

## Aportaciones españolas al estudio del finalismo

### I

Hoy resulta ya incuestionable que el fenómeno más interesante que se ha producido en la dogmática penal, en los últimos tiempos, es la aparición y ulterior desarrollo de la llamada *teoría finalista de la acción*.

Su génesis es bien conocida. Con antecedentes en Erik Wolf, Glasser, R. Lange, Helmuth Mayer y, especialmente, en Helmuth von Weber y Graf zu Dohna, expone Hans Welzel por primera vez el sistema finalista en un trabajo titulado «*Studien zur System des Strafrechts*» que publica en 1939 la «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*». Desde entonces se mantiene ese esquema sistemático por el mismo autor en las sucesivas ediciones de su «*Das deutsche Strafrecht*» y en «*Das neue Bild des Strafrechtssystems*».

A través de un significativo desarrollo histórico-dogmático, va ganando adeptos y haciendo un planteamiento nuevo de todos los puntos de la teoría jurídica del delito. Este fenómeno de expansión progresiva de temario era previsible, habida cuenta de que la novedad máxima del finalismo, la inclusión del dolo en la antijuridicidad, había de repercutir tanto en la teoría de la acción como en las del injusto y culpabilidad, sectores orgánicamente enlazados.

Paralelamente a este proceso, la polémica que a su aparición se inicia va tomando altura y haciéndose más complicada. Desde las primeras objeciones que a la concepción y sistema welzeliano hace un considerable sector de la ciencia jurídico-penal alemana (centradas las que proceden del frente tradicional en la equiparación de finalidad y dolo, y en la comprensión de los delitos culposos las que se elevan del propio finalismo), hasta el debate dialéctico hoy planteado, han entrado en danza todos los campos de la teoría jurídica del delito.

Si ante los primeros ataques Welzel rectifica algunas posiciones, especialmente en lo que afecta a los delitos culposos, también la entonces doctrina dominante se bate con flexibilidad, y termina aceptando la natura-

leza final del actuar humano. Se constituyen así las dos direcciones que hoy dividen el campo dogmático: *el frente tradicional*, aceptando la naturaleza final de la acción, pero aferrado a la distinción entre finalidad y dolo, que les permite seguir incluyendo éste en la culpabilidad y mantener la sistemática anterior, y *la dirección finalista* que equiparando finalidad y dolo, trata éste en el injusto y propugna un sistema nuevo, en franco antagonismo con el anterior.

## II

La polémica no ha quedado reducida a la Ciencia alemana. En Italia se registraron pronto admiradores de la nueva dirección como Bettiol, que prometió incluso en la primera edición de su *«Diritto Penale»* adaptar la segunda al sistema de Welzel —promesa que por cierto no ha cumplido ni en la segunda ni en la tercera aparecida recientemente—, Gallo (*«La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca»*, Milano, 1950), La Porta (*«La teoría finalistica della condotta»*, en *Giustizia Penale*, 1952, II, I) y Santamaría (*«Prospettive del concetto finalistico di azione»*, Nápoles, 1955).

En nuestra Patria el primer estudio dedicado al tema se debe al Profesor Rodríguez Muñoz, que primero en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* y después en una preciosa monografía, escrita con motivo de su discurso en la apertura del Curso académico 1953-54 en la Universidad de Valencia (*«La doctrina de la acción finalista»*), aborda el examen del finalismo, haciendo unas muy agudas consideraciones críticas en torno a la viabilidad de su adaptación al ordenamiento positivo español.

Sería, sin embargo, inexacto calificar el libro de Rodríguez Muñoz como brote del finalismo en España. La concepción de Welzel no prende en la doctrina penal española hasta que hace pocos años se abre la frontera a una generación nueva de penalistas. Son los jóvenes que salen a Alemania con becas y pensiones quienes van a importar la nueva tendencia. Y es curioso que, como en aquel país ocurre, nuestros estudiosos retornen a España escindidos en dos campos: los que trabajaron con Mezger, ubicados en la dogmática tradicional, si bien remozada con las modificaciones de última hora del que fue su maestro; los que encontraron cobijo en el regazo científico de Welzel, Maurach o Kaufmann, como Cerezo Mir, Juan Córdoba y Fabio Suárez, entusiasmados con la nueva tendencia (Cerezo), influídos favorablemente por ella (Córdoba) o altamente preocupados con su revisión y crítica (Suárez).

