

La estructura dogmática y la función político criminal de la adecuación social como “cierre normativo” de lo injusto en el sistema finalista del Derecho penal y el abismo que la distancia de la doctrina de la imputación objetiva

Prof. Dr., Dr. h. c., Dr. h. c. Luis Gracia Martín*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

1. Como es sabido y está ampliamente reconocido, el finalismo dio lugar a profundas transformaciones en la estructura de la teoría del delito[1]. Sólo para recordar lo que parece ser visto como su emblema sistemático[2], el finalismo provocó el desplazamiento del dolo y de la inobservancia del deber objetivo de cuidado desde la culpabilidad a lo injusto de los delitos, respectivamente, dolosos e imprudentes[3], y con esto dio lugar a que la diferenciación entre los unos y los otros se mostrara ya en el peldaño dogmático de la tipicidad, y no sólo en el de la culpabilidad[4].

2. La reordenación del sistema de la teoría del delito por el finalismo que podría reconocerse como “ortodoxo”[5] no fue prima facie el producto de ninguna elaboración o construcción normativas a partir –por así decirlo– de unos concretos y determinados referentes valorativos o funcionales[6], sino que fue en su mayor medida el resultado y la consecuencia lógica del desarrollo de la premisa material, y metodológicamente fundamental para aquél, conforme a la cual la estructura óptica, real, de la materia o del fenómeno que vayan a ser objeto de una regulación jurídica determinada, al menos en cierta medida, predetermina, y, por esto, impone y a la vez limita tanto los objetos que necesariamente tienen que ser contenido material de la regulación como las valoraciones y el tratamiento precisos y específicos de tales objetos dentro del sistema de aquella regulación[7]. Y así, dado que la materia específica de las regulaciones jurídicopenales está constituida por el fenómeno prejurídico del “actuar” (por acciones y omisiones)[8], y porque la voluntad (final) de realización es una componente esencial de la estructura óptica del fenómeno real del actuar –al menos en la forma positiva de realización de una acción–, entonces el dolo, que es voluntad de realización de un hecho jurídicopenalmente relevante, no sólo tendrá que ser un objeto de necesaria valoración para las regulaciones jurídicopenales relativas a los delitos dolosos, sino que su valoración específica dentro de éstas tendrá que tener lugar asimismo de modo necesario (lógico) en el nivel de lo injusto, más concretamente en el juicio de tipicidad, y entonces tendrá que ser lógicamente un elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos[9]. Si el tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos no incluyera al dolo entre sus elementos, entonces la materia comprendida en los tipos de lo injusto ya no sería una acción sino algo distinto a ésta porque en tal caso le faltaría a aquélla, al menos, un elemento estructural y, por ello, necesario del concepto de acción, con lo cual devendría una completa falacia la denominación del contenido del tipo como “acción típica” en la medida en que dicha expresión ya no remitiría a ningún fenómeno real susceptible de ser conceptuado como acción, sino sólo –como advierte con razón Zaffaroni– a un concepto de acción completamente “inventado”[10]. Una regulación penal en que el dolo no fuera un elemento constitutivo del tipo de lo injusto de los delitos de acción dolosos incurriría en una contradicción lógico-objetiva, pues en tal caso el objeto sobre el que recaería la primera desvaloración jurídico-penal (la de la tipicidad) ya no sería propiamente una acción (humana). Nada distinto a todo lo aquí expuesto con respecto al dolo sucede con respecto a la voluntad de realización del fin o de los fines de las causas de justificación, pues en la medida en que dicha voluntad es un elemento estructural de la acción (en este caso de la

acción “justificada”), no sólo tendrá que ser necesariamente un objeto de valoración para las regulaciones jurídicopenales –en este caso contempladas como parte de la totalidad del ordenamiento jurídico y contextualizadas en esa totalidad–, sino que su valoración específica dentro de éstas tendrá que tener lugar asimismo de modo necesario (lógico) en el nivel de lo injusto –en este caso en las valoraciones sobre las condiciones de su exclusión–, y entonces tendrá que ser un elemento constitutivo de los “supuestos de hecho” (tipos) de las causas de justificación[11].

3. En la Ciencia del Derecho penal, se considera cerrado desde hace tiempo el intenso debate que provocó el finalismo desde el primer momento de su irrupción, y también parece haber un amplio acuerdo sobre el balance resultante de aquel debate.

a) Según el parecer de una mayoría rayana con la unanimidad, en el activo del finalismo habría que contabilizar la actualmente casi unánime aceptación, y de este modo, la imposición de la mayor parte de sus consecuencias materiales y sistemáticas en todos los órdenes (legislativo, judicial y científico-teórico), como sucede por ejemplo con la adscripción del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos y con la de la infracción del deber objetivo de cuidado al tipo de lo injusto de los delitos imprudentes, con el reconocimiento del desvalor de la acción como componente estructural de lo injusto, con la distinción entre el error de tipo y el de prohibición o con la diversificación de las formas de participación con base en el criterio del dominio del hecho, etc. Este parecer se encuentra arraigado en la comunis opinio hasta el punto de otorgar a aquellas consecuencias del finalismo el estatuto de “patrimonio común (actual) de la ciencia del Derecho penal”[12] y de considerar que “el sistema dominante en la actualidad debe todos sus contenidos esenciales al finalismo”[13].

b) Por el contrario, en el pasivo del finalismo habría que contabilizar el mayoritario rechazo –incluso por autores finalistas– del postulado metodológico fundamental de la vinculación de la Dogmática penal a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación, y en particular, el rechazo de la pretensión de derivar la estructura sistemática de lo injusto (típico), del concepto finalista de acción a partir de consideraciones ontológicas[14]. En la exigencia de vinculación de la regulación jurídico penal a las estructuras lógico-objetivas de su materia se ha querido ver un método que extraería a los conceptos jurídicos de la esfera ontológica, en la cual estarían ya prefigurados, y por eso se etiqueta a la Dogmática del finalismo como “ontológica”[15]. Este método y la Dogmática que se desarrolla a partir de sus exigencias, sin embargo, según sus críticos, no tendría en cuenta que los conceptos jurídicos son de “deber ser” y que, por ello, están referidos a valores. Por ello, según Roxin y, de un modo aún más pronunciado, según Jakobs, la esfera ontológica no puede proporcionar de ningún modo la materia ni los conceptos jurídicos, pues si las regulaciones jurídicas tienen objetos y contenidos esencialmente normativos, entonces sólo es correcto determinar el objeto del Derecho penal en función de las valoraciones y de los fines de éste. En este sentido, el legislador y el teórico del Derecho penal serían completamente libres para crear sus conceptos, y tiene que ser precisamente en esta libertad donde aquéllos sean contruídos de un modo racional teleológicamente[16], esto es, normativamente[17]. Por esto, en palabras de Jakobs, “la Dogmática jurídico-penal ontologista quiebra”[18].

4. Mi posición ante todo lo expuesto hasta aquí en apretada síntesis es la siguiente. El método del finalismo ortodoxo y la Dogmática que se desarrolla con él son esencialmente correctos, y como mucho precisan sólo de explicaciones aclaratorias de sus fundamentos y

de la operativa de sus herramientas e instrumentos conceptuales, o bien de complemento y enriquecimiento de sus argumentos. En cuanto al pasivo que se carga en la cuenta del finalismo, lo único que tiene que aceptarse como un dato cierto es que, en efecto, el método del finalismo ha sido mayoritariamente rechazado en la Ciencia penal. Por el contrario, las razones en las que quiere apoyarse ese rechazo carecen del mínimo fundamento y, por ello, son insostenibles e inadmisibles. En particular, el etiquetamiento de la Dogmática del finalismo como “ontologista”[19] no puede valorarse más que como una imputación que no se corresponde con lo que aquélla es ni con el modo en que opera realmente, y por ello, semejante etiquetamiento, como adviertiera con razón Silva Sánchez, constituye una simplificación en exceso[20]. Y en relación al activo que se abona en la cuenta del finalismo, mi opinión es asimismo contraria al parecer dominante, pues aunque así lo parezca, sin embargo no es cierto que se hayan impuesto realmente sus consecuencias materiales y sistemáticas, sino que lo cierto es más bien que la Dogmática actual, como adviertiera también Silva Sánchez con toda la razón, “puede calificarse de heredera directa, sin cesuras, de la sistemática de v. Liszt, Beling y Radbruch, así como de las modificaciones de contenido que introdujo el neokantismo en las diversas categorías del sistema”[21].

5. En lo que sigue me propongo llevar a cabo una revisión crítica del balance histórico de los rendimientos del finalismo que presenta la comunis opinio. Como el rechazo mayoritario del método es, simplemente, una situación de hecho constatable y constada, pero que se apoya en diversas manipulaciones y tergiversaciones de aquél, procederé en primer lugar a aclarar el verdadero alcance y los límites del postulado metodológico fundamental del finalismo, es decir, de la exigencia de vinculación de la regulación jurídica a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación. Esta explicación deberá mostrar la impropiedad en que caen los detractores del finalismo al caracterizar a su Dogmática como “ontologista”, y que ésta es más bien una de carácter sintético, es decir, real-normativa que, sin la menor duda, se orienta a los valores y a los fines jurídicos-penales. En el ámbito de lo injusto, el carácter sintético real-normativo de la Dogmática finalista se muestra especialmente en la categoría de la “adecuación social”, a la cual hay que ver como el necesario revestimiento “normativo” del pilar ontológico del sistema finalista. En razón de las vicisitudes históricas del debate jurídicopenal, la categoría “finalista” de la adecuación social se encuentra ciertamente en un estado de subdesarrollo dogmático[22] y, por esto, necesitada de desarrollo. En este trabajo —al final, por motivos de estrategia discursiva— expondré un esbozo sobre los fundamentos, la estructura dogmática y el alcance de la adecuación social como categoría propia del finalismo. En cuanto al extendido parecer en la doctrina, de que se hayan impuesto las consecuencias materiales y sistemáticas del finalismo, demostraré que se trata precisamente solo de eso, es decir, solo de un mero parecer sin consistencia, mediante una comparación de la estructura del tipo finalista y de la del tipo de la hoy tan mayoritaria como errónea doctrina de la imputación objetiva, y por otro lado, demostraré también que, en contra de las relaciones, aproximaciones o engastes que se quieren hacer por muchos penalistas de orientación normativista entre la adecuación social y la doctrina de la imputación objetiva, lo cierto es, más bien, que la distancia realmente existente entre la una y la otra es la propia de un abismo.

II. Fundamento y límites de la fuerza vinculante de las estructuras lógico-objetivas en la Dogmática finalista del Derecho penal [\[arriba\]](#)

1. La objeción principal al finalismo, cifrada en que de su exigencia metódica de vinculación de la regulación jurídicopenal a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la

regulación, tendría que resultar que los conceptos y el sistema jurídicopenales estarían ya prefigurados en la esfera ontológica (de la realidad) y, por esto, ya vendrían dados por ésta, siendo así que para que aquéllos puedan ser adecuados y funcionales con respecto a los fines del Derecho penal, por el contrario, tendrían que ser derivados y contruidos a partir de los referentes valorativos y de los fines del Derecho penal, sólo puede explicarse si se presupone que el finalismo, lo mismo que el naturalismo, opera de un modo completamente avalorativo o libre de valor en la construcción de los conceptos y en la ordenación de éstos en el sistema[23]. En el fondo, la indicada objeción al finalismo no difiere de la formulada por el neokantismo del primer tercio del siglo pasado al naturalismo de v. Listz y Beling, el cual sí podía ser caracterizado como un método monista ontológico porque sólo pretendía reproducir en el sistema los elementos “naturales” —y libres de valor— del delito, y recurría al positivismo legal para explicar la presencia en semejante sistema de un elemento tan normativo y cargado de valor como la antijuridicidad[24]. Tal identidad de fondo entre las objeciones al finalismo y al naturalismo se percibe con claridad en la conocida crítica de Roxin al concepto finalista de acción, de que tan absurdo como definir la acción injuriosa como la puesta en movimiento de ondas sonoras sería definirla como “sobredeterminación final” de éstas[25]. Pero una crítica como ésta carece de toda consistencia porque pasa por alto que, a diferencia de la abstracción que necesariamente muestra el concepto de “causación” en el concepto causal de acción del naturalismo, el concepto de acción final —al que, sin duda, pertenece como elemento estructural la “sobredeterminación final de la causalidad”— es uno que sólo se comprende y explica como fenómeno “con significado social” y que, por lo tanto, la acción final se llena de contenido y valor en el ámbito y contexto de la vida social en que se realiza[26]. Como ha dicho con acierto Rueda Martín, “el finalismo en modo alguno se limita a señalar el carácter ontológico de la acción humana, sino que lo que hace es ordenar la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (imputativitas) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraídos de la realidad social”[27]. De todo esto, pues, tiene que resultar que la presuposición de que el finalismo se limita a extraer los conceptos jurídico penales y el sistema exclusivamente de la esfera ontológica es evidentemente errónea y falsa, y que con la demostración de esto también tendría que difuminarse para siempre la imagen de la Dogmática finalista como una de carácter exclusivamente “ontologicista”. Pero entonces, qué es lo que caracteriza a la Dogmática finalista y cuál sería el etiquetamiento correcto de ella en virtud de lo que la caracteriza.

2. Contra lo que afirma la crítica, hay que dejar claro desde ahora y para siempre, que no es cierto en absoluto que el finalismo prescindiera de la referencia a los valores y a los fines del Derecho penal para la construcción de los conceptos jurídicopenales y para su ordenación en el sistema[28]. Por el contrario, los valores y los fines a los que se orienta el Derecho penal constituyen para la Dogmática finalista el punto de partida preciso e inequívoco para ello, y que sobre esto no puede haber ni la mínima duda tendría que resultar ya de la advertencia que ha hecho el mismo finalismo por medio de Hirsch, al precisar éste que “de hecho, el objeto del Derecho penal debe descubrirse con los ojos puestos en sus valoraciones y fines”[29]. Pero entonces, con esto, debería quedar claro para siempre que el punto de partida del finalismo es exactamente el mismo que el de sus detractores, es decir, la pregunta por los valores jurídico-penales y por los fines del Derecho penal, y a continuación, en función de cuál sea la respuesta que se obtenga, la subsiguiente obligada pregunta sobre qué instrumentos y que modos operativos serán los adecuados y apropiados para la realización y para el logro de aquellos valores y fines. Ahora bien, si esto es así —y sin duda lo es—, con ello debería quedar ya por sí misma descalificada como errónea y como falsa la crítica de que el método finalista opere de manera

desvinculada de —y sin referencia a— los valores y a los fines del Derecho penal, y en consecuencia debería evidenciarse que el rechazo del finalismo por esa razón carece de todo fundamento. Por el contrario, lo que aquello tiene que poner de manifiesto es que el método del finalismo es precisamente la respuesta que él encuentra a la mencionada pregunta por los instrumentos y por los modos operativos adecuados para la realización de los valores jurídicopenales y para el logro de los fines del Derecho penal, como ha sido advertido con acierto por Schönemann cuando explica que la vinculación del Derecho penal a la estructura lógico-objetiva de la acción final “resultaba para Welzel de un análisis de las funciones y de los instrumentos de la legislación penal”[30]. Y es que, en efecto, a una teoría y a un método como los propuestos por el finalismo, sólo se llega si a la respuesta que se obtenga de la pregunta sobre los valores, la función y los fines del Derecho penal, sigue una nueva pregunta sobre cuáles son las condiciones de la posibilidad de la realización de tales valores y de tal función y del logro de aquellos fines, si para responder a esta nueva pregunta se indaga después sobre cuáles puedan ser aquellas “condiciones de posibilidad” y si una vez que éstas se han descubierto, finalmente, se quiere configurar al Derecho penal como un sistema conforme con esas condiciones de posibilidad de realización de sus valores y de su función y del logro de sus fines. Precisamente de este modo procedió Welzel, y así fue como descubrió que el respeto de las estructuras fenoménicas de la materia de la regulación jurídica por el legislador y, de este modo, que la congruencia de la regulación jurídica con dichas estructuras, son nada más, pero tampoco nada menos que aquellas condiciones de la posibilidad de la realización de la función y de los fines del Derecho en general y del Derecho penal en particular[31]. Todo esto requiere, sin duda, de una explicación.

3. Según la concepción de Welzel, la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas de la materia de una regulación jurídica, y la función limitativa de ellas, es sólo relativa[32]. El legislador se encuentra vinculado a ellas únicamente en la medida en que quiera establecer una regulación de determinada clase, es decir, de una materia, objeto o fenómeno determinados, por ejemplo una regulación de conductas humanas en vez de otra de relaciones de adjudicación o de distribución de cosas, y por otro lado, esa vinculación es sólo de carácter lógico, es decir, en el sentido de que la regulación debe ser adecuada objetivamente (*sachgemäß*), conforme y coherente con la estructura real-material del objeto de la regulación[33]. Ciertamente que un desconocimiento de la estructura lógico-objetiva de la materia de la regulación por el legislador, no tiene que tener como consecuencia la invalidez de la regulación[34], pero tampoco es menos cierto que tal desconocimiento sí da lugar a que la regulación sea objetivamente errónea, totalmente contradictoria e incompleta, y por todo esto, incapaz de alcanzar su fin[35]. Así, y con razón, lo reconoce también Zaffaroni cuando advierte que “el respeto a las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre éste”[36]. Con esto se prueba lo anteriormente afirmado. El método de las estructuras lógico-objetivas no es uno que el finalismo haya fijado por sí mismo de un modo espontáneo y arbitrariamente, es decir, sin un motivo anterior, sino que más bien lo deriva teleológicamente desde un objetivo tan concreto y determinado como es la aspiración a la realización de los valores y al logro de los fines del Derecho penal por medio de las regulaciones positivas jurídicopenales, esto es, por medio de la legislación penal. Sin embargo, siendo esto así, no puede perderse de vista en ningún momento que el sustento de aquella derivación teleológica del método lo proporciona la respuesta que se haya obtenido antes de la pregunta previa por las condiciones de la posibilidad de la realización y del logro efectivos de los valores y de los fines del Derecho penal, y que si el finalismo llega a la deducción teleológica precisamente de ese método y no de otro distinto, la razón no es otra que la

comprobación previa de que sólo y precisamente la vinculación (lógica) de la regulación jurídica a las estructuras reales-materiales del objeto de la regulación constituye la condición de la posibilidad de la realización y del logro de los valores y de los fines del Derecho penal[37]. Por esta razón, tampoco debería haber ninguna duda sobre el carácter funcional del método finalista para la realización y el logro de los valores y de los fines del Derecho penal, ni, por ello mismo, sobre que también la Dogmática finalista es una que opera asimismo funcionalmente[38]. Puesto que el Derecho penal es un ordenamiento que regula la conducta humana con la finalidad de evitar ciertas y determinadas formas — humanamente evitables— de ésta y en razón de su carácter gravemente disvalioso y de sus asimismo graves efectos socialmente lesivos, pero al mismo tiempo sin que los medios e instrumentos que se dispongan para alcanzar aquel fin den lugar a ningún menoscabo de la dignidad humana, de aquí tiene que deducirse que la estructura finalista de la acción, la estructura fenoménica de la capacidad de obrar conforme a Derecho, es decir, la culpabilidad como capacidad individual de autodeterminación conforme al Derecho, y también la relación de la participación delictiva con la finalidad del autor, son las estructuras lógico-objetivas a las que tendrán que atenerse necesariamente el legislador penal, el aplicador del Derecho y la Dogmática jurídico penal[39], si se comprueba y se verifica que —y si es así porque— la proyección de la regulación jurídicopenal a éstas y la correcta inserción y ordenación de ellas en el sistema de la regulación, constituyen las condiciones de la posibilidad de la realización de los valores descritos en el enunciado (la protección eficaz de bienes jurídicos y, a la vez, la salvaguarda de la dignidad humana) y del logro del fin de la regulación (la evitación de graves lesiones humanamente evitables de bienes jurídicos), y todo esto, además, de modo completo, sin lagunas y sin contradicciones. A esa verificación, siquiera de un modo escueto, dedico los siguientes apartados de este epígrafe.

