

TRÁNSITO DEL TELEOLOGISMO A LA METODOLOGÍA ONTOLOGISTA: EL SISTEMA FINALISTA DEL DELITO

Manuel José Arias Eibe*

RESUMEN

El finalismo configuró una genérica concepción filosófica del conocimiento total, y más específicamente, y como nuevo sistema del Derecho penal, constituyó una enorme innovación en la dogmática desde mediados del pasado siglo XX. Los finalistas manejaron un innovador concepto filosófico jurídico de acción que alcanzará su mayor esplendor tras la segunda guerra mundial. El finalismo penal implicó un giro radical en la metodología jurídica del neokantismo dominante hasta el momento, implicándose en una pretensión de superar el subjetivismo epistemológico característico de éste.

PALABRAS CLAVE

Neokantismo, acción, culpabilidad, finalismo, Welzel.

SUMARIO

I.- El sistema neoclásico o de orientación teleológico-valorativa. II.- El concepto de acción para el pensamiento neoclásico. III.- Tipicidad y antijuridicidad en el pensamiento neoclásico. IV.- La culpabilidad como elemento del delito para el pensamiento neoclásico. V.- Críticas al sistema neoclásico del delito. VI.- El neokantismo y las circunstancias del delito. VII.- El surgimiento del sistema finalista. VIII.- Welzel y el nuevo sistema de derecho penal. IX.- Críticas y correcciones del nuevo sistema. X.- El pensamiento finalista y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Bibliografía.

I.- El sistema neoclásico o de orientación teleológico-valorativa: introducción¹.

* Abogado. Doctor en Derecho, especialista en Derecho penal, y Diplomado en Criminología. Universidad de A Coruña (España).

¹ En Alemania, entre 1880 y 1930, y como intento de superar la triste situación en que el pensamiento se hallaba inmerso por causa tanto del positivismo, del historicismo como del materialismo, y en definitiva, como intento de restablecer la filosofía misma, se produce una vuelta a KANT, surgiendo el dominio de la orientación filosófica neokantiana dentro del marco filosófico del momento (la reacción contra el positivismo supuso, una vez más, la materialización de la explicación del carácter cíclico de la historia de la humanidad, formulada, en un intento de encontrar leyes universales en la historia, por Giambattista VICO (1668-1743): "*corsi e ricorsi della Storia*", conforme a la cual los sistemas imperantes en cada momento se explican como reacción frente a los sistemas precedentes, y a su vez permiten explicar las transformaciones futuras. Vid. KUNZMANN, P.-BURKARD, F.P.-WIEDMANN, F.: *Atlas de Filosofía*, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 2000. p. 131). Los principales impulsores de la vuelta a KANT fueron O. LIEBMANN -con su obra *Kant und die Epigonen*, de 1865- y F.A. LANGE - con su obra *Historia del materialismo*-, si bien no fue sino a través de las Escuelas de BADEN (dentro de la llamada Escuela de BADEN o Escuela Sudoccidental alemana se ubican autores como WINDELBAND, RICKERT, SAUER, LASK, MAX ERNESTO MAYER y GUSTAVO RADBRUCH en su primera etapa; esta Escuela se encuentra muy orientada hacia la teoría de los valores, habiéndose dedicado preferentemente hacia las ciencias de la cultura; la importancia de la Escuela de BADEN ha sido determinante en la reorientación del sistema de la teoría general del delito, habiendo llegado a producir una auténtica y profunda modificación del concepto clásico) y de MARBURGO (la llamada Escuela de MARBURGO contó como fundadores a H. COHEN, a P. NATORP y a E. CASSIRER, y a diferencia de la Escuela de BADEN, centró sus análisis,

El concepto clásico del delito fue dominante hasta los años veinte del pasado siglo, imponiéndose, en los años treinta, el concepto neoclásico (esto es así en Alemania, si bien en España esta transición hay que fijarla una década después, como señala Luzón Peña²). La concepción clásica del delito había dejado sentada una nítida división o bipartición entre lo objetivo y lo subjetivo, entre la parte objetiva del delito, conformada por la acción, la tipicidad y la antijuridicidad, y la parte subjetiva del delito, conformada por la culpabilidad.

Este concepto clásico del delito sufrió unas profundas modificaciones como consecuencia de la recepción de los principios filosóficos del neokantismo y de la introducción de perspectivas valorativas y teleológicas³. El neokantismo diferenciaba entre ciencias naturales (que captan la realidad empírica de forma objetiva) y ciencias culturales (en las que la realidad se pone en conexión con los valores). Ahora, desde esta nueva perspectiva, frente al confusionismo reinante en la teoría clásica del delito, de acuerdo con la cuál se pretendían extraer conceptos normativos para la valoración de la realidad del análisis empírico de ésta, confundiendo los planos

prioritariamente, en las ciencias de la naturaleza) como se consolidó y adquirió un enorme auge en el país esta nueva dirección filosófica. La reacción frente al positivismo tiene lugar desde muy diversos frentes, no sólo desde las trincheras del neokantismo; en este sentido, y por lo que a nuestro objeto interesa, y al margen del neokantismo ya referido, interesa destacar la doctrina de *la naturaleza de la cosa* (o "*la naturaleza del hecho*" como señalan los italianos), ya que tal dirección filosófica ha sido, junto con el neokantismo, la que más han incidido en la evolución de la teoría general del delito, hasta el finalismo. La doctrina de *la naturaleza de la cosa*, parte de considerar que el Derecho no puede desconocer la realidad óptica sobre la que se dispone a operar, de suerte que una regulación será operante y justa tan sólo cuando respete los datos objetivos de las cosas y el orden metafísico de su naturaleza. Esta dirección filosófica, que surge en Alemania en los años treinta de la mano de G. RADBRUCH (1878-1949), va a plantear en los siguientes años, y sobre todo tras los desagradables acontecimientos vividos con ocasión del régimen nazi, una fuerte reacción frente a los excesos del positivismo de la época nacional-socialista.

² LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Ed. Universitas, SA, Madrid, 1996, p. 230; si bien el neokantismo, como corriente filosófica, debemos situarla entre principios del siglo XX hasta la segunda guerra mundial. Vid. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999, p. 108.

³ La irrupción de la idea de valor en la metodología jurídico-penal, bajo el influjo del neokantismo de Stammler, Rickert y Lask, produjo grandes modificaciones en la concepción clásica del delito. La nueva metodología reclamó junto a las ciencias de la naturaleza, las ciencias de la cultura o del espíritu, que a diferencia de aquellas no se contentaban con observar y describir hechos, sino que exigían comprender y valorar el sentido de los hechos. MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 155.

del "ser" y del "deber ser", el neokantismo propone "renormativizar" el concepto de delito⁴.

En el ámbito del Derecho penal, en este tránsito, influyó decisivamente la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental alemana. Esta Escuela, partiendo del pensamiento kantiano, tiene como figuras fundamentales a Emilio Lask, Max Ernesto Mayer y Gustavo Radbruch –en su primera época⁵-. Esta Escuela realiza la distinción entre ciencias naturales y ciencias culturales o del espíritu. El Derecho pertenece a las ciencias culturales, que se construyen mediante el método idiográfico, que atiende a lo particular o singular. Lo que dota de significación a lo singular es la referencia a los valores, que son subjetivos, es decir, los valores no existen en la realidad, sino que consisten en el modo cómo nos afectan⁶. El

⁴ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, 2ª ed. ampliada, editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, (Argentina), 1998, p. 48.