## III

Aunque ya en 1958 Felipe Olesa Muñido publicó una excelente monografía titulada «*Inducción y auxilio al suicidio*» donde seguía en gran parte las innovaciones sistemáticas finalistas, estimo que es José Cerezo Mir, actual Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid, el autor que da los primeros pasos para una penetración en España de la teoría final. En su tesis doctoral sobre la tentativa, aún inédita, pero que pude conocer con motivo de unas oposiciones, se advierte ya el impacto que el magisterio de Welzel ha producido en su concepción del delito imperfecto y en general de todo el orden penal. Después, en sus artículos «*El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal*» (Anuario, 1959), «*Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español*» (Anuario, 1961), «*La naturaleza de las cosas y su relevancia penal*» (Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1962), y «*El 'versari in re illicita' en el Código Penal español*» (Anuario, 1962), se define ya como finalista y defiende, con fino ingenio, la adaptación de la nueva tendencia a nuestro sistema vigente, sin por ello dejar en el tintero el trazo crítico cuando estima que el pensamiento de su maestro se hace acreedor a ello.

El discipulado de Juan Córdoba Roda con Maurach, en Munich, es trascendental para la germinación en la dogmática española de la teoría final. Con el reciente Catedrático de la Universidad de Oviedo vienen a España incluso las discrepancias de los mismos finalistas, las discordias familiares diríamos, pues Córdoba trae la huella de su maestro de Munich, discrepante en muchos aspectos de la marca que a Cerezo dejó Welzel en Bonn. En una recensión que Cerezo publicó en el *Anuario* a la traducción de Córdoba que luego comentamos, están tendidos esos trapos sucios del finalismo.

Ahora, Fabio Suárez Montes, Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Navarra, lo somete a revisión, después de haber calado en él a través de largos y provechosos contactos con la élite de la dirección final.

En este año de 1963 han aparecido tres obras que, a mi modo de ver, tienen una poderosa significación para el estudio en España de la dirección final (el segundo tomo de la traducción del libro de Maurach y una monografía de Córdoba, y el trabajo de Suárez Montes a que después nos referimos), y merecen la atención de una nota.

## IV

La traducción final del «*Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*» de Maurach acaba de publicar Juan Córdoba Roda supone, sin género de du-

das, un paso decisivo para el conocimiento del finalismo en nuestra Patria. Su trascendencia radica precisamente en que el libro del Profesor de Munich, aunque enmarcado en la doctrina finalista, contiene una visión personal y propia que le hace dedicar importantes epígrafes a agudas consideraciones críticas del pensamiento de Welzel. Como, con sobrada razón dice el Profesor Pérez Vitoria en el prólogo de la traducción a que estamos aludiendo, la gran fuerza y originalidad del Tratado de Maurach reside en que el autor, pese a su encuadramiento en la nueva dirección, «no sigue fielmente la doctrina welzeliana, sino que, de un lado presenta trazos propios y peculiares que la distinguen vigorosamente de aquélla y de los restantes estudios de los partidarios del finalismo, y de otro, lejos de ofrecerse como posición que rompe con todas las construcciones no finalistas, surge en no pocas ocasiones, como culminación de anteriores criterios tradicionales».

La versión que en dos tomos ofrece Córdoba recoge con toda fidelidad el contenido del libro, superando, con pleno éxito, las muchas dificultades a que, no sólo el pensamiento, sino el estilo y los giros lingüísticos de Maurach, daban lugar.

Lo más destacable de la labor de Córdoba es la valentía y el acierto con que, en las notas, ha abordado la cuestión de la viabilidad del moderno pensamiento finalista en nuestro ordenamiento positivo. Sin prodigar las notas de esta naturaleza, en las que a la cuestión se refiere, se manifiesta con una gran objetividad, sin concesiones de ninguna clase. Las otras notas, las de carácter meramente explicativo, constituyen un poderoso y útil instrumento para la perfecta comprensión del pensamiento de Maurach.

