

Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal

ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

*A la memoria de mi compañero,
José Manuel Valle Muñiz (*)*

I

El pensamiento estructural-funcionalista, que domina la sociología jurídica alemana actual, ha irrumpido también en la ciencia jurídico-penal alemana, fundamentalmente por obra de Jakobs, y sus ecos empiezan a oírse en nuestro país. Puede afirmarse, incluso, que el neonormativismo funcionalista constituye la última gran revolución científica en el ámbito jurídico-penal: una revolución que parece transformar los paradigmas científicos comúnmente aceptados en la dogmática penal desde los años sesenta.

A partir de esta fecha, como es sabido, ha imperado una concepción ecléctica de todo el Derecho Penal, que se corresponde con lo que podríamos llamar el post-finalismo. Así, por ejemplo, es común definir el Derecho Penal como un instrumento de control jurídico-social, primario y formalizado, que se articula como un sistema normativo que establece como presupuesto el delito y como consecuencias la pena o

(*) Este trabajo fue enviado a Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales en junio de 1998.

la medida de seguridad (1). Su legitimación viene predeterminada por la función que está abocado a cumplir en un Estado Social y Democrático de Derecho. Dicha función actualmente se muestra como una síntesis dialéctica de tres fines distintos que, de modo gráfico, se podrían representar como los tres vértices de un triángulo (2). En el vértice superior se encuentra la pena, cuya misión primordial es la prevención general (intimidatoria) y especial de delitos, mientras que los vértices inferiores están conformados por la mínima intervención y las máximas garantías del Derecho Penal. Estos extremos integrarían el programa de un Derecho Penal garantista (3). En este contexto, la norma jurídico-penal se concibe como un imperativo que dirige sus prohibiciones y mandatos a los ciudadanos con el fin de motivarlos para que no realicen conductas (acciones u omisiones) que suponen un riesgo objetivo de lesión para los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Ello conduce a una concepción personal de lo injusto –a mi juicio, fundamentada sólo por el desvalor de acción– y a una concepción de la culpabilidad o atribuibilidad definida sobre la base de la teoría de la motivación, que opera como presupuesto de la pena y como límite a las exigencias de prevención.

Pero esta concepción del Derecho Penal, en general, aunque con matices, firmemente asentada en la doctrina española y también en la alemana, está siendo puesta en tela de juicio por el funcionalismo sistémico. Para comprender este cambio de paradigma científico, lo nuevo y lo viejo que encierra, convendría hacer un pequeño balance del estado actual de la dogmática penal en sus aspectos más importan-

(1) *Vide* por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho Penal*. 3.^a ed. Valencia. 1993; pp. 28 ss.

(2) *Vide* al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona. 1992; pp. 193, 242, 278 y 281.

(3) *Vide* ampliamente, BARATTA, A.: *Criminologia critica e critica del Diritto Penale*. 1982; del mismo autor: «Cos'è criminologia critica. Dei delitti e delle pene». 1/1991; pp. 51 ss.; del mismo autor: «Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social». *Estudios Penales y Criminológicos*. XII. Santiago de Compostela. 1989; pp. 13 ss.; del mismo autor: «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica». CPC. núm. 24. Madrid. 1984; pp. 533 ss.; del mismo autor: «Función instrumental versus función simbólica de la pena». Conferencia pronunciada en la Universidad de Granada, el día 5 de mayo de 1992 (texto mecanografiado e inédito); pp. 2 ss. *Vide* también, FERRAJOLI, L.: «El Derecho Penal mínimo». (Trad. por Bergalli). *Poder y Control*. núm. 0. 1986; pp. 25 ss.; del mismo autor: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Bari. 1989; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia. 1989; pp. 116 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G.: «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos». CPC. núm. 39. Madrid. 1989; pp. 723 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 48 ss., 91 ss.

tes, a través de un breve recorrido sobre la evolución del pensamiento penal, enmarcado en su dinamismo histórico-dialéctico (4).

II

En efecto, si por revoluciones científicas entendemos, en terminología de Thomas S. Kuhn (5), la transformación de los paradigmas vigentes en un determinado momento histórico, y por paradigmas entendemos «aquellas realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica» (6), si lo concebimos así, a mi juicio, no cabe duda que en la historia de la dogmática penal podemos encontrar fundamentalmente cinco revoluciones científicas, que se han sucedido dialécticamente desde finales del siglo pasado hasta la actualidad. Los artífices más significados de cada una de ellas, como es sabido, son Binding, V. Liszt –y Mezger–, Welzel, Roxin y Jakobs.

1. **La primera revolución científica**, en el sentido señalado, es obra del creador de la teoría de las normas, es decir, de Karl Binding (7), y estuvo influenciada por el idealismo alemán, que pretendió dar una fundamentación moral al Derecho Penal. Binding se inspiró en las teorías de la pena de Kant y Hegel para legitimar la pena en la pura retribución por el mal cometido. Defendió, por tanto, una concepción absoluta de la pena, libre de toda consideración utilitaria, para que impere la justicia y el derecho: en palabras de este autor, para que impere «el sometimiento del delincuente a la magnificencia del Derecho», a la «victoriosa fuerza del Derecho» (8).

(4) *Vide* al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 48 ss.; YAÑEZ PÉREZ, S.: «La evolución del sistema del Derecho Penal». CPC. núm. 54. Madrid. 1994; pp. 1153 ss. (esp. pp. 1176 ss.); JAÉN VALLEJO, M.: «Los puntos de partida de la dogmática penal». ADPCP. Madrid. 1995; pp. 57 ss.; BORJA JIMÉNEZ, E.: «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España». CPC. núm. 63. Madrid. 1997; pp. 595 ss.

(5) *Vide* KUHN, T.S.: La estructura de las revoluciones científicas. (Traducción de Agustín Contín. Cuarta reimpression en español). Madrid. 1979; pp. 20 ss. (esp. 27 y 28).

(6) Cfr. KUHN: La estructura..., *cit.*, p. 13.

(7) Sobre el pensamiento de Binding y su posterior repercusión en la dogmática penal es fundamental la obra de, KAUFMANN, A.: Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. (Trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires. 1977.

(8) Cfr. BINDING, K.: Die Normen und ihre Übertretung. I. 4.º ed. 1922; p. 419.

Binding fundamentó la teoría del delito en un concepto de norma proveniente de la teoría de los imperativos (9). Este autor distinguió entre norma y ley penal: las normas son un imperativo dirigido a los ciudadanos, que preceden conceptualmente a la ley penal, y pertenecen al Derecho Público general. Por el contrario, la ley penal es un mandato hipotético dirigido al juez para que ejerza el derecho subjetivo del Estado a sancionar al sujeto que ha cumplido con el presupuesto de la ley penal (10).

Por tanto, la norma se concreta en órdenes prohibitivas o preceptivas, cuyo objeto está constituido sólo por acciones u omisiones y no por el resultado de las mismas. Von Ferneck decía que «el resultado le es al Derecho, en realidad, indiferente» (11). Desde esta perspectiva, el bien jurídico carece de valor, es algo inherente a la norma y su lesión no puede entenderse diferenciado de la norma, de su desobediencia. En efecto, Binding considera que la norma tiene como principal tarea la de fundamentar los deberes eminentemente personales de acción u omisión; por ello, su contenido no puede ser otro que exigir el cumplimiento del deber de obediencia o sumisión al Derecho soberano (12). Pero, el motivo último de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida, en su resultado perjudicial para la vida del Derecho y, a la inversa, mediante el mandato de una acción debe lograrse un resultado ventajoso. Por ello, como las normas también cumplen una función protectora de bienes jurídicos, se establece la exigencia a las personas de «organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio» (13).

