema final o, en su caso, final-social, es decir, de un sistema construido desde consideraciones ontológicas derivadas de la estructura lógico-objetiva que representa la acción final⁸⁹. En caso contrario, si no se explica suficientemente cómo lo subjetivo puede condicionar el significado social que fundamenta el injusto, el esquema finalista sólo exigiría que una vez determinado objetivamente el significado social del injusto se añadiera una consideración sobre la existencia o inexistencia de dolo⁹⁰.

4. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

La razón principal por la que Welzel había destacado el aspecto final de la acción humana se encontraba en el deseo de acabar con una concepción pre-

⁸⁸. Este mismo problema se encuentra en la exposición de otros finalistas, que no explican cómo la dirección final puede determinar ese deber de cuidado. Cfr. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, (nota 54), pp. 63 ss.; y R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), pp. 77 ss.

⁸⁹. Esa pareció ser la preocupación de J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, (nota 42), pp. 82-84, cuando tras valorar positivamente la doctrina finalista también en los delitos imprudentes por centrar la atención en la acción, reconoció que con ello el finalismo no había "agotado todavía las posibilidades ofrecidas por su estudio de la acción" y que, existía aún "camino por andar en la averiguación del acto existente en el delito culposo" (p. 82). A partir de ahí, indicó que la voluntad de la acción del delito imprudente presupone un conocimiento de orden fáctico equiparable al aspecto intelectual del dolo en los delitos dolosos y que junto a ello se podía reconocer una representación de carácter normativo. Lo primero significaría conocer la modalidad de ejecución y lo segundo ser consciente de su valoración como modalidad infractora del cuidado debido (p. 83).

⁹⁰. Aun pudiendo tener su fundamento en elementos ontológicos, ello pondría de manifiesto el progresivo debilitamiento sufrido por la doctrina finalista. Por un lado, porque la importancia dada a la finalidad ya no es la misma que la que se había querido reconocer en los delitos dolosos. Por otro, porque se produce entre lo subjetivo-individual y lo objetivo-social una mera relación de superposición que también tendría cabida en la teoría tradicional del delito y que encontraría muchos problemas para superar las críticas del neokantismo. Finalmente, porque el análisis del aspecto subjetivo obedecería a una perspectiva valorativa que, aun siendo respetuosa con la naturaleza objetiva y subjetiva de la acción, resultaría insuficiente para acabar con el dogma causal y con la concepción negativo-preventiva de Derecho penal.

ventivo-negativa del Derecho penal. Esta concepción, según Welzel, tenía un carácter marcadamente utilitarista que prescindía de consideraciones ético-sociales y concedía excesiva importancia a la actualidad del daño concreto. Eso suponía definir la acción en función, únicamente, de su naturaleza causal y concebir el bien jurídico como un objeto material susceptible de ser lesionado también de manera puramente causal⁹¹. De este modo, si lo que se pretendía era incidir en el substrato ético-social que podía encontrarse detrás de los diferentes bienes jurídicos, se hacía necesario valorar el aspecto subjetivo de la acción. La dimensión ético-social exigiría una concepción personal del injusto en la que la acción no se desvinculase del autor por el hecho de atender únicamente a su vertiente externo-causal. Entendía Welzel, en ese sentido, que lo que debía determinar el carácter antijurídico de una acción no era la posibilidad de causar un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino el respeto mostrado hacia los diferentes valores ético-sociales⁹². El desvalor del resultado como lesión o puesta en peligro del bien jurídico sólo podía tener relevancia, por tanto, dentro del desvalor de la acción⁹³.

En los delitos imprudentes, sin embargo, resultaba más difícil establecer esa implicación personal, pues cuando del carácter final de la acción humana no se pretendía obtener un elemento o criterio que pudiera orientar la valoración del hecho, sino, simplemente, una relación *ontológica* con un determinado resultado, el finalismo terminaba fundamentando el injusto de los delitos imprudentes en la vulneración de una norma *objetiva* de cuidado basada en la causalidad adecuada. De esa forma el aspecto subjetivo solamente servía para acompañar o delimitar el aspecto externo de la acción y no recibía su propia valoración. El desvalor de la acción ya no atendía, por tanto, al aspecto subjetivo, sino que se centraba en la necesidad de valorar la acción con independencia de la efectiva producción de un resultado.

Conviene aclarar esta distinta forma de entender el desvalor de la acción porque más allá de las confusiones terminológicas a las que pueda conducir, permite comprender los distintos problemas que tuvo el finalismo para encontrar en la realidad ontológica de la acción final el fundamento del injusto penal. Eso es algo que, como podía apreciarse en el apartado anterior, se refle-

⁹¹. Vid., *supra*, III. 1.

⁹². H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 67; Id., *PG* (nota 57), p. 70; Id., *PG* ^{II}, (nota 57), pp. 91-92.

⁹³. Cfr. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 68. Se aceptaba de hecho la posibilidad de que hubiera desvalor de acción y no del resultado. Así ocurriría, por ejemplo, en la tentativa inidónea.

jaba de manera especial en el análisis del delito imprudente, en el que la finalidad de la acción tenía muy escasa presencia. En el ámbito de los delitos imprudentes puede comprobarse, efectivamente, que esa escasa relación entre el carácter final de la acción humana y el desvalor de la acción, le hacía también muy difícil al finalismo explicar el concreto papel que debía desempeñar el resultado.

En un principio, Welzel había dicho que el tipo de injusto del delito imprudente lo constituían las lesiones de bienes jurídicos ocasionadas por acciones que no llevaban consigo “la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista”⁹⁴. Partía, por tanto, de la producción de un concreto resultado que luego, sin embargo, debía reconducirse a una acción que no hubiera observado la diligencia debida. El desvalor de la acción simplemente restringiría el desvalor del resultado previamente determinado. No obstante, desde ese punto de vista la afección al bien jurídico se produciría de la misma forma que en la concepción preventivo-negativa que el finalismo quería combatir. Por esta razón, Welzel pretendió posteriormente restar importancia al resultado para incidir de nuevo en el desvalor de la acción. Terminó diciendo que el contenido decisivo de lo injusto de los delitos culposos consistía “sobre todo, en el *desvalor de la acción*” y que el desvalor del resultado producido tenía “sólo una significación restrictiva, delimitadora, al destacar entre las conductas que no responden al cuidado debido aquellas que tienen relevancia para el Derecho penal”⁹⁵.