Esta tarea, realizada en aras de un mejor conocimiento del finalismo, la ha redondeado Córdoba, en este año, con una cuidada monografía titulada «*Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*» (Barcelona, Ariel, 1963).

Para demostrar que el finalismo no representa una dirección que se encuentra en solución de continuidad con la ciencia penal anterior, sino que supone una sublimación de direcciones que apuntaban desde tiempo en la Ciencia penal, comienza el autor haciendo un examen del desarrollo dogmático que en los últimos años ha experimentado el pensamiento de los elementos subjetivos del tipo y la concepción normativa de la culpabilidad.

En la primera cuestión, después de destacar la concepción puramente objetiva del tipo que sostiene Beling (aunque reconociera que en casos excepcionales la antijuridicidad puede depender de los fines perseguidos por el autor), examina el proceso histórico-dogmático a que da lugar el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo, detallando las aportaciones de Fischer, Hegler, Max E. Mayer, Sauer y Mezger, y poniendo de relieve cómo la admisión de los elementos subjetivos constituye una

consecuencia dogmática derivada de una peculiar consideración material del injusto.

Al estudiar lo normativo en la culpabilidad, examina con detenimiento la superación de la concepción psicológica en mérito de las aportaciones de Frank, Freudenthal y Goldschmidt, y de las valiosas críticas y correcciones que al pensamiento sentado por estos autores hacen Weber y Graf zu Dohna, poniendo de manifiesto cómo en la consideración valorativa o normativa de la culpabilidad se encerraba ya la exigencia de la traslación del dolo del campo de la culpabilidad al de la acción y del tipo, consecuencia que deriva de la naturaleza atribuida por Frank a la culpabilidad: el constituir una categoría de valor. Esta configuración, afirma Córdoba, conduce a la expulsión del dolo de la culpabilidad.

La exposición que del pensamiento finalista hace en el capítulo tercero, representa una acertada síntesis del mismo, donde destaca la claridad expositiva del autor, cualidad de que tan faltos estamos en el área de la ciencia penal española. Siguiendo una línea sistemática en que la claridad de exposición encuentra apoyo, examina los presupuestos metodológicos, la evolución histórico-dogmática y los presupuestos fundamentales de la nueva concepción, deteniéndose, con plausible brevedad, en cada uno de los elementos del delito.

De esa línea estructural se sirve, en el capítulo IV, para formular unas consideraciones críticas al finalismo, tanto al welzeliano como al de Maurach, pues «aun cuando sean importantes y numerosas las ventajas atribuibles a tal doctrina, no cabe pasar por alto ciertos vicios en los que incurre». Entre éstos señala que la sumisión de la ley a la acción, como esfera ontológica previa a la regulación legal, sólo puede ser admitida en su sentido relativo; que el método fenomenológico, seguido por Welzel, está sujeto a graves reparos; que el proceder del finalismo en su averiguación de la esencia de la acción no resulta, desde el punto de vista del método fenomenológico, totalmente correcto; que la separación que hace Maurach de manifestación volitiva y resultado, para incluir aquélla en la acción y éste en el tipo, es artificial y objetable, no sólo en el orden de los principios, sino también por las consecuencias a que conduce; que la identidad esencial entre dolo y finalidad no es plenamente exacta; y, en fin, que la doctrina finalista no ha agotado aún todas las posibilidades abiertas por el esclarecimiento de la estructura final de la acción.

El capítulo V («La doctrina finalista en su relación al Derecho Penal español») es la parte más interesante del libro a los efectos destacados en esta nota, pues en ella se plantea, en su descarnada realidad, la viabilidad del nuevo sistema en el ordenamiento penal español. En España, donde tan frecuente es volver la cara cuando se llega a cuestiones de esta índole, hay que celebrar que la haya abordado un autor joven, sometido aún cuando escribe al dictorio del «odiaros y criticaros los unos

a los otros» con que invierte el precepto evangélico el nefasto sistema de oposiciones a cátedras de Universidad.

