

NEOFINALISMO Y NORMATIVISMO: CONDENADOS A ENTENDERSE*

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Extremadura (Cáceres)

Empleo el término *neofinalismo* a efectos dialécticos de revisar los conceptos que Hans WELZEL introdujo en la discusión sobre la teoría del delito a partir de los años treinta del siglo pasado, conceptos que tienen su propia historia dentro de la Escuela finalista, a la luz y en contraste con modelos de teoría del delito de inspiración normativista, caso de Claus ROXIN, y funcionalista, caso de Günther JAKOBS, que han cobrado un elevado auge y se acuñaron en buena medida como rechazo y superación del Finalismo, al que acusan de «naturalista» (por su adhesión, excesiva al parecer de los críticos, a determinadas características del psiquismo humano). Mi objetivo principal va a consistir en intentar demostrar que es imposible construir modelos de teoría del delito como los normativistas y funcionalistas en boga prescindiendo de los postulados que el Finalismo ha aportado a esa teoría, de la que constituyen elementos esenciales insuperables (en el sentido de que no se puede prescindir de ellos) que subyacen a la consideración normativa o funcional a la que el Finalismo nunca fue hostil. Para abordar ese objetivo considero imprescindible proceder a través de los siguientes pasos:

1 y 2. Para asegurar la solvencia del Finalismo, era necesario que la estructura «vinculante» (para el legislador y para el exegeta de

* He comenzado a defender las tesis aquí expuestas en «II Jornada Brasileira de Profesores de Ciências penais e Seminário internacional em homenagem ao centenario de Hans Welzel», celebradas los días 16 a 20 de agosto 2004, en Londrina (Estado de Paraná), Brasil. Mantengo la estructura coloquial en la exposición.

la ley penal) de la acción final¹, según la cual sólo acciones de esa naturaleza se pueden imputar penalmente, se preservara también en el delito imprudente, lo que sólo se ha conseguido recientemente, de una forma, por lo demás, no compartida por todos los finalistas², lo que obliga, lógicamente, a defender este último paso y, previamente, a revisar qué es una estructura ontológica «vinculante», que es el concepto más denostado del Finalismo. De ambas cuestiones, el significado actual, en la fase de normativización y funcionalización del Derecho penal, de la *estructura» vinculante» de la acción final* y de la *finalidad en la imprudencia*, me ocuparé en primer lugar.

3. Para argumentar que nunca se puede prescindir de la estructura vinculante de la acción final si la teoría del delito pretende unos determinados objetivos que todos compartimos, y dado que ahora no podemos extraer todas las consecuencias que se derivan para el injusto y su exclusión de la exigencia de finalidad, me serviré sólo de la importante cuestión de la *tentativa*, a través de la cual puede demostrarse, en concreto, que su esencia, en general, y algún problema específico, en particular, la llamada *tentativa imposible*, no pueden captarse a través de los modelos normativista y funcionalista, que no en balde minimizan el papel de la acción en la teoría del delito, y hacen imprescindible acudir al modelo «naturalístico», incluido su mal entendido «subjetivismo», del Finalismo, para explicar la regulación legal.

4. En cambio, para destacar que el Finalismo sí respeta los aspectos normativos y funcionales esenciales del Derecho en general, y del Derecho penal en particular, sólo que insistiendo en que su consideración dentro del Derecho penal requiere que se pongan en relación con la estructura previa de la forma de motivación natural del hombre, cosa que normativistas y funcionalistas desdeñan, puede ser sumamente ilustrativo contemplar la problemática de la *autoría* y la *participación*, que es otra materia muy condicionada (como la tentativa) por la finalidad, demostrando cómo el fundamento del modelo normativista en la materia, que es el de ROXIN, se explica mejor con el modelo «naturalístico» del Finalismo, que permite describir el caso más claro y simple de autoría mediante el dominio de la causalidad, a través de la finalidad, al que añadir nuevos casos que com-

¹ De la segunda estructura «vinculante», la de la «capacidad de culpabilidad», consolidada pronto dentro del Finalismo, aunque con su propia dialéctica frente al concepto normativo de culpabilidad, no nos ocupamos en esta ocasión.

² Vid. JOSÉ CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, Parte general, II. Teoría jurídica del delito, 6.^a ed., 1998, 166 y ss.; Alicia GIL GIL, en: *Revista de Derecho penal* (Argentina), 2002-1, 41 y ss.

pleten al básico mediante criterios axiológicos, normativos, garantizando precisamente la seguridad jurídica a través de su analogía con el caso básico (obtenido a través de la finalidad).

5. Por último, para demostrar que el enfrentamiento entre ontologismo, de un lado, y normativismo y funcionalismo, de otro, es un falso dilema, que el sistema ha de ser a la vez, lógico y teleológico, criticaré el modelo funcionalista de JAKOBS, en aquel aspecto, sugestivo, pero falso, según el cual *acción* y *omisión* son formas equivalentes e intercambiables de lesionar la norma penal, contraponiéndole que no es sólo que el concepto básico del sistema ha de ser el de la acción final, sino que, además, ésta es el referente que ha de servir para que una omisión pueda ser penalmente imputada: sólo la omisión que, por analogía, equivalga a una acción, será penalmente relevante; con lo que se encuentra en el Finalismo el sentido, que es el de la omisión, de la denominada cláusula de equiparación entre el hacer y el omitir, de que de forma tan gráfica da cuenta el art. 11 de Código penal español³.