Pero, el fundamento y fin de las normas es la inadmisibilidad jurídica de las acciones u omisiones. La prohibición se dicta porque la conducta prohibida se presenta como inadmisibles para el orden jurídico; el mandato porque la realización de lo mandado se presenta como indispensable, es decir, que su omisión es inadmisibles. Por lo tanto, el presupuesto para la formulación de toda norma lo constituye «el conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas de comportamiento humano en relación a las necesidades del orden jurídico» (14).

(9) *Vide* por todos, KAUFMANN: Teoría de las normas..., *cit.*, *pássim.*; MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del Derecho Penal. Barcelona. 1976; pp. 209 ss.; BACIGALUPO, E.: «La función del concepto de norma en la dogmática penal». RFDUC. Monográfico, núm. 11. Madrid. 1986; pp. 62 ss.; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 316 ss.

(10) *Vide* BINDING: Die Normen...I, *cit.*, pp. 4 ss.

(11) Cfr. HOLD VON FERNECK: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. I. Jena. 1903; p. 387.

(12) *Ibidem*, pp. 96 y 97.

(13) *Ibidem*, p. 54.

(14) Cfr. BINDING: Die Normen...II, p. 229.

En congruencia con esta concepción de la norma definió el delito como la infracción culpable de la norma, como «la lesión de un derecho subjetivo del Estado al sometimiento» (15). Ofreció un concepto unitario de delito, en donde aparecían como momentos inseparables la antijuricidad y la culpabilidad subjetiva, considerando que sólo a efectos sistemáticos es posible separar ambos elementos. Con esta finalidad exclusivamente distinguió el aspecto del hecho (tipo objetivo), consistente en la modificación del mundo exterior por causa de una conducta humana que contradice la norma, y el aspecto de la culpabilidad (tipo subjetivo), consistente en la capacidad de culpabilidad y en la voluntad culpable dirigida a la creación de aquel hecho, es decir, la atribución del hecho a la culpabilidad (16).

2. Frente a esta concepción del Derecho Penal, a finales del siglo pasado, surge con gran fuerza la **segunda revolución científica**, auspiciada por la transformación del Estado liberal al Estado social y, sobre todo, por la impronta de la filosofía positivista, que se materializó en dos líneas metodológicas contrapuestas: el positivismo jurídico y el positivismo criminológico (17). El artífice máximo del nuevo paradigma científico fue Franz von Liszt que, además, provocó la llamada «lucha de Escuelas» entre la dirección moderna que él representaba y la clásica de Binding.

Von Liszt se enmarca en el pensamiento de las teorías relativas, que fundamentan la pena en su necesidad para la protección de la sociedad a través de la prevención de futuros delitos, como expuso con gran brillantez en el Programa de la Universidad de Marburgo en 1882 (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*) (18). La pena tiene una finalidad preventivo-especial o individual, incidiendo sobre la persona que ya ha delinquido con el propósito de evitar la recaída en el delito. Por ello, en atención a las categorías de delincuentes que muestra la criminología, la pena puede desempeñar una triple función: la admonición, la resocialización y la inocuización de los delincuentes. Este planteamiento preventivo-especial llegó, incluso, a tener plasmación legal en el Proyecto de Código Penal alemán de 1922, que fue

(15) Cfr. BINDING: *Die Normen...* I, p. 298.

(16) *Vide* al respecto, KAUFMANN: *Teoría de las normas...*, *cit.*, pp. 22 ss.

(17) *Vide* por todos, BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4.ª ed. Madrid. 1997; pp. 29 ss.

(18) *Vide* VON LISZT, F.: *La idea del fin en el Derecho Penal*. Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar. Trad. por Carlos Pérez del Valle). Colección Los Argonautas. núm. 2. Granada. 1995.

redactado de puño y letra por el entonces Ministro de Justicia de la República de Weimar (19).

En suma, la pena necesaria es la que permite defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos, de un estado de cosas determinado, y, con este propósito, es preciso dirigir la pena al autor determinado a dicha lesión y no al hecho mismo. En esta concepción del Derecho Penal carece de importancia el aspecto imperativo de las normas: lo que importa es la significación del hecho para la sociedad. La norma se concibe como un juicio de valor sobre un determinado estado de cosas considerado como positivo y digno de protección. Von Liszt decía que «la antijuricidad contiene un juicio de desvalor sobre el hecho, y la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor» (20). De ello se deducía, con claridad, que antijurídica era la lesión de un bien jurídico y culpable el autor que exteriorizaba una personalidad asocial.

De esta forma surge la concepción causal del ilícito y la concepción determinista de la culpabilidad, asentadas sobre la base del positivismo naturalista, que trasladó a la ciencia penal los métodos propios de las ciencias empíricas. La acción se entendía naturalísticamente como movimiento corporal o modificación causal del mundo externo perceptible por los sentidos. La antijuricidad material se agotaba en la causación de una lesión del bien jurídico, que se concebía naturalísticamente como un interés de la vida a constatar de forma empírica.

Finalmente, este método positivista no pudo dar una concepción unitaria o completa de la culpabilidad. Se defendió la teoría psicológica de la culpabilidad, cuya esencia radicaba en constituir un nexo de unión psicológico entre el hecho antijurídico y su autor, apreciándose dos especies distintas en función de su intensidad (dolo y culpa). En realidad, podría decirse que la culpabilidad era el parangón en el plano subjetivo de lo que la relación de causalidad representaba en el plano objetivo (21).

(19) *Vide* al respecto, MUÑOZ CONDE, F.: «Política criminal y dogmática jurídica-penal en la República de Weimar». Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba. 1996; pp. 509 ss.

(20) Cfr. VON LISZT, F.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 16.^a/17.^a ed. 1908; p. 116.

(21) *Vide* por todos, MIR PUIG: *Introducción a las bases...*, *cit.*, pp. 229 y 230; MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona. 1975; pp. 168 ss.; del mismo autor: «Política criminal...», *cit.*, pp. 520 ss.; MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y ciencia penal*. Granada. 1990; pp. 166 y 167; PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid. 1990; pp. 73 ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal». En, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid. 1991; pp. 43 ss.;

Sin embargo, esta concepción del Derecho Penal no llegó a imponerse de forma plena, sino que fue revisada parcialmente por el neokantismo, pero sin llegar a superarla. No en vano se ha afirmado que la filosofía del Derecho neokantiano fue una «teoría complementaria del positivismo» (22). Se produjo un cambio metodológico, realizado en el ámbito filosófico y penal por Gustav Radbruch, pero el objeto de conocimiento científico seguía siendo el mismo. Ello condujo a una concepción ecléctica del Derecho Penal, representada fundamentalmente por Edmund Mezger. Por ello, se ha afirmado que «no se quiso derrumbar el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de von Liszt y Beling, sino sólo introducir correcciones en el mismo. Es por ello que el concepto neoclásico del delito aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores» (23). Y en el ámbito de la pena supuso la conjunción de la prevención con la retribución. El resultado de todo ello fue un concepto de norma que sintetizaba en sí el juicio de valor y el imperativo. Así, para E. Schmidt y E. Mezger la norma tendría dos momentos: sería una norma objetiva de valoración del hecho y, a la vez, una norma subjetiva de motivación para el autor. La primera tiene relevancia en el momento de la antijuricidad y la segunda en el momento de la culpabilidad (24).