Estima Córdoba que nuestro ordenamiento penal ofrece unos rasgos peculiares que, si en ciertos aspectos aconsejan la adopción de la doctrina finalista, impiden en cuestiones fundamentales su recepción incontrolada. Así, a su juicio, la concepción final de la acción resulta corroborada por la existencia de numerosos tipos portadores de elementos subjetivos, y lleva a la solución de importantes problemas.

Pero la naturaleza de la malicia, y la extensión de la imprudencia (que comprende tanto la de hecho como la de derecho), impiden una plena adopción de la doctrina finalista. La malicia, como fenómeno de contenido idéntico al del *dolus malus* (voluntad del resultado con conocimiento de su significación antijurídica), tradicionalmente entendida como forma o elemento de culpabilidad, no tiene encaje posible dentro de la teoría finalista. Por otra parte, el que los supuestos de error evitable de prohibición encuentren su regulación en la imprudencia, se opone a uno de los más firmes postulados del finalismo.

## V

La otra aportación a que alude el título de esta nota es la que acaba de hacer Fabio Suárez Montes en su libro «*Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*», que ha publicado «Ediciones Rialp» en el verano de este año.

Suárez Montes se ha acercado al finalismo con una formación penal hecha, y con un contenido ideológico recio, lo que explica su actitud frente a la nueva dirección: la revisión imparcial de la misma, previo un replanteamiento de los postulados más fundamentales del finalismo. Esta revisión le ha llevado a la crítica serena y aguda que hace en el libro que comentamos.

En él trata Fabio Suárez la doctrina final del injusto, porque, como afirma en la Introducción, «la doctrina de la acción final sólo es viable, y puede sostenerse, con todas las pretensiones de que le adornan sus defensores, bajo una determinada concepción del Derecho, y en consecuencia, del injusto, de la antijuridicidad y de las causas de justificación. Lo nuevo en el finalismo no es tanto la doctrina final de la acción, como la concepción final del injusto».

Estudia en el primer capítulo las cuestiones del injusto en los delitos dolosos y el error sobre las causas de justificación. El punto de arranque de la doctrina del injusto es la concepción del Derecho Penal como un poder o fuerza espiritual configurador de la vida del pueblo. Los tipos penales están orientados hacia los valores de acción, los cuales se concretan en aquéllos. De los tipos penales unos son de naturaleza prohibi-

tiva y otros de naturaleza positiva, describiéndose, de modo plástico, el objeto o materia de esas prohibiciones o mandatos. Según el finalismo, esta función la cumplen los tipos penales ya en el tipo del injusto, apareciendo así una trascendental diferencia con la doctrina anterior, la cual asigna esta función al Derecho sólo en el tipo de la culpabilidad.

La antijuridicidad la constituye el desvalor de la acción, que es igual en todas las formas de la tentativa y la consumación. La tentativa no es menos típica que la consumación, ni la tentativa imposible y la falta de tipo menos típica y antijurídica que la posible.

De esta forma, advierte Suárez Montes, se ha eliminado la causalidad como característica del tipo, entendiendo por causalidad la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ella podrá jugar algún papel sólo en la consumación. Los mandatos y prohibiciones despliegan todo su vigor fundamentador de la antijuridicidad en el plano de la mera representación, es decir: en un plano alejado de los bienes jurídicos. Con ello se produce una desconexión entre el objeto del juicio de antijuridicidad y el mundo existencial de los bienes jurídicos concretos.

Ante esta concepción del injusto, Fabio Suárez se pregunta a dónde conduce, pues «a uno le surge la duda acerca de si ese concepto de la antijuridicidad no hará sentir su peso inexorablemente en el sentido con que deban ser interpretadas las causas de justificación. Esto es, si para una construcción sistemática consecuente de la doctrina final del injusto no será preciso que las causas de justificación aparezcan ya desde un principio bajo una luz nueva».

