

# La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (1)

JOSÉ CEREZO MIR

Es para mi un gran honor poder colaborar en el Libro Homenaje al profesor Fritz Loos. Conocí al profesor Loos hace ya muchos años en Bonn, en los seminarios del profesor Welzel y desde entonces he seguido con gran interés su carrera docente e investigadora. Por ello, cuando el profesor Kai Ambos me sugirió como tema para mi contribución al Libro Homenaje la influencia de Welzel y del finalismo, en general, en España y en los países iberoamericanos, me pareció que era muy apropiado.

## I. LA DIFUSIÓN DEL FINALISMO EN ESPAÑA E IBERO-AMÉRICA

La doctrina de la acción finalista fue dada a conocer en España por el profesor Rodríguez Muñoz en diversos artículos y sobre todo mediante su monografía «La doctrina de la acción finalista» (2). En esta obra hizo una exposición detallada de dicha doctrina y de sus consecuencias en la teoría del delito, así como una aguda crítica de las dificultades con que tropezaba entonces la doctrina de la

---

(1) Artículo que figura como Introducción en *Estudios Filosófico-jurídicos y penales del Prof. Fritz Loos. Homenaje a sus 70 años*, libro coordinado por Kai Ambos y Henning Radke, y publicado por la Editorial Jurídica de Chile, en enero de 2009.

(2) *La doctrina de la acción finalista*, Universidad de Valencia, 1953. Antes había publicado los artículos *La acción finalista en Derecho Penal*. Jus, marzo-abril 1944 y *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1953, fas. 2.º

acción finalista en los delitos culposos (3). Los jóvenes penalistas españoles prestaron gran atención a estas nuevas ideas. Por mi parte estuve en la Universidad de Bonn, trabajando bajo la dirección del profesor Welzel desde 1956 hasta 1960 y Córdoba Roda estuvo también largo tiempo trabajando junto al profesor Maurach en la Universidad de Múnich. Después de nuestro regreso a España, Córdoba Roda publicó dos importantes libros «El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito» (4) y «Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista» (5), así como la traducción del «Tratado de Derecho Penal», de Maurach, con extensas y elaboradas notas (6), en los que dió a conocer y llevó a cabo un detenido análisis crítico del finalismo en la versión de Maurach. Por mi parte, traduje al español la cuarta edición de «El nuevo sistema del Derecho Penal», de Welzel y la publiqué con una serie de notas en las que hacía un análisis crítico de su pensamiento, sobre todo en relación con el Derecho penal español (7). A continuación publiqué traducciones de la monografía de Stratenwerth «Das rechtstheoretische Problem der [Natur der Sache]» y la conferencia que Welzel pronunció en Madrid, en 1968, «La doctrina de la acción finalista, hoy» (8).

La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista fue muy intensa en los años sesenta y setenta del pasado siglo en España y en los países iberoamericanos, donde tuvieron una gran difusión las traducciones anteriormente mencionadas. Se tradujo también en Argentina la tercera edición de la Parte General del Manual de Welzel por

---

(3) Véase, a este respecto, mi artículo «Der finale Handlungs begriff als Grundlage des Strafrechtssystems. Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel», *Z. Str. W.*, tomo 71, 1959, Fasc. 1.º, pp. 44 y ss. (publicado también en español en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 3.º, 1959, «El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal»).

(4) Bosch, Barcelona, 1962.

(5) Ariel, Barcelona, 1963.

(6) En dos tomos, Ariel, Barcelona, 1962.

(7) HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, Barcelona, 1964. Se ha publicado posteriormente una nueva edición de mi traducción y las notas, con una introducción del profesor uruguayo Gonzalo Fernández, por la editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2001. El profesor brasileño Luiz Regis Prado ha publicado una traducción al portugués de mi traducción y las notas: «O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista», edit. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, 2001.

(8) GÜNTER STRATENWERTH, El problema de la [naturaleza de las cosas] en la teoría jurídica», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Bd. VIII, Nr. 19, 1964; HANS WELZEL, «La doctrina de la acción finalista, hoy», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, Heft 2.

Carlos Fontán Balestra y Eduardo Frike, en 1956 (9) y en Chile la undécima edición, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Román, en 1970 (10). También se tradujeron al español y se publicaron las obras fundamentales de Armin Kaufmann «Lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding» (11) y «La dogmática de los delitos de omisión» (12), el «Derecho Penal. Parte General, I El hecho punible», de Stratenwerth (13), la actualización del Tratado de Maurach por Heinz Zipf y Karl Heinz Gössel (14), la monografía de Zielinski sobre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en el concepto de lo injusto (15), las Obras Completas de Hans Joachim Hirsch (16), así como numerosos artículos de otros representantes de la doctrina de la acción finalista (Struensee, Schöne) y de los anteriormente mencionados.

Con base en la doctrina de la acción finalista se han publicado en España y en los países iberoamericanos numerosos e importantes Manuales y Tratados de la Parte General del Derecho Penal. En Argentina Enrique Bacigalupo publicó sus «Lineamientos de la teoría del delito» (17), Eugenio Raúl Zaffaroni su famoso «Tratado de Derecho Penal», en cinco tomos, que ha ejercido una gran influencia

(9) HANS WELZEL, *Derecho Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1956.

(10) HANS WELZEL, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.ª ed., Edit. Jurídica de Chile, 1970.

(11) *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977, traducida por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés.

(12) *Dogmática de los delitos de omisión*, traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000.

(13) La segunda edición fue traducida por Gladys Romero, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1982 y la cuarta por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Thomson-Civitas, 2005.

(14) REINHART MAURACH-HEINZ ZIPF, *Derecho Penal. Parte General, I, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*, traducción de la 7.ª ed. por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994; *Reinhart Maurach-Karl Heinz Gössel-Heinz Zipf, Derecho Penal. Parte General, 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.

(15) DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Duncker Humblot, Berlín 1973, traducido por Marcelo A. Sancinetti, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

(16) *Derecho Penal. Obras Completas*, cuatro tomos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, 2000, 2003 y 2005.

(17) Buenos Aires, Astrea, 1974. Su posterior Manual *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Akal, Madrid, 1997, está muy influido por el pensamiento de Jakobs.

en toda Iberoamérica (18) y Edgardo Alberto Donna su «Teoría del delito y de la pena» (19) y recientemente ha publicado un primer tomo de un amplio Tratado (20). En Chile Enrique Cury y Luis Cousiño MacIver han publicado magníficos tratados de Parte General (21). En Brasil Heleno Claudio Fragoso publicó sus «Lições de Direito Penal. Parte Geral» (22), y Luiz Regis Prado ha publicado un «Curso de Direito Penal Brasileiro» (23); en Perú Felipe Villavicencio Terreros publicó sus «Lecciones de Derecho Penal. Parte General» (24) y en Ecuador Alfonso Zambrano Pasquel ha publicado un «Derecho Penal. Parte General» (25). En España he publicado un «Curso de Derecho Penal Español. Parte General», en tres tomos (26) y Cuello Contreras un primer tomo de un tratado riguroso y profundo (27).

---

(18) *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, I, 1980, II, 1981, II, I 1981, IV 1982 y V, 1983. Antes había publicado una *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973 y el *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1979. En los últimos años ha publicado con sus discípulos Alejandro Alagia y Alejandro Slokar un Tratado más reducido *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, con otra orientación completamente diferente, de carácter político criminal y fuertemente politizada como consecuencia de las experiencias de las dictaduras militares argentinas.

(19) *Teoría del delito y de la pena. I Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*, 2.ª ed. Astrea, 1996, 2 *Imputación delictiva*, Astrea, 1995.

(20) *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos-Teoría de la ley penal*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006.