⁵ Sobre el pensamiento de RADBRUCH existen diversas tesis. Así, la opinión más generalizada en la doctrina sostiene que éste filósofo alemán transitó desde una primera postura –con anterioridad a la II Guerra Mundial- caracterizada por la defensa de un marcado positivismo, que se caracterizaría por una defensa a ultranza del imperio de la ley fuera de la justicia intrínseca de la misma, a una postura –con posterioridad a la Guerra- en la que se evidenciaría un marcado antipositivismo. RADBRUCH trató de explicar –o justificar- las posiciones mantenidas por los juristas del III Reich en el hecho de que los mismos se habrían formado en un espíritu netamente positivista, y por ello, se encontrarían –según él- atenazados e indefensos, frente a la normativa nazi. Por WELZEL, del mismo modo, se explicó que los juristas formados en el positivismo se encontraban indefensos y por ello no habían podido reaccionar frente a las criminales leyes del régimen nacional-socialista. Para ver con mayor profundidad la tesis del tránsito en el pensamiento de RADBRUCH, Vid. RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, 8ª ed. Ed. Stuttgart : K.F. Koehler, 1973 y el artículo del mismo "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", p. 339 a 350. Sobre la posición de WELZEL al respecto, coincidente, como decimos, con RADBRUCH, Vid. su artículo "Naturrecht und Rechtspositivismus", en MAIHOFER, W.: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (Hrsg.), Ed. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962. Sin embargo, existen autores que defienden que en el pensamiento de RADBRUCH no ha existido ruptura alguna. Estos autores sostienen que de los propios escritos de RADBRUCH se desprendería un positivismo relativo en su primera etapa, de suerte que no conceptúa como válida simplemente a una ley por ser positiva, sino que condiciona dicha validez a que no atente contra un "mínimo derecho natural", y al mismo tiempo no se marcaría –en su segunda etapa- un frontal antipositivismo, sino que de sus escritos se evidenciaría que jamás renunció a la seguridad jurídica como elemento fundamental del Derecho, despreciando en cualquier caso un Derecho natural de carácter metafísico. Vid. en este sentido a KAUFMANN, A.: "Gustav Radbruch-Leben und Werk", en *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Band 1* (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg, C.F. Müller, 1987, p. 7-88; MÜLLER, I.: "Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre", en *Leviatán*, 7, pp. 308-338. Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 341 ss.

⁶ Sin embargo, como señala LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 116-117, los neokantianos

Derecho es contemplado como una realidad cultural, es decir, referida a los valores. El valor a que se refiere el Derecho es el valor de la justicia. E incluso la justicia forma parte de la conocida definición del Derecho que diera Radbruch: "*La realidad cuyo sentido estriba en servir a la justicia*"⁷.

Así, con el neokantismo, se abandonó el enfoque naturalista anterior del positivismo científico, pasándose a tomar en consideración lo axiológico, lo valorativo y lo normativo. Frente a las ciencias de la naturaleza con un objeto físico-material, las ciencias del espíritu tienen un objeto distinto, las obras y caracteres del espíritu humano, que suponen significados y valoraciones⁸. Las ciencias del espíritu (a las que pertenece la ciencia del Derecho, y cuyo máximo exponente es la historia) se diferencian de las ciencias naturales por tanto, en su objeto, pero no sólo en eso, sino también en su método. Siguiendo a Luzón Peña, mientras el método de las ciencias naturales es el método empírico y la observación, el método de las ciencias del espíritu es un método comprensivo y valorativo, lo cual da lugar a que todos los elementos del delito, bajo esta concepción neoclásica, se configuren con un enfoque normativo-valorativo.

Como vemos, pues, el s. XX comienza con una nueva forma de "pensar" en el ámbito filosófico, lo que va a afectar al pensamiento jurídico penal que va, a su vez, a redundar en unas nuevas concepciones en los elementos del delito⁹. La Escuela Sudoccidental alemana va a añadir al método científico-naturalístico de observar y escribir, una nueva metodología caracterizada por comprender y valorar¹⁰.

no llegaron a formular una concreción precisa de qué entender por "*valor*". En efecto, enseguida se comprende que de poco sirve la apelación a los valores, si no existe una clarificación acerca de quien define a los valores válidos y como se reconocen.

⁷ Vid. ESCALONA MARTINEZ, G.: "*La Filosofía Jurídica del siglo XX*" en *Filosofía del Derecho*, VVAA., UNED, Madrid, 1.989, p.342.

⁸ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit. p. 230 y 231.

⁹ Probablemente fue en el ámbito jurídico-penal en el que mayor incidencia ha tenido la vuelta a Kant de esta Escuela. En este sentido, y al margen de los autores anteriormente citados, deben destacarse las importantes aportaciones que en el ámbito de la dogmática neoclásica del delito formularon FRANK, ENGISCH y MEZGER.

¹⁰ MARTINEZ ESCAMILLA, M.: "*La imputación objetiva del resultado*", Ed. Edersa, Madrid, 1.992, p. 11. Señala esta autora que la metodología propuesta por la Escuela Sudoccidental alemana tuvo gran influjo en las ciencias jurídicas y en especial en el Derecho penal; de esta forma, los hechos naturales, los sucesos, sólo podían convertirse en objeto del Derecho en la medida que eran conocidos por nuestra razón empleando un método que, en el caso del Derecho, era un método valorativo. El Derecho, por tanto, en la medida en que se trata de una ciencia cultural, procede valorando.

II.- El concepto de acción para el pensamiento neoclásico.

Para esta nueva teoría del delito, la acción no se convirtió en algo absolutamente distinto del concepto clásico de la acción¹¹, y si bien dejó de ser algo absolutamente natural, como sucedía en la teoría clásica, pasó a estar inspirada en un cierto sentido normativo que permitiera la comprensión tanto de la acción en sentido estricto, como de la omisión¹². La acción se definía como el comportamiento humano voluntario manifestado en el mundo exterior. Luzón Peña señala que en el elemento acción se mantiene mayoritariamente el concepto causal, aunque despojado de carácter naturalista y entendido de modo más amplio. Se trata pues, de un concepto causal de acción, ya que al igual que la concepción del sistema clásico, se sigue exigiendo que la voluntad esté presente para diferenciar el comportamiento humano de los fenómenos naturales y físicos, pero no importa el contenido de la voluntad, sino que lo importante sigue siendo el aspecto externo de la conducta.

III.- Tipicidad y antijuridicidad en el pensamiento neoclásico.

Por su parte, la *tipicidad* resultó mucho más afectada por esta nueva concepción. El descubrimiento de elementos normativos destacados por Mayer por primera vez, acabó con la concepción puramente descriptiva y valorativamente neutra del sistema clásico, acogiendo la inclusión de determinados elementos subjetivos dentro del tipo (como el ánimo de lucro, ánimo de injuriar, etc.), lo cual determinó el fin de la radical bifurcación de elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, propia de la teoría clásica. Así, para una corriente, el tipo, ahora es, como mínimo, mixto, entre lo valorativo y lo descriptivo, mientras que otro sector considera ya que el tipo es esencialmente valorativo. En fin, el tipo pasa a significar el conjunto de elementos de los cuales se desprende el carácter injusto del comportamiento, como tipificación de la antijuridicidad material. El tipo es ahora pues, el tipo de lo injusto, y así, pasa de ser un mero indicio de antijuridicidad, que era lo que suponía en el sistema clásico, para transformarse en elemento portador de lo injusto, es decir, el tipo pasa de ser la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad a ser considerado su *ratio essendi*. Ahora ya no se trata de que una

¹¹ De hecho, algunos autores, como MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999, p. 154 y 155, diferencia el concepto causal de acción del concepto final y del concepto social, señalando que dentro del concepto causal de acción se encuentra el formulado por la metodología positivista, que no es otro que el concepto natural-causal, pilar del esquema clásico del delito de la dogmática alemana, y el concepto valorativo de acción, que sería precisamente el formulado en el marco del concepto neoclásico del delito.

¹² Aunque en este sentido no existió unidad doctrinal toda vez que algunos autores siguen pensando que sólo se puede hablar de acción si hay una causación activa de resultados, y renuncian a un supraconcepto de acción común a la actividad y a la omisión. Vid. LUZÓN PEÑA, D-M.: op. cit., p. 231.

acción típica implique un mero indicio de hecho antijurídico, sino que se considerará que un tipo implica un juicio provisional de antijuridicidad, juicio que, excepcionalmente, se destruirá tan sólo sin concurre una causa de justificación¹³.

Por otra parte, se evidenciaba la insuficiencia del contenido meramente formal atribuido hasta entonces a la *antijuridicidad*, para justificar la intervención penal. Así, junto a este juicio de desvalor objetivo de carácter formal, se exigió un juicio de desvalor material. Es decir, ahora no bastaba para que un acto resultara antijurídico el que el mismo resultara contrario a Derecho o supusiera ser un acto contrario a la norma, sino que junto con ese desvalor objetivo o formal, era preciso que, además, el acto en cuestión fuera dañoso para la sociedad, exigiéndose pues, además de aquél desvalor formal, el desvalor material de la dañosidad social. Existe pues, una clara vinculación de la antijuridicidad a la tipicidad, siendo una categoría predominantemente, aunque no exclusivamente, objetiva.