4. a) Una vez que se ha constituido la sociedad, los seres humanos desarrollamos nuestra existencia y nuestra actividad en relación con dos mundos diferentes, aunque no necesariamente incompatibles: el físico-natural y el social o socio-político. Tanto uno como otro se caracterizan por que ambos, en mayor o menor medida, funcionan de un modo ordenado, es decir, conforme a una legalidad[40]. Ahora bien, en esta dimensión meramente formal acaba la similitud entre ambos mundos. Las leyes del mundo físico-natural son de carácter necesario y el acontecer físico-natural se impone inexorablemente por la causalidad. Las leyes del mundo social, por el contrario, no tienen carácter necesario, pues sus contenidos se determinan y se fijan mediante convenciones entre los seres humanos, y como en ese mundo no rige la causalidad, sus leyes requieren de algún otro mecanismo que reemplace a aquélla para su imposición[41]. Este mecanismo no puede consistir nada más que o bien en el ejercicio de actos de coacción por un poder superior, o bien en el reconocimiento de un deber u obligación de cumplirlas por los destinatarios de ellas[42], o sea, en la “conciencia colegisladora” kantiana. Ahora bien, sobre todo desde Pufendorf, se encuentran perfectamente delimitados los campos en que una legalidad social se impone mediante la coacción del poder o, por el contrario, en tanto que Derecho[43]. Sólo una legalidad que pretenda imponerse por su carácter obligatorio, o sea, por medio del deber, adquiere el rango de Derecho. Por otra parte, sobre todo a partir de la autonomía kantiana, obligación y persona responsable son dos conceptos inseparables. Todo mandato que pretenda obligar a un hombre en tanto que norma jurídica, tiene que reconocerle como persona responsable. Por ello, dice y subraya Welzel, “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que Derecho”[44]. Este reconocimiento del hombre como persona responsable no resuelve nada acerca de cuáles

deban ser los contenidos materiales de las normas jurídicas y de las leyes que concretan a éstas[45]. Su virtualidad no reside en nada más, pero tampoco en nada menos que en que para que una norma del mundo social pueda imponerse en tanto que Derecho y no por un acto de poder, es preciso que respete y mantenga incólumes las propiedades esenciales del ser humano que, para expresarlo con palabras de Pufendorf, le han posibilitado y le han hecho salir de su primigenio estado de naturalis incultus, y, con ello, adquirir la condición de persona responsable. La dignidad del ser humano es sin duda un valor, pero el sustrato de esa dignidad —el ser humano— pertenece a la esfera ontológica y sus componentes ónticos son la capacidad de actuar de modo final, esto es, de dirigir su actividad de modo consciente a una meta, y la capacidad de comprometerse y, de este modo, de obligarse ético-socialmente, esto es, con la conciencia de que le es posible cumplir las obligaciones que ha contraído. La estructura final de la acción humana y la capacidad de autodeterminación conforme al sentido y al valor son, por lo tanto, las estructuras lógico-objetivas, o sea reales o fenoménicas del ser humano y, por tanto, las que dan a éste su dignidad humana. Entonces, y por lo explicado, sólo una legalidad que respete y que sea conforme con tales propiedades humanas podrá pretender imponerse en tanto que Derecho y no sólo como mera fuerza o acto de poder. Y todo esto se concreta en lo siguiente.

b) Puesto que las consecuencias últimas del Derecho penal se concretan en la imposición de alguna carga personal a un ser humano en compensación de “su” propia, es decir, de “su” asimismo personal responsabilidad, y puesto que una responsabilidad de esta clase sólo puede emanar de su dignidad, es decir, de su libertad ética y de su autonomía personal, pues en otro caso aquella imposición se quedaría en un mero acto de fuerza que convertiría “al hombre en mero objeto de una influencia física”[46], de aquí tiene que resultar que tiene que ser una condición de posibilidad de la salvaguarda de la dignidad humana que toda imposición gravosa y coactiva como consecuencia jurídica de una responsabilidad personal tenga como soporte y vínculo la libertad ética y la autonomía del ser humano al que se aplica, de modo que éste pueda comprenderla y sentirla personalmente como una consecuencia que deriva precisamente del ejercicio que ha hecho de su libertad ética y de su autonomía, y de nada más. En definitiva, la culpabilidad, la capacidad individual de autodeterminación conforme al Derecho, tiene que ser por fuerza una estructura lógico-objetiva de la materia de la regulación juridicopenal —y a mi juicio de toda y cualquier regulación sancionadora— a la que ésta tiene que vincularse en el sentido explicado y porque tal vinculación es una condición de la posibilidad de que con la aplicación de la regulación juridicopenal se realice el valor fundamental del respeto debido a la dignidad humana[47].

c) Ahora bien, puesto que esta responsabilidad personal ante el mundo social o socio-político emana sólo de un determinado ejercicio de la libertad ética y de la autonomía de un ser humano y dicho ejercicio se concreta en la realización de un hecho determinado por ese ser humano, y puesto que, como sabemos sobre todo gracias a Pufendorf y a Kant, esa libertad y esa autonomía sólo son imaginables y pueden actualizarse en un mundo de significados y de sentidos “objetivos” de los actos que son objeto de la decisión éticamente libre y autónoma del ser humano, de aquí tiene que resultar, entonces, que la comprensión por el individuo del significado y del sentido social-empíricos o fenomenológicos de su acto concreto, con independencia de la comprensión y de la valoración que le atribuya en los planos moral, ético y jurídico, y que la realización consciente de su voluntad en dirección a la realización del hecho que tiene precisamente ese significado y ese sentido, y no otros distintos, tienen que ser un presupuesto necesario de la posibilidad de valoración ética y jurídica de “su” acto por el sujeto mismo, valoración ésta (o al menos su posibilidad) que

necesariamente ha de preceder a su decisión para que ésta pueda ser una éticamente libre y autónoma[48]. Puesto que la acción humana es, pues, el objeto y el presupuesto de la posibilidad de que el sujeto haga sobre ella la valoración ética y jurídica que es necesaria para que su decisión sea una éticamente libre y autónoma, es decir, responsable, y puesto que la efectiva realización de la acción es justamente aquello por lo que se hace a su autor personalmente responsable, de aquí tiene que resultar que la vinculación de la regulación jurídicopenal a la estructura material de la acción humana, o sea a la dirección consciente de la voluntad hacia el objetivo, lo cual es bien distinto de un mero proceso causal, tiene que ser asimismo otra condición de la posibilidad —y lógicamente anterior a la de la culpabilidad, por ser su presupuesto— de la salvaguarda y de la realización del valor fundamental del respeto debido a la dignidad humana.

5. El respeto de las estructuras lógico-objetivas de la acción humana y de la culpabilidad por la regulación jurídicopenal y, por tanto, la vinculación de ésta a ellas, es también, sin duda, una condición de la posibilidad de la realización de los fines del Derecho penal, es decir, de la protección de bienes jurídicos mediante instrumentos que posibiliten la evitación de acciones lesivas o peligrosas para ellos[49]. El Derecho penal trata de influir en los seres humanos para que se abstengan de realizar o para que realicen determinadas acciones y para evitar de ese modo la producción de determinadas consecuencias lesivas, o bien para producir determinadas consecuencias positivas[50]. Para lograr tal influencia, parte de prohibiciones y de mandatos de realizar tales acciones y conmina con penas que, en su caso, aplica efectivamente, a quienes realicen u omitan semejantes acciones. Ahora bien, una influencia tal sólo puede pretenderse y ser imaginada bajo la condición de una orientación o dirección de las prohibiciones y de los mandatos exclusivamente a la capacidad del hombre de asignarse fines, de seleccionar a continuación los medios adecuados para su realización y de poner éstos en práctica efectivamente en dirección al fin que se propone alcanzar. Como al respecto señaló enfáticamente Armin Kaufmann, “ningún mariscal, ningún guarda de aparcamiento, ningún tirano, ningún Estado de Derecho pueden ejercer poder de otro modo que utilizando la capacidad específicamente humana de dirigir finalmente el acontecer causal”[51]. La dirección de las normas a la finalidad, esto es, a la voluntad de realización, es, por ello, una condición de la posibilidad de que el Derecho penal pueda cumplir su tarea. Por ello, la estructura lógico-objetiva de la acción, representada por la finalidad, ha de ser reconocida como un dato óntico que predetermina ya de un modo lógico, no desde luego el contenido axiológico específico, pero sí la estructura y el posible objeto de toda prohibición y de todo mandato. Ahora bien, si ninguna norma reguladora de conductas humanas puede tener como objeto nada que no sean acciones finales, de aquí resulta que la voluntad de realización tiene que ser objeto ya, necesariamente, de los juicios desvalorativos de la antinormatividad, de lo injusto y de la antijuridicidad. Esto significa, a su vez, que la estructura lógico-objetiva de la acción impone de modo necesario un concepto personal de lo injusto y con ello tanto que el dolo tenga que ser un elemento del tipo de lo injusto de los delitos dolosos como que la contrariedad de la voluntad de realización al deber objetivo de cuidado tenga que ser asimismo una cuestión del tipo de lo injusto de los delitos imprudentes[52].

6. Como ha tenido que quedar ya demostrado, carece de toda base la caracterización de la Dogmática finalista como una de sesgo exclusivamente ontológico. Esto tendría que haberse visto desmentido ya a partir de la temprana afirmación básica de Welzel de que “en el Derecho lo fáctico está vinculado con lo normativo de un modo esencial”[53]. Por esto, el método del finalismo solo puede ser caracterizado como uno sintético, esto es, óntico-axiológico, o real-normativo, pues su objetivo es lograr una plausible y congruente o

coherente fusión de la realidad con los valores que se proyectan sobre ella[54]. Esta fusión es necesaria desde el momento en que se considere —como lo hace el finalismo— que los valores, y en definitiva el “deber ser” que constituye la esencia del Derecho, no son objetos puramente ideales e irreales[55], sino más bien predicados de una “realidad” fenoménica cuyas estructuras y propiedades materiales esenciales son ya portadoras de las posibilidades de ser objeto de una determinada valoración[56], y a la vez de la insusceptibilidad de serlo para otras valoraciones distintas. Y así, si lo injusto penal resulta de la infracción de normas de determinación, el fenómeno real de la mera causación no puede ser objeto idóneo de aquél juicio de valor porque ningún proceso causal por sí solo puede infringir una norma de aquella clase, mientras que la voluntad de realización (finalidad) sí es portadora de la posibilidad de aquélla valoración porque precisamente es con ella, y solo con ella, con lo que se infringe una norma de determinación. Las estructuras lógico-objetivas, pues, no han de ser vistas más que como el “puente” a través del cual las valoraciones jurídicas enlazan y se conectan precisamente con el sector de la realidad respecto del que tienen que producir el o los efectos jurídicos pretendidos con ellas. Ahora bien, puesto que como ya se ha razonado antes, la vinculación de la regulación jurídicopenal a las estructuras materiales de su objeto es sólo la condición de la posibilidad de la realización de los valores y de los fines de la regulación, de esto tiene que resultar que semejante vinculación sea una de mínimos, es decir, que sólo es exigible respecto de las propiedades materiales esenciales que hacen ser al objeto de la regulación lo que es porque la ausencia de una sola de tales propiedades sería determinante de que lo que quedara en la realidad fuera ya un objeto distinto e insusceptible ya de serlo de las valoraciones propias y específicas en que se basa la regulación jurídica en cuestión. Por consiguiente, la vinculación a las estructuras lógico-objetivas alcanza sólo hasta lo que podríamos denominar como “el mínimo indisponible” del objeto de la regulación. Más allá de esto, ya se pueden admitir y reconocer otros márgenes adicionales de valoración de cuya corrección ya no puede dar cuenta la lógica real de la naturaleza de las cosas, sino la que corresponda a la naturaleza de los criterios rectores de esas otras valoraciones, como por ejemplo la lógica de la racionalidad político-criminal. Dicho con un par de ejemplos: el concepto de tentativa, en cuanto fenómeno de la realidad, es indisponible, pero queda a la libertad del legislador la decisión relativa a si hay que penar o no la tentativa inidónea; la naturaleza “dolosa” del hecho cometido en la suposición errónea de presupuestos de una causa de justificación es indisponible, pero queda a la libertad del legislador la decisión relativa a si el error vencible de aquella clase se pena igual que el error vencible de prohibición directa o si se pena más atenuadamente que éste. Por supuesto, de la exigencia de vinculación de la regulación jurídica a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación, nada puede deducirse sobre la decisión de qué acciones u omisiones tienen que ser punibles.

III. El rechazo del método lógico-objetivo en el seno del finalismo [\[arriba\]](#)

1. El método lógico-objetivo que se ha explicado en lo que antecede, sin embargo, no es aceptado incluso en el seno del mismo finalismo por algunos de sus militantes, como es el caso de mi maestro Cerezo Mir. A partir de la tesis de Stratenwerth, que él asume, de que las estructuras lógico-objetivas sólo se destacan de la multitud de datos ónticos como esenciales desde el punto de vista valorativo de la concepción del hombre como persona[57], considera que si el Derecho parte de este punto de vista, entonces es cierto que sí tiene que destacarse como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana, pues sólo una acción finalista puede ser considerada como conducta específicamente humana y, por ello, sólo aquélla podrá ser objeto de la valoración jurídica. Ahora bien, según Cerezo, lo único que puede deducirse de aquel punto de vista valorativo

es que el contenido de la voluntad de realización tiene que ser necesariamente objeto de la valoración jurídica, es decir que no puede dejar de ser valorado, pero no que deba serlo precisamente en el juicio de la antijuridicidad. En su opinión, el contenido de la voluntad de realización podría ser objeto de valoración únicamente en el juicio de reproche de la culpabilidad, y esto no supondría ningún desconocimiento de la estructura finalista de la acción humana ni implicaría contradicción alguna con la concepción del ser humano como persona. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, pues, no sería una consecuencia obligada del reconocimiento de la vinculación del Derecho penal a la estructura lógico-objetiva de la acción finalista, sino que ello dependerá de consideraciones sistemáticas, como la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la descripción de la acción en algunos tipos mediante verbos de significado inequívocamente finalista y, sobre todo, la punición de la tentativa en el Derecho positivo[58].

2. La tesis de Cerezo, sin embargo, no me parece convincente. Por el contrario, entiendo, por un lado, que el reconocimiento de la estructura finalista de la acción en la base del concepto del delito tiene que llevar por fuerza a la inclusión del dolo en el tipo, y por otro lado, a la inversa, que la inclusión del dolo en el tipo sólo es coherente y puede operar significativamente en el sistema si el tipo remite a una acción finalista.

a) En primer lugar me parece conveniente comenzar recordando la a mi juicio acertada observación de Jescheck en el sentido de que con la teoría del hecho punible se trata de comprender teóricamente la acción punible como un todo mediante la fijación de elementos generales[59]. Estos elementos generales son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Cada uno de ellos supone un juicio de valor sólo parcial y la acción o a la omisión previamente dadas son sometidas de un modo sucesivo a cada uno de dichos juicios parciales de un modo lógico. Ahora bien, como ya señaló Engisch el enjuiciamiento de la acción delictiva en virtud de este proceso analítico, no impide la consideración del hecho delictivo como un todo unitario, la cual puede preceder y seguir a la subsunción de la conducta en el concepto del delito en función de los diversos elementos de éste[60]. La contemplación del delito como un todo unitario remite a una realidad fenoménica que en ese plano real se muestra asimismo como un todo unitario que no puede ser dividido o escindido en sus elementos. Por el contrario, el Derecho penal sí puede seccionarla, como de hecho la secciona, por medio de los juicios parciales y sucesivos de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Dado el carácter parcial de estos juicios, es evidente que cada uno de ellos sólo podrá tener como objeto propio algún fragmento de la realidad fenoménica, pero no su totalidad, pues ésta, como ya he dicho, constituye el substrato del delito como un todo unitario, y éste sólo llega a formarse como resultado del proceso de síntesis de aquellos juicios parciales. La tarea de la Dogmática o de la construcción del sistema consiste, por ello, como advierte con razón Cerezo, en “la inserción correcta de los elementos fácticos que integran el objeto de la valoración en los diversos caracteres del delito”[61]. Es cierto que esta posibilidad de seccionar la realidad prejurídica mediante valoraciones jurídicas parciales y sucesivas, permite de hecho que dicha realidad aparezca escindida luego en los correspondientes conceptos jurídicos parciales. Pero como ha dicho Hirsch, “una divergencia en la construcción jurídica de conceptos con respecto a lo que se encuentra en la realidad” solamente podría justificarse por medio de fundamentos materiales, los cuales desde luego no existen en relación con el concepto de la acción porque “el ordenamiento jurídico remite a través de sus mandatos y prohibiciones precisamente al fenómeno prejurídico del actuar”[62].

b) Si se parte de un concepto prejurídico de acción, como exige el punto de partida de la concepción del hombre como persona responsable, y como también reclaman tanto la función como los fines del Derecho penal, entonces no puede verse como conforme con estas exigencias ninguna escisión o sección de la acción en una parte objetiva o externa que fuera objeto del juicio parcial de lo injusto, y en una parte subjetiva o anímica que lo fuera de otro juicio parcial distinto como es el del reproche de la culpabilidad. Una regulación tal no respetaría la estructura lógico-objetiva de la acción y sería, por ello, completamente errónea, contradictoria e incapaz de cumplir su fin. Si la “acción” es en la esfera prejurídica un fenómeno unitario final-causal de sentido, y ello no obstante se segrega o abstrae de la misma el contenido de la voluntad de realización para configurar como objeto de la valoración de lo injusto únicamente a su parte externa, entonces habrá que preguntar sobre cuál es el objeto real de la tipicidad, y cuestionar que el Derecho penal pueda seguir hablando con propiedad de un concepto de “acción” típica. Lo típico, en tal caso, será cualquier cosa menos una acción. Como ha dicho Hirsch, resultaría particularmente erróneo que la pura causación de un resultado (que sólo deja fuera de consideración los movimientos reflejos) se quisiera transformar en una acción “en sentido jurídico”, pues “los mandatos jurídicos quieren influir en los procesos dominados por los hombres; son órdenes de conducta (y) por esa razón deben orientarse a las formas de aparición reales de la conducta humana y tener en cuenta su estructura general”[63]. Por lo demás, y como ha resaltado Zaffaroni, el sentido de la voluntad es inescindible de la misma y, por ello, la abstracción de la voluntad de realización sólo puede dar lugar a un concepto de acción completamente inventado[64].

