

A pesar de que el libro no es muy extenso (515 páginas de texto para exponer las Partes General y Especial) es mucho más que un libro dirigido a los estudiantes; rara es la monografía alemana sobre cualquier tema de Derecho penal en la que no se cita constantemente —para seguirle o para criticarle— el manual de Welzel; lo más sorprendente es que, a menudo, si uno se fija en la página citada, se dará cuenta de que se trata tan sólo de una o dos del manual; y es que Welzel posee la extraña virtud de exponer —y fundamentar— sus opiniones en poquísimas palabras.

Por su originalidad —y muchas veces genialidad—, su excelencia expositiva y su sentido crítico el manual de Welzel es, en opinión del recensionista, el mejor con que hoy en día cuenta Alemania. Lo que no impide que en muchos puntos discrepe de él.

E. G. O.

WELZEL, Hans: «Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft» (Sobre lo permanente y sobre lo pasajero en la ciencia del Derecho penal). N. G. Elwert Verlag. Marburg, 1964. 31 págs.

El librito de Welzel, que está dirigido, sobre todo, a rechazar las objeciones que Roxin había opuesto recientemente a la teoría final de la acción (1), muestra con toda claridad dónde se hallan los fallos de la doctrina finalista.

Roxin había escrito: El concepto finalista de la acción «encierra en sí la dimensión de sentido. El autor que no aprehende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de la cosa, la deshonestidad de su comportamiento no actúa dolosamente; en sentido juridicopenal no actúa en absoluto. Dejemos a un lado si esto es correcto o no; lo cierto es que la finalidad, tal como es entendida, como constituyente de la acción, por sus partidarios, y tal como ha de ser entendida para que sea jurídicamente fructífera, presupone junto a la dirección de los factores causales la aprehensión del sentido. Con ello el concepto de acción pierde su condición de ser algo que viene previamente dado. Si queremos saber si alguien ha actuado finalmente, no sólo necesitaremos preguntar: '¿ha dirigido los factores causales?' —lo cual es constatable prejurídicamente—, sino que, además, tendremos que examinar si ha entendido el sentido de los datos objetivos, y para ello será preciso tener en cuenta que los elementos de sentido jurídicamente relevantes son seleccionados únicamente por el legislador. Por tanto, quien haya determinado el acontecimiento exterior en toda su extensión, pero sin haber comprendido un hecho de sentido elaborado por el legislador en el tipo, no ha actuado en absoluto» (2). El concepto final de la acción, concluye Roxin, no sólo no viene ontológicamente dado, sino que es un «producto jurídico-normativo *par excellence*» (3).

(1) Cfr. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en «ZStW 74» (1962), págs. 515-561.

(2) «ZStW 74» (1962), págs. 525/526.

(3) «ZStW 74» (1962), pág. 527.

La reacción de Welzel no se ha hecho esperar. Pocas cosas podían ofender tanto al fundador del finalismo como la afirmación de que su concepto de acción no sólo no viene previamente dado, sino que, al contrario, es un concepto normativo por excelencia. Welzel contesta que, ciertamente, el legislador es libre en la selección de los modelos de acción que quiere prohibir, pero que está vinculado a la estructura final de la acción (4). La estructura final de la acción es lo que permanece (*das Bleibende*): ahí el legislador no puede variar nada; lo que pasa (*das Vergängliche*) son las acciones tipificadas, aquellos comportamientos que el legislador prohíbe: éste es libre de incluir en un Código penal ésta, aquella o la otra acción (5). Welzel distingue ahora entre «dolo típico» («Tatbestandsvorsatz») y «voluntad final de acción» (*finaler Handlungswille*) (por cierto: en contra de lo que insinúa Welzel, Roxin distingue también muy bien entre ambas cosas (6)): «Todo dolo típico», escribe Welzel (7), «es una voluntad final de acción, pero no toda voluntad final de acción es un dolo típico. El 'dolo típico' está 'acuñado normativamente' en cuanto que es aquella voluntad final de acción que 'está dirigida a los caracteres objetivos de un tipo' ... La circunstancia de que en Derecho la finalidad está referida al tipo no significa que sea el tipo el que la crea».