1. La primera nota caracterizadora, grabada incluso en el nombre con el que desde entonces se le conoce, del Finalismo, y de naturaleza preferentemente metódica, por lo demás, es la de que el Ordenamiento jurídico sólo puede dirigir sus normas a la capacidad genuinamente humana de dominar los acontecimientos en los que se ve inmerso. De ahí que haya que definir el delito⁴, no como hasta entonces, *causalismo*, como la causación de un resultado lesivo del bien jurídico protegido a través de esa norma penal, que sería insuficiente, sino como la causación del resultado lesivo mediante una acción final, es decir, una que dirigió el autor conscientemente a algo de lo que se deriva, por experiencia general, la causación del resultado lesivo del bien jurídico que el Derecho quiere evitar.

Se ha especulado mucho sobre qué llevó a WELZEL a construir la teoría del delito sobre la acción final. En cualquier caso, está claro, que cualquiera que fuese la fuente de inspiración del maestro, la Fenomenología de Husserl, la Psicología de Höniswald, etc., era el concepto causal de acción elaborado por la doctrina penalística anterior el que reclamaba una superación debido a que, con indepen-

³ «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado, sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación».

⁴ *Vid.*, al respecto, sólo WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, 7 y ss.

dencia de la función delimitativa que el concepto causal ya permitía cumplir, procedía a una cesura insufrible desde el punto de vista del sentido común: la que separa una parte objetiva y otra subjetiva del comportamiento humano, que era necesario restablecer, sin volver, claro, a la histórica confusión entre antijuricidad y culpabilidad. Ese paso lo dio WELZEL, como es sabido, adelantando el dolo, del escalón de la culpabilidad, el último de la teoría, al primero, el de la tipicidad, en cuyo centro, como después dirá Armin KAUFMANN⁵, siempre aparece una acción final que causa un resultado lesivo del bien jurídico.

Como es sabido, también, WELZEL y sus primeros discípulos tuvieron grandes dificultades, que no supieron resolver, a la hora de encontrar la acción final que caracterizaría al delito imprudente. El paso decisivo, en este terreno, sólo lo ha dado Eberhard STRUENSEE, recientemente. Pero antes de describirlo, y defenderlo frente a las objeciones que ha recibido, es necesario revisar la objeción metódica capital hecha al Finalismo, de querer coartar la libertad del legislador imponiéndole que sus mandatos se dirijan siempre a la capacidad del hombre de dominar los acontecimientos, lo que sólo es posible mediante acciones finales.

Es digno de destacar que la gran aportación de Hans WELZEL a la Filosofía del Derecho fue la de reivindicar la autonomía del Derecho positivo frente a todo tipo de sistema de Derecho natural, dado que la validez del Derecho sólo puede derivarse de lo que es asequible al hombre, es decir, lo que él crea; cosa que no ocurre con el Derecho natural. De ahí que WELZEL cerrara su *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*⁶ defendiendo que el legislador de Derecho positivo es libre para configurarlo dentro de los procedimientos humanos de su elaboración. De manera que el Derecho, así promulgado, será Derecho válido. Insistiendo en que lo único que quedaría de una larguísima tradición de Derecho natural con vocación de vincular a los Derechos positivos sería la de que cualquier mandato del legislador habría de tener en cuenta esa capacidad genuinamente humana de dirigir los acontecimientos, de manera que sólo mediante una acción final puede violarse el Derecho.

Ya en el ámbito de la Ciencia penal, el rechazo a esta premisa básica del Finalismo ha venido marcado por la crítica de Claus ROXIN

⁵ *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. Gerhard DORNSEIFER y otros, 1982, 151.

⁶ *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material* (trad. FELIPE GONZÁLEZ VICÉN), 2.^a ed., 1974, 256 y s.

a la doctrina de la acción final⁷ que se produjo en un momento crucial. Sorprende, sin embargo, la fuerte repercusión que sin duda ha tenido una crítica que deja intacta en su mayor parte la estructura conceptual criticada⁸. De hecho, lo que ROXIN viene a decir es que la única finalidad jurídicamente vinculante es la que ha sido incorporada por el legislador a un tipo de delito, por lo tanto aquello que formando parte de una norma, se ha debido representar el autor: dolo. Al Derecho penal, continúa ROXIN, sólo le interesa el dolo, no la finalidad; pero el dolo es un concepto jurídico, no prejurídico.

La respuesta a esta objeción, la dio Armin KAUFMANN⁹, antes incluso a que la hiciera ROXIN, ya que Wilhelm GALLAS, la había formulado también antes: Si es cierto, como dice GALLAS, que a veces la tipicidad exige para el dolo algo más que la finalidad prejurídica, ello sólo evidencia, replica Armin KAUFMANN, que la estructura lógico-objetiva se obtiene de poner en relación la valoración con el objeto de la valoración, siendo en esa relación en la que, concebida la norma de una determinada manera, con lenguaje más moderno, para conseguir prevenir la lesión de bienes jurídicos, es obligado entender (¡obsérvese bien: porque el legislador lo quiere!) que objeto de esa regulación sólo pueden ser acciones finales, pues sólo a través de acciones de esa naturaleza puede el hombre motivarse (= primado del disvalor acción) a dominar los acontecimientos.