En el sistema clásico se llegó a considerar que un acto o un hecho típico no era, o no tenía por que ser, por sí mismo, un comportamiento prohibido o negativo, sino que se precisaba, además que el acto o hecho en cuestión fuera además antijurídico, es decir, que no estuviera justificado o amparado en una causa de justificación. En dicho sistema, la tipicidad únicamente consistía en un indicio de la antijuridicidad, venía a ser así simplemente la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pero no su *ratio essendi*. Pues bien, el tránsito de una concepción en la cual la tipicidad era un elemento afectado de carácter puramente descriptivo y neutral, valorativamente hablando, a una concepción en la cual se incluyen elementos normativos en el tipo, provocó que las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad variasen radicalmente, de tal suerte que ahora, dejarán de ser dos elementos radicalmente separados para estar estrictamente relacionados. Ahora la tipicidad no será simplemente la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad sino que pasa a ser la *ratio essendi* de la misma. Ahora pues, la tipicidad tiene carácter constitutivo de la antijuridicidad penal, pues sólo es antijurídico penalmente lo que es típico. Ahora, el tipo pasará a entenderse como el conjunto de elementos que ha de reunir el comportamiento para que pueda ser calificado de injusto (tipo del injusto).

¹³ MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit. p. 13 y 14, remitiéndose dicha autora en este punto a SAUER, MEZGER y MITTASCH.

IV.- La culpabilidad como elemento del delito para el pensamiento neoclásico.

Respecto a la *culpabilidad*, se abandonó el concepto psicológico de la teoría clásica y se adoptó un concepto normativo¹⁴. Decía Frank¹⁵, en este sentido que: "*Un comportamiento puede imputarse a alguien como culpable cuando puede reprochársele haberlo cometido*". Ahora, la culpabilidad se convierte en un juicio de reproche que se le hace al autor, por la realización de un hecho antijurídico, cuando era exigible que obrara conforme a Derecho. Ahora, el dolo y la culpa ya no son formas de culpabilidad, sino elementos que han de concurrir para la existencia de culpabilidad. La concepción normativa de la culpabilidad desarrollada por *Frank, Freudenthal y Goldschmidt*, considera que en ella lo fundamental es un juicio valorativo, al igual que en la antijuridicidad, pero no sobre el aspecto objetivo del hecho, sino sobre el aspecto subjetivo-individual; en fin, en la culpabilidad se valora desde la perspectiva de las normas jurídicas si se le puede reprochar al autor su conducta antijurídica, entendiendo la culpabilidad como reprochabilidad o conjunto de condiciones que permiten formular un juicio de reproche al sujeto por su hecho¹⁶.

V.- Críticas al sistema neoclásico del delito.

La filosofía jurídica de la Escuela Sudoccidental alemana quiso superar el positivismo jurídico, pero sin embargo, no pudo lograrlo ya que no llegó a desentenderse del mismo. En realidad, esta filosofía jurídica lo que hizo fue complementar únicamente el positivismo jurídico con la esfera de los valores. El derecho positivo, en suma, se vio complementado por la llamada "*idea del Derecho*", con tres elementos integrantes, los valores del Derecho: justicia, seguridad jurídica y utilidad, pero por debajo de esos valores seguía vivo el concepto positivista del mismo. El Derecho seguía siendo toda disposición emanada de la autoridad competente. "*El que puede imponer el Derecho demuestra con ello que está llamado a establecerlo*", decía Radbruch en su Filosofía del Derecho invocando a Emmanuel Kant¹⁷. El Derecho seguía siendo toda disposición eficaz

¹⁴ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 233.

¹⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: Op. cit., p. 50.

¹⁶ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 234.

¹⁷ La Escuela Sudoccidental alemana parte de Emmanuel Kant. Según la teoría del conocimiento de Kant, los principios de la sistemática, no residen en el mundo exterior material, sino más bien en la razón misma, en las denominadas categorías, gracias a las cuales la materia desordenada e informe adquiere por primera vez forma y organización. La Escuela entiende que la realidad sólo adquiere sentido y relevancia para el hombre desde el momento en que por él es conocida. Las ciencias emplean diferentes métodos de conocimiento según su naturaleza, según tengan por objeto el mundo del ser o el mundo de los valores. Los representantes de esta corriente consideran que si bien Kant fundamentó definitivamente las

cuyo cumplimiento podía ser impuesto. A este sistema, precisamente, se le critica el que no lograra superar el método positivista, sino tan sólo complementarlo, lo que generó una situación un tanto *sui generis* en la que se evidenciaban con relativa frecuencia incoherencias en el concepto de delito, derivadas de la pretensión de introducir la idea de valor e intentar mantener al mismo tiempo lo esencial del sistema clásico. Por ello, no podemos decir que el cambio en la consideración de la tipicidad –tránsito de la *ratio cognoscendi* a la *ratio essendi* de la antijuridicidad- ni tampoco el cambio desde un método naturalístico a uno valorativo, pueda llevarnos a considerar, sin más, que este sistema haya constituido la superación del dogma causal. Lo que en realidad supuso la orientación neokantiana en el sistema del delito fue la de pretender corregir determinados aspectos del sistema clásico introduciendo elementos valorativos, de manera que se generó una suerte de mezcolanza en la que hicieron acto de presencia a un tiempo, en el mismo sistema, y en una suerte de difícil equilibrio, elementos del ser y del deber ser, naturalistas y valorativos, objetivos y subjetivos¹⁸.

VI.- El neokantismo y las circunstancias del delito.

Esta nueva orientación teleológico-valorativa también supuso la consiguiente influencia en las circunstancias del delito, que ahora van a ser comprendidas como reglas teleológico-valorativas. En la formulación dogmática del sistema clásico o de orientación formal-positivista, las circunstancias no eran comprendidas teleológico-valorativamente, sino que operaban de forma mecánica subsumiéndose en la descripción legal del delito y operando simplemente en la atenuación o agravación de la pena, sin ir en absoluto referidas a la antijuridicidad o a la culpabilidad. Pues bien, si -como señala Alonso Álamo¹⁹- en el sistema clásico las circunstancias operaban lógico-formal/clasificatoria/subsuntivamente, con la nueva orientación teleológica, operarán también teleológico-valorativamente. De acuerdo con esta nueva orientación, el bien jurídico protegido es el criterio interpretativo a tener en cuenta, si bien no de forma exclusiva, si al menos con carácter fundamental. Con esta nueva orientación, hay que diferenciar, en el análisis de las circunstancias, dos momentos íntimamente conexos: el momento teleológico y el momento valorativo. El momento teleológico, previo al valorativo, consiste en la investigación y extracción de la esencia, sentido, *ratio* o *telos* de la circunstancia, es decir, de la finalidad de la misma entendida objetivamente, de tal suerte que tan sólo una vez

matemáticas y las ciencias naturales, sin embargo no profundizó lo suficiente en las denominadas ciencias de la cultura o del espíritu, entre las que destaca la historia y el Derecho. MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit., p. 11 y 12, nota 28.

¹⁸ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 93.

¹⁹ ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 397.

determinado dicho momento, y por tanto una vez se haya penetrado en la naturaleza íntima de la circunstancia, se podrá pasar a la comprensión valorativa de la circunstancia y se podrá determinar, en suma, su referencia al juicio de antijuridicidad o de culpabilidad.

Alonso Álamo²⁰ critica el que en la práctica la doctrina española no haya sabido llevar, hasta sus últimas consecuencias, los postulados de la orientación teleológico-valorativa en materia de circunstancias, orientación que reclama, a juicio de esta autora, una valoración unitaria y conjunta de las circunstancias con los elementos del delito al que van referidas, y ello por cuanto en la práctica, el elemento esencial y la circunstancia no aparecen aislados o separados, sino que van unidos, y lo que materialmente es unitario ha de serlo también valorativamente²¹. Las críticas de esta autora toman como base el que en la práctica, la doctrina –al amparo del carácter accidental de las circunstancias- se ha limitado a hacer entrar en juego las mismas una vez afirmados previamente los elementos esenciales del delito, y ello en lugar de tratar unitariamente, y de forma sistemática, la circunstancia con el elemento del delito al que la misma iría referida de acuerdo con el momento valorativo propio²². A juicio de esta autora, este tratamiento asistemático de las circunstancias no sólo implica un doble juicio de antijuridicidad o culpabilidad, según proceda, ya que en un primer momento se juzgaría la antijuridicidad y la culpabilidad en referencia a los elementos esenciales del delito, y una vez afirmados aquellos previos juicios se entraría en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad de las circunstancias, sino que incluso nos llevaría a tener que remitir en la praxis, e inexorablemente, la operatividad de las circunstancias no a la graduación de injusto o culpabilidad sino a la teoría de la pena, por cuanto implícitamente se estaría admitiendo que su operatividad, al actuar separadamente de los elementos esenciales del delito, iría referida exclusivamente a la atenuación o agravación de la pena correspondiente al delito previamente constatado en el primer juicio de antijuridicidad y culpabilidad.