3. **La tercera revolución científica** tuvo como protagonista a Hans Welzel, que provocó una profunda reacción contra el pensamiento de von Liszt. Se produce una quiebra en la línea de desarrollo del pensamiento penal alemán, que es explicable si se la sitúa en su contexto histórico. La evolución de la dogmática penal no puede entenderse sin tener en cuenta la existencia de la II Guerra Mundial y el régimen fascista que le precedió (25). Tras este deplorable suceso,

SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 383 y 384; VIVES ANTÓN, T. S.: Fundamentos del sistema penal. Valencia. 1996; pp. 409 ss.

(22) Cfr. WELZEL, H.: Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid. 1971. pp. 198 y 199. *Vide* también, VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 413 y 414.

(23) Cfr. MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 241 y 242. *Vide* también, MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 110 ss., 171 y 172; del mismo autor: «Política criminal...», *cit.*, p. 510 (nota 7); CEREZO MIR, J.: «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica». Problemas Fundamentales del Derecho Penal. Madrid. 1982; p. 39; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 370.

(24) *Vide* por todos, KAUFMANN: Teoría de las normas..., *cit.*, pp. 101 ss.; BACIGALUPO: «La función...», *cit.*, p. 66; PÉREZ MANZANO: Culpabilidad..., *cit.*, p. 78; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 419 ss.

(25) *Vide* por todos, FROMMEL, E.: «Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel». ADPCP. Madrid. 1989; pp. 621 ss.; HASSEMER: «La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana». ADPCP. Madrid. 1993; pp. 35 ss.

en Alemania, se culpó al positivismo penal y, por tanto, indirectamente a von Liszt, de la amarga experiencia del nacional socialismo. En aquél momento, «no se entró a distinguir el irracionalismo nazi del positivismo de base científica que proponía von Liszt. Todo un movimiento filosófico se puso entonces en marcha con la finalidad de superar la experiencia que significó el Estado antijurídico del régimen nacionalsocialista y repeler el puro pensamiento orientado a una finalidad tal como quedaba expresado en la cínica divisa del III Reich, según la cual Derecho sería solamente aquello que es útil para el pueblo alemán. Se pretendió una decidida revinculación del Derecho con la ética, con la moral. En la base se encontraba aquí, enfrentándose con muchas de las tendencias anteriores provenientes de la escuela de von Liszt, el enérgico reconocimiento del principio de culpabilidad de la persona a la que debe protegerse de una reducción a mero objeto de medidas intimidantes o correccionales» (26).

Como veremos, hubo que esperar a los años sesenta para subsanar esta injusticia histórica con V. Liszt. Pero lo que importa resaltar ahora, para comprender el cambio de paradigma científico de Welzel, es que, terminada la contienda mundial, la dogmática alemana, para alejarse del autoritarismo nazi, en vez de dar un paso adelante, desarrollando las ideas del social-demócrata, que era V. Liszt, se decidió por el paso atrás: por la vuelta a la filosofía del siglo XIX, a Kant y Hegel, máximos representantes de las teorías absolutas. En el campo estrictamente penal, la vuelta tenía que producirse necesariamente a K. Binding, en cuya teoría de las normas se encuentra el más fiel exponente de las teorías absolutas de la pena (27).

Esta explicación histórica permite comprender por qué Welzel quiso retribuir con la pena la culpabilidad del autor por el mal causado, sin atribuirle de forma directa fines preventivos (28), aunque posiblemente ya estuviera dando un nuevo sentido a la retribución (29).

(26) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «Recensión a la "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna", de ARMIN KAUFMANN». ADPCP. Madrid. 1978; p. 812.

(27) Vide ZUGALDÍA ESPINAR: «Recensión...», *cit.*, p. 813; del mismo autor: «¿Otra vez la vuelta a VON LISZT?». En, FRANZ VON LISZT: La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. (Trad. por Carlos Pérez del Valle). Colección Los Argonautas, núm. 2. Granada. 1995; p. 31. Difiere en parte, SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 203.

(28) Vide WELZEL, H.: Derecho Penal alemán. Parte General. 11.ª ed. (4.ª ed. castellana). (Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez). Santiago de Chile. 1993; pp. 281 ss.

(29) En este sentido, Vide PÉREZ MANZANO: Culpabilidad..., *cit.*, pp. 25 ss.; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 204, 205, 227 ss.

De este modo, al analizar las teorías relativas de la pena, señaló que estas teorías «estaban capacitadas para explicar la necesidad estatal y el modo de obrar de la pena, pero *no para justificarla* ni para diferenciarla de otras medidas sociales de protección» (30). Los efectos prácticos de la pena pueden demostrar que es útil para el fin propuesto, «pero no pueden legitimarla como justificada. La sola justificación del fin no basta, ya que la finalidad como tal no santifica el medio» (31). Por ello, las teorías preventivo generales sólo son admisibles –justificables– en la medida que el efecto inhibitor de la pena se refiera a «la formación o fortalecimiento del juicio ético, se trata del efecto de una retribución justa, y solamente de la retribución justa» (32). En sentido más amplio, la prevención general es «la verificación del derecho como orden ético y sólo en forma secundaria es intimidación». De este modo, Welzel concluye que «es conveniente la intimidación sólo en el marco de la justa retribución» (33).

Pero el cambio científico de Welzel no versó sólo sobre la teoría de la pena, sino también, y muy especialmente, sobre la teoría de la norma y los presupuestos metodológicos de la ciencia jurídico-penal. Estos dos últimos aspectos fueron determinantes de la gran influencia ejercida por el finalismo en el desarrollo posterior de la dogmática penal. Welzel creó un *nuevo sistema* para el Derecho Penal.

En el plano metodológico el finalismo surge como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo, presentándose como superación de éste. El fundamento metodológico de la teoría del delito desarrollada por el finalismo radica en el paso del subjetivismo metodológico neokantiano al objetivismo (34). Por ello, se ha afirmado que la sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de verdades eternas y de estructuras lógico-objetivas es la clave de la importancia del método en la dogmática penal, llegando a afirmar que el análisis del objeto del Derecho Penal viene presidido por exigencias metodológicas y no a la inversa. Pero la importancia dada al método no significa –al contrario que el pensamiento neokantiano– que la función del método sea la de configurar la materia: el objeto no ha de determinarse

(30) Cfr. WELZEL: Derecho Penal..., *cit.*, p. 284 (subrayado añadido).

(31) *Ibidem*, p. 285.

(32) *Ibidem*, p. 285.

(33) *Ibidem*, p. 286.