Entre nuestra doctrina, aquellos finalistas que habían llegado a la conclusión de que también en los delitos imprudentes era posible establecer una relación ontológica de carácter final entre la acción y resultado, no tuvieron problema en compartir con Welzel la idea de que la efectiva producción de un resultado no añadía nada al fundamento del injusto. Tal era el caso de Beristáin Ipiña, que concebía el resultado como una mera condición objetiva de punibilidad⁹⁶. Cerezo Mir, sin embargo, había reconocido que en los delitos imprudentes la relación entre el resultado y la acción final sólo podía establecerse en el plano del deber ser, por lo que se encontraba con más dificultades para fundamentar el injusto exclusivamente en el desvalor de la acción. Como se vio en el apartado anterior, este autor seguía otorgando importancia al carácter

⁹⁴. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, (nota 36), p. 28.

⁹⁵. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 69; cfr., también, pp. 75-76.

⁹⁶. Rechazando incluso la necesidad de poner en relación el resultado con la vulneración de la norma de cuidado. Cfr. A. BERISTÁIN IPIÑA, RGLJ 1962, (nota 54), pp. 826-827 y 814-815.

final de la acción en los delitos imprudentes, pero aceptaba también la presencia de elementos puramente causales. Así, cuando se planteó el papel que debía desempeñar el resultado *real* en este tipo de delitos advirtió que si bien era algo que quedaba fuera del carácter final de la acción y de lo que podía ser, por tanto, objeto de prohibición, sí que debía formar parte del injusto penal. La solución al problema era acabar con la equiparación existente entre tipo penal y objeto de prohibición⁹⁷. En su opinión, Welzel incurría en un error al pensar que con el desvalor de la acción podía quedar constituido lo injusto de los delitos culposos, porque si se quería atribuir al resultado una mera función selectiva no tenía sentido exigir luego que la producción de ese resultado fuese "consecuencia, precisamente, de la *falta de observancia* del cuidado"⁹⁸. Para Cerezo Mir, esta exigencia no sólo justificaba "la inclusión del resultado en el tipo de lo injusto", sino que demostraba que "sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente *constituido* lo injusto de los delitos culposos"⁹⁹.

Especial atención prestó a este problema Suárez Montes, que si bien coincidía con Cerezo Mir en la necesidad de poner en relación el resultado lesivo con la infracción del deber objetivo de cuidado, no dejaba de advertir que ello encajaba mal con los planteamientos propios de la teoría finalista. Para Suárez Montes era importante tener en cuenta que la crítica que Welzel había hecho a la protección de bienes jurídicos concretos obedecía una concepción del Derecho penal de carácter imperativista en la que el resultado real no podía tener ninguna relevancia¹⁰⁰. Si se quería respetar la especial concepción del Derecho penal que reflejaba la doctrina finalista había que reconocer que el fundamento del injusto no se podía encontrar fuera del aspecto subjetivo de la

⁹⁷. Cfr. J. CEREZO MIR, ADP 1959, (nota 77), p. 569; Id., *notas 4 y 6* a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 18 y 35.

⁹⁸. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 75-76, (cursiva en el original).

⁹⁹. J. CEREZO MIR, *nota 4* a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 18. (cursiva en el original), Id., "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista", (nota 87), pp. 127-128. En sentido parecido, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, (nota 54), p. 49, quien le concede una función "reductora y limitante" dentro del tipo del injusto.

¹⁰⁰. Cfr. R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), pp. 73-74. Entiende que con su última concepción del delito imprudente Welzel "ha acentuado de forma tal el aspecto normativo de la conducta final relevante para el delito culposo, que imposibilita la comprensión del resultado en el tipo de injusto, con desvalor propio. Se ha aproximado decididamente -sigue diciendo- al normativismo puro de Kaufmann, a quien expresamente se remite". "Según los principios fundamentales en que se apoya toda la construcción finalista -añade-, el resultado no puede tener el menor papel en el injusto. El injusto consiste en la realización del objeto de la norma prohibitiva o preceptiva" (pp. 73-74).

acción. En los delitos imprudentes se debía ser consecuente y dejar el resultado fuera del injusto. Reconocía este autor, no obstante, que desde una visión *realista* del Derecho no quedaba más remedio que admitir que el resultado tenía que ser un momento del injusto; un momento que no sería *único* pero que sí resultaría *indispensable*¹⁰¹. Por esta razón, decía que este problema constituía “una limitación intrínseca al sistema final”, “una mancha o fealdad del finalismo” que no se podía “superar desde el finalismo mismo”¹⁰².

Seguía quedando patente, en definitiva, el sistema dualista al que se había referido Rodríguez Muñoz, pues si bien en los delitos dolosos el fundamento del injusto se podía basar en el desvalor de la acción entendido como desvalor del aspecto subjetivo, en los delitos imprudentes el fundamento del injusto se encontraba en una relación de naturaleza causal. Ello era consecuencia de haber prescindido de la perspectiva valorativa inicial para buscar una relación entre la acción y el resultado concebidos como realidades semejantes a las empleadas por el modelo causal. En los delitos dolosos se podía encontrar esa relación (ontológica) en un aspecto subjetivo referido a la realidad causal, pero en los delitos imprudentes esa relación podía producirse únicamente en el plano externo-causal.

5. La adecuación social

Es, sin embargo, en el marco de la teoría de la adecuación social donde más claramente pueden apreciarse esos problemas con los que se encontraba la compleja metodología empleada por Welzel. Es cierto que, en sí misma, esta teoría no resultó tan polémica como otras propuestas sistemáticas de la doctrina finalista, pero su particular evolución refleja la manera en la que Welzel acabó resolviendo el dilema entre lo lógico-real y lo histórico-social. Por este motivo, pese a no haber sido objeto de especial preocupación para los autores

¹⁰¹. R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), pp. 75-76.