La duda que surge al autor es ésta: ¿No bastará para apreciar una causa de justificación el elemento subjetivo? ¿No tendrá que prescindir el finalismo del elemento objetivo? El finalismo cree no estar obligado a tal consecuencia, pero Suárez Montes, tras de llevar a cabo un replanteamiento dogmático de la cuestión, acredita que siguiendo el hilo de los principios fundamentales finalistas se llega forzosamente a una fundamentación puramente subjetiva de la no antijuridicidad (exclusión del injusto) en supuestos de causas de justificación. La creencia errónea (invencible) de la existencia de la situación de una causa de justificación no es antijurídica.

Otra contradicción interna que señala a la nueva dirección es la que concierne a la llamada teoría de las circunstancias negativas del tipo. El finalismo, como es de sobra conocido, es detractor de esta doctrina, a pesar de lo cual, estima el Profesor de la Universidad de Navarra, el sistema de Welzel y Kaufmann encarnaba tal doctrina ya antes de la dogmática de los delitos de omisión.

En efecto. El tipo es en la construcción de dichos autores la expresión del *Verbotensein*. De este modo las causas de justificación son una eliminación del tipo. La esencia de la antijuridicidad se ve en un *Vertoss* contra las prohibiciones. En consecuencia, tipicidad y causas de justifi-

cación son traídas al mismo plano. Ambas constituyen sólo dos aspectos del *Verbotensein*. Si en el caso de la legítima defensa con la antijuridicidad decae también la *Normwidrigkeit*, decae también la tipicidad, en cuanto que ella no es otra cosa que la expresión de la norma.

Para el autor el origen de estas contradicciones internas del finalismo se encuentra en el hecho de que el injusto de la tentativa y el que se afirma en las causas de justificación putativas son de naturaleza distinta. El primero es final, el segundo causal. Ello sin perjuicio de que la acción se interprete siempre finalmente. Una doctrina final de la acción —añade— no nos enseña de suyo todavía nada sobre la doctrina del injusto. Es perfectamente compatible una teoría final de la acción con una doctrina causal del injusto; lo primero es un *Ontologischesproblem*, lo segundo un *Bewertungsproblem*.

La última parte de la monografía se dedica al estudio del injusto en los delitos culposos. Es conocido que uno de los puntos del sistema penal en que la doctrina y la jurisprudencia alemanas más han trabajado en los últimos años es el referente a la estructura del delito culposo. En este punto se halla entablada una verdadera lucha de orientaciones: el finalismo frente a la concepción tradicional. El debate comenzó en el ámbito de la teoría de la acción, pero en realidad ha acabado en la teoría del injusto.

En esta parte de su obra, Suárez Montes hace el estudio de la última modificación llevada a cabo por Welzel en la estructura del delito culposo a la luz de los principios fundamentales de que parte el finalismo, planteándose la cuestión de si han sido superadas las dificultades que aquejaban a este punto de la dogmática final.

Después de exponer las variaciones experimentadas por el pensamiento de Welzel sobre el delito culposo, cree Suárez Montes que en la última concepción welzeliana al respecto, el resultado queda extramuros de la acción relevante, tanto en el plano de la acción como en el del injusto, pues Welzel ha acentuado de tal forma el aspecto normativo de la conducta final relevante para el delito culposo, que imposibilita la comprensión del resultado en el tipo del injusto con desvalor propio.

Partiendo de esta afirmación, y tras un inteligente y detallado razonamiento, critica Fabio Suárez la nueva concepción de los delitos culposos, llegando a la conclusión que el problema que ellos plantean «es imposible de superar desde el finalismo mismo».

## VI

Las últimas aportaciones españolas al estudio de la nueva dirección, ponen de manifiesto sobradamente que en nuestra Patria ha prendido la teoría final, pero la actitud de nuestros estudiosos es la de someterlo



a revisión antes de cantar sus excelencias. Como se ha visto, los autores españoles, incluso los formados en el campo finalista, se han planteado con ojo crítico la adaptación de la concepción moderna a nuestro ordenamiento. Si con todas las tendencias que en otros tiempos estuvieron de moda se hubiera hecho así, en lugar de aceptarlas a ciegas y exponerlas sin revisarlas por un paletismo científico deplorable, otro sería el crédito de la ciencia penal española en el mundo.

JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO