

# REFLEXIONES SOBRE LA TEORÍA FINAL DE LA ACCIÓN\*

**Rolf Dietrich Herzberg**

*Catedrático de Derecho Penal, Ruhr-Universität Bochum*

*Traducción de Sergi Cardenal Montraveta*

---

HERZBERG, Rolf Dietrich. Reflexiones sobre la teoría final de la acción. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-01, p. 01:1-01:30. Cardenal Montraveta, traductor. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 10-01 (2008), 2 feb]

**RESUMEN:** El autor analiza y cuestiona las principales tesis de la doctrina finalista de la acción, su fundamentación y su coherencia. Más concretamente, se cuestiona la identidad entre el dolo y la voluntad de la acción, así como la coherencia entre la admisión de dolo eventual y la definición del dolo como finalidad referida a la realización del tipo. El autor también rechaza que la ubicación del dolo en el injusto, y la infracción de una norma de cuidado como elemento del injusto de los delitos

imprudentes, sean consecuencias que deriven lógicamente del concepto final de acción. Herzberg considera que tampoco puede afirmarse que de aquella concepción de la acción se deduzca la teoría estricta de la culpabilidad, cuyos resultados rechaza. Como así mismo rechaza la necesidad y conveniencia de limitar la participación al ámbito de los delitos dolosos, y la resistencia de un sector de la doctrina a reconocer que la infracción de una norma de cuidado es un requisito común del injusto de los delitos imprudentes y de los delitos dolosos.

**PALABRAS CLAVE:** Doctrina finalista de la acción, dolo eventual, imputación objetiva, teoría estricta de la culpabilidad, participación en delitos imprudentes.

Fecha de publicación: 2 febrero 2008

---

**SUMARIO:** I. Retrospectiva. II. Finalidad y voluntariedad. III. Acción y omisión: lo común a todos los delitos. IV. Voluntad de la acción y dolo: ¿Identidad o paralelismo? V. ¿Redefinición del dolo en el sentido de la verdadera finalidad? VI. Reconocimiento incoherente del dolo eventual. VII. Crítica. VIII. ¿Consecuencias y mejora del conocimiento? 1. Delitos imprudentes. 2. Curso causal azaroso. 3. El adelantamiento del dolo en la estructura del delito. 4. Participación en un hecho principal no doloso. A) La argumentación. B) Réplica. 5. Error sobre el tipo permisivo y teoría estricta de la culpabilidad. IX Resúmen.

\* El original apareció en M. TSAMBIKAKIS (ed.), *Freiheit, Gesetz und Toleranz. Symposium zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Karl Heinz Kunert*, 2006. Traducción de Sergi Cardenal Montraveta (Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona), revisada por Santiago Mir Puig (Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Barcelona).

## I. Retrospectiva

La generación de juristas a la que ambos —*Karl Heinz Kunert* y yo— pertenecemos, tuvo que ocuparse por primera vez, durante los estudios universitarios, del “dolo” como presupuesto del delito, en los años cincuenta del siglo pasado. Este encuentro era entonces muy peculiar. El estudiante tenía la impresión de que no se trataba, en modo alguno, de un concepto legal ordinario, que pudiera compararse con otros presupuestos de un derecho o de la punibilidad, por ejemplo, los conceptos de propiedad, voluntad de declarar, documento o codicia. Ello se debía a que los estudios de la licenciatura tenían lugar en el momento de apogeo de la “teoría final de la acción”, cuyo tema principal era, precisamente, el dolo como supuesta manifestación de la finalidad, y quien quisiera participar en las pretenciosas discusiones con los compañeros debía dominar determinados giros, y hacer como que comprendía la cosa y tenía una opinión formada. La mayoría nunca había oído antes los correspondientes extranjerismos e insólitas expresiones, y comprendían sólo de forma confusa lo que se afirmaba con ellas. Pero uno estaba impresionado y algunos sintieron por primera vez el orgullo de aprender una verdadera ciencia y tomar posición en una importante lucha de opiniones. “En mi época de estudios universitarios” —así lo manifestó *Roxin* en 2002 en un Congreso en Nápoles— “el finalismo estaba en su máxima efervescencia. Y quiero reconocer que fue la fascinación por esta Escuela lo que me hizo penalista”.<sup>1</sup>

¿De que iba la cosa y qué pretendía uno entender como estudiante? Uno oía o leía que —frente a lo que sostenía la todavía dominante “teoría causal de la acción”— el dolo no es una “forma de culpabilidad” y, por ello, en la estructura del delito, no debe ubicarse en la culpabilidad, puesto que es un “elemento esencial del injusto”, y sólo el “concepto final de acción” puede proporcionar el fundamento “ontológico” o “conforme al ser” de la teoría del injusto (¿que significaba esto: “ontológico”?). Se hablaba del “*nexus* final” y “causal” (¿que era eso de un “*nexus*”?), del dolo como la “sobredeterminación final del curso causal” (¿“sobredeterminación”?), o del “factor que configura objetivamente” la acción, razón por la que constituía un “elemento esencial” de la propia acción y, a su vez, del injusto. Supuestamente, venía ya “previamente dado”, al estar la “esencia de la acción indisolublemente unida a las estructuras del ser”, y también el legislador debía atender a esta circunstancia: El legislador “no sólo está vinculado por las leyes de la naturaleza física, sino que también debe prestar atención a determinadas estructuras lógico-objetivas del objeto de su regulación pues, de lo contrario, su regulación será necesariamente incorrecta. La estructura ontológica de la acción viene dada previamente a cualquier valoración y regulación (...) El legislador no puede modificar la estructura de la actividad final del hombre y la función que aquí corresponde al dolo; si (el legislador) quiere regular esa actividad a través de normas, su regulación debe ajustarse a ella pues, de lo contrario, falsea el objeto de la regulación.”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Festschrift f. Androulakis (2003), p. 574.

<sup>2</sup> *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. ed. (1962), p. 197.

El reproche se extendía también a todos aquellos que desatendían o cuestionaban los postulados de la teoría final de la acción al interpretar el Derecho *vigente*. En la medida de su desatención, la realidad era necesariamente falseada. A la vista de tan agresiva provocación a los no seguidores, puede sorprender el curso que tomó la discusión. Por una parte, no puede decirse que la propuesta de una de las partes se haya impuesto y haya eliminado las discrepancias. La teoría final de la acción, junto con determinados enunciados jurídicos que se derivan de ella, todavía se defiende por unos y rechaza por otros. Pero, por otra parte, tampoco puede afirmarse que la discusión siga siendo actual, y un congreso sobre el tema del “finalismo”, como el que tuvo lugar en Nápoles en 2002, ya no tendría ningún eco en Alemania. La discusión está encallada o, con una imagen quizás más adecuada, podría decirse que resulta estéril. Ciertamente, entre nosotros todavía aparecen trabajos que defienden la doctrina de *Welzel*, considerándola irrefutada, correcta y fructuosa o que, a la inversa, la consideran insostenible en sus tesis centrales.<sup>3</sup> Pero los respectivos argumentos son viejos y repetitivos. La mayoría de las veces escondidas en libros homenaje, las repeticiones consiguen pocos lectores. Pruebas hechas al azar durante los exámenes orales me han demostrado que hoy los estudiantes no vinculan nada o casi nada al nombre de la teoría y, lamentablemente, tampoco al de su fundador. Al ser preguntada por la “teoría final de la acción”, una alumna expresó la suposición de que quizás se trataba de una teoría del actuar humano que pretendía comprender por completo las cosas y poner fin a la discusión. Por cierto, que desde el punto de vista lingüístico, tal cosa está mejor pensada que lo que puede decirse al respecto de quienes pusieron aquel nombre. La persona preguntada relacionó correctamente el adjetivo “final” con la palabra principal del compuesto, esto es, con la *teoría*, mientras que era la acción (lingüísticamente, el determinante) la que *Welzel* quería caracterizar como impregnada de finalidad. Contemplada con precisión, la “teoría final de la acción” es una creación incorrecta lingüísticamente, comparable a otras expresiones alemanas igualmente incorrectas, como “pequeño griterío de niños” (*das kleine Kindergeschrei*) para expresar el griterío de niños pequeños, el “ahumado amante del pescado” (*der geräucherte Fischliebhaber*) para referirse al amante del pescado ahumado, el “padre de familia de siete cabezas” (*der siebenköpfige Familienvater*) para decir el padre de familia con siete hijos, o “la destrucción fertilizada de óvulos” (*die befruchtete Eiertötung*) en lugar de la destrucción de óvulos fertilizados.

De todo modos, en cuanto a lo esencial, el aspecto material de la doctrina finalista, las consideraciones críticas que siguen poseen todavía interés desde el punto de vista teórico. Quizás puedo servir a ese interés de forma especial, puesto que hasta ahora no

<sup>3</sup> Ambas cosas se encuentran en el Festschrift f. Androulakis (2003); puede leerse la aportación apologética de *Hirsch* sobre “Grundlagen, Entwicklungen und Missdeutungen des ‘Finalismus’”, p. 225-249, y el estudio crítico de *Roxin* sobre “Vorzüge und Defizite des finalismus —eine Bilanz”, p. 573-590. Cfr. también las correspondientes contribuciones en el Festschrift f. Eser (2005): *Enrique Bacigalupo*, Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht, p. 61-75; *José Cerezo Mir*, Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, p. 101-113; con una honda base filosófica, *Santiago Mir Puig*, Grenzen des Normativismus im Strafrecht, en Hefendehl (ed.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus — Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag (2005), p. 77-103.

he tomado parte en la discusión y mis reflexiones pueden adoptar un punto de vista plenamente imparcial.

## II. Finalidad y voluntariedad

Como es sabido, la teoría final de la acción se apoya en unos presupuestos, que *Hirsch* formula de la siguiente forma: El “concepto de acción es un concepto central, porque el delito consiste en la infracción de prohibiciones o mandatos, y el objeto de ambas clases de normas son las acciones. La prohibición ordena no realizar una acción, mientras que el mandato exige su realización”. Definir la acción como “la causación de un resultado derivada de un mero impulso de la voluntad” convierte al concepto de acción en un “producto penal artificial”. *Welzel* se opuso a tal comprensión y recordó “que a la acción pertenece la intención dirigida a su realización objetiva y, por lo tanto, el contenido de la voluntad que la configura: en una acción de homicidio, por ejemplo, la voluntad de matar”.<sup>4</sup> A ello le añado la sutil afirmación del finalista *Jürgen Weidemann*: “La enfermera que inyecta imprudentemente el veneno no realiza una acción homicida, como no infringe la preferencia de paso el conductor que no advierte una señal de stop”, y sería mejor no designar al correspondiente delito imprudente como una “acción imprudente”, porque tal designación “es contradictoria en sí misma”.<sup>5</sup>

Me imagino un estudiante que quiera proceder así; por ejemplo, al solucionar el caso de un invitado que coge disimuladamente el libro de la anfitriona porque cree que es el que le dejó y, al hacerlo, rompe las copas de champán que le resbalan de la bandeja. Atendiendo a los §§ 242 y 303 CP\*, el estudiante podría decir que faltan los presupuestos básicos que establece el “concepto de acción”. El invitado no quería sustraer ningún libro ajeno, ni quería romper ninguna copa, no tenía —cito de nuevo a *Hirsch*— ninguna “voluntad cuyo contenido se dirige al suceso objetivo”, como “exige la presencia de una acción”<sup>6</sup>, según la doctrina más correcta de *Welzel*. Está claro que ni *Hirsch* ni *Weidemann* podrían estar satisfechos con seguidores así, y afirmarían haber sido mal interpretados. Indicarían a los seguidores del finalismo que también en el sentido que ellos le dan concurre una acción, pues el autor ha conducido finalmente su actuación a coger y sustraer un libro, y a transportar las copas de champán. La inclusión en el concepto de acción de la “buena” finalidad —como la denomina *Weidemann*— es necesaria, pues también los finalistas deben adaptarse a la posibilidad de la responsabilidad por imprudencia, sin perjuicio de que pueda quedar excluida, tras un estudio más atento de la ley, cuando la pena se limite a los supuestos de comisión

<sup>4</sup> (nota 3) p. 228. Cfr. también *Jakobs*, *Strafrecht AT*, 2. ed (1991), p. 130: “Se trata de establecer dogmáticamente la idea de que, sin considerar su contenido, un acto voluntario es un factor causal como cualquier otro y, por ello, no aporta nada a la determinación de lo que es la infracción de una norma. Carece de sentido dirigir normas a factores causales (...)”.

<sup>5</sup> *Weidemann*, GA 1984, p. 420, 423. La última afirmación no me es comprensible. “La enfermera que inyecta imprudentemente veneno” *actúa*, y lo hace “imprudentemente”, como dice el propio *Weidemann*. El adjetivo utilizado aquí como adverbio también puede utilizarse de forma atributiva: la acción imprudente de inyectar.

<sup>6</sup> Los §§ 242 y 303 CP alemán describen los delitos de hurto y daños [Nota del traductor].