Las objeciones de Roxin y la defensa de Welzel consisten, pues, en lo siguiente. Roxin interpreta el finalismo en el sentido de que si la acción no va dirigida a la realización del tipo no hay finalidad y, por tanto, no hay acción; el finalismo, en la interpretación que Roxin da a esta teoría, identifica dolo y finalidad; como es el legislador el que determina cuáles son los elementos del tipo, resulta que según los elementos que aquél haya decidido seleccionar habrá o no finalidad, habrá o no acción; de ahí que Roxin piense que el concepto final de la acción es un concepto «jurídico-normativo por excelencia».

A esto contesta Welzel: No es cierto que mi teoría identifique dolo típico y finalidad. El que un hombre haya obrado o no con dolo típico es algo, confiesa Welzel, que depende de que la Ley haya admitido más o menos elementos en el tipo: en este sentido, escribe Welzel, la existencia o inexistencia de dolo típico es algo que depende de la voluntad del legislador; el dolo típico es, por tanto, un concepto normativo. En cambio, afirma el fundador del finalismo, la voluntad final de acción es algo que al legislador le viene dado, es algo ontológico. El que toma una cosa suya no actúa con dolo típico (falta la ajenidad que es un elemento del tipo hurto), pero, en contra de lo que piensa Roxin que piensa el finalismo, sí que ejecuta una acción, pues ha dirigido su actividad planificadamente hacia un fin (el de tomar una cosa propia).

Uno no cesa de asombrarse. Según Welzel, Roxin ha interpretado mal el concepto final de la acción porque ... no lo ha interpretado en el sentido del llamado concepto causal de la acción (1). Roxin ha entendido que, según el finalismo, hay acción sólo cuando el sujeto ha dirigido su actividad a la

(4) Cfr. *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, págs. 8, 20/21.

(5) Cfr. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, pág. 21.

(6) Cfr. ROXIN, «ZStW 74» (1962) pág. 525.

(7) *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen*, pág. 10, nota 20.

realización del tipo, cuando, escribe ahora Welzel, lo que en realidad dice la teoría final es que hay acción cuando el agente ha querido *algo*, sin importar *qué* es lo que ha querido. Pues bien, eso que ahora dice el finalismo lo viene diciendo, desde hace ya muchos años, el concepto causal de la acción: para saber si ha habido acción o no basta con determinar si hubo voluntad (en la actual terminología welzeliana: voluntad final de acción); el contenido de la voluntad sólo interesa para la cuestión del dolo (del dolo típico, como le llama ahora Welzel).

Si se tratase de una confusión de Roxin, puesta en claro por Welzel, podríamos dejar aquí la controversia. La realidad es, sin embargo, que esta identificación de dolo típico y voluntad final de acción no es algo que Roxin se haya sacado de la imaginación: la ha sacado del finalismo. Welzel sigue un notable procedimiento cuando abandona una concepción: en vez de confesarlo abiertamente, achaca a los demás, cuando reproducen la concepción secretamente abandonada, errónea interpretación de sus ideas; es éste el original modo que tiene Welzel de participar al atónito lector que ha cambiado de opinión.