(34) *Vide* al respecto, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 245 ss. (esp. 247); MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 172 ss.; CEREZO MIR: «La naturaleza de las cosas...», *cit.*, pp. 39 y 40; del mismo autor: «El finalismo, hoy». ADPCP. Madrid. 1993; pp. 5 y 6; SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, p. 54; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 60.

según el método, sino el método según el objeto. Ello debe ser así porque en ningún caso nos es dado algo amorfo que requiera ser configurado ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto lo primero que es amorfo y paulatinamente se va configurando (35).

Por ello, sería erróneo pensar que la base de la doctrina finalista la constituye el concepto de acción: lo fundamental es su metodología ontologicista. Las estructuras lógico-objetivas, la naturaleza de las cosas vinculan tanto a la dogmática, como al legislador (36). Hay dos órdenes de lo real y no de la mente humana: el orden del suceder, del que se ocupan las ciencias naturales, y el orden del pensar, que es objeto de la dogmática.

El concepto final de acción es una consecuencia de este método, aunque muy importante en su concepción del delito. La dogmática jurídico-penal «se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, pero se interesa por un aspecto distinto de ella: mientras que a las ciencias naturales importa la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales (como hecho “natural”), la ciencia jurídico-penal aborda la acción en su especificidad espiritual, esto es, como definida por la idea de finalidad conforme a sentido, por la “conciencia de sentido»» (37). De esta forma surge la concepción personal del ilícito, que sitúa el desvalor de acción personal en el centro de imputación de lo injusto penal.

Lo mismo sucede con la culpabilidad, cuya esencia radica en el poder actuar de otro modo, que –según Welzel (38)– constituye una estructura lógico-objetiva anclada en la esencia del hombre, como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido. Estos son los dos pilares fundamentales de su teoría del delito. Pero, como advierte Mir Puig, «el finalismo es un reflejo en la dogmática jurídico-penal de una actitud epistemológica» (39).

(35) Vide al respecto, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 234, 247 ss. (esp. 252 y 253); SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 59; JAÉN VALLEJO: «Los puntos de partida...», *cit.*, pp. 59 ss.; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 426 y 427.

(36) Vide al respecto, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 247 ss. (esp. 255 y 256); MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 172 ss.; del mismo autor: «De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann». ADPCP. Madrid. 1991; pp. 329 ss.; CEREZO MIR, J.: «La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española». Problemas fundamentales del Derecho Penal. Madrid. 1982; pp. 105 ss.; del mismo autor: «La naturaleza de las cosas...», *cit.*, pp. 49 ss.; SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, pp. 54 ss.; HASSEMER: «La Ciencia Jurídico Penal...», *cit.*, pp. 44 ss.; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 57 ss.

(37) Cfr. MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, p. 253.

(38) Vide WELZEL: Introducción..., pp. 253 y 257.

(39) Cfr. MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, p. 249.

De esta construcción es fácil derivar la vuelta a la teoría de los imperativos para asentar el concepto de norma. No en vano, este importante giro que se observa en la ciencia penal alemana, a mediados del presente siglo, se ve reforzado por un dato histórico que, según creo, fue decisivo para el posterior desarrollo de la misma. La vuelta a Binding se confirma con la publicación de una obra de Kaufmann y las importantes consecuencias que obtiene este autor sobre lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding (40). De este modo, decía Welzel que «las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final» (41). Ello le permitió fundamentar su concepción personal del ilícito, donde la idea del bien jurídico pasa a un segundo plano. En este sentido, afirmó que «lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal*» (42).

En suma, si unimos su concepción de la pena y de la norma, sin poder olvidar su punto de partida metodológico, se entiende perfectamente que Welzel atribuya al Derecho Penal la misión de asegurar la vigencia de los valores ético-sociales positivos de acción (43).

De esta forma, tras este breve recorrido histórico, llegamos a la última fase de la evolución de las ideas penales, que puede enmarcarse en el período comprendido desde los años sesenta hasta la actualidad. Sin duda alguna, ha sido y es una época muy fructífera en donde se han producido las dos últimas revoluciones científicas, en el sentido expuesto, que coexisten y están en pugna actualmente. A este período se le puede llamar etapa post-finalista (44). Pero de Welzel sólo ha que-

(40) Vide KAUFMANN: Teoría de las normas..., *cit.*, pássim. Vide también, MUÑOZ CONDE: «De lo vivo...», *cit.*, pp. 329 ss.

(41) Cfr. WELZEL: Derecho Penal..., *cit.*, p. 44.

(42) *Ibidem*, p. 74.

(43) Vide WELZEL: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 1 y 35.

(44) Vide al respecto, TIEDEMANN, K.: «Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal alemana». CPC. núm. 14.

dado su sistema del delito (45), fundamentalmente la concepción personal de lo injusto, que es seguida por las dos direcciones mayoritarias existentes en la actualidad. Aparte de otras concepciones del Derecho Penal que se enmarcan todavía en el neokantismo, en el finalismo ortodoxo o que no pueden adscribirse plenamente a las anteriores, ahora interesa destacar que las dos direcciones indicadas responden a una sistemática teleológica o funcionalista del Derecho Penal, dado que la elaboración conceptual se realiza con miras a los fines que persigue el Derecho Penal como instrumento de control social. Así, como advierte Silva Sánchez, «el factor decisivo en la metodología dogmática dominante viene constituido por las consideraciones teleológico-valorativas (...). A la vez, la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural» (46). Podría hablarse de un funcionalismo moderado o racional, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal y cuyo máximo representante es Roxin, y de un funcionalismo radical, que en su elaboración atiende a los fines de prevención general positiva y cuyo máximo representante es Jakobs (47). Este autor ha llevado a cabo la última renormativización del Derecho Penal frente al naturalismo-psicológico imperante, dado que según los normativistas (extremos) Welzel no llegó a superar el naturalismo, sino que sólo lo modificó (48), mientras que Roxin también parece ser –según esta opinión– un naturalista-psicológico (moderado), en cuanto que combina las consideraciones ontológicas con las teleológicas, frente a Jakobs y sus partidarios que operan en un plano exclusivamente normativo (49).

Madrid. 1981; pp. 265 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 596 ss.

(45) *Vide* por todos, TIEDEMANN: «Estado actual...», *cit.*, p. 267; CERZO: «El finalismo...», *cit.*, pp. 9 y 10; SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, pp. 54 y 58.

(46) *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 66 y 67.

(47) *Vide* SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Introducción». En, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid. 1991; pp. 19 ss.; del mismo autor: Aproximación..., *cit.*, pp. 68 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 604 ss. *Vide* también, VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 429 y 435; aunque este autor prefiere hablar de funcionalismo teleológico, para referirse al funcionalismo moderado de Roxin, y de funcionalismo estratégico, para referirse al funcionalismo radical de JAKOBS.

(48) En este sentido, *Vide* LESCH, H. H.: «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung». ZStW. 105. 1993; p. 293.

(49) *Vide* al respecto, SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 68 ss.

4. **La cuarta revolución científica** no puede decirse que sea obra de un autor determinado, pero, sin duda, uno de sus artífices máximos fue Roxin, que aún hoy sigue fiel a sus planteamientos originarios y puede considerarse como el representante más autorizado en la actualidad. En efecto, en los años sesenta se produjo todo un movimiento de reforma en la ciencia penal alemana, auspiciado por el gran auge del ideal resocializador tanto en Europa como en América del Norte, que provocó lo que se ha conocido como la «despedida de Kant y Hegel» y la «vuelta a V. Liszt».