¹⁰². R. F. SUÁREZ MONTES, *La antijuridicidad en el finalismo*, (nota 70), pp. 76 y 82. Según este autor, dada esa concepción imperativista, por otra parte, no debía aceptarse la solución a la que había llegado Cerezo Mir distinguiendo entre tipo penal y materia de prohibición, pues ello acabaría destruyendo la misma base de la doctrina finalista (p. 76). Esa dificultad fue también apreciada por C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ADPCP 1962, (nota 54), p. 286, quien aun no reconociendo los inconvenientes apuntados por Cerezo Mir y aun juzgando suficientes las apreciaciones hechas por Welzel en el delito imprudente, termina afirmando que “el resultado... no acaba de encontrar su justo lugar en la sistemática del delito culposo, impidiendo que la doctrina de Welzel consiga su ansiada perfección”.

españoles que participaron de la recepción del finalismo, sí parece oportuno realizar sobre la misma unas breves consideraciones de carácter general.

El punto de partida debe buscarse en la importancia que para Welzel tenía el carácter contingente y existencial del Derecho. Ello le había llevado a no reconocer más Derecho que el Derecho positivo y a buscar, únicamente, en la naturaleza de las cosas el objeto permanente de la investigación científica¹⁰³. Lo permanente se encontraría, por tanto, en el plano de la acción individual y no en el plano de lo social. Entendía Welzel, en ese sentido, que la misión del Derecho penal no consistía en evitar la lesión de bienes jurídicos materiales, sino en proteger los concretos valores ético-sociales de cada comunidad; unos valores ético-sociales que, sin embargo, deberían estar referidos, en todo caso, a una acción humana, es decir, a un objeto ontológico capaz de establecer sus propios condicionamientos. Sólo de esa forma se conseguiría evitar que el existencialismo acabara convirtiéndose en puro subjetivismo o relativismo¹⁰⁴. Se establecía, en definitiva, una relación entre los valores éticos-sociales y la estructura ontológica de la acción, esto es, entre lo histórico-social (existencial) y lo lógico-real (esencial).

Originariamente, la teoría de la adecuación social había sido una forma de explicar el sentido de los tipos penales en atención a esa necesaria relación de la acción humana con los valores ético-sociales. Según Welzel, dado que el tipo describe el injusto penal haciendo referencia a los órdenes ético-sociales, no pueden considerarse típicas aquellas acciones humanas que resulten socialmente adecuadas¹⁰⁵. De ese modo, la adecuación social servía para subrayar el carácter histórico y dinámico de los bienes jurídicos y para buscar el sentido del tipo en la relación de la acción con los diferentes valores ético-sociales. Los tipos no estarían referidos a la producción de resultados lesivos, sino a la vulneración de órdenes valorativos definidos en función de su totalidad social¹⁰⁶. Lo histórico-social, por tanto, permitía comprender el carácter dinámico y com-

¹⁰³. Cfr. H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), pp. 255 y ss.

¹⁰⁴. Welzel decía que "aun concediendo la contingencia del contenido del obrar histórico, es decir, aun concediendo que no es posible deducir racionalmente su justeza objetiva, la existencia de fines del obrar objetivamente fundados es la presuposición que hace posible el sentido de actos existenciales". A continuación reconocía que "el sentido objetivo y subjetivo del obrar se encuentran indisolublemente entrelazados, y no se puede suprimir el uno sin aniquilar simultáneamente el otro". H. WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, (nota 20), p. 256. Nótese que en este contexto los términos "objetivo" y "subjetivo" presentan una diferente acepción en la que lo subjetivo se identifica con la valoración histórica y no con la voluntad del autor.

¹⁰⁵. Cfr. H. WELZEL, *PG*, (nota 57), p. 63.

¹⁰⁶. Cfr. H. WELZEL, *PG*, (nota 57), pp. 63-66.

plejo de los bienes jurídicos al mismo tiempo que se afirmaba la necesidad de establecer una relación con la acción individual. Se rechazaba así el criterio de la causalidad adecuada empleado por la doctrina dominante y se reconocía que en la realidad social los bienes jurídicos se exponen necesariamente a una serie de conductas peligrosas que no siempre son relevantes para el Derecho penal.

Hasta ese momento, aun habiéndose indicado la necesaria relación con la acción real, la teoría de la adecuación social estaba más orientada a destacar el aspecto histórico-social. De esa manera, se presentaba como una teoría configuradora del tipo penal válida tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes. Sin embargo, el protagonismo que de manera progresiva fue adquiriendo el sentido de la acción en la fundamentación del injusto, condujo a Welzel a realizar una serie de matizaciones sobre el verdadero significado que debía tener esta teoría¹⁰⁷. Poco a poco dejaba de ser una teoría sobre el sentido de los tipos penales y dejaba de estar relacionada con una forma espiritual y compleja de comprender la función protectora de los bienes jurídicos. Después de unos años en los que incluso fue definida como una causa de justificación de carácter consuetudinario¹⁰⁸, la adecuación social terminaba convirtiéndose en una *falsilla* de los tipos penales. Se ubicaba, definitivamente, en el tipo pero ya no respondía a una concepción ético-social del Derecho penal¹⁰⁹. Las acciones socialmente adecuadas pasaban a ser aquellas conductas que se mantenían “dentro de los límites de la libertad de acción social”¹¹⁰.

¹⁰⁷. Sobre la evolución que fue sufriendo la teoría de la adecuación social de Welzel y sobre la relación de esa evolución con la creciente importancia dada al sentido de la acción final cfr. M. CANCIO MELIÁ, "La teoría de la adecuación social en Welzel", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fasc. II, 1993, pp. 701-702 y 715 ss.

¹⁰⁸. Entre la 4ª y la 8ª edición de su manual (1954-1963). Ello fue criticado en España por J. CEREZO MIR, *recensión* a F. SCHAFFSTEIN, "Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre", *ZStW* 72, 1960, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1961, pp. 351-352, Id., *nota 11* a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 53, por considerarlo contradictorio con la propia concepción del tipo defendida por Welzel, en la que sólo se incluyen infracciones intolerables del orden ético-social. Destaca, en ese sentido, siguiendo las observaciones de Schaffstein, que el tipo para Welzel no era una configuración conceptual del objeto de la valoración, sino una valoración extraída de la realidad social. Posteriormente, Welzel reconoció expresamente el error y explicó la diferencia entre ámbito *normal* de libertad de acción social y la *autorización* o *permiso especial* para realizar acciones socialmente inadecuadas. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 56, Id., *PG^{II}*, (nota 57), p. 86.

