

La doctrina de la acción finalista, hoy (*)

HANS WELZEL

Las amables palabras de salutación que me han dedicado ustedes me han emocionado profundamente; les estoy muy agradecido. Por primera vez en mi vida me encuentro en territorio español, y ustedes, los ciudadanos españoles, me dan ocasión de exponer públicamente mi pensamiento. Les estoy muy agradecido, y ello por varias razones: en primer lugar, como alemán. Al decir esto no me refiero, en primer término, a que entre España y Alemania han existido y existen estrechas relaciones culturales, sino, sobre todo, a que precisamente la ciencia de la que quiero hablar ahora, es decir, la ciencia del Derecho penal, ha creado desde hace más de cien años una vinculación especialmente estrecha entre nuestros países. La dogmática del Derecho penal desarrollada en los últimos cien años por científicos como Liszt, Beling, Radbruch y Mezger ha encontrado en España el máximo eco y colaboración, de tal modo que ahora puedo hablarles en un terreno que es común a todos.

Pero a ello se añade otro vínculo que me une especialmente a España. Hace ya casi quince años, en 1953, pronunció en la Universidad de Valencia, su famoso profesor señor Rodríguez Muñoz, su discurso de apertura sobre la doctrina de la acción finalista, en el que exponía con claridad las ideas fundamentales de mi doctrina y hacía un profundo y concienzudo análisis crítico de las mismas. Resumiendo su tesis en una frase, llegaba Rodríguez Muñoz a la conclusión de que la doctrina de la acción finalista resulta sumamente apropiada para la interpretación de los delitos dolosos, pero no lo es para la interpretación de los delitos culposos. En 1954, después de la publicación de su discurso, mantuve correspondencia con el señor Rodríguez Muñoz acerca de las objeciones que había formulado, pero su muerte interrumpió repentinamente nuestra correspondencia. Creo que no puedo

(*) Conferencia pronunciada el día 22 de abril en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Traducción directa del alemán por JOSÉ CEREZO MIR, profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Madrid.

honrar mejor la memoria de este agudo penalista, en esta mi primera visita a España, que continuando ante ustedes el diálogo interrumpido, exponiéndoles mis ideas sobre los delitos culposos, tal como las he ido desarrollando en el tiempo transcurrido. Pero antes de hacerlo quisiera tomar posición ante algunos malentendidos con que ha tropezado continuamente la doctrina de la acción finalista y que han encontrado expresión de nuevo en el último año en Alemania. Quisiera, sin embargo, que mi amigo y discípulo Cerezo-Mir leyera por mí mi conferencia para liberarles ya a ustedes de mi mala pronunciación española.

En otoño del año pasado, mi colega Hellmuth Mayer publicó un breve Manual de Parte General del Derecho Penal, en el que, para hacer la crítica de la doctrina de la acción finalista, cita el siguiente ejemplo:

“Un cazador, en una batiúa, no da al conejo, sino a un montero, sin sospechar que éste pueda encontrarse en ese lugar, y posiblemente sin poder suponerlo siquiera. Schröder escribe en su Comentario, no sin razón, que es difícil de explicar a un observador imparcial que el cazador no haya lesionado con su acción al montero. Según la doctrina de la acción finalista, el cazador no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción” (1).

Hasta aquí, Hellmuth Mayer. Si se comparan sus palabras con el análisis de la acción finalista en el capítulo 8.º de mi Manual, no cabe duda alguna de que la conducta del cazador, que dispara al conejo, es precisamente un ejemplo de acción finalista: el cazador se anticipa mentalmente el fin que quiere realizar (muerte del conejo), elige para ello los medios necesarios (escopeta, munición) y los utiliza conforme a un plan para realizar el fin (apuntar, disparar): un ejemplo clásico de acción finalista. Pero como el cazador no logra la dirección de su acción hasta la consecución del fin (el conejo), su conducta cinegética se queda en simple tentativa. Lo que no se da, ciertamente, es una acción finalista de *lesión* en relación con el *montero*. Pues este fin no se lo ha anticipado el cazador, no ha elegido los medios para ello, ni los ha dirigido a la consecución de este fin. No sé a que “observador imparcial” sería esto “difícil de explicar”. Imagínese sólo el caso de que el disparo dirigido al conejo no alcance ni al conejo ni al montero, sino que pase en medio y muy lejos de ambos; el cazador habría realizado entonces, dado el fin que se había asignado, una tentativa de caza del conejo, pero no una tentativa de lesiones o de homicidio del montero. De esto no cabe tampoco duda alguna. Al contrario, estos ejemplos son los más apropiados para demostrar la corrección de la doctrina de la acción finalista.

¿Pero dónde radica el malentendido que aquí existe? Se advierte en la frase de que el cazador, que da al montero en lugar de al conejo, “no realiza una acción dolosa, es decir, finalista, dirigida al fin de la lesión y, por consiguiente, una acción”. Ahora bien, Hellmuth Mayer

(1) 1967, pág. 49.

no quiere decir tampoco que el cazador realice una acción lesiva “dolosa”, en el sentido de los delitos de homicidio o lesiones corporales. En sus palabras va implícita, más bien, otra afirmación: la equiparación de finalidad y dolo. Si Mayer entendiérase la palabra “dolo” (Vorsatz) en el sentido del lenguaje corriente en Alemania, con arreglo al cual —y según un viejo refrán— incluso el camino del infierno está empedrado de “buenos dolos” (buenos propósitos, decimos nosotros), entonces podría equiparar, sin reparo alguno, la finalidad con el dolo, es decir, con la voluntad de realización de la acción. Entonces, en el caso mencionado por él, el autor realizaría, sin duda, una acción finalista dolosa dirigida a la realización del fin de la caza del conejo y, “por consiguiente, una acción”. Mayer confunde, sin embargo, el dolo con el dolo de la realización del tipo, lo cual es fácil en la lengua alemana, y llega por ello a la conclusión de que puesto que el cazador que dispara al conejo no actúa con dolo de realización de un tipo, no realiza, “según la doctrina de la acción finalista”, una acción. Nunca y en ninguna parte la doctrina de la acción finalista ha mantenido la tesis de que sólo pueda haber acciones dentro de las acciones típicas, de que no exista finalidad y, por tanto, acciones fuera del dolo del tipo. La doctrina de la acción no se ocupa *en primer término* de las acciones relevantes para el Derecho penal, sino que desarrolla el principio estructural general de las acciones humanas, es decir, su dirección en función del fin anticipado mentalmente (junto a la selección de los medios y la consideración de los efectos concomitantes) y su realización en dirección al fin. En este sentido es completamente indiferente el fin de que se trate o que éste sea o no relevante para el Derecho. Entre los ejemplos que utilizo en la doctrina de la acción, hay muchos de acciones que son o pueden ser completamente irrelevantes para el Derecho: construir, escribir, inyectar, montar a caballo, jugar, hacer gimnasia y otros. Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su *dirección*, y demostrar que la “acción”, también en su curso “externo”, es un acontecer dirigido por la voluntad, por consiguiente, una unidad, de voluntad interna y hecho externo. Si este es el principio estructural general de toda acción humana, tiene que serlo también de la acción relevante para el Derecho penal, es decir, de la acción típica; sólo así adquiere importancia para la acción típica. También la voluntad de la acción dirigida a la realización de una acción típica, es decir, el dolo del tipo, tiene que ser el factor que dirija la acción. Esto significa que si bien todo dolo del tipo es una voluntad finalista, no toda finalidad es un dolo del tipo. Los dolos del tipo representan sólo un pequeñísimo sector de la multitud innumerable de posibles voluntades finalistas de la acción (de los dolos del uso común del lenguaje), así como las acciones típicas representan sólo un sector pequeñísimo de las acciones que se realizan. El malentendido de H. Mayer se basa en la duplicidad de sentidos de

la palabra dolo en la lengua alemana (es decir, dolo=voluntad finalista de la acción y dolo=dolo del tipo).

Aunque este malentendido no aparece por primera vez en H. Mayer. Ya *Engisch*, en 1944, en el libro homenaje a Kohlrausch y refiriéndose a las dos primeras ediciones de mi *Grundriss des Allgemeinen Teils* (Compendio de la Parte General), me había reprochado falta de consecuencia: la enfermera que inyecta al paciente un calmante que le ha entregado el médico, sin tener noticia del veneno que éste ha mezclado en la inyección, “no habría realizado, según Welzel”, escribía Engisch, “acción alguna” (2). En el mismo año (1944) contesté, en la 3.^a edición de mi *Grundriss* (3), que el carácter doloso de una acción debía ser sólo examinado en relación con la producción de un resultado determinado. Por ello, la enfermera “no realiza una acción finalista de matar, pero sí una acción finalista de inyectar”. Esta aclaración la reproduje también en las dos primeras ediciones de mi *Lehrbuch* (Manual) (1947 y 1949). En la 3.^a edición (1954) hacía referencia también a esta aclaración, pero no la reproducía. Para evitar, no obstante, el malentendido que se había manifestado por primera vez en Engisch, añadí en el capítulo 13 de mi *Lehrbuch*, al tratar del dolo, el siguiente pasaje:

“Mientras se utiliza el dolo como concepto jurídico-penal, su objeto es la realización del tipo objetivo de un delito. Dolo, en el sentido técnico del Derecho penal, es sólo la voluntad de la acción dirigida a la realización de un tipo delictivo. De ahí se deduce que existen también acciones no dolosas, es decir, acciones en las cuales la voluntad de la acción no está dirigida a la realización de un tipo delictivo, como la mayor parte de las acciones de la vida diaria. A ellas pertenecen también las acciones culposas.”

Este pasaje lo he mantenido, sin modificación alguna, hasta la última edición (1967). Pero a pesar de ello, han surgido continuamente malentendidos. Por esta razón, en el Libro en memoria de Max Grünhut (1965) (4) hice la siguiente observación:

“Tengo la sospecha de que la falta de claridad sobre la relación entre el dolo del tipo y la voluntad finalista de la acción es el principal punto de apoyo para la crítica de la doctrina de la acción finalista. Por ello, como aclaración: todo dolo del tipo es una voluntad finalista de una acción, pero no toda finalidad es un dolo del tipo.”

Esta indicación ha servido también de poco. Un joven español (5) ha objetado contra ella lo siguiente: las explicaciones que da allí Welzel son algo completamente nuevo; la doctrina de la acción finalista no puede distinguir una voluntad finalista de la acción junto al dolo del tipo y no ha hecho tampoco antes esta distinción. Estas dos afir-

(2) Pág. 156, nota 55.

(3) Pág. 37.

(4) Pág. 178, nota 20.

(5) Gimbernat Ordeig, N. J. W. 66, págs. 533 y ss.

maciones son sencillamente falsas. Desde la 3.^a edición de mi Grundriss (1944) hasta la última edición de mi Lehrbuch (1967) he hablado *expressis verbis* de acciones no dolosas, es decir, de acciones sin dolo del tipo, y he mencionado también algunos ejemplos; y al que haya conocido mis primeras publicaciones (6) no le puede pasar por la imaginación que yo haya entendido únicamente por voluntad rectora de la acción el dolo del tipo. Espero que este viejo malentendido desaparezca ya definitivamente.

Lo que me ha sorprendido es que esta confusión aparezca de nuevo precisamente en H. Mayer. La invocación de la estructura de la acción humana en la doctrina de la acción finalista tenía por objeto fundamentar de un modo más profundo la conexión interna, es decir, la unidad del acontecer externo y la dirección, de la acción. En este sentido, la "teoría de la voluntad" de H. Mayer suena como una paráfrasis de la doctrina de la acción finalista. Según H. Mayer, acción es voluntad objetiva, la forma externa que se da a sí misma la voluntad; de un modo gráfico, dice H. Mayer, el hecho y la voluntad se comportan como el cuerpo y el alma; así como un cuerpo sin alma es sólo un cadáver, una conducta corporal sin voluntad interna no es una acción (7). Todas estas expresiones gráficas podría utilizarlas yo también para ilustrar la teoría de la acción finalista. Pero, como el mismo H. Mayer dice, se trata sólo de imágenes; les falta la estructura, racional y captable por la razón. Sólo una vez se hace alusión a ella, de pasada, cuando escribe: "un acontecimiento externo, que no está *dirigido* por una voluntad así, no puede ser concebido como contrario a los imperativos" (pág. 60). Pero no desarrolla luego este pensamiento.

Estas observaciones son suficientes para aclarar la relación entre la finalidad y el dolo. La finalidad es el concepto más general, fundamental; designa la cualidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido. Es un concepto prejurídico, mientras que el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la dirección de la acción se orienta a la realización del tipo. Quizá hubiera sido mejor que hubiera adecuado a ello mi terminología y hubiera denominado a la acción no según el fin, desde el que y hacia el cual es dirigida (es decir, como acontecer "finalista"), sino más bien según el acto de dirección, es decir, con la palabra griega, hoy puesta de moda, para designar la dirección (kybernan), como acontecer "cibernético". Algunas confusiones se hubieran evitado de antemano. En todo caso está claro que cuando la voluntad de la acción se dirige a la realización de un tipo legal estamos ante el dolo en sentido técnico. Este dolo es una parte integrante de la acción. De ahí se derivan importantes consecuencias para la doctrina de la participación: la inducción y la complicidad suponen una conducta principal dolosa. Esto

(6) Especialmente Z. Str. W. 51, págs. 717 y ss.; 58, págs. 502 y ss.

(7) Así Mayer, pág. 60.

lo ha reconocido también nuestro Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo) y ha aceptado, con ello, una consecuencia de la doctrina de la acción finalista (8). La segunda consecuencia afecta a la doctrina de la culpabilidad y consiste en que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo. De ahí se deriva la doctrina del error de prohibición que ha admitido igualmente nuestro Bundesgerichtshof en una sentencia que se ha hecho muy famosa (9).

Pero ahora pasamos al delito *culposo*. ¿Puede la doctrina de la acción finalista explicar también de modo satisfactorio el delito culposo? Rodríguez Muñoz lo dudó en 1953, y muchos autores famosos han compartido hasta hoy sus dudas. A estas dudas quisiera oponer yo la tesis, que pretenderé demostrar, de que precisamente la doctrina de la acción finalista y sólo la doctrina de la acción finalista está en condiciones de interpretar correctamente los delitos culposos. En primer lugar haré una breve consideración histórica. La doctrina de la acción que a partir de 1880 llegó a ser, poco a poco, la dominante y según la cual, acción es el mero curso causal impulsado por un acto humano voluntario, fue desarrollada especialmente en función de la doctrina de la culpa (10). Dado que se consideraba, como hacía Mezger en 1952 (11), que “la parte esencial, para el Derecho penal, del delito culposo” era el resultado causado, parecía no existir mejor vía para la comprensión de la culpa que el concepto causal de la acción. También fui víctima yo, al principio, de este prejuicio y partí de la consideración de que en el delito culposo “el resultado, no deseado, decisivo, se produce de un modo ciego-causal” (12). El prejuicio no consistía en que el resultado se produzca de un modo causal-ciego, sino en que sea él precisamente el elemento *decisivo* de la culpa. Sólo con vacilaciones y poco a poco me fui liberando de este prejuicio. Esto sucedió en los años siguientes al de 1954, cuando Rodríguez Muñoz no vivía ya, desgraciadamente. En la 4.^a edición de mi Lehrbuch (1954) (13) objeté a la frase antes citada de Mezger que el elemento decisivo de la antijuricidad de la culpa no podía ser el mero resultado causado; pues el conductor que conduce observando el cuidado necesario en el tráfico y atropella, sin embargo, a un peatón, porque éste, de repente, se colocó de un salto delante del coche, causa sin duda con su acción —conducir el coche— la lesión de un bien jurídico, pero su conducta no es antijurídica y no meramente inculpable. El elemento de la antijuricidad tiene que radicar en algo distinto que el resultado, es decir, en la forma de ejecución de la acción (14). Este argu-

(8) B. G. H. 9, pág. 370.

(9) B. G. H. 2, pág. 194.

(10) Véase Radbruch, *Der Handlungsbegriff*, 1904.

(11) Mezger, *Kurzlehrbuch*, Allg. Teil, 4.^a ed., 1952, pág. 45.

(12) Z. Str. W. 58, 559.

(13) Pág. 33.

(14) Mezger suprimió desde la 5.^a edición de su *Kurzlehrbuch* la frase criticada, pero siguió manteniendo en el capítulo 70 (hasta la última edición

mento fue recogido por el Bundesgerichtshof, que declaró en su sentencia B.G.H.Z. 24, pág. 21 (15):

“No es posible que una conducta que se ajusta completamente a los mandatos y prohibiciones del Derecho del tráfico sea objeto del juicio valorativo negativo de la antijuricidad. El resultado producido no ofrece para ello fundamento suficiente, puesto que el juicio de la antijuricidad ... no puede dejar de tener en cuenta la acción que conduce al resultado.” En el mismo sentido se ha manifestado el T. S. español en numerosas sentencias, a partir de las de 11 y 16 junio 1964.

De un modo aún más claro puse de manifiesto la insuficiencia del resultado causado y la importancia decisiva de la *forma de ejecución* de la acción para el juicio de la antijuricidad, mediante el siguiente ejemplo (16): los coches A y B chocan en una curva sin visibilidad, quedando lesionados los dos conductores, A y B. La acción de cada uno de ellos ha causado la lesión del otro. Sin embargo, con esto no se ha determinado aún la antijuricidad de su conducta. Pues el que haya actuado uno u otro antijurídicamente depende de cómo fueran sus acciones: para A se trataba de una curva a la derecha; al entrar en la curva se había mantenido en la parte derecha de la carretera; para B se trataba de una curva a la izquierda, que cortó entrando en la banda de A. La acción de A era —a pesar de la lesión de B— correcta, cuidadosa, conforme a Derecho; la de B, al contrario, incorrecta, imprudente, antijurídica. No hay duda de que es la consideración de la forma de ejecución de la acción y no la mera comprobación de la producción del resultado la que proporciona el fundamento objetivo para el juicio de la antijuricidad. Esto demuestra que el concepto causal de la acción no ha facilitado, sino que ha desviado e incluso ha bloqueado el camino a la valoración jurídica. Puesto que con él no sólo se desplaza el problema de la antijuricidad a un plano falso, sino que no es posible una solución satisfactoria del mismo, al formularse únicamente la pregunta acerca de la conducta correcta, cuidadosa y, por consiguiente, acerca de la conducta incorrecta, imprudente, en el ámbito de la culpabilidad.

Pero aunque se haya demostrado que el concepto causal de la acción es inservible en la culpa, queda aún por examinar el problema de si la doctrina de la acción finalista es más apropiada para proporcionar el fundamento del juicio de la antijuricidad en los delitos culposos. ¿No será cierto que, como ha dicho *Schröder*, la “tendencia finalista” es aquí completamente indiferente (17); o, para decirlo con palabras de

publicada por él, la 9.^a) que los defectos de la ejecución de la acción son un “puro reproche de culpabilidad”. Sólo Blei ha roto con este criterio en su reelaboración de la 12.^a edición.

(15) N. J. W. 57, 785 (786).

(16) *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, pág. 8.

(17) *Schönke-Schröder*, Vorb. 32.

Arthur Kaufmann (18), el elemento jurídicamente relevante del hecho culposo —la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción— no puede ser insertado “en el modelo de acción de la doctrina de la acción finalista”? En efecto, la “tendencia finalista (o más exactamente, el fin anticipado de la acción) es completamente indiferente en el hecho culposo. La doctrina de la acción finalista nunca ha afirmado lo contrario. Pero no se trata en realidad de esto, sino, más bien, de si el fundamento objetivo al que hace referencia el juicio de la antijuricidad del delito culposo (o sea, la inobservancia del cuidado objetivamente debido) puede ser comprendido con el “modelo de la doctrina de la acción finalista” y sólo con él.

Ahora bien, en los ejemplos antes citados puede verse esto claramente. No se hace referencia en ellos a los fines de las acciones —llegar con el coche rápidamente a un lugar determinado— puede suponerse que son unos u otros y probablemente serán indiferentes para el Derecho penal; lo que importa es si los autores al realizar las acciones que han elegido y que llevan a cabo para conseguir sus fines, han observado o no el cuidado necesario en el tráfico. Esto lo ha hecho A, pero no B. La dirección de su acción (aquí, incluso, en sentido literal) era incorrecta, es decir, no respondía al cuidado necesario en el tráfico para evitar las colisiones y era, por ello, imprudente y antijurídica. También aquí se advierte que sólo partiendo del modelo de la acción finalista como un acontecer dirigido o mejor un acontecer que se dirige a sí mismo, se destacan las circunstancias en que puede basarse el juicio de la antijuricidad. Sólo así se hace perceptible el elemento de lo injusto de la culpa: la dirección real de la acción, es decir, la selección de los medios y su utilización, es examinada para ver si se ajusta o no al cuidado necesario en el tráfico. Con ello se destaca un elemento que se esfumaba en la doctrina causal de la acción (con su tesis de que sólo la causación del resultado tiene relevancia jurídica) (19). Sólo mediante su examen puede constatarse la juricidad o antijuricidad de una acción culposa. Es cierto que según el Derecho positivo alemán la inobservancia del cuidado objetivamente debido en el desarrollo de la acción tiene que haberse *realizado* también en una lesión de un bien jurídico. Aquí podría hablarse de un “residuo” de la doctrina causal de la acción. Pero no puede decirse que sólo el elemento causal tenga relevancia jurídica, pues dicho elemento es sólo relevante si es consecuencia de una determinada acción que no responde al cuidado objetivamente debido (20), de una acción dirigida (finalista).

Precisamente en el delito culposo se advierte con una claridad me-

(18) *Juristische Schulung*, 67, pág. 147.

(19) Así, ya Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, págs. 276 y ss.

(20) Esto lo afirma también claramente Schröder: *Schönke-Schröder*, art. 59, N. 159, ciertamente en contradicción con pasajes anteriores, por ejemplo, en N. 163 y, sobre todo, en Vorb. N. 32.

ridiana, que también en él la dogmática del Derecho penal sólo está en condiciones de deslindar los elementos del delito, de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad sobre la base del concepto de la acción finalista, de la acción dirigida ("cibernética") y no sobre el concepto causal de la acción: una acción es típica, en el sentido de los delitos culposos, si su dirección real no corresponde al cuidado necesario en el tráfico y a consecuencia de ello ha producido un resultado típico. Esta tipicidad es un indicio de la antijuricidad; ésta se da si no concurría ninguna causa de justificación de la acción imprudente. La culpabilidad es la reprochabilidad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido; se da, si el autor ha previsto o ha podido prever, la infracción del cuidado objetivamente debido. Con ello la doctrina de la acción finalista ("cibernética") ha fundado la dogmática del delito culposo. Esta dogmática se ha convertido actualmente en la opinión dominante en la doctrina.

Les agradezco a ustedes su amable atención y confío en haber conseguido darles una impresión del estado actual de la doctrina de la acción finalista en Alemania.