

Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista

JOSE ARTURO RODRIGUEZ MUÑOZ
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valencia

I

El concepto final o finalista de la acción elevado por Welzel a concepto central de la teoría del delito, implica tales modificaciones fundamentales del sistema tradicional que explican suficientemente las críticas de que ha sido objeto desde el principio y que en estos últimos años revisten renovada intensidad. Ya en 1944, en el volumen publicado en homenaje a Kohlrausch, somete Engisch (1) la nueva doctrina a un fino y profundo examen, cuyo resultado negativo le conduce a formular, por su parte, un concepto social natural de la acción diverso, tanto del concepto naturalístico como del finalista de Welzel, pues «lo que ante todo importa es desenvolver el concepto de la acción de manera que por un lado permanezca en conexión con la concepción natural de la vida, pero por el otro, sea apropiado para ser objeto de las valoraciones jurídicas». Posteriormente (en 1949), Bockelmann (2), en su trabajo sobre la relación entre la autoría y participación en el delito, examina a fondo la doctrina de la acción finalista y concluye por rechazar su consecuencia más importante y característica, a saber: la pertenencia del dolo a la acción antijurídica: Por último, conocida es la posición en todo momento adversa de Mezger, manifestada en las diversas ediciones del *Studienbuch*, en el *Prólogo* a la tercera edición del *Lehrbuch* y, sobre todo, y más detenidamente, en el escrito *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, aparecido en 1950 (3). Todo ello ha obligado al fundador de la doc-

(1) *Probleme der Strafrechtserneuerung. Der finale Handlungsbegriff*, páginas 141 a 179. La crítica de la doctrina de WELZEL en la páginas 153 a 160. De aquí en adelante la fundamentación del concepto de la acción, por ENGISCH.

(2) BOCKELMANN: *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*.

(3) Conviene, sin embargo, advertir que aunque en definitiva MEZGER sigue rechazando la consecuencia más importante de la doctrina de la acción finalista, a saber: la pertenencia del dolo a la esfera de la culpabilidad, su postura respecto a la nueva doctrina de WELZEL se dulcifica en cierta manera en el último trabajo que en referencia al problema y bajo el título *Vom Sinn der*

trina finalista a la oportuna réplica en sendos trabajos que ven

strafbaren Handlung ve la luz en el número 22 de la «Juristenzeitung», del 20 de noviembre de 1952, págs. 673 a 678.

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

Una de sus partes integrantes de mayor importancia—sigue diciendo MEZGER—es la comprobación de que «la materia jurídica en su totalidad aparece atravesada en todas direcciones por *estructuras sociológico-materiales* que se les aparecen ya, tanto al legislador como a la ciencia, como realidades dadas, y que en consecuencia obligan tanto al uno como a la otra; por lo que con independencia de que las consideren debidamente o fracasen en esta tarea, no les es posible modificarlas de modo arbitrario o incluso crearlas por sí». En realidad, este pensamiento ha sido ya anteriormente tenido en cuenta y aplicado. Piénsese, v. g., en los estudios en torno al § 51 del Código (irresponsabilidad por causa de enfermedad mental, etc.). Pero constituye el mérito indiscutible de WELZEL haber destacado de manera clara y penetrante dicho pensamiento y haberlo elevado a la conciencia general. De él se deducen amplias e importantes consecuencias para la *doctrina* jurídico-penal del tipo, consecuencias que ya en otro lugar (*Kurz-Lehrbuch*, II, 3.ª edición de 1952, pág. 292), he deducido y que se expondrán más al detalle en lo que sigue. Ciertamente que una tarea igualmente importante es la del deslinde claro y preciso del ámbito *ontológico* frente al *normativo*, este último representado por los conceptos de la antijuricidad y de la culpabilidad, y con ello el reconocimiento de la función del Derecho positivo en el ámbito reservado a él.

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

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

La *segunda* de las tesis formuladas por MEZGER reza así: La acción como fundamento del Sistema jurídico-penal es un *concepto final*. Pero este concepto

la luz en 1949 y 1951-1952 (4), en los que en parte reafirma las

final de MEZGER no es en modo alguno el de WELZEL y NIESE, y tan sólo implica el elemento de *voluntariedad* aunque MEZGER insista en sostener que entre «acción final» y «voluntariedad» no es posible establecer una diferencia y entienda que tampoco WELZEL ha conseguido establecerla con claridad suficiente. Ahora bien, este concepto final de la acción debe conducir a una parcial *revisión de la doctrina del tipo*. En efecto, en tanto que los «tipos legales» (párrafo primero del § 59 del Código) describen determinadas acciones, no pueden hacerlo de otro modo que partiendo del *carácter ontológico preexistente* de la «acción». En este punto, el legislador no puede modificar nada, como ha demostrado WELZEL de convincente manera. En contra de lo expuesto en ocasión anterior (en la *Traeger-Festschrift*, 1928, págs. 198-99)—dice MEZGER—entiendo ahora que *también el simple querer de la acción externa pertenece al tipo*. Pero esto *en nada altera* la tesis ulterior allí propugnada de que este simple querer pertenece a la culpabilidad y no al injusto. La rectificación debe contraerse a decir que el «tipo» continúa en verdad siendo, ahora como antes, «injusto tipificado», pero *no sólo esto*. O dicho en los términos expuestos en el *Kurz-Lehrbuch*, II, pág. 292: el tipo legal es en primera línea antijuridicidad, pero *no es sólo* antijuridicidad tipificada. También es parcialmente culpabilidad tipificada. Antijuridicidad y culpabilidad son categorías normativas de especial índole, son expresión de un principio divisorio (de separación) frente a la unidad real de la acción; en el tipo, por el contrario, es captada la acción necesariamente en su totalidad real. Por ello abarca a su vez el tipo, no sólo un lado singular de la acción (esto es, el injusto), sino la acción en todas sus referencias sistémicas.

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

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

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

El Derecho penal vigente, en lo que concierne al enjuiciamiento del hecho punible, conoce ante todo dos importantes *categorías de la valoración normativa*, que desde fuera llegan a la acción, a saber: *la antijuridicidad (el injusto)* y *la culpabilidad*; la primera como el juicio *objetivo* sobre el acto, la segunda como la imputación *personal* (subjetiva) de dicho acto a un determinado autor. Ninguna de estas dos categorías quiere abarcar la acción punible en su totalidad;

primitivas premisas, y en parte introduce ciertas modificaciones, con lo que entiende que el sistema jurídico penal puede considerarse definitivamente perfilado sobre la base del nuevo concepto de la acción.

Pero no es tan indudable, a mi juicio, que esto sea así, y me parece quizá en exceso optimista la afirmación de Welzel de que con la modificación llevada a cabo en referencia a la culpa quedan definitivamente refutadas las objeciones que en tal punto se venían elevando contra la doctrina de la acción finalista, y que más aún, sólo mediante ella encuentran explicación satisfactoria en el sistema del delito, los delitos culposos (5). Pues no hay que olvidar que precisamente la configuración de estos delitos ha representado el más grave escollo con que ha tropezado la nueva doctrina desde el primer momento. Aquí no se trata tan sólo de una innovación, que si bien al pronto pudiera producir extrañeza, acabaría, en definitiva, por mostrar su bondad, como ocurre respecto del dolo, entendido como elemento perteneciente a la acción antijurídica y no a la culpabilidad, sino de algo muy distinto y de mayor importancia. Y digo esto porque, a mi juicio, la nueva doctrina tan sólo puede considerarse lograda con plenitud y merecedora de sincero elogio, a condición de que ofrezca un sistema completo, unitario en referencia al primer elemento del delito que nos exima, de una vez para siempre, de aquella necesidad a que se refiere

como en cambio lo hace el «tipo». Más bien se refieren cada una sólo a un *determinado lado* de su objeto (esto es, del objeto sobre el que la respectiva valoración recae). Ambas categorías no son emanación de un pensamiento totalitario, sino de un pensamiento de separación. De ello se deducen una serie de *importantes consecuencias prácticas* de las que MEZGER destaca las dos siguientes:

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

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

(4) *Um die finale Handlungslehre*, 1949. *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, primera edición de 1951, segunda edición (modificada) de 1952. Este segundo trabajo ha sido traducido al italiano y en parte al español.