c) Por otro lado, desde Pufendorf conocemos las diferencias existentes en el acontecer según se trate del mundo físico natural o del espiritual o cultural, es decir, el mundo del sentido. Pufendorf aclaró y explicó tales diferencias mediante el juego de los denominados por él mismo como *entia physica* y *entia moralis*[65]. Todos los elementos del mundo físico natural, al cual también pertenecen los elementos físicos y psíquicos de la acción, son —abstracción hecha de los *entia moralia*— completamente indiferentes axiológicamente, no son ni buenos ni malos[66], es decir, no tienen ningún sentido cultural, social, ético o jurídico. De este modo, es posible que los elementos físicos de varias acciones extremadamente distintas desde el punto de vista ético o ético-social, sean en sí iguales; como por ejemplo, el acto de matar del asesino, del verdugo, del soldado o de alguien que obra en legítima defensa[67]. El sentido y la determinación o diferencia valorativa de todas estas acciones se percibe únicamente a través de los *entia moralia*, justamente porque éstos, dice Welzel, son los modos de ser morales (y también jurídicos); es decir, dotados de sentido de una acción[68]. Ahora bien, sólo el conocimiento y la voluntad libre dotan a una acción de un sentido específico y de diferencia axiológica[69]. El Derecho penal no sanciona meros procesos causales del mundo físico natural, sino hechos dotados de sentido y con diferencia axiológica (injustos específicos). No castiga meras “causaciones”, por ejemplo, de la muerte de un hombre, de la pérdida de un bien patrimonial o de la disminución del patrimonio, sino hechos con un determinado sentido y contenido axiológico, como el “homicidio”, el “robo” o la “estafa”. Ahora bien, el sentido y la diferencia axiológica de estos hechos relevantes para el Derecho penal no pueden determinarse sin un examen de la voluntad de realización del autor, pues en su sustrato físico-natural pertenecen sólo a la esfera de los —axiológicamente completamente indiferentes— *entia physica*. Ni siquiera en el lenguaje coloquial se denomina “homicidio” a la mera causación de la muerte de un hombre. “Homicidio” es sólo la muerte de un hombre realizada por otro hombre de un

modo consciente y voluntario o a consecuencia de la puesta en práctica de una voluntad de realización que contradice el cuidado objetivamente debido.

d) En síntesis, la función del Derecho penal consiste, a mi juicio, en la protección de bienes jurídicos por medio del aseguramiento de los valores ético-sociales de conciencia, de la formación del juicio ético-social de los ciudadanos y del fortalecimiento de su conciencia de permanente fidelidad (legal) al Derecho[70]. De aquí tiene que resultar que una precisa y completa definición de los hechos que tengan el “sentido” de contradicción de aquéllos valores, en tipos específicos y diferenciados de lo injusto, tiene que ser ya una condición de la posibilidad de cumplimiento de aquélla función. Ahora bien, de nuevo hay que recordar que la determinación del sentido específico y diferenciado de todo hecho penalmente relevante no es posible sin el examen de la voluntad de realización del autor. De aquí, empero, sólo puede deducirse que la voluntad de realización tiene que ser por fuerza objeto de valoración ya en la tipicidad. Si se remitiera el enjuiciamiento de la misma a la culpabilidad, entonces no sería posible identificar de ningún modo cuál es el hecho real, es decir, el específico injusto que puede ser objeto de reproche al autor, ni el valor ético-social específico cuya vigencia debe ser confirmada por el Derecho penal y con respecto al cual es preciso fortalecer la conciencia de fidelidad jurídica o plantear cuestiones de necesidad de pena. Como ilustra Welzel, si alguien es herido por el arma de fuego que tiene otro en la mano, es cierto que las lesiones podrán ser reconducidas causalmente a la conducta del disparo, pero esto nada dice sobre el sentido del hecho, y así no puede determinarse cuál ha sido la acción, ni por ello el tipo de lo injusto realizado por el autor: tentativa de asesinato o de homicidio, lesiones dolosas consumadas, disparo en lugar habitado, lesiones imprudentes o puro accidente desgraciado[71]. Esto sólo puede determinarse mediante el examen de la voluntad de realización configuradora de la acción. Ahora bien, si esto es así, entonces ¿cómo se puede explicar y entender que el examen del elemento que determina y permite identificar precisamente al tipo de lo injusto realizado, quede postergado a un momento posterior al de la tipicidad? Estamos aquí, sin duda, ante una contradicción resultante del desconocimiento de la estructura lógico-objetiva de la acción en la valoración jurídica. Pues como ha dicho Zaffaroni “debe señalarse que el componente final forma parte de cualquier acción humana, y que las acciones que tipifican las estructuras dolosas o culposas, activas u omisivas, son siempre finales”, eso es algo que viene impuesto “incluso por razones sistemáticas, o sea, porque sin el dato de la finalidad concreta no puede llevarse a cabo la comprobación de ninguna tipicidad”[72].

IV. Sobre la estructura del tipo de lo injusto en la Dogmática finalista y en las Dogmáticas de orientación normativa [\[arriba\]](#)

1. La demostración de que la estructura finalista de la acción humana impone la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, proporciona ahora la ocasión de someter a contraste la Dogmática finalista del tipo de lo injusto con las Dogmáticas actuales que aun rechazando el método y el concepto finalista de acción, distinguen también entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo e incluyen por tanto al dolo en el tipo. Esta comparación crítica me parece necesaria, en primer lugar, para someter a revisión la extendida creencia que existe incluso entre los finalistas de que el rechazo generalizado de los fundamentos metodológicos del finalismo, no habría impedido, al menos en Alemania, que se hubieran impuesto la mayor parte de los resultados sistemáticos obtenidos por aquél, y ello tanto en la teoría científica como en la legislación penal positiva y en la jurisprudencia[73]. Si se parte de la estructura finalista de la acción humana, la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es una consecuencia necesaria. Pero —así reza la pregunta que ahora hay que

plantear— ¿es realmente posible construir un tipo de estructura finalista a partir de un concepto de acción no finalista? Ya anticipo la respuesta: ello no es posible[74], y si se incluye el dolo en el tipo sin partir de un concepto finalista de acción, el sistema, y, más concretamente, el tipo de lo injusto resultante, no puede dejar de presentar contradicciones internas.

2. En las Dogmáticas que rechazan el concepto final de acción, e incluyen no obstante el dolo en el tipo, las relaciones entre los elementos objetivos y subjetivos del tipo difieren sustancialmente de las existentes en la construcción finalista[75]. La Dogmática finalista parte de la acción como una unidad final-causal de sentido, y por esto en el tipo se somete a una valoración global y unitaria a la totalidad sintetizada de los elementos de la acción[76], y no sucesivamente a distintas partes de ésta. En la Dogmática finalista, la división del tipo en una parte objetiva y en otra subjetiva, así como también la anteposición del tipo objetivo al subjetivo es sólo una exigencia del aspecto meramente analítico del método y de la didáctica del sistema[77]. Materialmente, sin embargo, el tipo objetivo y el subjetivo se encuentran fundidos en una unidad sintética indisoluble[78]. En rigor, la división del tipo en uno objetivo y en otro subjetivo no tiene correspondencia con lo que realmente debe resultar en la construcción jurídica de conceptos y de categorías con el método finalista, pues como hemos dicho es uno de carácter sintético, y por esto, tiene que dar lugar a conceptos y categorías jurídicas asimismo sintéticas, en el sentido de que las valoraciones jurídicas correspondientes abarquen a la totalidad del fenómeno como una unidad no escindida en partes. Por eso, en el sistema finalista el hecho externo (objetivo) que morfológica y aparentemente coincide con el descrito por un tipo, no es sin embargo típico cuando al autor, pese a haberlo causado, no obró con el dolo correspondiente, y, a su vez, la voluntad que no está orientada a la realización de un hecho (objetivamente) típico no puede ser constitutiva del dolo. Esto es así porque lo que el tipo (des)valora es justamente la totalidad de la acción y ésta es una unidad final-causal de sentido[79].

3. En las sistemáticas que no parten de un concepto final de acción, por el contrario, los elementos objetivos y subjetivos que se estiman constitutivos del tipo, aparecen dentro de éste escindidos y repartidos en un tipo objetivo y en otro tipo subjetivo que operan como dos niveles separados e independientes de imputación o de enjuiciamiento sucesivos[80]. En este sistema, para el enjuiciamiento y para la determinación del tipo objetivo se prescinde —o se dice prescindir— por completo del contenido de la voluntad, dado que ésta no es elemento del concepto de acción del que se parte. El examen de la voluntad de realización es relegado ahora no a la culpabilidad como sucedía en el naturalismo y en el llamado sistema neoclásico, sino al tipo subjetivo. Ahora bien éste tipo subjetivo de los sistemas no finalistas es uno que no opera en ninguna relación de síntesis con el objetivo, sino que lo hace a continuación de éste de modo independiente, es decir, una vez que ya se ha comprobado la realización del tipo objetivo que lógicamente le precede. El tipo objetivo opera también independientemente del subjetivo, es decir, fuera de toda relación de síntesis con éste, y se delimita con criterios propios de valoración de la acción objetiva, esto es, sólo de la parte externa de la acción.

a) De lo anterior resulta, pues, que en las actuales Dogmáticas no finalistas el llamado “tipo objetivo”, y al margen de las correcciones normativas que, como veremos, se ven forzadas a llevar a cabo dentro de él, es idéntico al tipo de los sistemas edificados sobre la base del concepto causal de acción. Pero con esto, sin embargo, los problemas sistemáticos continúan aún planteados —y, a mi juicio, no resueltos en absoluto—, en el mismo modo y en los mismos términos que en aquéllos sistemas tal y como se ha explicado en el epígrafe

anterior. ¿Cómo es posible ahora identificar el tipo objetivo que haya realizado el autor únicamente a partir de la manifestación activa o pasiva de la voluntad, si no se indaga antes en el contenido y en la dirección de su voluntad? El sujeto que ha realizado voluntariamente el disparo que ha ocasionado la lesión de otro ¿qué tipo objetivo ha realizado?, ¿homicidio en grado de tentativa, lesiones dolosas consumadas, lesiones imprudentes, o se trata de un puro accidente desgraciado? A mi juicio, continúa en pie todavía la objeción finalista de que sin examinar el contenido de la voluntad del autor no puede determinarse ya ni siquiera el tipo objetivo del delito realizado por el autor[81].

b) Por otro lado, las contradicciones en que incurren estas Dogmáticas no finalistas en la construcción del tipo son realmente ostensibles. Como ha quedado apuntado, en ellas el substrato del tipo objetivo no puede estar constituido por nada más que por el proceso causal del concepto causal de acción por mucho que en estas Dogmáticas se pretenda enmascararlo con todo tipo de revestimientos y se lo quiera presentar con otros nombres (personal, significativo, etc.). Lo decisivo y realmente trascendente es que en ese substrato del tipo objetivo está totalmente ausente la voluntad de realización del autor, y que esta abstracción de la voluntad de realización tiene que dejar como objeto posible de la valoración del tipo objetivo únicamente al mero proceso causal desencadenado por el impulso de voluntad del autor. Ahora bien, y como ya advirtieron las tempranas críticas al concepto causal de acción, puesto que las consecuencias causales de un acto son ilimitadas, puesto que, por otra parte, la causalidad regresa hasta el infinito, y puesto que esto daría lugar al resultado del tan conocido y esperpéntico ejemplo de que habría que considerar realizado el tipo objetivo del asesinato ya con el acto de engendrar al asesino, porque el mismo fue voluntario y luego fue también causa (condición) de la muerte posterior de un hombre, de ahí que se imponga de modo patente la necesidad de reducir y de poner límites a ese tipo objetivo. Por esto, la doctrina dominante pretende limitar ahora el tipo objetivo mediante diversos criterios normativos independientes a los cuales agrupa, como es sabido, en una doctrina que denomina como “imputación objetiva”. De acuerdo con esta doctrina, y simplificando, la realización del tipo objetivo tiene lugar sólo si el acto del autor ha creado o incrementado un riesgo de producción del resultado típico, si el resultado acaecido aparece como realización de ese riesgo, si éste riesgo es uno prohibido, esto es, contrario al deber objetivo de cuidado, y si, finalmente, el resultado producido está comprendido en el fin de protección de la norma o en el ámbito de protección y en el alcance del tipo[82]. La imputación objetiva del resultado sería así un requisito implícito del tipo objetivo[83]. Consecuentemente, el dolo, ubicado en un tipo subjetivo independiente del objetivo, deberá comprender el conocimiento de la imputación objetiva del resultado, es decir, el conocimiento “de las circunstancias fácticas ... que permiten afirmar su concurrencia”[84]. El modo de proceder de esta Dogmática, por tanto, se puede resumir así: primero hay que comprobar que concurren las circunstancias de la imputación objetiva en un primer nivel independiente del tipo objetivo, lo que en rigor presupone una abstracción del dolo cuando se parte de un concepto no finalista de acción; y a continuación, una vez constatada la concurrencia del tipo objetivo, deberá procederse a la imputación al dolo en el segundo nivel, asimismo independiente, del tipo subjetivo. Por lo demás, igual que sucedía con el tipo único de los sistemas causalistas, el tipo objetivo de la doctrina no finalista actualmente dominante se presenta como único e idéntico para el delito doloso y para el imprudente.

c) Pero como advertía antes, este proceder de la doctrina de la imputación objetiva no sólo es sistemáticamente incorrecto, sino que no puede ser llevado a efecto sin incurrir en

graves contradicciones. De entre la multitud de objeciones que cabe plantear contra esta doctrina desarrollaré aquí dos que me parecen especialmente reveladoras.

a') La cuestión de la creación de un peligro penalmente relevante no puede resolverse de modo independiente en el tipo objetivo, pues es absolutamente dependiente de la voluntad de realización del autor, y, por lo tanto, del dolo[85]. La cuestión de si una acción es peligrosa, y en qué medida lo es, no puede resolverse ni determinarse si la valoración se proyecta exclusivamente al lado objetivo o externo del acto, pues para fundar un juicio correcto de peligrosidad es preciso tener en cuenta no sólo los conocimientos del autor sobre las circunstancias del hecho, particularmente los llamados conocimientos especiales[86], sino también la dirección de la voluntad de la acción. Así lo tienen que reconocer los mismos defensores de la imputación objetiva cuando, como no podría ser de otro modo, afirman que sin duda la acción dolosa es más peligrosa que la imprudente, y que ello es así, precisamente, porque en la primera la voluntad se dirige a la producción del resultado. Así por ejemplo, en la doctrina española, Luzón reconoce que “la actuación dolosa, al menos como regla general, significa también mayor peligrosidad, y por tanto mayor desvalor objetivo de la acción”[87]. Ahora bien, si esto es así, entonces es preciso reconocer que el dolo tiene que ser ya un elemento constitutivo de la llamada imputación objetiva y no un nivel independiente de imputación de un hecho previamente valorado mediante criterios normativos en un tipo objetivo independiente, y por otro lado que el dolo –la dirección de la voluntad del autor– tiene que ser el elemento inicial del enjuiciamiento, es decir, tiene que examinarse y enjuiciarse antes del tipo objetivo porque de él depende si se ha realizado o no el peligro y el grado de éste y, con ello, en definitiva, si se ha realizado o no el tipo objetivo. Pero entonces, si la determinación de la peligrosidad objetiva de la acción depende de la presencia o no del dolo, ¿cómo puede fundamentarse la imputación objetiva del resultado exclusivamente en el tipo objetivo, si el criterio de imputación en ese nivel independiente de enjuiciamiento –la peligrosidad de la acción– exige ya el examen del contenido de la voluntad del sujeto y, por lo tanto, del tipo subjetivo? Y, por otro lado, si la comprobación de la imputación objetiva no puede desligarse del examen del dolo ¿cómo puede explicarse que las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva tengan que ser objeto de conocimiento del dolo si éste es precisamente ya una circunstancia constitutiva o al menos cofundamentadora de aquélla?

b') Por otro lado, la doctrina de la imputación objetiva en el delito doloso parte de la suposición de que en las constelaciones de casos a los que deben aplicarse sus criterios normativos se trata de hechos en que el autor actúa dolosamente[88]. Por esta razón, y puesto que los hechos en cuestión no deben ser punibles porque en ellos no cabe ver ninguna relevancia penal, pero esta irrelevancia no puede explicarse ni resultar del tipo subjetivo porque, según se afirma en el punto de partida, el autor obra con dolo, entonces la doctrina de la imputación objetiva tiene que recurrir a criterios normativos restrictivos – y, para tales hechos, excluyentes– del tipo objetivo[89]. Ahora bien, si los hechos en cuestión son unos que, de acuerdo con criterios normativos, no tienen que estar comprendidos en el tipo objetivo, ya solo por esta razón habría que negar la presencia del dolo si es que aún quiere mantenerse que éste es el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo[90]. ¿Cómo puede existir dolo allí donde no se realiza un hecho “objetivo” penalmente relevante? No obstante, para que esta objeción sea bien comprendida y no sea tachada de sofisma, es conveniente recordar que para el finalismo el dolo y la finalidad no son coincidentes, como ya aclaró Welzel de un modo que hasta hoy no ha podido ser contestado de ningún modo convincente. La finalidad es la voluntad de realización de cualquier acción, mientras que el dolo es la finalidad o voluntad de

realización de un hecho objetivo penalmente relevante, es decir, penalmente típico[91]. Por ello, hay que rechazar que la doctrina dominante llame dolo a una voluntad de realización que está dirigida a la producción de un hecho que, según criterios normativos, estaría excluido ya del tipo objetivo.

4. Finalmente quiero dejar abierta aquí una cuestión para la reflexión en torno a la teoría de la imputación objetiva. Como ya hemos visto, no es posible prescindir del examen de la voluntad de realización para comprobar la realización del tipo objetivo. Pero si ello fuera posible, entonces aún habría que preguntar a la doctrina de la imputación objetiva por si aún puede creer seriamente en poder cumplir su declaración programática fundamental, a saber: que su finalidad es fijar criterios que permitan distinguir aquéllo que es la “obra de un sujeto”, del acaso y de la casualidad[92]. Sin embargo, como recuerda Georg Küpper, esta es también, precisamente, la finalidad de la teoría del dominio del hecho, determinar si un hecho es la obra del autor. Ahora bien, parece evidente esto no puede resolverse sin recurrir a momentos subjetivos[93]. Y es que, desde la Etica a Nicómaco de Aristóteles sabemos ya que únicamente puede entenderse como obra de un sujeto determinado aquello que aparece como el resultado de una acción suya con dominio del hecho, es decir, como producto de su voluntad de realización[94]. Y desde Pufendorf sabemos también, por un lado, que la imputación –imputatio– presupone la imputabilidad –imputativitas–, por otro lado, que es en ésta donde se constata si algo aparece como la obra del sujeto, y, finalmente que esta última cuestión sólo puede resolverse en virtud de la comprobación de si el hecho es o no es un producto de la voluntad de realización del autor porque ésta es precisamente un elemento constitutivo de la imputativitas cuya comprobación ha de preceder lógicamente y necesariamente a la imputatio[95]. O sea que lo que sea la obra de un sujeto es algo que depende absolutamente de la voluntad de realización. Pero si esto es así, y si la doctrina de la imputación objetiva imputa a un sujeto un hecho definido exclusivamente mediante criterios normativos que no tienen en cuenta para nada su voluntad de realización, entonces hay que plantearle a la doctrina de la imputación objetiva acerca de qué es realmente lo que ella imputa al sujeto por medio del tipo objetivo y, además, por si cree poder mantener aún seriamente que los criterios de la imputación objetiva delimitan realmente lo que es realmente la obra de un sujeto determinado, de lo que sólo es acaso y casualidad.

