

Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España

Emiliano Borja Jiménez

1. INTRODUCCIÓN

El esfuerzo investigador en la ciencia del derecho penal se ha centrado, a lo largo de los tiempos, en la elaboración de la teoría jurídica del delito. Muchas razones explican la gran importancia que la doctrina le ha otorgado al hecho punible, sin embargo, la de mayor peso reside en la constatación de que la infracción penal constituye el presupuesto fundamental de la norma jurídica, y con ello, del propio derecho penal. Se puede decir, sin exageración alguna, que los diferentes métodos desarrollados en la investigación en el ámbito del ordenamiento punitivo coinciden, en líneas esenciales, son aquellos utilizados en la explicación jurídica del fenómeno delictivo. Y tampoco es de extrañar que cuando se hace referencia a un determinado sistema de derecho penal, se está tomando en consideración, fundamentalmente, un cierto modelo explicativo del hecho punible. Porque, en efecto, las diferentes metodologías utilizadas en derecho penal encuentran su plasmación en el estudio de la teoría general del delito. Por esta razón se pretende presentar, brevemente, aquellas concepciones que más han influido en las últimas tendencias sistemáticas y que sirven como punto de referencia y contexto para su actual entendimiento.

Siguiendo la clasificación de SCHÜNEMANN¹, se puede dividir la evolución de la teoría del delito desde su nacimiento en las diferentes

¹ BERND SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken* en el libro colectivo coordinado por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York, 1984, págs. 18 y ss. Existe una versión escrita en castellano (*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducción e introducción por JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Madrid, 1991).

épocas de la construcción del sistema jurídico-penal, con las salvedades apuntadas, en las siguientes: el naturalismo (coincidente con el sistema clásico del delito), la explicación neokantiana, las tesis irracionales de la época nacionalsocialista, el finalismo, el posfinalismo y las sistemáticas funcional-racionalistas. Solo alguna de estas tendencias perviven en la actualidad, y es en esta dirección adonde se dirige ahora nuestra atención.

En el presente trabajo, pues, nos limitaremos tan solo a exponer las últimas tendencias que ha seguido la dogmática penal en los países que conforman el núcleo del modelo continental, es decir, en Alemania, Italia y España. Con la idea de exponer lo más claramente posible estos modernos planteamientos en el marco del derecho penal, se ha considerado oportuno, tal y como apuntamos líneas atrás, delimitar el objeto al campo del análisis teórico del hecho punible. De otra parte, el carácter divulgativo y clarificador con el que se quiere dotar el presente artículo, impone el estricto establecimiento del punto de partida en las corrientes doctrinales aparecidas en las últimas dos décadas. De ahí se deriva que, con la idea de no ampliar excesivamente la extensión de la investigación, no se haga ya expresa referencia a las teorías clásica, neoclásica y final del delito.

2. MODERNAS TENDENCIAS DOGMÁTICAS EN ALEMANIA

A partir de la segunda mitad del presente siglo, dominaron en los planteamientos doctrinales del país germánico la sistemática objetiva neokantiana, por un lado; y, de otra parte, los postulados de la teoría de la acción final desarrollada fundamentalmente por WELZEL y sus discípulos. Sin embargo, los defensores de la teoría neoclásica del delito fueron disminuyendo hasta constituir en el momento actual un sector doctrinal minoritario, mientras que, con el paso del tiempo, cada vez eran más los autores que defendían las consecuencias jurídicas que el profesor de Bonn había asignado a la teoría del delito.

En los últimos tiempos, pues, la influencia de la sistemática finalista ha sido de gran importancia tanto en Alemania como en España, no así en Italia, donde los presupuestos de esta concepción apenas han sido tomados en consideración. Dicha importancia se ha reflejado más en las deducciones dogmáticas de las tesis welzelianas que en su principal fundamentación metodológica. Así, se considera hoy en día por un sector dominante de la doctrina alemana que el dolo forma parte del tipo y no de la culpabilidad. También es mayoritaria la consideración distinta del delito doloso e imprudente, activo y omisivo. Sin embargo, la consideración previa iusfilosófica de la base ontológica del derecho representada por las estructuras lógico-objetivas y su reflejo en la acción final como piedra angular del sistema del derecho penal o la práctica irrelevancia del desvalor del resultado frente a la absolutización del desvalor de acción no ha tenido una repercusión de tanta envergadura como las posiciones dogmáticas señaladas².

² En este sentido, SCHÜNEMANN: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*...., cit., pág. 39.

Junto a esta tendencia posfinalista, en el país germánico se ha ido desarrollando otra dirección del pensamiento jurídico-penal iniciada por ROXIN a principios de los años setenta, denominada por alguno de sus seguidores con el calificativo de racional-funcional, que intenta definir el sistema de derecho penal atendiendo a criterios teleológicos marcados por decisiones de carácter político-criminal. El funcionalismo alemán, además, ha transcurrido por otra vía más radical, representada por JAKOBS, que desarrolla la construcción conceptual con pautas sociológicas y en atención a necesidades preventivo-generales.

Evidentemente, la actual panorámica doctrinal es mucho más rica que la señalada en este breve esbozo. No obstante, se ha preferido tomar dos de las corrientes más representativas, debido a la gran influencia que están teniendo en el pensamiento jurídico de las últimas décadas³. De una parte, se consideran las corrientes que pretenden realizar una síntesis entre los postulados de la dogmática neokantiana y el finalismo. Y de otro lado, nos referiremos a la concepción funcional del derecho penal, que a su vez, tal y como se ha apuntado líneas atrás, encierra dos líneas de desarrollo. Una, más radical y sociológica, cuya última versión se haya representada en la segunda edición del Tratado de JAKOBS, y, otra dirección, la sistemática teleológica orientada por criterios político-criminales, que encuentra su formulación más reciente en la obra de la parte general de ROXIN. La doctrina suele, sin embargo, incluir estas dos corrientes en una misma dirección de pensamiento, denominada sistema funcional de derecho penal o teoría racional en relación al fin⁴. Sin embargo, existen algunas diferencias de carácter esencial que no deben conducir a la idea de una identificación sistemática de ambas tendencias. Pasamos resumida, seguida y separadamente a examinar cada una de las dos grandes corrientes primeramente señaladas.

A) La síntesis del neoclasicismo y el finalismo

En Alemania, y como señala el propio epígrafe del manual de ROXIN⁵, la síntesis neoclásica-finalista representa en la actualidad en la teoría del delito la corriente dominante. Las concepciones nitidamente neoclásicas⁶ o construidas sobre la base del concepto final de acción⁷, son, como expusimos anteriormente, cada vez más minoritarias.

³ Una visión general sobre las últimas tendencias en Alemania la proporciona KLAUS TIEDEMANN, "Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la república federal alemana", CPC, núm. 14 (1981); págs. 265 y ss.; LORENZO MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1991, págs. 210 y ss.

⁴ Así lo clasifican, a título de ejemplo, HANS-JOACHIM HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, traducción de MARIANO BACIGALUPO, *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, págs. 19 y ss. y 35. SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 45.

⁵ CLAUD ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, München, 1992, pág. 112, núm. 5.

⁶ Es el caso de la obra de BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9ª ed., Bielefeld, 1985.

⁷ Como ocurre en las obras de MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Heidelberg, 1987 y GÜNTER STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. I. Die Straftat*, 3ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.

El propio finalismo, representado fundamentalmente por un sector de notables discípulos de WELZEL, ha evolucionado en diversas tendencias. Así, HIRSCH representaría la línea más ortodoxa y cercana a su maestro de Bonn⁸. Otra dirección ha radicalizado los presupuestos fundamentales de la doctrina finalista y llevado a sus últimas consecuencias algunas de las premisas metodológicas claves. Así, ARMIN KAUFMANN y ZIELINSKI⁹, por ejemplo, atienden exclusivamente al desvalor de acción como fundamento del injusto personal, en tanto que la importancia del desvalor del resultado, es decir, la auténtica lesión o puesta en peligro del bien jurídico, quedaría notablemente reducida en su consideración conceptual como mera condición objetiva de punibilidad. Otros autores, como STRATENWERTH y JAKOBS (si bien este último no puede ser considerado, a pesar de ocupar ahora la cátedra de WELZEL, dentro de la corriente finalista) llegan al extremo de la subjetivación en el ámbito del delito imprudente cuando ubican en la antijuridicidad no solo el deber objetivo de cuidado, sino también las capacidades individuales del autor¹⁰.

Con todo, la tendencia predominantemente en el país germánico ha aceptado, por línea general, las deducciones dogmáticas más importantes del finalismo (traslación del dolo y del deber objetivo de cuidado a la tipicidad, concepto personal del injusto, reducción del ámbito del juicio de culpabilidad), pero al mismo tiempo se rechaza el concepto final de acción como piedra angular del sistema y sin abandonar totalmente los presupuestos metodológicos valorativos y teleológicos que inspiraron a los autores neokantianos¹¹.

Así pues, la aceptación de la consecuencia dogmática finalista más importante, la inclusión del dolo en el tipo, no vendría determinada por condicionamientos derivados de la acción, ni por el método ontológico de vinculación del legislador a las estructuras objetivas, sino por razones de muy diversa índole¹².

Un supuesto que se puede tomar como ejemplificativo es la sistemática que defiende JESCHECK. El autor alemán no abandona la dirección neokantiana en la medida en que mantiene el concepto de tipo como tipo de injusto y las referencias

⁸ Resulta muy clarificador en este punto la síntesis de HANS HEINRICH JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Berlin, 1988, pág. 193, nota 81.

⁹ ARMIN KAUFMANN, "Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht", *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1974, págs. 410 y ss.; DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunrecht im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, págs. 172 y ss. Esta posición se refleja también en sus consideraciones sobre la tentativa acabada, en la medida en que entienden que en tal supuesto el injusto se encuentra totalmente agotado, dado que el autor ha realizado todo aquello que en virtud de su representación mental del hecho debe conducir a la causación del resultado por él querido. Al respecto, críticamente, HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*, cit., págs. 31 y 32.

¹⁰ JESCHECK, *Ibidem*; HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal...*, cit., págs. 32 y 33.

¹¹ Una de las primeras síntesis en el sentido señalado en el texto, tras la segunda guerra mundial, como reconoce el propio autor, se puede considerar el trabajo de WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1959, especialmente pág. 64.

¹² En relación a la tendencia mayoritaria en Alemania que acepta las consecuencias más importantes del finalismo, con amplios detalles, SILVA SÁNCHEZ en *Introducción al libro colectivo El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales...*, cit., págs. 13 y ss.

valorativas se hallan permanentemente en todos los momentos de su desarrollo¹³. Sin embargo, alguna de las consecuencias postuladas por el finalismo, como la consideración del dolo en el injusto de la acción y no en la culpabilidad, no vienen impuestas por el concepto final de acción sino por el particular entendimiento de la antijuridicidad en relación con la teoría de la norma¹⁴. Ello no quiere decir que el peculiar entendimiento de la acción en su tratado no contribuya a esta consecuencia dogmática, pero dicha contribución se produce desde la perspectiva social y no final de la misma. El abandono de la fundamentación ontológica con base en la acción que se produce en la mayoría de la doctrina, se debe fundamentalmente, como señala ROXIN, a la incompatibilidad existente entre un sistema de derecho penal construido en atención a criterios valorativos y la aceptación de la acción final como estructura fundamental del mismo. Además, el finalismo ortodoxo no ha podido superar convincentemente las dificultades de mantener la necesaria y coherente unidad del sistema, especialmente cuando se intenta aplicar sus tesis fundamentales al delito imprudente y a los supuestos de omisión¹⁵.

No cabe duda, como se ha señalado desde algún sector incluido en la esfera del finalismo, que el desarrollo actual de la dogmática penal alemana sigue caracterizado, desde su base, por la continuidad de la metodología normativa. "Se considera erróneo reconocer constataciones fácticas anteriores a los preceptos jurídicos, es decir, constataciones ontológicas que sirvan de marco de referencia a las disposiciones legales. Por ello suele darse preferencia desde un principio a un determinado concepto de acción o, de lo contrario, concluir que el derecho penal está en condicio-

¹³ Esta referencia normativa en la construcción sistemática del derecho penal constituye hoy un punto sobre el cual existe acuerdo general. Esta afirmación se deduce básicamente del examen que comúnmente se realiza en el tema de la relación entre tipicidad y antijuridicidad. Así, es ejemplificativa la descripción de BERND SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars* GA (1985), págs. 347 y ss.

¹⁴ Refiriéndose al problema de la ubicación del dolo, señala JESCHECK: "Pero el desenvolvimiento de los elementos del injusto debe efectuarse asimismo a partir de la esencia de la antijuridicidad. El punto de arranque ha de ser que la voluntad de la comunidad que expresa la norma jurídica se dirige a un determinado comportamiento de su destinatario. Misión del derecho penal es guiar al hombre a un querer materialmente correcto con vistas a la protección de los valores imprescindibles de la colectividad... De ahí se deduce lo siguiente: *se prohíbe aquella actuación de la voluntad que persigue la producción del resultado del delito, pero también la manifestación de la voluntad que tiene lugar a conciencia de que el resultado del delito se halla unido a ella de forma necesaria o posible*. Del contenido de la norma se deriva, pues, que, además de los elementos subjetivos del injusto en sentido estricto, pertenece también al injusto de la acción la propia voluntad típica de la acción". HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, traducción, adición y notas de la 3ª edición alemana por SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981, págs. 324 y 325. Otros fundamentos que han permitido la inclusión del dolo en el tipo en SILVA SÁNCHEZ, *Introducción...*, cit., págs. 14 y 15.