«Lo que junto al resultado (a la lesión de un bien jurídico) constituye lo injusto penal específico es, primariamente, la acción final y también, excepcionalmente, la causación evitable», escribía Welzel (8). Era él, pues, el que identificaba voluntad final de acción y dolo típico. Pues si las dos cosas son distintas entre sí, entonces no se explica por qué contraponía, como en este texto, «acción final» (delito doloso) a «causación evitable» (delito culposo). Si, como Welzel afirma ahora, hay acción en cuanto se dirige finalmente el acontecimiento (independientemente de que la voluntad vaya dirigida a un resultado típico o extratípico), entonces tan acción final es el delito doloso como el imprudente. El que a este último le llamase, sin embargo, causación evitable y no acción final sólo es comprensible si partimos de que Welzel identificaba finalidad con dolo típico. De ahí hay que partir también para comprender esta otra frase de Welzel: «El elemento de acción consiste aquí (sc. en los delitos culposos), por consiguiente, no en una relación final *real*, sino en una *posible*» (9). Naturalmente que en el delito culposo también hay una finalidad real dirigida a un resultado extratípico: pero Welzel no la conseguiría ver por ninguna parte y tenía que acudir a una posible; y no conseguía ver la finalidad real porque, al identificar ésta con el dolo típico, tenía que faltar en el delito imprudente que se caracteriza precisamente porque en él la voluntad no está dirigida al resultado típico. La búsqueda de la finalidad (potencial) en la imprudencia en la concepción originaria de Welzel sólo se explica, asimismo, desde estas bases: ¿a qué viene el recurso a la finalidad potencial si, como Welzel afirma ahora —al distinguir entre dolo típico y voluntad final de acción—, en el delito imprudente existe también una finalidad real (se quiere *algo*)? Pues viene a que lo que ahora distingue Welzel antes no lo distinguía. Por último, me permito recordar que fue un finalista tan característico como Niese el que afirmó que, desde el punto de vista ontológico, sólo los comportamientos

(8) *Studien zum System des Strafrechts*, en «ZStW 58» (1939), pág. 516 (paréntesis en el texto original).

(9) «ZStW 58» (1939), pág. 559 (subrayados en el texto original).

dolosos merecían el nombre de «acciones»; a los hechos imprudentes había que llamarles, en cambio, «causaciones de resultados» (10). También aquí se pone de manifiesto que la concepción de Niese se basaba en la identificación de dolo y finalidad.

La actual confusa situación proviene, en realidad, del modo cómo reaccionaron los críticos del finalismo cuando Welzel abandonó la finalidad potencial y pasó a fundamentar el carácter de acción en el hecho imprudente con la finalidad dirigida a un resultado no típico (esto es: a un resultado cualquiera). Si esto es así, pensaron los críticos del finalismo, entonces éste fundamenta ahora la acción *en los delitos culposos* igual que el concepto causal de la acción; pero con esto se estaba diciendo implícitamente, al mismo tiempo: *en los delitos dolosos* siguen existiendo diferencias entre ambas concepciones (11). Con ello se ocultó el verdadero carácter del abandono por Welzel de la finalidad potencial; pues al afirmar el finalismo que en los delitos culposos existe acción en el momento en que se persigue un fin cualquiera, está estableciendo un concepto de acción que tiene que ser válido *también para los delitos dolosos*; esto es: al abandonar la finalidad potencial, el finalismo reconoció, tácitamente, que los delitos dolosos son acciones, no porque el autor haya querido realizar el resultado típico, sino porque ha querido realizar un resultado cualquiera. Por supuesto que Welzel mismo cuidó y alimentó este error de sus críticos de pensar que, si bien el finalismo volvía al concepto tradicional de la acción en la imprudencia, seguía manteniendo un concepto propio de acción en los delitos dolosos; y lo cuidó y alimentó porque para Welzel no tiene que ser agradable confesar que el famoso concepto final de la acción no existe en absoluto: no es otra cosa que el concepto defendido desde siempre por la doctrina causal de la acción.

E. G. O.

(10) Cfr. NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 65.

(11) CEREZO, Notas a *El nuevo sistema del Derecho penal de Welzel*, 1964, pág. 38, nota 7, me incluye, apoyándose en mi artículo en el ADPCP, 1962, págs. 550 y sigs. (en el que se recoge la crítica al finalismo de mi tesis doctoral hamburguesa), entre los detractores del finalismo que sostienen que el concepto final de la acción coincide con el causal. Sin embargo, tanto RODRÍGUEZ MUÑOZ como ARTHUR KAUFMANN —los otros dos críticos del finalismo que menciona CEREZO— se limitan a señalar la *coincidencia de ambos conceptos en los delitos culposos*, con lo que dan a entender que en los dolosos siguen subsistiendo diferencias; yo, en cambio, me he esforzado en demostrar que la coincidencia no existe sólo en la imprudencia, sino que es absoluta.