(21) Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005; antes había publicado una *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 1.ª ed., Valparaíso, 1969, 2.ª ed., 1973, Universidad Católica de Chile, Santiago, 1973; Luis COUSIÑO MACIVER, *Derecho Penal Chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 1975, Tomo II, 1979, Tomo III, 1992.

(22) 2.ª ed., José Bushatsky Editor, 1977.

(23) «Volume 1. Parte Geral», 7.ª ed., Edit. *Rev. Dos Tribunais*, 2007.

(24) Editorial Cuzco, Sociedad Anónima Editores, Lima, 1990.

(25) 3.ª ed., Ara editores, 2006.

(26) *I Introducción*, 6.ª ed., 2004, *II Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, y *III Teoría jurídica del delito/2*, 1.ª ed., 2001, Tecnos, Madrid. Mis *Obras Completas*, cuyo primer tomo es mi Parte General, han sido publicadas en Perú, México, Colombia y Brasil por la editorial ARA, de Lima, en coedición, en su caso, con editoriales de los otros países, en los años 2006 y 2007. Mi discípulo Juan Felipe Higuera Guimerá ha publicado una Parte general del Derecho penal militar español (*Curso de Derecho Penal Militar Español. I Parte General*, Bosch, Barcelona, 1990).

(27) *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002.

## II. VIGENCIA DEL FINALISMO EN LA MODERNA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

El finalismo tiene aún hoy una gran vigencia en la Ciencia y en la legislación de España y los países iberoamericanos, a pesar de la difusión del sistema teleológico-valorativo y político criminal de Roxin y del funcionalismo sistémico de Jakobs (28). Vamos a comprobarlo en relación con los problemas centrales (29)

### A) Los fundamentos metodológicos

La existencia de las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel –la estructura finalista de la acción humana, la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición– así como su carácter vinculante para el legislador, si quiere anudar consecuencias jurídicas a las acciones y a la culpabilidad, fueron muy pronto reconocidas en España por el filósofo del Derecho Legaz Lacambra (30) y varios penalistas (31), en Argentina por Bacigalupo y Zaffaroni (32) y en

(28) KAI AMBOS afirma recientemente, en relación con América Latina, que: «En cualquier caso, si se analizan las obras de los autores modernos, se puede mantener –con cautela– que el finalismo y el (post) finalismo en el sentido del funcionalismo y normativismo moderado de Roxin es dominante»; véase «100 años de la “Teoría del delito”, de Beling, ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-05 (2007), p. 12; aunque posteriormente (véase lug. cit. p. 13), a la vista de los numerosos trabajos publicados sobre la imputación objetiva concluya que la doctrina de Roxin tiene una mayor vigencia.

(29) En el marco de este artículo no puedo ocuparme naturalmente de todos los problemas, ni exponer detalladamente todas las opiniones.

(30) LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1961, pp. 213-214 y 304 ff.

(31) La estructura ontológica de la acción humana y la vinculación del legislador a la misma fueron reconocidas por A. BERISTAIN, «Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico», separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1963, pp. 21-22 y C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1962, p. 276.

(32) BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 25; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 298 y ss. Recientemente ZAFFARONI niega la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas. El Derecho está vinculado únicamente al reconocimiento del ser humano como persona, como ser responsable;

Chile por Cury (33). En la moderna Ciencia del Derecho penal son reconocidas, por ejemplo, en España por Luis Gracia Martín (34) y Joaquín Cuello Contreras (35), en México por Moisés Moreno Hernández (36) y en Brasil por Luiz Regis Prado (37).

---

véase ZAFFARONI, - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal, parte general*, p. 330 y ¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?, en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, Cepolcrim, México, 2002, pp. 118 y ss. («Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no lo imponen, sólo lo condicionan»).

(33) E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 1.<sup>a</sup> ed., I, 1982, pp. 311-312 («Las estructuras lógico-objetivas son órdenes de relación ontológicos o axiológicos, según los cuales la elección de un cierto objeto de valor trae aparejada, necesariamente, la aceptación de otros objetos o valoraciones, cuya presencia o vigencia es condicionada por el primero»); en el Prólogo a la séptima edición advierte que no ha cambiado de opinión, véase p. 27.

(34) *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Idemsa, Lima, 2005, pp. 94 y ss.; «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, pp. 95 y ss. y en «Problemas capitales del moderno Derecho Penal». Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. *Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, Cepolcrim, México, 2005 pp. 161 y ss.

(35) *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 439 y ss. Al modo de Armin Kaufmann, concibe las estructuras lógico-objetivas como la relación necesaria de correspondencia entre una regulación jurídica y una estructura óntica. La estructura óntica de la acción y de la culpabilidad se deducen, según Cuello Contreras, de la idea de fin. La validez de las normas tiene que partir del presupuesto, de que el que las infringe es un sujeto, es decir alguien que actúa conforme a sentido. La culpabilidad es imputación a un sujeto y, por ello, la capacidad de motivación es un presupuesto de la imputación.

(36) «El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana», en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, pp. 131 y ss. «Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal», en *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, pp. 75 y ss., 92 y ss. y 99 y ss. y en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 2000, pp. 579 y ss. «El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 171 ff., «El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal», en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, pp. 187 y ss. Moisés Moreno sustentó ya las ideas básicas del finalismo en su tesis doctoral *Der finale Handlungs begriff und das mexikanische Strafrecht* Bonn, 1977.

(37) LUIZ REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1, pp. 102, 112 y 305 y ss.

Por mi parte, me adherí a la tesis de Stratenwerth, según la cual las estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, pero se destacan solo de la multitud de datos ópticos como esenciales para la regulación jurídica desde un determinado punto de vista: la concepción del ser humano como persona (38). Si las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel son solo perceptibles y se destacan como esenciales desde el punto de vista de la concepción del ser humano como persona, los conceptos correspondientes no serán ya puramente ontológicos, pues en ellos habrá ya un componente normativo (39). Esto podemos verlo con toda claridad en los conceptos finalistas de acción y de omisión. Si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona se destaca, según Stratenwerth, la estructura finalista de la acción humana como esencial para la valoración jurídica. Solo las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales durante un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos corporales durante el sueño –piénsese en el sonámbulo–, etc.) no puede ser considerada entonces como una conducta humana. El concepto de omisión, desarrollado por Armin Kaufmann, como la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, está vinculado también, a mi juicio, a la concepción del ser humano como persona. Fuera del concepto de omisión quedan entonces las actitudes puramente pasivas, en las que faltaba la concreta capacidad de acción (40).

---

(38) G. STRATENWERH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, Mohr, Tübingen, 1957, pp. 13 y ss. («El problema de la “naturaleza de las cosas” en la teoría jurídica», traducido por mi y publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. VIII, Núm. 19, 1964, pp. 12 y ss.).

(39) Véase mi artículo «Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, en *Menschengerechtes Strafrecht*», *Festschrift für Albin Eser*, Verlag C.H. Beck, München, 2005, p. 111 (publicado también en español «Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, p. 63, y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, p. 158).

(40) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, pp. 48 y ss.

Un problema diferente es si el Derecho tiene que partir necesariamente de la concepción del ser humano como persona. Este problema no se puede resolver con seguridad desde la esfera del ser (41) (42). Desde el punto de vista del deber ser se puede considerar, con Welzel, que el respeto a la dignidad de la persona humana, el reconocimiento del ser humano como persona autónoma es un principio material de justicia de validez a priori. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia tiene que reconocer al hombre como persona, como ser responsable (43).

## B) Los conceptos en la dogmática

### a) *El concepto finalista de la acción.*

El concepto finalista de la acción es sustentado no solo por los penalistas que aceptan la existencia de estructuras lógico-objetivas y su carácter vinculante para el Derecho, sino también por otros que lo asumen únicamente como un concepto jurídico. Este es el caso en

---

(41) Véase, a este respecto, mis artículos, «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, pp. 29-30 y *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, pp. 112-113. (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, pp. 60-61).