<sup>6</sup> *Hirsch*, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln* (1988), p. 401.

dolosa. *Weidemann* lo dice lisa y llanamente así: “Quien, en lugar de la liebre, alcanza por descuido al ojeador, no realiza ninguna acción final de homicidio. Pero esto no quiere decir que no realice una acción. El carácter de acción no desaparece por el hecho de faltar la ‘mala’ finalidad, el dolo de matar, pues existe una finalidad, concretamente, la finalidad de disparar a la liebre”.<sup>7</sup> Al estudiante se le debería enseñar que, tanto respecto del hurto, como respecto de los daños, concurre el primer presupuesto del tipo, pues el invitado ha “actuado de forma final”; su impunidad deriva sólo de la falta de dolo, y de que, en ninguno de ambos casos, “la actuación imprudente” está “conminada con pena” (§ 15 CP).

Quien tenga presente la total coincidencia de los conceptos causal y final de acción respecto de la *acción como elemento* del delito, y respecto del tipo *objetivo*, se preguntará cuál es el fundamento de la pretensión de los finalistas de haber captado con mayor profundidad y haber definido más satisfactoriamente “la esencia del actuar humano”,<sup>8</sup> y por qué reprochan a los causalistas que proponían como concepto de acción “un producto jurídico-penal artificioso, como es la causación de un resultado derivada de un mero impulso de la voluntad, independientemente de su contenido”.<sup>9</sup> Cuando un *impulso de la voluntad* desencadena un movimiento corporal, como hablar, coger un libro, avanzar con copas de champán, girar el volante, flexionar el dedo en el gatillo, con este movimiento la persona *quiere* alguna cosa, —por ejemplo, indicar algo a alguien, o girar a la derecha—, persigue una meta, con independencia de cual sea y, por lo tanto, dicho claramente, el proceso externo está “finalmente predeterminado”, aunque sólo sea en parte, y no respecto de todas las consecuencias que causa el movimiento. Me parece que la crítica de *Roxin* es aquí plenamente acertada: La tesis de *Welzel* “de que toda acción humana consiste en la predeterminación final de un curso causal” no sustrae “del acceso al derecho penal a más formas de comportamiento” que otras teorías de la acción. “Pues (...) también los finalistas (ven) los hechos imprudentes como acciones y, por lo tanto, como posibles objetos de la sanción penal, porque la voluntad del autor se dirige a alguna meta, aunque no sea la realización del tipo”.<sup>10</sup>

### III. Acción y omisión: lo común a todos los delitos

Aclarado lo anterior, la duda debe penetrar a mayor profundidad y dirigirse contra *todas* las teorías que, si nos atenemos a sus propias palabras, de entre los procesos y movimientos *corporales* sólo reconocen a las *acciones* “como posible objeto de la sanción penal”. Habitualmente sólo llamamos “acción” a un proceso corporal cuando el dueño del cuerpo lo *conduce voluntariamente*. La voluntariedad es un elemento del concepto de acción. Dice el diccionario que acción es “una actividad voluntaria, reflejada, que se dirige a la configuración de la realidad”.<sup>11</sup> Por el contrario, no encuen-

<sup>7</sup> GA 1984, p. 410.

<sup>8</sup> Cfr. *Küpper*, *Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik* (1990), p. 59.

<sup>9</sup> *Hirsch* (nota 3), p. 228.

<sup>10</sup> (nota 1), p. 586.

<sup>11</sup> *Brockhaus*, *Die Enzyklopädie in 24 Bänden*, tomo 9 (2001), voz „Handeln“, p. 448.

tro convincente la tesis antifinalista de *Mir Puig*, según la cual el concepto “acción humana” comprende, fuera de la “teoría del delito”, “no sólo acciones finales, sino también acciones involuntarias”.<sup>12</sup> Este autor no se estaría refiriendo a los supuestos cotidianos en que lo causado por un acto voluntario va más allá de lo querido, como, por ejemplo, cuando alguien rompe una copa de vino al gesticular excitado. La gesticulación es aquí la acción voluntaria, final. Para que ésta falte, ya el propio suceso, o sea, el *movimiento corporal*, debe ser involuntario. No me parece correcto incluir también semejante proceso en el concepto de acción, como aparentemente hace *Mir Puig*. También en el lenguaje ordinario caerse al suelo es sólo una acción cuando quien cae quiere su movimiento, como un guardameta. Cuando no lo quiere y sólo lo sufre como colapso o espasmo, entonces, en la lengua alemana, la caída es un suceso, no una “acción”. *Mir Puig* señala: “Ya la posibilidad lingüística de la expresión ‘acción no voluntaria’ muestra que se puede utilizar sin forzar el sentido de estas palabras”. Pero también es lingüísticamente posible el “hierro de madera” (*das “hölzerne Eisen”*). Sin embargo, no cabe incluir la madera en el concepto “hierro”, ni siquiera maderas tan duras como la de tejo o la de jabí.

De todos modos, es inadmisibles la extendida afirmación de que los procesos corporales involuntarios carecen de importancia para el Derecho y no pueden dar lugar a responsabilidad. El brote repentino de sangre de la nariz, así como el estímulo de reír ruidosamente provocado por un cómico, *nos suceden* y no están conducidos por la voluntad. Pero el sangrar y el reír devienen penalmente relevantes cuando su consecuencia es, por ejemplo, la mancha de un sofá ajeno (§ 303 CP), o la perturbación de una ceremonia de sepultura (§ 167a CP). Es evidente que la existencia de un delito no puede negarse afirmando que el proceso corporal era involuntario, no se ha conducido finalmente y no es una acción en sentido jurídico-penal. Lo que importa no es su cualidad de acción, sino si el sujeto podía influir en el proceso corporal, por ejemplo, cambiando de lugar, o mediante su contención, de modo que no se produjera el resultado. Me opongo así a lo señalado por *Stratenwerth*, exigiendo a *todas* las teorías de la acción que excluyan las “reacciones” “desencadenadas directamente por un estímulo del sistema nervioso y que, en tanto que meros reflejos, no pueden fundamentar responsabilidad penal”. Sí pueden hacerlo, sólo es necesario que exista la posibilidad de influir sobre sus consecuencias. Por ello, comparto la segunda tesis de *Stratenwerth*, incompatible con la primera, y según la cual “la responsabilidad penal (...) puede vincularse ya a la mera *capacidad* del hombre de conducir y dominar los sucesos, dentro de ciertos límites”.<sup>13</sup> Ciertamente, *Stratenwerth* está pensando aquí en el autor del clásico delito de omisión, por ejemplo, en quien, pese a poder hacerlo, no impide que su hijo o su perro dañen un sofá ajeno o perturben una ceremonia de sepultura. Pero la consecuencia de ello es clara: quien debe responder jurídicamente en relación con el niño o el perro, también debe hacerlo, y más claramente aún, respecto de las

<sup>12</sup> (nota 3), p. 92 s.

<sup>13</sup> *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 4. ed. (2000), § 6 núms. marginales 7, 8; mantenido sin cambios en *Stratenwerth/Kuhlen*, 5. ed. (2004). Siguiendo a *Stratenwerth*, *Cerezo Mir* (nota 3), p. 111; también coincide en el fondo *Mir Puig* (nota 3), p. 94 s.

fuentes de peligro que proceden de su propio cuerpo cuando amenazan con producir el resultado típico, sea mediante la *realización de una acción*, o bien a través de *otros procesos controlables*, como sangrar o reír.

El último paso que todavía debemos dar queda así aclarado. Ha de destronarse *por completo* la “acción”, la “actividad conducida finalmente” (*Weidemann*), y dejar de considerarla (con *Hirsch*) como el “concepto central” del derecho penal. Pues también en el caso paradigmático de la teoría final de la acción, la producción activa e intencionada del resultado típico —por ejemplo, mediante la toma de una piedra y el lanzamiento dirigido a una ventana—, lo *decisivo* no es esa “acción final”. Lo que fundamenta la responsabilidad por daños dolosos es una omisión (*Versäumnis*) inherente a la acción, concretamente, que, de forma consciente, el autor no evitó el resultado dañoso procedente de una fuente de peligro de su especial competencia. Del mismo modo que, en relación con su hijo, debe “responder jurídicamente” por la no evitación de tal resultado, más claramente todavía en relación con su propia persona. Cualquiera lo ve claro cuando se trata de la sangre de la nariz sobre el sofá ajeno. Pero, cuando se trata del lanzamiento de la piedra contra la ventada ajena, la actuación final activa se superpone a la no evitación, que queda ocultada, por lo que la atención de la mayoría recae sobre aquélla. Y ese pequeño defecto en el alcance de la mirada, aparentemente insignificante, es la razón por la que la doctrina dominante no ha conseguido hasta hoy aunar conceptual y sistemáticamente los delitos de acción y de omisión. Pues no se aprehende el denominador común, que es una omisión (*Versäumnis*): ya sea un delito de acción o de omisión, todo autor omite la realización de algo que el Derecho le reclama. No es necesario aclarar que esto es válido para un delito como la omisión de socorro (§ 323 a CP). Pero también es válido, por ejemplo, para la violación (§ 177 CP). También su autor deja de realizar lo que el Derecho le exige. Debe controlar determinadas fuentes de peligro, especialmente debe contener su propia persona y abstenerse de agresiones, y ahí es donde falla. Cuando el fruto de la omisión es la propia acción delictiva, la omisión tiene especial importancia, de modo que no procede ninguna atenuación de la pena. A quien deja que su propio comportamiento activo produzca el resultado se le castiga normalmente; quien, contraviniendo su deber de actuar (*Einstandspflicht*), permite que el resultado se produzca de otro modo, puede acogerse al § 13 apartado 2 CP\*.

Por el contrario, los finalistas se resignan a la incapacidad de su concepto de acción para “abarcarse lo *común* a todas las formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes y, por lo tanto, para construir el *supraconcepto* de esas formas de comportamiento”.<sup>14</sup> Pero le atribuyen validez general en la medida en que “los mandatos que están en la base de los delitos de omisión también tienen por objeto una acción, en el sentido indicado por el finalismo”; pues lo que debe realizarse para cumplir el mandato

\* En el § 13 apartado 2 CP alemán se prevé la posibilidad de atenuar la pena en los supuestos de comisión por omisión [Nota del traductor].

<sup>14</sup> *Stratenwerth/Kuhlen* (nota 13), § 6 núm. marg. 9. A este déficit apuntaba desde el principio la crítica, que los finalistas han tenido en cuenta mediante la retirada de posiciones más ambiciosas; cfr. la instructiva exposición en *Roxin*, *Strafrecht AT I*, 4. ed. (2006), § 8 núms. margs. 17-26.

es siempre una acción final.<sup>15</sup> Yo discuto tal cosa. En primer lugar, me parece improductiva la distinción, destacada por esta doctrina, entre prohibición y mandato, y me parece que incluso conduce a errores el carácter alternativo que la mayoría de las veces se vincula a la misma. Un imperativo jurídico es siempre ambas cosas, pues exige lo uno igual que lo otro: realizar lo bueno y evitar lo malo. Se ordena cuidado en la conducción de vehículos, y se prohíbe la conducción descuidada. El presidente que prohíbe hablar a los oyentes les ordena callar. El § 176 apartado 1 CP\* contiene la prohibición de realizar actuaciones de carácter sexual, y el mandato de resistirse a la tentación de realizarlas. El § 323 a CP ordena prestar ayuda, y prohíbe lo que la impide, por ejemplo, el abandono del lugar del accidente. Allí donde el mandato se sitúa en primer término y se suele hablar de “delitos de omisión”, lo ordenado es casi siempre una actividad, porque sin ella, la mayoría de las veces, no puede conseguirse lo deseado. Pero excepcionalmente sí puede conseguirse, por ejemplo, mediante la inmovilidad completamente pasiva hasta el regreso de otro pariente, cuando es precisamente esa la medida correcta para evitar el suicidio que realizaría, en caso contrario, la mujer que sufre una profunda depresión.

Como sucede con el hecho de permanecer pasivo, en derecho penal tampoco se valoran como acciones las actividades *mentales*, a pesar de que a menudo consisten precisamente en proponer metas y en conducir voluntariamente un proceso: reflexionar para solucionar un problema, meditar para tomar una decisión, representarse alguna cosa para obtener placer o gozo. Naturalmente, la negación del carácter de acción es una cuestión relacionada con su definición y no, como quizás me hubiera contestado *Welzel*, la consecuencia “de que la estructura ontológica de la acción venga dada previamente a toda valoración”. Si se sigue el punto de vista tradicional, según el cual los esfuerzos puramente cerebrales no pertenecen al concepto de “acciones”, entonces también se niega el carácter de acción a procesos que evitan lo malo y, por ello, pueden ser ordenados por el Derecho. Así sucedería, por ejemplo, cuando quien es incitado a reír por un cómico puede, con buena voluntad, evitar la perturbación de la ceremonia de sepultura forzándose a distraerse y pensar intensamente en algo triste.