¹⁵ Estas consideraciones han llevado a la doctrina alemana dominante a mantener, como reiteradamente se ha señalado, una síntesis sistemática entre la corriente neokantiana clásica y las consecuencias dogmáticas derivadas de la doctrina finalista de la acción. Se pueden citar, siguiendo a ROXIN, los siguientes autores en relación a sus conocidas obras de la parte general: BLEI, BOCKELMANN, VOLK, DREHER-TRÖNDLE, ESER, JESCHECK, LACKNER, OTTO, PREISENDANZ, SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER y WESSELS. Al respecto, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., págs. 112 y 113, núm. 21, especialmente, nota 29.

nes de renunciar a un concepto determinado de acción. En esta línea se dice que el derecho penal es totalmente libre a la hora de crear sus conceptos... Si bien es verdad que WELZEL ha impuesto sus deducciones dogmáticas, no ocurre lo mismo en lo que se refiere a su punto de partida metodológico. Esto se debe en gran parte a la resistencia que los teóricos del derecho continúan oponiendo a la hora de desvincularse del método puramente normativo¹⁶.

Las consideraciones de HIRSCH relativas a las actuales tendencias metodológicas son en parte ciertas pero quizás un tanto radicales. Es cierto que la idea de vinculación absoluta del legislador a las estructuras lógico-objetivas apenas es defendida hoy. Pero la dogmática penal no ha llegado al relativismo normativo que el autor alemán señala. La realidad prejurídica, el soporte ontológico previo a la regulación legal sigue afectando necesariamente, de forma relativa y no absoluta, a la actividad legislativa en materia penal. Dicha afectación es entendida en la actualidad de forma diferente, como, con toda claridad, reflejan las palabras de SILVA SÁNCHEZ: "Tal vinculación, por contra, se estima, en primer lugar, únicamente relativa, puesto que el legislador es libre de tomar como base uno y otro aspecto de la materia ya «prefigurada». Y, además, en segundo lugar, no «positiva» sino «negativa»; en efecto, la «naturalza de las cosas» no impone una solución concreta en el ámbito jurídico, sino que tan solo se limita a fijar un marco (el proporcionado básicamente solamente por el núcleo de los conceptos ya previamente conformados) que limita los términos de la creación de los conceptos jurídicos. En última instancia, por tanto, es el legislador, guiado por sus representaciones valorativas, que determina cuál de los aspectos de la realidad prejurídica desea tomar como fundamento de su regulación. Además, las estructuras previas ni son lo suficientemente claras, ni están, a su vez, libres de influencias jurídicas, ni pueden imponer una concreta regulación, con lo que en las zonas límite de los conceptos existe un campo abierto a la intervención creadora presidida por consideraciones teleológico valorativas"¹⁷.

La tendencia metodológica dominante hoy en Alemania viene caracterizada, sin duda alguna, por el hecho de otorgar una relevante consideración al factor teleológico-valorativo. Las valoraciones a partir de las cuales se desarrolla la construcción conceptual se extraen fundamentalmente de la norma jurídica en atención a los fines que persigue el derecho penal, o como es nuestro caso, en atención al fin que persigue el derecho general. No es extraño, por tanto, que las corrientes sistemáticas que irrumpen con gran fuerza en el panorama actual del derecho penal se destaquen por la orientación político-criminal, u otras perspectivas relacionadas con los fines de la pena, de sus conceptos y principios. Tampoco podemos, no obstante, llegar a admitir en toda su extensión, como se ha señalado recientemente, la afirmación sentada en la idea de que "...la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como

¹⁶ HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel...*, cit., págs. 24 y 25.

¹⁷ JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pág. 66.

ALGUNOS PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS EN LA TEORÍA JURÍDICA

la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en un sistema plural y pluridimensional¹⁸. En primer lugar, porque no toda sistemática orientada a una determinada concepción político-criminal o preventivo-general asegura mayor racionalidad a su desarrollo y estructura; por el contrario, en algún caso la pretendida racionalidad deriva en justificación del modelo social que impera en el ámbito en el que se desenvuelve la teoría en cuestión. En segundo lugar, porque el método ontológico de la vinculación de las estructuras objetivas del que parte WELZEL, no nace con la pretensión, ni del mismo se deduce, de marcar un determinado modelo social o político, sino que, en un intento de superación del derecho natural y del positivismo jurídico, persigue establecer desde el punto de vista teórico un límite a la actividad legislativa del Estado en favor del respeto a la autonomía de la persona¹⁹.

Con todos estos presupuestos metodológicos, se puede entender que ciertas consecuencias dogmáticas en la estructura del delito se hayan impuesto en Alemania. El concepto de acción tiende a difuminarse como base de la construcción de la teoría del ilícito en favor de la categoría "realización del tipo", tipo y antijuridicidad se presentan cada vez más unidos y el contenido del injusto ya no viene marcado solamente por el desvalor del resultado sino que la concepción personal de dicho injusto influye de forma determinante e introduce en su configuración el desvalor de acción. El dolo, de otra parte, ocupa una doble posición, determinando el sentido y la propia significación de la tipicidad y fundamentando el desvalor del ánimo

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, cit., pág. 67. Esta misma tesis mantiene MONIKA FROMMEL, en relación con la doctrina welzeniana, que la considera como una forma vedada de atribución de legitimidad al sistema del derecho penal en la época nacionalsocialista. MONIKA FROMMEL, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", *ADPCP*, núm. XLII (1989), págs. 621 y ss.

¹⁹ Refiriéndose a la filosofía jurídica de WELZEL, RECASÉNS SICHES ha señalado lo siguiente: "En las estructuras lógico-objetivas se encuentran limitaciones materiales del legislador inútilmente buscadas por la mayoría de los teóricos del derecho natural. El derecho natural no puede encontrarse fuera o por encima del derecho positivo, sino que está —como límite inmanente— dentro de él mismo; para verlo basta solo tener la mirada despejada. No llegamos al derecho natural legítimo cuando proyectamos nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando con fatigoso trabajo, investigamos las *legalidades lógico-objetivas* que como un tejido atraviesan todo el derecho positivo, dándole un punto de apoyo firme, libre de toda arbitrariedad.

Pero todas estas estructuras lógico-objetivas atan solo relativamente al legislador. Es decir: su inobservancia hace que su regulación sea no objetiva, contradictoria, con lagunas, pero no nula. ¿Existen principios materiales inmanentes que ninguna disposición pueda violar so pena de volverse inmediatamente nula y no obligatoria y perder su juridicidad? En realidad hay un único principio de este tipo... a saber: la autonomía de la persona". LUIS RECASÉNS SICHES, *Panorama en el pensamiento jurídico del siglo XX*, México, 1963; pág. 932. En este mismo sentido parecen dirigirse las reflexiones de HIRSCH cuando se pregunta por las consecuencias que se pueden derivar de una contradicción con alguna estructura lógico-objetiva en una determinada regulación jurídica, como el reconocimiento del principio de culpabilidad. En tal supuesto, el autor llega a la conclusión de que la posible vía de solución es el recurso al Tribunal Constitucional correspondiente (HANS JOACHIM HIRSCH, "Gibt es eine, national unabhängige Strafrechtswissenschaft"? *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1992, pág. 57, núm. V). De ahí se deduce que para el autor, ciertas estructuras lógico-objetivas se encuentran ya en la generalidad de los textos constitucionales.

como momento del juicio de culpabilidad. De otra parte, las tesis que calificaban la culpabilidad como juicio de reproche se encuentran cada vez más desplazadas en favor de una concepción social, pero también normativa de la misma²⁰.

B) El sistema teleológico de SCHMIDHÄUSER

Aun brevemente, se tiene que hacer una mínima referencia a la sistemática teleológica de SCHMIDHÄUSER, en tanto que representa un puente conceptual entre las tendencias sincréticas estudiadas y las nuevas corrientes funcionalistas o racionalistas en relación al fin²¹.

El señalado autor alemán pretende llevar a cabo una tarea de sistematización de los diferentes caracteres del delito tomando como premisa fundamental el criterio teleológico de ordenación marcado por la consecuencia jurídica²². De esta forma intenta realizar una superación de las tesis causal y final de acción. En este sentido, todos los elementos de la estructura del delito se interpretan en atención a la función que prestan en orden a la ulterior determinación de la pena "justa". Tomando como base este criterio rector, es decir, en el reconocimiento de la relación material entre hecho penal y pena como idea rectora de la construcción sistemática, la estructura del delito viene conformada por tres conceptos fundamentales: injusto típico, culpabilidad típica y necesidad de pena, también típica²³. El injusto es definido como conducta voluntaria, o de la voluntad, lesiva de un bien jurídico; y la culpabilidad como comportamiento espiritual lesivo de ese bien jurídico, esto es, como ánimo injusto²⁴. La señalada construcción sistemática se desarrolla así, coherentemente, a través del instrumento metodológico de la interpretación teleológica orientada en atención a la consideración del bien jurídico²⁵.

Una de las características más llamativas de la sistemática del profesor alemán reside en su concepción del dolo. Este es dividido en dos componentes fundamentales: componente volitivo, que se sitúa en el injusto ("sin voluntad no existe acción"), y componente intelectual o cognoscitivo, que comprende tanto la comprensión del comportamiento como la conciencia de la significación antijurídica de ese hecho, que se traslada al ámbito de la culpabilidad²⁶.

²⁰ Sobre todas estas, y otras consecuencias, véase SILVA SÁNCHEZ, *Introducción en el sistema moderno de derecho penal...*, cit., págs. 15 y 16.

²¹ Se ha señalado, y con razón, que el funcionalismo es algo más que una corriente de moda en tanto que tiene sus precedentes en las propias posiciones teleológicas. Así, SILVA SÁNCHEZ, *Introducción...*, cit., pág. 19.

²² EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984, pág. 57, núm. 2. EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1975, pág. 140, núm. 2.

²³ Una exposición resumida de la tesis de SCHMIDHÄUSER en WINRICH LANGER, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*. GA (1990), págs. 463 y ss.

²⁴ Al respecto, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 115, núm. 28.

²⁵ SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch...*, cit., pág. 140, núm. 2.

²⁶ SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch...*, cit., págs. 178 y ss.

La propuesta de SCHMIDHÄUSER se complica en el particular entendimiento de cada uno de los elementos del delito que es desarrollado en vistas a su repercusión en la consecuencia jurídica. Esta complejidad innecesaria ha conducido, en parte, al poco éxito de las tesis del citado autor. No obstante, su aportación fundamental, la interpretación de los diversos elementos del delito en base a criterios relacionados con la consecuencia jurídica, marca el principio de una importante corriente doctrinal (aun cuando se ha desarrollado en una línea totalmente diferente) que está creando un importante movimiento de vanguardia en la dogmática alemana con gran influencia en otros países²⁷.

C) La concepción jurídico-penal funcionalista o racional en relación al fin

Como señalábamos con anterioridad, desde los inicios de los años setenta hasta el presente momento, penetra en la dogmática jurídico-penal una nueva tendencia, denominada funcionalista o final-racional, cuyo denominador común viene definido por una orientación en la sistematización de los diversos conceptos y principios del derecho hacia criterios de política criminal o derivados de los fines propios de la pena, en particular, de la prevención general.

La concepción funcionalista está integrada por varias tendencias de muy diverso signo. Con el fin de no complicar demasiado la explicación, pasamos a examinar los rasgos sistemáticos fundamentales que presentan las obras de dos de los más representativos autores. De una parte se encuentra la posición de JAKOBS, inmanejada de categorías sociológicas y guiada principalmente por criterios de prevención general (es decir, a raíz de la teoría de los fines de la pena). De otra parte, sin abandonar la concepción valorativa del postfinalismo, se desarrolla el programa de ROXIN en el que se intentan conjugar el desenvolvimiento dogmático de la teoría jurídica del delito con la política criminal (es decir, no solo centrado a los fines de la pena sino a los fines del derecho penal). Entre ambos existen, claro está, diversas posiciones intermedias que no pueden ser estudiadas ahora, por razones fácilmente comprensibles²⁸. Pasamos, seguida y separadamente, a señalar algunos de esos rasgos más significativos de cada una de estas dos diversas tendencias.

Esta primera línea de pensamiento, en su versión más radical, parte de los presupuestos del funcionalismo sociológico de PARSONS y de la aportación científica de LUHMANN en el marco de la ciencia del derecho²⁹. En su visión del derecho

²⁷ Así lo entiende el propio SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 146.