5. Las contradicciones en que incurre la doctrina dominante no tienen lugar en modo alguno en la concepción finalista[96]. En ésta, como ya dije antes, el tipo objetivo y el subjetivo no constituyen niveles de enjuiciamiento independientes, pues ambos operan en una relación de síntesis indisoluble que expresa la valoración unitaria de lo injusto de la totalidad de la acción. El tipo subjetivo es uno lógicamente anterior al objetivo, pues éste es el objeto de aquél. Por ello, si no se da el tipo subjetivo, porque la voluntad del autor no era una dirigida a la realización del tipo objetivo, entonces todo lo que haya ocurrido en el mundo exterior no podrá ser valorado ya como realización del tipo objetivo doloso, pues se tratará de un mero acontecimiento que no podrá ser configurado como un desvalor de resultado (Erfolgsunwert), sino a lo sumo como un simple –y en todo caso jurídicamente penalmente irrelevante– desvalor de situación (Sachverhaltsunwert) para el caso de que el acontecimiento, no obstante, sea uno jurídicamente relevante para otros sectores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo para el Derecho civil de daños. De todo ello resulta que, para el finalismo, donde no hay dolo es imposible que lo que se realice en el mundo exterior pueda ser desvalorado como realización del tipo objetivo del delito doloso. Y, por lo mismo, que es imposible que pueda constituirse el tipo subjetivo allí donde lo que se representa el sujeto como objeto de su voluntad sea algo extraño a la descripción del

tipo objetivo. En definitiva, que sin desvalor de la acción no hay desvalor del resultado, y sin la referencia a un desvalor del resultado no puede haber tampoco desvalor de la acción, y esto por la simple razón de que es seguro que no cabe hablar de ningún desvalor en sí de la acción desde el momento en que no existen acciones finales en absoluto, sino sólo acciones finales en relación con un fin determinado, y, por ello, que el desvalor de la acción, como ya fuera destacado tempranamente por mi maestro Cerezo, “sólo puede fundamentarse en referencia a la lesión del bien jurídico, es decir, al desvalor del resultado”[97].

V. La adecuación social como el cierre normativo de lo injusto en el finalismo y el abismo sistemático que la distancia de los criterios de la doctrina de la imputación objetiva [\[arriba\]](#)

1. Con lo expuesto hasta aquí, debería haber quedado claro y fuera de toda duda que la Dogmática del finalismo en modo alguno puede ser vista como una de sesgo exclusivamente “ontologista”. La Dogmática finalista es exactamente una de carácter sintético real-normativo, es decir, una que no opera de modo separado con lo real por un lado y con lo normativo por otro, sino con fusiones y con síntesis de lo real con lo normativo. Estas fusiones y síntesis entre lo real y lo normativo, es decir, el enlace entre la realidad que se quiere regular jurídicamente y los valores a que se orienta la regulación jurídica para alcanzar determinados fines con respecto a aquella realidad, las alcanza el finalismo mediante el “puente” metódico de las estructuras lógico-objetivas. Mas atrás se demostró que este método lógico-objetivo resulta de una contemplación de los valores y de los fines del Derecho penal y de la pregunta, a partir de dicha contemplación, por las condiciones de posibilidad de la realización y del logro de aquellos valores y fines. Para el finalismo, la vinculación de la regulación jurídica a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación es la condición general de posibilidad de aquello que luego se tiene que concretar en cada nivel valorativo de la regulación, es decir, de la teoría del delito en el caso del Derecho penal. Precisamente la idea de la “adecuación social”, que se debe al finalismo, nos brinda un perfecto exponente del método lógico-objetivo y del carácter real-normativo de la Dogmática que se desarrolla a partir de él, y a la vez, si se comprende bien el alcance de aquella idea, nos brindará también una nueva y contundente prueba de que el respeto de la estructura lógico-objetiva de la materia de la regulación jurídica por ésta, es la condición de posibilidad del cumplimiento de la función y de los fines del Derecho penal sin contradicciones y conforme a los valores a que se orienta.

2. Como se dijo más atrás, la exigencia de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas de la materia de la regulación es una de mínimos, es decir, que se limita sólo a aquellas estructuras y propiedades materiales del objeto de la regulación que, por su carácter constitutivo y esencial para dicho objeto, se muestran como indisponibles y, por esto, tienen que ser necesariamente respetadas por la regulación jurídica para que su objeto sea realmente el pretendido y no otro completamente distinto. Esto, sin embargo, para nada impide que, luego de que ese mínimo ontológico indisponible se haya incorporado a la valoración, como objeto “valorado”, existan ciertos otros aspectos de éste objeto que sí sean disponibles en el margen de elasticidad y en la periferia de la valoración de acuerdo con criterios normativos que ya no son controlables por la lógica de la naturaleza de las cosas, sino por la lógica de la axiología. De acuerdo con esto, pues, la vinculación del legislador a la estructura ontológica de la acción humana en el proceso de configuración de los tipos de lo injusto, no va más allá de —sino que se agota en— la exigencia de que las valoraciones jurídicas de ese nivel tengan que tener por fuerza como objeto acciones

finales, o sea unidades final-causales de sentido. Esta exigencia lógico-objetiva, sin embargo, de ningún modo condiciona —simplemente porque se trata de algo que está fuera de semejante campo lógico— el contenido material, esto es, axiológico, de los tipos de lo injusto. Qué acciones finalistas concretas deben ser comprendidas en los tipos de lo injusto es una cuestión que en absoluto resulta de la esfera ontológica, sino que pertenece por completo a la esfera axiológica. Por esto, y como no podría ser de otro modo, también en el finalismo los juicios de la tipicidad y de lo injusto tienen que tener un componente específico clara y puramente normativo, si bien con la diferencia, con respecto a las otras Dogmáticas, de que semejante componente normativo, como no podría ser menos, también tiene que ser desarrollado a partir de la estructura lógico-objetiva de su objeto como el mínimo indispensable que tiene que someterse a la valoración correspondiente. Este componente normativo del finalismo en el campo de lo injusto está constituido por los juicios contrarios de adecuación e inadecuación social de la conducta, los cuales desempeñan la función político criminal de trazar un límite entre lo penalmente irrelevante y relevante. En lo que sigue se expondrán los juicios de la adecuación social, los cuales ya no son controlables por la ontología porque comienzan una vez que su objeto ya ha quedado fijado y definido completamente en esa esfera, sino en la esfera normativa de la política.

3. Como ya se dijo más atrás, mi discípula M^a Angeles Rueda Martín, en su modélica y espectacular investigación, que sigue la línea metodológica expuesta precedentemente y es completamente demoledora para la doctrina de la imputación objetiva, explica que “el finalismo en modo alguno se limita a señalar el carácter ontológico de la acción humana, sino que ... añade posteriormente criterios de significación social extraídos de la realidad social”[98]. Por su parte, Welzel había advertido ya que “acción (también como acción final), lo mismo que causación, continúa siendo una abstracción, si no se comprende como fenómeno socialmente relevante, es decir, como acción en el espacio de la vida social”[99]. Con esto, y como queda dicho, se quiere evidenciar que la estructura lógico-objetiva de la acción no predetermina por sí misma sus contenidos de significado, ni mucho menos, por consiguiente, los contenidos materiales de lo injusto penal y de sus tipos específicos, sino que para esto aún es preciso someter a la acción definida por sus caracteres ontológicos a juicios de significación social y, por tanto, a juicios esencialmente normativos o axiológicos. La cuestión es, ahora, la relativa a qué otras circunstancias de la acción tienen que concurrir para la constitución de lo injusto, y la relativa a qué acciones finalistas concretas habrán de comprender los tipos específicos de aquél. Para el finalismo ha estado completamente claro desde un principio que los tipos de lo injusto se constituyen definitivamente como resultado de una pluralidad de ponderaciones normativas que, como aquí veremos, tienen como referencia fija y constante los bienes jurídicos y —lo que es aún más decisivo— las funciones que éstos desempeñan en la vida social, pero sin perder de vista en ningún momento la estructura ontológica de la acción, ya que lo que tales ponderaciones tienen que determinar en su resultado es precisamente el “valor” o el “desvalor” jurídico-penal de una acción determinada.

4. La componente normativa del sistema finalista está representada por la categoría de la “adecuación social”. Como se reconoce ampliamente en la literatura jurídico-penal, la “idea” de la “adecuación social” habría sido originalmente formulada e introducida en la teoría general del delito por Welzel en sus *Studien zum System des Strafrechts*, de 1939[100]. Ya aquí, la adecuación social se muestra como un criterio esencialmente normativo, pues la misma opera ante todo como criterio de valoración de la acción en el ámbito de lo injusto. En una primera aproximación, sólo pueden ser constitutivas de lo injusto y estar comprendidas en los tipos penales acciones “socialmente inadecuadas”, es

decir, acciones “que caen fuera gravemente del orden de la vida social que se ha formado históricamente”. Por ello, y a la inversa, tienen que quedar excluidas de lo injusto todas aquellas acciones que pueden valorarse como “socialmente adecuadas”[101]. “Acciones socialmente adecuadas son todas las actividades en que se realiza la vida de la comunidad de acuerdo con su propio orden históricamente condicionado”[102]. Dicho de otro modo: socialmente adecuada es toda acción “que se desenvuelve funcionalmente dentro del que históricamente se ha constituido como el orden de la vida común de un pueblo”[103]. Las acciones socialmente adecuadas estarán excluidas de los tipos de lo injusto, aunque se produzcan lesiones de bienes jurídicos a consecuencia de ellas y aunque puedan ser subsumidas en ellos de acuerdo con criterios causales y con su tenor literal[104]. Como casos de adecuación social Welzel llegó a considerar, entre otros, los que caen dentro del riesgo permitido, como la causación de lesiones en el funcionamiento regular y ordenado de ferrocarriles, minas, fábricas, etc.[105] y el inducir a participar en el moderno tráfico motorizado, ferroviario o aéreo[106], los negocios que se mantienen en el marco de una gestión ordenada aunque tengan resultados desfavorables[107], la causación de lesiones corporales insignificantes[108], las privaciones irrelevantes de libertad de los usuarios de medios de transporte públicos que sólo hacen parada en determinadas estaciones[109], la entrega de aguinaldos a los funcionarios por Navidad o Año Nuevo[110], las conductas meramente indecorosas o impertinentes en los delitos contra la libertad sexual[111], el servir bebidas alcohólicas en los bares situados en las carreteras o autopistas[112], o en algún momento del desarrollo de la doctrina incluso la muerte del enemigo en la guerra[113].

5. Hasta aquí la idea de la adecuación social formulada originalmente por el finalismo. Si se quiere hacer ahora un balance del desarrollo de la doctrina de la adecuación social y de su vigencia en el presente, se podría decir, en una apretada síntesis, lo siguiente. La doctrina penal ha aceptado la idea, por lo menos en su raíz, pues como puede comprobarse muy fácilmente, una referencia expresa o implícita a la adecuación social está presente de modo constante en los fundamentos de las soluciones que ofrecen para ciertos problemas jurídico-penales no sólo la mayor parte de teóricos del Derecho penal adscritos a todas las tendencias dogmáticas[114], sino también las resoluciones jurisprudenciales tanto en Alemania como en España[115]. Sin embargo, en la doctrina penal del presente hay una enorme dispersión de opiniones en cuanto a la función específica que correspondería a la adecuación social en la teoría del delito, y por ello, en su caso y lógicamente, en cuanto a su correcta ubicación sistemática[116]. Finalmente, en lo que se refiere a los casos o a las constelaciones de casos ante los que se invoca de un modo u otro la adecuación social, la doctrina ofrece un panorama que tal vez pueda ser percibido y calificado como desolador a la vista de la gran heterogeneidad existente entre ellos. Además, la imprecisión, probablemente cierta, que ha acompañado hasta ahora al criterio de la adecuación social motiva a muchos sectores de la Dogmática penal a fundamentar las soluciones de muchos de los casos de adecuación social con “otros” criterios “más precisos” que habría desarrollado y fijado la doctrina penal de los últimos años al margen del finalismo, y a afirmar, por ello, que actualmente la doctrina de la adecuación social, si bien es tendencialmente correcta, ya no puede pretender ningún significado dogmático especial[117]. De una situación como la descrita resulta que si la idea de la adecuación social estuviera realmente llamada a desempeñar alguna función en la teoría del delito, como así lo sostengo yo contra lo dicho por la afirmación que acabo de citar, entonces, y esto sí hay que reconocerlo, será preciso llevar a cabo un desarrollo dogmático de la misma a partir de un estadio prácticamente embrionario. No obstante, tengo que decir que un tal desarrollo ha dado ya pasos de gigante, al menos en la doctrina española, gracias a la investigación sobre la teoría de la

imputación objetiva del resultado en los delitos de acción dolosos, llevada a cabo por mi discípula M^a Angeles Rueda Martín, publicada en España y en Colombia en 2001, y ya antes citada y calificada por mí de espectacular y de totalmente demoledora para aquella teoría[118].

6. Partiendo de la idea central de que no pueden ni deben ser punibles las acciones que tienen lugar en los procesos de funcionamiento usual y normal de la vida social, porque se trata de acciones aprobadas por la comunidad social con carácter general, o sea en toda circunstancia, en la doctrina actual se atribuye a la adecuación social, como referente que puede explicar la exclusión de tales acciones del ámbito de la punibilidad, la naturaleza de un principio general de interpretación de los tipos[119], la de una causa de exclusión de la tipicidad[120], la de una causa de justificación excluyente de lo injusto[121], e incluso, minoritariamente, la de una causa de exculpación[122]. En el presente, creo con la doctrina que puede considerarse mayoritaria que si la adecuación social tiene que operar como un fundamento específico de exclusión de la punibilidad, el campo en que la misma tiene que operar a tal efecto no puede ser otro que el de lo injusto, y dentro de éste, más concretamente, en el ámbito de los “tipos específicos de lo injusto” (Unrechtstypus).

a) No parece precisar de ninguna argumentación detallada el rechazo de toda configuración de la adecuación social como una mera causa de exculpación[123]. Una tesis como esta conlleva la calificación no sólo como penalmente típicas, sino nada menos que también como antijurídicas, o sea como contrarias al ordenamiento jurídico, de acciones que precisamente en virtud de su aprobación por la comunidad social con carácter general, no pueden verse de ningún otro modo que como conformes con el ordenamiento jurídico porque se mueven dentro de éste, o sea como acciones completamente lícitas[124]. Esta teoría está, pues, en contra de la definición de las acciones socialmente adecuadas que se encuentra en el punto de partida, pero es que además conduciría a resultados tan grotescos como a tener que admitir la legítima defensa contra acciones socialmente adecuadas, por ejemplo de los espectadores de un juego deportivo de riesgo contra cualquiera de los deportistas que participan en el juego; el boxeo, por ejemplo, podría ser así interpretado y entendido desde el Derecho penal como ¡intercambio de acciones de legítima defensa entre los contendientes!.

b) La configuración de la adecuación social como una causa de justificación, o sea como una causa de exclusión de lo injusto, no lleva a ninguna consecuencia tan grotesca como la descrita, pero debe ser asimismo rechazada. Las causas de justificación excluyen en determinadas circunstancias excepcionales la antijuridicidad de acciones que serían contrarias al ordenamiento jurídico, o sea que estarían fuera de él y serían, por tanto, ilícitas, si no se dieran aquellas circunstancias excepcionales. Las acciones justificadas para el Derecho penal son acciones que la comunidad social desapruueba con carácter general y respecto de las cuales ésta únicamente neutraliza su desaprobación general en situaciones muy concretas caracterizadas por la emergencia de circunstancias y sucesos excepcionales, o sea que no están presentes de un modo regular en los procesos de funcionamiento adecuado, usual y normal de la vida social de la comunidad. Pero entonces, parece que no es éste significado tan específico y propio de la idea de justificación el que está presente en los casos de adecuación social, sino más bien el contrario, ya que, como hemos definido ya en el punto de partida, los juicios de la comunidad social sobre las acciones socialmente adecuadas hacen de éstas precisamente acciones aprobadas, o sea, positivamente valoradas o, por lo menos, no valoradas negativamente o no en el grado suficiente como para percibir las insoportables para el orden de la comunidad y, por tanto, para ser merecedoras

de pena al menos en algún caso, y todo esto, que es aquí lo decisivo, con carácter general[125]. La tesis de la justificación conllevaría la tipicidad penal de las acciones socialmente adecuadas y con ello la afirmación de que tales acciones se encuentran desprobadas con carácter general por la comunidad social. Así entonces, y para seguir con ejemplos grotescos, quienes elijan en la vida como profesión la peluquería estarán abocados a la realización masiva y reiterada de acciones criminales, en el sentido de generalmente desaprobadas por la comunidad social, pues cada vez que lleven a cabo un corte de pelo o de barba realizarán un hecho penalmente tipificado de menoscabo de la integridad corporal del cliente, aunque finalmente quedarán exentos de pena por la justificación de sus acciones en virtud su “adecuación social”.

