

## ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL OBJETO, EL SISTEMA Y LA FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL DERECHO PENAL

Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez  
Titular de Derecho Penal - Universidad de Valencia  
Nuevo Foro Penal  
Revista del Centro de Estudios Penales  
de la Universidad de Antioquia  
Nº 62 1999

### (p. 95) 1) Introducción.

A lo largo del presente trabajo, se van a exponer, con toda la brevedad que sea posible, algunos modelos metodológicos con el fin de destacar la relación existente entre la configuración de la Ciencia jurídicopenal, los componentes básicos que integran el Derecho Penal y la propia tarea que se le asigna a este sector del ordenamiento jurídico. Se pretende, pues, poner en conexión función del Derecho Penal, objeto del Derecho Penal, metodología y sistemática en Derecho Penal. También quisiera destacar algunos aspectos ideológicos que en cierta medida explican este conjunto de vinculaciones. Pero esa reflexión ideológica quedará más nítidamente expresada en el último apartado de este trabajo.

Se ha puesto de manifiesto por un número considerable de autores que el edificio sistemático diseñado por las diferentes concepciones penales se apoya frecuentemente bien en el concepto previo de norma penal del que se parte, bien en el de acción. Aquí quisiera, sin rechazar esta idea, lanzar también argumentos en favor de la afirmación inversa: esto es, que las concepciones de la regla jurídicopenal y de la conducta criminal han sido de igual forma tributarias de las connotaciones sistemáticas derivadas de la teoría del delito y de la propia función que se le asigne al Derecho Penal.

Es decir, con algunos ejemplos de construcciones sistemáticas, pretendo mostrar en la evolución de las diferentes concepciones teóricas (p. 96) cómo juegan los diversos elementos fundamentales de las mismas en atención a los fines que se le otorga al sistema penal. La norma jurídica o el concepto de acción pueden ser el presupuesto teórico fundamental sobre el que se estructura la teoría jurídica del delito en una época determinada. Pero estas mismas instituciones aparecen, en diferente contexto histórico, ya no como piedra angular del edificio sistemático, sino como consecuencia de una estructura teórica previamente elaborada. Y estos cambios de posición tan relevantes se ven fomentados notablemente por los fines que se le asignen al Derecho Penal, que no son ajenos a la influencia del pensamiento político de cada época. Vamos a ver algunos ejemplos.

### 2) Norma penal, estructura del delito, sistema y función del Derecho Penal.

Comenzaré con el análisis de la norma jurídica en sus relaciones con el Derecho Penal. Y voy a referirme ahora especialmente a la concepción imperativa de la norma penal, continuando después con la teoría de la doble función. Este apartado finalizará con una exposición de un sistema de Derecho Penal que se fundamenta en la tesis de la motivación de la norma.

La concepción imperativa, en sus postulados originales, parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico se integra por manifestaciones de voluntad del legislador que se imponen al querer de los ciudadanos particulares, exigiendo de los mismos un determinado comportamiento<sup>1</sup>. Dicho comportamiento se regula a través de la vinculación del destinatario de la norma con el deber jurídico que emana de la misma, y que se establece en una relación de exigencia con base en la consecuencia jurídica de aquella. El deber, en este sentido, es la expresión técnica del sometimiento del sujeto a una voluntad superior (de la comunidad jurídica, del legislador o del Estado) que se dirige hacia una conducta humana, descrita de forma general y abstracta en la mayoría de los casos. Dicha conducta

---

<sup>1</sup>JESCHECK, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4ª Edic. Berlin, 1988; pág. 200.

viene de esta forma determinada y supeditada al imperio de aquella voluntad superior<sup>2</sup>. De ahí se desprende que la norma sea un imperativo, y el deber represente el correlato de dicho imperativo. El ordenamiento jurídico es así concebido como un complejo de imperativos.

La concepción imperativa de la norma fue inicialmente formulada por THON<sup>3</sup> y BIERLING<sup>4</sup>, si bien existen claros precedentes en MERKEL<sup>5</sup>. Con posterioridad esta teoría (p. 97) ha sido seguida en Alemania, con notables variaciones, por un importante sector doctrinal<sup>6</sup>.

A su vez, el vínculo de la determinación de la conducta y la norma se establece externamente a través de dos formas: el mandato, que representa la imposición del deber de actuar positivo, y la prohibición, que constituye la prescripción negativa de la conducta dirigida a la abstención de un determinado comportamiento. Los mandatos y las prohibiciones del Derecho no siempre aparecen expresados de una forma clara y manifiesta, sino que se desprenden indirectamente de las consecuencias de la aplicación de la norma, como es el caso de las disposiciones privativas de derechos<sup>7</sup>.

El imperativismo explica, en su versión más ortodoxa, el ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos y prohibiciones. Se admiten, claro está, disposiciones que no son ni preceptos ni interdicciones, pero, como ha señalado BUSTOS<sup>8</sup>, "estas otras reglas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente".

Este planteamiento también afecta al aspecto funcional que se le otorga al Derecho penal. Desde una concepción imperativa de la norma, el fin que pretende el sistema jurídico-punitivo es dirigir la voluntad del individuo en el sentido del obrar conforme a Derecho con anterioridad a la comisión de una acción

---

<sup>2</sup>"Es claro que todos los imperativos tienen una determinada validez, a la que se dirigen, pues éstos, de hecho, no quieren ser otra cosa que la expresión de una voluntad, que dirige su aguijón no o no al menos contra el mero sometido, sino esencialmente contra otro y siempre de alguna forma contra alguien determinado". BIERLING, Ernst Rudolph: *Juristische Prinzipienlehre*. Tomo I. Nueva reimpresión de la edición aparecida entre 1894 y 1917, Aalen, 1961; págs. 26 y 27.

<sup>3</sup>THON, August: *Rechtsnorm und subjektives Recht*. Nueva reimpresión de la edición de Weimar 1878. Aalen, 1964.

<sup>4</sup>BIERLING, Ernst Rudolph: *Zur Kritik der Juristische Grundbegriffen*. Reimpresión de la edición de Gotha, 1877-1883, Aalen, 1965.

<sup>5</sup>MERKEL concibió el injusto como lesión del derecho, es decir, como rebelión contra el poder espiritual del Derecho. A su vez, la violación del Derecho como infracción del poder espiritual presupone la capacidad de imputación del hombre, de tal forma que sólo los capaces de acción pueden ser culpables. Por otra parte, en su concepción el injusto y la culpabilidad todavía no encuentran una clara distinción. MERKEL, Adolf: *Kriminalistische Abhandlungen*. Tomo I. Leipzig, 1867; págs. 5 y ss. Vid, al respecto, la exposición de ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I. München, 1992; pág. 199, núm. 91.

<sup>6</sup>Al respecto, JESCHECK, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4ª Edic. Berlin, 1988; pág. 213, nota 20. En Alemania, se pueden citar como autores que admiten esta concepción de la norma penal, entre otros, ENGISCH, H. MAYER, ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH, WELZEL o ZIPPELIUS.

<sup>7</sup>"Con frecuencia tampoco quieren aparecer externamente como tal las prohibiciones y los mandatos del Derecho y se tienen que determinar de forma indirecta a partir de sus consecuencias con las que se amenaza para el caso de su infracción. Conceptualmente, por tanto, existe en toda proposición jurídica un imperativo, un *praeceptum legis*, o, como hoy estamos obligados a decir, una norma". THON: *Rechtsnorm und subjektives Recht...* cit.; págs. 2 y 3.

<sup>8</sup>BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Introducción al Derecho penal*. Bogotá, 1986; pág. 46. Esta idea fue modernamente desarrollada por ENGISCH: "... Tanto las disposiciones legales conceptuales como también los permisos solamente son, por tanto, proposiciones dependientes. Estas sólo tienen sentido en relación con imperativos que las aclaran o las limitan, como, vuelto por pasiva, esos imperativos sólo pueden llegar a completarse si se tienen en mente las aclaraciones por medio de las definiciones legales y los límites, tanto a través de permisos como por ciertas excepciones" ENGISCH, Karl: *Einführung in das juristische Denken*. 7ª Edic. Stuttgart, Berlin, Köln y Mainz, 1977; pág. 23.

que pueda considerarse antijurídica<sup>9</sup>. La valoración, en tal sentido, no sería inherente a la norma penal, pues aquélla habría guiado al legislador en el proceso de elaboración de la ley, pero perdería su virtualidad cuando se tratara de determinar el marco de actuación de la norma, de su eficacia<sup>10</sup>. Eficacia que se persigue por medio de una coacción psicológica (p. 98) dirigida a la generalidad de los destinatarios a través de la amenaza del castigo. De esta forma, se lleva a cabo la dirección de la conducta del sujeto, y por ello, este modo de concebir la disposición penal se denomina también norma de determinación<sup>11</sup>.

Ahora me interesa destacar que la doctrina imperativista de la norma penal tiene también, en principio, repercusiones en el ámbito de la teoría del delito<sup>12</sup>. Como ha señalado MIR PUIG, la consecuencia dogmática más importante de la concepción imperativa de la norma penal es la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo, pues éste representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma<sup>13</sup>. La antijuridicidad, por tanto, se contempla desde parámetros subjetivos porque el centro de la contradicción a la norma no es ya la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico impersonalmente considerado, sino la voluntad rebelde que no se somete al precepto<sup>14</sup>.

Esta formulación original de la norma como imperativo encontró algunas dificultades en el desarrollo de la teoría del delito, entre las que cabe destacar la apenas diferenciación entre injusto y culpabilidad<sup>15</sup> o la ausencia de consecuencia jurídica alguna para los hechos ilícitos cometidos por incapaces<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup>JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de la 3ª Edic. , adicionada y anotada por MUÑOZ CONDE, Francisco y MIR PUIG, Santiago. Barcelona, 1981; pág. 320.

<sup>10</sup>JESCHECK: *Ibidem*. MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona, 1976; pág. 57.

<sup>11</sup>Sin embargo, no para todos los autores norma de determinación se identifica con imperativo. En este sentido LARENZ diferencia entre mandato y determinación. El primero se dirigiría a la voluntad del destinatario para ordenar o prohibir algo, el segundo se dirigiría a una comunidad indeterminada y amplia de personas y vendría representado como una pretensión de validez general. A este segundo supuesto corresponderían disposiciones como ésta que señala que la capacidad jurídica de la persona comienza con el nacimiento. LARENZ, Karl: *Der Rechtssatz als Bestimmungssatz*. Festschrift für Karl ENGISCH zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main, 1969; pág. 155.

<sup>12</sup>Sin embargo, ha señalado BACIGALUPO que si bien el concepto de norma penal influyó en las distintas formulaciones de la teoría del delito, hoy en día no existe una relación necesaria entre concepción de la norma penal y estructura de la infracción punible. BACIGALUPO, Enrique: *La función del concepto de norma en la dogmática penal*. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor LUIS JIMENEZ DE ASUA. Monográfico de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 11 (1986); págs. 73 y 74.

<sup>13</sup>MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal... cit.*; pág. 58.

<sup>14</sup>Sobre las consecuencias derivadas de la formulación original de la concepción imperativa de la norma en la antijuridicidad y en la culpabilidad, BACIGALUPO, Enrique: *La función del concepto de norma en la dogmática penal... cit.*; pág. 64.

<sup>15</sup>Si bien es cierto que en la formulación inicial de THON la norma se dirige también al incapaz de acción en la medida en que éste puede cometer un hecho antijurídico, en los posteriores desarrollos, especialmente en el de HOLD VON FERNECK, el mandato sólo tiene como destinatarios a los imputables. En efecto, si la imputación subjetiva consistía desde VON LISZT en la normal determinabilidad conforme a motivos, el imperativo no se podría dirigir a alguien que carecía de las condiciones básicas para dirigir su conducta conforme a una norma cuyo sentido era incapaz de comprender. De ahí que antijuridicidad e injusto se vuelvan de nuevo a confundir. En este sentido, HOLD VON FERNECK, Alexander: *Die Rechtswidrigkeit*. Tomo I, Jena, 1903; págs. 98 y ss.

<sup>16</sup>En este sentido, BACIGALUPO: *La función del concepto de norma en la dogmática penal... cit.*; págs. 64 y 65.