(5) «... debo admitir, sin embargo, que mi exposición de la culpa en trabajos anteriores no era completa, y ello a causa de haber concedido demasiado a la doctrina dominante. De acuerdo con ella entendí la culpa como un concepto de la culpabilidad simple y unitario. Sólo si se considera también en ella con todo rigor el finalismo, se nos aparece como un concepto completo—integrado por el injusto y la culpabilidad—que sólo en virtud de la separación de ambos elementos llega a ser dogmáticamente fructífero, de suerte que problemas que se consideraban insolubles encuentran ahora una fácil solución» (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pág. 7).

Radbruch (6) (allí en vista de la omisión) de considerar escindido desde el comienzo el sistema penal, por no poderse conjugar armónicamente dentro de un concepto superior—acción—fenómenos que no tenían, o que no tenían necesariamente característica alguna común. Allí, como digo, en la determinación del concepto de la acción *simplemente*, el escollo lo representaba la omisión. Y en verdad que, a mi modesto entender, el escollo no ha sido eliminado, a pesar de que se ha querido buscar el remedio y se ha creído encontrarle, recurriendo a la valoración de la acción que, o no supone nada a estos efectos, u obliga, como efectivamente ha ocurrido, a configurar la omisión en gracia a la valoración como algo que lógicamente excede en mucho los límites que parecían prefijados al concepto de la acción como primer elemento del delito. Aquí, en la doctrina *finalista* de la acción, la dificultad surge, en cambio, desde el área de los delitos culposos (sin que ello quiera decir que el anterior problema se haya resuelto). Y ello no debe extrañar, pues el problema, o mejor dicho, estos problemas, no son precisamente de hoy. Se remontan nada menos que al tiempo en que al lado de los delitos de acción (la inmensa mayoría) se consideró prácticamente indispensable incriminar (aunque en reducido número) la omisión, y en que al lado de las propias conductas criminales (las dolosas), se eleva a categoría de delito lo que hasta entonces, precisamente por no representar una voluntad rebelde al derecho, como decía Binding, había tenido sólo la categoría de un cuasi delito. Claro que la necesidad práctica se imponía, pero esta imposición que plasma en los textos de ley crea dificultades muy graves cuando la doctrina quiere explicar de manera armónica realidades jurídico-prácticas tan heterogéneas. Dificultades tan graves que puede decirse que aún no se han podido superar con la necesaria pureza lógica. Si no existieran más delitos que los de acción y si sólo fueran incriminables los dolosos, las dificultades que hoy afectan a la dogmática penal disminuirían en proporción elevadísima; o mejor dicho, las dificultades serían sólo de índole cuantitativa, no cualitativa como son ahora. Cualquiera que sea aficionado al estudio de los problemas penales, habrá comprobado con frecuencia que en trabajos, incluso de los escritores de más renombre, cuando plantean y tratan de resolver una cuestión de utilidad más o menos práctica, aparece la salvedad (generalmente por nota) ya estereotipada: «prescindiendo por el momento de los casos de omisión» o «haciendo abstracción por el momento de la forma culposa». ¡¡ Y lo peor de todo es que *no es por el momento*, sino definitivamente!! Resulta, pues, que el problema fundamental que la doctrina de la acción finalista ha de resolver, es el relativo a los delitos culposos. Y es sintomático que precisamente uno de los más encendidos partidarios

(6) *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pág. 143.

de la misma, Werner Niese, en su muy interesante escrito *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit* (*Finalidad, dolo y culpa*), publicado en 1951, considere como misión principal de su trabajo la investigación de las acciones culposas en relación con la finalidad, un problema—añade—que, como es notorio, ha suministrado desde el principio una de las objeciones más importantes y frecuentes contra la doctrina de la acción finalista. Pero, sin embargo, cree necesario considerar algunos nuevos puntos de vista que conciernen a las acciones dolosas; en primer término, para fijar la propia posición, y después, porque el tratamiento de la culpa toma siempre su punto de arranque desde la esfera del dolo. Esto es indudablemente acertado, pues con ello se marca claramente la diferencia que, dado el punto de evolución a que ha llegado la doctrina de la acción finalista, es preciso establecer si se quiere reseñar de un modo lo más claro posible para el lector la situación y resultados de la nueva doctrina. Conviene distinguir en ella estas dos cuestiones totalmente diferentes, preguntándonos primero: ¿Los postulados de la acción finalista, *dentro del ámbito de los delitos dolosos*, conducen en su aplicación en el Sistema a resultados más satisfactorios que utilizando el módulo tradicional de la acción no finalista? Y en segundo lugar: ¿Ha conseguido la nueva doctrina solucionar plenamente el problema de la acción en los delitos culposos? Sólo la contestación afirmativa de ambas cuestiones legitimará plenamente la sustitución de la construcción tradicional por esta nueva. Pero no se olvide en ningún momento que estas dos cuestiones son cualitativamente distintas. En la esfera de los delitos dolosos de lo que se trata, al fin y al cabo es de una *comprobación*. Pues aquí operamos con un módulo que precisamente es lo propio y genuino de la nueva doctrina, a saber: con el dolo, y el problema se contrae, como digo, a comprobar en los diferentes puntos del Sistema si su desplazamiento de la esfera de la culpabilidad *al de la acción* conduce a resultados más favorables y más lógicos que los hasta ahora logrados. Muy diversa es, en cambio, la situación en el segundo problema. Pues aquí se trata, en primer término, de explicar debidamente cómo la conducta culposa, que a primera vista parece que es la negación de la finalidad, es también, no obstante, finalidad. Y probado ésto, es decir, descubierta la finalidad, conjugar congruentemente la acción finalista de los delitos culposos con la de los dolosos, haciendo así posible la deseada unidad, evitando la en otro caso indeclinable escisión.

Pero antes de entrar en el examen de la primera de las dos cuestiones planteadas, quisiera hacer una advertencia. En el trabajo antes citado, indica en una nota Niese (7) que la doctrina de la acción finalista va adquiriendo cada vez más predicamento, incluso fuera de las fronteras de Alemania, y señala como ejemplo

(7) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 5, nota 1.