²⁸ Realiza esta distinción sistemática de las dos subtendencias, SILVA SÁNCHEZ, *Introducción...*, cit., págs. 20 y 21. Sin embargo, algún discípulo del propio ROXIN, como ACHENBACH o AMELUNG en algunos aspectos parecen encontrarse más cerca de JAKOBS.

²⁹ TALCOTT PARSONS, *The social system*, 4ª ed., New York, 1968, NIKLAS LUHMANN, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssoziologie*, 2 tomos, 1ª ed., Hamburgo, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 295 y ss.; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, págs. 9 y ss.

penal, se niega el principio clásico que sitúa su función en la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social es algo más que la violación de valores ideales.

La crítica funcionalista achaca a la dogmática la pérdida de contacto con la realidad, y el que aquella haya consagrado la teoría de los valores como postulado fundamental sobre el que se asienta el sistema. La pregunta sobre la función 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 social³⁰.

Como presupuesto, se parte de una concepción de la sociedad en la que esta 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 la misma, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado solo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el derecho penal tiene encomendada la tarea de 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 solo 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 sociedad³¹. 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.

Claro, que estos postulados, como se ha significado desde un principio, son tomados en mayor o menor consideración dependiendo de la tendencia más o menos radical de cada uno de los autores que la profesan. En general se puede decir que las tendencias más fuertemente funcionalistas (ejemplo de JAKOBS) utilizan en mayor medida categorías que provienen de la sociología y de la psicología, mientras que las concepciones menos ortodoxas presentan conceptos acuñados por la tradi-

³⁰ Al respecto, la exposición de KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, págs. 350 y ss.; HANS JOACHIM RUDOLPHI, "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgüterbegriffs", *Festschrift für Honig*, Göttingen, 1970, págs. 151 y ss. Un resumen de los presupuestos que guían este pensamiento en mi trabajo *El delito de allanamiento de morada*, Tesis inédita, Valencia, 1990, págs. 103 y ss.

³¹ Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz...*, cit., pág. 351.

ción jurídica (ROXIN), sin que esta observación implique una total inobservancia de alguna de las señaladas premisas básicas.

La corriente más sociológica y radical del moderno funcionalismo viene representada, pues, por JAKOBS. De ahí que, aun cuando no sea atendiendo al factor temporal, ni mucho menos, esta primera expresión del pensamiento funcionalista tenga que ser expuesta, por su proximidad con el planteamiento inicial, en primer lugar.

a') *La tesis funcionalista radical de JAKOBS*

Desde el punto de vista metodológico, el autor utiliza en su desarrollo dogmático el instrumental conceptual de la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN³². Con esta concepción como punto de partida, define todas las categorías del delito en atención a la contribución que estas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social³³.

En este contexto, el autor rechaza, como es lógico, tanto el método del naturalismo científico de la teoría clásica del delito como el modelo ontológico de la doctrina final de la acción, para inclinarse en favor de un concepto social de acción *sui generis*. "La acción, por tanto, es expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias"³⁴. La definición de acción tiene, a su vez, como el resto de categorías del delito, un marcado acento social, de tal forma que su contenido viene determinado en atención a su aptitud para ser susceptible de interpretación en un contexto social determinado. Los problemas de imputación objetiva, por tanto, no se consideran dentro de la temática de la adecuación al tipo sino como una cuestión de la propia acción. De esta forma, el comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico-penal viene considerado en atención al hecho de ser la razón originaria de un resultado.

La concepción radicalmente funcionalista del autor se muestra ya cuando define el resultado como lesión de la vigencia de la norma, esto es, entendiendo norma como criterio rector de ordenación social, como menoscabo de una determinada función social³⁵. En otras palabras, el autor es coherente en la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que el injusto de un delito consiste

en la frustración de un rol determinado para el 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 la organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, es la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación. De todo esto se deduce el por qué el autor llega a definir la acción con base a este resultado y caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma.

Son muchas las particularidades que muestra la sistemática de JAKOBS, que no se pueden presentar aquí por lógicas razones. Simplemente nos vamos a limitar ahora a exponer otro punto, tan representativo como controvertido, de su planteamiento dogmático, este que hace referencia a su concepción en materia de culpabilidad.

El autor alemán, al igual que hiciera en España GIMBERNAT, parte de la idea de que toda pena excesiva o desproporcionada es rechazable por inútil. De otro lado, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general, 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 directamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbada por el comportamiento delictivo"³⁶. 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 amplitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad. Porque las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues esta no peligra si alguien pretende actuar contra las mismas. Pero 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

³² GÜNTER JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-New York, 1991, págs. 6 y ss., núms. 4 y ss., expresamente en las 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, *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, cit., págs. 69 y ss., núms. 4 y ss.

³³ En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 54, nota 133.

³⁴ GÜNTER JAKOBS, *El concepto jurídico-penal 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.

³⁵ JAKOBS, *El concepto jurídico-penal de acción...*, cit., págs. 20 y 21.

³⁶ GÜNTER JAKOBS, *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...* cit., pág. 31 ("Als der die Schuld leitend bestimmende Zweck erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsverhaltens...").

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 derecho³⁷. La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada con base a un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan solo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general. Finalizamos este breve resumen intentando exponer, a estos efectos, como entiende el autor los fines de la pena.

En este punto señalado, el profesor alemán 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 con el hecho punible del autor, en cuanto que este con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no solo como acto psicofísico, sino como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con aquel: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento ilícito. En consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no solo 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 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»—"38.

La concepción de JAKOBS, en la actualidad, es minoritaria, y está siendo objeto, constantemente, de numerosas críticas. Es curioso observar, si embargo, que la objeción más importante no se ha ceñido tanto a su punto de partida (teoría de los sistemas sociales) como a parte de las consecuencias que han derivado de su posición dogmática. Tal es el caso de la comprensión del principio de culpabilidad, fundamentado exclusivamente con base en la prevención general, que representa, sin embargo, una consecuencia coherente con todo su planteamiento inicial³⁹. Es

³⁷ JAKOBS, *El principio de culpabilidad...*, cit., pág. 39.

³⁸ 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 um Sinne von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtsreu". (*Schuld und Prävention...*, cit., pág. 10). También en *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 13, núm. 15.

³⁹ Puede observarse, a título de ejemplo, la crítica de JESCHECK que se centra en el punto de la sustitución material del principio de culpabilidad por necesidades de orden preventivo general, y la numerosa bibliografía en este sentido que cita el autor (*Lehrbuch...*, cit., pág. 194, nota 95). En la misma línea, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 114, núm. 26.

más, incluso se ha llegado a decir por uno de los autores más críticos, SCHÜNE-MANN, que el sistema de JAKOBS presenta dos ventajas frente a la concepción neoclásica del derecho penal: De una parte, se asegura aquel a través del reconocimiento de la prevención general (ejercicio de la confianza en la norma) como fin primordial de la pena estatal frente a las inseguridades que presenta el relativismo valorativo; y de otra parte, en el hecho de que pueda desarrollar su método de funcionalización de los conceptos dogmáticos apoyándose en las categorías de los sistemas sociológicos⁴⁰.

No tenemos la pretensión de realizar ahora una crítica con relación al principio de culpabilidad y la problemática de la conformidad con la constitución de un planteamiento tan radical. Esa cuestión ya ha sido suficientemente discutida por la doctrina⁴¹. Simplemente se van a traer a colación las palabras de otro gran penalista en relación con los fundamentos metodológicos de la concepción funcionalista⁴²: "En esa dirección apuntan también las teorías de los sistemas. Parten del intento de fusionar las ciencias empíricas y las normativas en beneficio de lo empírico". Ello ya se advierte en PARSONS, aunque paliado por el enjuiciamiento positivo de las valoraciones, y se manifiesta plenamente en LUHMANN, literalmente: "Lo fáctico comprende lo normativo". La justicia se convierte en "adecuada complejidad" del sistema. La administración de justicia sigue cumpliendo una función, pero lo que administra son los conflictos que surgen de expectativas frustradas, con objeto de estabilizar el sistema. El deber ser y los valores desaparecen: un coherente desarrollo ulterior debería conducir a transformar los bienes jurídicos en dañosidad social, o mejor aún: en utilidad social. La interpretación normativa basada en los valores fundamentales ha de convertirse en la configuración, apoyada empíricamente, de los substratos de aquellos valores fundamentales según la función óptima en el sistema. Incluso el bien jurídico *vida* quedaría a disposición de la racionalidad final; los valores vitales, como la vida inútil, solo merecerían protección en tanto haya que tomar aún en consideración la creencia en valores que ya se extinguen. A tales consecuencias se opone de momento la existencia de reglas fácticamente obedecidas, en especial la Constitución. Pero la tendencia es equívoca"⁴³.

⁴⁰ SCHÜNE-MANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 54.

⁴¹ Una profunda crítica en CLAUD ROXIN, "Was bleibt von der Schuld in Strafrecht übrig?" *SchwZStr.*, núm. 104 (1987), págs. 356 y ss., con relación bibliográfica en esa misma línea.

⁴² La doctrina jurídico-penal alemana, como se ha señalado reiteradamente, no ha criticado tan intensamente los fundamentos metodológicos de las tesis funcionalistas como alguna de sus consecuencias. Esto no ha ocurrido, sin embargo, en otros ámbitos, y así desde la perspectiva filosófica, se ha producido una intensa discusión entre LUHMANN y HABERMAS.

⁴³ ARMIN KAUFMANN, *La misión del derecho penal*, traducción de SANTIAGO MIR PUIG, *La reforma del derecho penal*, tomo II, Bellaterra, 1982, págs. 20 y 21.

ALGUNOS PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS EN LA TEORÍA JURÍDICA

b') *La propuesta sistemática de ROXIN. Dogmática y política criminal*

La segunda tendencia dogmática, que aquí se expone, viene representada fundamentalmente por ROXIN y sus discípulos⁴⁴. La propuesta del citado profesor alemán, pretende superar, desde el punto de vista metodológico, la propia constitución hermética y fuera de la realidad de la sistematización dogmática, de un lado; y el excesivo casuismo con el consiguiente problema de ausencia de axiomas científicos del pensamiento problemático, de otro lado⁴⁵. Para lograr tal fin, señala el autor, se tiene que acabar con la tajante separación entre derecho penal y política criminal llevada a cabo por VON LISZT hace más de un siglo. En efecto, en la medida en que la dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser perfectamente correctas desde la lógica interna que la guía, pero totalmente desacertadas desde el punto de vista politicocriminal; y viceversa, remedios totalmente coherentes ofrecidos por la política criminal pueden ser, desde la perspectiva dogmática, totalmente incomprensibles⁴⁶. Se postula entonces en favor de un sistema de derecho penal abierto, esto es, susceptible de recibir las valoraciones que tildan sus conceptos y principios por la vía político-criminal⁴⁷. Se entiende, por ello, que la sistemática presentada por el profesor alemán, sigue siendo una sistemática valorativa, pero a su juicio ni el neokantismo ni el finalismo han llegado a extraer todas las consecuencias que debieran adjetivizar a su planteamiento como completo. En su opinión, "...los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero —claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades politicocriminales— han sido solo realizados parcialmente, a modo de planteamiento y con el abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como «teoría dominante», aunque con muchas variantes”⁴⁸. En definitiva, se persigue en cierta medida continuar con la tarea iniciada por el neokantismo, pero sustituyendo la vaga y difusa orientación hacia los valores culturales "...por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”⁴⁹.

⁴⁴ El primer trabajo en el que ROXIN presenta su programa es *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970. Existe una versión en castellano: *Política criminal y sistema de derecho penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972. La segunda edición es de 1973. El desarrollo de su sistema se ha llevado a cabo a lo largo de numerosos trabajos, que concluyen actualmente en su *Tratado de derecho penal*, al cual haremos constante referencia.

⁴⁵ Esta idea la expresa con toda claridad MUÑOZ CONDE: "El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema" en la *Introducción a la política criminal y sistema de derecho penal* de ROXIN... cit., pág. 6.

⁴⁶ ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal...*, cit., pág. 30.

⁴⁷ ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal...*, cit., pág. 33.

⁴⁸ ROXIN, *Política criminal y sistema de derecho penal...*, cit., pág. 39.

⁴⁹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 113, núm. 24. Una moderna versión sobre los diferentes aspectos de la política criminal en CLAUS ROXIN, "Acerca del desarrollo reciente de la política criminal", traducido por Miguel Díaz y García Conlledo y Mercedes Pérez Manzano, *CPC*, núm. 48 (1992), págs. 795 y ss.

Coherente con este planteamiento, la tesis final-racional sigue operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo o el finalismo, si bien orienta su estudio desde el primer momento atendiendo a consideraciones de política criminal.

En este campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional. El tipo es concebido así como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proponen las soluciones sociales de los conflictos y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas⁵⁰. En un plano más concreto, dos son las aportaciones más notables que se han de destacar.