En efecto, la distinción entre injusto y culpabilidad se hace difícil cuando la antijuridicidad se fundamenta en la actitud de rebeldía y desobediencia del sujeto a la **(p. 99)** norma, de carácter eminentemente subjetivo. De otro lado, en la medida en que la norma jurídica es concebida en esta primera época como mandato o prohibición dirigido a todos los ciudadanos, sólo pueden transgredirla sus auténticos destinatarios, esto es, aquéllos que pueden comprender la prohibición y el mandato, es decir, los individuos que tienen capacidad de acción. Se tenía que llegar a la poco convincente conclusión de que los inimputables no podían cometer actos antijurídicos. Esta vez, los problemas que planteaba mantener una coherente sistematización de la estructura del delito, junto con el hecho de la distinta tarea que se pretendía asignar al propio Derecho Penal, actuaron como causas relevantes en la variación del rumbo seguido en la configuración de la esencia de la norma penal.

El cambio de orientación, hemos visto, se produce también en el mismo aspecto funcional del Derecho Penal. A finales del siglo pasado y comienzos del presente el punto de vista respecto del fin que persigue el Derecho Penal se modifica y se dirige a la protección de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos, obligando así a los teóricos juristas a buscar un concepto de norma que otorgase preeminencia al aspecto objetivo de la lesión de intereses relevantes para la colectividad. Aparece así una más nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad: la primera, como juicio objetivo y despersonalizado de desvalor del hecho; la segunda, como juicio de desvalor de la personalidad del autor. La nueva concepción filosófica neokantiana que resalto el aspecto valorativo en la forma de aprehender la realidad, impulsó a la nueva dirección metodológica<sup>17</sup>.

**(p. 100)** Y es precisamente este cambio de perspectiva en los fundamentos de la teoría del delito el que ahora abonaría, a su vez, el campo del que naciese una nueva concepción de la norma penal más acorde con las modificaciones estructurales en la sistemática del Derecho Penal. La concepción de la norma penal es ahora deducida del modelo teórico derivado de la estructura del delito. El nuevo planteamiento optaría, sin olvidar el aspecto determinativo de la disposición jurídicopenal, por dar mayor relevancia al aspecto valorativo de la misma.

Y así, en las primeras décadas del presente siglo se impondría una corriente doctrinal representada cronológicamente por NAGLER, GOLDSCHMIDT y MEZGER que en la afirmación de una concepción objetiva y material del Derecho, y de su contradicción, esto es, la antijuridicidad; les llevaría a proponer

---

<sup>17</sup>Este cambio de concepción en la teoría del delito se observa ya en una época anterior en el mismo VON LISZT. En la 3ª edición de su tratado (Berlín y Leipzig, 1888) el autor alemán estructura claramente el injusto con base en la concepción imperativa de la norma, y, por ejemplo, la antijuridicidad la entiende como un ataque dirigido contra el ordenamiento jurídico, contra la fuerza vinculante que imponen los mandatos y las prohibiciones que el mismo establece (págs. 131 y 132). En la 4ª edición de esta misma obra (Berlín, 1891) ya no se dice tan sólo que la antijuridicidad suponga el ataque al ordenamiento jurídico o la desobediencia a sus mandatos y prohibiciones. Se sigue manteniendo que el injusto consiste en un menoscabo o lesión del Derecho, una infracción de preceptos estatales, pero lo más importante es que por primera vez señala el profesor alemán, dentro del apartado de la antijuridicidad, que todo delito comprende un ataque a intereses protegidos jurídicamente, y que dicho ataque consiste bien en la lesión de un bien jurídico o bien en su puesta en peligro (pág. 145). Es más, en el marco del injusto, el imperativo queda desplazado a un segundo plano como se desprende de las siguientes palabras: "Todo ataque al bien jurídicamente protegido es, en sí mismo, antijurídico, sin que esto requiera una especial prohibición del ordenamiento jurídico. El concepto de bien jurídico encierra en sí mismo necesariamente la prohibición de toda perturbación" (pág. 145).

De igual forma, en el plano de la culpabilidad se observa un importante cambio. En la tercera edición ésta queda relegada a la pura capacidad biopsíquica de imputación y a sus formas (el dolo y la culpa). La capacidad de imputación se define así como un estado normal de determinabilidad conforme a motivos (pág. 150). En la cuarta edición se introducen nuevos elementos definitorios de la culpabilidad en correspondencia con una mejor distinción realizada en el plano de la antijuridicidad. Se define la culpabilidad (cosa que no ocurre en la anterior edición) y se dice, por ejemplo: "Culpabilidad es responsabilidad por el resultado causado a través de un movimiento corporal voluntario". También se señala que la capacidad de culpabilidad es la capacidad para ser responsable de una acción antijurídica. El aspecto personal y subjetivo de la culpabilidad frente a la objetivización de la antijuridicidad se acentúa cuando en esta edición aparece como presupuesto de la responsabilidad jurídicopenal la determinabilidad de la voluntad a través de la propia conducta y personalidad del sujeto derivada del conjunto de representaciones que la conforman, de la religión, de la moral, del Derecho, inteligencia, cultura, etc. (pág. 160).

una nueva definición de la norma penal<sup>18</sup>.

NAGLER parte de la idea del Derecho en su función primaria como orden objetivo de la vida social y como regulación externa de la convivencia humana en el ámbito de la comunidad. La antijuridicidad viene determinada precisamente con base en el menoscabo de esas condiciones de convivencia externa de los miembros de la comunidad<sup>19</sup>.

GOLDSCHMIDT no combatió la teoría de los imperativos en el ámbito del Derecho penal, aunque su posición constituye el germen de la teoría de la doble función de la norma penal<sup>20</sup>. En su concepción, el injusto objetivo depende de las valoraciones abstractas del Derecho, o dicho de otra forma, de estados objetivos y externos en los que se puede reconocer por cualquiera la conducta correspondiente. Esto sucede cuando un concreto presupuesto de hecho se corresponde con el ámbito de esa norma abstracta. Junto a ésta, se encuentra la norma de deber que exige una conducta interna<sup>21</sup>. El deber jurídico aparece así como imperativo. Esta primera norma objetiva que obliga a todos, imputables e inimputables, conduce, a su vez, a una segunda norma (si bien ésta goza de cierta independencia frente a aquélla) que se dirige al individuo en particular, a su conducta interna, para que determine su comportamiento externo conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Mientras que la primera norma prohibiría la causación del resultado y de esta forma se fundamentaría el injusto objetivo, esta otra segunda norma o norma de deber, se dirigiría a la determinación de la conducta del individuo en favor del cumplimiento de la legalidad y fundamentaría la culpabilidad<sup>22</sup>.

**(p. 101)** La formulación de la doble función de la norma penal, tras estos precedentes, encuentra una primera completa elaboración con MEZGER<sup>23</sup>. El citado autor alemán, en su intento de encontrar una nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, establece un concepto del injusto netamente diferente al propugnado en su día por THON o HOLD VON FERNECK. "Injusto es, por tanto, todo aquello que se encuentra en contradicción con la voluntad del ordenamiento jurídico, no sólo el menoscabo de sus mandatos y prohibiciones, sino también toda organización de las conductas externas, que se oponen a sus principios reconocibles. Antijurídico es, por tanto, no sólo el culpable, sino el también inculpable ataque de los imputables a los bienes jurídicos..."<sup>24</sup>. El Derecho es concebido como un orden objetivo de la vida, y el injusto, en correspondencia, como la lesión de ese orden objetivo. De ahí que el autor alemán señale que "no es imaginable el Derecho como <<norma de determinación>> sin el Derecho como <<norma de valoración>>, el Derecho como norma de valoración es presupuesto lógico e incondicional del Derecho como norma de determinación... si alguien quiere determinar algo, tiene que saber con anterioridad lo que quiere determinar, tiene que <<valorar>> algo en un determinado sentido positivo. Un prius lógico del Derecho como norma de determinación es sobre todo el Derecho como norma de valoración, como <<orden objetivo de la vida>>... Para la consideración cognitiva del deber ser del Derecho, para la constatación del concepto de Derecho, la concepción del

---

<sup>18</sup>Una exposición sobre este punto en ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 199, núm. 92.

<sup>19</sup>NAGLER, Johannes: *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*. Festschrift für Karl BINDING zum 4. juni 1911. Reimpresión de la edición de Leipzig, 1911. Aalen, 1974; págs. 213 y ss.

<sup>20</sup>GOLDSCHMIDT, James: *Der Notstand, ein Schuldproblem*. Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (1913); págs. 129 y ss.

<sup>21</sup>La tesis de GOLDSCHMIDT está muy cercana a la de MEZGER. La diferencia fundamental se encuentra en que para este último autor, la norma de determinación deriva de la norma de valoración, mientras que en aquél una norma se encuentra junto a la otra. MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho penal*. Traducido y revisado por Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ. Madrid, 1955; pág. 346, nota 6.

<sup>22</sup>Una valoración de la posición de GOLDSCHMIDT en relación con lo que representa el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentra en ZIELINSKY, Diethart: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973; págs. 22 y 23.

<sup>23</sup>MEZGER, Edmund: *Die subjektiven Unrechtselemente*. Der Gerichtssaal, núm. 89 (1924); págs. 207 y ss.

<sup>24</sup>MEZGER: *Die subjektiven Unrechtselemente...* cit.; pág. 218.

Derecho como norma de valoración resulta como necesidad apriorística"<sup>25</sup>.

Pero, como es evidente, una norma que sólo sea concebida como juicio de valor no puede dejar de ser nada más que una declaración de buenas intenciones. La norma tiene también pretensión de eficacia, aunque venga dirigida a la afirmación y al mantenimiento real de los valores que protege el propio Derecho. La tesis de la norma como norma de determinación no es abandonada, sino que trasladada a un segundo plano, pues el propio concepto que encierra la misma obliga a la necesaria referencia del destinatario de la norma. Dirá entonces MEZGER que mientras que el ordenamiento jurídico es un complejo de normas que como tal (es decir, como integrantes de ese ordenamiento jurídico) sólo pueden ser concebidas sin destinatario alguno; la realización y puesta en práctica de ese conjunto normativo sólo puede llevarse a cabo a través de los imperativos, mandatos y prohibiciones, que no se identifican directamente con la norma, sino que tan sólo se toma en consideración a la misma a partir de sus consecuencias como el medio necesario para su imposición o puesta en práctica.

El imperativo, en la tesis mezgeriana, no constituye la norma misma, sino tan sólo un medio de su realización, que no se confunde con aquélla: "Desde el punto de vista lógico es un error pensar en la norma y en el medio de realización de la norma (imperativo), como unidad, se trata de cosas diferentes. El concepto abstracto de la norma es independiente de la concreta circunstancia de su subjetiva relación normativa"<sup>26</sup>. (p. 102) Lo que él entiende como norma en sí misma considerada es una concreción del deber ser impersonal que describe un determinado estado de la vida social, que no va dirigida a destinatario alguno. El imperativo, o, por emplear sus términos, el medio de realización de la norma, deriva de la norma objetiva de valoración y se dirige a un destinatario, individual o genérico, expresando el deber personal que a él le corresponde en razón de la vinculación originada en el Derecho objetivo. En consecuencia, el propio MEZGER expresa con meridiana claridad el núcleo básico de su teoría de la norma penal: "La norma es en su evidencia conceptual sólo imaginable como deber ser impersonal en el que el destinatario no es ningún requisito esencial. Las normas del Derecho son normas de valoración dirigidas a un determinado y objetivo estado social, antes de que éstas conserven, en un amplio proceso lógico, el carácter de normas de determinación. Esta separación entre norma e imperativo es presupuesto ideal necesario para una clara y pura separación entre determinadas proposiciones que se refieren a la norma en su independencia abstracta, de aquellas otras que se refieren al medio de realización de la norma de los imperativos"<sup>27</sup>. Similar posición en torno a la concepción de la doble función de la norma penal mantiene Eberhard SCHMIDT<sup>28</sup>.

Esta formulación del carácter y de la esencia de la norma penal permitió fundamentar una clara distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad. El injusto, concebido como lesión del Derecho, consiste en la infracción de la norma propiamente dicha, esto es, como norma objetiva de valoración. La antijuridicidad es objetiva en el sentido de que ésta consiste en un juicio de desvalor impersonal, sin referencia alguna al sujeto activo de la infracción penal. De esta norma objetiva de valoración se desprende la norma subjetiva de determinación, que actúa como juicio de reproche de la conducta del concreto autor en relación con el hecho cometido. Es decir, la infracción de la norma de deber dirigida al sujeto establece el fundamento de la culpabilidad<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup>MEZGER: *Die subjektiven Unrechtselemente...* cit.; págs. 240 y 241.

<sup>26</sup>MEZGER: *Die subjektiven...* cit.; pág. 245.

<sup>27</sup> MEZGER: *Ibidem*.

<sup>28</sup> En VON LISZT, Frank-SCHMIDT, Eberhard: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 26ª Edic. Berlin y Leipzig, 1932. Tomo I; pág. 174.

<sup>29</sup>"Si entonces nosotros hacemos frente en la <<antijuridicidad objetiva>> y en la <<juridicidad objetiva>> al Derecho en su función como norma de valoración, de igual forma tendrá que interesarnos todavía más dentro de la teoría de la culpabilidad en su función como norma de determinación". SCHMIDT, Eberhard en *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht...* cit.; pág. 176. En el mismo sentido, MEZGER: *Tratado de Derecho penal...* cit.; pág. 343: "... el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige "a todos" y la norma de deber como norma de determinación que se dirige "sólo" al personalmente obligado, hace posible,

Esta es, a grandes rasgos, la evolución de la teoría de la norma penal en sus dos concepciones básicas, como imperativo y en referencia a su doble función, valorativa y determinativa. En una primera aproximación, se ha podido destacar la relación existente entre concepción de la norma y teoría del delito. Sin embargo, este proceso no se ha desarrollado de forma uniforme y homogénea. En efecto, de la teoría de los imperativos en su formulación inicial se derivó un concepto eminentemente subjetivo de la **(p. 103)** antijuridicidad y difícil de distinguir de los supuestos de imputación subjetiva. Precisamente, y como se ha señalado con anterioridad, fueron problemas dogmáticos en la estructuración de la teoría jurídica del delito los que determinaron un cambio en la concepción de la norma. La necesidad de atribuir consecuencias jurídicas también a los actos antijurídicos perpetrados por los inimputables y de llevar a cabo una nítida distinción de los planos de antijuridicidad y culpabilidad, desembocaron, tras una larga evolución, en la teoría de la doble función de la norma penal. Una vez se perfiló nítidamente esta concepción, se pudo fundamentar de nuevo, perfeccionándola, la teoría jurídica del delito derivada de estos planteamientos.

Se podrían poner más ejemplos con relación a la conexión existente entre función del Derecho Penal, método de investigación, norma penal y estructura del delito. Sin embargo, me voy a limitar a exponer brevemente las tesis del funcionalismo psicológico de GIMBERNAT, en su versión original, como una representación de esta vinculación interna entre los presupuestos señalados.

La pretensión del autor se dirige a buscar un criterio de racionalidad que explique de forma lógica las diferentes instituciones que estructuran el sistema de Derecho Penal. Se pretende así abandonar todo vestigio ético o moral en los conceptos o presupuestos de ese sistema de Derecho Penal. Y de ahí que se parta de un entendimiento psicoanalítico de las relaciones sociales, que explicaría el seguimiento de las reglas jurídicas merced a la inhibición psicológica que produce la amenaza de la sanción correspondiente para el caso de que el ciudadano las infrinja<sup>30</sup>. Si así es como funciona el comportamiento del individuo en relación con el respeto a las normas de convivencia social, los fines que persigue el Derecho Penal deben ir encauzados a "... reforzar el carácter inhibitor de una prohibición. crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más rigurosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento"<sup>31</sup>. La pena es concebida de este modo como un importante instrumento de política social. Es un medio de encauzamiento de conductas a través de la compulsión psicológica que produce en el individuo la amenaza del mal que representa la sanción. Por esta razón, se le atribuye a la sanción punitiva una finalidad casi exclusivamente preventivogeneral, tendente a motivar a todos los ciudadanos, a través de la amenaza del castigo, para que no delinca. Y como toda pena implica un sacrificio de bienes y derechos del ciudadano de gran relevancia, su aplicación se limitará estrictamente a mantener la prevención general. La necesidad de pena se constituye así en principio general de toda la construcción sistemática del autor citado.

**(p. 104)** De lo señalado líneas atrás se deduce que, para GIMBERNAT, la norma penal es fundamentalmente norma de motivación. A partir de esta consideración en relación con lo dicho en materia de consecuencia jurídica, extrae todos los presupuestos sobre los cuales estructura su teoría jurídica del delito.

De esta forma, el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: "... en él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cual es la conducta que el legislador quiere evitar"<sup>32</sup>. De ahí se sigue que, si el

---

en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal".

<sup>30</sup>GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *¿Tiene un futuro la Dogmática jurídica penal?* en Estudios de Derecho penal. Madrid, 1976; págs. 64 y ss. Existen posteriores ediciones de esta obra, en las que también se contienen éste y otros artículos que mentaremos ulteriormente. Pero, dado que el contenido de los mismos no ha variado, seguiremos citando la primera edición.

<sup>31</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *¿Tiene un futuro la Dogmática...* cit.; págs. 70 y 71.

<sup>32</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *El sistema de Derecho penal en la actualidad* en Estudios de Derecho penal... cit.; pág. 94. En otro pasaje de este mismo trabajo el autor señala: "Sabemos ya en qué consiste y cual es el tipo

legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objeto de la prohibición y, por tanto, "el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida"<sup>33</sup>. Es así como, por vía distinta al finalismo, se llega a la conclusión de que el dolo se encuentra dentro del tipo. Este mismo hilo argumentativo es trasladado al delito imprudente, y de igual forma, en la medida en que la pena puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que la misma representa, el deber de cuidado se incluye también en la tipicidad. Esto es reforzado con la idea que constantemente gira en toda su propuesta sistemática: "no son causaciones de resultados -sólo constatables ex post-, sino conductas dolosas o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y -de esta manera- prevenir; por ello, sólo la conducta dolosa y -si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico- la imprudente puede ser objeto racional de tipificación: la cuidadosa es impune por falta de tipicidad"<sup>34</sup>. Partiendo de este concepto amplio de tipo de injusto como descripción de lo prohibido, se lleva a cabo aún una extensión mayor al considerar que el mismo está integrado por el tipo en sentido estricto (positivo) y por la ausencia de las causas de justificación, que, coherente con su posición, quedan definidas como elementos negativos del tipo<sup>35</sup>.

El sector de la antijuridicidad se define en atención al ámbito de lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir. Es decir, antijurídico es aquello que el Derecho desea prohibir erga omnes. De ahí que los supuestos de inexigibilidad, que no son amenazados con pena, no porque ésta no resultase eficaz, sino por el simple hecho de que el legislador no pretende inhibir de forma general la conducta lesiva al bien jurídico en determinadas circunstancias, sean considerados como causas de justificación y no de exculpación<sup>36</sup>. El sector de la culpabilidad, por el contrario, se delimita, no con base en un juicio de reproche, como se ha definido por causalistas, finalistas o partidarios de la concepción social de la acción, sino por meras razones de prevención **(p. 105)** general y especial en directa relación con el principio de necesidad de pena. En este sector de la culpabilidad se establecen ciertos límites al poder punitivo del Estado en la medida en que se requiere, para que el sujeto pueda ser castigado por la comisión de un comportamiento antijurídico, que haya podido haber sido accesible a la llamada de la motivación de la norma a través de su consecuencia jurídica. Es decir, se exige que el sujeto sea una persona imputable, bien permanentemente, bien en el momento de la perpetración del hecho; o que en el espacio temporal de la realización del ilícito haya estado en condiciones, de igual forma, de haber podido conocer la prohibición determinada por la norma penal, y con ello, haber sido susceptible de ser influido por ésta<sup>37</sup>. La ausencia de pena en los supuestos de falta de "culpabilidad" (y se entrecomilla el sustantivo, puesto que el autor rechaza el concepto tradicional de culpabilidad) se justificaría, de forma mediata, por esa imposibilidad de motivación de la norma en el sujeto que comete el injusto, pero, directamente, la razón fundamental está unida a criterios de prevención general<sup>38</sup>. La imputación

---

penal. Consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar -mediante la amenaza con una pena- para que dicha conducta no se cometa " (pág. 97).

<sup>33</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *El sistema de derecho penal en la actualidad...* cit.; pág. 95.

<sup>34</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *El sistema de derecho penal en la actualidad...* cit.; págs. 97 y 98, nota 40.

<sup>35</sup>GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*. Madrid, 1979; pág. 34.

<sup>36</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad* en *Estudios de Derecho penal...* cit.; págs. 116 y ss.

<sup>37</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad* en *Estudios de Derecho penal...* cit.; págs. 114 y ss.

<sup>38</sup>Son muchos los pasajes en la obra de GIMBERNAT en los que directamente se conectan fines de la pena y culpabilidad, fundamentalmente en atención a criterios de necesidad de pena. Traemos a colación una de las tantas referencias al respecto: "Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales y menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales". *¿ Tiene un futuro la dogmática...* cit. pág. 77.

subjetiva (equivalente a lo que la mayoría de la doctrina denomina juicio de reproche) quedaría así reducida a dos momentos fundamentales: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad<sup>39</sup>.

Son muchas las peculiaridades de la concepción sistemática de GIMBERNAT, en las cuales no podemos ahora detenernos. En lo que interesa ahora resta señalar que el autor mantiene un específico concepto causal de acción (entendido de forma general, que comprende tanto el hacer activo como omisivo, y que él denomina «comportamiento»), pero no en razón a una metodología naturalística, sino fundamentado en atención a su punto de partida anclado en la teoría psicoanalista de la conducta humana. Así, define el comportamiento como "la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)"<sup>40</sup>.

**(p. 106)** De todo lo expuesto en relación con el autor español, quisiera destacar ahora la forma en la que se estructuran y conectan entre sí los diferentes presupuestos y consecuencias de su propuesta metodológica. Se busca una explicación racional del Derecho Penal que evite recurrir a criterios y conceptos cargados de connotación ética o moral, y se encuentra una fundamentación en un entendimiento psicoanalítico de las relaciones humanas. Desde este punto de partida, la norma penal es concebida, en atención a su incidencia en el comportamiento humano, como norma de motivación y se elude así toda referencia al clásico aspecto valorativo de la norma. Y la propia función del Derecho Penal no puede consistir, desde este prisma, en la tradicional tarea que la doctrina suele asignarle de tutela de bienes jurídicos. Esta sería una misión ideal y trascendental que se encontraría fuera de los parámetros de constatación empírica que ahora se le pueden atribuir a la solución de los problemas humanos. En cambio, la evitación de los delitos, impedir que en un futuro se alcance una cifra desorbitada en la estadística criminal, aparece como una posible aportación real del Derecho Penal al mantenimiento de la coexistencia social. Por eso se explica que se asigne al sector punitivo del ordenamiento jurídico la función de prevención general: a través de la amenaza del castigo, la norma motiva a la generalidad de la ciudadanía, mediante mecanismos de inhibición, al acatamiento de las reglas jurídicas. Y de este modo se vinculan íntimamente un presupuesto metodológico (que pretende huir tanto de las tesis valorativas como ontológicas), la concepción de la norma penal (como norma de motivación) y la función del Derecho Penal (prevención general). La teoría del delito, como no podía ser de otra forma, constituye una coherente consecuencia de estos presupuestos generales.

Y si el Derecho Penal persigue motivar a los ciudadanos para que no delincan, la tipicidad abarcará aquel sector del comportamiento humano que el legislador desea prohibir y que puede evitar a través de la amenaza penal (tanto el comportamiento doloso como, en algunos casos, el imprudente). El ámbito de la imputación subjetiva ya no se fundamenta en el libre albedrío, sino en la capacidad de motivación del sujeto y en las necesidades preventivo generales... el sistema se ordena coherentemente desde sus presupuestos fundamentales hasta sus últimas consecuencias.

### **3) Concepto de acción, función del Derecho Penal, estructura del delito y sistema de Derecho Penal.**

Metodología del Derecho, función del Derecho Penal y estructura del delito se han puesto en comunicación no sólo mediante el componente fundamental de la norma jurídica sino también a través de la acción. El finalismo de WELZEL llevó a cabo una propuesta metodológica en la que se puede

---

<sup>39</sup>GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte general del Derecho penal...* cit.; págs. 69 y ss.

<sup>40</sup>GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*. ADPCP, núm. XL (1987); págs. 579 y ss., 587. No obstante, tampoco se puede confundir este concepto con el de acción definido causalmente en sentido estricto, pues como el mismo autor señala, en su tesis renuncia al requisito conceptual de la voluntariedad porque no está en condiciones de abarcar los comportamientos automatizados ni fallidos. Otra diferencia fundamental reside en que se considera ausencia de comportamiento cuando, aun existiendo esa voluntariedad, no hay un condicionamiento físico del mismo comportamiento. Así, no habría omisión "cuando por incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación era físicamente imposible la ejecución de un movimiento". Pág. 606. En relación con el concepto de acción de GIMBERNAT y su planteamiento general del Derecho Penal, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano.: *Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de JAKOBS, ROXIN y GIMBERNAT*. Estudios penales y criminológicos, XIV. Santiago de Compostela, 1994; págs. 9-61.

observar claramente la conexión entre todos estos factores.

En opinión de este autor, la ciencia del Derecho penal no puede construirse a partir de conceptos y principios estrictamente jurídicos, ordenados, explicados y sistematizados con base en criterios exclusivamente normativos. Esta forma de **(p. 107)** desarrollar la investigación jurídicopenal operaría con un producto artificial en tanto que desconocería los acontecimientos, los fenómenos y las estructuras de la realidad que son previas a toda regulación jurídica<sup>41</sup>. El punto de partida filosófico, como es fácil de adivinar, ya no es la doctrina neokantiana de los valores, sino que, por el contrario, se toman en consideración las corrientes ontológicas y fenomenológicas "para mostrar las distintas leyes estructurales del ser humano e intentar conformar a partir de aquí la base de las Ciencias que se ocupan del hombre"<sup>42</sup>.

En correspondencia con este primer planteamiento teórico, el autor alemán señala que en las estructuras lógico-objetivas que acuñan y dan pleno sentido a través de la convivencia humana al mundo, existe una combinación de relaciones ontológicas y axiológicas, representativas de los planos del valor y de la realidad, que no han sido advertidas ni por el pensamiento científico-natural del naturalismo jurídicopenal (en su examen de la realidad libre de toda valoración) ni por el método axiológico neokantiano (en una excesiva normativización y relativización de su teoría del conocimiento). Según esta concepción, esas estructuras lógico-objetivas vendrían determinadas, en última instancia, por constantes antropológicas que le son dadas previamente al Derecho y que no pueden ser transformadas por éste, y, en consecuencia, tienen que ser tenidas en cuenta también por el legislador, de tal forma que esas denominadas estructuras lógico-objetivas "representan los ladrillos físicos del mismo sistema de Derecho penal previo a la regulación jurídica"<sup>43</sup>. La innovación metodológica fue, a todas luces, trascendental<sup>44</sup>.

**(p. 108)** La estructura lógico-objetiva fundamental que está en la base de todo Derecho penal es la

---

<sup>41</sup>WELZEL, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Leipzig-Berlin, 1935; págs. 64 y ss.

<sup>42</sup>ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 112, núm. 17. Sobre los presupuestos filosóficos de la doctrina de la acción final, es importante tomar en consideración las propias apreciaciones de WELZEL, Hans: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. 4ª Edic., Göttingen, 1961, págs. IX-XII. Existe versión Castellana *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de CEREZO MIR, José. Barcelona, 1964.

<sup>43</sup>SCHÜNEMANN, Bernd: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en el libro colectivo coordinado por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlin-New York, 1984; pág. 34. Existe traducción al castellano (*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. traducido por SILVA SANCHEZ, Jesús María. Madrid, 1991). Según este autor, la concepción de WELZEL representa, dentro del ámbito filosófico-jurídico, un compromiso entre el Derecho natural y el relativismo valorativo.

<sup>44</sup>La concepción metodológica de WELZEL se puede resumir en unas pocas líneas, tomando palabras del propio autor: "El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos sólo pueden «reflejar» este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los «reflejos» lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la Ciencia del Derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo... pero tiene que trascender luego del tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para... comprender también correctamente las valoraciones jurídicas... Este método, «vinculado al ser o a las cosas»... que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra «ontológico», sin que con ello se optase por un sistema ontológico determinado" (*El nuevo sistema del Derecho penal...* cit.; págs. 13 y 14). Sobre toda la problemática planteada en relación con las estructuras lógico-objetivas en España CEREZO MIR, José: *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*. Problemas fundamentales del Derecho penal. Madrid, 1982; págs. 105 y ss.

acción humana. Ahora bien, en tanto que estructura lógico-objetiva, su significación básica para el sistema jurídico no puede ser distinta de la que subyace en el marco de la realidad. Por esta razón, y, según ENGISCH, el concepto de acción de WELZEL, siguiendo a Nicolai HARTMANN, y como base de la teoría jurídica del delito es equivalente al de actividad final humana<sup>45</sup>. A la acción pertenece, por tanto, todo aquello que el querer del sujeto establece como medio para alcanzar un determinado fin. Sin embargo, de un acto de voluntad pueden surgir muchos efectos, de los cuales no todos van a pertenecer a la acción. En esta determinación limitativa, el autor sigue también un postulado metodológico hegeliano, al intentar deslindar aquellas consecuencias que se le han de imputar a la acción, de aquellos efectos "ciegos" accesorios y lejanos<sup>46</sup>. Llega así a concebir la acción, como señalábamos, en su consideración como actividad humana final. Así dirá el autor: "La acción humana es ejercicio de la actividad final. Lo propio y genuino del acto del hombre consiste en anticipar en la esfera del pensamiento determinadas metas, en seleccionar los medios necesarios para su consecución y aplicarlos después de modo planificado para lograr la realización de aquéllas... en virtud de su saber causal, la voluntad es el factor objetivo de la acción, dirige de modo planificado la acción a la consecución de la meta (realización de la voluntad)"<sup>47</sup>.

La consecuencia sistemática más importante y revolucionaria que deriva de esta concepción de la acción va a ser expresada por el propio WELZEL nítidamente: "Por ello pertenece el dolo a la acción como el factor configurador subjetivo de la misma"<sup>48</sup>. No cabe duda que la traslación del dolo del ámbito de la culpabilidad a la acción es una de las innovaciones más importantes en la teoría jurídica del delito que han tenido lugar en este siglo.

Hasta aquí, he expuesto de forma descriptiva el planteamiento metodológico que tradicionalmente se le atribuye al autor alemán. Me gustaría añadir ahora un factor relevante sobre el que no se ha prestado tanta atención, y es éste que hace referencia a la función que persigue el Derecho Penal y su relación con este planteamiento metodológico.

**(p. 109)** Frente a la teoría clásica y neoclásica que establecía como misión del Derecho Penal la protección de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia humana, las tesis finalistas de WELZEL determinan una misión más profunda y positiva del Derecho Penal, una misión de naturaleza ético-social. El Derecho Penal prescribe y castiga la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica. De este modo, otorga vigencia a los valores positivos de acto, da forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su conciencia de permanente fidelidad al Derecho. Para WELZEL, por tanto, la misión del Derecho Penal consiste fundamentalmente en la tutela de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares.

La ulterior sistematización de la teoría del delito en el finalismo, de todos conocida, no es ajena ni a la función del Derecho Penal que su fundador establece, ni tampoco es indiferente a los presupuestos filosóficos que le sirven de base. En efecto, el finalismo establece como función primordial del Derecho Penal el mantenimiento de los valores ético-sociales, de los valores de conciencia en orden a preservar, en segundo término, los bienes jurídicos más relevantes de la comunidad. La imposición general de los valores de conciencia, de fidelidad al Derecho con el fin de preservar la convivencia social, tendría sus límites. Y es aquí donde se establece la metodología ontológica del tejido de estructuras

---

<sup>45</sup>Decía HARTMANN: "La persona, en tanto en cuanto configura y transforma sus deseos en fines, y realiza éstos valiéndose de los medios previstos para ello, dirige el suceder real a lo deseado, y precisamente este *dirigir* mediante la inserción de los propios componentes determinativos es la «acción». Al respecto, el gran trabajo de RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo: *La doctrina de la acción finalista*. 2ª Edic. Valencia, 1978, pág. 84. Aunque existe gran similitud entre los puntos filosóficos de HARTMANN y los presupuestos de la doctrina de la acción de WELZEL, este mismo autor niega la influencia de aquél (*El nuevo sistema de Derecho penal...* cit.; págs. 12 y 13).

<sup>46</sup>RODRIGUEZ MUÑOZ: *La doctrina de la acción finalista...* cit.; pág. 85.

<sup>47</sup>WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1949; págs. 20 y ss. Tomamos la traducción y la cita de RODRIGUEZ MUÑOZ: *La doctrina de la acción finalista...* cit.; págs. 32 y 33.

<sup>48</sup>WELZEL: *Ibidem*.

lógico-objetivas previas a la regulación legal y de obligada observación por parte del legislador. Se quiere evitar así la crítica al excesivo voluntarismo que envuelve todo su modelo teórico.

Y tampoco es casual la incorporación de la estructura lógico-objetiva fundamental, la acción final, en la teoría jurídica del delito. Se puede afirmar que la subjetivización que se traduce en toda la doctrina welzeliana del ilícito merced a la inclusión y examen del contenido del querer dentro de la conducta humana (concepto personal del injusto, normativización y reducción de la culpabilidad, etc.) es el resultado de algo más que una mera consecuencia técnica por el hecho de haber partido de este presupuesto ontológico esencial. Precisamente toma WELZEL la acción final como punto de partida de su sistemática porque ésta casa perfectamente con la función que se le había otorgado al Derecho Penal: el mantenimiento de la vigencia de los valores ético-sociales en orden a la conservación del respeto a los bienes jurídicos fundamentales. Dentro de estas coordenadas, el enfrentamiento a esa misión atribuida al Derecho Penal viene encarnada por la actitud interna que provoca la puesta en tela de juicio de esos valores de conciencia social. El momento de desobediencia, el momento de rebeldía a la asunción de los criterios éticos comunitarios se constituye en el aspecto más relevante de la negación del Derecho y por esta razón WELZEL toma como estructura lógico-objetiva esencial la acción final y no cualquier otra. Las repercusiones que tuvo este cambio metodológico en la estructura del delito son de sobra conocidas y están íntimamente relacionadas tanto con el presupuesto metodológico como el ideológico. Especialmente su concepción de la antijuridicidad vuelve a reflejar este pensamiento apuntado.

Así, si para WELZEL el ordenamiento jurídico pretende establecer con sus normas y preceptos un orden valioso de la vida social. La realización antijurídica del tipo, en **(p. 110)** consecuencia, refleja siempre una conducta que contradice este orden valioso. La antijuridicidad, pues, en la tesis welzeliana, se contempla como un juicio "objetivo" (en el sentido de que viene determinado por criterios generales) de desvalor. Pero, en tanto que dicho juicio tiene como objeto una conducta humana, y ésta viene configurada tanto por componentes externos como internos, éstos últimos, es decir, los elementos anímicos del sujeto, van a tener gran importancia en la fundamentación del juicio de desvalor<sup>49</sup>.

El dolo también se incluye en el injusto, como es lógico, pero éste, además, ya no aparece desligado de la persona del autor: "... la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo ello determina de modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido a un autor, es injusto <<personal>>"<sup>50</sup>. De esta forma, la antijuridicidad y su sustantivización, el injusto, adquieren un grado de subjetivización desconocido hasta entonces tanto en la concepción causal del delito como en la neokantiana. Se busca así reafirmar la naturaleza ético-social del Derecho Penal que a su vez inspira toda la concepción iusfilosófica del autor alemán, y esto se pretende conseguir otorgando primacía al desvalor de acción frente al desvalor de resultado<sup>51</sup>.

El cambio operado en la teoría de la culpabilidad, también es reflejo no sólo de la coherencia con el presupuesto dogmático de partida, sino también de este aspecto ideológico señalado.

Las repercusiones sistemáticas del finalismo alcanzaron, como he señalado, al juicio de culpabilidad, que toma en consideración las circunstancias propias de la acción con relación a la realización del comportamiento prohibido.

Si el dolo se había trasladado de la culpabilidad a la acción, desaparecía del ámbito de aquélla el componente psicológico que hasta entonces le había prestado cierto soporte material. La culpabilidad vendría así determinada de esta forma con base en componentes casi exclusivamente normativos. Y, en este sentido, el apoyo ontológico viene reflejado por la propia consideración al ser humano, como persona capaz de dirigir libremente su destino, de obligarse y, por tanto, de obrar conforme a las exigencias del Derecho. Se puede decir que la idea de ser humano como persona responsable es la

---

<sup>49</sup>WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte general*. 11ª Edic. traducida por BUSTOS RAMIREZ, Juan y YAÑEZ PEREZ, Sergio. Santiago de Chile, 1970; pág. 79.

<sup>50</sup>WELZEL: *Derecho Penal...* cit.; pág. 92.

<sup>51</sup>Así se expresa BUSTOS RAMIREZ: *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá, 1986; pág. 183.

estructura lógico-objetiva que en el sistema de WELZEL parece residir en el campo de la culpabilidad<sup>52</sup>. Esta queda reducida a un juicio de reproche que se le formula al autor en la medida en que, pudiendo obrar el sujeto en la situación concreta de conformidad (p. 111) con los preceptos de la norma jurídica, optó por dirigir su comportamiento en contra del Derecho<sup>53</sup>.

En razón a esta consideración general, los componentes que configuran el contenido de la culpabilidad se determinan en atención a su aptitud como objeto del reproche que se dirige al autor por el hecho cometido. La estructura de ese juicio de reproche se desarrolla a través de tres momentos fundamentales: imputabilidad, es decir, comprobación existencial de la capacidad del sujeto de comprender el injusto realizado y de dirigir su conducta de acuerdo con esa comprensión<sup>54</sup>; posibilidad de comprensión de lo injusto, esto es, determinación de las condiciones del sujeto imputable en orden al reconocimiento de la significación antijurídica del hecho cometido o de la posibilidad de haber llegado a esta comprensión<sup>55</sup>; y, finalmente, exigibilidad, en virtud de la cual el juicio de reproche requiere que en la situación concreta al autor imputable con conocimiento de lo injusto de su hecho se le pudiese exigir, en razón al conjunto de circunstancias concurrentes en dicha situación dada, un comportamiento distinto al que llevó a cabo<sup>56</sup>.

La fuerte normativización de la culpabilidad, responde, de un lado, a una exigencia de intentar mantener un mínimo contenido de los aspectos personales del autor con relación al hecho antijurídico realizado. Pues la elaboración del concepto final de acción y del tipo personal de injusto determinaban un traslado de esos componentes personales del juicio de reproche al sector de la antijuridicidad. Pero, de otro lado, la excesiva subjetivización de toda su sistemática implicaba que la culpabilidad se sustentase también en una estructura lógico-objetiva que evitase una posible y excesiva intromisión del poder punitivo en los elementos de conciencia del ciudadano. Y esa estructura lógico objetiva en este campo viene representada por el libre albedrío.

En conclusión, como se ha ido esbozando a lo largo de estas líneas, el planteamiento iusfilosófico del finalismo y la subjetivización de todos los componentes de la teoría del delito no puede considerarse, como se ha señalado, una mera consecuencia técnica deducida de un presupuesto teórico puramente ontológico, sino que, por el contrario, dicha subjetivización sistemática se encontraba predeterminada por la función ideológica atribuida al Derecho Penal en la determinación de su tarea fundamental.

#### **4) Imputación objetiva, función del Derecho Penal y sistema de Derecho Penal.**

Quisiera aportar dos ejemplos de planteamientos sistemáticos en los que se relacionan metodología del Derecho, función de la norma penal e imputación objetiva, (p. 112) que se encuentran en un plano intermedio a los dos supuestos anteriormente señalados (sistema y norma penal, sistema y acción). Me refiero al modelo funcionalista defendido por JAKOBS, del que paso a ocuparme en primer lugar; y a la reciente propuesta de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, que finalizará este apartado.

JAKOBS, junto con otros penalistas que se encuentran en esta corriente, critican a la Dogmática tradicional la pérdida de contacto con la realidad, consecuencia de la utilización de metodologías que se fundamentan en presupuestos naturalísticos, normativistas u ontológicos, Las tendencias tradicionales del Derecho Penal se habrían consagrado particularmente a la teoría de los valores,

---

<sup>52</sup>Esta parece ser la opinión de BUSTOS RAMIREZ: *Introducción al Derecho Penal...* cit.; pág. 184.

<sup>53</sup>"En este «poder en lugar de ello» del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica, reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica". WELZEL: *Derecho Penal Alemán...* cit.; pág. 197.

<sup>54</sup>WELZEL: *Derecho Penal...* cit.; pág. 216.

<sup>55</sup>WELZEL: *Derecho Penal...* cit.; pág. 221.

<sup>56</sup>WELZEL: *Derecho Penal...* cit.; pág. 248.

olvidando la función que suelen cumplir esos valores en un determinado sistema social. Se rechaza, en esta línea argumentativa, la misión que se le suele atribuir al derecho penal, y que consiste en la protección de bienes jurídicos. Pues lo relevante no es la selección y tutela de estados ideales, sino la función que prestan las diversas instituciones penales. En cambio, para la doctrina tradicional, la cuestión sobre la tarea representada por esos valores sería, según los partidarios del funcionalismo, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del derecho positivo. Sería expulsado a la moral, a la religión o a la política. Así, se aconseja al Derecho Penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social<sup>57</sup>.

La propuesta de JAKOBS parte así de los presupuestos de la teoría de los sistemas sociales de PARSON<sup>58</sup> y de la aportación científica de LUHMANN<sup>59</sup> en el marco de la Ciencia del Derecho.

Como presupuesto, se parte de una concepción de la sociedad en la que ésta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de aquélla, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado sólo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho Penal tiene encomendada la tarea de (p. 113) dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida humana en comunidad. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad sólo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el Derecho Penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución en orden a la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad<sup>60</sup>. Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el Derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

En su visión del Derecho Penal, pues, se niega la tarea clásica que se le atribuye y que se circunscribe a la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social comprendería algo más que la violación de valores ideales. El Derecho Penal, por el contrario, debe contribuir a la funcionalidad del sistema, al mantenimiento de su capacidad de organización, a la distribución y aseguramiento de competencias, al cumplimiento individual de cada uno de los roles asignados al ciudadano.

Con esta concepción como punto de partida, el autor define todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social<sup>61</sup>. De

---

<sup>57</sup>Al respecto, la exposición de AMELUNG, Knut: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt, 1972; págs. 350 y ss. RUDOLPHI, Hans Joachim: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*. Festschrift für HONIG. Göttingen, 1970; págs. 151 y ss. Un resumen de los presupuestos que guían este pensamiento en mi trabajo *El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada*. Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz. Vol. I. Valencia, 1998; págs. 247 y ss.

<sup>58</sup>PARSONS, Talcott: *The social system*. 4ª Edic. New York, 1968. LUHMANN, Niklas: *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssoziologie*, 2 tomos. 1ª Edic. Hamburgo, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona, 1976; págs. 295 y ss. LUZON PEÑA, Diego Manuel: *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, 1979; págs. 9 y ss.

<sup>59</sup>JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª Edic. Berlin-New York, 1991; págs. 6 y ss, núms. 4 y ss, expresamente en notas 7 y 8. Este mismo planteamiento fue anticipado en su trabajo *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976; págs. 9 y ss. Una clara, concisa y completa exposición en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, 1992; págs. 69 y ss, núms. 4 y ss.

<sup>60</sup>Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz...* cit.; pág. 351.

<sup>61</sup>En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNEMANN: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...* cit.; pág. 54, nota 133.

ahí que el cometido que se le atribuye al sector del ordenamiento punitivo explique que toda la elaboración dogmática del ilícito se estructure en torno a la institución de la imputación objetiva.

Y en efecto, se ha dicho, y con razón, que la teoría de la imputación objetiva propugnada por JAKOBS se enmarca en una dogmática cuya pretensión es, sobre todo, la de explicar el sistema de atribución que rige en una determinada sociedad en un momento dado, y por eso su teoría en ocasiones ha recibido el nombre de sociológica<sup>62</sup>.

No es casual, por tanto, que el autor tome como punto de partida de su teoría del delito la imputación objetiva, pues de lo que se trata es de establecer una relación entre el comportamiento de un sujeto y la violación del rol que le corresponde en atención a la distribución de competencias que lleva a cabo la norma infringida, de tal forma que el suceso lesivo aparece como obra de su autor<sup>63</sup>.

**(p. 114)** La norma jurídica reflejaría así el criterio rector de ordenación que establece y diversifica los distintos roles en favor del funcionamiento del sistema social. La lesión a su vigencia, en consecuencia, representa la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación. Se explica de este modo, como reiteradamente vengo señalando, que el Derecho Penal ya no persiga la mera protección de bienes jurídicos, pues ahora centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma, de la confianza en el Derecho. Todos los componentes del delito vienen de esta forma fundamentados desde el marco de su plasmación e incidencia en la norma penal, entendida bajo este presupuesto de criterio rector de asignación de competencias.

La conducta criminal se caracteriza como una forma de expresión con sentido que es imputada al agente en tanto que éste exteriorice una representación de ruptura de un orden vigente<sup>64</sup>. Y esa expresión de sentido jurídicopenalmente consistirá en la inseparable toma de posición respecto de la vigencia de la norma: el sujeto agente no ve ninguna norma que le obstaculice, bien sea porque no conoce la correspondiente norma, bien sea porque la conoce y a pesar de ello se ha propuesto infringirla<sup>65</sup>.

La acción se constituye a su vez en causa de un resultado, definido éste como lesión de la vigencia de la norma, esto es, y entendiendo norma como criterio rector de ordenación comunitaria, como menoscabo de una determinada función social<sup>66</sup>. En otras palabras, el autor es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que se concibe el injusto de un delito como la frustración del cumplimiento de un rol asignado al sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, reflejaría la lesión a la función y se constituiría así en el primer motivo de la

---

<sup>62</sup> CANCIO MELIÁ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. En JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Estudio preliminar de CANCIO MELIÁ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. Traducción de CANCIO MELIÁ, M. Madrid, 1996; pág. 62. Estos autores, y especialmente el primero, han contribuido notablemente a la difusión de la obra del autor alemán en la mayoría de los países de habla hispana, y de ahí que sus apreciaciones siempre tengan que ser tomadas muy en serio por su valioso conocimiento de la complicada estructura dogmática de este gran penalista.

<sup>63</sup>“Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo; ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta en atención a personas”. JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal...cit.*; pág. 97.

<sup>64</sup>JAKOBS, Günther: *El concepto jurídicopenal de acción*. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992. Traducida por Manuel Cancio Meliá; pág. 14. Del mismo: *Strafrecht. Allgemeiner Teil... cit.*; págs. 136 y ss, núms. 20 y ss.

<sup>65</sup>JAKOBS, Günther: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff: Kleine Studie*. München, 1992; págs. 33 y 34. Tomo aquí varios párrafos de forma casi literal para expresar más genuinamente el pensamiento del autor.

<sup>66</sup>JAKOBS: *El concepto jurídicopenal de acción... cit.*; págs. 20 y 21.

incriminación. De todo esto se deduce por qué el autor llega a definir la acción con base en este resultado y por qué caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma. El resultado se define así como el no reconocimiento de la validez de la norma. O formulado de otra forma, se va a señalar que quien expresamente mantiene que la norma para él no conforma actualmente máxima alguna, actúa, si la expresión se realiza a través de una actividad corporal, y omite cuando toma expresión la no realización de una determinada actividad.

El concepto de acción, pues, ya no constituye el fundamento sobre el que se edifica el sistema penal del autor, sino el componente básico de la imputación objetiva que viene definido por su propia relación con la norma jurídica. De esta forma se explica que pierda ciertas características individuales en favor de una comprensión más sociológica.

**(p. 115)** Y esta ausencia de individualidad, de perspectiva personal en las diferentes categorías del delito, se va a plasmar también en la institución que tradicionalmente revela con mayor fuerza esos componentes individuales y personales: la culpabilidad.

En el sistema de JAKOBS, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general positiva, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás; lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación "la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil", o esta otra similar "el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbada por el comportamiento delictivo"<sup>67</sup>. Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de ser interpretadas con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su aptitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad. Pues si las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues ésta no peligra si alguien pretende actuar contra las mismas, ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza.

En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco, o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliera con esta exigencia de fidelidad al Derecho, o dicho en palabras que utilizaría el mismo JAKOBS, la ausencia de sanción en estos supuestos, no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el Derecho<sup>68</sup>. La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada con base en un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general.

Esta comprensión del sistema penal en la teoría del delito es coherente tanto con el planteamiento metodológico adoptado como con los fines que se le asignan a la pena. Se parte de la prevención general positiva como criterio decisivo de orientación de la sanción jurídica, es decir, que la pena supone la consecuencia racional y sincronizada del hecho punible del autor, en cuanto que éste con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no tanto como acto psicofísico, sino, sobre todo, como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con el ilícito: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento. En

---

<sup>67</sup> JAKOBS, Günter: *El principio de culpabilidad*. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en mayo de 1992. Traducción de Manuel Cancio Meliá; pág. 29. También en *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976; pág. 31 ("Als der die Schuld leitend bestimmende Zweck erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsverhaltens...").

<sup>68</sup> JAKOBS: *El principio de culpabilidad... cit.*; pág. 39.

consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no sólo se pretende dar a la sociedad una visión negativa de la consecuencia del delito, sino que también se desea imponer una determinada visión de la realidad. Esto dicho se refleja en las siguientes palabras del autor: "El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque se pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena; -en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»-"<sup>69</sup>.

Pese a las distancias existentes entre maestro y discípulo, entre WELZEL y JAKOBS, el paralelismo en su estructura metodológica resulta, a todas luces, evidente. Para aquél, misión del Derecho Penal es mantener vigente los valores de conciencia jurídica; para éste, conservar la confianza en el Derecho, en el funcionamiento sincronizado del sistema social. WELZEL conforma toda su sistemática en torno al concepto final de acción porque el mismo representa la estructura lógico-objetiva fundamental como voluntad que se opone al sometimiento de fidelidad a los valores de conciencia jurídica. JAKOBS, en cambio, fundamenta todo su modelo teórico en la imputación objetiva, o si se quiere, en un concepto amplio de acción a través del cual se ponen en comunicación conducta del sujeto, ruptura de la norma y culpabilidad. La razón de esta prioridad radica, sin embargo, en el hecho de que todos estos momentos representan supuestos de menoscabo o debilitación de la vigencia de la norma, frustración de expectativas, desajuste en el desempeño de los roles socialmente asignados, y en última instancia, disfuncionalidad social.

La diferencia fundamental la encontramos en el hecho de que en WELZEL el momento sustancial de fundamento del injusto se encuentra en la acción final mientras (p. 117) que en JAKOBS la antijuridicidad, en tanto que frustración de roles, viene directamente relacionada con el menoscabo de la vigencia de la norma, y la acción queda relegada ya a un segundo plano, o si se quiere, cubierta en el momento fundamental de la imputación objetiva.

El concepto de acción, igual que en su día ocurrió con la norma penal, sufre, por tanto, una inversión en correspondencia con el método. La acción en las tendencias funcionalistas tiene ahora asignada la función, no de fundamentar la sistemática del Derecho Penal que se defiende, sino la de revalidar la aptitud y la coherencia de ese sistema respecto de todos sus componentes sustanciales.

El último modelo metodológico que voy a exponer, también brevemente, es el reciente planteamiento formulado por VIVES ANTÓN. Es verdad que ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias tiene parecido alguno con el sistema funcionalista de JAKOBS. Pero existe algún paralelismo en el modo de concebir los fundamentos del Derecho Penal, y por esta razón, se ha elegido como ubicación sistemática el apartado dedicado a las relaciones entre imputación objetiva y sistemática penal.

En efecto, el autor presenta de nuevo a la acción como fundamento de la elaboración de la teoría del ilícito penal. Ahora bien, en la medida en que la esencia de este componente se encuentra en el significado que adquiere conforme a reglas y normas externas, la formulación jurídica del delito se edifica tomando como piedra angular la imputación objetiva, pues en última instancia a la disciplina punitiva le corresponde como tarea mediata determinar si un determinado comportamiento humano es atribuible a un sujeto con arreglo a los presupuestos establecidos en la norma jurídica<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup>JAKOBS: *El principio de culpabilidad...* cit. ; pág. 34. En otro pasaje señala, en consonancia con lo expresado en el texto, que la prevención general no se entiende en el sentido de intimidación, sino en el de ejercicio en la confianza en el Derecho: "Dies ist Generalprävention nicht im Sinne von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtstreu". (*Schuld und Prävention...* cit.; pág. 10). También en *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; pág. 13, núm. 15.

<sup>70</sup>"Salir de la botella implica en este caso liberarse de esa confusión. El delito no es un objeto real y, por consiguiente, a la estructura del sistema no corresponde ninguna estructura objetiva. Y la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas". VIVES ANTÓN, Tomás Salvador.: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996, pág. 482.

Tomando como presupuesto acción y norma, y la forma en que aquélla se concibe desde ésta, el autor elabora todo el sistema penal bajo un prisma casi exclusivamente normativo. Creo, aunque puedo equivocarme, que de todas las propuestas metodológicas que existen en la actualidad en Europa, no encontramos un sistema tan fuertemente normativizado (casi tanto como el de JAKOBS, pero con una fundamentación totalmente distinta) como el que nos presenta el profesor español. Voy a exponer algunas reflexiones en las que se aprecia esta característica señalada.

La originalidad de los fundamentos del sistema de Derecho Penal de VIVES ANTÓN comienza por los presupuestos filosóficos de los que parte, que toman como base la filosofía del lenguaje de WITTGENSTEIN con cierta influencia de HABERMAS. También creo que es la primera formulación de las bases del Derecho Penal que se sustenta en la obra, entre otros, de estos autores. Y, como intentaré demostrar más adelante, este cambio radical en dichos fundamentos, tampoco es una casualidad.

**(p. 118)** En este proceso de normativización, todas las categorías que el autor reelabora vienen caracterizadas por la ausencia de todo elemento o componente fáctico, naturalísticos, material o psicológico. Por el contrario, las diferentes instituciones del Derecho Penal adquieren relevancia por el sentido, el significado, la interpretación que de las mismas se puede extraer conforme a reglas o normas externas. Con este criterio rector como referencia, presenta su concepción significativa de la acción y el resto de categorías subordinadas a la misma.

La determinación del concepto de acción se hace depender del significado, del sentido que se desprende de los actos humanos. Se concibe la acción, pues, como unidad de sentido, interpretable en el marco social por ajustarse al seguimiento de una regla. La esencia de la acción ya no se encuentra, por tanto, ni en el movimiento corporal, ni en la finalidad subjetiva, sino en el significado que adquieren ciertos acontecimientos del hombre en el contexto social en la medida en que aquéllos siguen unas pautas comprensibles en dicho contexto social. Luego el componente ontológico de la acción no es el aspecto más relevante de la misma. Es decir, la acción ya no consiste en el sustrato que luego adquiere un sentido, sino en el sentido que a través de las diferentes reglas sociales, da vida al sustrato<sup>71</sup>. Se entiende ahora porqué nos encontramos ante una teoría fuertemente normativizada de la acción y también se comprende ahora la denominación de la misma, concepción significativa de la acción<sup>72</sup>. Pero ese proceso de eliminación, de huida de toda comprensión fáctica de los elementos estructurales del delito, se va a producir en el conjunto del sistema.

La pretensión metodológica, como he señalado, busca los componentes valorativos y significativos del delito y expulsa cualquier elemento material, sea físico, sea psicológico, del sistema penal.

De esta forma el dolo, que ahora se entiende como dolo neutro, esto es, como intención de realizar el hecho antijurídico (quedando la conciencia de la ilicitud en la pretensión de reproche), ya no es concebido como un componente claramente psicológico, que reside en el ámbito interno de la persona. El dolo, que, repito, es contemplado fundamentalmente como intención, ya no viene definido como impulso de la **(p. 119)** voluntad que se constituye en causa del movimiento corporal en los delitos de

---

<sup>71</sup>VIVES ANTÓN: *Fundamentos del sistema penal...* cit.; págs. 245 y ss. Desde esta perspectiva, la acción como significado atribuido socialmente -jurídicamente- a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos, tiende a objetivarse. Dicha objetivización de la acción se produce mediante su reconocibilidad en las reglas sociales. A lo largo de toda su obra, el autor insiste en la idea de que en materia de acción no estamos ante proceso físico alguno, sino ante supuestos de interpretación de la conducta pública, esto es, de comprensión de su sentido.

<sup>72</sup>No podemos explicar ahora todas las derivaciones sistemáticas de la original propuesta del autor. Así, se distingue entre apariencia de acción y tipo de acción. Este último concepto adquiere relevancia preeminente en el sistema penal. "Las acciones no resultan, pues, inteligibles por referencias a estructuras objetivas (físicas o lógicas) situadas fuera de ellas, sino sobre la base de que se entrelazan en prácticas, en plexos regulares de interacción que determinan el sentido. En base al papel que juegan en esos plexos podemos hablar de diferentes *tipos de acción*. y tales *tipos de acción* -que no son más que la expresión de las diferentes funciones sociales- constituyen el dato primario de nuestro conocimiento de la acción... Así pues cabe afirmar, en consecuencia, que la acción típica es el constituiens real del tipo de delito y el *tipo de acción* su primer constituens lógico". VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; pág. 266.

acción, sino que, por el contrario, viene regido también por códigos externos, por reglas sociales<sup>73</sup>. De ahí que se redefina la categoría fuera del ámbito propiamente psicológico para adecuarla a los nuevos parámetros valorativos. Y de esta forma el dolo es enjuiciado ahora bajo el prisma de la existencia en el autor en el caso concreto de un compromiso de actuar, puesto que, en última instancia, el criterio de la aceptación de la consecuencia lesiva es constatable desde el punto de vista externo<sup>74</sup>. Con toda coherencia, también los elementos subjetivos del injusto pierden todo carácter psicológico y devienen en categorías significativas cuya esencia se encuentra en el componente valorativo<sup>75</sup>.

En fin, con la pretensión de no extenderme demasiado en la explicación, hay que señalar que las mismas consecuencias se aplican a dos instituciones que hasta este momento eran fundamentales en el sistema del Derecho Penal: la relación de causalidad y el tipo de injusto.

En la medida en que las teorías de la relación de causalidad pretenden, desde el punto de vista objetivo y material, determinar si un concreto resultado lesivo y prohibido por la norma penal es atribuible a la acción de un sujeto a través de criterios generales y universales, se está recurriendo al método "cientifista", que, aunque sea parcialmente, pretende resolver el problema mediante el recurso del desvelamiento de leyes causa-efecto. Pero, claro está, semejante metodología opera con procesos derivados de la uniformidad de la naturaleza, lejos de los cauces por los que discurre la aplicación de las normas de Derecho. Por esta razón se rechaza toda pretensión de elaborar teorías uniformes y generalizadoras, como las representadas por las que proceden de la problemática de la relación de causalidad, y se traslada la cuestión a las prácticas jurisprudenciales, a la interpretación, al consenso doctrinal, etc.<sup>76</sup>. Y por (p. 120) estas mismas razones se rechaza el tipo de injusto como categoría básica del sistema penal, por estar sobrecargado de elementos materiales, normativos y descriptivos. Se sustituye de esta manera el tipo de injusto por el tipo de acción<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup>No se niega que la capacidad de la acción exija cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, pero en cambio la determinación de la acción misma no sólo depende de la intención sino del código social establecido mediante el cual se extrae su sentido y significado. Y el propio examen del querer del agente no se sustrae a este requisito señalado de sometimiento a reglas externas. VIVES ANTÓN: *Fundamentos del sistema penal...* cit.; pág. 214.