¹⁰⁹. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 53 y ss, Id., *PG^{II}*, (nota 57), pp. 83 y ss. La adecuación social acaba teniendo un carácter más fáctico que normativo. Lo determinante es lo generalmente aceptado y no la interrelación de los valores incluidos en los distintos tipos penales. Cfr., en este sentido, M. CANCIO MELIÁ, *ADPCP* 1993, (nota 107), pp. 713-714.

¹¹⁰. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 55; Id., *PG^{II}*, (nota 57), p. 85.

Paralelamente, se apreciaba una diferente aplicación de la adecuación social en función del carácter doloso o imprudente de la acción. Si el sentido de la valoración podía desprenderse del propio sentido que la finalidad otorgaba a la acción, no era necesaria ni la adecuación social ni la configuración ético-social del tipo. Así, algunos de los supuestos que Welzel había considerado penalmente irrelevantes por ser socialmente adecuados empezaban a ser analizados desde el punto de vista subjetivo¹¹¹. Lo determinante era que el sujeto se representase la posibilidad de influir en el acontecer real¹¹². De este modo, el sentido que podía encontrarse en el aspecto subjetivo de la realidad ontológica de la acción conseguía reducir la contingencia de la valoración social.

El limitado protagonismo que iba teniendo la teoría de la adecuación social era consecuencia, por tanto, de una nueva relación entre lo lógico-real y lo histórico-social. Al principio la acción sólo condicionaba en el sentido de negar la posibilidad de establecer valores abstractos u objetivos. Eso significaba que los valores debían tener un carácter ético-social y estar referidos a la realidad de la acción. Con ello se reconocía que el sentido de la valoración podía verse afectado por los elementos que formasen parte de la estructura lógico-objetiva de la acción y en la medida que se definía la acción en función de su carácter final, se entendía que esos elementos podían ser no sólo objetivos sino también subjetivos. Welzel advertía así desde un principio que la valoración de la acción podía depender de la concreta representación del sujeto, es decir, del sentido que el sujeto le hubiera otorgado a la acción¹¹³. Esa realidad de la acción, sin embargo, condicionaba el sentido de la valoración pero no lo determinaba, de manera que seguía siendo necesaria una relación entre lo lógico-real y lo histórico-social¹¹⁴. El problema era, como habían indicado los neokantia-

¹¹¹. Supuestos como el de quien convence a otro para montar en un tren confiando en que sufra un accidente venían siendo resueltos por Welzel en atención a la adecuación social pero, progresivamente, casos parecidos los va tratando en el plano del tipo subjetivo. Así, en el caso de quien envía a otro al bosque en plena tormenta con objeto de que sea alcanzado por un rayo, Welzel ya no dice que se trate de un comportamiento socialmente adecuado, sino que resulta atípico por falta de dolo, porque el sujeto no tiene una voluntad homicida sino sólo una mera esperanza de que se produzca el resultado. Cfr. H. WELZEL, *PG*, (nota 57), p. 64; Id., *PG^{II}*, (nota 57), pp. 84 y 96-98. Cfr., también, M. CANCIO MELIÁ, *ADPCP* 1993, (nota 107), p. 706.

¹¹². H. WELZEL, *PG^{II}*, (nota 57), p. 97.

¹¹³. Señala Welzel que en el ejemplo de quien envía a otro a montar en un tren con objeto de que sufra un accidente, si el sujeto se aprovecha de un atentado ferroviario planeado dejaría de ser un comportamiento socialmente adecuado. Según Welzel, "dentro del juicio de adecuación caen también las circunstancias conocidas por el autor que aumentan los peligros normales". H. WELZEL, *PG*, (nota 57), p. 64.

¹¹⁴. Welzel decía que la voluntad del autor es *también* determinante del sentido social de la acción, pero insiste en que eso no significa que "decida" sobre el sentido social. H. WELZEL,

nos, que la parte histórica podía llegar a relativizar en exceso la fuerza vinculante del sentido de la acción. Por ese motivo, Welzel pretendió concederle al sentido de la acción un carácter más determinante. Ello suponía, no obstante, renunciar a la interrelación de lo lógico-real con lo histórico-social y concebir el tipo penal como una selección de acciones con sentido valorativo, lo cual, ciertamente, sólo podía lograrse trasladando implícitamente el sentido valorativo del tipo a la realidad de la acción. Dado que Welzel, en última instancia, lo que quería era reducir la contingencia de la valoración social, se veía obligado a renunciar a la adecuación social y tomar como referencia la relación causal, es decir, la otra realidad que parecía tener carácter ontológico. De ese modo, lo que hacía Welzel realmente era cambiar la perspectiva valorativa con la que definir la referencia necesaria para determinar el sentido de la acción, pues sólo desde una ontología radical que identificase plenamente la realidad con el valor podría entenderse que la acción es capaz por sí misma de determinar su significado social o su posible sentido valorativo. El centrar la atención en la relación de la acción con un resultado concebido de manera causal obedecía sencillamente a la necesidad de reducir la contingencia histórico-social que se había reconocido con la teoría de la adecuación social. La opción por lo lógico-real implicaba, en definitiva, la limitación de lo histórico-social¹¹⁵.

El nuevo sistema, (nota 41), pp. 39-40. La adecuación social serviría para demostrar que el sentido de la acción no cambia necesariamente por la intención del autor. "Dicho hegelianamente de lo que se trata es de la conexión del espíritu objetivo y subjetivo", J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), p. 90.