(42) Por ello considero que no es correcto considerar la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, como una estructura lógico-objetiva, como hacen, por ejemplo, ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, II, pp. 301, 303-304, ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, p. 330, Moisés MORENO, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, p.151, *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, pp. 81-82, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, pp. 174, 202, *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, pp. 190 y 200, Luis GRACIA MARTÍN, Prólogo a *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, de M.<sup>a</sup> Ángeles RUEDA MARTÍN, J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 31, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal* pp. 101 ff (la estructura del objeto de la regulación jurídica condiciona también el criterio valorativo decisivo) y Luiz REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral*, pp. 307-308.

(43) Véase, a este respecto, mi artículo, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, p. 112 (*Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, p. 60).

España de Córdoba Roda (44) y Muñoz Conde (45), en Chile de Etcheberry (46), en Argentina de Zaffaroni-Alagia-Slokar (47) y Donna (48), en Perú de Villavicencio Terreros (49), en Ecuador de Zambrano Pasquel (50) y en Brasil de Heleno Claudio Fragoso (51) y Miguel Reale junior (52).

(44) *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, pp. 86-87. Según Córdoba Roda, la acción en sentido amplio, que comprende la omisión es «la actividad humana definida por la categoría de la finalidad»; *Comentarios al Código penal*, por CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 5 y *Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht*, Festschrift für R. Maurach, C.F. Müller Verlag, Karlsruhe 1972, p. 630. Véase un análisis crítico de su opinión en mi *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, II, S. 40.

(45) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del Delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 25 y ss. (aunque en F. Muñoz Conde-M. García Arán, *Derecho Penal, Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213 y ss., toma el concepto finalista de la acción únicamente como punto de partida y se inclina por el concepto significativo de acción de Vives Antón).

(46) Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo Primero, Parte General, 2.<sup>a</sup> ed., Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1976, pp. 125 ff.

(47) *Derecho Penal, Parte General*, pp. 381 y ss., y 394 y ss. Aunque definen la acción como «un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos en cierto contexto mundano», exigen la finalidad como un elemento imprescindible de este concepto jurídico-penal pretípico. Con ello se garantiza del mejor modo posible la vigencia del principio de que no hay delito sin acción. También en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión («aliud agere») hay una acción finalista.

(48) Aun cuando su concepto finalista difiere del formulado por Welzel; para Donna la acción no es solo una conducta finalista sino también libre. «Para nosotros libertad, finalidad y voluntad son sinónimos en el sentido de dirección del proceso causal». El toma su concepto de acción libre de Hruschka. Una acción no es libre «cuando la necesidad o la ignorancia impiden la imputación del proceso o la acción». Como ejemplos cita él los casos de vis absoluta, del error de tipo, del estado de necesidad exculpante, del error de prohibición o de una enfermedad mental. Véase *Derecho Penal, Parte General*, S. 55 y ss. Su opinión no me parece convincente. Las acciones de los inimputables, por ejemplo, no son libres, pero su estructura sigue siendo finalista. La libertad de la voluntad no es un presupuesto de una acción finalista, sino de su imputación.

(49) *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, p. 111 y ss.

(50) *Derecho Penal, Parte General*, pp. 22 y ss.

(51) *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, pp. 167-168.

(52) Aunque considera que cada asignación de un fin incluye una relación valorativa. Junto a la finalidad aparece, por tanto, como elemento esencial de la acción una «intencionalidad conforme a sentido» «El fin es siempre un valor actualizado». La acción tiene una naturaleza axiológico-finalista, que constituye su estructura ontológica. La imputabilidad es, por ello, para Reale un presupuesto de la acción y no de la culpabilidad. Véase, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral, I*, Edit. Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp.128 y ss., y especialmente pp. 131-132.

b) *La concepción personal de lo injusto.*

La concepción personal de lo injusto ha hallado una amplia acogida en España y en Iberoamérica. El dolo y la culpa no son concebidos ya por muchos penalistas y algunas legislaciones como formas de la culpabilidad. Se distingue entre los tipos dolosos e imprudentes (así como entre los tipos de los delitos de acción y de omisión).

b') *Lo injusto de los delitos dolosos.*

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se ha impuesto plenamente en España. La llevan a cabo no solo los finalistas, sino también otros muchos penalistas. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva no solo de la estructura finalista de la acción humana, como dato óptico (53), sino también de argumentos sistemáticos (los conocidos argumentos de la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la punición de la tentativa, la existencia en algunos tipos de verbos de significado inequívocamente finalista), de la concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación (prohibiciones o mandatos) (54) y de la función de motivación de los tipos penales (55). En Iberoamérica la inclu-

---

(53) Véase, en este sentido, Luis GRACIA MARTÍN, «Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal», pp. 102-103; «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», en «Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad» pp. 107 y ss. y en «Problemas capitales del moderno Derecho Penal, lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI», pp. 170 y ss. y J. Cuello Contreras, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 412 y ss. y 439 y ss. Como puso de manifiesto Stratenwerth, si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. La voluntad de realización tiene que ser entonces necesariamente objeto de la valoración jurídica. De la concepción del hombre como ser responsable y de la estructura finalista de la acción humana no puede deducirse, sin embargo, a mi juicio, que la voluntad de realización sea objeto precisamente del juicio desvalorativo de la antijuridicidad; véase mi artículo, «Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre», pp. 111-112. («Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta», en «Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel», pp. 63-64, y en «Problemas capitales del moderno Derecho Penal, lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI», pp. 158-159).

(54) Véase mi «Curso de Derecho Penal Español, Parte General», II, pp. 124 y ss.

(55) Véase, en este sentido, Enrique Gimbernat Ordeig, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-1972, pp. 277 y ss., incluido en sus *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 170 y ss., y en «Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, *Festschrift für H. Henkel*,

sión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, sustentada por los finalistas, ha hallado también una amplia acogida (56). Los

Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1974, S. 154 ff. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos es sustentada también, por ejemplo, por CORDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, pp. 79-80, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, I, pp. 301 y ss. y 370 y ss. «Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista», pp. 93 y ss., MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 265 y ss., MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., B. de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 259 y ss., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General, I*, Editorial Universitas S.A., 1996, pp. 331-332 y 390, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed. Akal Iure, Madrid, 1997, pp. 223-224, J. J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, tomo. II, Trotta, Madrid, 1999, pp. 59 y ss., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, Trotta, Madrid, 2004, p. 83, y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 486 y ss.

(56) Véase, por ejemplo, E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal, III*, pp. 27 y 295 y ss., E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 495 y ss., E.A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena, 2, Imputación delictiva*, S. 12 y ss. y 89, MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, «El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 191 y ss., E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., p. 303, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, I*, pp. 642 y ss., Heleno CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, pp. 173-174, 180 y 190, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, I, Parte Geral*, pp. 355 y ss. y 364 y ss., Miguel REALE junior, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral, I*, pp. 136, 140 y 149 ff. (aunque para él, el dolo no es solo querer, sino querer con una intencionalidad axiológicamente significativa, en el sentido de una disminución del valor), Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Temis, Bogotá, 1997 p. 406, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed. Temis, Bogotá, 2004, pp. 282-284, F. VILLAVICENCIO TERREROS, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, p. 132, y especialmente pp. 137-138 y 143-144, Raúl PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3.ª ed., Grijley, Lima, 1997, pp. 292 y 362-363, Alonso PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Peruano, I. Teoría General de la Imputación del Delito*, Rodhas, 2004, pp. 177 y ss., Javier VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte general*, 2.ª ed., San Marcos, Lima, 2001, pp. 252-254, J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, Parte General, I*, 3.ª ed. Grijley, Lima, 2005, pp. 447-448, Carlos DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, 5.ª ed., México, 2006, pp. 99 y ss. Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS, en J. L. Díez Ripollés-E. Jiménez-Salinas Colomer, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*. Librerías Artemis Edinter, Guatemala, 2001, pp. 174 y ss. 179, 183, 199-200, ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 32 y ss., 45-46, 65 y ss., 75, y Fernando VILLAMOR LUCÍA, *Derecho Penal Boliviano, Parte General, I*, 2.ª ed., La Paz, Bolivia, 2007, pp. 210-211 (aunque al parecer –véanse pp. 167 y 233– atribuye al dolo una doble posición: el dolo sería un elemento de lo injusto, como forma de la culpabilidad contendría, además, un sentimiento de hostilidad o indiferencia frente al ordenamiento jurídico). Alfredo Etcheberry, aunque sustenta el concepto finalista de la acción rechaza la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, pues según él la palabra dolo y sobre todo su denominación como malicia significa en la lengua española una voluntad valorada, una voluntad culpable (que en su opinión