Este movimiento se evidenció, en 1966, con la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo de CP elaborado por catorce profesores de Derecho Penal frente al Proyecto oficial de 1962 (50). Aquél tuvo como modelo más inmediato, precisamente, el Proyecto de 1922 redactado por Radbruch (51). Dicho movimiento de reforma se caracterizaba, en palabras de Roxin, por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general. Con lo que se impone por sí misma la pregunta de si Franz von Liszt, que pese a ser nuestro autor más importante de Política Criminal, fue desterrado en la posguerra al mausoleo del recuerdo histórico, puede celebrar ahora –cincuenta años después de su muerte– una victoria tardía; y, por tanto, si la reforma cuyo comienzo científico debe fijarse en el programa marburgués de v. Liszt, ha alcanzado tras casi cien años de rodeos fracasados la meta que v. Liszt le marcó. Hace treinta años, cuando v. Liszt parecía «muerto y sin posibilidad de resucitar», preguntaba Radbruch presintiendo algo posible: «¿Pero soportará ese espíritu inquieto yacer tranquilamente en la tumba bajo la losa de la fama histórica con la que se le ha cubierto cuidadosamente? ¿No resucitará de nuevo un día sin que nos demos cuenta y se paseará entre nosotros con influencia viva?» (52).

Sin embargo, hay que destacar que en este momento histórico ya no se propugnan las teorías de la pena en sentido puro, sino que se

(50) *Vide* al respecto, ROXIN, C.: «Franz Von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo». En, *Problemas básicos del Derecho Penal*. (Trad. por Luzón Peña). Madrid. 1976; pp. 37 ss.; HASSEMER: «La Ciencia Jurídico Penal...», *cit.*, pp. 50 y 51.

(51) En este sentido, *Vide* MAURACH, R. y ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte General. 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. (Trad. de la 7.ª ed. alemana, por J. Bofill Genzch y E. Aimone Gibson). Buenos Aires. 1994; p. 102; MUÑOZ CONDE: «Política criminal...», *cit.*, pp. 510 y 514 (nota 21).

(52) Cfr. ROXIN: «Franz Von Liszt...», *cit.*, pp. 37 y 38. De otra opinión, sin embargo, MUÑOZ CONDE: «Política criminal...», *cit.*, pp. 514 ss.

mantienen posiciones eclécticas. Desde entonces, puede considerarse que han prevalecido las teorías relativas de la pena, aquéllas que justifican su existencia y, por tanto, la del propio Derecho Penal, en su necesidad para la prevención de futuros delitos. De todos es conocida aquella frase del Proyecto Alternativo —que ha hecho historia— según la cual «la pena es una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres». Pero, al mismo tiempo, se exigía el respeto a la dignidad humana para evitar los excesos del poder punitivo del Estado. Ello condujo a una nueva significación de la idea de culpabilidad, que pasó a convertirse en un límite al efecto preventivo de la pena.

El ejemplo más paradigmático de este movimiento lo constituye, sin duda, la teoría dialéctica de la unión propuesta por Roxin (53), que ha alcanzado un alto grado de consenso científico. Esta teoría debe su nombre y, quizá, su posible atractivo a que se limita a articular los fines de la pena en las fases de su existencia, asignándole una función distinta, pero de tal modo que cada una de ellas presupone la anterior. Así, muy en resumen, en la fase de conminación típica, la función de la pena es la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, a través de la prevención general. En el segundo momento, de imposición y medición de la pena, corresponde, en primer lugar, complementar la función anterior mediante la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta con la imposición de la pena. Pero, en su medición, el juez está sometido a otra limitación (externa a la propia prevención): la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor. Por tanto, en la fase de individualización judicial la función de la pena es la confirmación de la prevención general hasta el límite máximo de la culpabilidad. Y, en último término, en la fase de ejecución, la pena servirá a la confirmación de los fines anteriores, pero bajo el punto de vista de la prevención especial, de forma que tienda prioritariamente a la resocialización del delincuente (54).

Esta construcción de Roxin, sobre la teoría de la pena, creo que debe enmarcarse dentro de su planteamiento metodológico, de mayor calado y significado teórico, sobre la interacción entre política criminal y dogmática jurídico-penal, como los pilares básicos para construir el sistema del Derecho Penal. Con gran acierto afirmó que el método jurídico «tiene que partir de que las concretas categorías del delito —tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— deben sistematizarse,

(53) *Vide* al respecto, ROXIN, C.: «Sentido y límites de la pena estatal». En, *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid. 1976; pp. 11 ss.

(54) *Vide* nota anterior.

desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal» (55).

5. **La última revolución científica** empieza a gestarse en los años setenta y una década más tarde ocupa ya un lugar destacado en la dogmática penal alemana. Este mérito se debe fundamentalmente a Jakobs, bajo el auspicio del pensamiento estructural funcionalista de la moderna sociología jurídica alemana. En realidad, no sería exagerado afirmar que uno de los méritos de Jakobs consiste en adaptar el Derecho Penal contemporáneo a la teoría de los sistemas de N. Luhmann, conmoviendo las propias bases del Derecho Penal, es decir, la teoría de la pena y del delito a través de su teoría general de la imputación normativa (56).

Jakobs no se hace esperar, ya en el prólogo de su tratado lo deja bien claro: si las consecuencias del Derecho Penal no se quieren entender como sucesos de la naturaleza, sino como hechos sociales con significado, hay que comenzar afirmando –y en palabras de su maestro– que el Derecho Penal tiene la función de «asegurar los valores ético-sociales de acción». A partir de aquí se separa de la dogmática ontologista de su maestro, dado que la esencia y estructura de los conceptos de la dogmática tradicional carece de significado si no se vinculan a los fines del Derecho Penal. Este cambio de enfoque metodológico, que parte de la misión del Derecho Penal y no de la esencia de los objetos de la dogmática, conduce a una (re)normativización de los conceptos, frente al naturalismo-psicológico de Welzel. En esta concepción normativista, un sujeto no es aquél que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquél que puede ser responsable por éste. Los conceptos no ofrecen modelos de regulación al Derecho Penal, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones del Derecho Penal (57).

(55) Cfr. ROXIN, C.: Política criminal y sistema del Derecho Penal. (Trad. por Muñoz Conde). Barcelona. 1972; p. 40. *Vide* al respecto, SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, pp. 63 ss.; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 437 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 611 ss.

(56) *Vide* al respecto, BARATTA: «Integración-prevención...», *cit.*, pp. 533 ss.; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 442 ss.; JAÉN VALLEJO: «Los puntos de partida...», *cit.*, pp. 67 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 604 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS. Introducción a los Estudios de Derecho Penal de JAKOBS. Madrid. 1997; pp. 22 ss. Sobre el funcionalismo sistémico de Parsons y Luhmann, *Vide* por todos, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 295 ss.; LUZÓN PEÑA, D.: Medición de la pena y sustitutivos penales. Madrid. 1979; pp. 9 ss.

(57) *Vide* JAKOBS, G.: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. (Trad. por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid. 1995; pp. IX y X.