#### IV. Voluntad de la acción y dolo: ¿Identidad o paralelismo?

Rescapitulo: el *concepto de acción* del finalismo no comporta divergencias respecto a las soluciones alcanzadas sobre la base de otras teorías. Girar el volante y tomar una calle lateral es para todas realizar una acción, y sólo hay diferencias en relación con la expresión empleada cuando ello se fundamenta aludiendo a la finalidad, a la intencionalidad, o a la voluntariedad del giro. Quien quiere, quiere *algo*, y ese algo lo persigue como meta. Si el giro del volante ha tenido como consecuencia la muerte de un niño que corría en la calle, la teoría final de la acción podrá rechazar el término “acción de

<sup>15</sup> *Hirsch* (nota 3), p. 244.

\* El § 176 CP alemán describe los abusos sexuales a menores. El apartado 1º dispone lo siguiente: “Quien realiza acciones sexuales sobre una persona menor de catorce años (niño) o determina al niño a realizarlas sobre él, será castigado con pena privativa de libertad desde seis meses a diez años” [Nota del traductor].



homicidio” porque el conductor sólo perseguía el giro, y no la muerte. Pero, evidentemente, el finalista afirmará que el conductor que ha causado la muerte de una persona ha realizado una *acción* y, cuando exista imprudencia, afirmará su castigo conforme al § 222 CP\*, del mismo modo que considerará realizado el tipo objetivo del § 212 CP\*. Desde el punto de vista del homicidio no negará una acción final, sino el dolo, como cuestión distinta y situada ya en el tipo subjetivo.

La tesis central del finalismo es irreconciliable con este planteamiento. *Welzel* la ha expuesto reiteradamente. Por ejemplo, en el Tratado, concisamente como título —“El dolo como elemento final de la acción”—, o bien como tesis importante: “En sentido técnico jurídico-penal, el dolo” es “la voluntad de la acción” que “se dirige a la realización del tipo de un delito”.<sup>16</sup> *Hirsch* lo formula indicando “que el dolo de los delitos de comisión (...) y la voluntad de la acción” son “idénticos”.<sup>17</sup> Lo mismo dice *Weidemann*, quien, en el ámbito de los delitos dolosos, equipara la voluntad de la acción y la finalidad con el dolo dirigido a la producción del resultado típico, en el que ve el “factor conductor” y el “elemento configurador del suceso externo”.<sup>18</sup> Estas afirmaciones deben rechazarse. De acuerdo con su propia lógica, también para el finalismo la “voluntad de la acción” se encuentra en la voluntad de girar el volante y de conducir el vehículo por la calle lateral. Pues esa voluntad satisface la exigencia, insalvable ya para el § 222 CP, de que el movimiento corporal fuera “voluntario”, acuñado por la “finalidad”, de que el conductor perseguía alguna meta al realizarlo.<sup>19</sup> Cuando el estudiante se plantea la cuestión del dolo en relación con el § 212 CP, parte de que el movimiento corporal que ha provocado la muerte era una *acción final*. Si afirma o niega el dolo, es algo que carece de relevancia respecto a la “voluntad de la acción” y la “estructura final”. Aclarémoslo todavía con otro ejemplo: cuando, al coger el libro, el invitado no está seguro de si es suyo o es de la anfitriona, el dolo de hurto no es incontestable. De acuerdo con la tesis de la identidad defendida por los finalistas, ya en el ámbito del tipo objetivo, al analizar la voluntad de la acción —como subpresupuesto de la acción (de sustracción)—, deberíamos preguntarnos si el autor tenía dolo delictivo. Esto no puede ser correcto. El dolo *no* es idéntico a la voluntad de la acción. En relación con ésta, en el caso del ejemplo basta con que el invitado coja y guarde voluntariamente el libro —con o sin dolo de hurto.

En lugar de la pretendida e insostenible identidad, lo que aquí se plantea, y a lo que quizás también aluden los finalistas, es una cuestión de *paralelismo y correspondencia*.

\* El § 222 CP alemán describe el homicidio imprudente [Nota del traductor].

\* El § 212 CP alemán describe el homicidio doloso [Nota del traductor].

<sup>16</sup> Das Deutsche Strafrecht, 11 ed. (1969), p. 64, 65.

<sup>17</sup> (nota 3), p. 229. Según *Hirsch*, la tesis de la identidad es fundamental, y se repite a menudo, la mayoría de las veces sin limitarla al “delito comisivo”; cfr. *el mismo* (nota 6), p. 399, 401 (al reproducir la teoría de *Welzel*); el mismo, *Festschrift f. Lampe* (2003), p. 515, 524: “Mientras que esta voluntad de la acción individual concreta es idéntica, en los delitos dolosos, al dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo ...”; *el mismo*, *ZStW* 93 (1981), 831 (860): “Puesto que, en los delitos dolosos, la voluntad de la acción (finalidad) que se sitúa en la base de la teoría final de la acción es idéntica con al dolo típico ...”

<sup>18</sup> GA 1984, p. 410, 412, 419 (nota 37).

<sup>19</sup> Dejo aquí de lado el extraño supuesto en que el proceso corporal no está dirigido por la voluntad, pero da lugar a responsabilidad porque el sujeto pudo haber evitado la producción de los daños (sangrar, vomitar,

Quisiera aclararlo. Cuando, en relación con un suceso, nos planteamos si alguien ha realizado un delito de homicidio con su actuación, la mayoría de las veces afirmamos la presencia de una acción —y, por lo tanto, también de la finalidad, porque forma parte de ella, en tanto que voluntad dirigida a una meta— de forma totalmente incidental y casi inconsciente, en el marco de la causalidad. El conductor ha girado el volante, se ha desviado a la derecha y ha causado así la muerte accidental del niño. Del hecho se desprende, y no merece mencionarse, que el movimiento corporal no era un movimiento reflejo —como, quizás, en el caso de un ataque al corazón—, sino que era voluntario, que perseguía una finalidad, la de desviarse. Así, con la rápida comprobación de la acción causal, se ha resuelto la exigencia de finalidad y la consideración del caso puede dedicarse al verdadero problema: si la acción se sitúa en el ámbito del riesgo permitido, si constituye un homicidio imprudente, o un homicidio doloso.

El propio *Welzel* estuvo una vez a punto de basar el núcleo de su teoría en una afirmación tan banal como la de que la voluntad del suceso forma parte de la acción. En efecto, para salvar las reticencias, propuso que aquellos a los que les pareciera mejor podían modificar la denominación de la teoría final de la acción: “Teoría de la acción como un suceso conducido y guiado por la voluntad”.<sup>20</sup> Ciertamente, el hecho de desviarse sólo es una acción cuando la voluntad lo conduce y guía. Pero si el finalismo no tiene otra cosa que ofrecer que no sea ilustrarnos acerca de un requisito general, y siempre admitido, de la acción como elemento del delito, entonces parece excesiva la pomposidad de la descripción de la esencia de las cosas remitiendo a “estructuras del ser”, “nexo final”, “sobredeterminación”, “factor director”, etc. Naturalmente, *Welzel* también se dio cuenta de esto y, por esta razón, desde el principio sometió *el dolo, como elemento del delito*, a su teoría, en la creencia de obtener así nuevos resultados en relación con cuestiones como la separación entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad, o la relevancia del dolo en la participación. Llegó a concebir como dolo (*Vorsatz*) en sentido amplio la voluntad no delictiva\*. Quien actúa se ha propuesto algo (*einen Vorsatz gebildet*), o sea, se ha “propuesto” una meta y la persigue, por ejemplo, llenar un vaso, realizar un disparo, desviarse con el coche. El dolo típico sólo es un supuesto especial, en tanto que, con él, el autor persigue, se propone como fin, la realización del tipo. Según la teoría de *Welzel*, el dolo del autor es finalidad, pero toda acción humana presupone finalidad, y un movimiento corporal se reconoce como “acción” atendiendo al alcance de aquella. Puede tratarse de una acción de flexionar el dedo, de disparar o de matar. *Hirsch* destaca que, de esta forma, *Welzel* sólo recuerda la vieja y correcta concepción: “La intención dirigida a la realización objetiva, el contenido de la voluntad que la configura” forma parte de la acción, “la voluntad de matar, por ejemplo, forma parte de la acción de homicidio”.<sup>21</sup>

tropezar).

<sup>20</sup> (nota 16), p. 131.

\* En la doctrina científica y la jurisprudencia alemanas se utiliza a menudo la palabra *Vorsatz* para hacer referencia al dolo. Pero la palabra *Vorsatz* se utiliza también en el lenguaje ordinario conforme a su significado literal: propósito [Nota del traductor].

<sup>21</sup> (nota 3), p. 228.

## V. ¿Redefinición del dolo en el sentido de la verdadera finalidad?

Estos fundamentos abrían al finalismo la posibilidad de una redefinición del dolo, que merece ser seriamente considerada. Esta teoría afirma que el dolo delictivo es una segunda finalidad, y se corresponde con la primera y original, que debe exigirse para toda acción, por ejemplo, que la finalidad de matar debe definirse en paralelo a la finalidad de flexionar el dedo, o sea, como tendencia hacia la meta propuesta (*finis*), que en un caso es la flexión del dedo, y en el otro es la producción de la muerte. A partir de aquí, los finalistas hubieran podido concluir —deberían haberlo hecho—, que la admisión de dolo delictivo debe limitarse a los casos de *verdadera* voluntad de realizar el tipo y, por lo tanto, entenderlo en el sentido de *intención* y *persecución de un fin*. Pues a eso se hace referencia al exigir la “voluntariedad del movimiento corporal”. Hacer muecas, expectorar y maldecir no suponen la realización de una acción por el mero hecho de que tales sucesos se prevean con certeza como consecuencias de una enfermedad, o “se haya aceptado” su producción. No, uno debe de haber *querido* en sentido estricto el movimiento muscular, o sea, debe de haberlo perseguido y haber tenido intención de realizarlo. Tan atrevida restricción del concepto de dolo no hubiera encajado mal con la metodología del finalismo. “Se trata —dice *Hirsch*— de que los objetos de las valoraciones del Derecho no se construyan normativamente, sino que se extraigan de la realidad, y de que dentro del sistema formado por el conjunto de normas se respeten las estructuras previas al Derecho y la lógica objetiva que deriva de ellas. Cuando, por ejemplo, la ley se refiere a la inducción, lo primero que uno debe plantearse es cómo está estructurado este fenómeno previamente al Derecho”.<sup>22</sup> Esto no es lo que piensa todo el mundo. Muchos no defienden semejante ontologicismo, discuten la posibilidad de aprehender “estructuras previas al Derecho” y no reconocen “límites a la dogmática jurídico-penal de carácter normativo”.<sup>23</sup> Pero también el normativista más entusiasta debe admitir que el fondo de la propuesta metodológica de *Hirsch* es correcto, y se aproxima bastante a lo que generalmente se admite. Pues, al estudiar los textos y los conceptos legales ¿cómo pueden aprehenderse los “fenómenos previos al Derecho” y las “estructuras” importantes para su correcta comprensión, si no es en la forma del “sentido usual” o “natural” de las palabras? En la referencia legal a la “inducción”, por ejemplo, *Hirsch* ve un “fenómeno” “estructurado previamente al Derecho” y, concretamente, en el sentido de que “es esencial en él la provocación de una resolución que se lleva a la práctica”.<sup>24</sup> Puede expresarse así, pero también puede decirse de forma más sencilla, de modo que la “estructuración previa al Derecho” se solapa con aquello que se entiende por “inducción” en el lenguaje ordinario, con lo que se considera esencial en ella: incitar a otro a una determinada resolución y actuación. Con independencia de la utilidad que tenga en el caso concreto, nadie discute que en la interpretación de la ley debe tomarse en consideración el “sentido natural de las palabras”, que también puede denominarse el sentido “previo al Derecho”. Y respecto

<sup>22</sup> (nota 3), p. 227.

<sup>23</sup> Este es título del escrito de habilitación de *Küpper* (1990).

<sup>24</sup> (nota 3), p. 227.

del elemento “dolosamente” no cabe duda de que ello favorece notablemente una interpretación restrictiva, que debería derivarse de los presupuestos básicos de la teoría final de la acción.

Consideremos el caso del policía que, a pocos metros, dispara mortalmente a la cabeza y la espalda de quien huye delante suyo, para que se pare y así detenerlo. El Tribunal del *Land* le condenó por homicidio. El Tribunal Supremo casó la sentencia porque no le convenía la fundamentación, y se inclinó por la negación del dolo.<sup>25</sup> Esta constelación se repite constantemente en la práctica: el autor no quiere la muerte, sino únicamente la conducta que pone en peligro la vida, con la que persigue otro fin, que a menudo es un buen fin. Advierte que crea un peligro de muerte, pero espera que no pase nada (ruleta rusa) o que la víctima sólo resulte herida (disparo dirigido a evitar la fuga). La doctrina propone constantemente nuevas fórmulas y distinciones tipológicas para delimitar los dos lados de la vaga frontera entre el dolo eventual y la falta de dolo, la mera “imprudencia consciente”. En principio, el Tribunal Supremo actuó del mismo modo, sólo que, apoyándose en el dogma del elemento “volitivo” del concepto de dolo, tiende en mayor medida que la doctrina a evitar la condena por homicidio consumado o intentado.