modernos códigos penales que contienen una definición (en sí innecesaria) del dolo, lo conciben simplemente como conciencia y voluntad de la realización del tipo (sin referencia alguna a la conciencia de la antijuridicidad, es decir al *dolus malus*) (57).

b´) Lo injusto de los delitos imprudentes.

A pesar de las dificultades con que tropezó la doctrina de la acción finalista en los delitos imprudentes y que dieron lugar a que Welzel cambiara varias veces de opinión (58), la concepción personal de lo injusto en los delitos imprudentes se ha impuesto también en España y en Iberoamérica. La infracción de un deber objetivo de cuidado ha hallado un amplio reconocimiento como elemento del tipo de los deli-

---

supone conocimiento, incluso de la antijuridicidad, voluntad y libertad externa, es decir una motivación normal); véase *Derecho Penal, I, Parte General*, pp. 194 y ss. y 206 y ss. Sobre estas supuestas dificultades lingüísticas, véase CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., p. 306, y en relación con las objeciones similares de Córdoba Roda, mi artículo «La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal español», separata de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1964, pp. 4 y ss. (incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 75 y ss. y en mis *Obras Completas*, II, Ara, Lima, 2006, pp. 134 y ss.).

(57) Véase, por ejemplo, el art. 14 del Código Penal boliviano de 1997 (en cuya parte general influyó considerablemente Stratenwerth), el art. 14. del Código Penal del Ecuador (véase, a este respecto, ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 121-122), el art. 18, I del Código Penal brasileño, el art. 17 del Código Penal paraguayo de 1997 (en el que influyó decisivamente Schöne y del que se deduce con toda claridad que el dolo y la culpa no son formas de la culpabilidad, sino que dan lugar a la existencia de tipos diferentes), el art. 22 del Código Penal colombiano del año 2000, el art. 9 del Código Penal federal mexicano, en la redacción de 1984 (muy influida por Moisés Moreno) y el art. 18 del Código Penal para el Distrito Federal de México de 16 de julio de 2002. En México se llevó a cabo incluso, en los años 1993 y 1994, una reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución y del art. 168 del Código federal de procedimientos penales que favorecía la difusión de la concepción personal de lo injusto. Se sustituyó el concepto de *corpus delicti* (cuya prueba era el requisito indispensable para llevar a cabo una detención y poner en marcha una persecución judicial formal) por el concepto de tipo, entre cuyos elementos se mencionaba expresamente el dolo y la culpa. Estas reformas dieron lugar a una intensa polémica y fueron anuladas en el año 1999. Véase, a este respecto, Moisés MORENO HERNÁNDEZ «Reformas penales de 1993-1994» y «Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)», en *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, Cepolcrim, México, 1999, pp. 181 y ss. y 219 y ss. «Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años», en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, Cepolcrim, México, 2003, pp. 23 y ss. y 38 y ss., y José Nieves LUNA CASTRO, El concepto de tipo penal en Méjico, 3.ª ed., Porrúa, México, 2003, pp. 77 y ss. y 205 y ss.

(58) Véase, a este respecto, mi artículo «Der finale Handlungsbegriff als Grundlagedes Strafrechtssystems», *Z.Str.W.* tomo 71, 1959, fasc. 1.º, pp. 44 y ss. y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 34 y ss.

tos imprudentes (59) (60). El deber de cuidado es concebido también a veces como un deber subjetivo para tener en cuenta no solo los conocimientos, sino también las capacidades individuales (61).

(59) Sobre su aceptación en la Ciencia del Derecho penal española y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, véase mi *Curso de Derecho Penal Español, parte general*, II, pp. 173-174. La pertenencia de la infracción del cuidado objetivamente debido al tipo de lo injusto de los delitos imprudentes es reconocida también, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, «El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito», pp. 76, 77 y 80, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, II, pp. 257 y ss., «Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista», pp. 90 y ss., «Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht», *Z.Str.W.*, tomo 81, 1969, fasc. 2.º, pp. 432 y ss., E. GIMBERNAT «La causalidad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal*, 1962, pp. 567-568, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», Reus, Madrid, 1966, pp. 87-88, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 174-175, nota 40, «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español», Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 127, A. Torío, «El conocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, fasc. 1.º, p. 87, Carlos M.ª ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 221 y ss., MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 284 y ss., LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, parte general, I*,» pp. 495 y ss., y J.J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 171 y ss. y *Nuevo sistema de Derecho Penal*, pp. 98 y ss.

(60) Fue decisiva para la difusión de esta concepción en Iberoamérica la monografía de Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y Finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1967. Posteriormente ha publicado otro libro *El delito culposo*, Edit. Jurídica de Chile, 1995, en el que expone la evolución de la dogmática de los delitos imprudentes desde el punto de vista político criminal. La infracción de un deber objetivo de cuidado es considerada también como un elemento del tipo de los delitos imprudentes en Iberoamérica, por ejemplo, por E. RAÚL ZAFFARONI *Tratado de Derecho penal*, III, pp. 389 y ss. y 393 y ss., E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 331 y ss., L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, parte general I*, pp. 838 y ss. y 847-848, Moisés MORENO, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, p. 192, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, parte geral*, p. 241 y ss., L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, 1, pp. 376 y ss., Miguel REALE junior *Instituições de Direito Penal, parte geral*, I, pp. 149 y ss. y 234 y ss., F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, parte general*, pp. 433 y ss., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 313 y ss., PEÑA CABRERA, *Estudio Programático de la Parte General*, pp. 511 y ss., VILLA STEIN, *Derecho Penal, parte general*, pp. 267 y ss., ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, parte general*, pp. 36 y ss., 97 y ss., 105 y ss., 110 f y H. Aníbal DE LEÓN VELASCO, en Díez Ripollés-Giménez de Salinas, a *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, parte general*, pp. 227 y ss.

(61) Véase, por ejemplo, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, parte general*, pp. 240-241 y 243, ZUGALDÍA, «La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, fasc. 2.º, pp. 328 y ss. y *Derecho Penal, parte general*, pp. 415-416, 486 y 531 y ss., Zaffaroni, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal, parte general*, pp. 531-532,

Las opiniones de los penalistas españoles e iberoamericanos difieren con frecuencia a la hora de fijar los criterios para determinar el cuidado objetivamente debido y de determinar los restantes elementos del tipo de los delitos imprudentes (además de la infracción del cuidado objetivamente debido y el resultado). En mi opinión, el resultado tiene que ser consecuencia precisamente de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (el llamado nexo de antijuridicidad). La acción que no responde al cuidado objetivamente debido y que ha causado el resultado no sería típica si el resultado se hubiera producido igualmente, con una probabilidad rayana en la certidumbre, si el sujeto hubiera observado el cuidado debido. El resultado causado tiene que ser, además, uno de los resultados que pretendía evitar la norma de cuidado infringida (62).