El artículo de ROXIN, de 1962, celebrado por muchos como el golpe de gracia a la doctrina final de la acción, es, sin embargo, sólo un hecho lamentable en momento crucial para la evolución de la teoría del delito, y determinante de que sólo ahora, cuando el normativismo, en cuya hegemonía la figura de ROXIN es indiscutible, comienza a detectar que las valoraciones requieren siempre una referencia para que podamos ponernos de acuerdo acerca de qué estamos hablando cuando discutimos y decidimos cuáles han sido las valoraciones del legislador, podremos construir un sistema lógico-funcional en el confluyan ambas corrientes que nunca debieron excluirse.

Es más, muchas de las aportaciones normativistas de los últimos cincuenta años, incluida la del propio ROXIN y sus discípulos, sobre todo Bernd SCHÜNEMANN, apenas si pueden ocultar la influencia del pensamiento ontológico en su concepción sobre el do-

⁷ Problemas básicos del Derecho penal (trad. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA), 1976, 84 y ss.

⁸ Nadie rechazó la noción de injusto personal finalista en el delito doloso de comisión.

⁹ Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2.^a ed., 1988, 16 y ss.

minio del hecho, del que hacen pieza capital de sus aportaciones a capítulos tan emblemáticos de la teoría del delito como la autoría y la comisión por omisión¹⁰, constituyendo magníficos ejemplos de lo que, referido a la Literatura, el teórico de la crítica literaria Harold BLOOM¹¹, denomina «*the anxiety of influence*», según el cual los grandes autores tratan de ocultar lo que temen puede entenderse por los lectores como falta de originalidad, olvidando que en el terreno del pensamiento lo más creativo estriba en asimilar y superar dialécticamente, en una síntesis superior, la gran tradición de cada rama del saber.

2. El Finalismo nunca supo resolver el problema de la finalidad en la imprudencia¹². La última formulación de WELZEL, de quien sin duda impresiona su humildad a la hora de volver continuamente a intentarlo, según la cual el autor del comportamiento imprudente ciertamente no habría actuado con la finalidad de producir el resultado, pero sí habría querido (finalidad) medios insuficientes para asegurar el tráfico, evitando consecuencias no deseadas por el Ordenamiento jurídico, apenas si da para acotar la dirección de la acción final caracterizadora de la imprudencia: ámbito del deber de cuidado, con abstracción del resultado causado; pero no establece cuál sea el objetivo de la acción final caracterizadora de la imprudencia, dado que la determinación de qué es medio y qué es fin se puede modificar a voluntad: se puede ver el fin en llegar pronto a una cita y el medio en recortar una curva sin visibilidad, pero se puede ver el fin en cortar la curva sin visibilidad y el medio en la dirección del auto al carril contrario, etc.

Sólo STRUENSEE¹³, recientemente, ha descubierto la finalidad de la imprudencia, partiendo de la premisa de que el objeto de esa finalidad, *ex definitione*, no puede ser el resultado lesivo, lo que tanto desconcertó a la doctrina finalista anterior, sino otro resultado, caracterizado como peligro de producción del resultado lesivo, o resultado intermedio de la imprudencia, y constituido por un síndrome de riesgos *ex ante* que por experiencia general, debido a que suelen acompañar a esas acciones, y frecuentemente desembocan en efectiva lesión. Por eso se prohíben esas acciones como imprudentes.

De ahí extrae STRUENSEE la consecuencia sistemática según la cual el tipo de imprudencia, a construir por el intérprete dada la

¹⁰ *Vid. infra*, 4 y 5.

¹¹ La angustia de las influencias (trad. FRANCISCO RIVERA), 2.ª ed., 1991.

¹² *Vid.*, al respecto, sólo CUELLO CONTRERAS: El Derecho penal español, Parte general, 3.ª ed., 2002, 378 y ss.

¹³ *Anuario de Derecho penal*: 1987, 423 y ss.

frecuente abstención en la materia del legislador, se compone de un tipo objetivo, constituido por la creación de la situación de riesgo característica de la imprudencia, y un tipo subjetivo, o representación subjetiva (dolo) de la causación de aquella situación. De esta manera, tenemos reproducidas en el delito imprudente las mismas características universalmente aceptadas para el delito doloso; confirmándose y llevándose a buen fin la doctrina del injusto personal.

La tesis de STRUENSEE ha provocado recelos¹⁴. La principal objeción que se le ha hecho es la de que, al exigir un tipo subjetivo, lo que supone la representación de algo, excluiría del ámbito de la imprudencia los casos de imprudencia inconsciente, y, más concretamente, los casos de infracción del deber de cuidado por olvido; en suma, los casos en los que el autor no se representa la situación de peligro que está creando con su comportamiento.

Es cierto que la dotación de un tipo subjetivo a la imprudencia, exige que el autor del comportamiento imprudente, para que se le pueda imputar el resultado, se ha tenido que representar algo en algún momento previo que le hubiese podido y debido motivar a abstenerse de realizar una acción, así, peligrosa para el bien jurídico. Ahora bien, eso no es un defecto de la tesis de STRUENSEE, sino una llamada de alerta acerca de los peligros de objetivar la imprudencia punible y un motivo más, el más importante, para esclarecer el significado de los conocimientos subjetivos (mayor de lo que la doctrina quiere reconocer, aunque implícitamente lo hace constantemente) en la doctrina de la imputación objetiva en boga. De confirmarse esta importancia, tendríamos una evidencia más de que el planteamiento normativista: imputación objetiva, no puede prescindir del planteamiento ontológico: conocimientos subjetivos del autor.

Pero, sobre todo, en un plano más genérico: Resulta a duras penas comprensible cómo la Dogmática penal, tan sofisticada y elaborada a lo largo de más de cien años, acepta de buen grado concebir el delito, conforme a los postulados de la noción de injusto personal, compuesto de una parte objetiva y otra subjetiva, verdadero bastión de las garantías ciudadanas en la imputación penal y modelo de elaboración científico-jurídica, en el delito doloso; para, a continuación, construir todo un segundo bloque de imputación, caracterizado por prescindir completamente de una parte subjetiva, con todo lo que supone de acotación para la imputación, bofetada a la construcción científica y auténtica piedra de escándalo para el psicólogo de buena

¹⁴ Vid. sólo ROLF-DIETRICH HERZBERG, de una parte, y STRUENSEE, de otra, en: *Juristenzeitung*, 1987, 536 y ss. y 541 y ss., respectivamente.

fe que todavía confíe en el respeto de la ciencia jurídica a los presupuestos mínimos de las restantes ciencias. O sea, que damos importancia al querer, como no podía ser menos, pero a partir de un momento dado dejamos de dársela, y, además, como sabemos por las dificultades de delimitación entre el dolo y la imprudencia, tampoco sabemos muy bien a partir de cuándo le damos y cuándo dejamos de darle importancia a los conocimientos.

Es cierto que también en el lenguaje común hablamos de dolo como conocimiento e imprudencia como desconocimiento. Pero ese no es pretexto para no mejorar la aplicación de las categorías jurídicas. Un filósofo de la talla de Donald DAVIDSON¹⁵, lo ha dicho muy claramente: Para poder hablar de que alguien *ha actuado* (añadimos: aunque sea imprudentemente), debemos poder definir la acción realizada como de alguna manera intencional. Haber llamado la atención sobre este hecho, en Derecho penal, es el mérito indiscutible de STRUENSEE. Bien haremos en mantener los conceptos de acción y finalidad, para evitar, como ya está ocurriendo, que se proponga unificar la teoría del delito en torno al concepto de *infracción de deber*¹⁶, tan abstracto, y, por tanto, de tan escaso poder definidor.

3. La doctrina dominante quiere conjurar el fantasma «subjetivista» que asocia con la doctrina finalista y se manifiesta, sobre todo, en la *tentativa*, donde la ausencia, *ex definitione*, del resultado lesivo obliga a buscarle un fundamento objetivo de punición, que no puede ser el resultado ausente, y cree encontrarlo en el peligro de lesión del bien jurídico: el disparo, p. ej., no alcanzó a la víctima, pero la puso en peligro; por eso se castiga la tentativa, por haber creado un peligro de lesión¹⁷.

El problema, no obstante, sigue siendo el de la llamada *tentativa imposible*, es decir, el de aquella situación en la que ya antes del momento de que el autor acometa la acción de tentativa no existe un objeto idóneo de ataque, no susceptible, pues, ni de lesión ni de peligro; p. ej., la víctima sobre quien el autor se propone disparar y dispara, estaba ya muerta antes del disparo, circunstancia ignorada por aquél.

¹⁵ *Ensayos sobre acciones y sucesos* (trad. OLBETH HANSBERG y otros), 1995, 71.

¹⁶ Vid. BERNARDO FEIJÓO: *Resultado lesivo e imprudencia*. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», 2001, 260.

¹⁷ Vid., al respecto, sólo CUELLO CONTRERAS, en: *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel. Torío López, ed. JOSÉ CEREZO MIR y otros, 1999, 285 y ss.

La doctrina dominante, que en ningún momento cae en la tentación de postular la despenalización de la tentativa imposible, trata de salvar el obstáculo acudiendo a la figura del observador objetivo imparcial en lugar del autor, que, por cierto, como no podía ser menos, al ignorar que la víctima estaba muerta, habrá cometido tentativa de homicidio. Luego siguen siendo decisivos los conocimientos subjetivos del autor. De ahí que ninguna concepción de la tentativa, por muy objetivista que sea, osa prescindir del plan del autor a la hora de resolver cualquier problema de la tentativa.

Ello es así, porque ningún tema de la teoría del delito, salvo quizá el de la participación, evidencia como éste de la tentativa que si el injusto penal lo constituye un comportamiento, en su cualidad, ciertamente, de capaz de lesionar un bien jurídico a través del resultado que causa, en ningún momento se puede prescindir de las representaciones subjetivas del autor que acompañan a la acción o acciones finales a través de las cuales realiza el tipo delictivo en cuestión.

El fundamento objetivo, en el sentido de válido en su generalidad, de la tentativa no lo proporciona la puesta en peligro del bien jurídico mediante la creación de un determinado estado, sino, como también STRUENSEE ha demostrado convincentemente¹⁸, la realización de actos que, como el autor sabe = conocimiento objetivo (no, p. ej., el supersticioso), se dirigen a la causación del resultado lesivo, que puede no sobrevenir como consecuencia de la interposición inesperada de un factor causal que dé al traste con el plan trazado por el autor. Luego, por lo tanto, el fundamento de la tentativa descansa sólo en el disvalor-acción, presente desde el primer momento: suministro de la primera dosis de veneno todavía no mortal, hasta el último dominado por el autor: dosis final que sí debería haber causado el resultado, de no haber sido porque un tercero descubrió el mal estado de la víctima y lo trasladó al hospital, donde fue salvado.

Por supuesto que el plan del autor puede estar más o menos avanzado¹⁹. El Finalismo distingue entre la tentativa acabada y la inacabada. Es un tópico infundado tildar al Finalismo de subjetivista, como la doctrina dominante no se cansa de decir. Antes bien, sólo el Finalismo, con su insistencia en la exigencia de al menos una acción final (exterior y adecuada a ley causal) completa como substrato de imputación penal, y en la estricta distinción entre los aspectos onto-

¹⁸ ADP, 1990, 933 y ss.

¹⁹ *Vid.*, al respecto, CUELLO CONTRERAS, en: *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, ed. JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS y otros, 2002, 617 y ss.

lógico y axiológico de dicha imputación, permite aclarar (que no resolver) los problemas fundamentales de la tentativa: Toda tentativa es, a la postre, imposible, ya que la producción del resultado o su no producción, como que esta imposibilidad se produzca en un momento u otro, es fruto del azar. Lo que no depende del azar, sino del autor, es dirigir los acontecimientos en una dirección; pero que lo que empieza siendo mera preparación, a través de actos finales, avance, mediante nuevos actos finales, hacia lo que ya es algo más que mera preparación, comienzo de realización del tipo o tentativa, e, incluso tentativa acaba o consumación, también depende, además de que el autor siga actuando, de que no se interponga, deteniéndolo todo, el azar. Luego, por lo tanto, el *continuum* que forma el actuar humano desde la preparación a la tentativa acabada sólo puede ser acotado con criterios axiológicos, no con criterios ontológicos; en el bien entendido de que lo que se acota axiológicamente es una acción o una serie concatenada de acciones finales ya realizadas. Es completamente falsa, pues, la acusación al Finalismo de confundir el plano interno con el externo. Antes bien, sólo él ha sabido deslindar perfectamente entre comienzo de realización de la acción, sólo relevante a efectos didácticos, porque sin acción exterior completa no hay la más mínima base para una imputación penal (que lo es de una acción completa), y comienzo de realización del tipo delictivo o tentativa. No se trata, en suma, en Derecho penal, de colocarse en el delito consumado y considerar a la preparación y la tentativa como formas imperfectas, sino de colocarse en el comienzo de una progresión y ver hasta donde ha llegado, en el bien entendido de que todo ello es contemplado en Derecho penal porque el pleno desarrollo de eso que se prohíbe se dirige a causar un resultado lesivo del bien jurídico.

4. La teoría del dominio del hecho, que culmina con el edificio impresionante de ROXIN²⁰, aunque se empieza ya a ver superada²¹, es una teoría concebida por este autor para explicar los distintos supuestos de *autoría*, y distinguirla de la *participación*, mediante un método «abierto» que permita incorporar nuevos supuestos que pueden darse en la realidad social y jurídica evolutiva mediante la pauta orientativa, ni vinculante ni indeterminada, del dominio del hecho²².

²⁰ *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trad. JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 1998.

²¹ Vid. JAKOBS: *Ingerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la Parte general del Derecho penal* (trad. MANUEL CANCIO MELIÁ), 63 y ss.

²² *Autoría y dominio del hecho*, 127 y ss.

La premisa metódica fundamental de ROXIN estriba en concebir «el concepto de autor como síntesis de planteamientos captadores de sentido y establecedores de fines»²³. Con ello, lo que quiere decirse es que hay supuestos que no cabe duda son de autoría, como p. ej. el del autor único que realiza todos los elementos del tipo delictivo en cuestión; y que, por tanto, con su ayuda puede elaborarse un concepto de autor susceptible, sin embargo, de ampliarse con un criterio más abstracto que el arrojado por el supuesto claro de autoría. De esta manera, viene a decir ROXIN, que el dominio de la causalidad convierte al sujeto en autor, ya que puede decirse que él domina el hecho; pero eso no impide encontrar otros supuestos, concretamente los que él llama de dominio de la voluntad²⁴, p. ej., que fundamentaría la autoría, el dominio del hecho, al que denomina dominio del hecho de segundo o tercer grado, etc., dado que al fin y al cabo, quien p. ej. ha utilizado a un menor de edad para cometer un delito es autor (por dominar la inmadurez del menor al que utiliza para sus planes). Frente al autor, en cualquiera de sus modalidades, basadas siempre en el dominio del hecho: no cabe, por tanto, la autoría de quien quizá dominó la decisión del delito pero no su ejecución (p. ej. el conspirador), el partícipe no domina el hecho, basándose su punición en la contribución que hace al comportamiento antijurídico del autor.

Esta construcción soberbia de ROXIN, se explica mejor y más directamente con el por lo demás tan denostado concepto ontológico de autor del Finalismo, que, concretamente, por lo que se refiere a la participación, acuñó el posteriormente muy fructífero, aunque también ahora comenzado a cuestionar, concepto accesorio de la participación, según el cual no cabe concebir la participación sin un acto principal de determinadas características.

Empleando conceptos del Finalismo renovado, basta con la causalidad y el dolo a ella referido, para resolver todos los problemas de autoría y participación suscitados en los delitos de resultado²⁵. A partir de ahí, los problemas que surjan, por la técnica del legislador a la hora de configurar los tipos (p. ej., los basados en la infracción de algún deber) o por tratarse de supuestos que no somos capaces de resolver con esos elementos, se resuelven mediante interpretación teleológica, por analogía con los casos que claramente se resuelven con el modelo de la causalidad y el dolo a ella referido.

²³ Autoría y dominio del hecho, 36.

²⁴ Autoría y dominio del hecho, 163 y ss.

²⁵ *Vid.*, al respecto, CUELLO CONTRERAS: *La estructura ontológica de la autoría y la participación y su correspondencia axiológica*, en: Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO y otros, coords., 2004, 274 y ss.

También el autor mediato por dominio de la voluntad, por mencionar un supuesto al que ROXIN ha acudido gustoso para explicar su concepción, domina exclusivamente la causalidad. Es cierto que pueden darse casos dudosos (qué problema jurídico no los arroja); pero siempre el referente es el dominio de la causalidad. Cuando ROXIN²⁶ dice que ante el caso de quien crea una situación que constriñe la voluntad del autor directo sin llegar a excluirla, habrá que decidir si imputamos el hecho al autor de detrás a título de autoría mediata o de inducción, ciertamente estamos planteando una cuestión axiológica, no ontológica, pero claramente resuelta con elementos extraídos del planteamiento ontológico finalista: en su caso fundamentaremos la autoría mediata en el hecho de que el sujeto de delante, en tanto en cuanto experimenta una merma de su libertad, y en su proporción, pasa a convertirse en un objeto en manos del autor de detrás, que, así, causa. Quiere decirse, que ROXIN, exageró innecesariamente en su día, lo que le separaba del planteamiento finalista, sin duda por la antes mencionada angustia de las influencias.

Por lo que se refiere a la participación, podrán discutirse la caracterización jurídica de la realidad preexistente a su inicio, como asimismo las limitaciones posibles a la imputación a ese título; pero es indiscutible que la participación requiere, conceptualmente, un elemento de accesoriedad, ontológica, no meramente jurídica²⁷, por lo demás, que viene dado, básicamente, por la acotación de la realidad que hace el tipo correspondiente dentro del cual señala, a través de la caracterización de la acción dirigida al resultado, a un autor (caso claro) que es lo que convierte a quien no lo es, autor, en partícipe (en su caso). Lo que, dicho sea de paso, explica muy bien la función que también cumple la teoría de la participación, de instrumento para colmar las lagunas intolerables de punición que se podrían producir en un Derecho penal que castigase sólo la autoría. En cualquier caso, el partícipe sabe, dolo, que dirige su acción, ¡de la que sería autor!, a lesionar el bien jurídico a través de y colaborando en la acción principal del autor, de quien sabe que también actúa con ese mismo fin. En este sentido hablamos del papel hegemónico de la finalidad o dolo dirigido a la lesión del bien jurídico.

5. A pesar de que es indiscutible el papel que corresponde a Armin KAUFMANN en la elaboración dogmática de la omisión, en general²⁸, dado el estado de la cuestión con anterioridad, y, en particular, dentro del Finalismo, de cara a extender a todo el sistema el

²⁶ Autoría y dominio del hecho, 349.

²⁷ *Vid.*, al respecto, sólo CUELLO CONTRERAS, *EPR-Ruiz Antón*, 283 y ss.

²⁸ *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, ya citado.

postulado fundamental de la finalidad, nunca dio con la clave última que permite ubicar a la omisión en plano de igualdad con la acción en el sistema finalista. La razón estriba en que la respuesta a ese interrogante pasa por aceptar que acción y omisión ni pueden deducirse entre sí, ni pueden deducirse, ambas, de alguna estructura ontológica común, del estilo de la precisamente elaborada por Armin KAUFMANN *capacidad de acción*²⁹; algo difícil de digerir en una fase en la que todos los empeños estaban en construir un sistema cerrado y fundamentado en la estructura de la acción. Como consecuencia de ello, a pesar de que el maestro explicó muy bien porqué el Ordenamiento jurídico sólo puede incluir prohibiciones de actuar (final) y mandatos de actuar (final), dando lugar a delitos de comisión y omisión respectivamente, y extrajo consecuencias dogmáticas importantísimas del hecho de que la imputación a título de omisión exige una acción final capaz de evitar el resultado no evitado, que por eso se imputa, no estableció claramente qué es lo que, en Derecho penal, permite equiparar una omisión a una acción, a ser posible a través de la categoría finalista fundamental de la finalidad de la acción, más allá de su aportación, por lo demás también fundamental, de la consideración funcional de los deberes de garante, de una fuente de peligro o de bienes jurídicos en peligro.

La ausencia de un criterio claro sobre el papel de la acción y la omisión en el sistema penal, entre otras cosas, permite intentos recientes, muy sugerentes por lo demás, como el de JAKOBS³⁰, quien, en coherencia con su postulado funcionalista fundamental, manteniendo la distinción acción-omisión, sostiene que sólo hay ámbitos de riesgo para los bienes jurídicos, respecto a los que quien los tiene encomendados, por la razón que sea, autoorganización o deberes de garante institucional, tanto puede lesionarlos actuando como omitiendo. Un ejemplo paradigmático para él lo constituye el hecho de que quien conduce un automóvil y atropella a un peatón, habrá cometido un homicidio imprudente por omisión o acción según que el coche dispusiese de un sistema automático o no. La cuestión, entonces, claro está, es la de que, sin más detenida consideración, no podemos saber si la equiparación obedece a que no hay diferencia o, habiéndola, ambas, acción y omisión, son axiológicamente equivalentes. Porque, lo que desde luego está *a priori* claro es que en todo Ordenamiento jurídico (salvo en casos muy excepcionales y explicables) hay más prohibiciones que mandatos.