<sup>74</sup>"En consecuencia, para determinar si una acción es o no intencional habremos de atender, no a inverificables procesos mentales, a deseos y propósitos, sino a si en la *acción realizada* se pone o no de manifiesto un *compromiso* de actuar del autor. Ese compromiso no es sino el trasunto de la relación que une la intención a su objeto (la acción) con la "dureza del deber ser lógico". De este modo, la intención, inasequible como proceso psicológico, se muestra en una doble dimensión normativa. En primer término, en las *reglas* que la identifican y la hacen posible y cognoscible y; en segundo lugar, en la relación entre el autor y la acción: a través del significado de sus actos, de las competencias que cabe atribuirle, y del entramado de los estados intencionales que se plasman en su vida imputamos, -o no- una determinada intención al autor". VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; págs. 232 y 233.

<sup>75</sup>*Fundamentos...* cit.; pág. 257: "Si ello es así, los elementos subjetivos han de configurarse y entenderse no como procesos internos semejantes a los físicos -como cosas que ocurren en el fondo del alma-, sino como momentos de la acción, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es -ni puede ser- secreto".

<sup>76</sup>*Fundamentos...* cit.; pág. 310. El autor señala que establecer criterios universales que recurren a fundamentos naturalísticos, valorativos o mixtos para la temática de la adscripción a tipo en los delitos de resultado, es un error. Y sería un error porque en definitiva la adscripción típica en esta clase de delitos no tendría porqué ser diferente al resto. No hay que recurrir a teorías científicas para establecer la relación causal del resultado con relación a la acción porque se nos presenten una serie de casos que encierran una seria dificultad. Sería mejor tratar de resolver estos supuestos con arreglo a la interpretación general de la acción dentro del tipo de acción. Por ello no es en las teorías de la relación de causalidad donde hay que poner el acento, sino en los criterios generales de interpretación, en las prácticas, en el precedente, en la creación de reglas hermeneúicas que nos ofrezcan posibilidades de certeza jurídica. Y es que en última instancia el resultado no se encontraría fuera de la acción, sino en la acción misma.

<sup>77</sup>VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos...* cit.; pág. 272: "Y lo que no parece, en cambio, metodológicamente correcto es edificar un sistema sobre una categoría básica multiforme y sobrecargada. Pues al tipo de injusto,

La ulterior propuesta de explicación del resto de la teoría del delito del autor español es todavía muy provisional y por esta razón no voy a realizar ningún análisis pormenorizado de la misma<sup>78</sup>. Solamente quisiera añadir que todas las categorías se estructuran ahora como momentos que están en conexión con la norma jurídica a fin de determinar la exigencia de responsabilidades penales en relación con el sujeto de un acto delictivo<sup>79</sup>.

**(p. 121)** Nos interesa destacar ahora las razones del cambio metodológico operado en el planteamiento del autor y que le mueven a volver sobre el concepto de acción como fundamento del sistema penal.

Creemos que en el pensamiento de VIVES ANTÓN late una necesidad de volver a situar en el centro de la discusión del sistema penal aspectos antropológicos que abiertamente ha querido evitar la doctrina convencional por su "falta de constatación científica", como la libertad o la justicia<sup>80</sup>. Por eso rechaza el

---

tal y como lo concibe hoy la doctrina, pertenecen momentos de la configuración de la acción que no tienen más sentido que delimitar su relevancia penal (o su específica relevancia penal); otros en los que reside la lesividad del acto; y finalmente otros en los que radica su contrariedad al deber. Así las cosas, la teoría del delito se ha convertido en la teoría del injusto, de categoría básica ha pasado a ser categoría hegemónica, en la que ulteriormente se distinguen estratos diversos (tipo objetivo y tipo subjetivo). Y cabe afirmar que esa distinción ulterior no siempre se lleva a cabo con criterios valorativamente unívocos ni funcionalmente útiles".

<sup>78</sup>Esta fuerte normativización de toda la teoría del delito ya se podía percibir en la obra elaborada junto con el profesor COBO DEL ROSAL. Los mentados autores partían de un presupuesto metodológico totalmente deontológico, es decir, "... el análisis de la infracción no adoptará una configuración que tome como eje la estructura real del actuar humano constitutivo de delito, sino que atenderá primariamente a la diversificación del juicio normativo en virtud del cual un hecho de la vida social pasa a ser calificado como delito por las leyes penales". En consecuencia, "la estructura del delito quedará así dividida, esencialmente, en dos partes: una, relativa al *juicio de antijuridicidad* en la que se determina si el hecho es o no contrario a Derecho de modo relevante para la ley penal y otra, relativa al *juicio de culpabilidad*, en el que se determina si el hecho típicamente antijurídico es personalmente reprochable a su autor". COBO DEL ROSAL, Manuel-VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Derecho penal. Parte general*. 3ª Edic. Valencia, 1990; pág. 210.

<sup>79</sup>VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; págs. 484 y ss. La presentación del sistema propuesto recorre el siguiente camino. En primer lugar se habla de la pretensión de validez de la norma penal, que a su vez se subdivide en varias pretensiones. Dentro de esta subdivisión encontramos la pretensión de relevancia, y aquí hay que determinar la existencia de un tipo de acción, en los términos definidos, y que sea un tipo de acción lesiva, esto es, que ponga en peligro o lesione un bien jurídico determinado.

La pretensión de validez (pág. 484) se despliega en un segundo momento que el autor denomina pretensión de ilicitud, esto es, que además de encontrarnos ante un tipo de acción lesiva debe consistir en una realización de lo prohibido o no realización de lo ordenado, es decir, ha de contravenir la norma entendida como directiva de conducta. La acción que concurre con el dolo o la imprudencia será en sí misma ya, ilícita. Esta ilicitud puede ser excluida por las leyes permisivas ya otorgan un derecho o permiso fuerte (causas de justificación), ya se limiten a tolerar la acción estableciendo un permiso débil (excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho).

(Pág. 487) El tercer momento lo constituye la pretensión de reproche. El juicio de reproche es necesario para tomar en consideración al autor como ser racional, y no como mero objeto. La estructura de la pretensión de reproche vendría determinada por la imputabilidad y por el conocimiento de la ilicitud (que haya obrado conociendo o pudiendo conocer el significado antijurídico de su acción). La pretensión de reproche se ventila en el juicio de culpabilidad, que junto con la pretensión de relevancia y de ilicitud agotan el contenido "material" de la infracción.

El último momento de la pretensión de validez viene determinado por la necesidad de pena, que a nivel abstracto entra en juego cuando han tenido lugar las tres pretensiones anteriores. Aquélla, sin embargo, quedará excluida en el caso concreto cuando se demuestre que la pena deviene innecesaria, lo cual es lo mismo que decir que toda imposición de pena inútil es a su vez imposición injusta.

<sup>80</sup>En uno de sus artículos más cercanos en el tiempo a esta obra *Fundamentos del sistema penal* (VIVES ANTÓN, T. S.: *Principios penales y dogmática penal en Estudios sobre el Código penal de 1995*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 1996; págs. 39 y ss.), el autor señala lo siguiente: "El principio de legalidad y las construcciones dogmáticas entran en conflicto cuando éstas, en vez de atenerse al texto de la ley, lo deforman o anonadan desde categorías materiales. El recurso a criterios materiales es, desde luego, legítimo y, a

método "cientifista" con el que han operado hasta ahora las diferentes dogmáticas penales, y postula por un saber práctico más apropiado para solucionar los problemas de la justicia penal<sup>81</sup>.

**(p. 122)** Y precisamente, hasta el momento presente, las propuestas metodológicas han huido de todo discurso propio del saber práctico. La razón de esta "huida" es doble. Por un lado, se ha entendido que el razonamiento en términos de "deber ser" era demasiado débil y difuso para elaborar categorías e instituciones que fundamentasen sólidamente el sistema penal. Y por otra parte, se ha creído que la utilización de conceptos propios del lenguaje de la razón práctica acercaba al Derecho Penal peligrosamente a cauces propios de la Ética, con el peligro de que se volviese a confundir Derecho y Moral.

Corro el peligro de equivocarme seriamente, pero me aventuraría a decir que esta propuesta pretende situar de nuevo al ser humano como centro del Derecho, como sujeto y no como mero objeto, avanzando un paso más hacia un normativismo antropológico. Se trata, pues, de contemplar al Derecho como disciplina de la persona, y por esta razón entiendo que se sustituye la pretensión de certeza científica por una pretensión de certeza práctica. Porque sólo desde esta última se puede personalizar al Derecho Penal, dado que la dogmática "fuerte" de estos últimos años ha quedado absolutamente vacía de contenido antropológico. Por eso se presenta a la persona como capaz de libertad y no como un mero elemento de la naturaleza, como ser racional que participa en la vida social y no como componente físico objeto de estudio por leyes universales<sup>82</sup>.

Pero es difícil y complicado elaborar una fundamentación del sistema penal desde estos criterios. Y aquí se comprende que el autor recurra a WITTGENSTEIN y a HABERMAS, pues con estos presupuestos filosóficos se define la acción como significado, como exteriorización del aspecto comunicativo del hombre, como seguimiento de las reglas. Criterios que permiten una sólida elaboración de la teoría de la justicia en el marco del Derecho Penal.

Esto explicaría, igualmente, que se volviese a estructurar el sistema con base en dos conceptos fundamentales, la acción y la norma jurídica, o si se quiere, la acción contemplada desde la regla de derecho. Pues ahora se concibe la función del Derecho Penal como práctica de la justicia, y de ahí que la exigencia de responsabilidades penales se plantee desde la perspectiva de la pretensión de la norma

---

veces, puede ser útil. Pero ha de respetar "el libro de figuras" escrito por el legislador" (págs. 70 y 71).

<sup>81</sup>Son varios los pasajes en los que se puede advertir este constante rechazo por la utilización del modelo "cientifista" en la dogmática penal. "Pues bien, lo que aquí se propone es justamente un cambio de método. Al igual que el significado de las palabras, el de las acciones no dependen de objetos de la mente -acerca de los que nada podemos saber-, sino de prácticas sociales. Y no se desentraña mediante la estrategia científica, sino, principalmente, mediante la estrategia intencional. El significado social -objetivado en reglas y prácticas- es el que da sentido a las acciones. Y así como la estrategia científica presupone cierta uniformidad de la naturaleza, la estrategia intencional presupone una cierta estabilidad de esas reglas y prácticas, de modo que si esa estabilidad bajase más allá de unos mínimos, dejaríamos de entendernos con las palabras y no podríamos saber que significan las acciones" (pág. 247). "Pues fuera de la lógica no hay un "saber" que excluya el error. Y como la lógica no dice nada del mundo, tanto en los tribunales como en la ciencia hemos de conformarnos con un saber menos fuerte, es decir, hemos de renunciar al conocimiento irrefutable y operar con la certeza práctica" (pág. 248). Y, finalmente, (Pág. 488): "Si he conseguido mi propósito, siquiera sea mínimamente, habrá quedado claro porqué la dogmática penal no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de como hemos de actuar en él. Se han recorrido los senderos por los que han transitado las diversas dogmáticas penales y, con ellos, han quedado señalados los límites de la razón teórica en el campo del derecho penal. Si algo ha quedado comprobado es que la autocomprensión cientifista, que tan a menudo acompaña al quehacer de la dogmática, no es sino un velo que oculta a los ojos del penalista el objetivo de su reflexión. Esa reflexión (si lo dicho hasta ahora tiene algún sentido) ha de inscribirse en el discurso de la razón práctica, por difuso y débil que sea. Y, si ello es así, el futuro de la dogmática no reside en ninguna clase de perfeccionamiento científico, sino en aquella forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de Carta Magna que von Liszt atribuía al Derecho Penal".