Un eco escaso ha hallado la opinión radical de Struensee, según el cual la acción finalista, presente también en todo delito imprudente, sería relevante para el tipo no solo en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización, sino también en relación con el fin perseguido. La finalidad no se dirigiría ciertamente hacia la producción del resultado típico, pero sí hacia los factores de riesgo relevantes para el tipo (no respetar un semáforo en rojo, cortar una curva sin visibilidad, etc.) (63). Los defensores de esta opinión admiten también consecuentemente la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes (64).

c) *Desvalor de la acción y desvalor del resultado.*

En la concepción personal de lo injusto se distingue, por tanto, junto al desvalor del resultado un desvalor de la acción. En los delitos

---

A. R. PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal Peruano, Teoría general de la imputación del delito*, pp. 404 y ss., y Fernando VILLAMOR, *Derecho Penal Boliviano, Parte General*, I, p. 221 (la definición de la culpa en el art. 15 del Código penal boliviano parte, a mi juicio, de una concepción subjetiva del deber de cuidado).

(62) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 179 y ss. y 183 y ss., donde expongo y analizo las diversas opiniones.

(63) Véase mi análisis crítico de la opinión de Struensee, en *Curso de Derecho Penal Español, Parte General* II, pp.166-167.

(64) Véase, en este sentido, J. CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 182 ff., *El Derecho Penal Español, Parte General*, pp. 471-473, y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 79 y ss. 110-111, 116 y ss., 153-155, 202-204 y 206 y ss. Alicia Gil rechaza la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes, pero considera que la finalidad en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización es irrelevante para el tipo de los delitos imprudentes. La finalidad es sólo relevante para averiguar la índole de la acción realizada y por tanto la norma de cuidado que debía ser observada; véase *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 25 y ss.

dolosos el desvalor de la acción consiste no solo en el dolo, en los restantes elementos subjetivos de lo injusto cuando los haya y en los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor en los delitos especiales, sino también en el modo, forma o grado de realización de la acción y así mismo, a mi juicio, en la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. En los delitos imprudentes el desvalor de la acción consiste en la infracción del deber de cuidado (concebido por la mayor parte de los penalistas de un modo objetivo). El desvalor del resultado consiste, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, en la lesión o peligro del bien jurídico protegido (65).

La relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado ha sido siempre objeto de discusión en la escuela finalista. Según Welzel y Armin Kaufmann lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda ya constituido con el desvalor de la acción. Con la tentativa acabada y la realización de la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibiciones correspondientes. En los delitos dolosos, no obstante, la producción del resultado incrementa lo injusto y pertenece aún al tipo. En los delitos imprudentes la producción del resultado pertenecía aún para Welzel al tipo, pero llevaba a cabo únicamente una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según Welzel a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien». Para Armin Kaufmann la producción del resultado era solo una condición de punibilidad de las acciones imprudentes típicas y antijurídicas (66). Zielinski fue aún más lejos y consideraba que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes quedaba agotado con el desvalor de la acción. La producción del resultado depende siempre del azar, cumple solo una función de manifestación de lo injusto y condiciona la necesidad de pena (67).

---

(65) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 154 y ss. y 186 y ss.

(66) Véase H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, pp. 62 und 136, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Verlag O. Schwartz, Göttingen, 1961, pp. 29-30 y 36-37 (*El nuevo sistema del Derecho Penal*, pp. 67-68 y 75-76), «Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikt», Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1961, p. 21, Armin KAUFMANN, «Zum Stand der Lehre vom personalen Utrecht», *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1974, pp. 395-396, 403 y ss., y 411 ya antes en «Das fahrlässige Delikt», separata de la *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1964, pp. 43-44.

(67) Véase Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Duncker-Humboldt, Berlín 1973, especialmente pp. 128 y ss., 135 y ss., 152 y ss., 168 y ss., 185 y ss., 205 y ss., 209 y ss. y 308-309.

Todas estas opiniones han hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (68). Ellas parten, sin embargo, de la equiparación equivocada entre infracción de la norma y antijuridicidad. Es cierto que con la tentativa acabada y la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibitivas correspondientes. La función de las normas consiste, sin embargo, en la protección de los bienes jurídicos y reciben únicamente su sentido de dicha función. Se exige, por ello, que entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, exista una conexión interna. Dicha conexión falta en los delitos dolosos si el resultado concreto no está comprendido por el dolo (en los supuestos de *aberratio ictus* o de error en el objeto) y en los delitos imprudentes si el resultado no es consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (nexo de antijuridicidad) o no es de aquellos que quería evitar la norma de cuidado infringida. Por ello lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda solo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado (69).

---

(68) Las opiniones de Welzel y Armin Kaufmann son seguidas por E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 346-347, y L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, Parte General*, I, pp. 844 y ss. II, pp. 78 y ss. La concepción de Armin Kaufmann ha hallado eco incluso en el nuevo Código penal paraguay (en el que ejerció una gran influencia Schöne): para la tentativa acabada se establece una atenuación meramente facultativa y para la tentativa inacabada una atenuación obligatoria de la pena del delito consumado. (Véanse los arts. 27 y 67). En España Esteban Sola considera que lo injusto de los delitos dolosos queda ya constituido con el desvalor de la acción. En el desvalor de la acción incluye el modo, forma o grado de realización de la acción típica, su peligrosidad, el dolo y los deberes jurídicos específicos en los delitos especiales; véase Esteban SOLA RECHE. «La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. 1.º, pp. 170 y 173-174 y «La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos», Comares, Granada, 1996, pp. 108 y ss. La opinión radical de Zielinski ha hallado eco en CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 437 y 476 y ss., y J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente. (Doctrina penal y regulación legal)*, pp. 249 y ss. Cuello Contreras, rechaza, sin embargo, la concepción puramente subjetiva de lo injusto de Zielinski, según el cual el desvalor de la acción se basa exclusivamente en las representaciones del autor en la voluntad contraria a la norma; véase, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito*, pp. 486-488. La concepción puramente subjetiva de lo injusto de Zielinski ha sido asumida y desarrollada en Argentina por Sancinetti; véase Marcelo A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

(69) Véase, en este sentido, G. STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht», *Festschrift für F. Schafstein*, Verlag O. Schwartz, Göttinga, 1975,

Esta concepción de la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado es sustentada, con diversas argumentaciones, por la mayoría de los penalistas españoles e iberoamericanos (70).

d) *Valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación.*

El reconocimiento por el finalismo de la existencia de elementos subjetivos en todas las causas de justificación ha hallado una amplia acogida en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (71). Las opiniones difieren en cuanto a la naturaleza

p. 187, R.F. SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Ediciones Rialp, Madrid, 1963, pp. 75 y ss. y «Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?», *Festschrift für Hans Welzel*, p. 392 y mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 156 y ss. y 187-188.

(70) Véase, por ejemplo, en España Susana HUERTA TOMICILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 46 y ss., 66 y ss. y 72-73, J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 35 y ss. y 190 (que incluyen el desvalor social de la acción *ex ante*, es decir la capacidad de la acción concreta para la lesión del bien jurídico en la tipicidad y el desvalor social del resultado *ex post* en la antijuridicidad), «Nuevo sistema de Derecho Penal», pp. 76 y ss. y 89 y ss.; Alfonso GUALLART DE VIALA, «La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 640 y ss., Carlos M.ª ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho Penal, I La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, p. 226, D. M. Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, p. 338, Alicia GIL GIL, «Sobre la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 389 y ss., y en Iberoamerika E. RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 395-396, Donna, «Teoría del delito y de la pena», 2, p. 23, H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, p. 247, L. REGIS PRADO, *Curso de direito Penal Brasileiro, Vol. 1 Parte Geral*, pp. 104-105 y 355 y ss., VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 340-341 y F. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 460 y ss., «Manual de Derecho Penal, Parte General», p. 347.

(71) Véase, por ejemplo, en España, J. CÓRDOBA RODA, notas a su traducción del «Tratado de Derecho Penal», de Maurach, I, p. 371, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pp. 107-8 y CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 247, M.ª José MAGALDI, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 228-229, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 198 y ss., J. J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 115-116 y 191-192, «Nuevo sistema de Derecho Penal», p. 93, J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 437-438 y 768, y en Iberoamérica, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 574 y ss., (E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA Y A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 573 y ss. rechazan, en cambio, la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación; véase la aguda crítica de Alicia Gil a esta nueva concepción objetivista de las causas de justificación en «¿Es posible y conveniente una justi-

de los elementos subjetivos de justificación: para algunos penalistas se trata sólo de la conciencia de la concurrencia de los elementos objetivos, para otros son equivalentes a los elementos subjetivos de lo injusto (como el ánimo de lucro en el hurto), o al dolo (conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de las causas de justificación) en los delitos dolosos (72); y por último son concebi-

ficación meramente objetiva?», *Revista de Derecho Penal*, 2006, 2, «Eximentes de la responsabilidad penal», I, pp. 87 y ss.), E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 365-366, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, Parte General*, II, pp. 137 y ss., Ed. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, pp. 134 y ss., H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, p. 205, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral*, pp. 394-395, J. VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 344, y F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 466-467, *Manual de derecho penal, Parte general*, pp. 349-350.

(72) Gimbernat considera que en todas las causas de justificación basta con que el autor haya tenido «conciencia de que objetivamente concurría una causa de justificación»; véase E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, p. 51, «Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht», en *Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium*, 1990, Friburgo en Br., 1991, pp. 71-2 y en el mismo sentido, Ed. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, p. 135, y J. VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 344. Consideran que los elementos subjetivos de las causas de justificación se corresponden con los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo, J. J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 116 y 192, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, p. 93, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 578-579. Esta era también antes mi opinión; véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 198-199. Para MIR PUIG los elementos subjetivos de justificación se corresponden con el dolo; véanse sus notas a la traducción de la tercera edición del *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, de Jescheck, I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 456, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho», 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 89, *Derecho Penal, Parte General*, p. 419, y en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *Comentarios a la Legislación Penal*, V, Vol. 1.º, Edersa, Madrid, 1985, p. 253, «Causas de atipicidad y causas de justificación», en *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 38 y ss. «Curso de Derecho Penal, Parte General», I, pp. 580 y 602-603, M.A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 214 y ss., 259 y ss. y 287-288, J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «La reforma del delito de aborto», *Comentarios a la Legislación Penal*, IX, Edersa, Madrid, 1989, p. 246-7, J. M. VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, P.P.U., Barcelona, 1994, pp. 86 y ss. E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 365-366, L. COUSIÑO, *Derecho Penal Chileno, Parte General*, II, pp. 141-142 y 144, F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, p. 466, «Manual de derecho penal, Parte general», p. 349 y H. CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Penal*, p. 205. Joaquín Cuello Contreras considera que el elemento subjetivo del tipo de autorización consiste en la representación de los elementos objetivos de las causas de justificación, esto es de la situación justificante y la conciencia de la necesidad e ido-

dos también, de un modo más correcto y consecuente con los postulados de la doctrina de la acción finalista, como la voluntad de realización del resultado valioso (el rechazo de la agresión ilegítima, la salvación del bien jurídico en peligro, en el estado de necesidad, el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo del derecho, etc.) que en la mayor parte de los casos queda fuera del tipo de la causa de justificación (73). La mayor parte de las causas de justificación son causas de justificación de varios actos o de resultado cortado (74). El tipo de la causa de justificación está ya realizado y la conducta es lícita si concurren todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación aunque no se haya producido el resultado valioso. La voluntad de realización comprende no solo los casos en que la producción del resultado valioso era el fin perseguido por el sujeto, sino también aquéllos en que el sujeto consideraba que era una consecuencia necesariamente unida a la consecución del fin y aquéllos en que había previsto su producción como posible y contaba con ella (75). Se discute también si la acción justificante tiene que ser o no idónea para la producción del resultado valioso (76).

---

neidad de la acción para salvar el bien jurídico de mayor valor; véase *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 764, 768 y 777 y ss.

(73) Esta es la opinión de Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, Comares, Granada, 2002, pp. 16 ss. y especialmente pp. 24-25 y «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n.º 15, enero 2005, pp. 137-138 y en *Problemas capitales del moderno Derecho Penal. Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, pp. 344-345; a cuya opinión se ha adherido también L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, Parte Geral*, pp. 394-395.

(74) Véase, a este respecto, Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 8, 15, 24-25, 36-37 y especialmente pp. 63 y ss. y *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, pp. 135 y ss. (ella hace una excepción para el consentimiento del ofendido y la exceptio veritatis en los delitos de injurias, art. 210 del Código penal español). En el mismo sentido hablaba ya Hirsch de causas de justificación de emprendimiento, en las cuales para la justificación de la conducta no es necesario que se produzca el resultado valioso (él excluía de ellas únicamente el consentimiento del ofendido); véase Hirsch, *Leipziger Kommentar, Observaciones previas al Par. 32, Nr. 53*.

(75) Véase, en este sentido, Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 16 ss y especialmente pp. 22 y 64-65. Según Hirsch, no basta el *dolus eventualis* en relación con el fin de justificación; véase *lug. cit.*

(76) Sanz Morán considera, siguiendo a Rudolphi, que la exigencia de la idoneidad de la acción para la consecución del resultado valioso es una consecuencia necesaria de la aplicación en estos casos de la teoría de la imputación objetiva; véase Ángel J. SANZ MORÁN, «Teoría general de la justificación», *Revista Penal*, n.º 5, enero 2000, p. 82. Para Cuello Contreras la idoneidad de la acción para evitar la lesión

En la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos se discute también intensamente, entre los seguidores de la concepción personal de lo injusto, si en caso de que concurren los elementos objetivos de las causas de justificación, pero falte el elemento subjetivo, el sujeto debe responder por tentativa o por delito doloso consumado. Si se ha producido el resultado, la apreciación de tentativa sólo podría hacerse por analogía (*in bonam partem*) con el argumento de que el desvalor del resultado ha quedado anulado por la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación (77). Ello estaría en contradicción, sin embargo, con la concepción de lo injusto como infracción de una norma de determinación (de una prohibición o de un mandato). El Derecho prohíbe la realización de acciones (peligrosas) dirigidas por la voluntad del sujeto a la lesión de un bien jurídico o que no respondan al cuidado objetivamente debido para evitar las lesiones de bienes jurídicos y no puede valorar positivamente las producciones de resultados que estén amparadas solo de un modo objetivo y casual en una causa de justificación. Del mismo modo que no basta que al desvalor de la acción siga la producción de un resultado para que quede constituido lo injusto de los delitos dolosos o imprudentes, sino que es necesario que entre ellos exista una conexión interna. El desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción (78). Por ello considero correcto que el sujeto, en los casos que analizamos, responda por un delito doloso

---

del bien jurídico es un elemento objetivo del tipo de autorización, al que corresponde, como elemento subjetivo, la representación del mismo; véase *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias, Teoría del delito*, pp. 768-769. Alicia Gil rechaza, con razón, por razones político criminales la exigencia de la idoneidad de la acción para evitar la lesión del bien jurídico. Con ello el ámbito de las conductas punibles no se vería reducido, sino ampliado (al contrario de lo que sucede con la exigencia de la peligrosidad de la acción en los tipos de lo injusto) y se desmotivaría a los ciudadanos para realizar la acción salvadora. Véase Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 40-41.

(77) A favor de la solución de la tentativa, en España, por ejemplo, E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, p. 51, Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 121 y ss., D. M. Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 125, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», p. 254, «Causas de atipicidad y causas de justificación», pp. 38-39 y *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 579, 580-581 y 603-604 (si se trata de causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado), y M.<sup>3</sup> A. TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, pp. 301 y ss., 327 y ss. 347 y ss. y 394.

(78) Véase mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 106 y ss., 136 y ss., 155 y ss., 179 y ss., y 186 ss. A mi opinión se han adherido Alicia GIL,

consumado (79). La pena del delito consumado puede ser atenuada, sin embargo, en una cierta medida. No se puede aplicar ciertamente una eximente incompleta (en este caso una causa de justificación incompleta) (80) (81), pues de acuerdo con la concepción personal de lo injusto el elemento subjetivo de la causa de justificación aparece como un elemento esencial (82), pero sí una atenuante por analogía a una causa de justificación incompleta (83).

Alicia Gil considera que es imposible una atenuación de la pena del delito doloso consumado, pues si falta el valor de la acción en una causa de justificación no se puede apreciar ni una exclusión ni una disminución de lo injusto (84). Lo injusto no queda, desde luego, excluido. No se puede apreciar que un valor del resultado anule el desvalor del resultado, ni un valor de la acción que anule el desvalor de la acción si falta el elemento subjetivo de la causa de justificación. El desvalor de la acción queda disminuido, sin embargo, si concurren

---

*La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, especialmente pp. 89-90 y 115 y ss. y L. Regis Prado, *Curso de Derecho Penal, Vol. I, Parte Geral*, p. 395.

(79) A favor de la solución de la consumación, en Iberoamérica, con diversos argumentos, E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III, pp. 577-578, y F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte general*, pp. 467-468, «Manual de derecho penal, Parte general», p. 350 (que propone una atenuación de la pena mediante la aplicación del precepto referente al exceso en una causa de justificación, del art. 32.7 del Código penal colombiano).

(80) En el Código penal español las eximentes incompletas están expresamente reconocidas como atenuantes (arts. 20 y 21.1).

(81) Como proponen M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 507-508, nota 13, J. M. VALLE MUÑIZ, «El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal», pp. 119 y ss., «La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación», en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Libro Homenaje a Claus Roxin, J. M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 460 y ss., MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 420-421, y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias, Teoría del delito*, pp. 780-781, 794 y ss. y 800.

(82) La opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española exige la concurrencia de los elementos esenciales de una eximente (en nuestro caso, de una causa de justificación) para poder apreciar una eximente incompleta como atenuante; véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 357 y ss.

(83) Véase también, en este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 507-508, nota 13, M.<sup>a</sup> Luisa MAQUEDA ABREU, «Los elementos subjetivos de justificación», *La Ley*, Año V, n.º 935, 11 de mayo de 1984, p. 7, nota 105 bis, y p. 8, nota 120, a cuya opinión se adhiere también Díez Ripollés «La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. 3.º, p. 748, nota 116.

(84) Véase, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 126 y ss. y especialmente p. 131.

todos o varios de los elementos objetivos de la causa de justificación. El valor de la acción en las causas de justificación consiste no solo en el elemento subjetivo de justificación, sino también en los elementos objetivos, mediante los cuales la ley describe la acción justificada. Los elementos objetivos no constituyen el valor de resultado en las causas de justificación, como suele considerarse (85), sino que forman parte del valor de la acción (86).

e) *La teoría de la culpabilidad.*

Según la teoría de la culpabilidad, desarrollada por Welzel, la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. El dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos y la conciencia de la antijuridicidad pertenece, en cambio, a la culpabilidad. El error de prohibición no puede excluir, por ello, el dolo. Si el error de prohibición era invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena. Si el error de prohibición era vencible quedan disminuidas la culpabilidad y la pena. La atenuación de la pena, según la concepción originaria de Welzel, debía ser meramente facultativa (87).

Entre los seguidores de la teoría de la culpabilidad fue siempre objeto de discusión si la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es o no un error de prohibición. Según la teoría pura o estricta de la culpabilidad sustentada por Welzel se trata de un error de prohibición. Según la teoría restringida de la culpabilidad la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error sobre un elemento del tipo (opinión mantenida por los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo), o debería ser tratada como si lo fuera, pues de este modo se llegaría supuestamente a resultados más justos. Solo el error sobre los límites de una causa de justificación o la invocación de una causa de justificación inexistente constituirían errores de prohibición.

Según una opinión minoritaria en caso de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, si el error era invencible, quedaría excluida no la culpabilidad,

---

(85) Esta era aún mi opinión en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, pp. 201 y ss.

(86) Véase, en este sentido, Alicia GIL, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, pp. 107 y ss.

(87) Véase H. WELZEL, «Das Deutsche Strafrecht», pp. 164 y ss. y *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pp. 66 y ss. («El nuevo sistema del Derecho Penal», pp. 112 y ss.).

sino ya la antijuridicidad de la conducta (88). Una concepción puramente subjetivista de las causas de justificación es mantenida en Argentina por Sancinetti. Éste, como Zielinski en Alemania, considera básicamente suficiente que el sujeto crea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación para que la conducta sea lícita. Lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes se agota en el desvalor de la acción. La creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación excluye el desvalor de la acción de los delitos dolosos y si el sujeto había examinado a conciencia y conforme a deber la posible concurrencia de los mismos queda excluido asimismo el desvalor de la acción de los delitos imprudentes (89). En España Cuello Contreras, aunque considera también que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes no solo queda constituido, sino que queda incluso agotado con el desvalor de la acción, exige que la acción salvadora sea idónea *ex ante* para alcanzar el resultado valioso, para que quede excluida la antijuridicidad (90).

La teoría pura y la limitada de la culpabilidad han hallado un gran eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos (91). Han hallado acogida, también, en varios códi-

(88) En este sentido, con fundamentaciones y exigencias diversas, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, pp. 126 y ss.; 158 y ss.; y 317 y ss. y *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 260 y ss., 272 y ss. y 381 y ss., MUÑOZ CONDE, «Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung», en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium für Claus Roxin*, Editorial Carl Heymanns, 1995, pp. 213 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, pp. 33-34, y *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 575-576, y MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 418-419.

(89) Véase D. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, pp. 218 y ss., 266-267, y 268 y ss., trad. esp. de M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, pp. 511 y ss.

(90) Véase J. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 768-769, 785 y ss. y 1107-1108; una crítica de la concepción puramente subjetivista de lo injusto de Zielinski y Sancinetti en pp. 486 y ss.

(91) En España fui el primero que propuse la aceptación y aplicación de la teoría pura de la culpabilidad; véase «La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español», *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 166, 1964, «Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Editorial Carl Heymanns, 1989, pp. 473 y ss.; mi *Curso de Derecho Penal Español, III, Teoría jurídica del delito/2*, pp. 124 y ss. En España sustentan también la teoría pura o estricta de la culpabilidad, por ejemplo, Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, pp. 131 ss. y 145 y ss., Carlos ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, pp. 761 y ss., Luis GRACIA MARTÍN, «Política Criminal y Dogmática Jurídico-Penal del proceso de reforma penal en España (y II)»,

gos penales. En el art. 14.3 del Código penal español se regula el error de prohibición de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, pero nuestro legislador, como el alemán, ha dejado abierta la cuestión de si la