7. Con un sector doctrinal actual, del que no estoy en condiciones de decir si es o no mayoritario, comparto la tesis de que si hay que asignar alguna función dogmática y/o politicocriminal a la adecuación social, el campo de dicha asignación no puede ser otro que el de la tipicidad. La adecuación social, por ello, sólo puede tener la naturaleza de una causa excluyente de la tipicidad de las acciones socialmente adecuadas en virtud de la irrelevancia penal de éstas.

a) Como ya he adelantado antes, ante la imprecisión que se advierte en el enunciado general de la idea de la adecuación social, la mayor parte de la doctrina ha seguido caminos que, sin renunciar completamente a ese enunciado, llevan en todo caso a no reconocer en la adecuación social ningún contenido propio y específico, y a no concederle ninguna función dogmática o politicocriminal independiente ni autónoma en la teoría del delito, más concretamente en la teoría del tipo. Para un sector muy numeroso de la doctrina que niega autonomía dogmática a la adecuación social y sugiere en su lugar una gran variedad de soluciones sólo aparentemente diferentes, alguna de las cuales es sostenida incluso por finalistas como Hirsch y como mi maestro Cerezo Mir, la adecuación social no es más que un principio general interpretativo que permite excluir de los tipos de lo injusto los casos que se ponen como ejemplos de conductas socialmente adecuadas[126], o bien tales casos resultan excluidos de los tipos de lo injusto en virtud de una reducción teleológica (teleologische Reduktion) de éstos que resulta ya de la aplicación de principios generales o de otros criterios desarrollados en la Dogmática penal de los últimos años que se consideran más precisos que la idea de la adecuación social, como sería el caso, especialmente, de los criterios formulados por la doctrina de la imputación objetiva[127]. Así, por ejemplo, según Roxin, la exclusión de los tipos de lo injusto, de las conductas que pese a producir lesiones de bienes jurídicos se llevan a cabo, no obstante, dentro del riesgo permitido, como el funcionamiento de fábricas, la participación en el tráfico ferroviario o aéreo o en competiciones deportivas de riesgo, se fundamentaría y explicaría, mucho mejor y más precisamente que con el criterio de la adecuación social, con el principio general de imputación objetiva a tenor del cual sólo pueden caer en el ámbito de los tipos de lo injusto aquellas acciones que crean un riesgo jurídico-penalmente relevante y, por ello, no permitido con carácter general[128]. En particular, este principio de imputación objetiva explicaría, mucho más precisamente que la adecuación social, la exclusión del tipo del homicidio en el caso de laboratorio, tantas veces citado y discutido, del sobrino que persuade al tío del cual es heredero para que dé un paseo en medio de la tormenta, con la esperanza de que al hacerlo sea alcanzado por un rayo, lo cual sucede efectivamente, y de tal modo el tío resulta muerto de acuerdo con la esperanza del sobrino. Este caso queda excluido del tipo del homicidio porque el sobrino no ha creado con su persuasión un peligro relevante para la vida del tío, una fundamentación que Roxin ve mucho más exacta que si se planteara la cuestión de si la conducta del sobrino es “socialmente adecuada”[129]. En el

resto de los casos en que se ven acciones socialmente adecuadas, lo que sucede en realidad es que no resultan lesionados los bienes jurídicos penalmente protegidos que se ven implicados en las actividades correspondientes. Así, el pequeño regalo que se ofrece como aguinaldo de Navidad o Año Nuevo al cartero no lesiona, ni pone en peligro, la confianza pública en la integridad de los funcionarios que protege el § 331 StGB, las expresiones denigrantes pronunciadas confidencialmente en el círculo familiar más íntimo no causan un menoscabo de la pretensión de consideración social del afectado que protegen los §§ 185 ss. StGB, y las transacciones arriesgadas que se mantienen dentro de una ordenada gestión de los negocios no son expresión de la corrupción que pretende evitar el tipo de la gestión desleal del patrimonio ajeno del § 266 StGB. Por lo tanto, en supuestos como estos, dice por ejemplo Roxin, “la solución correcta se alcanza en cada caso por medio de una interpretación restrictiva orientada al bien jurídico protegido”, la cual es preferible a la invocación indiferenciada de la adecuación social de las correspondientes acciones[130].

b) Este desplazamiento de los casos que Welzel quiso tratar y resolver con la categoría de la adecuación social, a otros ámbitos de solución me parece, en principio, acertado y justificado, si bien sólo de un modo parcial, pues las soluciones alternativas que se proponen ni eliminan la inseguridad e incertidumbre que se atribuyen a la versión originaria del criterio de la adecuación social, ni ofrecen una explicación convincente de las soluciones de todos los casos. Además, creo que los problemas que se quieren ver en algunos de los casos que se proponen están ya mal planteados tanto por la doctrina de la adecuación social como por la doctrina que defiende las soluciones alternativas que acabamos de describir. Ese desplazamiento de casos a otros ámbitos de solución me parece lógico a la vista del estado de la doctrina de la adecuación social, el cual sólo puede calificarse como un estado de subdesarrollo dogmático. Como es sabido, el propio Welzel modificó varias veces su opinión no sólo sobre la naturaleza dogmática de la adecuación social, sino también sobre los casos que tendrían que tratarse y resolverse con esta categoría, y además, como hay que aceptar sin ambages, no fue afortunado en todo momento en el planteamiento de los casos de adecuación social[131]. Pero esto no es nada más que una situación de hecho en que se encuentra el sistema finalista respecto de su componente normativa y de cuyas causas, que no puedo explicar aquí, he dado cuenta ya en otro lugar[132]. En modo alguno significa que no haya lugar para la adecuación social en el sistema. Lo único que sucede es que hay que proceder a una depuración de lo que ha rendido hasta ahora la doctrina de la adecuación social –que ciertamente no es mucho– y a continuación, sobre la base de lo que resulte de dicha depuración, dotar a la adecuación social de la estructura y de los contornos que sean precisos para que la misma pueda adquirir verdaderamente el rango de una categoría dogmática autónoma, esto es, con contenidos propios y específicos y con función asimismo propia y diferenciada. Sobre esto propongo algunas ideas que aquí, sin embargo, sólo pueden quedar meramente esbozadas para la discusión y, en su caso, para su posterior y detallado desarrollo.

8. a) La doctrina actual tiene razón en que muchos de los casos que fueron tratados y resueltos por Welzel por medio de la adecuación social tienen que ser desplazados a otros ámbitos de solución. Pero esto es así porque en el momento de la formulación y propuesta de casos, Welzel, con toda probabilidad de modo inconsciente, no respetó los requisitos que, sin embargo, ya él mismo, si bien sin establecer entre ellos las debidas relaciones estructurales, había fijado como constitutivos de la adecuación social. Es necesario, pues, entrar en el examen de estos requisitos y estructurarlos en una categoría. Lo primero que parece necesario es acotar un campo de conductas en el que pueda tener un sentido

dogmático propio y diferenciado, esto es, autónomo, la valoración de determinadas conductas como “socialmente adecuadas”.

b) A mi juicio, carece de sentido, o al menos me parece que no lleva a ninguna parte, toda discusión en términos excluyentes acerca de si la adecuación social tiene que ser entendida como una categoría dogmática cuya función sea la exclusión de determinadas conductas del ámbito de los tipos de lo injusto, o si tiene que ser reducida a un mero principio de interpretación de los tipos cuya virtualidad sea precisamente excluir de éstos a las conductas socialmente adecuadas. Pues, ni la primera posición puede prescindir de la interpretación para determinar lo que sean las conductas socialmente adecuadas, ni la segunda llegar a un resultado que no sea la exclusión del tipo precisamente de las conductas socialmente adecuadas. Si aquí me inclino por atribuir a la adecuación social la naturaleza dogmática de una causa de exclusión del tipo, ello es debido a que la entiendo como un elemento estructural del sistema finalista, y, por cierto, como uno con idéntico peso específico que el elemento ontológico porque, como ya vimos, ambos forman una síntesis indisoluble sin la cual no es posible entender el sistema de un modo completo.

c) En un sentido amplio y no estrictamente dogmático, parece que tienen que poder verse como socialmente adecuadas todas las conductas que son conformes con el ordenamiento jurídico[133]. Así, no veo como podría negarse el carácter de socialmente adecuadas a acciones jurídicamente irrelevantes como la de tomar un medio de locomoción para desplazarse de un lugar a otro o darse un opíparo banquete en un restaurante de lujo, ni a acciones jurídicamente relevantes pero justificadas como la de detener el agente de policía al delincuente que ha sorprendido in fraganti o la de causar unas lesiones al que ha llevado a cabo una agresión ilegítima. Sin embargo, una comprensión como ésta impediría ya toda configuración de la adecuación social como categoría dogmática específica, pues en tal caso aquélla no tendría más valor que el de una calificación genérica y común, sin consecuencias particulares propias y diferenciadas, para una pluralidad de hechos con significados específicos y diferentes entre sí[134], como sucede, para poner ejemplos claros, con expresiones de contenido indiferenciado, que utiliza el Código español, como “personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”[135] o “causas que eximen de la responsabilidad penal”[136]. De lo que se trata, pues, es de delimitar dentro de todas las conductas que son conformes con el ordenamiento jurídico un campo más específico en el cual sólo estén incluidas aquéllas que se distinguen de las demás del mismo género en virtud de alguna o de algunas características peculiares que hagan precisa su diferenciación como “acciones socialmente adecuadas” en un sentido yo no amplio, sino estricta y específicamente dogmático o sistemático.

d) Del campo específico de la adecuación social, así, tienen que quedar excluidas ya en primer término, y por las razones que ya se vieron, las conductas jurídico penales relevantes, es decir, típicas, y no obstante, justificadas. Esta exclusión no precisa aquí de más explicación, pero con ella no queda aún delimitado el campo sistemático específico de las acciones socialmente adecuadas, pues dentro del funcionamiento usual y normal de la vida social tienen lugar multitudes de acciones que a nadie podrían suscitar ni siquiera en un fugaz instante de razón la mínima connotación jurídico-penal. Así, y con ejemplos que vienen a la cabeza de modo totalmente espontáneo y sin ningún orden, acciones como conversar entre amigos sobre el partido de fútbol del domingo, de bailar en una sala de fiestas, de cocinar alimentos en el ámbito doméstico, de escribir un texto para presentarlo a un premio literario, o de pronunciar una conferencia sobre la adecuación social ante una concurrencia de personas interesadas. Una apelación a la adecuación social para explicar y

fundamentar la irrelevancia jurídico-penal de todas y cada una de tales acciones no puede tener sentido alguno y se debe mostrar como un absurdo. Esto, sin embargo, ya no parece tener que ser así si, en lugar de aquéllas, traemos a la cabeza a ciertas otras acciones de las que también se puede afirmar que se realizan de un modo más o menos cotidiano y usual dentro del funcionamiento normal de la vida social. Así, por ejemplo, la incisión que lleva a cabo el cirujano en el vientre del paciente para poder practicar la correspondiente intervención quirúrgica, la causación de hematomas e incluso de heridas sangrantes entre sí por los púgiles en un combate de boxeo amparado por la federación deportiva correspondiente, la retención, contra su voluntad, del usuario de un medio de transporte público en el interior de éste fuera de las paradas reglamentarias, la amenaza legítima de presentar una demanda, etc. Una contemplación meramente superficial desde la óptica del Derecho penal permite ver de inmediato en estas acciones, al menos, una característica formal que está claramente ausente en las anteriores y que, por ello, las diferencia de éstas. En concreto, tales acciones están comprendidas claramente en el tenor literal de tipos penales específicos como los de lesiones corporales (arts. 147 ss. CP, §§ 223 ff. StGB), detenciones ilegales (art. 163 CP, § 239 StGB) o amenazas (art. 620.2º CP, § 240 StGB). Pero es que más allá de esta característica meramente formal, en estas acciones cabe ver aún otra más, ahora de carácter material, que también está o puede estar ausente en las primeramente descritas. Y es que tales acciones han dado lugar, además, a modificaciones, alteraciones o afecciones materiales, reales y empíricamente comprobables, de los sustratos correspondientes a los bienes jurídicos protegidos precisamente por los mismos tipos penales en cuyo tenor literal son subsumibles.

e) En realidad, estos requisitos de estar comprendidas las acciones en el tenor literal de los tipos penales y de producción —incluso consciente y voluntaria— de la afección del sustrato material de algún bien jurídico, ya estaban presentes y resaltados en el estado en que quedó el esbozo de desarrollo de la categoría de la adecuación social en Welzel[137]. Lo que ocurre es que Welzel sólo llegó a describir tales condiciones de la acción socialmente adecuada, al socaire y en el curso de su explicación aislada de los casos o constelaciones de casos cuando detectaba en alguno de ellos de manera singular la concurrencia de alguna de esas condiciones o incluso de las dos al mismo tiempo. Welzel no se planteó, y si acaso lo hizo, lo cierto es que no llegó a ensamblar a las dos condiciones mencionadas para formar con dicho ensamblaje una verdadera estructura que permitiera dar a la adecuación social el rango de una categoría dogmática autónoma, en concreto la de una causa específica de exclusión de los tipos penales. Esta es, a mi juicio, la razón que explica tanto el hecho de que él mismo no estuviera seguro de la naturaleza dogmática y de la ubicación sistemática de la adecuación social, de que modificase varias veces su opinión al respecto, y, lógicamente, la razón también de que sus ejemplos de adecuación social no fueran siempre afortunados. Esto explica también que el mismo finalismo no haya llevado a cabo hasta la fecha una construcción depurada, ni mucho menos terminada, de la componente normativa de su sistema, representada, si duda, por la adecuación social como causa de exclusión de los tipos de lo injusto. Dado que en mi opinión existen buenas razones que hacen necesaria a la adecuación social como una categoría dogmática autónoma que fundamente con precisión la exclusión de las acciones socialmente adecuadas del ámbito de los tipos penales, quiero proponer ahora, con base en una depuración de los contenidos históricos aportados por la doctrina, la siguiente reformulación dogmática de la componente normativa del sistema finalista. Para una contemplación estrictamente dogmática, y por tanto sistemáticamente, tienen que verse como socialmente adecuadas aquéllas acciones, pero sólo aquéllas cuya realización da lugar siempre y necesariamente a la afección del sustrato material de bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal que están

involucrados en el ejercicio de tales acciones, si y sólo si además son acciones que están abarcadas por el tenor literal de los tipos penales que protegen a dichos bienes jurídicos, y a pesar de todo ello están excluidas ya de antemano de esos tipos de lo injusto en virtud de que se trata de acciones que al ser realizadas en el curso del normal funcionamiento del orden social histórico de una comunidad, se muestran en todo caso como aprobadas con carácter general por la propia comunidad social. Con esta formulación, la adecuación social se configura como una categoría dogmática autónoma y estructurada a la que quiero ver y denominar aquí como categoría neutralizadora y negativa de la “apariencia jurídico-penal (típica) del hecho”, pues su función específica, tanto en la esfera político-criminal como en la dogmática, consiste en la conversión de aquella “apariencia” en una “certeza”, concretamente en la certeza de que el hecho socialmente adecuado, aparentemente relevante para un tipo penal determinado, es uno que, sin embargo, está completamente fuera de ese tipo de lo injusto porque es un hecho aprobado por la comunidad social con carácter general.

f) Si las dos condiciones mencionadas no concurren de un modo cumulativo, o sea sólo con que esté ausente alguna de las dos, el caso en que esto suceda ya no puede ser tratado como uno de adecuación social en un sentido dogmático, y su tratamiento deberá ser desplazado a otro ámbito dogmático o político-criminal. De la adecuación social, pues, quedan excluidos todos los casos en que el hecho está comprendido, ciertamente, en el tenor literal de un tipo penal, pero el mismo no da lugar a la afección del sustrato material del bien jurídico protegido por ese tipo, ni mucho menos a su lesión o, en su caso, puesta en peligro en el sentido del tipo. Evidentemente, quedan fuera de la adecuación social todas las acciones que si bien afectan de algún modo a un bien jurídico, incluyendo su lesión o puesta en peligro, no se encuentran comprendidas en el tenor literal del tipo penal que lo proteja. Aquí basta con una invocación al principio de legalidad y, en su caso, a la prohibición de la analogía. Cómo haya que tratar y resolver todos estos casos que quedan fuera de la adecuación social, por ejemplo si mediante interpretación, mediante reducción teleológica del tipo, o mediante la apelación a otros principios, es una cuestión precisada naturalmente de aclaración, pero que aquí, obviamente, tiene que quedar fuera de consideración porque en este marco lo único que interesa es la acotación del campo dogmático de la adecuación social y esto es precisamente lo que estoy haciendo. Por cierto que además de las dos exigencias mencionadas, los casos que caen dentro de la adecuación social tienen que consistir en hechos que estén excluidos de los tipos penales de lo injusto en virtud de la aprobación de la conducta por la comunidad social con carácter general y no por otra razón distinta. Con esto, y en contra de algunas opiniones de la doctrina e incluso de la del mismo Welzel, creo que no deben tratarse como casos de adecuación social los de acciones excluidas de los tipos penales pero de las que no puede decirse precisamente que sean acciones aprobadas por la comunidad social[138]. Pues esta indiferencia ante los juicios de valor de la comunidad social sobre las acciones excluidas de los tipos, podría tener que llevar a la conclusión de que todas las acciones que constituyen infracciones de carácter no penal, por ejemplo infracciones del Derecho administrativo sancionador, son “socialmente adecuadas”[139]. Por esto, creo que de la adecuación social hay que excluir todos los casos de insignificancia, de modo que si éstos deben quedar excluidos de los tipos penales, la razón habrá que buscarla en algún fundamento distinto al de la adecuación social, toda vez que no creo que pueda decirse de dichas acciones que sean socialmente adecuadas en el sentido de que estén aprobadas por la comunidad social de un modo general. Así, fuera de la adecuación social debe quedar el caso citado por Welzel de la realización de conductas indecorosas e impertinentes en relación con la libertad sexual, y todos los casos de insignificancia, los cuales, por otro lado, me parece problemático incluso

excluir de un modo total del ámbito del Derecho penal español a la vista del castigo generalizado en éste como “faltas”, es decir, como infracciones penales de carácter leve, de muchos casos de insignificancia[140].

9. Desde luego, no se puede desconocer el hecho, aquí ya explicado, de que los casos que quedan comprendidos en el ámbito dogmático de la adecuación social tras la depuración y la construcción de la categoría que he llevado a cabo aquí, no son resueltos por la doctrina dominante en el ámbito de dicha categoría, a la cual niega todo estatuto dogmático, sino por medio de los criterios formulados por la doctrina de la imputación objetiva porque éstos —así lo creen y dicen sus defensores— serían más precisos y exactos que el criterio de la adecuación social. Una actitud verdaderamente científica debería llevarme ahora a no esconder la cabeza debajo del ala como hacen los avestruces y a entrar en polémica con la doctrina de la imputación objetiva para desvirtuar las soluciones que propone y, sobre todo, los fundamentos de estas soluciones, pues solo con la demostración y prueba del fracaso de dicha doctrina ante la solución de los casos que nos ocupan quedará patente la necesidad de introducir en el sistema a la adecuación social como una categoría dogmática autónoma y con el contenido propio que aquí se le ha dado. Como puede comprenderse fácilmente, sin embargo, todo esto, que es desde luego absolutamente necesario, no es posible llevarlo a cabo aquí y ahora y tiene que quedar postergado a otra ocasión y otro lugar. Por esta razón, tengo que limitarme ahora a decir que mi defensa de la adecuación social como la componente normativa del sistema finalista, en el cual tiene que ser entendida como un segundo “pilar” junto al “pilar ontológico”, se explica prima facie por una exigencia de método, pero también, y no de un modo secundario, por mi rechazo completo y sin fisuras de la doctrina dominante de la imputación objetiva, en todo caso y sin excepciones en el delito doloso, y porque este rechazo, obviamente, me impide aceptar en cualquier caso los fundamentos que ofrece aquella doctrina para la solución o soluciones de los casos comprendidos en la categoría de la adecuación social como aquí la he formulado. A pesar de todo, creo que esta elisión de una polémica expresa y directa con la doctrina de la imputación objetiva puede justificarse en este momento y lugar si se repara en que un rechazo de la adecuación social con el sólo argumento de la “imprecisión” de ésta no puede ser aceptado si resulta que el mismo, como es aquí el caso, proviene de una doctrina, como es la de la imputación objetiva, que nada ha dicho ni respondido hasta la fecha sobre algunas objeciones que se le han opuesto y tan graves como que la misma tropieza con problemas de seguridad jurídica y con el principio de legalidad, como sostuvo con razón Armin Kaufmann[141], que opera, como ha demostrado y probado Bustos Ramírez, con dos conceptos diferentes de acción y esto da lugar en sus resultados, en contra de lo que pretende semejante doctrina, no a una restricción sino realmente a una ampliación de los tipos de lo injusto[142], y finalmente hasta que se trata de una doctrina que, como yo mismo he dejado meramente planteado por el momento en otro lugar, podría entrar en conflicto con el principio del respeto a la dignidad humana[143]. Por esto me parece justificado proceder a continuación, y ya para finalizar, a un esbozo —a más no puedo llegar aquí— de los fundamentos positivos de la adecuación social, o sea de las razones por las cuales las conductas que caen en su ámbito están socialmente aprobadas con carácter general y, por ello mismo, tienen que quedar excluidas de los tipos de lo injusto ya de antemano, o sea ya en el mismo acto legislativo creador de dichos tipos. Este esbozo de fundamentos positivos tiene que dar como resultado la fijación de criterios de concreción y de determinación de la categoría normativa de la adecuación social, de modo que eliminen la imprecisión que —hasta cierto punto con razón— le atribuye la doctrina dominante. Por otro lado, y a pesar de lo dicho antes, en el curso de esta explicación de los fundamentos

será inevitable llevar a cabo alguna estimación, naturalmente de signo negativo, sobre algún aspecto de la doctrina de la imputación objetiva.