Partiendo de su propia concepción, los finalistas deberían de haberse sentido impulsados a realizar aquí una nítida escisión, estableciendo una fórmula clara que sustituya la confusa jurisprudencia basada en sentimientos y refuerce la posición del Tribunal Supremo. Pues su proposición fundamental dispone (cito a *Geilen*): “Sólo es dolosa la finalidad dirigida a la realización del tipo”.<sup>26</sup> Con las palabras de *Welzel*: “El dolo jurídico-penal (...) es (...) la voluntad *dirigida* a la realización del tipo”.<sup>27</sup> Dicho por *Weidemann*: “Sólo es dolosa la finalidad dirigida a la realización de un tipo legal”.<sup>28</sup> De aquí deriva una clara consecuencia: la responsabilidad dolosa queda excluida respecto de aquellos autores a los que sólo se les puede atribuir el denominado *dolus eventualis*. También en el caso de que se tome en serio o acepte la producción del resultado, al autor le falta la *finalidad* respecto de la realización del tipo. El policía, por ejemplo, puede haberse “resignado internamente” con el desenlace mortal, pero la *meta* de su actuación no era la muerte, en cuya ausencia tenía puesta toda su esperanza, sino unas lesiones e impedir así la fuga. También desde el punto de vista de su comprensión vulgar el “dolo” (“*Vorsatz*”)\* llega sólo hasta ahí; pues cualquiera que sea el diccionario que se consulte, la explicación de la expresión “doloso” se aclara mediante la palabra “intencionadamente”.<sup>29</sup> Para la atrevida restricción del concepto de dolo que reclamo como consecuencia de la teoría final de la acción también podría alegarse el

<sup>25</sup> BGH NJW 1999, 2533.

<sup>26</sup> Strafrecht AT, 2. ed. (1976), p. 34.

<sup>27</sup> (nota 16), p. 64; destacado por *Welzel*.

<sup>28</sup> GA 1984, p. 418.

\* Como se ha indicado en una nota anterior, en el lenguaje ordinario la palabra *Vorsatz* se utiliza conforme a su significado literal: propósito [Nota del traductor].

<sup>29</sup> Cfr., por ejemplo, Duden, tomo 10, “dolosamente” (“*vorsätzlich*”): “plenamente consciente e intencionado”; ampliamente *Jacob y Wilhelm Grima*, Deutsches Wörterbuch (1984), Tomo XXVI, p. 1440 ss.

“sentido de las palabras previo al Derecho”, un criterio que goza de reconocimiento general, a diferencia del relativo a las “estructuras del ser previas al Derecho”.

## VI. Reconocimiento incoherente del dolo eventual

En el fondo, hay más razones en contra que a favor de restringir el concepto de dolo a costa del dolo eventual. Cabría elogiar que los finalistas siempre lo hayan reconocido tácitamente. Pero, por otra parte, vuelve a decepcionar su falta de valor para entrar a discutir que la consecuencia de su propia concepción es una interpretación restrictiva apoyada en la “estructura previa al Derecho” o, mejor, en el uso ordinario del lenguaje. Y a ello se añade la desdenable pretensión de esconder todo lo posible la incoherencia.

1. *Welzel* pasa por encima del dolo eventual con una frase: “Aquellas consecuencias que el sujeto *cuenta* con que se produzcan en el caso de que lleve a cabo la conducta, también las quiere eventualmente realizar si ejecuta efectivamente esa conducta”.<sup>30</sup> Así no se aborda la cuestión. *Welzel* afirma aquí el dolo en contra de su propia definición, según la cual debe concurrir una “voluntad *dirigida* a la realización del tipo”. Además, afirmar la presencia de la voluntad de realización supone despreciar la realidad psíquica (o bien, según creo, “estructuras ontológicas”). El médico que, por codicia, oculta a su paciente el alto riesgo de la operación y cuenta con el desenlace mortal, sólo actúa animado por la voluntad de evitar la muerte y no quiere su “realización”.

2. En relación con “los casos de dolo eventual”, *Hirsch* cree que debe admitirse el reproche “de que la actuación del hombre no siempre se dirige a fines”.<sup>31</sup> Esto no se entiende. Puesto que, por definición, quien actúa quiere algo, toda actuación está dirigida a fines, tanto el inofensivo empujón a una puerta que la abre, como el disparo de un arma que pone en peligro la vida. Pero lo que seguramente piensa *Hirsch* es que los casos de dolo eventual muestran que las conductas realizadas con dolo delictivo no necesariamente se dirigen a la realización del tipo y, en este ámbito, la palabra “final” no es adecuada. *Hirsch* pretende quitar hierro a la “crítica del finalismo” que ha “provocado la palabra ‘final’” en relación con el dolo eventual, afirmando que se trata “sólo de una cuestión terminológica”, y sólo admite que sería “más preciso hablar de voluntad de la acción”. Pero así no se contesta a la crítica. Lo que ésta afirma es que el reconocimiento general del dolo eventual contradice la teoría final de la acción. Dicho discretamente: es *irreconciliable* con ella. Pues su tesis principal es que el dolo es “finalidad” y, en particular, el dolo delictivo tiene como fin, como meta, la *realización del tipo*. El “dolo”, dice *Weidemann*, “es (...) la finalidad que se dirige a la realización de un tipo penal”.<sup>32</sup> Pero esto no puede ser correcto cuando, por ejemplo, también puede actuar con dolo de homicidio quien al disparar no persigue la producción de la muerte, sino sólo la lesión y detención de aquel sobre el que dispara.

<sup>30</sup> (nota 16), p. 68.

<sup>31</sup> (nota 3), p. 238 (también se encuentra allí la siguiente cita de este párrafo).

<sup>32</sup> GA 1984, p. 414.

3. *Küpper* dedicó un largo artículo al dolo eventual, prestándole una atención que los finalistas no suelen prestarle.<sup>33</sup> Siguiendo la tradición de su Escuela, ensalza en un par de líneas la teoría final de la acción. Esta teoría ha “formulado (...) con la mayor claridad” un importante vínculo: “El carácter final del actuar humano responde al hecho de que se prevén las posibles consecuencias de la actuación y se conduce el suceso externo a una determinada consecuencia, de modo que se ‘predetermina finalmente’. El resultado forma parte del vínculo final; sólo al alcanzar la meta se ha ejecutado la acción (por completo)”.<sup>34</sup> Por el contexto, está claro que alude al *dolo* delictivo, y que las referencias a la “consecuencia”, al “resultado” y a la “consecución de la meta” son una referencia a la realización del tipo. Vuelve a ser la descripción finalista de la esencia de la cuestión: el dolo como persecución de fines, como dirección hacia una determinada consecuencia, como tendencia a la meta que representa el resultado típico, por ejemplo, la muerte de un hombre. Pero, por supuesto, la exposición de *Küpper* sobre el tema que aborda en su artículo revela que esa descripción no puede ser correcta. El resultado *puede* ser la meta de quien actúa dolosamente, pero eso es irrelevante en relación con su dolo, puesto que basta con que reúna los requisitos que se exigen para el dolo eventual. Se evita así la crítica que debería conducir al abandono de la concepción finalista del dolo. *Küpper* no introduce ninguna variación, ni establece ninguna relación con los resultados que alcanza, concretamente, la tesis de que la delimitación tradicional del dolo es satisfactoria: No es necesario “querer” el resultado, basta con que esté ausente la confianza “en un buen final”, el resignarse “respecto al riesgo incontrolable de producción del resultado”.<sup>35</sup>

4. A primera vista, *Weidemann* no se entretiene con semejantes dificultades porque, en su estudio “La teoría final de la acción y el delito imprudente”, no menciona el dolo eventual y su reconocimiento generalizado. Se mantiene fiel a una única caracterización del dolo, la del finalismo, que confronta con la caracterización anticuada de “la doctrina tradicional, donde el dolo todavía se concibe a veces como mero reflejo del curso externo, y no como el factor conductor”. Esta idea recorre todo el ensayo: el dolo como “parte activa que conduce”, como finalidad “referida al resultado típico”; la finalidad pasa a ser dolo cuando “la meta a la que se dirige es penalmente relevante”; “sólo es dolo aquella finalidad que se dirige a la realización de un tipo penal”.<sup>36</sup> Pese a la claridad de esta conclusión, no creo que sea esto lo que se pretende. Afirmar el dolo sólo cuando el autor persigue como fin o meta la realización del tipo, o sea, sólo cuando actúa con esa intención de realizar el tipo es —como ya hemos señalado— algo digno de ser tomado en consideración. Pero semejante restricción no puede emprenderse veladamente y sin entrar a discutir con lo que es la opinión unánime, que considera que el dolo *no* presupone una finalidad dirigida a la realización del tipo.

<sup>33</sup> Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1998), pp. 758-785.

<sup>34</sup> ZStW 100 (1998), p. 778.

<sup>35</sup> ZStW 100 (1988), p. 785.

<sup>36</sup> GA 1984, pp. 410, 411, 412, 414.

## VII. Crítica

En realidad, no mencionar al dolo eventual supone *ignorarlo*, lo que pone de relieve el malestar de los finalistas. No encaja con su teoría ni con su propio concepto que también pueda actuar con dolo delictivo quien no persigue como “fin” la realización del resultado, sino que precisamente busca evitarlo. Como no se atreven a verlo de otro modo, se acepta el dolo eventual y se silencia la incompatibilidad, o se afirma sin una verdadera fundamentación la compatibilidad con la tesis nuclear del finalismo. Cuando se ha ocupado de esta cuestión, la crítica sólo se ha referido a ella tangencialmente, sin precisión y sin destacarla. Pero lo cierto es que no son los delitos de omisión y de imprudencia los que rebaten al finalismo, como normalmente se indica. En este ámbito podría defenderse señalando (y así lo ha hecho tras su inicial sobrevaloración) que no pretende establecer dogmas de validez general en relación con la conducta punible, sino limitarse a afirmaciones sobre la forma en que se produce el *actuar* y acerca del dolo de los *delitos de acción*. Pero en relación con estos últimos no se ha atrevido a ser consecuente y a persistir en la finalidad. Por el contrario, ha reconocido la suficiencia del dolo eventual y debería extraer la consecuencia inversa, o sea, debería cuestionarse *a sí mismo*. Pero no lo hace. Se responderá que esto es exigir demasiado, que, a fin de cuentas, perseverar en la posición que uno mantiene es lo normal, y que la presencia de una contradicción que no perjudica a nadie es algo que debe tolerarse. *Hardtung* ha hecho una hermosa exposición general de esta forma de entender las cosas: “Ciertamente, la teoría de que la tierra es plana era errónea. Pero durante siglos no resultó perjudicial y, por ello, puso de manifiesto que construcciones erróneas extraordinariamente dinámicas acerca de lo que no es el mundo físico” se sostienen “especialmente bien. Y las construcciones erróneas de carácter normativo son las que mejor se sostienen. Pues son lo que se denomina ‘resistentes al desengaño’. Sus constructores y defensores tienen (...) la posibilidad de permanecer fieles a su errónea construcción y venerarla”.<sup>37</sup> Pero esta actitud debe rechazarse desde cualquier punto de vista, y ha de adoptarse una posición crítica frente al hecho de que entre los partidarios de la teoría final de la acción faltara desde el principio la disposición a aceptar la posibilidad de que *ya el punto de partida* (“el dolo como voluntad de la acción”) fuera erróneo. Para ellos, también para *Welzel*, las objeciones siempre fueron sólo un motivo para la defensa y, como mucho, para la rectificación del frente, pero nunca un estímulo para dudar de sí mismos e, incluso, cuestionarse sus propios *cimientos*. Esto no puede aprobarse. Los conocimientos y las tesis son hipótesis. Idealmente, el autor no debe reforzarlas constantemente, sino que debe intentar *cuestionarlas*. Puede desear que se mantengan en pie, pero esta esperanza no debe convertirse en la intención de cerrar el paso a un mejor entendimiento. Si el ideal de la autorrefutación supone pedirle demasiado, por lo menos debe abordar abiertamente los intentos de refutación procedentes de terceros, en lugar de centrarse en la resistencia a cualquier precio.

<sup>37</sup> *Hardtung*, Die Obstruktion als Konstruktion – über die Bremswirkung gewohnter Denkmuster im Strafrecht, Rostocker Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen, Tomo 18 (2005), p. 33, 36.