¹¹⁵. Si se entiende, como aquí se hace, que la relación causal tampoco es una realidad predada u ontológica, sino que responde a su vez a una especial forma de valorar la acción, no cabe afirmar, como hace Roxin, que la razón por la que Welzel prescindía de la valoración social era haber optado por lo lógico-real. Cfr., C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 100-105. Lo que ocurre es que únicamente destacaba los aspectos ontológicos relevantes desde una perspectiva causal. De esta forma, aun siendo cierto el dilema expuesto por Roxin entre la adecuación social y la supradeterminación de cursos causales, se debería matizar reconociendo que se trata realmente de una opción por sentidos valorativos distintos. Es verdad que se llega a ella a partir de la tensión entre lo lógico-real y lo histórico-social, pero el problema no está en que se quisiera derivar el sentido de lo lógico-real. Es importante hacer esta matización porque, muy probablemente, como se intenta exponer a continuación en el texto, las principales limitaciones del finalismo no se encontraban en su pretendido carácter ontológico, sino en haber acabado buscando lo ontológico en lo causal. Eso es lo que le habría llevado a una nueva forma de concebir el injusto y el sistema penal en general con la que también pueden comprenderse los problemas que el finalismo encontraba, por ejemplo, en el delito imprudente. Porque independientemente del tipo de relación que se quiera reconocer entre la realidad de la acción y la concepción del injusto, lo que es cierto es que se trata de una relación que en cualquier caso también está presente al destacar el carácter causal de la acción. No necesariamente es más ontológica la acción causal que la acción final.

El finalismo terminaba así adoptando realmente una perspectiva causal en la que no tenían cabida ni los concretos valores ético-sociales ni el propio sentido de la acción. Al romperse la relación de lo lógico-real con lo histórico-social lo que se conseguía no era que el sentido valorativo se desprendiese directamente del sentido de la acción, sino que el sentido valorativo dependiese en todo caso de la relación de la acción con el resultado material. Se determinaba el sentido valorativo en función de esa relación y luego se comparaba con el sentido que la finalidad hubiera otorgado a la acción. El sentido que el sujeto le hubiera dado a su acción sólo importaba, por tanto, en el contexto de la relación con ese resultado previamente determinado. La finalidad se terminaba identificando con la anticipación del resultado, es decir, con la predeterminación de la relación causal. De esta forma, cuanto más importancia se quería conceder al sentido que el sujeto le daba a la acción, más rígida era la relación causal que establecía el sentido valorativo¹¹⁶. Ello presentaba dos serios problemas: por una parte, dejaba fuera elementos valorativos del tipo que el propio Welzel había destacado al criticar las limitaciones del sistema causal; por otra parte, no servía para explicar los delitos imprudentes, sobre todo en los supuestos de culpa inconsciente. Es decir, se limitaban demasiado los elementos determinantes de la valoración y resultaba insuficiente el sentido subjetivo basado en la representación o predeterminación de la relación causal.

Cuando en los delitos dolosos Welzel quería obtener todo el sentido valorativo del aspecto subjetivo de la acción, se basaba en la posibilidad de influir en el acontecer real y se movía únicamente en el contexto causal. La razón por la que una acción podía no ser penalmente relevante era que no participara realmente de la relación causal y que, paralelamente, en el plano subjetivo, el sujeto no pudiera representarse la posibilidad de influir en la producción del resultado. Se podía prescindir, por tanto, de la adecuación social sólo en la

¹¹⁶ Este es el dilema destacado por C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 105-106. En él se resumen los problemas a los que llegaba la metodología de Welzel. Observa Roxin cómo en sus primeros escritos Welzel había procurado defender un concepto de acción capaz de absorber los diferentes conceptos de significación social recogidos en los tipos penales, y cómo, sin embargo, al pretender luego hacer más hincapié en el carácter lógico-real del sentido subjetivo de la acción, se basaba en una predeterminación causal de resultados con la que necesariamente tenía que renunciar a esa aprehensión del significado social. Daba la razón a Schaffstein cuando decía que esos cambios operados por Welzel suponían “una renuncia parcial al punto de partida metodológico, es decir, a la concepción del «mundo del Derecho» como un «mundo con sentido y significado»” (p. 16). Se hace eco también de esa opinión de Schaffstein, J. CEREZO MIR, ADPCP 1961, (nota 108), p. 351. Cfr. también, M. CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, (nota 107), pp. 724-728.

medida en la que se definiera el tipo de manera causal. En los delitos imprudentes, por otra parte, la valoración a la que había que someter la acción ni siquiera podía referirse a una finalidad dirigida a la producción del resultado. Si en estos delitos no se quería atender exclusivamente a la relación externo-causal, se debía enriquecer el sentido del tipo y valorar otros aspectos de la acción. Pero como se había rechazado la fundamentación ético-social de la adecuación social por resultar excesivamente contingente, esos criterios valorativos acababan siendo bastante limitados¹¹⁷.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esa valoración que se añadía al sentido de la acción, si bien tenía carácter social, partía únicamente de consideraciones objetivas. La acción real sólo participaba de la valoración por su aspecto causal-social y no por el propio sentido que el sujeto le hubiera dado a la acción. Desde el momento en el que la finalidad se identificaba con la predeterminación de la relación causal, no sólo se producía una clara delimitación entre los aspectos subjetivos y objetivos de la acción, sino que además los aspectos subjetivos se presentaban de manera superpuesta a los objetivos. El aspecto subjetivo no recibía su propia valoración ni en los delitos dolosos ni en los delitos imprudentes. Sólo se valoraba si acompañaba o no a aquellos elementos de la relación causal que se habían considerado penalmente relevantes. Si al principio el finalismo había destacado el aspecto subjetivo para dar un sentido a la acción con el que relacionar la valoración social, al predeterminar el sentido de manera causal impedía esa relación¹¹⁸. El aspecto subjetivo acababa teniendo un protagonismo semejante al que había tenido hasta entonces y se hacía difícil dar una nueva explicación de temas como la imprudencia o el desvalor del resultado. Porque, tanto si reconoce que la concreta concepción

¹¹⁷. En ambos casos, no obstante, existía realmente una valoración que iba más allá de la relación con el resultado. En los delitos dolosos esa valoración se ocultaba en la relación causal que se debía reflejar en el aspecto subjetivo y en los delitos imprudentes se encontraba detrás del deber objetivo de cuidado. Se ha dicho, en ese sentido, que el deber objetivo de cuidado "es el continente en el que fue acogida la adecuación social, mientras que se marchitaba en su posición sistemática original", M. CANCIO MELIÁ, ADPCP 1993, (nota 107), p. 723.