de ello el que Bettiol, en el Prólogo de la segunda edición de su *Diritto penale* (1950), dice que en una nueva edición de esta obra se propone transformar su Sistema orientándole en la doctrina de la acción finalista. Y ahora cabría preguntar: ¿Dada la especialísima regulación que nuestro Código penal—desde el texto de 1848—emplea para los delitos culposos mediante las cláusulas generales de imputación al final del Libro II, no sería quizá oportuno intentar en nuestra patria una aplicación de la nueva doctrina o por lo menos considerar las posibilidades de hacerlo? Entiendo que, no obstante la relativa base que la citada regulación legal pueda ofrecer, hay argumentos poderosos que se oponen a ello. Y no por el peligro de índole general que en Derecho implican las meras trasposiciones de doctrinas, sobre todo como las alemanas, que como es lógico han sido precisamente edificadas sobre la base de un derecho positivo—al objeto de interpretarle—tan diferente en punto general al Derecho español. Pues entiendo que el conocimiento del Derecho y de la ciencia jurídica extranjeros—y en especial alemanes—ha progresado en los últimos tiempos entre los estudiosos españoles de manera suficiente para lograr una posición equidistante entre aquélla que rechazaba de plano todo lo alemán por abstruso y a veces incomprensiblemente complicado (recuérdese, v. gr., lo que Ferri decía de las producciones jurídicas «del otro lado de los Alpes»), y la de los que sin discriminar lo debido, estaban dispuestos a querer aplicar cualquier construcción germánica, plenamente justificada en su país de origen, pero de la misma manera totalmente inadecuada a otro derecho, que estableciera una regulación legal distinta del problema que la había hecho surgir. Ahora bien; en lo que concierne a la doctrina de la acción finalista, una pretendida aplicación—en este caso no simple trasposición—tropieza con el obstáculo gravísimo del concepto del dolo. Téngase ante todo en cuenta que precisamente la consecuencia más importante de la nueva doctrina, pero al mismo tiempo la más heterodoxa, es su consideración del dolo como elemento *de la acción* antijurídica, y por ende su desplazamiento de la esfera de la culpabilidad. Ya con sólo este enunciado se dará cuenta el lector español de que aquí se maneja un concepto (el del dolo) que seguramente no concuerda con lo que nosotros entendemos con tal nombre. Por ello, no es posible pasar adelante sin una aclaración previa, pues no hacerla supondría una trasposición, no en el sentido de una aplicación defectuosa de la nueva doctrina a nuestro sistema penal, que en ello no se piensa siquiera, pero sí una *trasposición* en estas modestas consideraciones sobre la acción finalista en perjuicio del que leyere. Para conseguir, pues, la precisa claridad, debe ante todo tenerse en cuenta que entre nosotros la palabra dolo expresa un concepto *esencial y exclusivamente jurídico*, y que en ningún caso nos servimos de dicha palabra fuera de la órbita del derecho para expresar un propósito, una intención o un designio irrelevantes para el mismo. En

España nadie dice en el caso de que haya resuelto dar un paseo, visitar a un amigo o emprender un viaje, que tiene el dolo de hacer tales cosas. Para ello, repito, nos servimos siempre de expresiones distintas, y si alguien por extravagancia utilizara en lugar de ellas la palabra dolo, difícilmente sería entendido. Descendiendo ahora a la esfera jurídica, y más precisamente a la jurisdicopenal, encontramos ya la palabra dolo empleada siempre en el sentido del *dolo malo*, siendo de advertir que si bien la doctrina constantemente la utiliza, no así el Código (salvo en algún precepto de muy reciente inserción en el texto legal: artículo 423). El Código se sirve, en cambio, de las expresiones voluntad, intención, malicia para expresar el primer grado de la imputación. En uno y en otro caso es indudable la índole *desvalorativa* que desde el punto de vista *de la culpabilidad* informa a todas estas expresiones. Por tanto, la tesis que pretendiera ver en las repetidas expresiones conceptos neutrales (no valorizados desde el punto de vista de la culpabilidad), y que por ello podrían ser ya incluidos en la acción como primer elemento del delito, tropezaría en nuestro derecho con un obstáculo casi insuperable.

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

Más aún, y ello es de capital importancia en aquel derecho y un argumento de indudable fuerza, como después veremos, en favor de la doctrina de la acción finalista. A diferencia de lo que ocurre en nuestro Código, en donde ni directa ni indirectamente hallamos una definición circunstanciada del dolo (y si tan sólo la afirmación del principio del *versari in re illicita* en el párrafo tercero del artículo 1.º que, por otra parte, no procede del texto originario de 1848, sino de la reforma de 1870), el párrafo 59 del Código de Alemania contiene a través de la regulación del error una determinación precisa de los extremos que el dolo del autor ha de abarcar. Dicho párrafo, dice en su párrafo primero que «si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias del acto que pertenecen al *Tatbestand*

legal o que elevan la pena, no le serán imputadas dichas circunstancias». Aquí aparece el tan traído y llevado *Tatbestand*, que al principio tradujimos por *tipo*, pero que después, en el trabajo de Beling de 1930 (8), entraña un significado diverso. Y de aquí arranca también la denominada *tipicidad*, base de todo el Sistema de Beling de 1906 (9). Ahora bien; este presupuesto legal del párrafo 59, al referirse sólo a las *circunstancias del acto*, parece dar la razón a los partidarios (entre los escritores alemanes) de un concepto natural del *Vorsatz*. Y como prueba de ello, pudiera servir la aparición en las primeras ediciones del *Comentario* de Frank, de la denominada «teoría de las circunstancias típicas negativas», sobre cuya evolución histórico-dogmática conviene decir unas palabras.

En referencia a ella, indica Welzel (10) que en la historia del espíritu humano el error no es menos profundo que la verdad; un buen ejemplo lo ofrece la «doctrina de las circunstancias negativas», una doctrina cuya insostenibilidad lógica fué reconocida inmediatamente después de su aparición, pero que por necesidades prácticas se afirmó durante un cierto lapso de tiempo, aunque entretanto la tarea práctica que pretendía satisfacer había sido resuelta mediante otra concepción doctrinal por caminos lógicamente correctos y materialmente más exactos.

La doctrina de las circunstancias negativas no puede ser comprendida lógicamente, y sí tan sólo históricamente. Cuando en las postrimerías del pasado siglo se separaron paulatinamente los tres conceptos estructurales de la moderna dogmática, a saber: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, surgió la pregunta concerniente a cuál de éstas debía ir referido el dolo del delito. La opinión preponderante se manifestó—de acuerdo con el párrafo 59 del Código—en el sentido que el dolo únicamente necesita abarcar la tipicidad, no (también) la antijuricidad. Pero al proceder de tal suerte, surgieron dificultades respecto de las causas de justificación. Si se las concebía tal como dogmáticamente se las había determinado, a saber, como causas de exclusión de la antijuricidad, entonces su concurrencia en el caso concreto eliminaba exclusivamente la antijuricidad de la realización típica, más no la tipicidad misma. Pero entonces el error sobre una causa de justificación sólo concernía a la antijuricidad, no a una «circunstancia del acto» del párrafo 59. Por tanto, si se quería proceder con consecuencia lógica, no hubiera habido más remedio (dado el estado de la doctrina en aquel tiempo) que castigar a causa de homicidio doloso, etc., al sujeto que hubiese actuado en situación de legítima defensa putativa, sin que fuera posible tener en cuenta su error sobre la antijuricidad, puesto que en aquel tiempo aun

(8) *Die Lehre vom Tatbestand*.

(9) BELING: *Die Lehre vom Verbrechen*.

(10) *Juristenzeitung*, 1952, núm. 19 de 5 de octubre, págs. 596 a 599.

no se habían desenvuelto los principios fundamentales de la posterior doctrina de la culpabilidad. Sólo muy pocos tuvieron—como von Liszt—el valor necesario para deducir las consecuencias lógicas de la premisa en tales términos establecida. Al objeto de eludir esta consecuencia dogmática prácticamente intolerable, se desenvolvió (en primer término por Adolfo Merkel) (11) la doctrina de las circunstancias negativas al siguiente tenor: La antijuricidad no es ciertamente una «circunstancia del acto» positiva en el sentido del párrafo 59, pero *su exclusión* por las causas de justificación es una circunstancia del acto negativa que cae bajo el párrafo 59. Si el sujeto cree erróneamente que es víctima de un ataque, entonces admite erróneamente la existencia de una circunstancia del acto «negativa» perteneciente al *Tatbestand* legal, por lo que resulta excluido el dolo. El «saito mortal» lógico—dice Welzel—de esta deducción ha sido a menudo demostrado, sobre todo desde la publicación en 1903 de la muy notable monografía de Kohlrausch sobre el error y la culpabilidad (12). En efecto: Si el dolo no necesita ir referido a la antijuricidad, entonces será también irrelevante para el mismo la exclusión de esta última. Y viceversa: Si la falta de antijuricidad elimina el dolo del delito, entonces la conciencia de la antijuricidad no puede por menos de ser elemento esencial del *dolo*. No hay, por tanto, más que la siguiente alternativa:

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

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

Esta alternativa—dice Welzel—nadie la ha visto con mayor claridad que el dogmático que está diametral contraste con la doctrina que yo mantengo, que Carlos Binding. «Hay que concluir diciendo, sin más, que el no castigo a causa de homicidio o lesiones, etc., dolosas del sujeto que es víctima del error (en el caso de la legítima defensa putativa), sólo puede justificarse con arre-

(11) *Lehrbuch*, pág. 82. La fundamentación de la falta de dolo en estos casos se expresa así por MERKEL: «El agente presupone relaciones, cuya no existencia pertenece al tipo legal (circunstancias del acto negativas)».

(12) *Irrtum und Schuldbegriff*.

glo al presupuesto de que al dolo pertenece la conciencia de la antijuricidad... Así resulta que los defensores del principio de que el *dolus* es excluido por la creencia de que existe una característica típica negativa, son tan sólo partidarios vergonzantes de un dolo afectado con la conciencia de la antijuricidad» (*Normen*, III, páginas 308 y s.).

Y esto puede decirse también respecto a aquellos «partidarios vergonzantes» de la doctrina de las circunstancias negativas, que sirviéndose de fórmulas neutrales intentan velar su partidismo, como, v. gr., ha hecho Frank en las ulteriores ediciones del *Comentario*, § 59, III. Para subsumir el error sobre una causa de justificación—dice Frank—bajo el § 59, no es necesario recurrir a la doctrina de las circunstancias negativas, puesto que «al desconocimiento por error de circunstancias del acto que *fundamentan* la antijuricidad se equipara la creencia errónea de aquellas que la *excluyen*». Pero las circunstancias del acto a que se refiere el § 59—replica Welzel—a saber, las circunstancias del acto del *Tatbestand legal*, fundamentan, ante todo, la *tipicidad* de la conducta—a ellas debe ir referido el dolo, según el § 59—y precisamente esta tipicidad *no* es «excluida» por las características de una causa de justificación. Sólo en el supuesto de que las características de una causa de justificación excluyeran la tipicidad, por consiguiente sólo si fueran características típicas negativas, tendría validez la deducción analógica de Frank. Pero de esta suerte desemboca la fundamentación de Frank de nuevo en la doctrina de las circunstancias negativas. Sobre ello ha dicho también Binding la palabra decisiva: «La muerte dada en legítima defensa es característica positiva de una muerte lícita; por consiguiente, característica positiva de una acción que aparece en el más agudo contraste jurídico con el delito de homicidio. Y como quiera que la muerte es común en ambos casos, y, por tanto, ambos no pueden ser diferenciados entre sí con arreglo a este punto de vista, resulta que el contraste surge tan sólo del hecho de que una muerte es antijurídica y la otra permitida» (Binding, *Normen*, III, página 308). Por tanto, sólo si se incluye en el dolo el conocimiento de la antijuricidad es posible subsumir bajo el § 59 el error sobre una causa de justificación.

I I

Procede ahora, según decíamos más arriba, antes de abordar el problema de la relación entre finalidad y culpa, poner en claro si la acción concebida finalistamente corresponde mejor al Sistema del Derecho punitivo que la acción causal, dentro de la esfera de los delitos dolosos. Pero antes de entrar en un examen particularizado de los diferentes extremos del Sistema (tipos legales con elementos subjetivos del injusto, elementos subjetivos de justi-

ficación en las causas de exclusión del injusto, delitos impropios de omisión, tentativa, dolo y culpabilidad), será preciso preguntar hasta qué punto el Derecho vigente (siempre, claro es, nos referimos al de Alemania), opone límites autoritarios a las consecuencias a que llega la doctrina de la acción finalista, especialmente si prohíbe no sólo determinar el concepto del dolo, en lo que a su contenido se refiere, como mero conocimiento del *Tatbestand*, a diferencia de cómo lo hace la doctrina del dolo malo, sino eliminarle de los elementos de la culpabilidad e incluirle en la esfera de la acción.

Ello se niega acertadamente por Niese (13). Pues lo único que procede inferir del Derecho penal positivo como estructura dogmática immanente es el concepto formal del delito, a saber: Delito es acción típica, antijurídica y culpable. Pero la ley no predetermina lo que con arreglo a su sentido ha de entenderse por acción, antijuricidad y culpabilidad (esta última expresión ni siquiera aparece en el Código). Así se explica que desde la promulgación del Código penal del Reich todos y cada uno de estos elementos hayan sido objeto contemporánea y sucesivamente de las más diversas interpretaciones, reclamando todas para sí el mérito de sacar a luz el verdadero sentido del Sistema vigente. Pero como postulado seguro puede hoy afirmarse que la acción constituye el centro del concepto del delito. En consecuencia, el Sistema dogmático hoy preponderante, objeto de los embates de la doctrina de la acción finalista, se ha desenvuelto también desde el concepto causal de la acción. Este sistema podría, según Niese, quedar bosquejado con arreglo a los siguientes principios:

1. La acción es modificación—puramente objetiva—del mundo social externo, realizada mediante una conducta querida, modificación que precisamente radica en la lesión del bien jurídico. La parte interna final (*qua Vorsatz*) no pertenece a ella. En consecuencia existe una nítida separación de lo interno (subjetivo) y de lo externo (objetivo).

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

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

(13) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 15.

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

Entrando ya en el examen particularizado de los diversos extremos del Sistema, es indudable que no sólo en lo que concierne a los tipos legales con elementos subjetivos del injusto, sino también en los casos donde la acción típica misma se ha concebido «finalmente»—y ellos, según Mezger, son la mayoría—la doctrina de la acción finalista garantiza unos resultados que no es capaz de ofrecer la concepción tradicional de la acción. Pues es indiscutible que respecto al primer grupo—en el segundo y por definición la cosa es aún mas clara—el reconocimiento de dichos elementos desde la aparición en 1911 de la monografía de Fischer (14), representó la incorporación de un cuerpo extraño al complejo problemático de la antijuricidad, o mejor dicho, y más aún que ello, una verdadera contradicción con el postulado de la antijuricidad objetiva. Y precisamente su naturaleza dual—elementos del injusto, pero también de la culpabilidad—complicaba más aún su clara comprensión (recuérdense las discrepancias en este punto entre Hegler y Mezger) (15). Por ello se explica que muchos autores rechazaran de plano tales elementos, diciendo que simplemente se trataba de elementos propios y genuinos de la culpabilidad, en referencia al motivo. Pero, esta postura, que indudablemente eliminaba el escollo de la contradicción a que hace un instante aludíamos, no satisfacía, en cambio, a los que creían ver en tales elementos algo perteneciente a la antijuricidad específica, precisamente configurada por ellos. Para los que así piensan, la doctrina de la acción finalista resuelve totalmente el problema, pues al par que reconoce la verdadera naturaleza de los repetidos elementos, elimina la contradicción inherente al concepto causal de la acción.

Resulta, pues, que por lo menos en estos tiempos legales el lado subjetivo es una parte del injusto. ¿Pero no hay acaso otros tipos de estructura diversa? Von Weber sostiene en el *Grundriss* (1948) y ya antes en la monografía *Zum Aufbau des Strafrechtssystems* (1935) que existen dos grupos diversos de tipos legales, a saber: de una parte aquellos que determinan la acción injusta «finalmente», y por otra los que la determinan «causalmente». En el primer grupo pertenece al injusto el contenido final (= subjetivo) de la acción, mientras que en el segundo la determinación del injusto es puramente objetiva (16). De esta manera se

(14) H. A. FISCHER: *Die Rechtswidrigkeit*.

(15) Véase en el *Lehrbuch* de MEZGER la nota 7 del § 20.

(16) VON WEBER: *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a edición (1948), páginas 54 y 55.

afirma un sistema dualista—que también Mezger acepta—, y que de ser cierto vendría a comprometer el valor funcional del finalismo, puesto que respecto a los tipos del segundo grupo sólo podría hablarse de la acción como pura acción causal.

Por ello, niega terminantemente Niese (17) la existencia de tal dualismo, pues si en los tipos causales—dice—se tratara realmente de un puro injusto objetivo, la exclusión de la antijuricidad en dichos tipos pretendidamente causales tendría también por modo necesario que llevarse a cabo con arreglo a puntos de vista objetivos. Argumenta, por tanto, sirviéndose de los llamados elementos subjetivos de justificación; una categoría, que aunque sólo alcanza un desenvolvimiento sistemático en la doctrina de los elementos subjetivos del injusto, ya mucho antes, en relación a ciertos casos concretos (legítima defensa, sobre todo), había sido considerada por la ciencia y en la práctica. Cita como ejemplos, en apoyo de su tesis, los §§ 53 del Código penal (legítima defensa), 228 y 904 del Código civil (estado de necesidad concebido como causa de justificación), 193 del Código penal (justificación, en ciertas condiciones, de la conducta injuriosa), 127 de la Ley procesal penal (detención para identificar o impedir la fuga del autor) e incluso el llamado estado de necesidad supralegal, que reconoció, como es sabido, el *Reichsgericht* en determinadas situaciones como causa de justificación. En el § 53 la «defensa» es un concepto final. Aún más claro—desde el punto de vista idiomático—aparece expresada la finalidad en los §§ 228 y 904 del Código civil, en los que, respectivamente, sólo se justifica la conducta cuando se realiza «para» evitar el peligro que amenaza producir la cosa sobre la que se actúa, o «para» evitar un daño desproporcionadamente mayor. El que solamente impulsado por la cólera tira una piedra que rompe el cristal de una ventana de la casa de su vecino, ignorando que en aquella habitación se encontraba una persona a punto de morir por asfixia, realiza una conducta no justificada por el estado de necesidad (auxilio necesario). El argumento es el mismo en los §§ 193 del Código penal y 127 de la Ley procesal penal, en los cuales aparece también la misma expresión «para». Tales ejemplos—dice Niese—que pudieran multiplicarse, expresan de un modo suficientemente claro que la ley hace depender en todo momento la justificación de la conducta de especiales presupuestos subjetivos. Esto es aplicable también naturalmente, a todos aquellos casos en los que debe ser negada la antijuricidad de una acción típica puramente causal. De ello resulta—concluye diciendo Niese—que ya en el Derecho vigente, a causa del entrelazamiento de los tipos delictivos y de las causas de exclusión del injusto con sus elementos subjetivos de justificación, tampoco es posible establecer en las

(17) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 17 y 18.

acciones causales el deslinde entre derecho e injusto sólo con arreglo a puntos de vista objetivos.

Esta argumentación es, sin duda, convincente, aunque, claro es, tan sólo a condición de que sea correcta la premisa de que parte, a saber: el reconocimiento en las diversas causas de justificación de los elementos subjetivos. Si esto es así en el Derecho alemán no es cosa que podamos decidir nosotros, pues sería ridículo que pretendiéramos fundamentar un criterio en materia de interpretación en referencia a un ordenamiento jurídico positivo que no es el nuestro. Bastante será que procuremos poner en claro el problema en lo que concierne al Derecho español. Pero como ahora tan sólo estamos procurando exponer el estado presente de la *doctrina de la acción finalista* de la acción, no hay por qué entrar en tales consideraciones. En lo que respecta a la opinión sustentada por Niese tan sólo nos será lícito recordar que en Alemania—y concretamente en orden a la legítima defensa—desde antiguo se ha reconocido el elemento subjetivo en la acción de defensa por la práctica y la doctrina, en esta última por tratadistas del renombre de Binding (18), von Liszt-Schmidt y Frank. El *Reichsgericht* con efecto, en varias sentencias sostuvo el criterio de que sólo puede reconocerse la defensa cuando existe en el sujeto una voluntad de defender o defenderse. Y es sintomático que Mezger sostenga ahora en el *Studienbuch* un criterio subjetivista, frente a la dirección terminante objetiva afirmada en el *Lehrbuch*. Mientras que en este último entendía que el concepto de la defensa es independiente de «elementos subjetivos» y que la realidad de la existencia de una defensa se determina con arreglo a la situación *externa*, no según la situación *interna* del sujeto, y que por tanto no pertenece a la defensa el *conocimiento* del ataque ni la *intención* de defenderse o defender a otros abandona este punto de vista en el *Studienbuch* al decir: «Por con-

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

siguiente es necesaria una voluntad de defensa como causa de justificación subjetiva: de aquí se deduce que en el caso dado la exclusión de la antijuricidad está referida personalmente (19)).

La imposibilidad de determinar el injusto—incluso en las acciones típicas puramente causales—sólo desde el punto de vista del desvalor objetivo del resultado se muestra también de manera indudable en los impropios delitos de omisión. ¿Pues cómo podría explicarse—pregunta Niese—el que desde el punto de vista del injusto típico no puedan considerarse «iguales» las conductas de dos personas, que, sin embargo, han «hecho lo mismo», es decir, han producido por omisión el resultado típico? En esta materia de la comisión por omisión es indiscutible la importancia del elemento personal. Hasta tal punto es ello cierto, que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que en la total evolución dogmática de esta especie de delitos el elemento personal constituye el transfondo de todas las fórmulas elaboradas para explicarlos, desde la vieja doctrina de Feuerbach hasta las modernas de Traeger (20) y Nagler (21). Pues el recurso a la antijuricidad característico de la primera fase de la evolución histórico-dogmática, aparte de constituir un error sistemático, en realidad no era otra cosa que el reconocimiento del elemento personal, aunque por un camino indirecto y con ropaje falso. Y no es menos claro que cuando en la segunda fase de la evolución, cuando rechazadas ya las construcciones que *veían* el problema de los delitos impropios de omisión en la antijuricidad, se empieza a tratar de fundamentar de alguna manera la causalidad de la misma, lo que en realidad se fundamenta es la posibilidad de incriminación de estas conductas en gracia a un elemento personal. Tan evidente es ello que cuando surgen las llamadas «teorías de la interferencia», y cuando los defensores de ellas—no obstante la dura crítica de que fué objeto desde el principio la tesis de la interferencia—creen haber resuelto satisfactoriamente el problema de la causalidad, no por eso entienden—y están en lo cierto—que ya con ello está conseguida la equiparación (con los delitos de acción en sentido estricto y con los delitos de omisión propios), sino que aún consideran necesario limitar, la en otro caso indeclinable imputación criminal de tales conductas. ¿Pero recurriendo a qué? No ciertamente a la antijuricidad, que en tal caso no sería ya la antijuricidad *general* (es decir la propia de todo delito), sino una antijuricidad *específica*, de segundo grado por así decirlo, y por ende de muy problemático reconocimiento, sino a un elemento de la acción misma. Así lo hace Paul Fischer, en un artículo publicado en la *Revista* fundada por Listz, por

(19) MEZGER: *Kurzlehrbuch*, 1. 4.ª edición de 1952, pág. 104.

(20) TRAEGER: *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913.

(21) NAGLER: *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung. Gerichtssaal*, vol. III, fgs. 1 y ss.

el problema del vínculo, desplegarán su importante función, a la vez positiva y negativa. Pero si la doctrina de la acción finalista se limita sólo a destacar (con todo acierto, por otra parte) la importancia del elemento personal en la acción, no creo sea equivocado decir que la nueva doctrina no ha contribuído de manera apreciable a la resolución de aquel problema previo y general que tiene planteado la teoría del delito desde el momento, ya muy lejano, en que surgen los primeros intentos de una elaboración científico-jurídica del mismo. Podría aquí decirse algo parecido a lo que creíamos oportuno observar respecto a la crítica (tan aguda por otra parte) a que somete en su *Derecho penal* (24) del año 1936 Hellmuth Mayer el «dogma de la causación». La causalidad no es ciertamente bastante para explicar satisfactoriamente *por sí* la propia índole del injusto de los tipos legales. Pues los tipos representan *algo más* que la simple producción causal de un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero en los tipos legales que exigen la producción causal de un resultado, aunque ciertamente *no sólo* eso, ¿será lícito o siquiera posible prescindir de la causalidad? La contestación ha de ser necesariamente negativa si se entiende —como indudablemente es cierto— que la causalidad, si bien no es en tales casos condición suficiente, sí es condición necesaria.

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

En la tentativa y precisamente en virtud del expreso precepto legal, el dolo es una parte integrante de la acción injusta típica (25). «Sea cualquiera—dice Bockelmann (26)—, la teoría de la tentativa que se sustente, y con indiferencia de donde se vea la «tipicidad» de la acción de tentativa—sólo podrá considerarse como tentativa lo que implique la ejecución de una resolución. Sólo es tentativa—sean por otra parte unas u otras las restantes características del concepto—aquella conducta impulsada por una voluntad dirigida a la comisión dolosa del delito consumado. Finalidad y dolo coinciden aquí de manera indudable». Y también Mezger, entendía antes, que «la resolución del § 43 significa lo

(24) HELLMUTH MAYER: *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, págs. 163 y siguientes.

(25) El § 43 del Código penal alemán dice: «Será castigado a causa de tentativa el que ha manifestado la resolución de voluntad de cometer un crimen o delito por acciones que contienen un principio de ejecución de este crimen o delito, si el crimen o delito intencionalmente perseguido no ha llegado a la consumación».

«Sin embargo, la tentativa de un delito será sólo castigada en los casos en que expresamente lo determine la ley».

(26) *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, pág. 35.

más que la terminología sea diversa, y abstracción hecha, por otra parte, de lo admisible o inadmisibile de su fundamentación de la causalidad, extremo este que en nada afecta a lo que ahora importa (22). Y ya en los últimos tiempos, en los escritos de Traeger y Nagler—sobre todo en este último, a mi modesto entender lo más acabado que se ha hecho sobre el problema—los criterios de la «garantía», de «estar colocado en un puesto», etc., destacan con el merecido relieve el juego del elemento personal en la acción típica

Teniendo en cuenta todo ello debemos reconocer que tiene plena razón Niese al decir «que el injusto de una causación del resultado por omisión no se puede determinar objetivamente desde el resultado, sino sólo «personalmente» con arreglo al círculo del deber en el que el autor estaba o no estaba. Sólo desde este punto de referencia personal se pueden delimitar el tipo y el contenido del injusto del § 330 c (omisión de socorro, de carácter subsidiario), frente a los tipos en los que se imputa al sujeto el resultado producido (no la mera abstención) y que frecuentemente tienen la precedencia. Ello demuestra de nuevo cómo no es posible llevar a cabo un «corte vertical» que agrupara los tipos en «finales», con un contenido subjetivo del injusto y «causales», con un contenido objetivo del mismo» (23). Pero debemos advertir que este reconocimiento del valor funcional de la acción finalista en los delitos de omisión impropios, no supone en modo alguno que mediante ella se resuelva de modo satisfactorio el problema que desde el principio ha planteado la incriminación en la práctica de esta clase de conductas, y que no es otro que el de la posibilidad lógica de la inclusión de las mismas en el concepto dogmático de la acción. Pues una cosa es que la doctrina de la acción finalista pueda explicar mucho mejor que la doctrina tradicional la propia naturaleza del injusto en estos supuestos, y por ende el fundamento de la incriminación en los casos en que la práctica lo hace, y otra muy distinta el que de la naturaleza personal y subjetiva del injusto típico resulte sin más esclarecida y justificada la equiparación de estos casos con los de acción en sentido estricto. Téngase en cuenta que en este grupo de delitos se castiga al sujeto, a diferencia de lo que ocurre en los propios de omisión, precisamente en referencia al resultado producido, es decir, que el problema del vínculo que debe ligar la conducta con el resultado sigue en pie. Los elementos personales *no* juegan ahora *en este respecto* papel alguno; sólo *después*, una vez resuelto

(22) PAUL FISCHER: *Das kausale Element im sogenannten Begehungsdelikt durch Unterlassung*, en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XXIII (1903), págs. 459 a 508. La fundamentación de la causalidad en los casos de comisión por omisión, se lleva a cabo en las páginas 472 a 489. En las siguientes, hasta el final, demuestra FISCHER que el reconocimiento de la causalidad no es bastante para afirmar ya la responsabilidad criminal en estos casos.

(23) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 20 y 21.

mismo que dolo» (27). Estas voces podrían fácilmente ampliarse y constituir un completo coro—dice Niese (28)—, pues hoy puede considerarse como opinión general que la “resolución” del § 43 materialmente no es otra cosa que el dolo, y como tal es tratado por la ley misma como parte integrante de la acción injusta. Aquí se muestra un fenómeno señalado por Welzel en varias ocasiones, sin que, no obstante, hayan sido tomadas en cuenta sus palabras, a saber: que la doctrina de la acción finalista no es en sus consecuencias tan nueva y revolucionaria como a primera vista pudiera creerse, sino que más bien lo que hace es desarrollar plenamente y conducir de un modo lógico hasta sus últimas consecuencias ideas que se encontraban en germen en la doctrina tradicional.

Que esto es así no ofrece dudas en lo que a la tentativa respecta. Ya el concepto mismo de la tentativa, del *conato* criminal que decían los antiguos escritores, lleva implícito como elemento básico la existencia de una voluntad del sujeto dirigida a la consecución de un resultado contrario al Derecho. Precisamente en la no correspondencia entre lo que el sujeto se proponía conseguir y lo efectivamente producido, se vió desde el principio la propia esencia del conato criminal. Por ello establecieron algunos escritores del pasado siglo el paralelismo, a base de un *minus*, entre la tentativa y la culpa. En uno y otro caso faltaba algo, aunque este algo fuera de naturaleza muy diversa, en comparación con el delito consumado doloso, entendido como el caso normal. En la tentativa, el sujeto trata de dar realidad objetiva a un propósito que en su configuración interna es perfecto, acabado; por una u otra razón no lo consigue, no llega a la meta propuesta; en la culpa el resultado contrario al ordenamiento jurídico se produce objetivamente; pero a él no corresponde el propósito del autor. Allí, en la tentativa, hay un defecto en el área objetiva, aquí, en la culpa, en la esfera subjetiva. En uno y en otro caso una imperfección frente al delito doloso consumado. Pero si precisamente lo característico de la tentativa, su defecto, consiste en que el sujeto activo *no ha llegado* donde se proponía, ello supone por necesidad lógica el propósito, la voluntad de llegar. Por ello se explica que a la vista de ciertos casos, que a veces, aunque con muy poca frecuencia, se dan en la vida real, en los que el sujeto llega materialmente, aunque *no jurídicamente*, a la meta propuesta, se

(27) En este punto, la opinión de MEZGER ha fluctuado desde la publicación del *Lehrbuch* (1931, 1933) hasta la 4.ª edición del *Kurzlehrbuch* (1952). En el § 51, apartado II del *Lehrbuch* decía de modo terminante que «esta resolución de cometer un delito ha de entenderse como dolo de cometer un delito». Esto mismo lo sigue manteniendo en la 2.ª edición del *Kurzlehrbuch* (1948), aunque ya aquí la posición no es tan clara y si se tiene en cuenta lo que inmediatamente sigue, se observa una cierta contradicción. Esta última se elimina ahora al decir en la pág. 184 de la 4.ª edición del *Kurzlehrbuch*, I (1952), que «la resolución del § 43 del Código corresponde en su contenido al «dolo», pero ante todo es un elemento subjetivo del injusto».

(28) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 21.

negara la existencia de la tentativa. Así surge la *doctrina de la falta de tipo*, reconocida—aunque no sin la opinión contraria de tratadistas muy destacados—en la dogmática moderna. Pero ante todo conduce el concepto de la tentativa a la negación de esta forma de aparición del delito en los casos de culpa. Esto se reconoce por la mayoría de los escritores, lo mismo en la antigua doctrina que en la moderna dogmática, y representa la confirmación más terminante de que el dolo es un elemento de la acción injusta en las conductas de tentativa. Pues en el caso de no ser así, sino más bien un puro elemento de la culpabilidad, ¿qué razón podría alegarse para entender que en los delitos culposos es *conceptualmente* imposible la tentativa? En los escritores que afirman la posibilidad de la tentativa en los delitos culposos se echa de menos generalmente la necesaria fundamentación (29); y cuando excepcionalmente lo hacen, su fundamentación o es claramente inadmisibile y sólo responde a la necesidad de una derivación lógica rigurosa de premisas establecidas con carácter de generalidad, o se fórmula de tal manera y dentro de tales límites que, mientras por una parte sólo supondría tal tentativa en los delitos culposos una rara excepción confirmadora de la regla, aparece, por otra, vinculada a un especial concepto del dolo. En el primer sentido, podría citarse como el más destacado exponente a Leopoldo Zimmerl (20); en el segundo a Carlos Binding, Zimmerl formula (31), con efecto, un concepto de la tentativa en los delitos no dolosos que designa con el nombre, ya en sí bastante significativo, de cuasi tentativa. A ello se considera obligado precisamente por su afán de construir un Sistema de absoluto rigor lógico, «ausente

(29) Esto puede decirse, v. g., de MEZGER. Tanto en el *Lehrbuch* como en el *Kurzlehrbuch* dice que “la tentativa en los delitos culposos es impune, pero perfectamente concebible”. En el *Kurzlehrbuch*, I, 4.ª edición (1952), pág. 184 presenta como ejemplos de ella el caso del que culposamente echa veneno en los manjares que después toma una persona, sin que no obstante sufra ésta daño alguno, y el del que cree culposamente encontrarse en situación de legítima defensa. Ahora bien, estos ejemplos son de naturaleza fundadamente distinta: en el segundo, la fundamentación de la tentativa resulta clara desde el momento en que siguiendo a BINDIG se entienda que la conciencia de la antijuricidad es parte integrante del dolo; la circunstancia de que el sujeto activo crea, aunque erróneamente, que procede conforme a derecho no impide reconocer, antes bien explica su resolución de dar muerte, v. g., a su supuesto agresor. En cambio, esto no ocurre en el primer ejemplo, donde el sujeto activo no quiere, ni piensa siquiera, producir la muerte o lesiones de la persona a quien están destinados los manjares. Por ello sería preciso demostrar que a pesar de ello hay tentativa, y tal demostración no la intenta siquiera MEZGER.

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

(31) ZIMMERM: *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928.

de contradicciones», y para ello se sirve de la llamada tendencia *objetiva* de la acción, que ya antes utiliza prolijamente para refutar casi en totalidad la doctrina de los elementos subjetivos del injusto (aquí también al objeto de sacar a salvo en todo punto el carácter objetivo de la antijuricidad). Pero, claro es, que desde el momento que se rechaza—como creo debe hacerse y efectivamente se ha dicho—dicha tendencia objetiva, cae automáticamente por tierra la posibilidad conceptual de la tentativa en la culpa. Por caminos absolutamente diferentes de estos llega Binding (32), a reconocer en ciertos casos la posibilidad conceptual de la tentativa en la culpa. Como antes apuntábamos, en virtud y como consecuencia de su tesis fundamental de que la conciencia de la antijuricidad es elemento integrante del dolo del delito. Conocido es de sobra el punto de vista que el gran escritor sostuvo desde el primer momento y que de un modo constante se mantiene e informa su concepción de la culpabilidad, a saber: La primera y más relevante de las circunstancias del acto que pertenecen al *Tatbestand* legal es la antijuricidad. El error del sujeto respecto a la misma excluye, por tanto, de modo necesario el dolo, y hace surgir en ciertos casos la culpa, lo mismo que ocurre con cualquiera de las restantes circunstancias. Supuesto esto, se explica como puede Binding fundamentar conceptualmente la tentativa en los delitos culposos, aunque en verdad sólo en los muy exigüos casos en que el sujeto, conociendo la existencia de todas las restantes circunstancias del acto que pertenecen al *Tatbestand* legal y queriendo realizar el resultado típico, yerra sobre la antijuricidad (pudiendo y debiendo haberla conocido). Si en tal supuesto el agente realiza acciones de ejecución y, sin embargo, no llega a la meta típica que se proponía alcanzar, habrá que reconocer la existencia de una tentativa sí, pero de un delito culposo. La deducción es perfecta; pero todo está condicionado a un concepto previo del dolo integrado por la conciencia de la antijuricidad.

Ya advertíamos, al destacar el valor que el concepto de la tentativa representa en apoyo de los postulados de la doctrina de la acción finalista, que la importancia de este argumento era tanto más considerable desde el momento que si es indiscutible que con arreglo al § 43 no puede concebirse una acción típica de tentativa sin el dolo, esto debe también afirmarse respecto a todos los delitos dolosos consumados; pues todo delito doloso recorre el estadio de la tentativa y es seguro—dice Niese— (33), que el tránsito de la tentativa a la consumación se realiza en la parte o lado externo de la acción, sin alterar nada en el lado interno, en la finalidad. Esto es a todas luces evidente en los casos en que depende más o menos de circunstancias fortuitas externas el que el acto llegue o no a consumarse: v. g., el sujeto activo no dispone más que de

(32) *Normen*, vol. IV, 1919.