La primera se refleja en el redescubrimiento y dotación funcional de la teoría de la imputación objetiva en el marco de la tipicidad. En efecto, mientras que para las doctrinas clásica, neoclásica y final, los problemas de relación en los delitos de resultado entre este y la acción se reducían, en la mayoría de los casos, a una cuestión de relación de causalidad; la nueva tendencia utiliza como criterio decisivo de imputación del resultado en el tipo objetivo la regla en virtud de la cual se examina la creación, a través de la acción, de un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma. Se cree superado de esta forma el recurso a categorías científico-naturales o lógicas de la causalidad en favor de una mejor explicación pura desde el punto de vista técnico orientada por criterios exclusivos de valoración jurídica⁵¹.

La segunda gran innovación sistemática de la doctrina racional-final consiste en la extensión de la "culpabilidad" a la categoría de la "responsabilidad". A través de la misma, se trata de responder a la pregunta de si el autor individual merece la pena en razón al injusto consentido por él mismo. El principal presupuesto de la responsabilidad, es, claro está, la culpabilidad del autor. Pero este no es el único, tiene que coincidir al mismo tiempo una necesidad preventiva de penalización. Es decir, en virtud de esta categoría, la culpabilidad se presenta como condición indispensable en la imposición de toda pena en la medida en que esta pueda ser explicada y justificada con arreglo a necesidades de carácter preventivo, de tal forma que una y otra se limitan mutuamente; y juntas conforman la "responsabilidad" personal y jurídica del autor⁵². En este aspecto, el punto de partida es muy similar

⁵⁰ En este sentido BERND SCHÜNEMANN, "La política criminal y el sistema de derecho penal", *ADPCP*, tomo XLIV, 1991, pág. 703.

⁵¹ CLAUS ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, 1970, págs. 133 y ss. Es en este primer trabajo donde ROXIN toma de nuevo la vieja teoría de la imputación objetiva, desarrollada en posteriores trabajos. Esta teoría, se ha señalado, no era desconocida por la doctrina, pues había sido iniciada por el neokantiano HONIG y el hegeliano LARENZ, como reconoce el propio autor (*Strafrecht, Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 114, núm. 25 y nota 32), aun cuando la esencia y las principales consecuencias de esta tesis se deban al profesor de München.

⁵² Al respecto, CLAUS ROXIN, "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", *ZStW*, núm. 96, 1984, págs. 641 y ss. También en *Strafrecht, Allgemeiner Teil...*, cit., págs. 126 y 127, núm. 64.

al enunciado por JAKOBS, pero para evitar la gran crítica que supone el apreciar o no una condición del castigo en atención a los variables criterios de prevención general y especial, el autor tiene en cuenta, en el primer plano de la culpabilidad, los presupuestos personales de abordabilidad normativa. Es decir, presupuesto fundamental de la responsabilidad es la culpabilidad, y esta es afirmada cuando el autor en el hecho, conforme a su constitución espiritual y anímica, estaba en disposición de recibir la llamada de la norma, o lo que es lo mismo, se encontraba en condiciones normales para ser motivado por el precepto penal. En definitiva, como el propio ROXIN expresa: "...el concepto de culpabilidad sostenido se apoya en una justificación social de la pena y se asemeja en esa medida a la teoría de algunos propugnadores de la culpabilidad del carácter y del concepto funcional de la culpabilidad de JAKOBS. Pero asegura mejor que ellas la función protectora liberal de un Estado de Derecho del principio de culpabilidad. Pues la culpabilidad no depende de necesidades preventivo-generales o especiales, vagas y cambiantes, reales o supuestas, sino de la capacidad de conducción del autor y con ello de un criterio por principio accesible a la comprobación empírica, que pone un límite al poder penal del Estado"⁵³.

El programa de ROXIN continúa su desarrollo por parte de sus discípulos en cuestiones concretas que afectan a un importante sector del derecho penal. A este respecto, las investigaciones de WOLTER, FRISCH o del propio SCHÜNEMANN en aspectos como el injusto en los delitos de resultado, la nueva redefinición del dolo o el particular entendimiento del principio de culpabilidad, suponen una concreción de específicas parcelas de la ciencia del derecho penal que desarrollan con bastante nitidez los principios sistemáticos del moderno pensamiento funcionalista. Aquí, sin embargo, se ha tomado como botón de muestra algunos aspectos del planteamiento sistemático del precursor de dicho movimiento, y sobre este se ciñen las presentes reflexiones⁵⁴.

La propuesta de ROXIN, desde sus inicios, ha traído un soplo de aire fresco al cargado ambiente que se respiraba en la cerrada habitación sistemática del neokantismo y el finalismo. Ha llamado la atención sobre un punto que siempre está presente, pero que se olvida con bastante facilidad. Y es que, la construcción dogmática está al servicio de la resolución de los problemas que presenta la realidad de la vida social, tarea que parecía ya olvidada en favor de la mera elucubración teórica. La orientación de las categorías dogmáticas atendiendo a los fines de la pena, podrá representar, como se ha señalado, un buen criterio para mantener la solidez científica que representa el planteamiento sistemático sin abandonar el acercamiento a la realidad ofrecido por el pensamiento problemático.

La propuesta funcionalista en la versión roxiniana es un claro reflejo de la situación de la dogmática alemana desde los años setenta hasta el momento presente.

⁵³ ROXIN, *Política criminal y estructura del delito...*, cit., pág. 139.

⁵⁴ Sobre los desarrollos dogmáticos ulteriores señalados en el texto, SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit., pág. 51.

caracterizada por la síntesis y la transición hacia una corriente superadora de las que hasta entonces aparecían en el panorama jurídico-penal. Este carácter sintético se refleja en todos los momentos, en todas las categorías que están en la base de la concepción final-racional.

Es una síntesis en su planteamiento, que pretende mantener el sistema y la solución tópica al problema. De igual forma, se intenta conciliar el método valorativo de las tendencias neoclásicas, pero a su vez se introducen categorías sociológicas más propias de una nueva ontología que confluyen con aquellas. Esto se observa muy bien cuando se estudia el injusto como infracción de la norma de valoración, pero al mismo tiempo se fundamenta en atención a la lesividad social⁵⁵.

La síntesis se observa en el tratamiento de la culpabilidad, o mejor, de la responsabilidad. Como la más pura doctrina neoclásica o finalista, se quiere mantener el principio de culpabilidad porque este representa una garantía del individuo frente al poder punitivo del Estado, frente a la utilización instrumental del ciudadano como criterio de eficacia en la lucha contra el delito. Sin embargo, las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales, la exigencia de impedir defraudación de expectativas en favor de la fidelidad al derecho, también se constituye en criterio fundamental de determinación de la atribución personal de la pena al autor.

La pregunta que tiene que responder la concepción funcionalista es esta que cuestiona la compatibilidad lógica entre los dos polos de la relación vinculada en la tesis. Esto es, si es posible determinar el presupuesto de hecho influido por la consecuencia jurídica subsiguiente. Si es conciliable afirmar el fundamento de una categoría como el injusto en base a la infracción de la norma de valoración y entender su exclusión como una forma de exclusión del conflicto social. Se pregunta, en fin, si se puede afirmar la necesidad, dentro de la categoría de la responsabilidad, de la culpabilidad por exigencias constitucionales inherentes a la dignidad humana y luego establecer su contenido en atención al carácter del autor.

El resultado puede concretarse o bien en una feliz superación de las tendencias anteriores, o bien en una doble crítica desde una y otra posición. Es demasiado pronto todavía, para aventurar una respuesta en uno u otro sentido. Al menos se ha conseguido ya una reflexión sistemática completa fuera de los clásicos problemas del concepto penal de acción o del lugar de ubicación del dolo.

3. TENDENCIAS DOGMÁTICAS ACTUALES EN ITALIA

La tremenda lucha que se desarrolló en Italia entre la Escuela positiva y la Escuela clásica a finales del siglo XIX y principios del XX, dio lugar a un abandono del estudio del derecho positivo, y por consiguiente, a una ausencia de un planteamiento teórico riguroso desde el punto de vista estrictamente jurídico. En efecto, los clásicos, preocupados por cuestiones metafísicas relacionadas con el derecho

⁵⁵ A título de ejemplo, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil...*, cit., pág. 125.

natural, no llegaban a sentar las bases para elaborar una concepción sistemática y coherente con las exigencias legales presentes en la ley. De otra parte, los positivistas, especialmente interesados por el estudio de una realidad previa al derecho, pero carentes de la preparación y conocimientos necesarios para alcanzar los progresos científicos necesarios en la pretendida superación del planteamiento clásico, tampoco consiguieron concretar sus esfuerzos en un modelo teórico válido para el derecho penal⁵⁶. Se planteaba así la necesidad de abandonar un enfrentamiento un tanto infructuoso en favor del inicio de una tarea dirigida a la creación de una auténtica ciencia del derecho penal. Para conseguir esta meta, el objeto debía situarse de nuevo en el derecho positivo, y el método tendría que partir de fundamentos casi exclusivamente jurídicos. Esta empresa fue iniciada por Rocco en su famoso discurso inaugural en la Universidad de Sassari en 1910⁵⁷. El autor, tras criticar y rechazar las tendencias que con anterioridad habían abandonado el derecho positivo como objeto de estudio, propone reconducir a este punto la materia de la investigación aplicando el método dogmático que tanto éxito había tenido en Alemania y que ya era conocido y bien recibido en la propia Italia en otros sectores del ordenamiento jurídico, especialmente en el campo del derecho privado. No queremos entrar ahora en un examen detenido de la propuesta de Rocco en la evolución del derecho penal, no solo en Italia sino también en España. Simplemente se quiere destacar la importancia que ha supuesto su contribución en el desarrollo de la moderna dogmática italiana. Ahora pues, vamos a presentar un boceto de sus tesis fundamentales⁵⁸.

En la tarea de construcción científica del derecho penal, Rocco establece varios criterios fundamentales: el primero, ya señalado, incide en la necesidad de considerar el derecho positivo vigente como el objeto de la ciencia jurídico-penal, escindiéndose así de otras posibles ciencias como la antropología, sociología, psicología, la filosofía del derecho o la política criminal. Partiendo de este principio, el autor italiano establecería otros dos presupuestos fundamentales. Uno, "que la elaboración científica del derecho penal se realizase, en consecuencia, con los

⁵⁶ En este sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 188. Traemos a colación unas palabras de STAMPA BRAUN que resumen con bastante claridad las razones significadas en el texto: "Consecuencia: Que, escindido el saber punitivo latino en los dos grandes sectores de la escuela clásica y de la escuela positiva, el objeto de la ciencia del derecho penal quedó sin determinar; pues, en tanto que aquella, la escuela clásica siguió afirmando la existencia de un derecho penal ideal, esta, la escuela positiva, le redujo a una serie de datos antropológicos y sociológicos sin categoría jurídica. Así, mientras que el resto de las disciplinas jurídicas habían unificado sus mejores equipos para emprender la reconstrucción científica del derecho positivo, el derecho penal hubo de atravesar una larga etapa dando ciegos bandazos entre un derecho evanescente y anacrónico y una falsa sociología o antropología criminal, reducida a los esquemas de las disciplinas naturalistas. Entre tanto el derecho positivo, es decir, el verdadero objeto de la ciencia jurídico-penal, permanecía arrinconado". JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953, pág. 111.

⁵⁷ Este discurso, se encuentra recogido en el tercer tomo de su obra fundamental, ARTURO ROCCO, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", en *Opere giuridiche*, Roma, 1933, págs. 263 y ss.

⁵⁸ Seguimos, en este punto, a STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal...*, cit., págs. 111 y ss.

métodos de la *dogmática jurídica*, para que quedase reducida a sus justos límites, es decir, a un sistema de principios de derecho, a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas". Otro, "... que esta dogmática del derecho penal estuviese presidida por un sentido *realista*, capaz de amortizarla con las necesidades de la práctica"⁵⁹.

El método dogmático se desarrolla a lo largo de tres momentos en un equilibrio armónico: fase exegética, fase sistemática y fase crítica. En la primera, interpretación, se trata de investigar el sentido del derecho positivo a través del ropaje lingüístico que lo conforma. En la segunda, sistemática, se elaboran y ordenan conceptos y principios con el fin de comprobar la lógica y la coherencia de la materia ya interesada y poder así explicar en conjunto tanto la institución como el propio sector del ordenamiento jurídico objeto de consideración. Aquí se construye el sistema. En la tercera y última fase, la crítica, se lleva a cabo una comparación entre el ser y el deber ser, es decir, entre el contenido y significado del derecho positivo ya conocido y el ideal de derecho más ajustado a las necesidades humanas de resolver los conflictos que emergen de las relaciones individuales o colectivas en una determinada sociedad. Si aquella realidad no coincide con esta representación, el jurista tiene que proponer la reforma legal⁶⁰.

Con posterioridad, la dirección técnico-jurídica se impuso como modelo metodológico en el estudio científico del derecho penal. Como señala el propio PAGLIARO, aquellas corrientes que no han aceptado esta concepción teórica ha sido porque, en realidad, han tomado en consideración un diferente objeto de estudio relacionado con el derecho positivo, pero fuera de él. De hecho, se puede decir que, tras la denominada lucha de escuelas, la dogmática italiana se desarrolla bajo los signos de distinción marcados por la dirección técnico-jurídica, de tal forma que algunas tendencias que aparecen como una crítica o un rechazo a este modelo teórico, en realidad tan solo representan una revisión desde la propia estructura interna de aquello que, en principio, se pone en tela de juicio.

A) La tesis realista de ANTOLISEI y el teleologismo de BETTIOL

Este es el caso de ANTOLISEI, que inicia una corriente, dentro de la misma línea técnico-jurídica, por mucho que le pesase, en la que se pretende que el hecho social que constituye el sustrato de la norma jurídica sea contemplado también como parte integrante de la misma para llegar así a una aproximación más real del auténtico significado del derecho penal. La crítica del autor se centra fundamentalmente al aspecto formalista que supuso, en la práctica, el desarrollo de las ideas de Rocco. De ahí que esta versión prefiera dar preeminencia a la realidad social sobre la que incide el precepto jurídico, antes que a la lógica deductiva que se había utilizado (y con exageración) como medio de conocimiento de ese derecho

⁵⁹ STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal...*, cit., pág. 112.

⁶⁰ STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal...*, cit., págs. 105 y 106.

positivo⁶¹. El realismo jurídico trata, de este modo, no de revolucionar el método que propugna la orientación técnico-jurídica, sino de liberar a la dogmática de sus excesos y desviaciones que había impuesto una tendencia formalista dentro de esa orientación técnico-jurídica. El realismo de ANTOLISEI, en consecuencia, quiere significar dos cosas: que el derecho no puede ser concebido como pura forma, y que la dogmática debe inspirarse en criterios pragmáticos, limitando su estudio exclusivamente a las cuestiones que sean útiles para la aplicación de ese derecho, adoptando a tal fin un método de trabajo que redunde en explicaciones teóricas fácilmente accesibles a sus destinatarios más indicados (jueces y abogados, fundamentalmente)⁶².

El realismo jurídico de ANTOLISEI se refleja de igual forma en la teoría jurídica del delito. Coherente con esta idea, el autor busca una concepción naturalística del delito que le lleva a negar la diferencia entre tipo y antijuridicidad⁶³. Distingue así el autor dentro del delito dos momentos fundamentales: elemento objetivo, que comprendería lo que en la doctrina se ha denominado el tipo material, es decir, todos los momentos objetivos que fundamentan la punibilidad; y elementos subjetivos, que abarcaría el ámbito de la culpabilidad; o como el mismo autor señala, la voluntad culpable. Aunque es cierto que no se puede decir que la estructura propuesta es unitaria, en ella se intenta conjugar ciertos factores irracionales, propios de la vida real, con el análisis lógico del delito. Como señala el mismo BETTIOL, la sistemática bipartita de ANTOLISEI, por vía distinta, refleja la continuación de cierto sector de la doctrina italiana que, ya desde CARRARA, conformaba el delito

⁶¹ Aunque larga la cita y en idioma italiano, no nos resistimos a traer a colación, por la claridad con la que se expone todo el pensamiento de ANTOLISEI en unas líneas, las siguientes palabras del autor: "Orbene l'attuazione pratica dell'indirizzo che riconosce la grande importanza della realtà sociale nello studio del diritto, implica che le esigenze di tale realtà abbiano un peso prevalente nelle valutazioni del giurista, il quale non deve lasciarsi prendere la mano dalla pura logica, e specialmente dalla logica deduttiva. Sempre a lui si impone di *controllare* i risultati delle sue operazioni dialettiche alla luce della realtà sociale. Ciò significa che egli deve costantemente considerare gli effetti che l'applicazione di una determinata interpretazione o di un dato principio hanno nella vita sociale, per verificare se essi rispondano ai fini delle singole norme e alle direttive generali dell'intero ordinamento giuridico. Tutto ciò che in concreto contrasta con questi fini e direttive, anche se si presenta come una conseguenza logica delle premesse, va respinto. Il realista non dirà mai *fiat Justitia et pereat mundus*. Non è infatti giustizia quella che porta a risultati esiziali per la società; la giustizia esiste non perché il mondo perisca ma perché il mondo viva. Ciò che socialmente è dannoso, non è vera ma falsa giustizia. Insomma, il giurista non deve subire la tirannia della logica... nel riconoscimento di questa esigenza, per me, consiste la nota essenziale che distingue l'indirizzo realistico dal formalismo". FRANCESCO ANTOLISEI, "Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale", *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, págs. 30 y 31.

⁶² FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, 11ª ed., puesta al día por LUIGGI CONTI, Milano, 1989, págs. 32 y 33.

⁶³ ANTOLISEI, "L'analisi del reato", en *Scritti di diritto penale...*, cit., págs. 89 y ss.

con base en esos dos componentes: elemento objetivo y subjetivo (MANZINI, FLO-RIAN y PAOLI)⁶⁴.

Otra importante propuesta de revisión del tecnicismo-jurídico, y desde una corriente independiente de sus presupuestos, es desarrollada por BETTIOL⁶⁵. Su doctrina también se dirige contra los excesos del formalismo jurídico, y especialmente, contra su método lógico-deductivo. El conocimiento del derecho, afirmará el autor, no se puede limitar a una mera apreciación de la superficie de la materia jurídica, resultado al que conduce la mera lógica abstracta. La indagación jurídica, por tanto, tiene que entrar en la sustancia de la cosa, pues solo así se puede captar el total significado que entraña la norma jurídica. Propugna entonces en favor de la utilización, como criterio metodológico, de una lógica concreta, de una lógica que penetre en la naturaleza de la cosa para llegar a sí a comprender su génesis, su estructura y su función. El método de BETTIOL pretende percibir el "alma" de la norma a través de un proceso deductivo-inductivo.

En esta línea de pensamiento, toda norma recoge un determinado contenido de valor que es expresión de ciertas pautas éticas inherentes a una determinada sociedad. Ese valor que le da "cuerpo" a la norma, es el bien jurídico que esta protege. Pues bien, en la relación teleológica entre norma jurídica y bien jurídico se encuentra la base metodológica de BETTIOL⁶⁶.

La concepción del autor italiano es denominada teleológica porque la comprensión del derecho penal, la averiguación de su sentido y la misma elaboración conceptual se desarrolla a través de una actividad lógico-concreta guiada por el bien jurídico que se haya arropado en cada norma jurídica. La elaboración del concepto, instrumento indispensable del conocimiento, viene referida necesariamente a un valor, concretado en el bien jurídico. La labor del jurista debe, en consecuencia, estar polarizada por el signo del valor tutelado. A partir de esos conceptos primarios se construiría el sistema y en este punto existen bastantes similitudes con la concepción dogmática tradicional⁶⁷.

El punto de vista de BETTIOL, sin embargo, no es muy diferente de los criterios derivados de la dirección técnico-jurídica. La fase interpretativa y sistemática es considerada como necesaria y posible. El momento de la crítica se comprendería de forma interna en tanto y en cuanto la norma tiene que ser asimilada desde la realidad si se derivan los correspondientes conceptos con base al bien jurídico protegido. La diferencia más notable residiría en la expresión ética del modelo de BETTIOL. Los valores que dan contenido al bien jurídico, desde su punto de vista, son reflejo y representación de criterios éticos e incluso religiosos que se encuentran en el tejido social de determinadas comunidades⁶⁸.

⁶⁴ GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, 11ª ed., Padova, 1982, pág. 221.

⁶⁵ La posición metodológica de BETTIOL se encuentra recogida, fundamentalmente, en su obra *Scritti giuridici*, Padova, 1966. Su versión más reciente en *Diritto penale*, parte generale..., cit., págs. 82 y ss.

⁶⁶ BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., págs. 82 y 83.

⁶⁷ BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., págs. 87 y ss.

⁶⁸ Una crítica acerca del método de BETTIOL, en el sentido de confundir moral y derecho en RODRÍGUEZ MOURULLO, "El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel". Separata núm. 73 del *Boletín de la Universidad de Compostela*, Santiago, 1965 (citado por BUSTOS) y BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, 1986, pág. 176.

En el campo de la teoría general del delito, el autor también es consecuente con su método jurídico. El profesor italiano sigue otra corriente clásica de la doctrina de su país que desde DELITALA, y por influencia germánica, lleva a cabo una clasificación tripartita del delito en hecho típico, antijurídico y culpable. Ahora bien, el momento teleológico se refleja en esta concepción del delito, y en la medida en que el ilícito representa una negación de valores relevantes en una sociedad dada, todos sus elementos se interpretan conforme a este primado normativo. El componente fundamental y primordial, lo constituye la antijuridicidad como momento de la negación del valor representado por la lesión del bien jurídico. La tipicidad es concebida como una forma técnica de descripción del hecho que lleva en su seno reflejado el interés relevante para el derecho penal. La antijuridicidad, como señalábamos, cumple la función de determinar cuándo un hecho representa una lesión al bien jurídico tutelado. Estas dos no son categorías formales porque el bien, en sí mismo, es una noción teleológica. La culpabilidad, en fin, vendría a significar el momento a partir del cual el hecho puede ser reprochado al autor que lo ha perpetrado. El hecho, en cuanto comportamiento humano, es presupuesto constitutivo a todos estos elementos⁶⁹.

B) La polémica entre las concepciones bipartita y tripartita del delito

Desde luego, en Italia también han existido corrientes antidogmáticas con gran fuerza, sobre todo en los años sesenta y setenta, representadas fundamentalmente por la criminología crítica. No obstante, en este resumen se trata de exponer tan solo alguno de los aspectos más relevantes que han guiado a la doctrina italiana en el moderno desarrollo dogmático, de tal forma que nos limitamos a mostrar algunas de las tendencias dentro de la dogmática italiana, a fin de poder comprender mejor las peculiaridades de las diversas y actuales sistemáticas.

En el ámbito de la teoría jurídica del delito, el punto de partida, si se tienen en cuenta los precedentes metodológicos generales, ha sido y es, como en la República Federal de Alemania, dogmático y analítico. Pero, sin embargo, la gran discusión que se ha planteado en Italia respecto de la estructura del delito, no ha sido tanto en torno al concepto de acción o en relación a si el método debe considerarse desde el punto de vista naturalístico o valorativo. No se ha polarizado la discusión fundamental en torno a la doctrina neoclásica o final del delito, sino que, por el contrario, las dos tendencias en disputa encuentran su punto de controversia en el mantenimiento de una concepción bipartita o tripartita del delito. Evidentemente, existen otros muchos puntos de los que derivan otras tantas divergencias sistemáticas entre los diversos autores. No obstante, en este trabajo nos tenemos que limitar a las cuestiones más relevantes y generales.

La denominada concepción tripartita del delito es defendida por aquellos autores que han recibido la teoría clásica del delito elaborada en Alemania por VON

⁶⁹ BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., págs. 224 y 225.

LISZT y BELING. Así, DELITALA trasladó esta estructura del ilícito a Italia, de tal forma que este se contempla como comportamiento, acción en sentido amplio, típico, antijurídico y culpable⁷⁰. Estos elementos se entienden en su forma clásica: la tipicidad hace referencia a la conformidad entre el hecho y la descripción o imagen que presenta la norma; la antijuridicidad expresa la contradicción del comportamiento con el ordenamiento jurídico y los valores o deberes (según las distintas perspectivas) que residen en su seno; y la culpabilidad refleja el reproche jurídico que se dirige a la persona del autor por la comisión del hecho antijurídico⁷¹. Esta concepción del delito ha sido mantenida tanto por la doctrina clásica como por algunos autores más modernos⁷². No obstante, dentro del sector de los autores que mantienen una concepción tripartita existen muchas variantes. Se puede así entender, a título de ejemplo, que la primera concepción de DELITALA, como es fácil de imaginar, es más naturalística, descriptiva y clasificatoria que la de BETTIOL, teñida constantemente de elementos teleológicos.

La concepción bipartita del delito, por el contrario, es un reflejo de la doctrina tradicional italiana anclada en las raíces de la escuela clásica, sobre todo toma como precedente la descomposición carrariana del delito en "fuerza física" y "fuerza moral"⁷³.

Ya se ha hecho referencia al hecho de que, desde esta perspectiva, el delito se estructura en torno a dos componentes fundamentales: el elemento objetivo y el elemento subjetivo. En su paulatina evolución, los polos de la bipartición varían según los autores, y de igual forma se habla de tipo y culpabilidad, elemento físico o elemento psicológico, etc. En todo caso, en el primer término se analiza todo aquello que, en la descripción legal del hecho, viene coloreado de forma objetiva, material o natural, según los diferentes elementos, abarcando también aquellos términos que hacen referencia al fin del juicio de exclusión de la ilicitud del hecho (causas de justificación). En el elemento subjetivo se incluye, por el contrario, los aspectos relevantes de la descripción legal que conciernen a la actitud de la voluntad, como conexión psicológica entre el hecho y su autor⁷⁴.

⁷⁰ La recepción de BELING se concreta en Italia en la obra de GIACOMO DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, págs. 13 y ss.

⁷¹ Un resumen de estas concepciones se encuentra en MARIO ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, tomo I, Milano, 1987, págs. 268 y ss.

⁷² Entre otros, se pueden citar los siguientes: El propio DELITALA, GIUSEPPE MAGGIORE, *Diritto penale*, parte generale, 5ª ed., Bologna, 1951. BETTIOL, *Diritto penale...*, cit., pág. 224. ROLAND RIZ, "La teoria generale del reato nella dottrina italiana. Considerazione sulla tripartizione". *L'Indice Penale* (1981); pág. 607; GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, 2ª ed., Bologna, 1989; ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, tomo I, cit., págs. 267 y ss.

⁷³ Esta estructura del delito parte ya de FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, 4ª ed., Lucca, 1871, §§ 54 y ss., págs. 56 y ss. También ENRICO PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3ª ed., Napoli, 1871, págs. 156 y ss. En el fondo, esta forma de concebir el esqueleto del ilícito arranca ya de la época del derecho común en la que se lleva a cabo la distinción entre *imputatio facti e imputatio iuris*. Así, ANTONIO FIORELLA, *Reato in generale*, Enciclopedia del Diritto, tomo XXXVIII, 1987, págs. 770 y ss., y 779.

⁷⁴ ROMANO, *Commentario sistematico...*, pág. 269.

En esta concepción, la antijuridicidad interesa no tanto en su consideración objetiva (así concebida en la doctrina clásica de la tripartición), como en el carácter global dentro del cual es examinada. En efecto, siendo el delito un hecho penalmente antijurídico inescindible, la antijuridicidad constituye un carácter que envuelve y califica al delito en todos sus componentes, ya sean objetivos y subjetivos. Así, la relación entre los elementos objetivos y subjetivos y la antijuridicidad es la relación entre la valoración y aquello que es valorado. En este sentido, mientras que los elementos objetivos y subjetivos representan los componentes naturalísticos del delito, la antijuridicidad se encuentra en otro plano general que refleja el aspecto valorativo del mismo.

Frente a la concepción tripartita que toma un concepto restrictivo del hecho típico, la bipartita adopta a estos efectos un criterio sumamente extensivo del mismo, considerando todos los elementos objetivos y subjetivos merced a los cuales el delito adquiere su propia existencia y razón de ser⁷⁵.

Aparte de las diversas posiciones metodológicas generales que guían a cada una de las dos concepciones, el punto interno que las diferencia consiste en el modo de entender, colocar y sistematizar la antijuridicidad y las correspondientes causas de justificación dentro del sistema del delito. Esta razón de divergencia reside, fundamentalmente, en la especial forma de consideración, por parte de la concepción bipartita, de las eximentes que excluyen la ilicitud del hecho como elementos negativos del tipo. En efecto, el tipo recoge, en una unidad inescindible, todos los componentes que fundamentan y dan contenido a la antijuridicidad (elementos positivos) así como estos otros que, de igual forma, la excluyen (elementos negativos). De esta forma se pretende unificar en un solo momento todo el desvalor que comporta la antijuridicidad en una inseparable unidad entre tipo e ilícito. A este modo de concebir la estructura del delito ha contribuido la especial regulación del error en el Código Penal italiano, en la medida en que se ha querido entender que este equipara el error sobre los elementos positivos del hecho (art. 47, 1º y 3º) con el error sobre los presupuestos de una causa de justificación (art. 59, ult.) bajo los criterios generales del error de tipo⁷⁶.

C) Teleologismo funcionalista, teleologismo valorativo y el nuevo realismo italiano

Las últimas tendencias en Italia, sin embargo, ya no acentúan tanto la base tripartita o bipartita del delito, sino la estructura de los diversos componentes que la integran y su función dentro del sistema que conforman delito y pena. Se puede decir, a este respecto, que el método teleológico seguido en la elaboración conceptual del derecho penal constituye en la actualidad la tendencia predominante, especial-

⁷⁵ FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Padova, 1992, pág. 339.

⁷⁶ ROMANO, *Ibidem*. Son autores que siguen la concepción bipartita del delito en Italia, entre otros, MANZINI, FLORIAN, PAOLI, SANTORO, RANIERI, ANTOLISEI, PISAPIA y NUVOLONE. Al respecto, FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*..., cit., pág. 138, nota 7 (autor que se encuentra dentro de esta doctrina).

mente cuando se toma en consideración la teoría jurídica del delito. Las corrientes teleológicas han derivado, a su vez, en dos grandes tendencias: sistemas teleológico-funcionalistas y sistemas teleológico-valorativos. Vamos a señalar, con toda la brevedad que impone nuestra limitada investigación, algunas propuestas sistemáticas representativas de estas nuevas tendencias⁷⁷.

Como ejemplo paradigmático de la primera tendencia se puede mencionar la teoría del derecho penal de PAGLIARO, sistemática que se encuentra dentro de la concepción bipartita del delito pero con una peculiar estructura. El delito es descompuesto en dos momentos fundamentales: un momento de puro hecho (comprensivo de todas las características objetivas y subjetivas) y un momento teleológico de imputación de ese hecho, como ilícito, a un sujeto determinado. La teoría del delito queda así, consiguientemente, dividida en dos grandes partes: la teoría del tipo del delito y la teoría de la imputación del hecho, como ilícito, a un determinado sujeto.

El tipo de delito es el tipo jurídico que está en el centro del injusto penal. Este comprende todos los requisitos, objetivos y subjetivos, que son necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica. En este momento se prescinde de cualquier consideración al dato de que el hecho haya sido perpetrado por cierto sujeto. En cambio, la referencia teleológica dirigida a la persona del autor, y a los requisitos que este debe reunir para que pueda recibir la sanción jurídica, es objeto de estudio de la teoría del reo⁷⁸. De otra parte, con este concepto tan amplio de tipo, el autor italiano establece una unión entre la teoría jurídica del delito y la teoría general del derecho⁷⁹.

En el particular sistema de PAGLIARO, uno de los elementos que coadyuvan a la gravedad de la incriminación de forma más relevante es la conducta. Esta es entendida como una voluntad que se realiza, y comprende todos los elementos que van referidos tanto al querer como a su expresión material, es decir, a su realización. Sin embargo, en tanto que conducta típica y antijurídica, el contenido de la voluntad y de la exteriorización mutativa no son considerados elementos constitutivos de la misma, aun cuando forman parte del ámbito de la tipicidad. Entendida, de esta forma, la conducta es el concepto superior sobre el que se estructura todo el delito, y al cual va referido tanto el comportamiento doloso como imprudente, activo como omisivo⁸⁰.

⁷⁷ Esta clasificación es mantenida, entre otros, por FIORELLA, *Reato in generale*..., cit., pág. 786. Un moderno análisis de alguna de las posiciones señaladas, con extensa referencia bibliográfica en VINCENZO MAIELLO, "La clemenza tra dommatica e politica criminale", Riv. It. Dir. Proc. Pen., 1992, págs. 1029 y ss.

⁷⁸ ANTONIO PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, 3ª ed., Milano, 1987, pág. 260.

⁷⁹ En efecto, entendido el concepto de tipo en la teoría general del derecho como el conjunto de presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica (en este sentido, por todos, COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 241), el concepto de tipo penal empleado por PAGLIARO no es muy diferente de este que se acaba de enunciar, más bien representa una especificación del mismo.

⁸⁰ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*..., cit., págs. 263 y 264.

En el marco metodológico, el autor parte del primado en virtud del cual en derecho penal no todo comportamiento humano es relevante, sino solo aquel que desde el punto de vista objetivo o subjetivo corresponde con la descripción legal señalada en el Código Penal y teleológicamente adquiera la función de ser apto para la prevención general. De ahí que hable de conducta ilícita (que es algo más que la conducta típica) como concepto superior del tipo de delito, integrado este por el dolo o la culpa (aspecto subjetivo) y la acción y omisión en sentido estricto como realización externa de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad (aspecto objetivo). Estos constituirían sus componentes fundamentales. El segundo momento de la estructura del delito viene establecido por la teoría del reo, en el que se incluye, entre otros, el estudio de la teoría normativa de autor, la teoría de la imputabilidad o la peligrosidad.

En este apretado resumen de la singular propuesta sistemática de PAGLIARO se puede observar el reflejo teñido de funcionalismo si se observa su particular concepción de la norma, especialmente en su función cultural en la fase de aplicación de la misma que viene orientada fundamentalmente por razones de prevención. Esta consideración se refuerza cuando se observa que se centra la atención, como acabamos de explicar, no tanto en el concepto de tipo como en la relación establecida entre tipo y autor⁸¹.

Pero la sistemática del profesor italaiano se puede también calificar así de *teleológica* por esta misma razón, porque la construcción teórica del tipo está finalmente orientada por el momento de la imputación del hecho a un cierto sujeto. En efecto, la teoría del reo que sustenta el autor, presupone considerar el tipo, en cierta medida, como obra de un determinado sujeto⁸².

Incluso el componente considerado como más importante del tipo de delito, la conducta, es también definida con base a un doble carácter conceptual, y es que tanto su estructura de acción y su función teleológica expresan la razón fundamental de la imputación del ilícito al mismo autor que la ha realizado. El análisis de PAGLIARO representa así, en definitiva, tal y como se señalaba líneas atrás, en síntesis de las posiciones sistemáticas funcionalistas y teleológicas del actual derecho penal.

Otras modernas tendencias teleológicas, ahora desde el punto de vista valorativo, intentan en Italia reconstruir la actual estructura del delito y superar la clásica problemática ceñida a la polémica de la tripartición-bipartición. Algunos autores, en esta línea de pensamiento, partiendo del principio de ofensividad como criterio rector tanto de la elaboración como también de la interpretación de la ley penal, prescinden del concepto de acción como punto de partida de la construcción del sistema y explican teóricamente sus diversos elementos desde una prisma objetivo y externo, cual es el representado por el resultado. En consecuencia, el bien jurídico ofrece siempre una pauta teleológica que determina el límite de la pena con base

⁸¹ Un profundo examen de la concepción de PAGLIARO y su relevancia en el ámbito de la tipicidad y antijuridicidad en MASSIMO DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, págs. 151 y ss.

⁸² DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato...*, cit., pág. 154.

a la lesividad del delito y no atendiendo a meros componentes anímicos del sujeto. Es esta la sistemática presentada por FIORELLA⁸³. Claro está, que al reconocer el autor en el ámbito de las causas de justificación, además de los componentes objetivos de la ponderación de bienes jurídicos y la idoneidad de la acción para salvar el más relevante, la dirección de la voluntad del agente dirigida a tal fin (a mantener la primacía del interés más relevante), se ve obligado a ubicar, consecuentemente, esas situaciones de exclusión del injusto entre la antijuridicidad y la culpabilidad⁸⁴.

También en la moderna literatura italiana se puede observar la gran influencia de los principios constitucionales básicos en la teoría jurídica del delito. Esta idea está latente en el tratado de MANTOVANI, el cual intenta conjugar una visión realista del derecho penal con la necesaria garantía de los principios penales fundamentales de la dogmática moderna. A tal fin, en el ámbito metodológico acude constantemente al "banco de pruebas" que representa la criminología para completar el examen de las categorías más importantes del sistema penal.

El primer momento de la propuesta metodológica de MANTOVANI se apoya en la fase técnico-dogmática, que es considerada como imprescindible, en la medida en que aporta racionalidad a las diferentes nociones del pensamiento jurídico, evitando la aplicación de la ley en términos intuitivos y sentimentales. Pero, en segundo lugar, se considera como exigencia ineludible el entendimiento de la pluridimensionalidad de la disciplina penal en orden a la obtención de un conocimiento más profundo y real de la materia objeto de la investigación. El tercer momento metodológico que es tenido en cuenta por el autor hace referencia a la consideración de cada una de las instituciones penales en términos problemáticos, debiendo ser estas examinadas a la luz de los movimientos ideológicos y políticos en los que encuentran su origen. El último momento del análisis metodológico vendría dado, en el sentido aceptado ya comúnmente, por la crítica. Postula, en fin, en favor de una ruptura del nacionalismo en la dogmática penal para pasar a integrar un movimiento internacional en el que confluyan el tecnicismo jurídico con otras disciplinas más empíricas, como es el caso de la criminología⁸⁵.

Coherente con estos postulados metodológicos, el autor mantiene la estructura bipartita del delito, que ofrece una perspectiva más sustancial de su examen, y examina las diferentes categorías teniendo muy presente las referencias criminológicas que se derivan de las mismas. El desarrollo de la teoría del delito recibe constantemente el influjo de la Constitución italiana, hasta tal punto que una parte importante del ilícito es explicada a través de principios que encuentran su fundamento en

⁸³ FIORELLA, *Reato en generale...*, cit., pág. 807.

⁸⁴ FIORELLA, *Reato en generale...*, cit., pág. 810. El autor intenta superar el modelo tripartito al reconocer, apoyándose en el derecho positivo, los elementos negativos del tipo. Pero como admite en materia de justificación elementos subjetivos, se ve obligado a incardinar los supuestos de causas de justificación entre el componente objetivo y subjetivo. Su modelo es, pues, mixto porque parte de la premisa fundamental de la bipartición pero acepta una categoría intermedia.