<sup>82</sup>"... la dogmática penal ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones. La pretensión de rectitud o corrección (de *justicia*) que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales, ha sido sustituida, más o menos perceptiblemente, por una pretensión de *verdad*. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de errores". VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; pág. 481.

de hacer efectivo ese valor fundamental partiendo de la existencia de una acción lesiva<sup>83</sup>. De esta forma se ponen en comunicación, se explican las relaciones entre acción, norma jurídica, método y función del Derecho Penal<sup>84</sup>.

#### **(p. 123) 5) A título de reflexión final.**

A lo largo del presente trabajo, he pretendido reflejar las relaciones existentes entre los fundamentos y el método en el sistema penal, desde la perspectiva ideológica del fin que se le asigna al ordenamiento jurídicopunitivo. Evidentemente, sólo se han tomado en consideración algunos modelos en los que claramente quedaba representado este conjunto de relaciones. Y he querido manifestar que no siempre la estructura de la teoría jurídica del delito depende del concepto previo de norma o de acción del que se parte. Pues, en ocasiones, la concepción de la regla punitiva, de la conducta humana o de cualquier otro parámetro que se toma en consideración, representa una consecuencia adaptada a un modelo sistemático previamente conjuntado. Pero, ni siquiera la opción metodológica está libre de esa idea trascendental que se plasma en el punto de vista políticocriminal que se le asigna al Derecho Penal. Todo lo contrario: perspectivas ideológicas se han unido a los argumentos metodológicos, de tal forma que, atendiendo a estos parámetros, se ha optado por uno u otro objeto en torno al cual se ha construido el respectivo sistema penal.

Así, en una difícil etapa histórica en Alemania (a finales del siglo pasado), caracterizada por un debilitamiento del ejercicio del poder público, hubo propuestas que consideraron las relaciones entre el individuo y el Estado bajo criterios autoritarios de sujeción y sometimiento. Y es entonces cuando aparece la teoría imperativa de la norma, que concibe el ordenamiento jurídico como conjunto de preceptos que imponen una determinada directiva de conducta a la generalidad de los ciudadanos, todavía contemplados como súbditos. El delito es entendido como infracción, y su estructura se levanta en torno al momento de rebeldía, de desobediencia, de no acatamiento a la voluntad del precepto, y, por ende, del legislador. Evidentemente, este modelo planteaba problemas de fundamentación y de carácter sistemático, como la dificultad procedente de la apenas distinción entre los ámbitos de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Precisamente estos obstáculos facilitaron el abandono de estas tesis y la entrada en escena de la teoría de la doble función de la norma penal. El Estado liberal propugnaba por la necesidad de respetar la libertad y la conciencia del ciudadano, e incidir sólo en los aspectos externos del comportamiento del individuo que afectasen a la convivencia social. Y al igual que se defiende una clara separación entre el poder político y el poder religioso, se impone como criterio metodológico la necesidad de no confundir Derecho y Moral. Desde estas ideas, es lógico percibir un cambio de planteamiento en el fin **(p. 124)** último que se le asigna al ordenamiento penal: frente al criterio subjetivo y personalizado de la dirección de la voluntad del ciudadano, ahora se impone el pensamiento que establece como tarea prioritaria la protección de bienes jurídicos. Y por eso se impone la necesidad de distinguir entre el aspecto lesivo del acontecimiento humano concebido de forma general y objetiva (la antijuridicidad), de las circunstancias personales que concurren en el autor en el momento de realización del hecho (culpabilidad). Y también resulta evidente que, bajo estos presupuestos, la teoría de la doble función de

---

<sup>83</sup>También la libertad esta ahora presente en toda la formulación conceptual.. Ésta, como capacidad de elección, es presupuesto de la acción misma: "... sin libertad no hay acción, ni razones, ni manera alguna de concebir el mundo: o no hay lenguaje, ni reglas, ni significado ni acción". VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; pág. 320. Y como capacidad de determinación se encuentra en la base de la pretensión de reproche de la norma, que requiere la afirmación del poder actuar de otro modo.

<sup>84</sup>Creo conveniente señalar un pasaje, al que ya he recurrido parcialmente, y en el que se pone claramente de manifiesto esa relación entre acción, norma jurídica, sistema penal y fin del Derecho Penal, y que gira en torno al valor justicia: "Y la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y a los valores que las normas jurídicas sirven de vehículo. Siempre podemos aludir para caracterizar esos valores de los que la norma pretende ser expresión, a la justicia. Y desde luego la justicia es valor central de todo ordenamiento. Pero su materialización ha de satisfacer otros requisitos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc. que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende instaurar". VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; pág. 482.

la norma penal debía ser la consecuencia lógica del nuevo planteamiento. Es posible, pues, que esta vez la tesis de la regla jurídica dependiese de las nuevas necesidades de estructuración del delito y del nuevo viento ideológico que soplaban en la teorización de los fines del Derecho Penal.

En la época más negra de la reciente Historia europea, en la que imperó en Alemania y en Italia un totalitarismo belicista que ahogó toda consideración individual y humana del ciudadano, se originó la teoría ontológica de las estructuras lógico-objetivas de WELZEL y su concepción final de la acción. No ha quedado todavía claro cual pudo ser la implicación del prestigioso jurista en este régimen del terror. Sin embargo, a este respecto dos conclusiones son absolutamente constatables. Por un lado, que el autor fue profesor en la Facultad de Derecho en la Universidad Alemana durante la etapa nacionalsocialista, lo cual significa, al menos, que no destacó por ser un opositor ideológico. Pero, por otro lado, no se encuentra en su obra una fundamentación de las tesis oficiales del nuevo orden político, como había sido el caso de los autores pertenecientes a la Escuela de Kiel. Este cuidadoso equilibrio se observa también en sus postulados fundamentales.

La función del Derecho Penal de imponer los valores de conciencia, de interiorizar criterios éticos de respeto a los bienes jurídicos, puede entenderse como una injerencia del Estado en el ámbito personal del ciudadano. Los conceptos final de acción y personal de injusto también se pueden interpretar bajo la explicación de fundamentación de un Derecho Penal que tomaba en consideración los aspectos anímicos e internos del individuo que revelan su carácter disidente frente al poder establecido. Pero de igual forma se ha entendido que su teoría de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas representaba la tentativa de establecer conceptualmente un límite al poder estatal. Es más, incluso se ha querido ver en la autonomía de la persona una de las primeras de esas estructuras lógico-objetivas, y que en el ámbito de la culpabilidad se traducían en su fuerte defensa del libre albedrío como criterio de determinación de esta institución. Evidentemente, la teoría jurídica del delito constituye un reflejo de estos postulados, y de esta forma se impregna de componentes ontológicos (concepto de acción), subjetivos (la referencia final del comportamiento humano, concepto personal de injusto...) y normativos (culpabilidad como juicio de reproche)<sup>85</sup>.

**(p. 125)** El Derecho Penal autoritario se había caracterizado, entre otros, por perseguir fines de carácter ético o moral. Es comprensible, por tanto, que tras la Segunda Guerra Mundial se desarrollasen en el panorama dogmático tendencias que intentan liberar de todo vestigio ético o moral a sus planteamientos metodológicos. Las propuestas funcionalistas representan un buen ejemplo de esa búsqueda del criterio "científico" en la elaboración del sistema penal, expulsando fuera de su seno cualquier vestigio "eticista" o "moralista".

Así, se ha recurrido a la teoría de la motivación de la norma para fundamentar el sistema penal desde una perspectiva material y psicológica, como es la forma de actuación humana ante la amenaza del castigo. Y desde este mismo plano argumentativo, se le ha otorgado al Derecho Penal una misión más "real" y menos "ideal", cual es la disminución del índice de criminalidad a través de la prevención general. Desde otro funcionalismo, el sociológico, la misión que se le atribuye al Derecho Penal viene representada por la contribución al desarrollo equilibrado del sistema social a través de la observancia y acatamiento individual de la respectiva competencia atribuida conforme a una regla general. De nuevo la norma jurídica, como criterio social de asignación de esas competencias, adquiere relevancia prioritaria con relación a la determinación del ajuste o desajuste del sujeto al rol que tiene que cumplir. Y esto explica que la institución de la imputación objetiva se constituya en una de las bases de la elaboración de la teoría jurídica del delito.

---

<sup>85</sup>Frente a una opinión bastante generalizada en la doctrina penal alemana, que interpretó la obra de WELZEL como un enfrentamiento ideológico al Derecho Penal autoritario de la época nacionalsocialista, FROMMEL entiende que los fundamentos del sistema del citado autor pretendieron legitimar con una metodología distinta el pensamiento político del poder nacionalsocialista: "El Derecho penal siempre refleja la imagen de la sociedad a la que sirve y no puede prescindir de las necesidades prejurídicas que reclaman el castigo. Vistas así las cosas, el »Derecho penal de voluntad« y la fundamentación filosófico-valorativa que Welzel propugnaba en 1935, no eran más que las últimas consecuencias de un clima políticocriminal que reclamaba »mayor dureza«, ignorando las consecuencias que estas posturas podían tener. Habrá quien considere que, en todo caso, estas consecuencias no incumben al »jurista«". FROMMEL, Monika: *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco. ADPCP, núm. XLII (1989); págs. 621 y ss., 631 y 632.

Pero a estas dogmáticas “cientifistas” también se les achaca una nueva ideología en su pretensión de alejamiento de la influencia “eticista” que habría estado presente en la construcción de los diferentes sistemas penales. Describirían como actúa realmente el Derecho Penal en el marco del comportamiento humano o de la sociedad en general. Pero esta explicación del fenómeno criminal y punitivo dejaría de lado el deber ser de las instituciones juridicopenales y el aspecto valorativo de sus regulaciones, con el consiguiente peligro de pérdida de capacidad crítica respecto del modelo legislativo y judicial examinado. Y ello determinaría la posibilidad de legitimación de todo sistema penal.

Pero no es ésta, desde mi punto de vista, la objeción fundamental. La elaboración de una disciplina desde parámetros exclusivamente lógicos o materiales, recurriendo a la metodología técnica, viene influenciada por otra ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón científica. Y esto implica que los procedimientos y métodos ideados para resolver esos problemas humanos, sean cada vez más complejos, más técnicos, más desarrollados, pero **(p. 126)** también, más difíciles de manejar, de controlar y de comprender. Y los conflictos, individuales o sociales, dejan de ser cuestiones a resolver por el ciudadano (que no puede solucionarlos) para trasladarse al especialista... ..la razón científica sustituye así a la razón práctica.

Como respuesta a esta forma de concebir los fundamentos del Derecho Penal, surge una propuesta que intenta explicar el sistema penal desde la teoría de la justicia. Así, los modelos funcionalistas y el que propone VIVES ANTÓN, se presentan como diametralmente opuestos en muchos puntos. Mientras que uno elabora su concepción dogmática recurriendo a la estrategia científica, otro fundamenta el sistema recurriendo a la estrategia intencional. Por eso unos parten de conceptos y elementos de carácter psicológico o sociológico (teoría de la motivación o teoría de la imputación objetiva), y otro rechaza toda fundamentación material para optar por un concepto absolutamente normativizado y objetivo de la acción. Y de igual forma se explica que unos otorguen al Derecho Penal una función instrumental, palpable y tangible (motivación de la ciudadanía a través del castigo o mantenimiento de la fidelidad al Derecho, para prevenir de forma general el delito), y otro en cambio le atribuye al Derecho Penal, y al Derecho en general, una misión más trascendental como es ésta que hace referencia a la concreción de valores relacionados con la justicia.

Y llego así al final de mi reflexión. La dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose así misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del Derecho Penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento “cientifista”. Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende. Y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración teórica en el marco punitivo... ..Necesario es, por tanto, que aparezcan nuevas propuestas metodológicas que nos permitan recuperar las funciones que, según ROXIN, siguiendo parcialmente a GIMBERNAT, se le atribuyen a la dogmática penal: facilitar la resolución de casos penales, ordenar el sistema como presupuesto de aplicación equitativa y diferenciada del Derecho, simplificar y proporcionar una mayor manejabilidad del Derecho y establecer una orientación y mejora de la formación jurídica en las universidades<sup>86</sup>... ..Todo ello para alcanzar una más justa aplicación del Derecho Penal.

---

<sup>86</sup>ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I. *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*. 3ª Edic. Munich, 1997; págs. 158 y ss.