10. Como ya se dijo antes, para el finalismo ha estado completamente claro desde un principio que lo injusto material que acotan los tipos del Derecho penal se forma y constituye en virtud y como resultado de diversas ponderaciones normativas. En estas ponderaciones desempeñan un papel especialmente destacado y fundamental los bienes jurídicos y sobre todo las funciones sociales que éstos desempeñan[144]. Frente a la visión estática de los bienes jurídicos que tenía la concepción de lo injusto que gravitaba en torno al desvalor del resultado –concepción de la que, por cierto, no veo que se ha desembarazado del todo la actual doctrina de la imputación objetiva– Welzel proporcionó ya las bases para la construcción de un auténtico “sistema” dinámico de bienes jurídicos con valor y carácter social-funcionales[145]. Los bienes jurídicos, decía Welzel, no pueden ser comprendidos como piezas de museo custodiadas cuidadosamente en vitrinas frente a influencias lesivas y sólo expuestas a la vista de los que los contemplan, pues la realidad social del Derecho es muy distinta[146]. En realidad, sólo hay bienes jurídicos en la medida en que cumplen una función social y producen efectos en la vida social. Los bienes jurídicos no sólo “están ahí”, sino que su existencia radica más bien en un “estar en función”, es decir, en “producir y soportar efectos en su contexto social” [147]. En este sentido, “toda vida social consiste en el uso y consumo de bienes jurídicos, del mismo modo que, finalmente, toda vida es al mismo tiempo, consumo de la vida”[148]. Si el Derecho –y por cierto, no sólo el Derecho penal– quisiera prohibir como injusto objetivo toda lesión de los bienes jurídicos, entonces “tendría que paralizarse la vida social en todo momento y tendríamos aquel mundo de museo dedicado sólo a la contemplación”[149]. Por esta razón, el Derecho puede dispensar protección a los bienes jurídicos únicamente frente a determinadas clases de acciones que pueden producir en ellos daños que sobrepasen la medida de los que se presupone que han de producirse necesariamente en la realización de una vida social ordenada en funciones activas[150]. Sólo mediante la aceptación de determinadas clases de daños es imaginable una protección de bienes jurídicos y frente a la mera causación de aquéllos daños bastará, en su caso, con una compensación civil[151].

11. Esta concepción de los bienes jurídicos, a la cual dí yo mismo un cierto desarrollo[152] que ha proseguido y enriquecido notablemente mi discípula M^a Angeles Rueda Martín[153] en la doctrina española, constituye el fondo material de la categoría de la adecuación social[154], pues es precisamente en esa dinámica de uso y de consumo de los bienes jurídicos en el curso del funcionamiento ordenado, o sea, normal del orden social históricamente constituido donde aparecen las acciones socialmente adecuadas y donde hay que trazar el límite de éstas con las restantes, especialmente con las socialmente inadecuadas. En lo que sigue, intentaré explicar la estructura que da a las acciones socialmente adecuadas este fondo material constituido por los usos y consumos sociales de los bienes jurídicos. Esta explicación podría darla en un sentido unilateral, o sea meramente descriptivo de la constitución de una acción socialmente adecuada. Pero como he anunciado, voy a hacerlo mediante un cierto contraste polémico con la doctrina de la imputación objetiva. Y si me decido por este contraste polémico, la razón la da el hecho de que según una opinión actualmente tan extendida como errónea entre quienes rechazan el finalismo y particularmente el método lógico-objetivo de éste, la adecuación social podría ser vista como una precursora de la doctrina de la imputación objetiva[155], como una referencia informativa de algunos de los más precisos criterios de la imputación objetiva[156], e incluso como un criterio específico y singular más de la propia imputación objetiva engullido por el cuerpo de semejante doctrina[157]. Todo esto, sin embargo,

carece del mínimo fundamento, y frente a ello solo cabe afirmar que entre la adecuación social del finalismo y la imputación objetiva de la doctrina actualmente dominante no existe nada más que un profundo abismo.

12. Especialmente representativa me parece la opinión de Cancio, magnífico penalista español estrechamente vinculado a Jakobs, quien hace aproximadamente una década publicó una importante investigación sobre los orígenes de la teoría de la adecuación social y la concluía con las siguientes afirmaciones: “después del análisis del planteamiento de la adecuación social, desde luego cabe constatar características paralelas a evoluciones doctrinales actuales en el ámbito del tipo objetivo que se denominan ‘imputación objetiva’”. El punto de partida de la adecuación social demuestra que el finalismo, la corriente dogmática iniciada por Welzel, no sólo pretendía añadir la finalidad al tipo objetivo del causalismo, sino que originalmente éste debía convertirse en la ubicación del significado objetivo del comportamiento... Además” –prosigue Cancio– “esta amplitud también permite observar un paralelismo hacia aquellos intentos doctrinales que persiguen la ampliación de la imputación objetiva hacia una teoría del ‘lado externo del injusto’. En el ámbito de la imputación del resultado,” –sigue Cancio– “el finalismo continuó desarrollando –si bien de modo limitado a los delitos imprudentes– dentro del ‘deber objetivo de cuidado’ los criterios materiales planteados en la adecuación social. Sin embargo,” –termina diciendo Cancio– “la implicación sistemática general de la adecuación social se perdió, y en el ámbito de los delitos dolosos este vacío hubo de ser rellenado con soluciones trasladadas al concepto de dolo. La insistencia en el desarrollo de la teoría final de la acción por parte del finalismo –desde un prisma ontológico-subjetivo exclusivo– hizo caer en el olvido al otro pilar de la concepción de Welzel, un olvido injustificado que puede finalizar a la luz de la evolución actual de la dogmática del tipo objetivo”[158].

13. No puedo compartir, sin embargo, estas estimaciones de Cancio. Ya advierte Hirsch sobre cómo entre penalistas adscritos al normativismo, y en particular a la doctrina de la imputación objetiva, existe una cierta inclinación a ver en la adecuación social no sólo la aportación o el rendimiento más significativo de la teoría de Welzel, sino sobre todo a ver en ella el punto de conexión con la imputación objetiva[159]. Pero esto carece de todo fundamento, pues entre la categoría dogmática finalista de la adecuación social y los criterios normativos de la doctrina de la imputación objetiva sólo puede verse un profundo abismo[160]. En primer lugar, debe aclararse que en el sistema finalista la adecuación social no puede ser ningún criterio normativo del tipo objetivo o del lado externo de lo injusto, pues ello estaría en grave contradicción con su concepción sintética del tipo de lo injusto, en el sentido de que la valoración jurídica de este nivel sólo puede ser correcta si se proyecta de un modo sintético a la totalidad del objeto de la valoración, esto es, a la unidad final causal de la acción[161], y no si se proyecta sólo de un modo analítico y sucesivamente a fragmentos del objeto de la valoración. El criterio normativo de la adecuación social tiene también como objeto de valoración “acciones”[162], y por ello ha de respetar la estructura lógico-objetiva de la acción finalista. En efecto, como explica Rueda Martín, “el criterio de exclusión de las conductas socialmente adecuadas del tipo de lo injusto debe ser uno mediante el que se enjuicia la unidad final-causal de la conducta, y en el que la pauta rectora debe ser la comprobación de la coincidencia o divergencia de la finalidad subjetiva de la acción con la finalidad general positivamente valorada por la comunidad”[163]. Solamente cuando se tiene en cuenta la voluntad de realización del autor se puede comprender la diferencia axiológica de una acción. El juicio de adecuación social, por tanto, del mismo modo que el de inadecuación social, solo puede formularse, a partir de una valoración unitaria y sintética de la unidad final-causal de la acción de que se trate,

y no puede quedar reducido en modo alguno a un criterio de valoración de su parte externa ni, con ello, a un criterio que opere exclusivamente en el tipo objetivo[164].

14. Aun cuando sea cierto que el juicio de adecuación social está aún necesitado de ulteriores desarrollos, en este esbozo, que parte de y asume completamente los resultados de la investigación de mi discípula M^a Angeles Rueda Martín, quiero adelantar mi visión de lo que considero, al menos, como uno de los criterios materiales rectores de la categoría. El juicio de adecuación social se basa en ponderaciones de intereses[165] relativas a la funcionalidad de los bienes jurídicos en determinados ámbitos de la vida social, las cuales dan como resultado que en esos ámbitos un bien jurídico aparezca, por así decirlo, subordinado a la realización de una determinada actividad socialmente valorada en virtud de su finalidad, porque la realización de la misma involucra necesariamente a ese bien por mucho que su uso suponga, para decirlo con palabras de Welzel, un consumo de él en mayor o menor grado y, con ello, su desgaste o menoscabo[166]. En consecuencia, tienen que ser valoradas como socialmente adecuadas aquellas acciones que estén dirigidas al fin de la actividad socialmente valiosa aún a pesar de que la voluntad de realización comprenda como de segura producción o cuente con el posible menoscabo del bien jurídico implicado y subordinado al ejercicio de aquella actividad[167]. Piénsese, por ejemplo, en la necesaria afección corporal producida de un modo consciente y voluntario por la incisión del cirujano que opera a un paciente, en ciertos e inevitables efectos secundarios que produce la administración de determinados medicamentos y de cuya producción son asimismo conscientes el médico que prescribe el tratamiento y el farmacéutico que lo dispensa, o finalmente en las agresiones corporales conscientes y voluntarias entre quienes participan en el ejercicio de determinados deportes cuya práctica, como es el caso del boxeo, supone y exige a los participantes que involucren su cuerpo, etc. Según esto, el juicio de adecuación social debe agotar su función en la valoración como conformes con el orden ético-social normal de la sociedad sólo de acciones que tienen lugar en un ámbito de actividad social positivamente valorada y en relación únicamente con las consecuencias típicas –en el sentido de normales– de dichas acciones[168]. Por lo demás, únicamente pueden ser valoradas como socialmente adecuadas las acciones si la voluntad de realización del agente está dirigida a la consecución del fin típico de la actividad socialmente valorada[169]. En las acciones socialmente adecuadas la voluntad de realización queda reducida a mera finalidad y en modo alguno puede ser conceptuada como dolo[170]. Si la voluntad de realización del agente está dirigida a la consecución de algún fin no típico de la actividad socialmente valorada, entonces la acción que verdaderamente realizará será ya una distinta de la socialmente adecuada y, por ello, axiológicamente diferente[171]. Y así, por ejemplo, si el boxeador que ha sufrido un ataque de ira golpea a su contrincante con voluntad de causarle lesiones que exceden de las que son típicas y normales en la práctica reglamentada del boxeo, o incluso la muerte, entonces su acción ya no puede ser entendida como una –socialmente adecuada– de practicar boxeo, sino más bien como una –socialmente inadecuada– de “lesionar” o, en su caso, de “matar”[172].

15. Por otro lado, según mi concepción aquí solo esbozada, debería distinguirse claramente entre los planos de la adecuación social y del deber objetivo de cuidado[173]. Si es cierto que, como afirma Cancio, el finalismo proyectó e hizo operar alguna vez a la adecuación social “dentro” del deber objetivo de cuidado en relación con el delito imprudente, en ello no habría que ver nada más que un episodio transitorio cuya razón sólo puede verse en el subdesarrollo científico de que adolece esta componente axiológica del finalismo, el cual, a su vez, también explica, sin duda, la incertidumbre y la inseguridad que ha habido hasta ahora en el seno del propio finalismo tanto sobre los contenidos y criterios de la adecuación

social como sobre su ubicación sistemática. Por el contrario, de acuerdo con mi concepción, lo que considero correcto es que la adecuación social termina allí donde comienza el ámbito del deber objetivo de cuidado. Como acabo de exponer, el juicio de adecuación social valora como conformes con la normalidad del orden ético-social histórico de la comunidad a determinadas acciones sólo en referencia a sus consecuencias típicas o normales dentro de la actividad socialmente valorada en cuyo ámbito se realizan y en razón de la finalidad positivamente valorada de esa actividad. Aquí termina la adecuación social. Mas como la realización de una acción socialmente adecuada también puede producir consecuencias objetivamente previsibles que ya no pueden considerarse típicas o normales en la actividad socialmente valorada en cuyo ámbito se realizan, la voluntad de realización de las acciones socialmente adecuadas está asimismo sometida a deberes de cuidado objetivo cuyo fin es la evitación de la producción de esas consecuencias no típicas o anormales de la acción socialmente adecuada[174]. Por lo demás, una inobservancia del cuidado objetivamente debido por la acción socialmente adecuada la convierte ya en socialmente inadecuada, no por su finalidad —que sí es socialmente adecuada— sino por el ejercicio defectuoso y, por ello, ya socialmente inadecuado, de la voluntad de realización socialmente adecuada y porque las consecuencias previsibles de aquélla inobservancia exceden de las que son típicas y normales de la acción socialmente adecuada[175].

VI. A modo de conclusión [\[arriba\]](#)

En las últimas dos décadas, ha disminuido considerablemente el interés por la investigación sobre los fundamentos del sistema jurídico penal[176], y hoy dominan nuestra disciplina el caos y la inseguridad[177] creados por un normativismo que, como ha dicho con razón Hirsch, es idealmente más cómodo que la investigación verdaderamente científica, y también más difícil de verificar científicamente[178]. Pero como esta exposición ha tenido que poner de relieve, lo que sí parece verificable es la falta de científicidad del método puramente normativista, pues todo lo que de ese modo se puede construir remite a objetos completamente inventados porque carecen de existencia en la realidad fenoménica del mundo al que se dirige el Derecho penal. En particular, comparto sin ninguna reserva el, a mi juicio, irrefutable diagnóstico que formulara Georg Küpper, ya hace casi una década y media, sobre la doctrina de la imputación objetiva, en el sentido de que “hasta ahora, ni puede hablarse de una ‘opinión dominante’, ni se vislumbra la posibilidad de integrar en un concepto total los criterios de imputación, los cuales concurren unos junto a otros, de tal modo que en parte se complementan, en parte se interfieren y en parte se contradicen recíprocamente”, una afirmación, ésta, que, sin duda, “agudiza ya la mirada a la pregunta acerca de si semejante inventario no deja traslucirse ya al elemento esencial del proceder normativo: su confusión”[179].

Por todo ello, termino reproduciendo —porque quiero ahora reafirmarme en lo allí dicho— un fragmento del epílogo con que cerraba mis Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, y concluyo expresando que “en el momento evolutivo actual en que se encuentra la Humanidad, y de acuerdo con los conocimientos disponibles por la misma gracias al saber acumulado durante algo más de dos mil quinientos años de ejercitar y de desarrollar los hombres sus facultades de raciocinio para aprehender los contenidos materiales de su misma existencia, solamente el programa y los métodos filosóficos, ético-políticos, y ético-jurídicos esbozados ya en sus aspectos y contenidos fundamentales en la insuperable obra de Welzel, a quien no dudo en calificar como el más grande entre todos los penalistas de todos los tiempos, merecen ser reconocidos como los instrumentos, de entre los conocidos

hasta la fecha, más adecuados para la construcción y para el funcionamiento práctico de un Derecho penal racional conforme a las exigencias del ser individual y social del hombre”[180].

Bibliografía citada: Antón Oneca, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Ed. Akal, Madrid, 1986 (cit. PG); Aristóteles, Política, citado según la edición de Manuela García Valdés, 1ª ed. de 1988, Ed. Gredos, Madrid, reimpresión de 1994; Bajo Fernández, Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial, Ed. Civitas, Madrid, 1978; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11ª ed. (citado AT); Binding, Die Normen und ihre Übertretung I, reimpresión de la 4ª ed. de Leipzig (1922), de Scientia Verlag Aalen (cit. Normen I); Bustos Ramírez, Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas), en EPyC XII (1989); Cancio, Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1994 [= ADPCP (1993)]; Cancio Meliá, GA 1995; Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, (cit. PG I); el mismo, Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, (cit. PG II); el mismo, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, en sus Problemas fundamentales del Derecho penal, Ed. Tecnos, Madrid, 1982; el mismo, Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, en RDPC nº 12 (2003); el mismo, Prólogo a Fundamentos de la Dogmática penal y de la Política criminal (Ontologismo y Normativismo), Cepolcrim, Editorial Jus Poenale, México DF., 2002; el mismo, Notas a su traducción de El nuevo sistema del Derecho penal, de Hans Welzel, Ed. Ariel, Barcelona, 1964; el mismo, RDPyC nº 12 (2003); Cuello Contreras, El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2002 (cit. PG); Dölling, ZStW 96 (1984); Ebert/Kühl, Jura 1981; Engisch, Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, Heidelberg, 1953; Gallas, La teoría del delito en su momento actual, Ed. Bosch, Barcelona, 1959; Rafael Gamba, Historia sencilla de la Filosofía, 24ª ed., Ed. Rialp, Madrid, 1999; Gil Gil, Alicia Prevención general positiva y función ético social del Derecho penal, en Díez/Romeo/Gracia/Higuera, La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002 (cit. LH-Cerezo); Gimbernat Ordeig, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Ed. Reus, Madrid, 1966; el mismo, ¿Qué es la imputación objetiva?, en sus Estudios de Derecho penal, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990; el mismo, Ensayos penales, Ed. Tecnos, Madrid, 1999; Gracia Martín, El actuar en lugar de otro en Derecho penal I, Teoría general, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985; el mismo, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, en Mir/Luzón (coords.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1996 (= en Estudios de Derecho penal, Idemsa, Lima, 2004, pp. 869 ss); el mismo, en Díez/Gracia, Comentarios al Código penal. Parte Especial I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; el mismo, Recensión del Curso de Derecho penal. Parte General I, de Luzón Peña, en RDPC nº 5 (2000) (= en Estudios de Derecho penal, Idemsa, Lima, 2004, pp. 17 ss.); el mismo, Prólogo a Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001 (= en Estudios de Derecho penal, Idemsa, Lima, 2004, pp. 41 ss.); el mismo, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia,

Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003 (versión reducida, en Estudios de Derecho penal, Idemsa, Lima, 2004, pp. 711 ss.); el mismo, El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; el mismo, Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, Atelier, Barcelona, 2006; Gropp, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª ed., 2005 (citado AT); Hardwig, Die Zurechnung, Crram, de Gruyter, Hamburg, 1957; Hassemer, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en Philipps/Scholler (eds.), Jenseits der Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, R.V. Decker & Müller, Heidelberg, 1989; Hirsch, Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel, en ZStW 116 (2004); el mismo, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, en sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999 (= en su Derecho penal. Obras completas, t. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, sf.); el mismo, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, en sus Strafrechtliche Probleme. Schriften aus drei Jahrzehnten, Duncker & Humblot, Berlin, 1999 [= en su Derecho penal. Obras completas, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, sf.]; el mismo, LK 11ª ed.; el mismo, ZStW 74 (1962); Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991 (cit. AT, 2ª ed.; AT 1ª ed., 1983); el mismo, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, en ZStW 97 (1985) (= Estudios de Derecho penal, Ed. Civitas, Madrid, 1997); el mismo, Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional, trad. de Manuel Cancio y Bernardo Feijoo, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996; el mismo, Sobre la génesis de la obligación jurídica, en Jakobs/Cancio, Conferencias sobre temas penales, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f.; el mismo, La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal, en Moisés Moreno Hernández (coordinador), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003; el mismo, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, (cit. AT); Armin Kaufmann, Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1954; el mismo, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1956; Arthur Kaufmann, Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen, en Rechtstheorie, 1986; Kindhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., 2006 (citado AT); Klug, Eb. Schmidt-FS; Krauss, ZStW 76 (1964); Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1990; Lesch, en Redeker/Schön/Dahs/Seller (Hrsg.) Dona Skripta, 2000; v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze I, Berlin, 1905; Luna Serrano, en Lacruz/Sancho/Luna/Delgado/Rivero, Elementos de Derecho civil I, Parte General, vol. 2º, Personas, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, reimpresión actualizada a 1992, p. 250; Luzón Peña, Curso de Derecho penal. Parte General, Ed. Universitas, Madrid, 1995, (cit. PG I); Maiwald, Der “dolus generalis”. Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, en ZStW, 1966; Mir Puig, Derecho penal. Parte General, 7ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2004 (cit. PG); el mismo, La perspectiva “ex ante” en Derecho penal, en ADPCP (1983); el mismo, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, en ADPCP (1984); Moreno Hernández, Ontologismo o normativismo como base de la Dogmática penal y de la Política criminal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001; NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed.; Peters, Welzel-FS; Pufendorf, De jure naturae et gentium, reimpresión no modificada de la Ed. de G. Mascovius, de Frankfurt und Leipzig (1759), en Minerva G.M.B.H., Frankfurt a. M., 1967, t. I.; Otto, Grundkurs Strafrechts. Allgemeiner Teil, 7ª ed., 2004 (citado AT); Röder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969; Roldán Barbero, Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica

restrictiva de los tipos penales, Universidad de Córdoba, 1992; Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, en su recopilación Strafrechtliche Grundfragen, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1973 [= Problemas básicos del Derecho penal, trad. de D. M. Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976]; el mismo, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, en la misma recopilación anterior, pp. 141 ss. [= Problemas básicos del Derecho penal, trad. de D. M. Luzón Peña, Ed. Reus, Madrid, 1976]; el mismo, Klug-FS II; el mismo, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed., Verlag C.H. Beck, München, 2006, (cit. AT I: AT I, 3ª ed., 1997); Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001; Schaffstein, ZStW 72 (1969); Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2ª ed., 1975 (citado AT.Lb.); el mismo, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch, 1982 (citado AT.StuB.); Schönke-Schröder-Lenckner/Eisele, 27ª ed.; Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmatica jurídico-penal, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001; el mismo, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, en GA 2001; el mismo, Debate en torno a la conferencia: “La idea de la normativización en la Dogmática jurídico penal”, del Prof. Jakobs, en Moisés Moreno Hernández (coordinador), Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, D.R. Editorial Ius Poenale, México D.F., 2003; el mismo, en Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984; el mismo, en Roxin-FS; el mismo, GA 5/1995; el mismo, GA 5/2001; el mismo, Función y límites de la Ciencia jurídica penal en el siglo XXI, Zaragoza, 2007 (Discurso en el acto de su investidura como Dr. h. c. por la Universidad de Zaragoza); el mismo, GA 6/2010; Silva Sánchez, Introducción a su traducción y notas a Schünemann, El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Ed. Tecnos, Madrid, 1991; Oliver Sticht, Sachlogik als Naturrecht? Zur Rechtsphilosophie Hans Welzel (194-1977), Ferdinand Schöningh, Paderborn/München/Wien/Zürich, 2000; Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”, Verlag J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 5ª ed., 2004, (citado AT I); Tiedemann, Poder económico y delito, traducción de Amelia Mantilla Villegas, Ed. Ariel, Barcelona, 1985; Torío, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, en EPyC X (1987); Vives Antón, Fundamentos del sistema penal, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; Welzel, Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material, traducción de Felipe González Vicén, 2ª ed., Ed. Aguilar, Madrid, 1971; el mismo, Naturrecht und Rechtspositivismus, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, Kausalität und Handlung, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, Über Wertungen im Strafrecht, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1958; el mismo, Gesetz und Gewissen, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs, en Der Staat nº 8 (1969); el mismo, Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung,, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, El nuevo sistema del Derecho penal, trad. y notas de J. Cerezo Mir, Ed. Ariel, Barcelona, 1964; el mismo, Das deutsches Strafrecht, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1969; el mismo, Studien zum System des Strafrechts, en sus Abhandlungen zum Strafrecht und zur

Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1975; el mismo, Macht und Recht, en su recopilación Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, De Gruyter, Berlin/New York, 1975, pp. 288 ss.; el mismo, Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, en JZ (1956) y JZ (1957); Zaffaroni, Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Ediar, sf., (cit. PG); Zipf, ZStW 82 (1970); Laura Zúñiga, Política criminal, Ed. Colex, 2001.

* *Catedrático de Derecho Penal - Universidad de Zaragoza*

[1] Véase sólo Schünemann, en Grundfragen, p. 38: “es evidente que la reordenación del sistema del Derecho penal por el finalismo dio lugar a vastas consecuencias también a partir de los resultados jurídicopenales materiales”.

[2] En mi opinión con cierta superficialidad, pues el finalismo es mucho más que un planteamiento sistemático jurídico-penal tanto en sus premisas como en sus objetivos, y por ello la adscripción del dolo al tipo de lo injusto no puede verse más que como una consecuencia que sólo se explica dentro de la totalidad de su filosofía y de su teoría del conocimiento, las cuales se proyectan al ser humano, a la sociedad, al Estado, y con esto, a la ética, a la política y al Derecho, y, en definitiva, a la conservación y al fortalecimiento de la democracia. Véase, en particular, Welzel, Introducción, pp. 251 ss. y 264 ss., y sobre la pluralidad de dimensiones del pensamiento de Welzel, véase en detalle Oliver Sticht, Sachlogik als Naturrecht?, passim, y especialmente sobre su teoría del conocimiento, pp. 54 ss.

[3] Véase por ejemplo Welzel, Abhandlungen pp. 143 ss.; el mismo, Das neue Bild, p. 5; el mismo, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed. 1969, pp. 37 s.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 16 ss.

[4] Véase Schünemann, en Grundfragen, p. 35.

[5] Este es el marco dentro del cual opero mis construcciones y desarrollos dogmáticos. Sobre todo, y al margen de la evidencia sobre ello que revela toda mi obra, véanse las declaraciones que hago en mi Prólogo, especialmente pp. 28 ss. Por ello es acertada y precisa la adscripción de mis posiciones, así como también las de mi discípula M^a Angeles Rueda Martín, a la corriente “welzeliana ortodoxa”, como hace mi maestro Cerezo Mir, Prólogo, p. XV; además, véase Schünemann, Función y límites de la Ciencia jurídica penal, p. 59, donde me califica como auténtico y digno gestor de la herencia intelectual de Welzel, y el mismo, en GA 6/2010, p. 354 y nota 13.

[6] Cfr. no obstante lo que se dirá más adelante al respecto.

[7] Sobre la doctrina de las estructuras lógico-objetivas, Oliver Sticht, Sachlogik als Naturrecht?, pp. 37 ss.

[8] Véase Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, p. 352 [= en sus Obras completas, t. II, p. 105]: “el ordenamiento jurídico remite a través de sus mandatos y prohibiciones precisamente al fenómeno prejurídico del actuar”.

[9] Cfr. Silva Sánchez, Introducción, p. 13: “si la acción es final, dado que la acción constituye el núcleo del tipo, el dolo ha de integrarse en éste”.

[10] Así Zaffaroni, PG, 2ª ed., pp. 414-415; de modo similar Hirsch, Der Streit um

Handlungs- und Unrechtslehre, p. 352 [= en sus Obras completas, t. II, p. 105].

[11] Al respecto, véase sólo Cerezo Mir PG II, pp. 201 ss., si bien con una fundamentación diferente.

[12] Véase Schünemann, Grundfragen, p. 35.

[13] Véase Schünemann, Grundfragen, p. 38; véase además como exponentes de esta comunis opinio Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik, pp. 61 ss. [= en sus Obras completas, t. I, pp. 13 ss.]; el mismo, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, pp. 338 s. y 343 ss [= en sus Obras completas, t. I, 86 s. y 92 ss.]; el mismo, ZStW 116 (2004), p. 1, y Jescheck/Weigend AT, 5ª ed., p. 213.

[14] Sobre ello véase Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik, pp. 64 ss. (= en su Derecho penal. Obras completas, t. I, pp. 18 ss.).

[15] Véase Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, pp. 84; el mismo, Gedanken zur Problematik der Zurechnung, pp. 141 ss.; el mismo, AT I, 4ª ed., C § 7 Rn. 24, S. 205; Jakobs AT 1ª ed., Prefacio p. V, reproducido también en AT 2ª ed. p. VII.

[16] Véase Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, p. 84 [= Problemas básicos, pp. 94 s.]; el mismo, Gedanken zur Problematik der Zurechnung, pp. 141 ss. [= Problemas básicos, pp. 144 ss.]; el mismo, AT I, 4ª ed., 2006, pp. 205 s. nm. 26 y 221 ss.

[17] Véase Jakobs AT 1ª ed., 1983, pp. V-VI; el mismo, Sociedad, norma y persona, passim; y el mismo, La idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal, pp. 69 ss.

[18] Véase Jakobs AT 1ª ed., 1983, p. VI

[19] Otro erróneo y falso etiquetamiento del finalismo es como doctrina “iusnaturalista”; véase Laura Zúñiga, Política criminal, p. 97: “Su pensamiento (se refiere al de Welzel) no se aparta del ius naturalismo existente en el Kantismo, sino que concibe dos derechos naturales, uno ideal, eternamente válido, cognoscible por la razón y otro existencial, condicionado por la experiencia vital de la existencia”. Pero contra esto, véase lo que dice el propio Welzel, Introducción, p. 11, y, sobre todo, pp. 253 ss.; además véase Welzel, Macht und Recht, donde dice: “un orden meramente ideal, que queda irreal, como es el caso del Derecho natural, no es en absoluto Derecho”. Precisamente con respecto a la primera de las obras citadas destaca Hirsch que la resonancia que tuvo ese libro se debió a que con él “Welzel hizo frente como crítico riguroso al renacimiento del Derecho natural que, en Alemania occidental, era de advertir en la jurisprudencia del Bundesgerichtshof después de la Segunda Guerra Mundial”, y que fue precisamente dicho libro lo que “contribuyó a que el renacimiento del Derecho natural fuera un breve episodio”; véase Hirsch, ZStW 116 (2004), p. 11. Por lo demás, véase también Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, pp. 41 s.: “el Derecho natural representa un orden del deber ser, (mientras que) la naturaleza de las cosas constituye un orden del ser”; y también Cerezo Mir, RDPC, nº 12 (2003), p. 47: “Welzel llevó a cabo entonces una crítica rigurosa de las concepciones iusnaturalistas”.

[20] Véase Silva Sánchez, Introducción, p. 13 n. 7.

[21] Véase Silva Sánchez, Introducción, pp. 12 s.

[22] Véase mi Prólogo, pp. 26 ss.

[23] Como advierte con razón Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, pp. 29 s.

[24] Véase Schünemann, en Grundfragen, pp. 19 s.

[25] Véase Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, pp. 82 s.

[26] Véase sólo Welzel, Studien, p. 141: “Acción (también como acción final), lo mismo que causación, continua(-ría) siendo una abstracción, si no se comprend(-iera) como fenómeno socialmente relevante, es decir, como acción en el espacio de la vida social”.

[27] Véase Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, p. 416. Contra la caracterización del finalismo como un método exclusivamente ontológico, véase también

Gracia Martín, Prólogo, pp. 24 ss. y 29 ss., y Moisés Moreno Hernández, Ontologismo o normativismo, pp. 600 s y 607 s.

[28] Es más, algunos críticos del finalismo como Gallas y Gimbernat han llegado incluso a negar que el concepto finalista de acción sea uno realmente ontológico y a afirmar que se trata de un concepto valorativo y normativo que Welzel habría construido precisamente desde y en referencia a la tipicidad; véase Gallas, La teoría del delito, p. 15 y Gimbernat, Delitos cualificados, pp. 106 ss., para quienes lo que en realidad formula la doctrina finalista no sería “el” concepto de acción, sino “un” concepto de acción típica.

[29] Véase Hirsch, en Obras completas, t. I, p. 19.

[30] Véase Schünemann, Grundfragen, p. 35.

[31] Véase una exposición sobre la doctrina de las estructuras lógico-objetivas, en Oliver Sticht, Sachlogik als Naturrecht?, pp. 37 ss.

[32] Véase Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, p. 286.

[33] Véase Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, pp. 283 s. Así lo advierte también Vives Antón, Fundamentos, 2ª ed., p. 434 y nota 75: “para Welzel, la vinculación del legislador a las llamadas ‘sach-logische Strukturen’ (estructuras lógico-objetivas) significa sólo que, v.g., si ha escogido como fundamento del castigo la culpabilidad, no puede imponerlo prescindiendo de uno de sus elementos (v.g., del conocimiento de la ilicitud). Y eso no es más que una regla de coherencia” (cursiva mía).

[34] En mi opinión, esta afirmación de Welzel hay que entenderla sólo en el sentido de invalidez “jurídica o jurídico-política”. Por el contrario, en el plano epistemológico o cognitivo, una regulación jurídica incoherente (sin lógica) con la estructura real-material del objeto de la regulación sí tiene que ser inválida.

[35] Véase Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, pp. 284, y 286.

[36] Véase Zaffaroni PG 2ª ed., p. 95.

[37] Cfr. ya en este sentido, Gracia Martín, Prolegómenos, pp. 218 s., y más claramente en Fundamentos, pp. 374 y 377 s.

[38] Por todo lo explicado, la Dogmática del finalismo es, sin la menor duda, una Dogmática teleológica y funcionalista, y, por esta razón, la denominación de la etapa dogmática y político-criminal actual como “funcionalismo” (o como teleologismo) para diferenciarla y oponerla al “finalismo”, es una completamente vacía de contenido e inapropiada. De esta interesante cuestión, sin embargo, no puedo ocuparme aquí.

[39] Véase Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, pp. 285 s.; el mismo, Vom Bleibenden und Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft, pp. 347 ss., 354 ss.; el mismo, Introducción, pp. 256 s.; el mismo, El nuevo sistema del Derecho penal, pp. 14 s.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 16 ss.

[40] Véase Welzel, Introducción, p. 252; véase también, en sentido parecido, Jakobs, Sociedad, norma y persona, pp. 25 ss.

[41] Véase Jakobs, Sociedad, norma y persona, pp. 27 s.

[42] Véase Welzel, Introducción, pp. 251 s., 266; asimismo véase Jakobs, Sobre la génesis de la obligación jurídica, pp. 38 ss.

[43] Véase Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, p. 55 n. 14; el mismo, Gesetz und Gewissen, p. 299; el mismo, Die Entstehung des modernen Rechtsbegriffs, p. 441; el mismo, Introducción, pp. 135 ss., especialmente pp. 145 s.; véase también sobre ello Oliver Sticht, Sachlogik als Naturrecht?, pp. 106 s.

[44] Véase Welzel, Introducción, p. 252.

[45] Véase Welzel, Introducción, pp. 253 s.: “todos estos elementos —el deber ser incondicionado, el sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social y la concordancia de los órdenes ético-sociales— ... representan el presupuesto de posibilidad de todo orden ético social y son, por ello, independientes de los contenidos de estos órdenes”.

- [46] Véase Welzel, Introducción, p. 251.
- [47] Véase Welzel, Introducción, pp. 251 s.n
- [48] Sobre todo esto, aunque explicado de modo diferente, véase Welzel, Introducción, pp. 256 s.
- [49] Como describe Schünemann, en Grundfragen, p. 35: “Puesto que el fin del Derecho penal protección de bienes jurídicos tiene que alcanzarse a través de prohibiciones y de mandatos acompañados de las respectivas sanciones, la capacidad del ser humano de causar o de evitar resultados mediante una actividad final que se expresa en la estructura final de la acción, se convierte en sustrato directo del Derecho penal, y con esto, la finalidad en su estructura lógico-objetiva fundamental”.
- [50] Véase Armin Kaufmann, Normentheorie, pp. 160 ss.; véase también Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, p. 352 [= Obras completas, t. II, p. 105].
- [51] Véase Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 19 ss.
- [52] Véase Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11^a ed., p. 37; el mismo, El nuevo sistema del Derecho penal, pp. 14 s. y 30; el mismo, Naturrecht und Rechtspositivismus, p. 285; el mismo, Vom Bleibenden und Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft, p. 349; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, pp. 16 ss.
- [53] Véase Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, p. 286.
- [54] Véase en este sentido mi Prólogo, pp. 22 s., 24 ss., 32 s.; también, Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, pp. 31 s., 40 s.; Oliver Sticht, Sachlogik als Naturrecht?, pp. 90 ss., y Schünemann, La relación entre ontologismo y normativismo, pp. 654 ss., 660 ss., donde habla de una indispensable síntesis entre los datos ónticos y los contenidos normativos.
- [55] Véase Welzel, Kausalität und Handlung, p. 17.
- [56] Véase Welzel, Über Wertungen im Strafrecht, pp. 25 ss.
- [57] Véase Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”, pp. 17 ss.; Cerezo Mir, La naturaleza de las cosas, pp. 56 ss.; el mismo, en RDPC n° 12 (2003), pp. 59 ss. Véase también, Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, pp. 30 ss.
- [58] Véase Cerezo Mir, RDPC, n° 12 (2003), pp. 50 y 58 ss.
- [59] Véase Jescheck/Weigend, AT, p. 195 n° 2.
- [60] Véase Engisch, Die Idee der Konkretisierung, pp. 128 ss. y 141 ss.; asimismo, Cerezo PG II, p. 23.
- [61] Véase Cerezo, Notas, nota 22, p. 83; el mismo, PG II, p. 166.
- [62] Véase Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, p. 352 [= Obras completas, t. II, p. 105].
- [63] Véase Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, p. 352 [= Obras completas, t. II, p. 105].
- [64] Véase Zaffaroni, PG, pp. 414-415.
- [65] Véase sobre ello Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, pp. 19 ss. e Introducción, pp. 135 ss.; Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 68 ss.
- [66] Véase Pufendorf, De jure naturae et gentium, Lib. I, cap. II, N. 6 [pp. 28 s]; véase Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, p. 26 y n. 21, e Introducción, pp. 136 s.
- [67] Véase Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, p. 27, e Introducción, p. 137.
- [68] Véase Welzel, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, p. 27, e Introducción, p. 137.
- [69] Véase sobre todo esto Welzel, Introducción, pp. 136 s.
- [70] Véase, en este sentido, Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11^a ed., pp. 4 ss.; Gracia Martín, Prolegómenos, pp. 191 ss.; Alicia Gil Gil, L-H Cerezo, pp. 10, 14 ss., 21 ss., y 29 ss.
- [71] Véase Welzel, El nuevo sistema del Derecho penal, p. 41
- [72] Véase Zaffaroni, PG, p. 416.

[73] Véase Hirsch, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik*, pp. 61 ss. [= Obras completas, t. I, pp. 13 ss.] y *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre*, pp. 338 s. y 343 ss. [= Obras completas, t. II, pp. 86 s. y 92 ss.]; el mismo, *ZStW* 116 (2004), p. 1.

[74] Vives Antón plantea que “si mi punto de vista es correcto, cuando se abandona el concepto finalista de acción, se comienza a dejar de ser finalista”; véase Vives Antón, *Fundamentos*, p. 431. Y por supuesto que el punto de vista de Vives es correcto y tiene toda la razón. Si no se parte de un concepto finalista de acción, entonces la estructura del delito que se levante sobre la base de la que se parta —que será algo distinto a una acción finalista—, ya no puede ser una idéntica ni semejante a la finalista aunque formalmente lo parezca.

[75] Véase, en este sentido, con razón, Bustos Ramírez, *Imputación objetiva*, p. 121; asimismo, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 158 ss.; Gracia Martín, *RDPC* n° 5 (2000), pp. 378 ss. y Prólogo, pp. 21 ss.

[76] Véase Gracia Martín, *RDPC* n° 5 (2000), p. 379.

[77] Véase, en este sentido, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, p. 159.

[78] En este sentido, claramente, Cuello Contreras, *PG*, pp. 498 ss., para quien “no se trata, por decirlo una vez más, de contraponer lo objetivo a lo subjetivo, sino de entender de una vez por todas que ambos forman una unidad inescindible” [p. 502]; Gracia Martín, *RDPC* n° 5 (2000), p. 379.

[79] Véase Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 406 ss.

[80] Véase, al respecto, la exposición de Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 158 s. con diversas referencias doctrinales en n. 154.

[81] Véase, también en este sentido, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 159 s.

[82] Véase, por todos, Roxin *AT I*, 3ª ed., 1997, pp. 310 ss. nm. 39 ss.

[83] Véase, por ejemplo, Luzón Peña, *PG I*, p. 376.

[84] Véase, por ejemplo, Luzón Peña, *PG I*, p. 411.

[85] Es significativo que Torío, plantee el problema de si “la imputación objetiva no es objetiva, es decir, de si es función también de datos subjetivos, o sea, del factor configurador de lo injusto que, según la doctrina dominante, es el dolo del tipo”; véase Torío, en *EPyC X* (1987), p. 388.

[86] Véase en detalle sobre la problemática que plantean a la doctrina de la imputación objetiva los conocimientos especiales del autor, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 161 ss.

[87] Véase Luzón Peña, *PG I*, pp. 406, 412; pero véase también, en el mismo sentido, por ejemplo, Mir Puig, *ADPCP* (1983), p. 13 (“el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta”) y el mismo, *ADPCP* (1984), p. 16 (“el intentar voluntariamente la lesión supone en general un mayor peligro ex ante para el bien concretamente afectado, que el actuar frente a él de forma descuidada pero queriendo evitar la lesión”).

[88] Cfr., por todos, Gimbernat Ordeig, *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 215 (“como en los casos que estamos examinando existe un comportamiento doloso causante de un resultado típico y concurren, con ello, todos los elementos —expresamente previstos por la Ley— que la doctrina dominante atribuye a la tipicidad del delito doloso, de ahí que la única posibilidad de fundamentar la atipicidad de esas conductas sea la de demostrar que el riesgo permitido desempeña un papel, no sólo en el tipo de los delitos imprudentes, sino también en el de los dolosos”).

[89] Cfr., por ejemplo Gimbernat, *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 216 (“el tráfico aéreo, la explotación de minas de carbón o las carreras de fórmula 1, cuando se realizan observando la diligencia debida, son actividades expresamente aprobadas —porque en ellas no existe el mínimo desvalor objetivo— por el ordenamiento jurídico; y si el hecho realizado

es una conducta correcta —por mucho que se realice con la peor de las intenciones—, entonces, para un Derecho penal regido por el principio del hecho, no existe tampoco una manifestación externa a la que se pueda vincular una prohibición [tipificación] penal”).

[90] Véase, por ejemplo, Cerezo PG II, p. 123.

[91] Véase Welzel, *Vom Bleibenden und Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, pp. 349 ss.

[92] Véanse abundantes referencias doctrinales sobre ello en Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva*, pp. 52 s.

[93] Véase Georg Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, p. 93.

[94] Véase cfr. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Lib. III, 1113 b, citado por la edición *Ética Nicomaquea-Ética Eudemia*, con introducción de Emilio Lledó Iñigo y traducción y notas de Julio Pallí Bonet, 1ª ed., de 1985, Ed. Gredos, Madrid, 5ª reimpresión de 2000, p. 191; sobre ello, Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva* (n. 29), pp. 66 s.

[95] Sobre ello véase, ampliamente, Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs* (n. 14), pp. 84 ss.; Hardwig, *Die Zurechnung*, Cramer, de Gruyter, Hamburg, 1957, pp. 35 ss.; Rueda Martín, *La teoría de la imputación objetiva* (n. 29), pp. 68 ss.

[96] Como ya he expuesto en otro lugar, la concepción de Gimbernat sobre la imputación objetiva no incurre tampoco de ningún modo en las contradicciones insuperables de la doctrina dominante; véase Gracia Martín, *Prólogo*, pp. 12 ss. En efecto, mientras que la doctrina dominante ve en la imputación objetiva un elemento normativo del tipo objetivo que operaría junto a los demás y, al parecer, en pie de igualdad, lo que me parece absolutamente rechazable, Gimbernat, rechazando asimismo esa concepción, llama la atención —a mi juicio con toda la razón— sobre el hecho de que si bien la imputación objetiva puede ser concebida como un elemento del tipo, la misma deberá ser comprendida, en todo caso, como uno diferente a todos los demás elementos típicos. Esto ha de ser así por la razón elemental de que, así como todos los elementos típicos son unos que se encuentran expresamente descritos por la Ley, y que tienen, por ello, una consistencia tangible, la imputación objetiva, por el contrario, no goza de semejante expresión legal, ni puede ser, por ello, un elemento tangible del tipo. La imputación objetiva, para Gimbernat, se podría definir, metafóricamente, sólo como “un fantasma que recorre los tipos”; véase Gimbernat, *¿Qué es la imputación objetiva?*, pp. 212 s. De ahí que, según Gimbernat, “lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla —desde la causalidad hacia la acción— sin encontrar un lugar sistemático correcto”, y que lo que los criterios de la imputación objetiva permiten sea, en su opinión, “fundamentar por qué la tipicidad es algo más que una yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad) y axiológicos (dolo —y, en su caso, elementos subjetivos de lo injusto—, infracción del deber de cuidado, resultado típico)”, y de un modo más concreto aún —concluye Gimbernat— “fundamentar por qué todo ello meramente sumado no da aún como resultado una conducta típica, si no concurre también —lo cual se determina sobre la base de consideraciones sobre lo que es el tipo, cuál es su finalidad y cuáles son los principios que deben informarle— la imputación objetiva” (Gimbernat, loc. cit., p. 212). Pues bien, únicamente una definición de la imputación objetiva como la formulada por Gimbernat —y-de-un-modo-absoluto-ninguna-otra-más— me parece asumible, y aún más: una formulación que hay que asumir necesariamente desde el momento en que se reconozca —como yo reconozco a todos los efectos— que los tipos de lo injusto no son meras y simples descripciones de procesos naturales, sino unidades de sentido social, y que éste, el sentido social de la conducta, porque es uno que no brota de la naturaleza, sino más bien de la sociedad, no puede ser determinado y aprehendido nunca de un modo completo si no es mediante la realización y aplicación de actos de conocimiento de

naturaleza esencialmente valorativa, normativa o axiológica al material ontológico previamente constituido y dado, y ello aunque la estructura inmutable de éste, no obstante, ya sea portadora no sólo de las posibilidades concretas de determinación de aquéllos contenidos valorativos, sino también de los límites de éstos. No obstante, desde el punto de vista metodológico y sistemático, el concepto de Gimbernat sobre la imputación objetiva —no así los contenidos— no es a mi juicio nada distinto a la adecuación social del finalismo; cfr. Gracia Martín, Prólogo, pp. 13 s.

[97] Véase Cerezo, Notas, nota 10, pp. 44 s.

[98] Véase Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, p. 416.

[99] Véase Welzel, Studien, pp. 141 s.

[100] Welzel, Abhandlungen, pp. 141 ss. y 150 ss.

[101] Welzel, Abhandlungen, pp. 141 s.

[102] Welzel, Abhandlungen, p. 142.

[103] Welzel, Abhandlungen, pp. 141 s.

[104] Welzel, Abhandlungen, pp. 151 ss.; más claro aún en Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., pp. 56 y 57.

[105] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 56.

[106] Welzel, Abhandlungen, pp. 142 y 143; el mismo., Das deutsche Strafrecht, 11º ed., p. 56.

[107] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 56.

[108] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 56.

[109] Welzel, Abhandlungen, p. 140 y nota 35; el mismo., Das neue Bild, p. 25.

[110] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 56.

[111] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 56.

[112] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 57.

[113] Welzel, Abhandlungen, pp. 150 y 152.

[114] Véase por ejemplo, entre otros, Stratenwerth/Kuhlen AT I, 5ª ed., 2004, pp. 95 s.; Otto AT, 7ª ed., 2004, pp. 74 s.; Gropp AT, 3ª ed., 2005, pp. 251 s.; Kindhäuser AT, 2ª ed., 2006, p. 263.

[115] Sobre la jurisprudencia alemana, véase Roxin AT I, 4ª ed., pp. 296 s. y Schönke-Schröder-Lenckner/Eisele, 27ª ed., comentario previo a los §§ 13 ss., pp. 177 s. nº 69 s.

Sobre la jurisprudencia española, véase Roldán Barbero, Adecuación social pp. 151 ss.

[116] Sobre esto véase NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed., comentario previo a los §§ 32 a 35, p. 997 nº. 29.

[117] Roxin AT I, 4ª ed., p. 300; véase también NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed., comentario previo a los §§ 32 a 35, p. 1000 nº 34 con más referencias.

[118] Véase Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, passim.

[119] Así por ejemplo Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 58; críticamente Hirsch, ZStW 74 (1962), pp. 78 ss.; Ebert/Kühl, Jura 1981, p. 226; Dölling, ZStW 96 (1984), pp. 55 ss.; Jescheck/Weigend AT, 5ª ed., pp. 252 y 253; Baumann/Weber/Mitsch AT, 11ª ed., p. 319; Schönke-Schröder-Lenckner/Eisele, 27ª ed., comentario previo a los §§ 13 ff., p. 178 nº 70; Otto AT, 7ª ed., pp. 74 s.; Stratenwerth/Kuhlen AT I, 5ª ed, p. 95; en cierto modo Roxin AT I, 4ª ed., p. 297; Kindhäuser AT, 2ª ed., p. 263.

[120] Así por ejemplo Krauss, ZStW 76 (1964), p. 48; Peters, Welzel-FS, pp. 425 ss.; Schaffstein, ZStW 72 (1969), pp. 369 ss.; Zipf, ZStW 82 (1970), pp. 633 ss.; Klug, Eb. Schmidt-FS, pp. 255 ss., pero en el sentido de “congruencia social”, que Klug distingue de la “adecuación social”.

[121] Así, en determinados momentos de la evolución de su doctrina, Welzel, Das neue Bild, p. 25 y Das deutsche Strafrecht, 8ª ed., 1963, p. 76 (una causa de justificación de Derecho consuetudinario); Schmidhäuser AT.Lb., 2ª ed., pp. 297 ss. y AT.StuB., pp. 173 ss.; Klug Eb.

Schmidt-FS, pp. 255 ss.; Gropp AT, 3ª ed., pp. 251 s.

[122] Así únicamente Röder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969, pp. 77 ss.

[123] Para esto véase solo NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed., comentario previo a los §§ 32 a 35 p. 999.

[124] Como aquí Roxin AT I, 4ª ed., p. 297.

[125] Así NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed., comentario previo a los §§ 32 a 35 p. 998: “aquí no se requeriría ningún permiso especial (causa de justificación) que declarase excepcionalmente como conforme a Derecho a una conducta en sí misma prohibida”.

[126] Véase Hirsch, ZStW 74 (1962), pp. 87 ss., 126 ss., 133 ss.; el mismo. LK 11ª ed., comentario previo a los §§ 32 ss. n° 29; Cerezo Mir, PG II, 6ª ed., p. 98.

[127] Así, por todos, Roxin, en Klug-FS II, pp. 303 ss., 310 ss.; el mismo. AT I, 4ª ed., pp. 297 ss.

[128] Roxin, AT I, 4ª ed., p. 298.

[129] Roxin, AT I, 4ª ed., p. 298.

[130] Roxin, AT I, 4ª ed, p. 299.

[131] Sobre esto, véase Cancio Meliá, GA 1995, pp. 181 s.; el mismo, Los orígenes de la teoría de la adecuación social. pp. 16 ss., 19 ss.

[132] Sobre esto véase Gracia Martín, Prólogo, pp. 26 y 27 s.

[133] Así NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed, comentario previo a los §§ 32 a 35, p. 998: “socialmente adecuado es, seguro, lo que no está prohibido”

[134] En este sentido, véase NK-StGB-Paeffgen, 2ª ed, comentario previo a los §§ 32 a 35, p. 998.

[135] Así la rúbrica del Título II, Libro Primero, del Código penal español (“De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”).

[136] Así la rúbrica del Capítulo II, Título Primero, Libro Primero, del Código penal español (“De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal”).

[137] Véase Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., pp. 56 y 57: “aunque en sus consecuencias produzca la lesión de un bien jurídico” (p. 56) y “bajo puntos de vista causales pudieran ser subsumidas (en el tipo)”; a mayor abundamiento Welzel, Abhandlungen, pp. 140 s. y 151 ss.

[138] Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 56: “una conducta socialmente adecuada no tiene que ser en modo alguno una socialmente modélica”.

[139] Por otro lado, “la adecuación social es un principio de interpretación general cuya relevancia no se limita al Derecho penal, sino que comprende a la totalidad del ordenamiento jurídico” (Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 58).

[140] Véase en este sentido Cerezo Mir, PG II, p. 99; Gracia Martín, Fundamentos, p. 224.

[141] Armin Kaufmann, Jescheck-FS, 1985, p. 270.

[142] Bustos Ramírez, Imputación objetiva, p. 117; en el mismo sentido Gracia Martín, Fundamentos, p. 295.

[143] Gracia Martín, Prólogo, pp. 17 s.; en el mismo sentido Bustos Ramírez, Imputación objetiva, pp. 109 s. y 115.

[144] Gracia Martín, El horizonte, pp. 77 ss.; el mismo, Fundamentos, pp. 390 s.; Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 247 ss.; de acuerdo Cancio Meliá, Los orígenes, pp. 14 s.

[145] Sobre esto véase Gracia Martín, Fundamentos, pp. 215 ss.; Mª Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 247 ss.; de acuerdo Cancio Meliá, Los orígenes, pp. 14 ss.

[146] Welzel, Abhandlungen, p. 140.

[147] Welzel, Abhandlungen, p. 140; el mismo, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., p. 5.

[148] Welzel, Abhandlungen, p. 140.

- [149] Welzel, Abhandlungen, p. 141.
- [150] Welzel, Studien, Abhandlungen, p. 141.
- [151] Welzel, Studien, Abhandlungen, p. 141.
- [152] Gracia Martín, Fundamentos, pp. 215 ss.
- [153] M^a Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 247 ss.
- [154] Gracia Martín, El horizonte del finalismo, pp. 77 ss.; el mismo, Fundamentos, pp. 216 ss., 222 ss.; M^a Angeles Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 247 ss., 251 ss.; de acuerdo Cancio Melia, Los orígenes, pp. 14 s. y en GA 1995, p. 182.
- [155] En este sentido Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, p. 29; Cancio Melia, GA 1995, p. 180.
- [156] Así por ejemplo Jakobs AT, 2^a ed., p. 185: “especialmente los institutos: riesgo permitido, principio de confianza, comisión referida al garante y prohibición de regreso, son explicaciones de la adecuación social”.
- [157] Así, por ejemplo, Lesch, en Dona Skripta, 2000, pp. 283 ss.
- [158] Véase Cancio, Los orígenes, pp. 65 s. [= ADPCP (1993), pp. 728 s.].
- [159] Hirsch, ZStW 116 (2004), p. 10.
- [160] Véase en este sentido Gracia Martín, El horizonte, pp. 75 ss. (= Fundamentos, pp. 390 ss.).
- [161] Gracia Martín, El horizonte, pp. 61 ss. (= Fundamentos, pp. 383 ss.).
- [162] Así claramente en Welzel, Abhandlungen, pp. 141 ss.
- [163] Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 280, 282 y 237 s., 253 s., 263 s.
- [164] Gracia Martín, El horizonte, pp. 81 s. (= Fundamentos, p. 393).
- [165] En este sentido, a pesar de su distanciamiento de la idea de la adecuación social, véase NK-StGB-Paeffgen, 2^a ed. Comentario previo a los §§ 32 a 35 pp. 999 s., 1001 s.
- [166] Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 249 ss.; Gracia Martín, Fundamentos, pp. 222 s.
- [167] Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 282 ss.
- [168] Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 250 s.
- [169] Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, p. 280.
- [170] Sobre la diferencia entre “finalidad” y “dolo”, véase Welzel, Abhandlungen pp. 348 ss., especialmente nota 20 de pp. 350 s.
- [171] Gracia Martín, El horizonte, p. 84 (= Fundamentos, p. 394).
- [172] Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, p. 265.
- [173] Véase sobre esto Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 284 ss.
- [174] En este sentido también Rueda Martín, La teoría de la imputación objetiva, pp. 286 ss.
- [175] En mi opinión, debe interpretarse en este sentido la siguiente y nada clara idea de Welzel (Abhandlungen, p. 143): “como antijurídicas entran en consideración solo aquellas acciones que sobrepasan la adecuación social (o el riesgo permitido)”.
- [176] Véase, en sentido similar, Hirsch, ZStW 116 (2004), pp. 1 s.
- [177] El proceso de entropía por el que atraviesa sin duda la doctrina jurídico penal, ha dado ya lugar, como acertadamente ha descrito Enrique Gimbernat (Ensayos penales, p. 375), a que en la Ciencia penal “una fascinante y fructífera aprehensión sistemática de los problemas y de las instituciones penales” haya sido sustituida desfavorablemente “por una tópica exasperante y caótica” que opera sobre un “solar de problemas inconexos”[177], y a que esa sustitución se haya materializado en cuanto a los resultados en una permanente producción de lo que Schünemann (GA 5/1995, pp. 221 ss.; el mismo, GA 5/2001, pp. 213 ss.), asimismo acertadamente, ha calificado como una “Dogmática sin consecuencias”.
- [178] Véase Hirsch, en sus Obras completas, t. I, p. 19; véase también, Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, p. 12. Sobre el “caos” imperante en la Dogmática penal actual, véase Gimbernat, en sus Ensayos penales, p. 375; asimismo Gracia

Martín, Prólogo, pp. 9 ss.

[179] Véase Georg Küpper, Die grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, p. 83.

[180] Véase Gracia Martín, Prolegómenos, pp. 218 s.

© Copyright: Universidad Austral