En la discusión de la ponencia también apareció la resistencia.<sup>\*</sup> *Weidemann* se opuso a mi crítica acerca de los problemas que el dolo eventual plantea a los finalistas. Admitió que, hasta ahora, tanto él mismo como los demás habían reflexionado demasiado poco sobre el dolo eventual desde el punto de vista del finalismo, y que en la caracterización conceptual de aquello que determina el carácter final de la realización del tipo es habitual el uso de palabras que producen confusión. Sin embargo, persistió en la convicción de que nada puede conmover la teoría final de la acción y que, a fin de cuentas, tampoco tiene “ningún problema” con el dolo eventual. Lo único que hace falta es definir la “finalidad” con mayor claridad y con un poco más de amplitud, precisamente de modo que también quien actúa con dolo eventual actúe “finalmente” respecto a la realización del tipo. La crítica quedaría así desvirtuada.

*Kunert* se mostró dispuesto a aceptar este planteamiento. Depende de lo que se entienda con la expresión finalista “dirigido hacia” (“*gerichtet auf*”). Es perfectamente posible y razonable entender que también está dirigida a la realización del tipo la actuación de quien se la representa como algo posible, como un resultado de carácter eventual. La consecuencia de esto y que, evidentemente, *Kunert* no formula es: la intención dirigida a algo inocuo puede ir acompañada de una voluntad dirigida a matar, que satisface las exigencias de la teoría final de la acción —“la voluntad de matar forma parte de la acción de homicidio”—.

Ambas alegaciones son correctas, pero no son capaces de desvirtuar mi crítica. Lo que es válido para la expresión “dolosamente” también debe aceptarse cuando se alude al carácter “final” o para la expresión “dirigido hacia”. Las palabras tienen el significado que nosotros les damos.<sup>38</sup> Consideremos de nuevo el ejemplo de *Weidemann* sobre la caza de liebres. El cazador entusiasmado que persigue con su escopeta la liebre que corre, puede advertir y aceptar el serio peligro de que un perdigón lesione al ojeador que está cerca. Desde un punto de vista jurídico, junto al ánimo de matar un animal vertebrado (que puede acogerse a un “motivo razonable”, cfr. § 17 de la Ley de Protección de Animales) habría un dolo “condicionado” de lesiones. Esta es la opinión general, aunque extraña a los legos que los juristas hablen aquí de “dolo” (“*Vorsatz*”). *Weidemann* y *Kunert* no tendrían más remedio que añadir las caracterizaciones de “final” y “dirigido hacia”. No hay nada que decir en contra. Incluso en los casos de *imprudencia consciente* sería posible hablar de “finalidad” y de que una actuación “está dirigida” a los resultados que se advierten como posibles. Pero uno debe tener claro qué es lo que la extensión terminológica del dolo eventual comporta para la teoría que se defiende: el disparo sería una acción final desde un doble punto de vista. El suceso estaría “predeterminado finalmente” hasta el resultado tanto si el perdigón mata la liebre, como si lesiona al ojeador. Lo coherente sería que *Weidemann* extendiera su descripción a ambos supuestos: a pesar de ser algo no deseado en modo alguno,

<sup>\*</sup> El autor se refiere aquí (y en el resto de las alusiones del texto) a la discusión posterior a la exposición de su ponencia en el Simposio que tuvo lugar el 20 de octubre de 2.005, con ocasión del 75 aniversario del Prof. Dr. Karl Heinz Kunert [Nota del traductor].

<sup>38</sup> Esto lo expresa muy bien *Mir Puig* (nota 3), p. 83: “Cuando designamos una cosa, elegimos qué parte de la realidad debe estar incluida en esa denominación (...) La extensión y el sentido de las palabras no nos vienen



también alcanzar y lesionar al ojeador es objeto de una “actividad finalmente conducida”; el “factor conductor” la actuación no es sólo la intención de alcanzar a la liebre, sino también el dolo referido a la lesión del ojeador, ¡pues es —junto con la caza— una “meta a la que se dirige” la actuación! Estoy seguro de que el autor no se lo planteó así cuando construyó el ejemplo del cazador para aclarar el concepto final de acción. En caso contrario, ¿por qué no dijo nada acerca del supuesto de doble finalidad que aquí se suscita? “Hay una finalidad —dice *Weidemann* respecto de su ejemplo—, concretamente, el propósito de disparar a la liebre”.<sup>39</sup> Quien dice esto no quiere ser entendido en el sentido de que, además, podría existir una segunda finalidad y, concretamente, el propósito de lesionar al ojeador. O sea: según la estimación del peligro, cuando el cazador apunta contra la *liebre* persigue también el objetivo de alcanzar al *ojeador*.

*Weidemann* y *Kunert* pretenden que la teoría final de la acción puede soportar esa expansión conceptual sin ser infiel a sí misma. Esto es correcto en la medida en que puede equipararse a lo ya señalado por su decano, quien, discreta y tangencialmente, intentó incorporar el dolo eventual a su teoría, anticipando a grandes rasgos lo que aquí se ha expresado decidida y claramente como conclusión. Pero, al mismo tiempo, es incorrecto, porque, ya en *Welzel*, el reconocimiento del dolo eventual como finalidad supuso introducir una profunda contradicción en la teoría final de la acción. Pues la idea fundamental es que —respetando las estructuras del ser previamente dadas— el dolo delictivo del autor debe concebirse como voluntad cualificada de actuar, y la voluntad que comporta que un movimiento corporal sea una “acción” es la *intención*. Por aclararlo una vez más con el ejemplo del cazador: no basta con flexionar involuntariamente el dedo, ni siquiera en el caso de que se pueda esperar con seguridad o se “acepte” semejante movimiento reflejo. El dueño del dedo ha de *conducir* el movimiento, debe de haber *pretendido* el resultado de la flexión. Y lo mismo vale para del resultado más alejado. Para que la flexión final devenga un disparo final y éste devenga una acción final de lesionar, la finalidad debe de extenderse en el mismo sentido, el autor debe conducir el suceso también hacia ese resultado, debe de haber pretendido alcanzar ese resultado. Este es precisamente el axioma de la teoría final de la acción: la estructura de cualquier acción, o sea, el carácter estructural de la voluntad como componente esencial de la acción, nos revela qué es el dolo en la acción delictiva. “En los delitos dolosos, la voluntad de la acción (finalidad), destacada por la teoría final de la acción, es idéntica al dolo típico.”<sup>40</sup>

Por lo tanto, los finalistas deben elegir. O bien se ajustan a su axioma y sólo afirman el dolo en los casos de finalidad en sentido estricto, o sea, sólo cuando la realización del tipo es la *meta* del autor, como el movimiento de los dedos y el alivio del picor en la acción de rascarse. En este caso, limitarían la admisión del dolo a los casos de intención. O bien siguen la concepción tradicional, que considera que el dolo eventual es una modalidad de dolo. Y entonces abandonan su idea básica y asumen por completo lo que enseñan los no finalistas. Pues el concepto amplio de dolo es el tradicional y

dados, sino que surgen convencionalmente de la comunidad que los utiliza: son convencionales”.

<sup>39</sup> GA 1984, p. 410.

<sup>40</sup> *Hirsch*, ZStW 93 (1981), p. 860.

la exigencia de finalidad en los delitos de acción nunca se discutió; el autor ha de querer su movimiento corporal y, con él, dirigirse a algún objetivo. Los finalistas que, a la vista del dilema al que les conduce el dolo eventual, creen o afirman que su teoría no tiene “ningún problema” con el dolo eventual, o se trata “sólo de una cuestión terminológica”, actúan guiados por la buena intención de protegerse y permanecer fieles, pero no por la voluntad de superar errores y abrirse a los argumentos de sus adversarios.

### VIII. ¿Consecuencias y mejora del conocimiento?

*Karl Heinz Kunert* destacó en el debate que a él nunca le convenció plenamente la argumentación ontológica, pero —desde la distancia— encuentra impresionantes las consecuencias dogmáticas que derivan del finalismo, y por eso le otorga mayor credibilidad que el ponente. En reconocer y admirar la fecundidad coinciden todos los que se pronuncian. El propio *Roxin*, uno de sus más molestos detractores, reconoce: “La teoría de la acción de *Welzel* es su innovación dogmática y sistemática que más repercusión ha tenido y ha dominado la discusión jurídico-penal más allá de las fronteras de Alemania. La idea de que la espina dorsal del tipo no es la mera causalidad, sino la dirección consciente de cursos causales, ha deparado a la ciencia del derecho penal importantes novedades”.<sup>41</sup>

Sin entrar aquí en detalles, la benevolencia de las últimas frases debe ir seguida de un par de aclaraciones. En primer lugar, debe señalarse que para el propio *Welzel* “la voluntad que conduce conscientemente el curso causal es la espina dorsal de la acción final”<sup>42</sup>, y no del *tipo*. Creo que esto es importante, porque los finalistas equiparan la voluntad conductora del curso causal con el *dolo*, y lo que determina que el núcleo de su teoría sea criticable es la consideración del dolo como “componente esencial” de la propia acción y no sólo como elemento del tipo. Por otra parte, a la vista de los elogios de *Roxin* conviene recordar que hasta el más pequeño de los actos voluntarios es considerado, y debe ser considerado, por los finalistas como “conducción consciente de cursos causales”, por ejemplo, el acto voluntario consistente en un giro repentino del cuerpo o en hacer volar por el aire una colilla. También cuando el objetivo del movimiento era sólo el propio giro o el lanzamiento se trata de una acción que puede dar lugar al castigo de quien la realiza por un delito de acción imprudente o con dolo (eventual). Aquello que, como “dirección consciente”, se define aquí como “espina dorsal de la acción final”, no es en absoluto algo innovador. Es el “movimiento corporal querido”, “voluntario”, que siempre se reconoció como presupuesto de la acción en sentido jurídico-penal y de los delitos de acción.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> (nota 1), p. 583. También *Bacigalupo* atribuye a la teoría final de la acción “importantes repercusiones” y una “profunda renovación de la estructura de la teoría del hecho punible”, (nota 3), p. 72, 74.

<sup>42</sup> (nota 16), p. 34 (el subrayado es mío).

<sup>43</sup> *Jakobs* (nota 4), p. 135, llega a afirmar: “A fin de cuentas, la finalidad es una metáfora simplificadora (!) para las condiciones de la conducta evitable, nada más.” De acuerdo con esta afirmación, también sería “final” el comportamiento omisivo de la niñera que olvida imprudentemente administrar al niño sus medicinas en el momento prescrito. Pues las condiciones para un “comportamiento evitable” deben darse por cumplidas si se

### 1. *Delitos imprudentes*

Si se pregunta a los propios finalistas por las novedades que debemos agradecer a su teoría, siempre aluden a los *delitos imprudentes*, cosa que todavía puede sorprender a algunos. “Precisamente en el análisis de los delitos imprudentes” dice *Hirsch* “el finalismo se ha demostrado extraordinariamente fructífero (...). La delimitación de la acción *descuidada* (*sorgfaltswidrigen*), como requisito del injusto de los delitos imprudentes, es lo que desencadenó el intenso debate sobre la dogmática de la imprudencia”. Las concepciones correctas publicadas con anterioridad “permanecieron prácticamente sin que se les prestara atención, hasta los trabajos de los finalistas, aparecidos a partir de los años cincuenta”.<sup>44</sup>

Sin duda, es cierto que los delitos imprudentes —como delitos de acción— presuponen, ya en el *injusto*, una acción *descuidada*. El § 276 apartado 2 del Código Civil establece: “Actúa imprudentemente quien desatiende el cuidado exigible en el tráfico”. Y no es sistemáticamente correcto plantear la imprudencia al examinar la culpabilidad. En tanto que lesión del deber de cuidado, debe ser un presupuesto del injusto. Pues sólo quien actúa infringiendo un deber realiza el injusto o, a la inversa: quien cumple con su deber actúa siempre correctamente.<sup>45</sup>

Es cierto que anteriormente muchos no advirtieron esta evidencia ni su aspecto material, y que la teoría final de la acción, con su tendencia a destacar más intensamente la acción y el tipo que la culpabilidad, en el examen del delito, “favoreció en gran medida la comprensión” correcta.<sup>46</sup> Pero no es algo *que pueda derivarse* del finalismo. Si alguien provoca mediante la conducción de su vehículo la muerte de un niño que cruza la calle, lo único que también nos dice la teoría final de la acción es que la muerte procede de una *acción* del conductor. Qué más tiene importancia para la punibilidad, y dónde deben de situarse el resto de sus presupuestos, esto es algo que no puede aclarar el finalismo, ni las otras teorías de la acción. Deriva únicamente de la consideración meramente normativa de que el *injusto* sólo se realiza mediante la *lesión del deber* y de que, a la vista de todos los riesgos actuales, uno sólo puede venir obligado a respetar el cuidado exigible en el tráfico.

*Hirsch* rechaza la afirmación habitual de que en los delitos imprudentes “es jurídicamente irrelevante el contenido de la finalidad” y de que “el concepto ‘final’ de

admite la imprudencia. Pero los finalistas no quieren ir tan lejos. Excluyen el comportamiento omisivo y sólo conciben como “final” el comportamiento activo.