²⁰ ALONSO ÁLAMO, M.: Op. cit., p. 399 y 400.

²¹ ALONSO ÁLAMO sostiene que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en sentido estricto –que para ella lo son exclusivamente las previstas en los artículos 21 a 23 del Código penal, excluyendo las eximentes incompletas, y no considerando tampoco como circunstancias a la minoría de edad- poseen naturaleza típica, entendiendo el tipo como tipo conjunto en el que se integrarían el tipo de lo injusto y el tipo de culpabilidad, lo que justifica más, si cabe, según esta postura, la necesidad de tratamiento unitario de las circunstancias con los elementos del tipo a los que van referidas.

²² Para ALONSO ÁLAMO, M.: Op. cit., p. 344, esta realidad constatada en la doctrina constituye una auténtica perversión valorativa que viene a implicar, de algún modo, la falta de superación de la concepción estrictamente formal de la estructura del delito.

VII.- El surgimiento del sistema finalista: el finalismo como teoría de la acción ²³.

El finalismo podemos calificarlo como el cambio más importante sufrido en esta evolución del concepto de delito²⁴, y debemos situarlo entre finales de los años cuarenta y la década de los sesenta del siglo XX, si bien, los inicios de la teoría final de la acción y del sistema finalista hay que situarlos en los trabajos de Bonn Hans Welzel²⁵, padre del finalismo, durante los años treinta y comienzos de

²³ Para RADBRUCH existían tres tipos de cosas: *los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica* –es decir las realidades naturales-, *las preformas de la reglamentación jurídica* –se trata de que además de las cosas naturales, en la sociedad en la que se encuentra inmerso el hombre existen normas sociales, costumbres, tradiciones, usos, etc. que no pueden ser desconocidos por la norma jurídica- y por último, cosas eran también *las reglamentaciones jurídicas* –es decir, que la nueva regulación jurídica, la nueva Ley, debe tener en cuenta la reglamentación jurídica que se encuentra en vigor en el momento actual-. RADBRUCH, que se confiesa manifiestamente antipositivista –aunque como hemos visto es dudosa tal radicalidad-, introduce elementos de carácter netamente objetivo –la naturaleza de las cosas- para evitar los excesos del poder arbitrario. La dirección que analizamos dió lugar a múltiples corrientes y tendencias filosóficas, dentro de las cuales está la orientación dogmática que materializó el tránsito desde el teleologismo a la metodología finalista. Hablamos, obviamente, de la dirección representada por WELZEL y STRATENWERTH, que interpreta *la naturaleza de la cosa* como las *estructuras lógico objetivas (sachlogische Strukturen)*, si bien y al margen de esta corriente, destacó también la representada por los más fieles seguidores de RADBRUCH, a saber, FECHNER, COING y MAIHOFER, que defendió la consideración de *la naturaleza de la cosa* como “*relación de vida*” (*Lebensverhältnis*). Como veremos más detenidamente en el análisis de las características del sistema finalista, WELZEL se centró en el análisis del *ser* de las cosas, y en especial, del *ser* de la acción humana, que concibió como acción finalista. WELZEL sostiene que el legislador se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física, pero también a las que el denomina “*estructuras lógicas*” en el objeto de su regulación. La tesis de WELZEL concluye afirmando que si la regulación no toma en consideración esas estructuras lógicas será una regulación falsa. Esta postura sostendrá, en coherencia con lo anterior, que la acción humana presenta una estructura ontológica que debe ser respetada por el legislador si no quiere errar en la misma regulación.

²⁴ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 236. VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1.996, p. 109, califica al finalismo como “*el primer gran intento de superar las dificultades que, por todas partes, asaltaron al concepto naturalístico de acción*”.

²⁵ (n.1904-m.1977). Si bien para algunos autores la doctrina final de la acción tiene sus precursores en VON WEBER, WOLF y GRAF ZU DOHNA, autores que, sin embargo no llegaron al nivel de desarrollo dogmático de Hans Welzel. Vid. MARTINEZ ESCAMILLA, M., op. cit., p. 22, nota 76. Por su parte, CEREZO MIR, op. cit. p. 32, nota 18, señala que se ha atribuido una influencia decisiva de N. Hartmann en la formulación del concepto de acción finalista de Welzel –en este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: “La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2001, p. 1075 y también ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Op. cit., p. 96-, siendo lo cierto que el propio Welzel, sin embargo, señala que no recibió tal influencia de dicho autor sino de la Psicología del pensamiento, en especial de Richard

los años cuarenta del referido siglo²⁶. Para ser más precisos, el concepto de la acción finalista, en cuanto concepto filosófico-jurídico surge, como hemos dicho en los años treinta del siglo XX²⁷, pero su verdadero desarrollo, así como lo que se dio en llamar "*nuevo sistema del Derecho penal*", no se iniciará hasta una vez concluida la segunda guerra mundial.²⁸

Hönigswald. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Ibidem, señala que en la formación de WELZEL influyeron sus maestros neokantianos BAUCH y RICKERT, así como el fenomenólogo LINKE y el historiador WUNDT.

²⁶ Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1985, p. 335 y 336, señala que la concepción finalista coexiste con la Escuela de Kiel, mas pasó prácticamente inadvertida hasta el fin de la segunda guerra mundial, conociendo un rápido auge tras la posguerra, no pudiendo considerarse una doctrina unitaria, sino que presenta tantas variantes como escritores operan con él. La Escuela de Kiel y el nacionalsocialismo tuvieron su desarrollo y principal ámbito temporal entre 1933 y 1945, coincidiendo su nacimiento con la crisis de la filosofía de los valores (en realidad, los postulados de la Escuela de Kiel y los del nacionalsocialismo, van a ser la demostración práctica de la peligrosidad de fundar el pensamiento jurídico-político sobre valores que no vayan referidos estrictamente al respeto de la esencia del ser humano) y su fin con el término de la segunda guerra mundial. La Escuela de Kiel, siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., op. cit. p. 333 y 334, debe su denominación a que pertenecían a la Universidad de Kiel sus principales promotores, los profesores DAHM y SCHAFFSTEIN, considerando este autor que acaso mejor que de "*Escuela*" sería preferible hablar de "*dirección*". Señala éste autor que, dentro de esta Escuela habría que situar a MITTERMAIER, BARTH, BOLDT, BRUNS, BERGES, GALLAS, KEMPERMANN, WELZEL, SIEGERT y THIERFELDER en sus últimos escritos. Sorprende la inclusión que realiza Rodríguez Devesa de Welzel en el marco de esta dirección, siendo tal extremo considerado por CEREZO MIR, discípulo directo del mismo, como "*inexacto*" como hemos tenido oportunidad de oírle comentar al consultarle al respecto. La Escuela de Kiel (que coexiste con la concepción finalista del delito, coincidiendo el declive –si así se puede llamar– del Derecho penal de autor –símbolo del Derecho penal nazi– con el desarrollo del concepto finalista del delito, que se mantuvo estancado hasta la postguerra), en la Alemania de Adolf Hitler, consideró que el método analítico y el concepto del delito a que se había llegado en los años treinta era expresión de una visión liberal, individualista, abstracta y normativa del Derecho, y tras una profunda crítica de conceptos clásicos como el bien jurídico, la relación de causalidad o la tipicidad, propugnó una consideración totalitarista, basada en un método intuitivo, y en el pensamiento del orden concreto de Carl Schmitt. Señala en este sentido RODRÍGUEZ DEVESA (RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Op. cit., p. 334, nota 34) que abstracción hecha del uso que hicieron los juristas del nacional-socialismo, los puntos de vista de Schmitt contienen ideas dignas de ser tomadas en cuenta por la ciencia del Derecho, tesis defendida, además por LARENZ.