⁸⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale..., cit., págs. 274 y ss.

el texto constitucional. Así, la teoría del delito se estructura en torno al principio de materialidad (aquí se examinan la acción, el resultado y la relación de causalidad), el principio de ofensividad (en el que tiene cabida el estudio del objeto del delito, el sujeto pasivo y las eximentes) y el principio de subjetividad (en el que se estudian la culpabilidad, el dolo y la culpa, la preterintencionalidad, las causas de exclusión de la culpabilidad y la responsabilidad objetiva). La imputabilidad y otros problemas como la peligrosidad reciben un tratamiento aparte de la teoría del delito, en un apartado dedicado al autor del hecho penal.

En esta misma posición de revisar la dogmática tradicional en favor de un mayor acercamiento a la realidad se encuentra BRICOLA. Sin llegar a rechazar totalmente el criterio metodológico aportado por la dirección técnico-jurídica, crítica, sin embargo, su falsa y aparente neutralidad en su alejamiento de esa realidad de la vida social que viene representado en un excesivo formalismo jurídico. Y esto es debido a que, al ser relegada la elaboración sistemática a un proceso de análisis y clasificación de conceptos en función de su efectividad sancionatoria, se reproduce de esta forma el *status quo* punitivo que siempre alcanza a los sectores sociales más débiles⁸⁶.

Para superar esta situación a la que conduce la dirección dogmática clásica, el análisis y estudio de todos los conceptos e instituciones de la parte general del derecho penal, en consecuencia, debe ser reconducido a un examen crítico acerca de su legitimidad, que en un Estado de Derecho equivale a decir legitimidad constitucional. Trasladada esta consideración a la teoría del delito, el punto de gravedad sobre el que se conforma toda su estructura va a ser el bien jurídico, puesto que en la tutela del interés jurídico reside la fundamentación de la consecuencia jurídica. El examen del bien jurídico realizado con base a criterios lógico-formales conduciría a una continua justificación de intereses ideológicos escondidos en el disfraz jurídico que favorece a un sector dominante de la sociedad. De ahí que, en una auténtica lectura democrática del objeto de tutela, este tenga que ser reconducido a un valor reconocido constitucionalmente. Es la conocida tesis que, con el fin de vincular al máximo al legislador, determina que todos los bienes jurídicos relevantes penalmente deben ser extraídos del texto fundamental. El bien jurídico, a su vez, constituye una pauta fundamental de interpretación de todas las nociones implicadas en la teoría jurídica del delito, que queda así descubierta ante toda falacia dogmática (empleando el término en el sentido peyorativo de la palabra) y, por otra parte, se encuentra así una pauta de racionalización del sistema⁸⁷. La posición de este autor italiano, que también se puede considerar en alguna medida como teleológica, ha tenido gran acogida en la doctrina de su país e incluso en la nuestra⁸⁸.

⁸⁶ Esta idea late constantemente en FRANCO BRICOLA, "Teoria generale dei reati", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, págs. 15 y ss.

⁸⁷ Tesis mantenida a lo largo del citado trabajo "Teoria generale del reato". También FRANCO BRICOLA, "Rapporti tra dogmatica e politica criminale", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1988, págs. 3 y ss.

⁸⁸ Al respecto, con ricas referencias bibliográficas, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato...*, cit., págs. 164 y ss.

Dentro del teleologismo valorativo italiano, existen también propuestas sistemáticas que intentan conjugar principios rectores del derecho penal italiano con las tendencias postfinalistas alemanas. Es este el caso de la propuesta de FIANDACA-MUSCO, que, como ellos mismos reconocen, parte de una perspectiva metodológica teleológicamente orientada, que se inclina a construir las categorías dogmáticas teniendo en cuenta la específica función que estas desarrollan dentro del sistema jurídico considerado⁸⁹. Se pretende de esta forma mantener la construcción conceptual clásica que proporciona seguridad y garantía en la aplicación del derecho penal sin olvidar, al mismo tiempo, que la definición de las nociones básicas del derecho penal cumplen también una importante función político-criminal.

Con estas premisas básicas, la tipicidad se concibe no solo como descripción legal del hecho punible, sino también como específica forma de agresión al bien jurídico protegido⁹⁰. El bien jurídico es componente fundamental del delito y criterio teleológico relevante en la medida en que la dirección de la función de tutela de la norma penal refleja una pauta de interpretación que permite explicar racionalmente todo el sistema.

La sistemática tripartita de los autores citados tiene un común con la gran mayoría de la doctrina italiana el fundamento objetivo de la antijuridicidad. Sin embargo, su concepción presenta dos innovaciones respecto de la teoría tradicional en Italia, que reflejan una notable influencia de la reciente dogmática alemana.

De una parte, la construcción sistemática de la teoría del delito se realiza separadamente, examinando las diferentes nociones y principios de forma específica en cada una de las tipologías en las que se subdivide el ilícito: delito doloso, delito culposo, delito activo y delito omisivo⁹¹. La segunda novedad sistemática, también de indudable influencia germánica, consiste en la aceptación de la consecuencia sistemática que reclama una doble función del dolo y de la culpa. En efecto, de una parte, el dolo representa un elemento constitutivo del hecho típico en la medida en que la voluntad criminal tiene relevancia, también desde una perspectiva objetiva, cuando esta se traduzca en realización. En este mismo plano, se dice que el dolo comporta la dirección lesiva de la acción y conforma así el perfil de la tipicidad. La segunda, y no menos importante función del dolo, consiste en integrar la forma más grave de culpabilidad. La lesión personal del bien jurídico, de esta forma, es reprochada con mayor energía al autor que produce intencionalmente semejante menoscabo, que aquella realizada violando el deber de cuidado que debía haberse observado. El dolo, desde esta perspectiva, se sitúa tanto en la tipicidad como en la culpabilidad⁹².

⁸⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penal*, parte generale..., cit., pág. 139.

⁹⁰ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penal*, parte generale..., cit., pág. 141.

⁹¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penal*, parte generale..., cit., pág. 150. Esta tesis ya había sido postulada con anterioridad por GIORGIO MARINUCCI, *El reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, pág. 135. Sobre la influencia de la moderna dogmática alemana en Italia, el interesante trabajo de GIULIANO VASALLI, "Il fatto negli elementi del reato". *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, tomo III, Milano, 1984, págs. 1643 y ss.

⁹² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte generale..., cit., pág. 261.

Para finalizar este rápido recorrido por alguno de los caminos que marcan las actuales tendencias italianas, haremos mínima referencia a la doctrina finalista. En general, la doctrina de la acción final no ha sido adoptada por la moderna dogmática italiana. Pero, al contrario, de lo que sucedía en Alemania, dicha concepción tampoco ha aportado de forma general alguna de las consecuencias reflejadas en la teoría del delito (que tanta importancia han tenido en el país germánico), como el trasladar el dolo de la culpabilidad a la tipicidad (con excepción de PAGLIARO, pero con fundamentos totalmente distintos) o establecer un tratamiento diferenciado de los tipos doloso, culposo, activo u omisivo (con excepción de los señalados FIANDACA-MUSCO y MARINUCCI). Por el contrario, la importancia que se le otorga en este país al bien jurídico y a los principios constitucionales en el orden jurídico-penal, determinan un total predominio de la concepción objetiva de la antijuridicidad, de la relevancia del desvalor del resultado y provoca el generalizado rechazo del concepto personal de injusto⁹³.

La teoría finalista del delito, no obstante, ha tenido algunos seguidores. En este punto se sumaron a dicha tesis SANTAMARÍA⁹⁴, LATAGLIATA⁹⁵ y como uno de sus últimos representantes, MORSELLI⁹⁶.

Tras esta breve exposición, vamos a resumir, para finalizar el subapartado, las líneas generales en las que se desarrolla la actual dogmática penal italiana. Somos conscientes de que no se han incluido importantes representantes de esta y otras corrientes de gran peso en la disciplina jurídico-penal⁹⁷. Pero los límites naturales de este tipo de trabajo justifican la abreviación, en la medida de lo posible, de la consiguiente explicación.

Haciendo resumen de todo lo expuesto con anterioridad, se puede decir que la actual situación de la dogmática penal en aquel país es el resultado de una serie de factores metodológicos y legislativos que determinan unos perfiles y características muy especiales. La dirección técnico-jurídica, y sus dos revisiones fundamentales representadas por el teleologismo de BETTIOL, de una parte, y el realismo de ANTO-LISEI, de otra; constituyen las claves a partir de las cuales se puede explicar los actuales modelos jurídico-penales.

⁹³ Esta tradición objetivista en Italia ha sido marcada notablemente por el propio derecho positivo. Así, como señala el propio ROMANO (*Commentario sistematico...*, cit., pág. 283), en el Codice Penale, el art. 43, en la medida en que conecta siempre el resultado al dolo y a la culpa; el art. 49 en relación con el 56, en tanto que se excluye la punibilidad del delito imposible y la tentativa inidónea y; en fin, en materia de circunstancias atenuantes y eximentes, que también se fundamentan de forma objetiva, pues disminuyen o excluyen la pena aun cuando el agente las desconozca o por error las estimase inexistentes y se proyecte el resultado objetivo (art. 59).

⁹⁴ DARIO SANTAMARÍA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

⁹⁵ ANGELO RAFFAELE LATAGLIATA, "La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione", *L'Indice Penale*, núm. 2, 1991, págs. 281 y ss. Citamos el último de sus trabajos, tras su fallecimiento, en el que se encuentra resumida tanto su posición como la de su predecesor.

⁹⁶ ELIO MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, págs. 3 y ss.

⁹⁷ Una panorámica general centrada en determinados autores de gran relevancia, se ofrece en MORILLAS CUEVA, *Metodología y ciencia penal*, Granada, 1991, págs. 222 y ss.

En esta línea de pensamiento, los planteamientos sustancialistas que buscan una coordinación armónica entre la construcción y sistematización conceptual y la realidad de la vida social, suelen partir de un modelo bipartito, con fuerte influencia de la tradición jurídico-penal italiana y propuestas singulares conformadas por exigencias jurídicas y sociales autóctonas (así MANTOVANI o PAGLIARO).

Otra tendencia, que tiene un origen en parte germánico, se ha desarrollado ulteriormente también de forma autónoma, y adquirido una especial idiosincrasia. Es la doctrina que suele postular en favor de una concepción tripartita y que intepreta las nociones fundamentales del derecho penal tomando como presupuesto el objeto de protección de la norma. Estas sistemáticas construyen la elaboración conceptual atendiendo, fundamentalmente, a la función que desempeña cada uno de los componentes en relación al bien jurídico y de ahí que se califiquen de teleológicas (ROMANO, más cerca del modelo germánico, FIANDACA-MUSCO).

Pero, aparte de estas dos grandes concepciones, que a su vez se interrelacionan en espacios comunes, existen una serie de características que son propias y definitivas de casi el entero sistema penal italiano. Así se destaca la gran influencia de los principios constitucionales en la construcción de la teoría del delito, la importancia central que adquiere el bien jurídico y la consiguiente objetivización de la casi total mayoría de las propuestas sistemáticas. En consonancia con estos presupuestos, ni la doctrina de la acción finalista, ni las consecuencias fundamentales de su específica concepción metodológica han tenido mayor relevancia, fuera de algunos intentos aislados de trasladar este planteamiento.

Sin duda alguna, todas estas características son el fruto de una peculiar tradición en la construcción científica del derecho penal y de las propias exigencias del ordenamiento jurídico positivo italiano que favorece la elaboración de teorías del delito desarrolladas sobre bases objetivas y materiales.

4. LAS ACTUALES CORRIENTES JURÍDICO-PENALES EN ESPAÑA

En este último apartado se van a repasar sumariamente las actuales tendencias dogmáticas en España, ciñéndonos especialmente, tal y como ha sido hasta ahora regla general, al campo de la teoría jurídica del delito.

En líneas generales, frente al desenvolvimiento de la dogmática italiana que ha tomado rumbo por sus propios cauces, los diferentes planteamientos metodológicos en nuestro país han recibido un notable influjo de la doctrina germánica, hasta tal punto que, como enseguida tendremos ocasión de comprobar, las tendencias y modelos que se presentan en Alemania se ven reproducidos, de forma paralela, en nuestro país. De ahí que sigamos un esquema similar al desarrollado en su momento en la presente explicación.

A) Introducción

Uno de los primeros trabajos dogmáticos llevado a cabo en tierra hispana es el que corresponde con el segundo tomo de la obra de SILVELA, *El derecho penal*

estudiado en principios y en la legislación vigente en España⁹⁸. El tratado de este autor, sin que pueda ser incardinado claramente en ninguna de las corrientes señaladas, representa una de las primeras investigaciones desarrolladas bajo los presupuestos del formalismo jurídico escrita en lengua española⁹⁹. Ideas básicas de su pensamiento, como el cometido de la ciencia del derecho penal (que viene a sintetizar el ideal de justicia y las condiciones históricas determinantes del derecho positivo actual para perfeccionarlo) y el criterio metodológico empleado en el estudio del derecho, denotan ya una capacidad en la construcción científica del mismo más allá de la mera exégesis¹⁰⁰.