<sup>44</sup> (nota 3), p. 238; la concesión de *Roxin* va también en esta dirección (nota 14), § 14, núm. marg. 26. *Weidemann*, GA 1984, p. 425, ve la singularidad de los delitos imprudentes en la falta de delimitación de la conducta prohibida; “aquello que infringe el deber de cuidado en el caso concreto y, por lo tanto, está prohibido debe determinarse mediante la identificación de la norma”. El mérito de la teoría final de la acción radica en “haber puesto de relieve con claridad esta diferencia esencial”. Pero si la atribución de aquella discutible afirmación a esta teoría fuera correcta, ello no habría redundado en su beneficio. Pues no existe una diferencia esencial. Porque también el delito doloso presupone que el autor “infringe el deber de cuidado”, que actúa imprudentemente; sobre esto ver lo que se dice en el texto y, más ampliamente, *Herzberg*, NSTZ 2004, p. 593, 595 ss.

<sup>45</sup> También en los *delitos dolosos* debe comprobarse, en el ámbito del tipo y la antijuricidad, el carácter imprudente de la conducta. En el fondo, esto se admite hoy ampliamente, a pesar de que a menudo no se es consciente de que lo que se plantea en relación con la “imputación objetiva” no es otra cosa que la lesión de un deber de cuidado.

<sup>46</sup> *Roxin* (nota 1), p. 585.

acción no aporta nada”. Por el contrario, “la voluntad de la acción (...) tiene aquí un gran significado también desde el punto de vista práctico”, debido a la necesidad “de determinar la acción respecto de la cual debe examinarse su carácter descuidado”; la cuestión que se suscita siempre es la relativa a “cuál es la actuación voluntaria (...) que no debió haberse realizado, y el contenido de la voluntad influye en el grado del desvalor de la acción”<sup>47</sup> En principio, esto es correcto. En nuestro ejemplo de la colisión mortal entre el coche y el niño tiene trascendencia cuál era el objetivo al que se dirigía la conducción a velocidad excesiva, si perseguía una mujer para coaccionarla sexualmente, o bien se dirigía a visitar al padre moribundo en el hospital. Pero la distinta configuración del contenido de la voluntad (de la “finalidad”) lo tomamos en consideración al determinar la pena, conforme al § 46 apartado 2 CP, y únicamente desde el punto de vista de la “motivación y (...) las metas del sujeto”. Cuando *Hirsch* considera que repercute en el “grado del desvalor de la acción”, se refiere a la consideración “del grado de antijuridicidad” en la determinación de la pena. Y, al respecto, me parece intrascendente a qué fin servía la actuación imprudente. Aquí sólo es decisiva la *medida* del peligro valorada desde un punto de vista *ex ante* y que se realiza en el resultado, así como el *conocimiento del peligro* por parte del autor que, como “imprudencia consciente”, representa una aproximación a la comisión dolosa.<sup>48</sup>

## 2. *Curso causal azaroso*

La doctrina finalista considera que el requisito de la “finalidad” ofrece la fundamentación correcta en el caso académico del “curso causal azaroso”. Se trata de supuestos como el de un hombre que causa la muerte de su hijastra de diez años de edad organizándole un viaje en autobús con la esperanza de que se produzca un accidente, que es lo que termina ocurriendo. En relación con estos casos, fiel al núcleo de la tesis finalista, *Welzel* equiparaba “dolo” y “voluntad de realización” —silenciando el dolo eventual— y exigía para el dolo “que el autor se atribuya una *posibilidad de influir* en el suceso real”. Lo que queda más allá de tal posibilidad podría *esperarlo* o *desearlo* como algo casualmente vinculado a su acción, pero no *querer realizarlo*.<sup>49</sup>

*Hirsch* asumió este planteamiento, oponiéndose a la consideración hoy dominante de que —ya en el tipo objetivo— falta la “imputación objetiva”. Se trata “de una cuestión que afecta al dolo y, por lo tanto, no de un problema relativo al tipo objetivo, sino al tipo subjetivo”. Pues en los casos de creación de un riesgo ordinario de la vida social con la especulación de un infortunio, la representación del autor no se refiere “a un suceso lesivo concreto”, y un “mero deseo” no es una “voluntad conductora” y, por

<sup>47</sup> Festschrift f. Lampe (2003), p. 515, 519 s.

<sup>48</sup> En mi opinión, esto es precisamente lo que también ilustran los ejemplos que menciona *Hirsch* (nota 47) en la p. 520, que no comparan supuestos en los que es distinto el fin y el contenido de la voluntad, sino más bien casos de conocimiento y desconocimiento, así como de distinto grado de peligro: circular por la carretera en sentido contrario —sin saberlo en un caso, y conscientemente en otro; poner una pistola a disposición de un niño —en un caso por un momento y sin conocimiento de que está cargada, en el otro conociendo esta circunstancia y durante un largo periodo de tiempo.

<sup>49</sup> (nota 16), p. 66.

lo tanto, no se puede considerar como dolo.<sup>50</sup> Actualmente *Hirsch* entiende que falta el inicio de la ejecución como presupuesto de la tentativa y que, por ello, falta ya “la parte objetiva de una *acción* de matar”; pues cuando “la producción concreta del resultado se deja al ámbito propio de la casualidad, fuera de la dirección del autor”, entonces “ya no existe, desde el principio, ninguna acción dirigida a la realización del resultado.”<sup>51</sup> Creo que esta objetivización es una consecuencia finalista digna de consideración (sobre esto ver también lo dicho más adelante en 3), pero, en lo esencial, permanece invariable la vieja fundamentación. El autor no tiene voluntad conductora del suceso porque advierte que falta la capacidad de hacer tal cosa. Debido a que falta la finalidad de matar ha de negarse tanto que se haya iniciado el homicidio, como la propia acción homicida. Puesto que, según *Hirsch*, el dolo es finalidad y “es idéntico a la voluntad de la acción”, las justificaciones pueden intercambiarse. En nuestro ejemplo, debido a la ausencia de dirección final del curso mortal, no hay delito doloso, tentativa, ni consumación.

Comparto los reparos de *Hirsch* en relación con la teoría de la imputación objetiva. Este elemento es el producto de una confusión, que expresa una consecuencia, más que un presupuesto. Su aceptación responde únicamente al hecho de que muchos no han logrado comprender correctamente la cuestión, a pesar de que ya hace tiempo que otros sí lo han hecho y la han expuesto. Me refiero a la relación de inclusión, o de *plus-minus* que existe entre los delitos dolosos y los imprudentes: todo delito doloso presupone que el autor no ha respetado el cuidado exigible en el tráfico. ¡Tomemos el ejemplo de la receptación! Quien se dedica a comprar joyas robadas y advierte que la alusión a una herencia puede ser falsa, e incluso lo admite, no realiza el injusto de una receptación si *respeto las reglas*, especialmente si pregunta insistentemente al respecto y hace comprobaciones en relación con los elementos sospechosos. Queda un resto de riesgo, pero el hecho de que se realice y de que el comprador lo aceptara, no puede hacer de su concreta actuación una receptación punible. Es evidente que la cuestión valorativa que debe responderse aquí es la del “riesgo permitido” y la observancia del “cuidado exigible en el tráfico”, o sea, la cuestión de si hay o no *imprudencia*. Aunque le pueda parecer paradójico al lector que no advierte aquella conexión, cabe decir que, por ejemplo, el hecho punible de receptación sólo lo realiza quien “de forma imprudente” —o sea, sin respetar el cuidado exigible en el tráfico, más brevemente: de forma contraria al deber— realiza con dolo los elementos que la ley menciona expresamente. Cuando se infringe el deber de cuidado, al autor se le “imputa” como injusto lo que ha realizado objetivamente, la compra de cosas robadas, pero esta imputación no puede tenerse a sí misma como presupuesto.

Refiriéndose a la teoría de la adecuación, *Roxin* ha dicho que sólo es “el antecedente incompleto y en cierto modo embrionario” de la nueva “teoría de la imputación objetiva”, que ha desarrollado aquélla.<sup>52</sup> Yo añado que también la teoría de la imputación objetiva debe mejorarse y desarrollarse. Es el paso previo para advertir que todo

<sup>50</sup> (nota 6), p. 404, 405.

<sup>51</sup> Festschrift f. Lenckner (1998), p. 119, 135.

<sup>52</sup> Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann (1989), p. 237, 242.

examen de un delito doloso debe pasar por la comprobación de su carácter imprudente, como elemento que forma parte de aquel examen.

Los reparos de *Hirsch* a la teoría de la imputación objetiva responden a una razón totalmente distinta. En el caso del padrastro, él no negaría la punibilidad por entender que falta la creación de un riesgo no permitido y, por lo tanto, que no estamos ante un homicidio imprudente. Negaría el castigo porque falta la *finalidad de matar*, la “voluntad conductora” del suceso hacia la muerte de la niña. Esta fundamentación no me parece acertada. Está limitada al *delito doloso*, de modo que, tras la negación del mismo, debe responderse a la pregunta de si la causación de la muerte ha de castigarse como homicidio *imprudente*. *Hirsch* también negaría tal cosa, pero no ofrece ninguna fundamentación, pues ni siquiera plantea la cuestión de la aplicación del § 222 CP. Si lo hiciera, no le quedaría más remedio que confirmar al padrastro que, debido a la adecuación social y a la escasísima probabilidad del resultado, ha actuado de forma objetivamente permitida, en el ámbito del riesgo permitido y, por ello, no ha “producido la muerte de forma imprudente”. Al examinar el delito doloso también debería ponerse de relieve que el causante ha actuado de forma objetivamente correcta e irreprochable, y ser esta la fundamentación de su impunidad. Si la causación de la muerte *no* constituye un *injusto*, esta conclusión debe respetarse con independencia de que el hecho se valore atendiendo al § 222 CP o al § 212 CP.

Pero por el camino del finalismo tampoco puede alcanzarse una segunda y más débil fundamentación limitada al ámbito de los delitos dolosos. *Hirsch* señala que “una acción requiere el dominio del curso causal que abarca. Cuando la concreta producción del resultado se sitúa en el ámbito del azar, que queda fuera de la dirección del autor, ya desde el principio no existe ninguna acción dirigida a la producción del resultado”.<sup>53</sup> Sin embargo, la responsabilidad dolosa no queda excluida por el hecho de que el autor carezca de la “dirección” del suceso iniciado por él y deje en manos del azar, fuera de todo “dominio”, la producción del resultado esperado o perseguido. Lo decisivo es, únicamente, la creación de un peligro suficientemente importante. Esto es lo que falta en el caso del padrastro. Este caso puede compararse con el de un padre que lanza con furia a su perro ladrador fuera del coche y le hace volver a casa atravesando el campo y el bosque, con el resultado de que, como era de temer, el perro muerde a un paseante. Está claro que el propietario responderá conforme al § 229 CP\*. Si, además, concurre lo que debe exigirse para el dolo eventual, entonces se castigarán como delito doloso las lesiones no conducidas, pero realizadas *de forma contraria al deber de cuidado*.

### 3. El adelantamiento del dolo en la estructura del delito

La separación del dolo respecto de la culpabilidad y su ubicación en el tipo de injusto se considera el más valioso de los resultados del finalismo. Debido a que “una dogmática orientada unilateralmente al injusto del resultado no se ajustaba a la esencia del injusto delictivo”, leemos en *Hirsch*, “como reclamaba *Welzel*, el dolo típico no se

<sup>53</sup> (nota 51), p. 135.

concibe actualmente como forma o elemento de la culpabilidad, sino ya como un requisito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos”.<sup>54</sup> “La doctrina dominante” dice Hirsch en otro lugar, sigue actualmente “en la construcción del delito la concepción de los finalistas, conforme a la cual el dolo típico pertenece ya al tipo de injusto del delito doloso”.<sup>55</sup>

Yo mismo me he ocupado en otro lugar de la problemática que suscita la construcción del delito,<sup>56</sup> concluyendo, por una parte, que la anterior ubicación del dolo, que todavía sigue la jurisprudencia, es viable sin entrar en contradicciones, y resulta compatible con cualquier “esencia” y todas las “estructuras del ser”. Para afirmar el injusto típico del correspondiente hecho doloso no es necesario, pero sí que resulta posible, contentarse con la “pequeña” lesión del deber, que también está presente en los hechos no dolosos, relegando así la comprobación del dolo al momento de examinar la culpabilidad. La argumentación del finalismo, en el sentido de que ello no es posible en la tentativa, parece concluyente y se acepta también por sus detractores pero, si se analiza atentamente, se revela como inaceptable.<sup>57</sup> Por otra parte, he llegado a la conclusión de que la nueva perspectiva, que los finalistas han convertido en dominante, no sólo es defendible, sino que también es preferible. Pues, como ya se ha apuntado, la imprudencia supone contrariedad al deber y, como tal, es un presupuesto indiscutible del injusto. Esto determina que la separación del dolo y su ubicación en la culpabilidad sea algo artificioso. En ocasiones es precisamente el dolo la circunstancia que fundamenta concretamente la contrariedad al deber de la conducta. Cuando uno no sabe nada del veneno que otro ha vertido, entregar una copita a un tercero con el licor envenenado puede no estar prohibido (“riesgo permitido”), a pesar de producir la muerte o unas lesiones. Si uno tiene conocimiento de que se ha vertido veneno en el licor, tal cosa fundamenta tanto la infracción del deber, como el dolo. Ambas cosas tienen entonces su fundamento en la misma circunstancia fáctica, en el conocimiento de que el licor contiene veneno, con independencia de que en un caso distinto —cuando el autor debía de haberlo sabido, pero no lo supo— es posible que tuviera que afirmarse la contrariedad al deber y, sin embargo, negarse el dolo. Este último crece al mismo ritmo que aquélla, cuando concurre aumenta su gravedad, y por ello la estructura habitual aparece orgánicamente correcta: el hecho subjetivo del dolo se analiza en conexión inmediata con el hecho objetivo de la contrariedad a deber (“imputación objetiva”).