¹¹⁸. Se perdía así el verdadero carácter ontológico de la acción final. No había un propio sentido ontológico de la acción que luego se sometiese a la valoración social, sino que se definía en función de la concreta valoración causal; es decir, no se atendería a *todo* lo dado tal y como exigiría la *intuición eidética*. Cfr. I. M. BOCHENSKI, *Los métodos actuales del pensamiento*, (nota 29), p. 53. Ciertamente es que en la metodología finalista también se produce una relación entre lo que se desea valorar y la identificación de la acción, pero cabría pensar que es más propio de una metodología ontologista buscar una valoración existencial no predeterminada que permitiera definir la acción lo más amplia o completamente posible.

de la acción humana responde a una particular concepción del injusto o del Derecho penal, como si se entiende que esta última concepción depende de la propia realidad de la acción, lo cierto es que parece totalmente necesaria una cierta relación entre ambas concepciones¹¹⁹. En este sentido, cuando Welzel centra la atención en la realidad de la acción prescindiendo de la especial concepción del Derecho penal que reflejaba su teoría de la adecuación social, lo que consigue es aceptar un concepto de acción semejante al del sistema causal. La finalidad se limitaba a ser en un criterio añadido o paralelo a la relación causal con el que resultaba difícil defender un nuevo sistema y una nueva concepción del Derecho penal.

6. El carácter normativo de la culpabilidad y la teoría estricta de la culpabilidad

Si en el plano de la antijuridicidad los planteamientos sistemáticos de Welzel estaban condicionados por el carácter final de la acción humana, en el plano de la culpabilidad lo que resultaba determinante era la capacidad reconocida al ser humano de actuar conforme a sentido¹²⁰. Welzel entendía que un Derecho penal de naturaleza positiva tendente a reforzar los valores fundamentales de la sociedad debía atender necesariamente a la capacidad de los ciudadanos de tener un compromiso ético-social con los valores recogidos en las normas penales. Más allá de la divergencia general u objetiva entre la acción y el orden jurídico, se debía comprobar "que el autor hubiera podido formar su decisión antijurídica de acción en forma más correcta, adecuada a la norma, y esto no en el sentido abstracto de lo que hubiera podido hacer un *hombre cualquiera*, en lugar del autor, sino, y muy concretamente, de que *ese hombre*, en *esa situación*, hubiera

¹¹⁹. En este sentido, aun pudiendo ser acertada la crítica que hace Gimbernat al decir que partiendo de un concepto semejante al empleado por la teoría causal no podía considerarse obligada una nueva ubicación del dolo, hay que reconocer también que, precisamente por eso, no cabe entender que el problema del finalismo era que el apoyo que encontraba en lo ontológico derivaba del traslado de consideraciones valorativas al terreno de la acción. Esa misma crítica tendría que aceptarla la teoría causal. Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, (nota 64), pp. 111-115, Id., ADPCP 1962, (nota 64), pp. 552-553; C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 85-87 y 92 ss. Cuando Roxin dice que el concepto de acción no tiene relevancia práctica y surge de diferentes abstracciones, parte realmente de la consideración de la causalidad como algo predado. En realidad en esas abstracciones pueden encerrarse diferentes concepciones de la acción o de la perspectiva desde la que debe identificarse la acción. En ese sentido parece ir la réplica que, siguiendo a Stratenwerth, hace J. CEREZO MIR, "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista", (nota 87), pp. 116-117.

¹²⁰. H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 88; Id., *PG^{II}*, (nota 57), pp. 204-205.

podido formar su decisión de voluntad en forma adecuada a la norma"¹²¹. El reproche que se realiza sobre la voluntad del autor por no ser conforme a sentido es posible, por lo tanto, sólo si se reconoce, en primer lugar, que el ser humano cuenta efectivamente con una cierta libertad de voluntad y, en segundo lugar, que esa libertad no se encuentra anulada en la consideración existencial de la concreta voluntad que ha resultado ser antijurídica.

La culpabilidad pasaría a tener así una naturaleza normativa que ya no se centraría en las relaciones psicológicas entre el autor y el hecho antijurídico. Insistía por ello Welzel en la necesidad de dejar de identificar lo objetivo de la antijuridicidad con lo externo, y lo subjetivo de la culpabilidad con lo interno. La distinción objetivo/subjetivo debía dejar paso, como había apuntado von Weber, a la distinción deber ser/poder¹²².

Ahora bien, para que el dolo y la culpa pudieran pertenecer al injusto era necesario comprender el dolo como un simple *dolo natural*, diferente del *dolo malo* que tomaba como referencia el esquema clásico¹²³. Si para la *teoría del*

¹²¹. H. WELZEL, *PG*, (nota 57), p. 153, Id., *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 85; Id., *PG^{II}*, (nota 57), p. 201. (cursiva en el original).

¹²². Reconocía Welzel que la importancia del elemento normativo basado en la libertad ya había sido destacada antes por Frank, Goldschmidt y Freudenthal, y que incluso Dohna había llegado a diferenciar entre valoración y objeto de valoración para deslindar el dolo de la culpabilidad, pero, en su opinión, era su teoría finalista la única capaz de culminar coherentemente ese proceso de normativización, asignando al dolo, "que se había hecho apátrida en Dohna", su lugar adecuado dentro de la acción típica. H. WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, (nota 36), pp. 33-35; Id., *PG*, (nota 57), pp. 148-151; Id., *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 81-84; Id., *PG^{II}*, (nota 57), p. 200. Es en este punto donde parecen producirse las originales aportaciones de la teoría finalista en el plano de la culpabilidad, unas aportaciones más relacionadas quizá con una particular concepción de la acción que con una propia forma de concebir la culpabilidad, pues ni el carácter normativo reconocido a la culpabilidad ni la consideración del dolo como un objeto de la valoración conducían necesariamente a sacar el dolo de la culpabilidad. Nada, salvo una concepción final de la acción, impediría estudiar el objeto de la valoración y la valoración del objeto en un mismo plano de la teoría del delito. Así ocurría, de hecho, con el conocimiento de la antijuridicidad. Cfr., sobre esto, siguiendo a Hirsch, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, (nota 54), pp. 31-34.