Desde esta perspectiva neonormativista, los dos pilares básicos del sistema teleológico del Derecho Penal que se propone están constituidos por la función preventivo-general de integración asignada a la pena y por las normas jurídico-penales como objeto de protección.

Como es sabido, la teoría de *la prevención general positiva* entiende que la pena se fundamenta en su necesidad para recordar constantemente la vigencia de las normas penales, así como para consolidar los valores que hay tras ellas. Y ello porque contrapone al delito, que es expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho, la contrapartida simbólica de la pena. Así, en palabras de Jakobs, «la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación» (58).

Pero, este suceso perturbador no es entendido y referido a las consecuencias externas de la conducta, pues no es misión de la pena evitar la lesión de bienes jurídicos, sino que se concibe en su significado jurídico-social: la perturbación es la propia infracción de la norma, es la contradicción a la norma por medio de una conducta. Por ello, el fin de la pena es reafirmar la vigencia de la norma. En resumen, «misión de la pena es –según Jakobs– el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» (59).

El segundo pilar básico en la concepción normativista del Derecho Penal lo constituye el objeto que permite la legitimación material del Derecho Penal; lo que Jakobs denomina el nivel de referencia de la protección jurídico-penal, es decir, *las normas como bienes jurídico-penales*. Esta legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de sociedad y el Estado, y ello se consigue garantizando las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso, se debe afirmar como el bien a proteger es la firmeza de las expectativas nor-

(58) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 8.

(59) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 14. En este sentido, se ha pronunciado recientemente, BACIGALUPO: Principios..., *cit.*, pp. 15 ss.

mativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; a este bien lo llama bien jurídico-penal (60).

Desde esta perspectiva se afirma que la lesión de un bien jurídico-penal no es, por ejemplo, la causación de una muerte, sino la oposición a la norma que subyace en el homicidio evitable. La norma obliga a «elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico-penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho Penal: la esfera de la significación del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del significado de normas y el reforzamiento de preservar el significado de la norma por medio de la reacción punitiva. Bien jurídico-penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad, según este modelo, no es la cosa ajena o la relación del propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción de necesidades, o para la consecución de fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la propiedad» (61).

No obstante, la norma, como bien jurídico-penal, tiene a su vez un objeto de protección, que se denomina bien jurídico y se refiere a una situación o hecho valorado positivamente: son las condiciones que posibilitan la participación en la interacción social. A estas condiciones se refiere Jakobs con el concepto de unidad funcional. Con este «concepto se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano» (62). No se abandona, por tanto, la idea del bien jurídico, en cuanto que se reconoce que éste puede ser objeto de regulación de una norma, pero no todo objeto regulado es un bien jurídico, ya que existen normas que no están referidas a bienes jurídicos, como sucede, por ejemplo, en los delitos de infracción de un deber especial en virtud de competencia institucional (63).

(60) *Vide* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 44 ss. *Vid* también, BACIGALUPO: Principios..., *cit.*, p. 20; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 22 ss.

(61) *Cfr.* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 46 y 47.

(62) *Cfr.* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 52.

(63) *Vide* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 52 ss. *Vide* también, HASSEMER/MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 110 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 34 ss.

Pero un comportamiento no es socialmente dañoso sólo cuando se ha producido completamente la lesión del bien jurídico, o el autor ha abandonado irreversiblemente su papel, o cuando concurre por completo un suceso perturbador de la paz jurídica, sino que también hay que incluir los casos de anticipación, como, por ejemplo, la tentativa o los delitos de peligro abstracto (64). En definitiva, como concluye Jakobs, «bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica. Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración». Por consiguiente, «la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada» (65).

Esta concepción del Derecho Penal tiene su desarrollo lógico en la teoría del delito, que los normativistas llaman teoría general de la imputación y que tiene por misión determinar a qué persona y bajo qué presupuestos puede castigarse para lograr la estabilización de la norma: ha de castigarse, se afirma, al sujeto que se ha comportado de forma contraria a la norma y culpablemente. Por tanto, los conceptos básicos de la teoría de la imputación jurídico-penal son el comportamiento del sujeto, la infracción de la norma y la culpabilidad (66).

La sistemática del delito sigue siendo la propuesta por Welzel, aunque todos los elementos del delito se someten a una profunda redefinición. Así, por ejemplo, se defiende una concepción personal de lo injusto, en donde la acción como finalidad externa, desconectada de las vivencias subjetivas, se considera elemento esencial del mismo. La acción es la causación del resultado individualmente evitable, es decir, la causación de todos los movimientos corporales cognoscibles en su conformación y de sus consecuencias. Afirma Jakobs que «el conocimiento de la ejecución de la acción y de sus consecuencias (en el dolo) o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción, y, por tanto, al injusto» (67). Se mantiene el concepto final de acción, pero se desplaza el punto de vista desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de evitabilidad del resultado. Cuando habla de resultado, no se está refiriendo al resultado material o externo en sentido naturalista, sino al resultado específicamente jurídico-penal, es decir, al quebrantamiento de la norma.

(64) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 58 ss.

(65) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 58.

(66) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 156.

(67) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 174.

De este planteamiento se deducen importantes consecuencias, como, por ejemplo, que el resultado material pasa a segundo lugar y, en algunos casos, complementa lo injusto. Dicho con un ejemplo gráfico: «las uvas pasas pueden ser parte de un pastel, sin que todo pastel deba contener pasas. Formulado con otras palabras: el resultado complementa la acción de tentativa, convirtiéndola en acción de consumación, así como convirtiendo el injusto de tentativa en injusto de consumación» (68).

Este planteamiento también conduce a una redefinición del concepto de dolo, que se establece exclusivamente sobre una base cognoscitiva y no volitiva. Jakobs define el dolo como «conocimiento de la acción junto con sus consecuencias» (69). La voluntad no forma parte del dolo, sino que es un elemento más de la acción y, por tanto, común a los delitos dolosos e imprudentes. Como señala Silva Sánchez, «lo específico del dolo frente a la imprudencia es que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado» (70). El objeto del dolo viene constituido, como afirma Frisch (71), por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales. Dolo es, por tanto, el conocimiento de la alta probabilidad del peligro que encierra la acción, desde el punto de vista *ex ante*, para los bienes jurídico-penales.

También en el ámbito de la culpabilidad plantea novedades importantes el pensamiento de Jakobs, pues, si bien mantiene esta tradicional categoría, como presupuesto necesario de la punibilidad, sustituye su contenido convencional por la prevención general positiva (72). En un sistema teleológico del delito también la culpabilidad se determina por la idea del fin penal: «sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad» (73). Dicho fin no es otro que la prevención de integración, de tal forma que el hilo conductor de la culpabilidad es «la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por el comporta-

(68) *Ibidem*, p. 204.

(69) *Ibidem*, p. 316.

(70) Cfr. SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 401.

(71) *Vide* FRISCH, W.: Vorsatz und Risiko. Carl Heymanns Verlag. 1983; pp. 340, 407 ss. *Vide* también, BACIGALUPO: Principios..., *cit.*, pp. 225 ss.

(72) *Vide* al respecto, JAKOBS, G.: Schuld und Prävention. Tübingen. 1976; del mismo autor: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 565 ss. *Vide* también, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 47 ss.