Admitido que este planteamiento es preferible, debe rechazarse la pretensión de que se trata de una deducción lógica. Recuerdo que ya como estudiante discrepaba. Quien concibe el dolo como “espina dorsal” o “componente esencial” de la acción y, así, entiende que el dolo de matar es la espina dorsal de la acción homicida, si es coherente deberá negar ya la *acción* típicamente relevante cuando falte el dolo delictivo. Por

<sup>54</sup> El § 229 CP alemán describe las lesiones imprudentes [Nota del traductor].

<sup>55</sup> (nota 6), p. 401.

<sup>56</sup> (nota 1), p. 231.

<sup>57</sup> Herzberg, 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, tomo IV (2000), p. 51-58.

<sup>57</sup> (nota 52), p. 56 s. Reconoce la coherencia y justificación material de la construcción anteriormente dominante también Cerezo Mir (nota 3), p. 111 s.: “La consideración del contenido de la voluntad en la culpabilidad no significaría desconocer la estructura final de la acción humana”.

ejemplo, cuando quien ha intervenido en un accidente se aleja del lugar con su vehículo (§ 142 apartado 1 CP) porque descuidadamente no advierte el accidente, o cuando alguien yace con su hija sin reconocerla (§ 173 apartado 1 CP) porque, por imprudencia, no presta atención a los indicios. Pero la teoría final de la acción nunca ha visto así las cosas. Por el contrario, en estos ejemplos afirma la concurrencia de acciones relevantes y la realización del tipo objetivo.

De todos modos, en un contexto singular topamos con la consecuencia que debería generalizarse. Pues, como ya se ha apuntado, en relación con los “cursos causales azarosos” *Hirsch* últimamente considera que falta “ya la parte objetiva de una acción de matar” cuando no concurre “una acción dirigida a la realización del resultado”, cuando no es la “dirección del autor” lo que produce el resultado de muerte. Tal cosa debería afirmarse ya respecto de cualquier autor de un homicidio imprudente, puesto que, a diferencia de quien especula con la producción de la muerte por azar, no quiere este resultado, y la mayoría de las veces no se lo ha planteado. Su actuación no está “dirigida” ni “conducida” hacia el resultado de muerte; piénsese en la enfermera que, imprudentemente, inyecta veneno a sus pacientes. *Hirsch* debe afirmar que aquí falta “ya la parte objetiva de una acción de matar”, lo que sólo puede significar que se niega ya la parte objetiva del § 212 CP. Pero la teoría final de la acción nunca ha visto así las cosas, y también *Hirsch* parece querer limitar su solución a la constelación de los cursos causales azarosos, donde aparece como una acuñación finalista de la teoría de la imputación objetiva y es correcta en los resultados.

¿Acaso los finalistas no podrían huir hacia delante y negar ya en el tipo *objetivo* la correspondiente acción típica, por faltar la “espina dorsal”? A mi me parece que esto es incompatible con la ley. Porque, en nuestros ejemplos, el § 16 apartado 1 CP\* parte de la “comisión de un hecho”, o sea, se refiere a los autores que hayan realizado el “hecho” de alejarse del lugar del accidente, de yacer con una descendiente, de matar a una persona, pero que, al cometerlo, desconocían una circunstancia del tipo legal. Por lo tanto, este camino (que tampoco los finalistas intentan transitar) está vedado. Pero entonces debe constatarse lo siguiente: con la exigencia de que, para ser autor de una “acción”, la persona debe de haberse movido (finalmente) *persiguiendo algún objetivo* (cosa que nadie discute), el finalismo ha quemado su pólvora. En relación con la cuestión de si, junto con la finalidad del movimiento corporal, también el *dolo* debe ser tratado ya como un presupuesto del injusto (o bien debe abordarse en la culpabilidad), el finalismo no puede encontrar la respuesta por deducción de sus propias premisas, sino que, como sus detractores, debe atender a razones materiales que no tienen nada que ver con el concepto de acción.

No basta con esta crítica. Es necesario decir que la tan apreciada estructura finalista del delito revela de la forma más clara posible lo incorrecto de la idea básica, porque *separa* ostensiblemente el *dolo* de la voluntad de la acción, en lugar de *identificarlos*, que sería lo coherente con la propia teoría. La acción final se ubica en el tipo objetivo,

\* El § 16 apartado 1 CP regula el error sobre circunstancias fácticas en los siguientes términos: “Quien, al cometer el hecho, desconoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por imprudencia permanece intacta”.



y el dolo en el tipo subjetivo. A la acción final, dirigida por la voluntad, por ejemplo, a la acción de huir con el vehículo, se añade —cuando el conductor conoce el contexto— el dolo de alejarse del lugar del accidente; el dolo no es idéntico a la voluntad de la acción. La nueva estructura del delito puede reconocerse como fruto del finalismo porque relacionar estructuralmente la voluntad de la acción y el dolo era lo que la tesis de la identidad podía lograr, y ha logrado. Pero la promoción de esta estructura del delito supone, al mismo tiempo, el reconocimiento tácito de que no es correcta su equiparación entre la voluntad final de la acción y el dolo, y éste debe concebirse “sólo como ‘reflejo’ del suceso externo y no como su factor conductor”, algo que *Weidemann* cree poder desechar por anticuado.

Así cuestiono también la limitada alabanza de un crítico del finalismo como *Jakobs*, cuando afirma que “es un mérito de la teoría final de la acción haber superado, en el concepto de acción y, así, en el injusto, la separación entre la parte objetiva y la parte subjetiva del delito”.<sup>58</sup> En el *concepto de acción* la separación no se ha superado. Tampoco para los finalistas el concepto de acción abarca la “parte subjetiva del delito”. Esta se analiza separadamente, después de afirmar la acción y la finalidad como presupuesto de la misma.

#### 4. Participación en un hecho principal no doloso

La vieja controversia acerca de si cabe la participación punible, como inductor o cómplice, en un hecho principal *no doloso*, se ha resuelto legalmente desde 1975 mediante la caracterización del hecho principal como un “hecho antijurídico cometido dolosamente” (§§ 26, 27 CP). Anteriormente, el presupuesto que se exigía en la ley era una “acción conminada con pena” (§§ 48, 49 CP en su redacción anterior), lo que dejaba espacio para su interpretación en el sentido de las dos respuestas posibles. En la decisión del legislador de excluir la solución afirmativa contribuyó de forma relevante la argumentación de los finalistas y, por esta razón, no quisiera pasarla por alto.

##### a) La argumentación

También aquí se jugó la carta ontológico-finalista. *Welzel* afirmó que “conforme a su esencia (lógico-objetivamente), toda participación debe ir referida a un hecho principal (final) dirigido a una meta”<sup>59</sup>, y del contexto se deduce que, al referirse al carácter “final”, alude a que el hecho principal se realice *con dolo delictivo*. *Roxin* se ha referido —como adversario— a la desconcertante conclusión a la que conduce la tesis finalista de que la finalidad es una parte esencial de la *acción* y es idéntica al dolo: Si se sigue esta tesis, “la participación en un hecho principal no doloso resulta excluida

<sup>58</sup> (Nota 4), p. 130.

<sup>59</sup> *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 2. ed. (1949), p. 66; similar *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”* (1957), p. 15 s. – Posteriormente, en el Tratado (nota 16) van en la misma dirección afirmaciones como la de que “la aceptación de una ‘inducción’ en un hecho principal no doloso daría lugar a una completa inversión de las relaciones de la vida y a concepciones sin apoyo social”, y que “la aceptación de la participación en un hecho principal no doloso (...)” desintegra “la tipicidad”.

por la esencia de la acción o (...) por la ‘naturaleza de las cosas’ (...) La participación presupone un hecho en el que participar. Cuando a quien ejecuta el hecho directamente le falta el dolo, desde el punto de vista del Derecho no ha actuado. Si no hay ninguna acción en la que se pueda participar, entonces debe excluirse toda participación”.<sup>60</sup> *Küpper* cita en sentido favorable una decisión del Tribunal Supremo claramente influida por el finalismo, según la cual la “esencia” de la inducción requiere “la provocación en el autor de la *resolución de cometer el hecho*”.<sup>61</sup> Por parte del propio *Küpper* no encontramos expresada con claridad una deducción a partir de la esencia y de la estructura del ser, pero viene repetidamente a la memoria cuando pregunta “hasta dónde alcanzan los presupuestos lógico-objetivos” y formula una suerte de *petitio principii* de carácter ontológico en relación con la tentativa: “Como provocación de la resolución de cometer el *hecho*, la inducción presupone (...) que el autor principal es determinado a un *hecho* punible al que dirige su voluntad.”<sup>62</sup> Con carácter general, *Hirsch* exige “que dentro del sistema normativo (...) se respeten las estructuras previas al Derecho y la lógica objetiva que deriva de ellas”. Especialmente en relación con el concepto legal de “inducción” debe “tomarse en consideración cómo está estructurado este fenómeno con carácter previo al Derecho, y advertir así que es esencial en él la provocación efectiva de una resolución y su ejecución. La relación de accesoriadad entre la inducción y la conducta del inducido que se ha originado a través de aquella aparece como vínculo lógico-objetivo”.<sup>63</sup> También aquí se está pensando que ya la “lógica objetiva” y la “estructura previa al Derecho” excluyen la construcción de una inducción a un hecho principal *no doloso*. Así puede deducirse de la observación hecha en otro lugar, donde *Hirsch* elogia la “accesoriadad del dolo” como “reconocimiento” de la teoría de la participación de *Welzel*.<sup>64</sup>

### b) Réplica

A mi todo esto no me convence. Ciertamente, hay límites fuera de los cuales el significado de la palabra “inducción” hace que ésta no sea adecuada. A pesar de que la piedra lanzada al cristal “vuela” y “daña”, no diremos de quien la lanza que le ha inducido a volar y dañar. Con otra fundamentación, apoyándome en el *significado de las palabras* previo al Derecho, le doy la razón a *Hirsch* en cuanto a que forma parte de la inducción un inducido al que se ha provocado una *resolución*. Pero no veo ninguna “esencia”, ni “lógica objetiva”, ni “estructura previa al Derecho” que prohíba al legislador admitir, y a nosotros afirmar, que, en mis ejemplos de quien se aleja sin dolo del lugar del accidente, y del yacimiento no doloso entre parientes, existe un hecho principal en el que cabe la participación. Imaginemos que el copiloto ha advertido los daños,

<sup>60</sup> *Roxin*, ZStW 74 (1962), p. 515, 520. Los finalistas nunca han querido hacer una afirmación tan radical, pero es cierto que en relación con el hecho principal en cuestión deberían de haber negado ya la acción *típica* y el tipo *objetivo*.

<sup>61</sup> BGHSt 9, 370, 379 s.

<sup>62</sup> (nota 8), p. 141, 142.

<sup>63</sup> (nota 3), p. 227.

<sup>64</sup> ZStW 93 (1981), 839; así mismo (nota 6), p. 401.

pero ha mentido a quien ha tomado parte en el accidente induciéndole, así, a abandonar el lugar; ¡o alguien que conoce la relación paterno-filial, nada dice y procura al hombre lascivo la oportunidad del yacimiento! De acuerdo con el § 16 apartado 1 CP, el alejarse del lugar del accidente, o el yacimiento con la hija, supondrían la “comisión del hecho” desconociendo una circunstancia del tipo (§§ 142 apartado 1, y 173 apartado 1 CP), y la comisión del hecho procede aquí de una decisión y una actuación “final”, concretamente la de alejarse con el vehículo, y la de realizar el yacimiento. Quien tiene toda la información ha “determinado” al autor a la comisión del hecho o le ha “prestado ayuda”. Si, con el apoyo del § 16 CP, ello significara en los §§ 26 y 27 CP que ha determinado o prestado ayuda “a la realización antijurídica del hecho”, entonces se evitaría la laguna de punibilidad del Derecho vigente, porque podríamos castigar a quien ha causado maliciosamente el hecho como inductor o, en su caso, como cómplice. Lo que de “estructural” y “esencial” se extrae de esos conceptos para explicar la regulación legal vigente con sus extrañas lagunas de punibilidad, no es algo que se encontrara realmente en su interior, sino algo que se colocó allí previamente.