²⁹ Unterlassungsdelikte, 83 y ss.

³⁰ La imputación penal de la acción y de la omisión (trad. CANCIO MELIÁ), 1996.

Con mejor criterio, Bernd SCHÜNEMANN³¹, que sí se dio cuenta de que entre la acción y la omisión no existe un enlace ontológico, ha acudido al concepto dominio del hecho, elaborado decisivamente por su maestro ROXIN, para obtener un criterio restrictivo del ámbito de la omisión, sin el cual ésta tendría una aplicación ilimitada. De ahí que reduzca teleológicamente la imputación en comisión por omisión, prácticamente, a los casos en que el sujeto controla la fuente de un peligro o está la víctima totalmente indefensa frente a cualquier evento, del tipo recién nacido respecto a la madre (o el padre)³².

Esta restricción, que se puede y debe compartir, con el fundamento, además, que SCHÜNEMANN le da, apelando por cierto a la naturaleza de las cosas e, incluso, a veces, a las denostadas estructuras lógicas, de carácter normativo, no es sino una manifestación, en el plano normativo (ya se vio por qué la equivalencia acción-omisión sólo es posible en el plano normativo) de que la misma teoría del dominio del hecho en que se inspira no es otra cosa, en su núcleo, que dominio de la causalidad a través de la finalidad: Que un constructor deje sin cubrir la zanja que ha hecho, produciéndose la lesión de un peatón que se precipitó en ella equivale, ciertamente, a comisión por omisión. ¿Por qué? Pues por la sencilla razón de que nuestro constructor conoce la existencia de un riesgo elevadísimo de lesiones corporales por precipitación, que, además, él debió haber atajado; de la misma manera que la madre sabe que su hijo recién nacido morirá si alguien no lo alimenta, siendo ella la más directamente designada por el Derecho para evitar que eso ocurra. Luego, por lo tanto, es el dominio sobre la causalidad, desencadenada por el autor, en la comisión, y no atajada por el autor, pero que él pudo haber atajado, cuidando de que no se desencadenará o interrumpiéndola, en su caso, el concepto común a la acción y la omisión, que permite equiparar en algunos casos ambas modalidades comisivas. Tenemos que añadir: pero no siempre. Ahora bien, el de dominio de la causalidad es un concepto ontológico, y, como vimos para la comisión, el concepto finalista clave. En este sentido, hablamos de uso teleológico de un concepto ontológico.

En conclusión: El Derecho penal contempla ante todo conductas finales dirigidas directamente a causar resultados lesivos para los bienes jurídicos. Siempre, y cada vez más (complejidad de la vida), es necesaria la protección en un segundo plano, para, entre otras cosas,

³¹ Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 229 y ss.

³² Unechten Unterlassungsdelikte, 281 y ss., 334 y ss.

atajar los peligros no atajados en el primer plano, el de las acciones. Para reducir su ámbito, el de las omisiones, que si no sería ilimitado, el legislador y la doctrina exigen que la omisión sea equiparable a la acción. Ahora sabemos por qué, y no es precisamente por la razón que aduce JAKOBS³³, la del control indiferenciado de los ámbitos de riesgos, de cuya importancia por lo demás nadie duda, de que tanto se puede lesionar el bien jurídico por comisión como por omisión, con el desafortunado ejemplo del coche automático, sino el simple hecho de que lo más parecido a causar intencionalmente el resultado, hasta el punto de la equiparabilidad, es no emplear el medio más directo para evitar su producción (como demuestra el caso de la interrupción del curso causal salvífico en la comisión³⁴) por quien ha sido colocado (por el Ordenamiento jurídico, es decir, normativamente) en la posición de hacerlo (siempre que se tenga la capacidad de conseguirlo)³⁵.

6. De cuanto antecede, que pretende ser también una aportación a la prueba de la vigencia (enmascarada) del Finalismo en la fase normativista y funcionalista que nos está tocando vivir, pueden extraerse algunas conclusiones que quizá puedan ayudar a mejorar el sistema. Son éstas:

a) La teoría del delito actual comienza a sufrir un déficit en lo que respecta a la *acción* como base del sistema. Las reales o supuestas exageraciones de la discusión entre causalistas y finalistas en su día, el desplazamiento a la tipicidad de lo que al principio se discutió sobre la base de la acción, incluida la mayor representación de ese desplazamiento que es la doctrina de la imputación objetiva, y la creciente pretensión de configurar el injusto de forma puramente objetivista, para huir del subjetivismo achacado al Finalismo por los normativistas, han influido considerablemente en el hecho de que los conceptos de acción que actualmente se sustentan, pero de la que no se decide prescindir (salvo excepciones), sean realmente raquíuticos, como el de ROXIN³⁶, de manifestación exterior de la personalidad,

³³ Y con la que coquetea SCHÜNEMANN.

³⁴ *Vid.*, al respecto, sólo CUELLO CONTRERAS, PG³, 596.