²⁷ Concretamente en las obras de Welzel: *Strafrecht und Philosophie* (1930), *Kausalität und Handlung* (1931) y sobre todo, *Naturalismus und Wethphilophie im Strafrecht* (1935), concepto que luego seguiría perfeccionando Welzel.

²⁸ En las desgraciadas circunstancias históricas por todos conocidas, durante los años treinta y cuarenta del pasado siglo XX, el nazismo, caracterizado no precisamente por el respeto a los derechos humanos, indujo un abandono del Derecho penal del hecho, por considerar que éste implicaba inútiles derechos y garantías a favor del delincuente, que derivaban precisamente de una orientación liberal de la teoría del delito y de la pena, instaurando, como corrector de tales imperfecciones, un Derecho penal de autor, pretendidamente mucho "*más eficaz*",

Para la adecuada comprensión de lo que significa el finalismo es importante tomar en consideración el contexto histórico en el que surge. La doctrina de la acción finalista tomó como base la filosofía de los valores, es decir la filosofía neokantiana de la Escuela Sudoccidental alemana, surgiendo, como dice Mir Puig²⁹, como resultado de un giro de la metodología jurídica. El finalismo, desde sus inicios, pretende la superación del subjetivismo epistemológico característico del neokantismo de la Escuela Sudoccidental alemana.

En efecto, así como el neokantismo y sus valores supusieron un avance respecto al concepto puramente naturalístico de la acción del sistema clásico, van a ser ahora los métodos fenomenológico y ontológico los que produzcan una sustitución del concepto causal de acción por un concepto final de la misma. Vemos pues como, frente a la influencia del naturalismo y del positivismo en el concepto causal de la acción, van a surgir y difundirse –y podemos avanzar ya que de

caracterizado, entre otras circunstancias, por su especial intervencionismo. Este Derecho penal de autor clasificaba a los delincuentes según los tipos, y aplicaba el "*Derecho penal*" a estos fundándose, más que en el hecho concreto, en la persona del delincuente y sus antecedentes vitales. Así, en los casos que se sustanciaban en los tribunales, no se analizaba tanto la conducta o hecho concreto, como la conducta global del sujeto activo de la infracción, en cuanto expresión de su personalidad; por otra parte, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica no eran conocidos, toda vez que se aplicaba la analogía *in malam partem* y la libre integración judicial del Derecho conforme a un concepto tan etéreo como indescifrable: "*al sano sentimiento jurídico del pueblo*". Por su parte, en la antijuridicidad tenía más interés lo subjetivo o anímico, mientras que en su parte material se consideraba como contrariedad al deber o infracción del deber personal del sujeto para con el Estado y el Derecho. El delito pues, lo era por cuanto el hecho era ilícito, pero no por producir la lesión de un bien jurídico, sino por ser expresión de carácter y lesión del deber. En relación a la culpabilidad, se rechazaba la culpabilidad por el hecho, sustituyéndose por la culpabilidad por la conducción de la vida, es decir, se analizaba la forma de vida del sujeto (Vid., en este sentido, LUZÓN PEÑA, D-M., op. cit., p. 234 a 236). En esta situación el delito era considerado como un todo orgánico, una especie de bloque monolítico cuyos componentes no se pueden escindir. En este sentido, esta Escuela propugnaba que los problemas debían ser estudiados como una totalidad, puesto que el análisis y fragmentación de los mismos para su mejor comprensión conducían a error, por ello propugnaban la desaparición del tipo (MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit., p. 18, nota 54). Decía DAHM que la esencia del delito era la traición, y por su parte SCHAFFSTEIN, decía que su esencia era "*la infracción de un deber de fidelidad al Estado*". Señala RODRÍGUEZ DEVESA (RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Op. cit., p. 335) que esta "*jurisprudencia del sentimiento*" fracasó por cuanto es consustancial al Derecho penal el concepto de seguridad jurídica, y ésta es absolutamente incompatible con pretensiones sistemáticas como la intuición de un individuo o de un grupo que se halle en el poder, que era precisamente la sistemática de la que partía esta tendencia, obviamente contraria al principio referido. En líneas generales podríamos decir que esta experiencia supuso un lapsus histórico en la evolución de la teoría del delito, que no tuvo exportación alguna a ningún Estado, ni tampoco continuidad posterior a la caída del régimen en el que se erigió. Podríamos decir, incluso, que ni siquiera llegó a regir con plenitud, toda vez que el Código penal alemán, no llegó a ser derogado, sino sólo completado con nuevas normas.

²⁹ MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 156.

forma ciertamente extraordinaria- la doctrina de la acción finalista y el nuevo sistema de Derecho Penal, sobre todo tras el fin de la segunda guerra mundial, coincidiendo precisamente con la crisis del positivismo jurídico, es decir, de aquella concepción según la cuál no hay más Derecho que el Derecho positivo, y todo el Derecho positivo es Derecho.

Efectivamente, para entender debidamente el finalismo, no podemos desconectar su surgimiento y expansión de la triste realidad de las atrocidades del régimen nazi³⁰. La concepción positivista del Derecho entra en crisis tras la segunda guerra mundial³¹. Las experiencias negativas del nacionalsocialismo, en nuestro terreno, ya habían pretendido la sustitución de un Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor³². La crisis del positivismo jurídico de este

³⁰ Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 341 ss.

³¹ No obstante, es preciso señalar que las referencias con crítica expresa por parte de la dogmática alemana posterior a la II Guerra Mundial, hacia la postura mantenida por los juristas del régimen nazi, han sido ciertamente escasas en un primer momento y tan sólo surge una línea abiertamente crítica a la postura mantenida por éstos juristas de la época nacional-socialista, a partir del final de la década de los años sesenta. En este sentido resulta ciertamente paradójico, que dada la catástrofe que supuso el nazismo en la línea evolutiva del Derecho, por los filósofos y sociólogos del Derecho alemán, apenas se hayan hecho incursiones en esta materia (en este sentido, autores de la categoría de HABERMAS o LUHMANN apenas han tratado el tema). Debemos recordar, llegados a este punto, que una de las principales críticas que se han formulado contra las doctrinas de la filosofía del Derecho, radican precisamente en que con ocasión del nazismo los filósofos fueron capaces de amoldarse al orden político para llegar a prestarle incluso una fundamentación filosófica, actitud que algún autor considera como labor propia de "contorsionistas" o de "rameras". Vid. KAUFMANN, A.: "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik : sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Ed.: Köln : C. Heymann, 1984, pp. 173-195. Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 342

³² La doctrina penal del régimen nacionalsocialista alemán propugnó el abandono del Derecho penal del hecho, por un Derecho penal de autor. Como se sabe, el derecho penal del hecho parte de que no pueden castigarse personalidades, formas de ser, sino sólo hechos. Y ello por cuanto es difícil determinar la responsabilidad por parte del sujeto, en la configuración de elementos como pueden ser su forma de ser o su personalidad. Por ello, el principio de responsabilidad por el hecho, que exige un Derecho penal del hecho, impide la posibilidad de que se sancionen penalmente formas de ser o personalidades. Por su parte, un Derecho penal de autor se fundamenta en que, en lugar de castigar hechos, lo que se castigan son tipos de autor. Como señala MIR PUIG (MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 161), en un Estado social y democrático de Derecho sólo es lícito prohibir penalmente comportamientos externos y no meramente mentales, y sólo es admisible castigar conductas y no personalidades, sólo cabe la sanción penal de hechos concretamente delimitados y no formas de ser o caracteres como los que castigaba el Derecho penal de autor nacionalsocialista del III Reich. Vid. GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 341 ss.

momento, afectó también a la filosofía jurídica neokantiana, a la filosofía de los valores, y ello por cuanto si bien es cierto que la filosofía jurídica fundamentada en la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental alemana quiso superar el positivismo jurídico, sin embargo no pudo lograrlo. En realidad, como ya vimos, la filosofía jurídica de la Escuela Sudoccidental alemana tan sólo vino a complementar el positivismo jurídico con la esfera de los valores.

Por tanto, tras el fin de la II guerra mundial, y como consecuencia de la crisis del positivismo jurídico, se somete a revisión crítica el principio metodológico fundamental de la Escuela Sudoccidental alemana de la Filosofía de los valores: la distinción del "ser" y del "deber ser" como dos esferas independientes³³. Y aún así, tras el surgimiento de las concepciones iusnaturalistas, Welzel llevó a cabo una crítica muy rigurosa de las mismas en su *"Introducción a la Filosofía del Derecho"*. Para el padre del finalismo no resultaba posible deducir de la naturaleza del hombre el "deber ser" del Derecho³⁴.

Welzel, sin embargo, creyó admitir en su análisis crítico de las concepciones iusnaturalistas, en lo que él llamaba la *"periferia ontológica"*, unas estructuras *"lógico-objetivas"*, vinculantes para el legislador. Esta denominación de lógico-objetivas, refiere, en cuanto a su carácter objetivas, a su existencia real, y en cuanto a su carácter lógico, que el legislador debe tenerlas en cuenta si pretende ajustarse en su regulación a la verdadera naturaleza de las cosas. El legislador, dice Welzel, está vinculado a las leyes de la naturaleza física, y debe atender a las estructuras lógico-objetivas en la materia de su regulación, en caso contrario, su regulación jurídica será necesariamente falsa³⁵. Según Welzel, pues, el legislador está vinculado por realidades ónticas preexistentes, por estructuras lógico-reales, por la *"naturaleza de las cosas"*, que no puede desconocer sin malograr la regulación legal. Y en el campo del Derecho penal, esa previa naturaleza de las cosas viene dada por la estructura final de la acción³⁶.

³³WELZEL critica la formulación del neokantismo cuando contrapone el "ser" y el "deber ser", el "ser" y los "valores", y critica también el que se considere que éstos son ajenos a la realidad. Señala Welzel que no son admisibles los criterios del positivismo jurídico puro para resolver todas las cuestiones jurídico-penales, ni tampoco es posible, con esa finalidad, sustituir la realidad por valoraciones, como pretenden los seguidores del neokantismo.

³⁴ Para Welzel en todas las concepciones iusnaturalistas se caía en el mismo vicio lógico: se incluían en la naturaleza humana sólo aquellas características que se consideraban valiosas y a continuación se deducía su carácter valioso de su pertenencia a la naturaleza humana.

³⁵ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1.999, p. 32, nota 17.

³⁶ LUZÓN PEÑA, D-M.: Op. cit., p. 236.

Welzel abandonó el pensamiento abstracto y logicista de la teoría neoclásica e investigó la esencia real de la acción humana – diferenciada del mero acto del hombre-. Welzel considera que el Derecho debe partir de unas estructuras lógico-objetivas que se encuentran en la realidad y que le sirven de fundamento y base, y para ello, redefine el concepto de acción desde una perspectiva ontológica. Welzel numeraba varias estructuras lógico objetivas, y la primera de ellas era el concepto *ontológico de la acción humana*, el concepto finalista de la acción, que para él era un concepto ontológico de la acción, previo a toda valoración jurídica. La acción consiste, según Welzel, en el ejercicio de la actividad finalista³⁷. El legislador no puede modificar la estructura finalista de la acción humana, ni el papel que desempeña en ella la voluntad. La acción no es una mera suma de elementos objetivos y subjetivos, sino una dirección del curso causal por la voluntad humana. El contenido de la voluntad ha de pertenecer al concepto de la acción. Welzel señalaba otras estructuras lógico objetivas, entre otras, *la culpabilidad*, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición. El concepto de culpabilidad presupone que el autor pudiese haber actuado de acuerdo con la norma. Se trata, en suma, de que el "*poder actuar de otra forma*" se convierte así en una estructura lógico-objetiva percibida por Welzel. Si el autor no sabía ni podía saber que su conducta era antijurídica, no actuaba culpablemente.

Ahora bien, la estructura finalista de la acción humana y la estructura de la culpabilidad vinculan al legislador, según Welzel, tan sólo en el caso de que quieran unir a la acción o a la culpabilidad una consecuencia jurídica. Sólo en el caso de que decida vincular una consecuencia jurídica a la culpabilidad, tendrá que respetar, necesariamente la estructura lógico objetiva de la misma. En otro caso podía ignorarla. Lo mismo sucede con el concepto finalista de la acción, sólo en el caso de que el legislador quiera anudar una consecuencia jurídica a una acción humana, estará vinculado a la estructura lógico objetiva de la misma. Partiendo de la base, Welzel, de que el legislador habría querido vincular las consecuencias jurídicas a acciones humanas, y a la culpabilidad, desarrolló todo un nuevo sistema del Derecho penal. Welzel afirma precisamente que las estructura lógico-reales y, en particular, la estructura final de la acción vinculan al legislador, por cuanto que las normas de Derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales, sino sólo comportamientos dirigidos por la voluntad. Sólo aquellos sucesos respecto a los cuales puede considerarse el hombre como persona,

³⁷ CEREZO MIR, J.: Op. cit., p. 32; MIR PUIG, S., op. cit. p. 157; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., op. cit. p. 336; VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1.996, p. 109.

son sus mandatos Derecho, de lo contrario serían mero hecho, simple poder³⁸.

En la lenta evolución de la teoría general del delito, se van proponiendo soluciones para la superación del "*dogma causal*". El tipo en el sistema clásico se caracterizaba por su carácter *objetivo* y por su *neutralidad valorativa*, es decir el tipo recogía la acción que causaba el resultado, exenta de elementos subjetivos y desprendida de valoraciones de ninguna especie, corrigiendo las negativas consecuencias del *regresus ad infinitum*, en la culpabilidad, exigiendo dolo o imprudencia en la conducta. Los tipos se trataban entonces, de simples procesos de causación en este sistema clásico, siendo lo injusto la lesión de un bien jurídico. Vimos como el sistema neoclásico reaccionó contra la neutralidad valorativa del tipo, determinando un concepto valorativo de acción como comportamiento, como realización de la voluntad humana, como comportamiento voluntario, o simplemente como conducta humana³⁹. Y ahora, el finalismo reaccionará frente al carácter objetivo del tipo del sistema clásico. Welzel se centra en el concepto de acción a la hora de formular su teoría, pudiéndose decir que el finalismo es, en esencia, una teoría de la acción, teoría que, obviamente, afecta y repercute en los restantes elementos del delito, como veremos. Así, Welzel, en la *acción*⁴⁰, introduce la fundamental importancia del aspecto subjetivo⁴¹ (frente al carácter puramente objetivo de los conceptos causalistas anteriores), llegando a decir que la finalidad de la misma, su fin, es precisamente lo que diferencia la acción humana de los fenómenos naturales ciegos. O lo que es lo mismo, el hombre, gracias a su saber causal, como ser racional e inteligente que es, interviene en los

³⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, M.: Op. cit. p. 25.

³⁹ MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 155.

⁴⁰ En el concepto finalista elaborado por WELZEL, el contenido de la voluntad pertenece a la acción, a diferencia de lo que ocurría con el concepto causal, donde sólo interesaba, como vimos, que el movimiento corporal fuera voluntario. En el concepto causal bastaba con que el movimiento corporal hubiera producido un resultado, existiendo entre ambos una relación de causalidad, analizándose la voluntad y su contenido en la culpabilidad. Ahora, bajo la concepción finalista, el contenido de la voluntad pertenece a la acción, siendo en definitiva la voluntad el factor que impulsa y da sentido a la acción.

⁴¹ WELZEL, en este sentido observa como desde PUFENDORF hasta la formulación de la teoría clásica del delito, no eran consideradas como acción, sin más, todas las consecuencias causadas por el hombre, sino que tan sólo se consideraban como parte de la acción aquéllas consecuencias que dependían de su voluntad o eran dominables por él, tan sólo éstas podían ser imputadas como obra de la voluntad de la persona. Vid. MARTINEZ ESCAMILLA, M.. op. cit. p. 22. La situación varió con la formulación de la teoría clásica. Es más, WELZEL reconoce que no es él el primero que ve en la voluntad el factor esencial de la acción humana convirtiéndola en fundamento de la imputación de resultados. Esta es, como él escribe, "*una vieja verdad que ya había sido formulada por ARISTOTELES y que PUFENDORF, tomándola del Derecho natural, la había transmitido a la Ciencia jurídica, donde fue absolutamente dominante hasta finales del siglo XIX*". Op. cit. pag. 24 y nota 86.

procesos causales como medio para lograr los fines que se propone, por tanto, el contenido de la voluntad dirigida a un fin determinado es fundamental en la acción⁴². Su característica por tanto es dirigirse intencionadamente a un objetivo previamente planificado por el sujeto. Como dice Welzel, sólo la acción humana es *vidente* (ve adónde tiende) a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo ciego⁴³. La actividad finalista del hombre se caracteriza pues, en que éste, gracias a sus conocimientos nomológicos (derivados de la experiencia) puede prever las consecuencias posibles de su conducta, y por tanto orientarla a la obtención de determinados fines, planificando su conducta orientándola hacia tales fines.