Acertadamente dice *Roxin*, con carácter general, que es “un error fundamental creer que las estructuras ontológicas abstractas pueden establecer límites al legislador o a la interpretación judicial, y dotar de obligatoriedad a determinadas soluciones de problemas”. Y es igualmente acertada su crítica en el plano concreto: La afirmación “de que no es posible la participación en un hecho no doloso ha encontrado mucha aceptación y también ha convencido al legislador alemán, pero comporta serias lagunas de punibilidad en relación con los delitos especiales, así como en los supuestos de creencia errónea de que el autor actúa sin dolo, y es mejor rechazarla. En cualquier caso, semejante afirmación no es en modo alguno inevitable”.<sup>65</sup>

##### 5. Error sobre el tipo permisivo y teoría estricta de la culpabilidad

Finalmente, es sabido que a partir de la teoría final de la acción se derivan conclusiones acerca de qué errores excluyen el dolo y la correspondiente punibilidad. La problemática que aquí se suscita es amplia. Me limitaré a la cuestión de si el concepto de acción y la comprensión del dolo que ofrece aquella teoría permiten realmente concluir que el error sobre el tipo permisivo no afecta al dolo delictivo.

*Roxin* lo admitió en su día. “El concepto” finalista “de acción” “da lugar a (...) la denominada teoría estricta de la culpabilidad, según la cual la creencia errónea de que concurren las circunstancias justificantes —por ejemplo, la legítima defensa putativa— no excluye el dolo. Semejante error no puede afectar a la conducción del curso causal. Cuando alguien dispara por necesidad a un supuesto ladrón, la bala impacta precisamente allí donde debía hacerlo, su curso ha sido conducido hasta el último detalle por quien se defiende”.<sup>66</sup> Esto supone reproducir la pretensión que *Welzel* creyó que podía hacer valer. Pues él pensaba que una teoría del error que fuera más lejos que la suya en

<sup>65</sup> (nota 1), p. 587.

<sup>66</sup> ZStW 74 (1962), p. 520. – En su “balance” sobre el finalismo *Roxin* destaca que se mantiene en la tesis de su antigua crítica (nota 1), p. 574.

la negación del dolo “se apoya en un conocimiento incorrecto de la estructura categorial de la acción”.<sup>67</sup> Esta creencia también ha permitido a *Kiipper* afirmar que las “estructuras previamente dadas” delimitan el ámbito de la valoración de los errores, que las teorías de la culpabilidad sólo discuten “acerca de una cuestión valorativa *en el interior* de la culpabilidad”, y que la no afectación del dolo se sigue “sin más de la teoría final de la acción”, o sea, de la “separación del dolo respecto de la culpabilidad y de su asignación a la acción”.<sup>68</sup> También *Hirsch* niega que el error sobre el tipo permisivo sea relevante para el dolo, apelando a los “fenómenos reales”: “Que cuando concurre una causa de justificación (...) no exista una acción de matar o lesionar” es una “forma de ver las cosas” en la que el finalismo, orientado a los fenómenos reales, no puede participar”; “pues aquí no puede negarse la concurrencia efectiva de una acción de matar o lesionar”.<sup>69</sup>

En realidad, el carácter deductivo y la coherencia de la afirmación del dolo no deben admitirse, sino que deben cuestionarse. Del abuelo que sustrae secretamente a su nieto de la casa materna y se lo lleva a un viaje de vacaciones también puede decirse que conduce el curso causal “hasta el último detalle”, y “no puede negarse” la “efectiva concurrencia” de una acción de sustracción de menores (§ 235 CP). De la misma manera, “conduce” el suceso el ciudadano que deposita correctamente su voto en las elecciones al Parlamento, y el funcionario que, transcurrido el tiempo de la condena, abre las puertas al prisionero y, de nuevo, es posible constatar que “no puede negarse” la presencia de una “acción final” de votar o de liberación del preso (§§ 107a, 120 CP). ¡Pero de ahí no se extraen las consecuencias que los finalistas creen poder extraer! No puede decirse que los autores realizaron el “tipo”. Y, en caso de error —creencia errónea de la condición de abuelo, del derecho al voto, del cumplimiento de la pena—, de la conducción final del suceso objetivo no puede derivarse el *dolo* de la sustracción de menores, de la falsificación del voto, o de la liberación de presos. Lo único decisivo es si las circunstancias que determinan la impunidad —el parentesco\*, la autorización para votar, el carácter permitido de la liberación— excluyen el “tipo legal” en el sentido del § 16 apartado 1 CP. Cuando deba afirmarse tal cosa, su *no* concurrencia —quien sustrae *no* es un pariente, quien vota *carece* de la facultad de hacerlo, todavía *no* ha transcurrido el tiempo de la pena— es una “circunstancia (...) que pertenece al tipo” y el desconocimiento de esas circunstancias permiten negar el dolo del autor.

En los tres casos se vería así. Para realizar el tipo, quien sustrae al niño debe ser alguien que no sea pariente, y el ciudadano debe votar “sin derecho a hacerlo”, y el funcionario debe actuar sin que el Derecho le autorice a liberar al preso (elemento tácito del tipo previsto en el § 120 apartado 1 CP<sup>70</sup>). Los ejemplos demuestran que el dolo no puede deducirse atendiendo a la finalidad referida a la producción del resultado objetivo previsto en el tipo, aquí, la sustracción, el voto y la liberación. En el caso

<sup>67</sup> Festschrift f. Niedermeyer (1953), p. 279, 292.

<sup>68</sup> (nota 23), p. 164.

<sup>69</sup> (nota 3), p. 239.

\* La sustracción de menores prevista en el § 235 apartado 1 CP alemán requiere que el autor no sea un pariente del menor [Nota del traductor].

académico de la legítima defensa putativa, cuando los finalistas afirman el dolo de matar o de lesionar lo hacen atendiendo a la única razón de que *aquí* el aspecto negativo —ausencia de la situación legítima defensa— *no* se concibe como una circunstancia perteneciente al tipo en el sentido del § 16 apartado 1 CP, mientras que sí se conciben así los presupuestos negativos de, por ejemplo, los §§ 235, 107a y 120 CP, o sea, el hecho de no ser un pariente o de actuar sin autorización. Por lo tanto, también para los finalistas lo decisivo es la cuestión positivista de cómo deben entenderse determinados presupuestos del injusto: ¿pertenecen o no al “tipo legal” las circunstancias que determinan su concurrencia? Por el contrario, la “perspectiva de lo previamente dado” (*Küpper*), la “estructura categorial de la acción” (*Welzel*) o la orientación finalista “a los fenómenos reales” (*Hirsch*), no proporcionan ninguna fundamentación. Es siempre lo mismo: la teoría final de la acción no proporciona soluciones. Cuando, creyendo erróneamente que concurre una situación justificante, uno libera a un preso y otro lesiona a su contrincante, lo único que dice es que los autores han *actuado*, debido al carácter final de sus movimientos causales. Si lo han hecho con o sin dolo —debido al error— es algo que, por sí sola, la teoría final de la acción no puede responder.

Esta cuestión se sitúa en otro plano, y aquí debe admitirse la posibilidad de que, *por razones materiales*, los finalistas tengan razón cuando, aplicando su teoría estricta de la culpabilidad, creen que se excluye el dolo en el primer caso, pero no en el segundo. Pero también esto debe discutirse. Las consideraciones materiales apuntan precisamente en el sentido contrario, o sea, a favor de juzgar igual ambos casos y negar el dolo siempre que el autor cree erróneamente que concurren las circunstancias que permitirían su actuación. Supongamos que, tras una grave desgracia, una persona hace exactamente lo que exige la situación de necesidad; irrumpe en el interior de una casa y utiliza el teléfono para hacer una llamada de socorro. Lo primero no es punible porque no penetra “de forma contraria a Derecho” (§ 123 CP\*), lo segundo tampoco porque no realiza incorrectamente una llamada de socorro (§ 145 apartado 1 núm. 1 CP\*). Tanto en un caso como en el otro, la situación de necesidad es la razón por la que negamos un presupuesto legal del delito y la presencia de un injusto. No supone ningún problema distinguir, como es habitual, en el sentido de que la entrada es típica y “sólo” está justificada, mientras que la llamada de socorro ya ni siquiera es típica; se distinguen así distintos niveles en el análisis de la antijuricidad, y el elemento “contrario a Derecho” se sitúa en uno superior a aquel en el que se sitúa el elemento “incorrectamente”.<sup>71</sup> Pero va por el mal camino quien extraiga de aquella graduación diferencias materiales para los casos de error. Si el autor actúa de buena fe pero debió de haber comprobado

<sup>70</sup> Cfr. Schonke/Schröder-Eser, StGB, 26 ed. (2001), § 120 núm. marg. 7.

\* Al incriminar el allanamiento de morada, el § 123 CP alemán dispone: “Quien penetra de forma contraria a Derecho en la morada ...”

\* El § 145 apartado 1 CP alemán dispone: “Quien de forma intencionada o consciente 1. realiza incorrectamente llamadas o señales de socorro ...”

<sup>71</sup> Por otra parte, también se suscita la cuestión de las razones y la utilidad de la distinción. En el *Münchener Kommentar zum StGB* (2003), antes del § 21 núms. marg. 33-46, *Schlehofer* analiza la cuestión con especial profundidad. En mi opinión, rebate punto por punto lo que ofrece la distinción entre “elemento tipificadores del injusto” y “presupuestos de la antijuricidad”.

que la desgracia no era meramente simulada, no puede ser correcto negar sólo el carácter doloso del uso incorrecto de llamadas de emergencia y, por el contrario, afirmar el carácter doloso (y punible) del allanamiento de morada. Quien afirma que, a diferencia de la expresión “incorrectamente” a que se alude en el § 145 CP, la expresión “de forma contraria a Derecho” del § 123 CP no es un elemento del tipo y, por ello, el error no se refiere aquí a una circunstancia que “forma parte del tipo”, para evitar una evidente contradicción valorativa deberá aplicar por analogía el § 16 apartado 1 CP al “error sobre el tipo permisivo” en que ha incurrido quien ha entrado en la casa.

## IX. Resumen

Los finalistas afirman con razón lo que todos afirman: La “acción” en sentido jurídico-penal presupone un movimiento corporal voluntario, final, dirigido a una meta, de modo que la “finalidad” es un “componente esencial de la acción”. Por el contrario, es incorrecta la tesis de que en los delitos dolosos la “voluntad final de la acción” es idéntica al dolo. Se pretende así unificar lo que claramente son cosas distintas. Quien coge una cosa ajena que creía que carecía de dueño y se la apropia, actúa con una “voluntad de acción” que realiza el tipo objetivo del tipo, pero no actúa con “dolo” delictivo. Con otro ejemplo: la finalidad del disparo, o sea, una acción de disparar puede constatarse antes de resolver la cuestión sobre el dolo de matar, y aquella constatación no se verá afectada si finalmente se niega el dolo y se afirma el carácter imprudente de la muerte. Lo único que puede ayudar a los finalistas es sustituir la tesis de la *identidad* por la del *paralelismo*. Esta diría lo siguiente: Para ser autor doloso de un *hecho punible* debe de quererse la realización del tipo de la misma forma que quien actúa *de cualquier modo* quiere, por lo menos, el propio movimiento corporal, por ejemplo, cuando lanza una piedra al agua o hace una mueca. “La voluntad de matar forma parte de la acción de matar” como la voluntad de lanzar forma parte de la acción de lanzar. Pues para apreciar una acción no basta con que alguien prevea un movimiento de su cuerpo como una consecuencia segura de su estado físico —por ejemplo, en los casos de muecas compulsivas—, sino que se requiere que realice el movimiento corporal *voluntariamente*, o sea, *intencionadamente*.

La consecuencia más relevante, y que encuentra apoyo en el significado de las palabras, es la consistente en limitar la admisión del dolo a los casos en los que el tipo se realiza “finalmente”. Pero los finalistas no extraen esta consecuencia. Admiten también el dolo eventual. Esto es decepcionante. De este modo, la teoría final de la acción no sólo pierde consistencia, sino que, además, deja escapar la presentación de una *verdadera* deducción. Porque las tesis y propuestas que se someten efectivamente a discusión, que en su mayoría se consideran frutos del finalismo, incluso por quienes no las comparten, merecen ser tomadas en consideración y, en parte, incluso ser asumidas (imprudencia y dolo son presupuestos del injusto) pero, si se analizan atentamente, no presentan apenas ninguna conexión con el concepto final de acción.