(73) Cfr. JAKOBS: Schuld..., *cit.*, p. 14.

miento delictivo». De este modo, mediante la atribución de culpabilidad y la sanción vinculada a ella, debe confirmarse la corrección de la confianza en la vigencia de la norma. Por ello, la culpabilidad, junto a la pena, opera como el medio para conseguir el fin propuesto (74).

Desde esta perspectiva, la infracción de las normas penales defrauda las expectativas de la comunidad jurídica y esta decepción se compensa o se confirma contrafácticamente la expectativa señalando que la falta no reside en ella, sino en el comportamiento defraudador, es decir, se imputa la frustración como fallo suyo al sujeto frustratario, considerándole culpable y castigándolo (75). Por ello, sólo es posible excluir la culpabilidad cuando el conflicto surgido a través del delito puede ser procesado socialmente de un modo diferente a la sanción penal. A la inversa, sólo es posible imputar culpabilidad cuando no se puede asimilar dicho conflicto de otra manera sin que se menoscabe la garantía de seguridad de la expectativa y, por tanto, la vigencia del ordenamiento lesionado. En suma, la necesidad de pena desaparece cuando es posible procesar de otro modo la defraudación de expectativas (76).

El juicio de culpabilidad, según este modelo, operaría sobre la base de dos criterios, a modo de una balanza: la necesidad de garantizar la vigencia de la norma y las determinaciones individuales del autor respecto al hecho que le incumbe para determinar si puede o no ser distanciado de él (77). Se le imputará culpabilidad cuando no pueda ser distanciado del hecho cometido que le incumbe porque, por sus determinaciones personales, es imputable, ha podido conocer lo injusto de su acción y, además, le era exigible otra conducta. Sólo la falta de alguno de estos elementos permitiría afirmar que el autor está distanciado de su conducta por sus determinaciones individuales y que, por ello, no es culpable. Pero, la necesidad de vigencia de la norma aumenta frente a las determinaciones individuales en la medida que disminuyan las posibilidades de solucionar el conflicto de otro modo mediante la imputación a su autor. En definitiva, como advierte Pérez Manzano, «criterio definitivo es, en todo caso, la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera sin merma de la garantía de la validez de la norma y no las determinaciones individuales» (78).

(74) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 579 ss.

(75) Vide JAKOBS: Schuld..., *cit.*, p. 10; del mismo autor: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 12 y 13.

(76) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 588 ss.

(77) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 567, 579 ss., 596 ss.

(78) Cfr. PÉREZ MANZANO: Culpabilidad..., *cit.*, p. 163. Vide también, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 49 ss.

He dejado para el final el aspecto más novedoso del planteamiento teórico de Jakobs que, por otra parte, es el que mayor influencia está ejerciendo en la dogmática actual. Me refiero, lógicamente, a la imputación objetiva no sólo del resultado, sino del comportamiento. Esta distinción es muy importante en su construcción, porque la imputación objetiva sigue cumpliendo su misión tradicional, mayoritariamente aceptada, de establecer los criterios normativos para imputar el resultado a la acción en los delitos de resultado material (lo que se conoce comúnmente como la realización del riesgo). Pero, no se queda sólo en eso, en la imputación objetiva del resultado, sino que la novedad reside en su pretensión de inducir estos criterios normativos a teoría general del tipo (79). En realidad, como con agudeza advierte Gimbernat, hay elementos del tipo ontológicos, como la acción y la causalidad, que son lo tangible, en cuanto que a ellos hace referencia expresa la ley, mientras que «la imputación objetiva, porque es un concepto desconocido por el legislador, es un fantasma que recorre los tipos» (80). Por ello, se ha podido decir al respecto, que Jakobs (y también Frisch) trata de «despojar de su sábana al fantasma de la imputación objetiva, para desvelar su verdadero rostro» (81). Dicho con otras palabras, bajo el título de imputación objetiva Jakobs pretende ofrecer una reformulación de la teoría del tipo objetivo.

Esta propuesta se enmarca en una dogmática dirigida, fundamentalmente, a explicar el sistema de imputación que rige en una sociedad en un momento dado (82). Como idea rectora, parte de concebir lo injusto como expresión de sentido incompatible con la norma. El tipo objetivo de lo injusto significa la constatación de una perturbación social, que es expresión de sentido en general de la contradicción de la vigencia de una determinada norma, expresada por el portador de un rol. Portadores de un rol son las personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un

(79) *Vide* críticamente, GIMBERNAT, E.: «¿Qué es la imputación objetiva?» Estudios Penales y Criminológicos. núm. 10. Santiago de Compostela. 1987; pp. 169 ss. (esp. 177-179). *Vide* también, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Estudio preliminar a la obra de JAKOBS: Imputación objetiva en Derecho Penal. Madrid. 1996; pp. 50 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, p. 57.

(80) Cfr. GIMBERNAT: ¿Qué es la imputación...?, *cit.*, p. 177.

(81) Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: La reformulación de la tipicidad..., *cit.*, p. 51.

(82) *Vide* al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: La reformulación de la tipicidad..., *cit.*, pp. 50 ss., 59 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/ CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., pp. 57 ss.

determinado estándar, definido de modo normativo. Por tanto, se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. Y ello es así, en Jakobs, porque la función de la imputación penal en la sociedad es la de posibilitar la orientación en el mundo social, garantizando las expectativas de comportamiento esenciales. Ello le lleva a afirmar, en suma, que «sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* «acción». Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho Penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídicamente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social» (83).

Este planteamiento general es trasladado a un sistema de delito practicable a través de cuatro instituciones dogmáticas que describen determinados límites a los roles, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo, aunque se haya causado de forma evitable. Estos cuatro filtros para la imputación del comportamiento son los criterios normativos de imputación objetiva, es decir, el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima (84).

Finalmente, de lo dicho puede constatar que Jakobs, a diferencia de la doctrina mayoritaria, ha desarrollado más el primer nivel de la imputación que el segundo, es decir, más la tipicidad del comportamiento que la imputación del resultado (85). No es de extrañar que entre sus críticos se haya afirmado, como por ejemplo, Struensee, que la teoría de la imputación ya desarrolla «el efecto de un remolino que atrae hace sí y ahoga dentro de sí todo el tipo objetivo» (86). Pero, este remolino –añado yo– no se detiene y día a día se va haciendo más grande. En realidad, más que un remolino es ya un tornado que está atrayendo hacía así, incluso, al tipo subjetivo, como lo evidencian cuestiones tan importantes como las divergencias del dolo o el acuerdo mutuo en el caso de la coautoría. En estos extremos, el tornado teórico de la imputación objetiva tiene importantes consecuencias prácticas, que redundan en una ampliación de la intervención

(83) Cfr. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho Penal*. (Trad. por M. Cancio Meliá). Madrid. 1996; p. 100.

(84) *Vide* JAKOBS: *La imputación objetiva...*, *cit.*, pp. 101 ss.

(85) *Vide* al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: *La reformulación de la tipicidad...*, *cit.*, pp. 28 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: *Consideraciones sobre la teoría de la imputación...*, *cit.*, p. 63.