---

*Actualidad Penal*, 1994, n.º 18, p. 378, Enrique BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 307-308 y 312-313 (que exige la posibilidad de la conciencia de la punibilidad), M.ª Luisa MAQUEDA, «El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 31, 1987, pp. 260-261, J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980», *Cuadernos de Política Criminal* n.º 15, 1981, pp. 519 y ss., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 807 y 610 y ss. (según el cual el error sobre la punibilidad debe ser tratado, por analogía, como el error de prohibición), J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, «Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien», *Juristenzeitung* 1984, fasc. 12, p. 561, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 1073-1074, 1080, 1094 y 1097-1098, Mariano MELENDO PARDOS, *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Atelier, Barcelona, 2007; en Argentina E. Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, IV, pp. 86 y ss., 222 y 228 y ss., E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA y A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 503-504, 647 y ss., 698, 700 y 707 (que exigen la conciencia actual o posible de la ilicitud penal; véanse *Tratado de Derecho Penal*, pp. 105, 192 y 207, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 651 y 701), y Ed. A. DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, 2, *Imputación delictiva*, pp. 279 y ss. y 286-288 (que se adhiere a la teoría de Maurach de la responsabilidad por el hecho, como elemento de la imputación de la conducta; véanse *Teoría del delito y de la pena*, 1, pp. 240 y ss. y *Teoría del delito y de la pena*, 2, pp. 187 y ss.); en Chile por Luis Cousiño, *Derecho Penal Chileno*, III, pp. 201 y ss. (aunque considera que en el error de prohibición vencible se debe eximir también de responsabilidad); en Brasil, H. Claudio FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte geral*, pp. 227 y ss. y L. Regis PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol 1, Parte Geral*, pp. 448-449; en Colombia F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 555, y 558 y ss. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 407 y 410-411; en Mexico C. DAZA GÓMEZ, *Teoría general del delito*, pp. 209-210 y 225; y en Perú Julio ARMAZA GALDÓS, *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, Editorial Adrus, Arequipa, 2004, pp. 181 y ss. La teoría limitada de la culpabilidad es defendida, por ejemplo, en España, por A. TORÍO LÓPEZ, «Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal», en *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 109 y ss. y LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 473 y ss.; en Argentina por E. RIGHI, «La influencia de Welzel en el Derecho penal argentino», en *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, pp. 230-23; en Chile, modernamente, por E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, 7.ª ed., pp. 440, 445 ss y 448 (con anterioridad seguía la teoría de la culpabilidad pura), en Brasil por Luiz Flávio GOMES, «Erro de tipo. Erro de proibição», 3.ª ed., *Revista dos Tribunais*, 1996, pp. 144 y ss. y 161-162, y M. REALE, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, I, pp. 203-205; en Perú por José HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, I, pp. 656 y ss. 659 y ss. y 663 y ss. y VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, p. 345; y en Ecuador por ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 342 y ss.

suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error de prohibición o un error sobre un elemento del tipo. Según la opinión dominante, sin embargo, solo la teoría pura o estricta de la culpabilidad se ajusta a la voluntad de la ley (92). Una peculiaridad de la regulación del error de prohibición en el Código penal español, que ha hallado eco en varios códigos penales de los países iberoamericanos, es que para el error de prohibición vencible se prevé una atenuación obligatoria de la pena (93). Esta peculiaridad no significa que se haya querido llegar a una solución de compromiso entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad (94), sino que se trata de una regulación más correcta desde el punto de vista dogmático y político criminal (95). Aun cuando el error de prohibición fuera muy fácilmente vencible, se hallaría disminuida la capacidad del sujeto para obrar de otro modo y, por consiguiente, la culpabilidad (96). Por otra parte, desde el punto de vista político-criminal, una atenuación meramente facultativa de la pena llevaría con-

(92) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, III, Teoría jurídica del delito /2*, p. 133 y J. M. ZUGALDÍA ESPINAR, «Artículo 14», en «Comentarios al Código Penal», I, Edersa, Madrid, 1999, pp. 699-700.

(93) Se establece también una atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición vencible en el Código penal peruano (art. 14), en el Código penal federal (art. 66) y en el Código penal para el distrito federal de México (art. 83), en el Código penal paraguayo (arts. 22 y 67) y en el nuevo Código penal de Colombia (art. 32.11).

(94) Como cree CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del delito*, pp. 703 y ss., 1094 y 1101. Algunos penalistas españoles consideran que la regulación del error de prohibición en el Código penal español, cualquiera que haya sido la voluntad del legislador histórico, se inspira en la teoría del dolo, desde el momento en que se establece para el error de prohibición vencible una atenuación obligatoria de la pena; véanse, en este sentido, MIR PUIG, «Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform», *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986, pp. 38 y ss., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 552-553, y «Artículo 14», en *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 677-678; y M. COBO DEL ROSAL-T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., p. 682. y en contra de mis argumentos en mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, pp. 131 y ss. VIVES ANTÓN cambió después de opinión en los *Comentarios al Código Penal de 1995*, dirigidos por él, I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 96. Muñoz Conde considera que la regulación del error de prohibición en el Código penal español no responde ni a la teoría del dolo ni a la de la culpabilidad, sino a una teoría orientada en las consecuencias; véase, F. MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 43 y 123 y ss.

(95) Véase, a este respecto, mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, pp. 129-130.

(96) De otra opinión LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, p. 464 y M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 352 (aunque a pesar de ello se manifiesta a favor de una atenuación obligatoria de la pena).

sigo el peligro de que los tribunales considerasen que todos o casi todos los errores de prohibición eran vencibles, pero que no procedía una atenuación de la pena. De este modo el principio *error iuris nocet* recobraría indirectamente su vigencia en el Derecho penal español.

En Iberoamérica la teoría pura o estricta de la culpabilidad ha hallado acogida en el Código penal federal (arts. 15, VIII, B y 66) y en el Código penal para el Distrito federal de México (arts. 29, VIII, b y 83) y la teoría de la culpabilidad limitada en los códigos penales de Brasil (arts. 20.1 y 21), Bolivia (art. 116.1, párrafo 3.º, y 12,2) y Colombia (art. 32.10 y 11). El Código penal del Perú no se pronuncia acerca de si el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición.

f) *El concepto finalista de autor.*

Por último, quisiera solo señalar que la doctrina de Welzel del dominio finalista del hecho, para definir la autoría en los delitos de acción dolosos, ha ejercido una gran influencia en la Ciencia del Derecho penal española y de los países iberoamericanos (97).

---

(97) En España es seguida, por ejemplo, por CÓRDOBA RODA, en las notas a su traducción del Tratado de Maurach (*Tratado de Derecho Penal*, II, p. 310, nota 3), J. BUSTOS RAMÍREZ-H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, II, pp. 287 y 289-290, F. MUÑOZ CONDE-M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 435-436, BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, pp. 360 y ss. (que señala que nuestro Tribunal Supremo sigue cada vez en mayor medida la teoría del dominio del hecho; véase p. 364, nota 729), y parcialmente por mi *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, III, pp. 211 y ss. En Iberoamérica la teoría del dominio del hecho es seguida, por ejemplo, en Argentina por E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, IV, pp. 305 y ss., E. R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 741 y ss., y Ed. A. DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2.ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 30 y ss. y especialmente p. 39; en Perú por Raúl PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal, Estudio programático de la Parte General*, pp. 336 y ss., 339 y ss. y 347 y ss., y J. VILLA STEIN, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 294-296, 298 y ss. y 303 ss.; en Brasil por Luiz REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*, pp. 487 (adhiriéndose, en parte, a mi opinión); en Chile por E. CURY, *Derecho Penal, Parte General*, II, 1.ª ed., 1985, pp. 234-235, 244 ss. y 246 ss. (aunque en la 7.ª ed., siguiendo a Roxin, mantiene el criterio del dominio del hecho únicamente para los delitos de dominio, que distingue de los delitos de infracción de un deber y de los de propia mano; véase pp. 591 y ss. 595 y ss., 616 y ss., y 621-622); y en Colombia por F. VELÁSQUEZ, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 612 y 614 y ss., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 450-451 y 453 y ss.