(33) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 21 y 22.

un solo proyectil en su arma y da o no da al sujeto pasivo. ¿Podrá decirse que la resolución = dolo de homicidio, será sólo una parte integrante de la acción en el caso de que la bala no haya dado siquiera al sujeto pasivo o incluso sólo le haya herido, mientras que por el contrario—y precisamente de un modo automático—saldrá fuera de la acción si el proyectil le produce la muerte? Y escribe Welzel: «¿Cómo sería posible que el dolo en el momento en que la tentativa se convierte en consumación se transformara de un elemento del injusto en un mero elemento de la culpabilidad? Si por tanto en la tentativa el dolo pertenece al tipo y es característica del injusto, también en el delito consumado deberá pertenecer al tipo y ser característica del injusto. Lo que rige respecto a la tentativa debe regir igualmente respecto al delito consumado».

Esto se niega por Mezger (34), no obstante reconocer «lo sugestivo a primera vista de la argumentación». Ahora bien, parece que la única posibilidad de refutar con éxito esta tesis de los finalistas habrá de orientarse en conseguir la demostración de la no identidad de «resolución» y dolo. Si esto se consigue, la cosa cambia totalmente, pues supondría negar, incluso ya en referencia al § 43, la premisa de la que después han de deducirse las consecuencias respecto a los delitos dolosos consumados. Tal camino es el que sigue Mezger, mediante la interpretación del § 43 del Código. En efecto, Mezger (35), comienza reconociendo de modo terminante que «apenas puede existir duda respecto a que en el § 43 la resolución de cometer un crimen o un delito es un elemento subjetivo del injusto (y al mismo tiempo también una parte integrante de la culpabilidad)». Ahora bien, la «resolución» en el § 43 no es simplemente idéntica al dolo. Con un fino sentido del alcance idiomático de las expresiones, la ley *no* habla aquí sólo del «dolo», sino que se sirve de otro término gramatical, por otra parte no frecuente, de la palabra «resolución». Al que profundice en el problema se le aparecerá claro que aquí se trata de otra cosa que del mero dolo, a saber: de la *unidad* del elemento subjetivo del injusto y del dolo. Cuando la «resolución» se ha realizado *objetivamente* mediante acciones, etc. (por consiguiente, en el caso de la consumación), entonces es reemplazado el que hasta ahora era un elemento subjetivo del injusto, por un elemento objetivo. Pero—replica Niese (36)—, la consumación, el resultado, no «reemplaza» al dolo, sino que lo completa, lo realiza... y el anillo de la acción final se cierra, en tanto que el resultado representado y finalista-mente perseguido, es alcanzado ahora real y causalmente. Más esta réplica de Niese, contiene a mi entender una cierta inexactitud, y parece olvidar los términos en que Mezger, ha planteado el pro-

(34) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, pág. 28.

(35) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, págs. 27 y 28.

(36) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pág. 22.

blema; pues lo que según este último es «reemplazado» en el caso de la consumación *no es el dolo, sino el elemento subjetivo del injusto*. Y el hecho de que para Mezger, la «resolución» del § 43 del Código represente una unidad del elemento subjetivo y del dolo no autoriza aquella deducción. Buena prueba de ello son las frases con que Mezger concluye su razonamiento: «Pero la resolución no se convierte por ello (esto es, por la consumación), en el dolo. Pues este último yace, como hemos visto, ya desde el principio en la resolución y como tal permanece también ulteriormente (37)». No parece, por tanto, que esté en lo cierto Niese cuando dice que no cree posible entender este párrafo sino como una confirmación de la tesis de Welzel de que el dolo pertenece tanto a la acción consumada como a la que queda en grado de tentativa (38). Antes

(37) En este respecto dice ahora MEZGER en el artículo de la *Juristenzeitung* antes citado, pág. 675: «También el argumento, frecuentemente utilizado, deducido del § 43, en demostración de la supuesta pertenencia del «dolo» al injusto (a la antijuricidad) revela su inconsistencia a la luz de una consideración metódica más precisa. Con efecto se ha dicho: en el § 43 la ley hace depender el injusto de la tentativa de la «resolución» del autor de cometer un crimen o un delito (lo que es cierto); luego, por tanto, ello ha de regir también respecto del acto consumado. Pero tal deducción no tiene en cuenta que puede ser perfectamente lógico vincular la fundamentación del injusto en la mera tentativa al lado «subjetivo» del acto, pero que, en cambio, allí donde se da un determinado resultado «objetivo», por consiguiente en el caso de que el acto ha llegado a la consumación, sea dicho resultado el punto de vinculación del juicio (normativo) de afirmación del injusto. En esto la ley es soberana, independiente de toda consideración ontológica. Y con efecto, la ley se ha decidido fundamentalmente en favor de este punto de partida «objetivo» y con frecuencia lo mantiene con carácter de exclusividad, como por ejemplo ocurre en el incendio de los §§ 306 y 309 del Código. El hecho de que en otros preceptos legales, v. g., en el § 176 (diversos casos de abusos deshonestos en sentido amplio), jueguen también un papel, al lado de esto, determinados «elementos subjetivos del injusto» en nada altera este principio básico. La *metabasis eis allo genus* de lo normativo en lo ontológico, es decir, esta trasposición metódica defectuosa a una esfera ajena se advierte en la réplica de WELZEL. (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pág. 16, nota f), cuando dice que también la consumación es un «acto anímico» y que en nada se diferencia en este respecto de la tentativa; ello es cierto, pero totalmente irrelevante para lo que ahora se discute. Pues la vinculación normativa es independiente de la comprobación ontológica de la finalidad del acto.»

(38) Asimismo cree—dice NIESE—que el ejemplo que MEZGER aduce en apoyo de su tesis más bien prueba lo contrario de lo que pretende probar: «La resolución (§ 43)—MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, página 28—de «incendiar» una cosa (§ 306), es injusto «subjetivo» y contiene a la vez la característica de culpabilidad del incendio «doloso». Ahora bien, si de acuerdo con dicha intención el incendio se ha realizado fácticamente, entonces comete el autor un incendio doloso (§ 306) e infringe el Derecho también «objetivamente». Sin embargo, no se puede realmente afirmar que el sujeto haya hecho esto sólo «subjetivamente», es decir, sólo en su interior. La acción anteriormente «final» se ha realizado ahora «objetivamente» y con ello causalmente.» Esto es cierto—dice NIESE—, pero ello no supone que la acción haya dejado de ser acción final. Aquí yace el equivoco de MEZGER: Es cierto que el ataque objetivo contra el Derecho se inicia cuando el autor comienza a realizar su resolución de voluntad en forma típica. Esto es el comienzo de la acción de ejecución a que se refiere el § 43. La resolución de voluntad

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

como tal es ciertamente irrelevante desde el punto de vista jurídico penal si no se manifiesta en el mundo exterior. Nadie dice que desde el principio de la realización el sujeto actúe «solo subjetivamente», sino más bien que la finalidad (subjetiva) inserta en la realización de voluntad a la causalidad (objetiva) y la dirige al resultado querido. Pero no puede afirmarse que con la realización objetiva de la resolución en el mundo externo la acción final se transforme en una acción causal, y que, por tanto, la finalidad sea precisamente reemplazada, como supone MEZGER; pues la finalidad sigue siendo el factor que domina la causalidad, que la dirige finalistamente incluso en el estadio de la realización objetiva de la voluntad, en tanto que en virtud del saber causal dirige la realización de la acción planificadamente a la meta propugnada y por ello convierte el curso causal ciego en una acción enderezada a una meta.

* NOTA DE LA REDACCIÓN.—*En el próximo fascículo, y sobre el mismo e interesante tema, publicaremos otro trabajo del Prof. Rodríguez Muñoz, que puede considerarse como continuación del presente.*