(86) Cfr. STRUENSSE, E.: «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit». GA. Heidelberg. 1987; p. 97.

penal (87), difícilmente aceptable; incluso, ya se ha llegado a rechazar el concepto restrictivo de autor, abogando, en consecuencia, por un concepto extensivo (88). Es posible que el resultado final de la imputación objetiva suponga una recaída en aquello mismo que quiso evitar y criticar, y que fue precisamente el origen de su nacimiento. No debemos olvidar que surgió para limitar los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

III

Para terminar, podemos constatar como incluso la moderna teoría de la imputación objetiva nos ha llevado nuevamente a sus orígenes. En realidad, después de este breve recorrido sobre la evolución de la dogmática penal, se puede afirmar que todo el Derecho Penal contemporáneo encierra en sí una vuelta a sus orígenes. Pero, no se trata sólo de un fenómeno particular constatable en la ciencia jurídico-penal, sino que es un fenómeno de alcance más general, que afecta a todas las ciencias sociales. Ello se evidencia, según creo, mediante el recurso a la expresión de dos significados representantes de la teoría crítica de la sociedad, defendida por la Escuela de Frankfort, cuyo pensamiento comparto en lo esencial (89). En 1968, Horkheimer y Adorno, en el plano filosófico, observaron un fenómeno que denominaron gráficamente como la «dialéctica de la Ilustración» (90). En el Derecho Penal actual se observa un fenómeno similar que en Alemania ha sido calificado por Hassemer como la «dialéctica de la Modernidad» (91). Esta

(87) En este sentido, *Vide* LESCH: «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung...», *cit.*, pp. 271 ss. *Vide* al respecto, en sentido crítico, KÜPPER, G.: «Der gemeinsame tatenschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft». ZStW. 105. 1993; pp. 295 y ss; PÉREZ ALONSO, E. J.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal. Granada. 1998; pp. 326 ss.

(88) En este sentido, *Vide* LESCH, H. H.: Intervención delictiva e imputación objetiva. (Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995; pp. 15 ss. (esp. 48 ss.).

(89) *Vide* PÉREZ ALONSO, E. J.: Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid. 1995; pp. 49, 63 ss., 72 ss.

(90) *Vide* HORKHEIMER, M. y ADORNO, TH. W.: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente. Frankfurt am Main. 1969.

(91) *Vide* HASSEMER, W.: «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno». ADPCP. Madrid. 1992; pp. 235 ss.; del mismo autor: «La Ciencia Jurídico Penal...», *cit.*, pp. 68 ss.

expresión constituye un caso paradigmático de la idea que se ha querido expresar en esta aproximación sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal.

Hassemer, que ha sido un representante muy autorizado en las últimas décadas del funcionalismo alemán, ahora, en los noventa nos dice que «ya ésta de vuelta», como el propio Derecho Penal, y reivindica los postulados del Derecho Penal Clásico, al igual que Hork-Heimer y Adorno pretenden, en el plano filosófico, preservar los valores de la Ilustración («salvar la Ilustración»). Por ello, cuando Hassemer habla de la «dialéctica de la Modernidad» quiere expresar que «el Derecho Penal se ha desarrollado hasta un punto en el cual se ha transformado en algo contraproducente, anacrónico» (92). Destaca, no obstante, que el Derecho Penal moderno «ha conducido a una humanización y a un mejor control de la actuación penal». Pero, opina que «este desarrollo ha finalizado, la modernización amenaza con producir el efecto contrario. Pienso que ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho Penal con los tradicionales principios morales» (93). Si esta es, como parece, la propuesta de Hassemer, creo que es de sabios rectificar y, del mismo modo, también considero una decisión sabia que la dogmática penal española aprenda de las experiencias ajenas y, de esta forma, nos evitemos un viaje de ida y vuelta.

En conclusión, si las dos direcciones del post-finalismo que coexisten en la actualidad son las que representan fundamentalmente Roxin y Jakobs, lo que es tanto como decir –con las oportunas reservas– von Liszt y Binding, hay que afirmar que «la lucha de Escuelas», tras un largo siglo de existencia, todavía no ha acabado, ni tiene visos de finalizar: sólo ha habido victorias parciales. En 1954, Armin Kaufmann escribió una obra fundamental en la dogmática penal que llevaba por título: «Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie». Hoy, con las reservas y matizaciones necesarias, nos encontramos ante dos tareas bien distintas: sumarnos a la reedición de esta obra y apostar por «lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Karl Binding», en la novedosa línea que nos propone Jakobs, o bien sumarnos a la elaboración de una obra que lleve por título «lo vivo y lo muerto en la concepción del Derecho Penal de Franz von Liszt», es decir, asumir en sus directrices generales una segunda vuelta a V. Liszt. Esta disyuntiva final evidencia que la dogmática jurídico-penal ha venido girando en torno al mismo eje durante los últimos

(92) Cfr. HASSEMER: «Rasgos y crisis...», *cit.*, p. 235.

(93) Cfr. HASSEMER: «Rasgos y crisis...», *cit.*, p. 236.

cien años. Como caso paradigmático de lo expuesto hay que destacar también que, precisamente, la última traducción al castellano del Programa de Marburgo de V. Liszst va precedida de una introducción que, a modo de pregunta, lleva por título: «¿Otra vez la vuelta a von Liszt?». A lo que se responde que «no hay nada nuevo bajo el sol» (94). Sin embargo, también conviene dejar constancia de que la evolución y progreso científico y humano del Derecho Penal actual es ciertamente evidente, pues, si bien se ha girado sobre el mismo eje, no se ha hecho en un plano horizontal, sino que el giro ha sido vertical, de tal forma que el paradigma dominante en cada revolución ha dejado una huella importante en la ciencia penal y ha elevado al Derecho Penal a un plano superior.

En cualquier caso, con independencia de la opción que se adopte ante la alternativa teórica que nos presenta la dogmática jurídico-penal en la actualidad, cabe concluir con el diagnóstico de que el paradigma normativista no dominará el futuro del Derecho Penal, pero sí lo condicionará, dado que ya hoy está suponiendo una importante revisión del Derecho Penal contemporáneo. Cuestiones tan importantes como la teoría de la prevención general positiva de la pena, la responsabilidad en virtud de competencia institucional, la imputación objetiva del comportamiento típico y no sólo del resultado, la posición de garante en los delitos de comisión y no sólo en los de omisión, el concepto cognitivo del dolo, etc., dejarán su impronta en el sistema penal, incluso se irán asumiendo en mayor o menor grado. Pero, los postulados filosóficos estructurales-funcionalistas que están latentes en la construcción de Jakobs no creo que lleguen a aceptarse mayoritariamente en Alemania y mucho menos en España; incluso, otros aspectos más particulares de la teoría de delito tampoco serán compartidos, como sucede en la actualidad, por ejemplo, con su concepción sobre la culpabilidad. Con esto quiero expresar que, en definitiva, Jakobs correrá la misma suerte que su maestro o la de los artífices de las demás revoluciones científicas: pasará el normativismo funcionalista de Jakobs, pero dejará su huella en el sistema penal que ha de venir en el próximo siglo.

(94) Vide ZUGALDÍA ESPINAR: «¿Otra vez la vuelta...», *cit.*, pp. 11 ss.