¹²³. Entre nuestra doctrina, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, (nota 72), pp. 37-38, n. 26, Id., ADP 1953, (nota 72), pp. 213-214, advirtió de los problemas que esta nueva concepción del dolo defendida por la doctrina finalista podía tener en su trasposición a nuestro sistema penal. En su opinión, a diferencia de la palabra alemana *Vorsatz*, que se identificaba con el propósito o resolución en toda clase de acciones, la palabra dolo tendría en España una naturaleza esencialmente jurídica que estaría impregnada de elementos valorativos y que vendría empleándose en el sentido de *dolo malo*. En sentido contrario, sin embargo, J. CERESO MIR, ADPCP 1961 (nota 72), pp. 66-67.

dolo, seguida tradicionalmente por la doctrina, el dolo era un elemento de la culpabilidad que incluía el conocimiento de la antijuridicidad, para la *teoría de la culpabilidad*, defendida por el finalismo, la cognoscibilidad de la antijuridicidad debía permanecer como elemento integrante de la culpabilidad pero separada del dolo. Sería propiamente un elemento de la valoración y no del objeto de la valoración. Es decir, sólo serviría para valorar si la voluntad de acción antijurídica del autor pudo o no haber sido conforme a sentido. De esta forma, el finalismo proponía diferenciar claramente el error de tipo, que excluiría el dolo, del error de prohibición, que excluiría o podría excluir la culpabilidad¹²⁴. Este error de prohibición se produciría tanto si el autor desconoce o interpreta erróneamente la norma jurídica, como si prejuzga equivocadamente la existencia de una causa de justificación. Con respecto a esta segunda posibilidad, Welzel mantuvo, además, una *teoría estricta de la culpabilidad* según la cual deberían quedar incluidos no sólo aquellos supuestos en los que el autor se equivoca sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los límites de ésta, sino también aquellos otros en los que yerra sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación¹²⁵.

En atención a la perspectiva desde la que aquí se está desarrollando la exposición y valoración de las propuestas sistemáticas de la doctrina finalista, es esta teoría estricta de la culpabilidad la que puede resultar de especial interés, pues se trata de una teoría en la que, al igual que en los temas anteriormente tratados, se manifiestan las dificultades propias de la relación entre lo lógico-real y lo histórico social, y más concretamente las consecuencias de haber optado por una limitación de la contingencia histórico-social a partir de una finalidad dirigida a la producción de resultados causales.

En efecto, cabe entender que la razón por la que Welzel defiende esta teoría estricta de la culpabilidad se encuentra de alguna manera relacionada con esa mera supradeterminación de cursos causales en la que se había acabado convirtiendo la finalidad¹²⁶. Desde el momento en que Welzel dejaba de ver la acción

¹²⁴. Esta teoría de la culpabilidad no tuvo en un primer momento una gran acogida por parte de la doctrina jurídico-penal española. Vid. las referencias en J. CEREZO MIR, "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista" (nota 87), p. 130. Una de las principales objeciones era que al llevar el dolo y la culpa al plano del injusto se corría el riesgo de que la culpabilidad o bien perdiese su objeto o bien se encontrase referida a todo el delito y se confundiese con la responsabilidad. Así, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*³, tomo V, (nota 56), p. 213.

¹²⁵. H. WELZEL, *PG*, (nota 57), pp. 177-179; Id., *El nuevo sistema*, (nota 41), pp. 115-118; Id., *PG*¹¹, (nota 57), pp. 232-235.

¹²⁶. En este sentido, C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 104-105.

típica como una infracción de los órdenes ético-sociales recogidos en los tipos penales y se centraba en la relación de la acción con un concreto resultado, el dolo se identificaba a su vez con la previsión de la causación de un resultado típico y no tenía en cuenta otros elementos determinantes del significado social de la acción. A partir de ahí, se podía decir que la comprensión o representación de aquellos aspectos no referidos a la producción del resultado no afectaba propiamente a la posibilidad de dirigir finalmente la actuación, sino sólo a la posibilidad de actuar conforme al sentido de la norma penal. De esta forma, mientras que el error sobre la producción del resultado hacía desaparecer el tipo, el error sobre cualquier otro aspecto de mayor componente valorativo se concebía como un error de prohibición y quedaba dentro de la culpabilidad. Se pretendía en definitiva una clara distinción entre la valoración y el objeto de la valoración¹²⁷, una distinción que resultaba factible en la medida en la que se mermaba la relación entre lo lógico-real y lo histórico-social.

Cuando en un principio, sin embargo, el finalismo mantenía esta relación y destacaba el carácter final de la acción con objeto de poder captar otros aspectos de su significación social, el distanciamiento entre la valoración y el objeto de la valoración era en cierto modo menor. Ya no sólo porque la acción, como objeto de valoración, se definía en función de los diferentes aspectos que podían o querían ser sometidos a valoración desde una perspectiva más amplia que la perspectiva causal, sino también porque de esa manera no había problemas en admitir que la relación de la acción con el tipo respondía a una propia valoración que iba más allá de la relación con el resultado. El dolo podía verse, en suma, como la representación de todos aquellos elementos determinantes del significado social de la acción. En ese sentido, el error de tipo vendría a ser un error sobre el sentido o significado de lo sucedido -más allá, por tanto, de la producción del resultado- y el error de prohibición un error sobre la valoración jurídica de lo sucedido. Conforme a esta distinción podría resultar más apropiado, por tanto, mantener una teoría restringida de la culpabilidad en la que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación se equiparase con el error de tipo, es decir, con un error sobre el significado de la acción¹²⁸.

¹²⁷. A juicio de Roxin, esa estricta separación entre «objeto de la valoración» y «valoración del objeto» propuesta por Dohna "se compaginaba admirablemente con un concepto ontológico de finalidad cada vez más separado del mundo del significado social", C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), p. 107. Llama además la atención Roxin sobre el hecho de que tal distinción era más propia de un neokantiano como Dohna que de alguien como Welzel que en sus primeras obras "había intentado presentar el mundo social del valor y del sentido como componente indisoluble del ser" (p. 108).

¹²⁸. Es la conclusión a la que, tras la anterior crítica, llega C. ROXIN, *Problemas básicos*, (nota 62), pp. 103-104.