³⁵ Con este concepto, incluso, se pueden construir, en paralelo con la comisión, las distintas modalidades de omisiones dolosas e imprudentes, con criterios de equiparación basados en el concepto ontológico del dominio por la finalidad, pero no ontológicamente, dado que en la omisión no se puede hablar de dolo, sino de cuasi-dolo. Pero, sin duda, también hay una omisión imprudente con su tipo subjetivo correspondiente, que se puede obtener por analogía con lo que ocurre con el delito de comisión imprudente y omisión dolosa.

³⁶ Derecho penal, Parte general, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. y notas de LUZÓN PEÑA y otros), 1997, 252.

con un mero efecto delimitativo puramente académico.- Frente a esta situación, alguno de los problemas abordados en páginas anteriores, como el del fundamento de la tentativa, no precisamente baladí, evidencian que la teoría del delito no se puede abordar sin el presupuesto mínimo prejurídico que contempla a un sujeto que actúa con determinadas representaciones; lo que, por supuesto, como ya dijo Armin KAUFMANN, repitámoslo una vez más, no se opone, sino todo lo contrario, a que esa acción se extraiga de un tipo de injusto, lo que constituye una premisa normativa (pero que acota una realidad previa).

b) La acción que presupone todo tipo delictivo de un Derecho penal preventivo de la lesión de bienes jurídicos, es un acción final, *intencional* en alguna medida; siendo este elemento de la intencionalidad otro de los grandes déficits del Derecho penal actual, influido, sin duda, por la forma, sumamente tradicional, que sigue teniendo la doctrina dominante, incluso agudizada a través de la teoría de la imputación objetiva, de resolver el problema de la imprudencia.- La exigencia de un mínimo de intencionalidad de la acción en todos los casos de imputación penal, sin embargo, es absolutamente necesaria para que tanto el ciudadano como el Estado tengan un referente real mínimamente seguro de qué es lo que se está imputando penalmente. Éste es el sentido de lo que se dio en llamar Derecho penal del hecho, requisito que se comienza a quebrar a partir del momento en que no se imputa algo hecho sino algo que se pudo haber evitado.

c) A efectos analíticos y pedagógicos es bueno y necesario distinguir una *parte objetiva* y otra *subjetiva* del tipo de injusto; a efectos de imputación es catastrófico separar lo que el sujeto causa, o el peligro que crea, de lo que el mismo se representa, en ambos casos mediante la acción. De ahí las insuficiencias de la doctrina de la imputación objetiva, al pretender configurar el injusto mediante la creación de un peligro, más allá del que llevó al legislador a prohibir la conducta, con independencia de las representaciones subjetivas del sujeto acerca de las circunstancias (sin duda por peligrosas para los bienes jurídicos) cuya realización prohíbe el legislador.- ¿Quiere decirse que el injusto se configura subjetivamente, y no de manera objetiva como creíamos? Evidentemente no. La objetividad del tipo de injusto amenazado con pena la proporciona la descripción que hace de la acción prohibida, que lo es porque por experiencia general crea un peligro de lesión del bien jurídico. De ahí que todo aquel que se encuentre ante esas circunstancias, es decir, se las represente subjetivamente, debe abstenerse, prohibición, de realizarlas. Con lo que se armoniza la congruencia entre lo objetivo y lo subjetivo; lo que no

ocurre en la imputación objetiva, en la que lo subjetivo ocupa una posición errática³⁷.

d) Es necesario mantener una distinción nítida entre lo *ontológico* y lo *axiológico*, en el bien entendido de que es bueno para evitar ambos reduccionismos. El legislador es libre, ciertamente, ¡quién lo ha negado!, para acometer cualquier regulación que estime conveniente de cara a los fines del Derecho penal. Nada le constriñe. Ahora bien, una vez que ha decidido, p. ej., criminalizar un comportamiento, y siempre conforme al fin preventivo del Derecho penal actual, no cuestionado, está vinculado por las estructuras de la acción y la culpabilidad. Sólo lo que el hombre pudo evitar mediante una acción intencional, en concreto, no en abstracto, puede ser imputado.- Luego, por tanto, y para terminar con el producto más fructífero de la dogmática objetivista y normativista hoy en boga, la doctrina de la imputación objetiva, no se trata de negar la aportación que está suponiendo de cara a los fines del Derecho penal actual, sino de resaltar que la variedad de soluciones que implica –de hecho todos los días aparece algún criterio nuevo sumamente interesante- evidencia que debe ser completada con elementos procedentes de la tradición anterior, finalista, como los de acción (final), congruencia entre la parte objetiva y subjetiva del tipo, capacidad de culpabilidad, etc., que garanticen que sea lo que sea lo que el Derecho penal quiere imputar, respeta el principio de culpabilidad.- Por eso sostengo desde hace unos años la necesidad de una *dogmática onto-teleológica*³⁸, que armonice las valoraciones del Derecho con las capacidades del individuo, sin merma de ninguno de ambos objetivos, equívoco, éste, de la incompatibilidad, sobre cuya innecesariedad desearían haber llamado la atención las páginas anteriores.

³⁷ Lo que lleva, recientemente a CANCIO MELIÁ, en: *Dogmática y ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, coord. JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y JOSÉ MIGUE ZUGALDÍA, tomo I, 2004, 57 y ss., que se ha dado cuenta del problema, coherentemente, a «experimentar» prescindir del elemento subjetivo.

³⁸ Vid. ya CUELLO CONTRERAS: *El Derecho penal español*, Curso de iniciación, Parte general, Nociones introductorias, 1993, 293 y ss.