VIII.- Welzel y el nuevo sistema de derecho penal.

Los rasgos más destacados de este nuevo sistema del Derecho Penal que elabora Welzel sobre esa base (sobre la base del concepto finalista de la acción y de la estructura lógico objetiva de la culpabilidad, el "*poder actuar de otro modo*") son, básicamente la inclusión del dolo en el tipo de los delitos dolosos, con lo cual el tipo de los delitos dolosos pasa a diferenciarse del tipo de los delitos imprudentes. En este sentido, Welzel equipara la *finalidad*⁴⁴ de la acción al *dolo*, de tal forma que se produce una bipartición del dolo neoclásico, pasando a existir el llamado "*dolo natural*", que sería precisamente la finalidad de la acción, es decir, el conocimiento y voluntad de realización de la acción, que estaría ubicado en la tipicidad, y por otra parte, la "*conciencia de la antijuridicidad del*

⁴² Señala en este sentido CEREZO MIR, J., op. cit., p. 33, con remisión literal al propio Welzel, que "*el ser humano, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la realización de estos fines*". Sigue diciendo CEREZO por boca de WELZEL: "*Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste conforme a un plan a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción finalista es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el acontecer causal externo y lo convierte de este modo, en una acción dirigida hacia el fin. La voluntad finalista puesto que, y en la medida en que, configura objetivamente el acontecer externo, pertenece a la acción como factor integrante*".

⁴³ MIR PUIG, S.: Op. cit., p. 156 y 157. En el mismo sentido CEREZO MIR, J., op. cit. p. 33, cuando señala que la finalidad es, por ello, dicho en forma gráfica, "*vidente*", la causalidad "*ciega*".

⁴⁴ Para Welzel la *finalidad* es voluntad de realización. Con esto queremos decir que Welzel no entiende la finalidad *stricto sensu*, que abarque exclusivamente los fines perseguidos por el autor, sino que para él, la finalidad comprende, además de los fines perseguidos por el sujeto activo, las consecuencias que el autor consideraba que iban necesariamente unidas a la consecución del fin, más las consecuencias previstas por el autor como posibles y con cuya producción contaba, si bien no consideraba que la finalidad comprendiese incluso todas las consecuencias contempladas por el autor como posibles, aunque confiara en su no producción

hecho", que tendría un mero carácter potencial, y que se ubicaría ya en la culpabilidad. Ahora bien, ¿qué sucede con la imprudencia?. Como vemos, la estructura derivada de la equiparación entre finalidad y dolo, que nos obligaba a diferenciar entre *dolus naturalis*, situado en la tipicidad, y "*conciencia de la antijuridicidad de la conducta*", a valorar en la culpabilidad, resultaba de fácil adaptación para los delitos dolosos, sin embargo, para los delitos imprudentes no tenía fácil encuadre. Por ello, lo que hace WELZEL es, en un primer momento, afirmar que la diferenciación entre los delitos dolosos y los imprudentes no se encuentra en la culpabilidad, sino en la tipicidad. El tipo, entendido como descripción material de la conducta prohibida por las disposiciones penales y como indicio de antijuridicidad, se vio pues, en la necesidad de integrar en su seno la estructura final de la acción, de modo que en los delitos dolosos de resultado, la causación de éste tan sólo adquiriría relevancia para el Derecho penal si estaba presente la voluntad humana. A partir de ahora, en estos delitos, se va a diferenciar entre tipo objetivo y tipo subjetivo, recogándose en este último la finalidad, la cual se identifica con el dolo (*dolus naturalis*).

IX.- Críticas y correcciones del nuevo sistema.

Esta bipartición del dolo ha sido fuertemente criticada por diversos sectores doctrinales. Así Rodríguez Devesa⁴⁵ señala que al trasladarse la intención, como *dolus naturalis*, a la acción, se "*vacía ciertamente la culpabilidad de este elemento psíquico, pero el juicio de que una acción es culpable no puede pronunciarse sin tener presentes otros factores psicológicos y estados de los que depende la imputabilidad. La culpabilidad con la concepción finalista queda reducida a un muñón, que hace que el esquema recuerde, con desventaja, las construcciones binarias.*". Por su parte, Vives Antón⁴⁶, critica el que Welzel por una parte, al sostener que la acción humana era ejercicio de una actividad finalista, y por tanto caracterizar la acción como finalidad, como dolo, dejando fuera del concepto de acción a las acciones culposas, trate de solucionar el problema acudiendo a un "*supraconcepto*", de tal suerte que la acción culposa sería así, una forma de acción independiente de la dolosa, pero integradas ambas en ese supraconcepto de manos de la finalidad, que si para las acciones dolosas sería finalidad efectiva, para las acciones culposas sería finalidad potencial. La formulación elaborada por Welzel fue objeto de críticas incluso por los propios finalistas, como Niese, el cuál llega a decir que la finalidad o existe o no existe, descartando poder hablar de una finalidad potencial, como señala Welzel. Niese mantiene que los delitos imprudentes consisten en la causación de un resultado jurídicamente desvalorado, pero no

⁴⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: Op. cit., p. 337.

⁴⁶ VIVES ANTÓN, T.S.: Op. cit. p. 109 a 113.

suponen la realización de una acción desvalorada en cuanto a su finalidad. De esta forma, para Niese, tanto las acciones prudentes, como las imprudentes, en cuanto a la finalidad, no serían desvaloradas –ahí residiría precisamente la diferencia en relación a las acciones dolosas–, si bien la diferencia estaría en que en las prudentes no se alcanzaría un resultado jurídicamente desvalorado, en tanto que en las imprudentes sí. En cualquiera de los casos Niese exigía también la concurrencia simultánea de un desvalor de la acción, no en cuanto a su finalidad, pero sí en cuanto a que implicara la lesión del deber de cuidado. Es decir, por tanto, en las acciones imprudentes debería concurrir un desvalor en la acción (falta del cuidado o deber de diligencia), y un desvalor del resultado (si bien éste no era perseguido finalmente). Señala en este sentido Vives que: *“(...) difícilmente cabe integrar en un supraconcepto las acciones dolosas y las culposas sobre la base de un momento –el dolo– que en unas existe y en otras no.”*⁴⁷. Welzel se vio obligado pues, a reformular la concepción final de la acción, dados los insatisfactorios resultados vistos en relación con las acciones imprudentes, y ahora, tras esa reformulación, Welzel sostuvo que la finalidad está presente tanto en las acciones dolosas como en las acciones imprudentes, si bien la diferencia fundamental está en que en las acciones imprudentes, la finalidad es irrelevante para el Derecho⁴⁸. Y así, para explicar cómo el Derecho intervenía en las acciones imprudentes, sostiene Welzel que el Derecho, las normas, no se ciñen, exclusivamente a la finalidad perseguida por el sujeto,

⁴⁷ VIVES ANTÓN, T.S.: Op. cit. p. 110.