Sin embargo, lo cierto es que el finalismo optó por reducir el sentido valorativo del tipo y por mantener, en consecuencia, una teoría estricta de la culpabilidad¹²⁹. En España, es también esta teoría la defendió, por ejemplo, Cerezo Mir. Negaba este autor que la adecuación social fuera una causa de justificación y reconocía su importancia a la hora de determinar la tipicidad de la conducta, pero consideraba que era conveniente diferenciar la valoración realizada en el plano del tipo de la realizada en el plano de la antijuridicidad. Proponía así distinguir materialmente la adecuación social de las causas de justificación¹³⁰. A su juicio, no podía ser lo mismo errar sobre los elementos que condicionan la adecuación social o el carácter típico de la acción que sobre los elementos que determinan la existencia de una causa de justificación¹³¹. En estos casos, independientemente de que el error se produzca sobre la existencia de una causa de justificación o sobre sus presupuestos objetivos, debería reconocerse un error de prohibición, un error que excluiría o podría excluir la conciencia de la antijuridicidad, pero no el dolo¹³².

¹²⁹. Así, al menos, Welzel, Maurach y Niese. Schaffstein y von Weber optaron, en cambio, por una teoría restringida o limitada de la culpabilidad. Cfr. J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 112 ss.

¹³⁰. Rechaza así la teoría de los elementos negativos del tipo a la que había llegado Schaffstein y destaca la diferencia entre las conductas excepcionalmente justificadas y aquellas incluidas por completo en el orden ético-social. J. CEREZO MIR, ADPCP 1961, (nota 108), pp. 352-353.

¹³¹. J. CEREZO MIR, "La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española", en Id., *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 198-203, p. 202. A su juicio "si el autor tiene conocimiento de la concurrencia de todos los elementos del tipo, esto debe servirle de estímulo... para cerciorarse de la presencia efectiva de las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación". También J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad*, (nota 128), pp. 115-116, considera más convincente la teoría estricta de la culpabilidad. A su juicio, la teoría restringida "incurre en el doble defecto de dar entrada a la distinción entre error de hecho y error de derecho, y a la teoría de los elementos negativos del tipo". Por otra parte, señala este autor que sólo con la teoría estricta de la culpabilidad se conseguiría poner en armonía la teoría del error con una teoría del delito que distinga tipicidad y antijuridicidad.

¹³². Sobre los posibles apoyos que tal tesis podría tener en el Derecho penal positivo español de aquella época cfr.. J. CEREZO MIR, "La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español", en Id., *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 85-89; Id., nota 32 a la traducción de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), p. 118; Id., "La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista", (nota 87), pp. 130 y ss. Así también, con respecto al Proyecto de Código penal español de 1980, Id., "La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española", (nota 131), pp. 201-203. En sentido crítico con esta pretensión, en cambio, E. GIMBERNAT ORDEIG, *recensión* de H. WELZEL, *El nuevo sistema*, (nota 41), en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1966, abril-junio, pp. 475-479.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a todo lo dicho -y a modo de recapitulación-, pueden hacerse las siguientes consideraciones generales:

Para la doctrina finalista -al menos en la formulación original desarrollada por Hans Welzel-, sólo el Derecho positivo es verdadero Derecho y, por tanto, sólo en el Derecho positivo debe buscarse el objeto del estudio científico. No existe, en ese sentido, un orden anterior y trascendente en el que pueda basarse el estudio del delito. Lo único que cabe hacer es analizar las estructuras lógico-objetivas de los objetos tratados por el Derecho positivo. Si los delitos se refieren a acciones humanas habrá de ser concretamente la estructura lógico-objetiva de la acción humana la que constituya el objeto principal del estudio científico.

Desde un punto de vista fenomenológico decía Welzel además que esa estructura lógico-objetiva no podía definirse a partir de una particular concepción valorativa. Cuando menos esa previa concepción valorativa tendría que ser suficientemente amplia como para no dejar de apreciar el carácter histórico-contingente del orden jurídico y social. Tal concepción podría ser, únicamente, la de reconocer al ser humano como persona en libertad capaz de actuar conforme a las diferentes relaciones de sentido. A partir de ahí se conseguirían introducir en el estudio del delito consideraciones de carácter ético-positivo; consideraciones para las que era necesario partir de un concepto final de acción que no prescindiera del elemento subjetivo. Se pretendía, en definitiva, establecer una relación entre a) una particular concepción del ser humano y del Derecho, b) el reconocimiento del carácter histórico y dinámico de los valores ético-sociales y c) la estructura lógico-objetiva de la acción como necesaria unidad de elementos objetivos y subjetivos.

Los principales problemas de tales postulados se ponían de manifiesto al intentar definir más exactamente esa relación y querer justificar con ella algunas reformas de carácter sistemático. Son esos problemas los que fueron objeto de preocupación para los autores españoles que abordaron el estudio de esta teoría finalista. Por una parte se encontraban los problemas relativos a la compatibilidad teórica entre la existencia de estructuras lógico-objetivas y la ausencia de criterios valorativos de carácter inmutable. Por otra parte estaban los problemas de la verdadera relevancia sistemática de la existencia de esas estructuras lógico-objetivas, tanto con carácter general como en atención a la particular ubicación del dolo en el tipo. Son también esos problemas los que

condicionaron la aceptación de esta teoría finalista por parte de algunos autores españoles, que de manera más o menos explícita se vieron obligados a justificar el concreto fundamento metodológico desde el que decidían aceptar esas propuestas sistemáticas.

En el análisis de esas propuestas sistemáticas pueden apreciarse las dificultades que tenían los finalistas para relacionar el carácter final de la acción humana con perspectivas valorativas de carácter histórico-social que fueran más allá del aspecto causal. A este respecto puede decirse, sin embargo, que las limitaciones que tenían tales propuestas no se derivaban tanto de haber querido reconocer en la acción final un elemento de carácter ontológico, como de haber acabado limitando su relación con el elemento histórico-social. Las diferencias entre causalismo y finalismo no se encontraban, efectivamente, en un mayor o menor carácter ontológico del concepto de acción. No se trataba, por tanto, de que el finalismo no partiera de un sustrato verdaderamente ontológico o de que fuera menos apto para la inclusión de consideraciones valorativas. Lo que ocurre es que cuando el finalismo quiso buscar el sentido de la valoración en la realidad de la acción -para justificar así la necesaria inclusión del dolo en el tipo-, lo que hizo fue desmarcarse de sus iniciales planteamientos metodológicos. Terminaba buscando el sentido en el aspecto subjetivo de la acción y reduciendo la perspectiva valorativa a una perspectiva meramente causal.