⁴⁸ Llegado a este punto, y merced a la reformulación a que se vio obligado, WELZEL considera que las acciones prudentes se caracterizan por no concurrir en las mismas la lesión del deber objetivo de cuidado, lesión que si acontece en las acciones imprudentes. En este sentido, WELZEL se aparta un tanto de su concepción finalista para centrarse en un concepto puramente valorativo: el deber objetivo de cuidado. CEREZO considera que en realidad, las dificultades con que tropieza el concepto finalista de la acción en los delitos imprudentes, no resultan insuperables, sobre todo teniendo en cuenta la última posición que adoptó WELZEL en esta cuestión. WELZEL acaba reconociendo que en realidad, en todos los delitos imprudentes hay una acción finalista. Lo que sucede en los delitos imprudentes, es que el sujeto, al llevar a cabo una acción finalista no ha observado el cuidado objetivamente debido (conducir un coche, intervención quirúrgica...) y como consecuencia de ello se ha producido un resultado delictivo, una consecuencia no querida por el sujeto. Ahora bien, CEREZO señala que no es cierto que esta acción finalista real que existe en todos los delitos imprudentes no sea relevante para el Derecho Penal –al contrario de lo que llegó a sostener el propio WELZEL, tal como critica VIVES ANTÓN-. En estos delitos imprudentes, reconoce CEREZO que lo que resulta irrelevante es el fin que perseguía el sujeto, puede ser también irrelevante el medio utilizado por el sujeto, pero sí puede ser relevante la forma de utilización del medio, por tanto, esa acción finalista que existe en los delitos imprudentes es relevante para el Derecho Penal, no es cierto que no lo sea. Lo que sí es cierto, y es una limitación indudable del concepto finalista de la acción, según el propio CEREZO, es que el resultado delictivo no pertenece a la acción de los delitos imprudentes. En ellos, por definición, el resultado delictivo no estaba comprendido en la voluntad de realización del mismo.

sino que deben también contemplar los medios empleados por el sujeto, y ello a fin de evitar que una mala utilización de esos medios (su mala selección y aplicación) pueda producir efectos no queridos y socialmente dañosos.⁴⁹

Por lo que respecta a la *antijuridicidad*, Welzel, al trasladar el dolo a la tipicidad, reúne todos los elementos subjetivos del tipo bajo la denominación de "*elementos personales del injusto*", en los que se manifiesta el "*desvalor de la acción*", frente al "*desvalor del resultado*" –teoría del injusto personal-. Por tanto, lo injusto no seguía siendo ya la simple lesión de un bien jurídico, sino que la acción es antijurídica (injusta), en cuanto obra final de un determinado autor, siendo la voluntad final de éste un elemento constitutivo de lo injusto (desvalor de la acción). La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado), tan sólo interesa en la medida en que previamente nos encontremos ante una acción antijurídica.

Muchos penalistas alemanes de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo XX negaron la vinculación del Derecho a las estructuras lógico objetivas de la materia de su regulación (por ejemplo *Mezger* o *Roxin*, entre otros). Esta fue una cuestión muy debatida, siendo Günter Stratenwerth⁵⁰ el que encontró la solución: éstas estructuras lógico objetivas, la estructura finalista de la acción humana, por ejemplo, sólo son perceptibles desde una concepción del hombre como ser humano, como persona. Tan sólo partiendo de la concepción del hombre como ser humano, como persona, como ser responsable, en suma, como capaz de autodeterminación, sólo entonces, señala Welzel, la conducta finalista aparece como conducta específicamente humana. Actos humanos no finalistas, -actos del hombre, más bien diríamos- como los movimientos reflejos o las convulsiones sufridas en un ataque epiléptico, todos estos actos no finalistas aparecen entonces como actos no específicamente humanos.

Y concluye del mismo modo Welzel en relación con las demás estructuras lógico objetivas, como la de la culpabilidad. Por consiguiente, es más que discutible que pueda concebirse o considerarse al concepto finalista de la acción como un concepto estrictamente ontológico, previo a toda valoración jurídica. Como vemos, el concepto finalista de la acción está condicionado por la concepción del ser humano de que se parta, y por tanto, tan sólo en el caso de que se parta de la concepción del ser humano como

⁴⁹ No obstante, esta reformulación de Welzel, también ha estado sometida a críticas. Vid. VIVES ANTÓN, T.S., op. cit. p. 110, citando a RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *La doctrina de la acción finalista*, p. 133.

⁵⁰ Según CEREZO, op. cit., p. 31y 32, nota 15, pueden considerarse discípulos de Welzel, a Stratenwerth, Niese, Kaufmann y Schwartz, entre otros.

persona entonces el Derecho tendrá que tener, necesariamente en cuenta, el concepto finalista de la acción.

X.- El pensamiento finalista y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

De lo dicho necesariamente se entiende, que los presupuestos metódicos de que parte el finalismo han supuesto, como ya adelantamos al inicio del estudio de esta orientación, una alteración sustancial de las construcciones operadas por la precedente metodología teleológico-valorativa. En este sentido, la enorme restricción que para la culpabilidad supuso esta nueva orientación metodológica -que vino a limitarla, como hemos dicho, a un puro juicio de reproche-, vino a implicar también, simultáneamente y de forma inexcusable, un desplazamiento hacia el juicio de antijuridicidad de muchas circunstancias del delito que con anterioridad -con la orientación metodológica teleológico-valorativa- estaban comprendidas en el juicio de culpabilidad. Así, muchas circunstancias modificativas de la responsabilidad que con la orientación teleológico-valorativa, al presentar caracteres psicológicos -como la premeditación-, o que presentaban o respondían a motivos o a la actitud espiritual del agente, y que por tanto eran captadas por el juicio de culpabilidad, ahora con la nueva orientación finalista, van a ir referidas a lo injusto, en tanto que partes del tipo subjetivo.

En este sentido, y como regla general, con esta orientación, al juicio de culpabilidad irán referidas tan sólo las circunstancias modificativas que gradúen, presupongan o pongan de manifiesto un especial grado de reprochabilidad, en tanto que las demás circunstancias irán referidas al juicio de antijuridicidad, ya por ser partes integrantes del tipo objetivo o del tipo subjetivo. Con este nuevo sistema, como señala ALONSO ALAMO⁵¹, la determinación de la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias deja de tener utilidad e interés.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*. Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981.
- BLANCO GONZALEZ, A.: "El positivismo jurídico", en *FILOSOFIA DEL DERECHO*, UNED, Madrid, 1.989.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1.999.
- CUELLO CALON, E.: *Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Vol. I*, Ed. Bosch, 18ª ed., -Revisada y puesta al día por Cesar Camargo Hernández-, Barcelona, 1980.

⁵¹ ALONSO ÁLAMO, M.: Op. cit., p. 422.

- DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, 2ª ed. ampliada, editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza, (Argentina), 1998.
- DEL HIERRO AGUAZAS, J.L.: "Aproximación al pensamiento filosófico-jurídico de Leopoldo Alas, Clarín", en *Revista de Ciencias de la Información*, nº 4, Editorial Complutense, Madrid, 1987.
- ESCALONA MARTINEZ, G.: "*Kant y el kantismo, Hegel*", en *Filosofía del Derecho*, AAVV, UNED, 1989.
- FERNÁNDEZ GALIANO, A.: *Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho*, 4ª ed., Madrid, 1983.
- GARCIA AMADO, J.A.: "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VIII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- HARTMANN, N.: *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*. 2, Berlín-Leipzig, 1925.
- KAUFMANN, A.: "Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus", en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik: sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Ed.: Köln : C.Heymann, 1984.
- KAUFMANN, A.: "Gustav Radbruch- Leben und Werk", en *Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Band 1* (Hr. Arthur Kaufmann), Heidelberg, C.F. Müller, 1987.
- KUNZMANN, P.-BURKARD, F.P.-WIEDMANN, F.: *Atlas de Filosofía*, Alianza Editorial, 2ª ed., Madrid, 2000.
- LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1994.
- LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Ed. Universitas, SA, Madrid, 1996.
- MARIAS, J.: *Historia de la Filosofía*, Ed. Alianza, 1ª Ed., 4ª Reimpresión, Madrid, 2001.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C.: "La concepción significativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001.
- MARTINEZ ESCAMILLA, M.: "*La imputación objetiva del resultado*", Ed. Edersa, Madrid, 1.992.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal, I*, trad. de J.A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.955.
- MIR PUIG, S.: "Objeto del delito" en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998 y reimpresión, 1999.
- RADBRUCH, G.: "Naturrecht und Rechtspositivismus", en MAIHOFER, W.: *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (Hrsg.), Ed. Darmstadt : Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1962.
- RADBRUCH, G.: *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, 8ª ed. Ed. Stuttgart : K.F. Koehler, 1973.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 9ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 1985.
- ROXIN, C.: *Teoría del tipo penal (tipos abiertos y elementos del deber jurídico)*, traducción de E. Bacigalupo Zapater, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1979.

VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del Sistema Penal*, Valencia, 1.996.

ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: “¿Otra vez la vuelta a VON LISZT?”, en VON LISZT, F.: *La idea de fin en el Derecho Penal*, Introducción de ZUGALDIA ESPINAR, J.M. y traducción de Pérez del Valle, Ed. Comares, Granada, 1995.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001