El positivismo jurídico se introduce en España fundamentalmente a través de la traducción de obras dogmáticas de gran relevancia en Alemania. Así, en 1913 BALLBE publica en España la teoría del delito de BELING¹⁰¹ y entre los años 1914 y 1917, SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA tradujeron el tratado de VON LISZT¹⁰², una de las piezas fundamentales en la construcción clásica del derecho penal.

Sin embargo se suele citar como primera obra dogmática española propia y autónoma la lección inaugural del curso académico 1931-1932 impartida por el profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁰³. En su lección magistral, el maestro español, al igual que hiciera ROCCO en su discurso de 1910, critica el actual estado de la ciencia penal española y postula por el estudio dogmático del delito siguiendo las tendencias que marcaron primero Alemania y después Italia¹⁰⁴. El autor toma así los presupuestos metodológicos fundamentales de la escuela clásica, en particular, la teoría

⁹⁸ LUIS SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, tomo II, 1ª ed., Madrid, 1879, 2ª ed., Madrid, 1903.

⁹⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal...*, cit., pág. 272.

¹⁰⁰ En relación a las peculiaridades metodológicas de SILVELA, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, "Sobre los orígenes y principios del método dogmático en la teoría del delito", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, págs. 113 y ss.

¹⁰¹ FAUSTINO BALLBE, "La dogmática del delito según Beling", en *Anales de la Junta para la Ampliación de Estudios e Investigación Científicos*, págs. 147 y ss. (cita que tomamos de MIR PUIG, *Introducción...*, cit., pág. 273, nota 272).

¹⁰² Nos referimos a la traducción de la 18ª ed., tomos I-III, por QUINTILIANO SALDAÑA y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, 1914-1917.

¹⁰³ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico 1931-1932*, Madrid, 1931. En este sentido, ha señalado DEL ROSAL, que a partir de este discurso se despertó un interés técnico-dogmático dentro de la ciencia del derecho penal que no había conocido precedente alguno. JUAN DEL ROSAL, "Überlick über der Entwicklung der Strafrechtswissenschaft in Spanien während der letzten fünfzig Jahre", *ZStW*, núm. 67, 1955, págs. 145 y ss. y 156.

¹⁰⁴ "Sigo, pues, la corriente moderna que sitúa de nuevo el delito y la pena en el cauce jurídico. Hay que trabajar sin descanso para cubrir las etapas que las otras ramas del derecho hicieron lentamente y que el derecho penal no pudo andar por hallarse detenido ante la valla de la "escuela positiva". En países como Alemania, donde se saltó el obstáculo con el primer impulso, el progreso técnico-jurídico del derecho penal no se detuvo. Por eso ARTURO ROCCO —en la propia Italia— dice que es urgente imitar a los tudescos y tomarles como paradigma en cuanto a la técnica de la ciencia jurista del delito... la técnica jurídica gana hoy el derecho penal, que vuelve a la casa solariega del derecho". JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 26 y 27.

jurídica de BELING y MAX ERNEST MAYER, y a partir de ahí considera la esencia técnico-jurídica del delito en los caracteres de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹⁰⁵. Se introduce así en España, directamente y sin el recurso a la traducción de una obra germánica, la teoría clásica del delito. De esta forma, la acción, o acto, se define como conducta humana voluntaria que produce un resultado¹⁰⁶. Y la tipicidad, de manera provisional, se concibe como la descripción objetiva por parte del legislador del acto inculminable¹⁰⁷.

La posición del autor se inscribe así claramente en la teoría clásica del delito. La acción, como hemos visto, se contempla causalmente como manifestación exterior de la voluntad que produce un resultado. La tipicidad es concebida como pura descripción objetiva, hasta tal punto, que elementos normativos o subjetivos del tipo son entendidos como supuestos extraños de traslación de la antijuridicidad o culpabilidad, respectivamente al tipo¹⁰⁸. La antijuridicidad, en cambio, la entiende en sentido material y totalmente valorativa, incluso coloreada de cierto iusnaturalismo, en tanto que la conducta típica debe suponer una violación de las normas de cultura reconocidas por el Estado (tesis de M. E. MAYER¹⁰⁹). En fin, la culpabilidad es definida también en términos clásicos como nexos ético y psicológico que liga al autor con el acto u omisión perpetrados y que se plasma en dolo o en culpa¹¹⁰.

Tras la irrupción de la metodología dogmática en el campo de la teoría jurídica del delito a través, fundamentalmente, del trabajo de JIMÉNEZ DE ASÚA, la ciencia penal española de las siguientes décadas se va a desarrollar siguiendo la línea que marcó el que fuera profesor en Madrid, es decir, siguiendo principalmente las corrientes alemanas.

Así, en 1935 se introduce en España el tratado neokantiano de MEZGER con la sola traducción y anotaciones de RODRÍGUEZ MUÑOZ¹¹¹, que tendrá una gran repercusión en la evolución de la moderna doctrina penal española.

La teoría clásica del delito, en términos similares a los expresados por JIMÉNEZ DE ASÚA, fue desarrollada en el ámbito del derecho positivo español por CUELLO CALÓN¹¹² en las primeras ediciones de su manual. Sin embargo, la importada teoría

¹⁰⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 28 y 29.

¹⁰⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 31.

¹⁰⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 35. Sin embargo, el autor critica la segunda versión de la teoría del tipo de BELING de 1930.

¹⁰⁸ "Ya afirmé que en la pura doctrina del tipo este es una pura descripción objetiva, y que la antijuridicidad y la culpabilidad son caracteres distintos: pero a veces aparecen formas anormales de tipicidad en que figuran elementos normativos afines a la antijuridicidad o elementos subjetivos referentes a la culpabilidad" (el subrayado es nuestro), JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 53.

¹⁰⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 77.

¹¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 87.

¹¹¹ EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, tomos I y II, Madrid, 1935.

¹¹² Así, EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, parte general, 5ª ed., Barcelona, 1940. Este autor mantiene una estructura clásica que se observa, entre otras circunstancias, en la adopción de un concepto causal de acción, así como en su consideración exclusivamente objetiva y formal de la antijuridicidad (págs. 293 y ss.). También en el ámbito de la culpabilidad, al igual que los causalistas tradicionales, sigue estableciendo su razón fundamental en atención a una conexión psicológica entre el hecho y su autor, aun cuando no se desprecia el carácter reprochable del hecho (pág. 298). Esa

neoclásica del delito va a ser pronto adaptada en parte a las exigencias de nuestro ordenamiento positivo por ANTÓN ONECA¹¹³.

A partir de este momento, la tendencia predominante en las obras de la parte general del derecho penal en España ha sido neoclásica o también denominada causalista-valorativa¹¹⁴, pues se caracteriza por mantener un concepto causal de acción, una concepción valorativa del tipo, material y objetiva de la antijuridicidad y normativa en lo que respecta a la culpabilidad¹¹⁵. Se pueden citar aquí, como más representativos de esta dirección, los siguientes autores: el propio JIMÉNEZ DE ASÚA¹¹⁶, QUINTANO RIPOLLÉS¹¹⁷, DEL ROSAL¹¹⁸, RODRÍGUEZ DEVESA¹¹⁹ y SAINZ CANTERO¹²⁰.

La teoría final del delito fue dada a conocer en España por el mismo autor que introdujo la concepción neoclásica del ilícito a través de la traducción del tratado de MEZGER, es decir, por RODRÍGUEZ MUÑOZ¹²¹. De otra parte, la traducción del

concepción psicológica de la culpabilidad late con fuerza en la obra del autor cuando señala "la culpabilidad, cualesquiera que sea la doctrina que sobre ella se acepte, es una relación psíquica de causalidad entre el agente y su hecho" (pág. 300).

¹¹³ JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, tomo I, parte general, Madrid, 1949. Se puede decir que este autor mantiene la teoría neoclásica del delito. Define la acción causalmente (movimiento corporal voluntario que produce un cambio en el mundo exterior, pág. 161). Sin embargo, existe cierta influencia de la doctrina italiana, en tanto que la antijuridicidad y la culpabilidad son considerados como dos juicios que se corresponden con el elemento objetivo y subjetivo de aquella. El primero representa una desvaloración objetiva de la conducta, el segundo se conceptúa como actuación interna desaprobada por el ordenamiento jurídico (pág. 189). Admite el autor, de igual forma, los elementos subjetivos de la antijuridicidad y también de la justificación cuando excepcionalmente sean reconocidos por el ordenamiento jurídico, si bien entiende que, en cuanto a su naturaleza, son componentes de la culpabilidad (págs. 179 y 180). Esta tendencia neoclásica se observa también cuando se admite la distinción entre antijuridicidad formal y material, aceptando en este sentido la teoría de las normas de cultura de M. E. MAYER (pág. 182). El tipo, de otra parte, no se contempla como lo hiciesen los clásicos, como mera *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, sino que es concebido de forma totalmente valorativa, como *ratio esendi* de la misma (pág. 186). En la culpabilidad, se muestra también claramente su tendencia neokantiana, y acepta la concepción normativa de la misma en los términos que fue desarrollada por FRANK, GOLDSCHMIDT, MEZGER y WOLFF (pág. 190).

¹¹⁴ Calificación utilizada, entre otros, por BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal...*, cit., pág. 165.

¹¹⁵ Un interesante examen del estado actual de las obras generales de derecho penal se encuentra en el trabajo de WALTHER PERRON, "Literaturbericht, Spanien, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbücher und lehrbuchartige Darstellungen", *ZStW*, núm. 99 (1987); págs. 543 y ss.

¹¹⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo III, 3ª ed., Buenos Aires, 1965.

¹¹⁷ ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de derecho penal*, tomo I, Madrid, 1963. Si bien es cierto que el autor también se ve influido por la doctrina italiana, e intenta adaptar férreamente su sistema a las exigencias del ordenamiento jurídico español.

¹¹⁸ JUAN DEL ROSAL, *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. 1, 1ª ed., Madrid, 1968; aun con la originalidad de mantener un concepto social de acción (pág. 564, 6).

¹¹⁹ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte general, 1ª ed., Madrid, 1970.

¹²⁰ SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, parte general, 1ª ed., Barcelona, 1979-1985, (tomo I, II y III).

¹²¹ JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 1ª ed., Valencia, 1953.

tratado de MAURACH por parte de CÓRDOBA RODA contribuyó también a una mayor propagación de las ideas finalistas en nuestro país¹²².

Cierto es, no obstante, que en la ciencia penal española, al igual que en Alemania, el finalismo ortodoxo no ha impuesto sus tesis fundamentales. Ahora bien, tampoco se puede decir que el mismo suponga una mera anécdota entre las diversas concepciones dogmáticas del derecho penal, como ocurre en Italia. Algunos autores españoles de gran relevancia mantienen las posiciones welzenianas básicas, aun cuando la mayoría de ellos rectifiquen ciertos aspectos más o menos fundamentales de la doctrina alemana. Así, se pueden incluir en esta corriente CEREZO MIR¹²³, CÓRDOBA RODA¹²⁴, SUÁREZ MONTES¹²⁵ y LANDECHO¹²⁶.

En la moderna teoría española, al igual que sucede en Alemania, la fundamentación metodológica básica del finalismo no ha tenido mucho éxito. Ahora bien, algunas de las consecuencias fundamentales derivadas de las tesis welzenianas en el ámbito de la teoría del delito, son aceptadas hoy por un sector mayoritario de los penalistas españoles. La consideración del dolo en el ámbito de la tipicidad, el examen separado de la estructura del delito activo, omisivo, doloso y culposo; o, en fin, la aceptación de la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición, son algunos de los postulados sistemáticos que dominan hoy en la literatura penal española. Vamos, sin embargo, a realizar un examen por separado de algunas de las actuales tendencias.

B) *El neoclasicismo español avanzado*

Una corriente neoclásica, en su vertiente más avanzada, viene representada por las obras generales de RODRÍGUEZ MOURULLO y COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN.

¹²² REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*. Traducción y notas de derecho español por JUAN CÓRDOBA RODA, 2 tomos, Barcelona, 1962.

¹²³ JOSÉ CEREZO MIR, "El concepto de acción finalista como fundamento del sistema penal", *ADPCP*, núm. XII, 1959, págs. 561 y ss. Del mismo: "Lo injusto de los delitos dolosos en el derecho penal español", *ADPCP*, núm. XIV, 1961, págs. 55 y ss. Del mismo en la traducción y notas de la obra HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964. También la obra general de este autor (JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, parte general, 3ª ed., Madrid, 1985), está inspirada fundamentalmente por las tesis finalistas.

¹²⁴ Aparte de las notas al Tratado de MAURACH, el trabajo *Una nueva concepción del delito. La doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1961; si bien es cierto que las peculiaridades del sistema adoptado por el autor obligan a tomar esta afirmación con ciertas reservas. Así, MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal...*, cit., pág. 275. Con las mismas cautelas, este otro trabajo: CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962.

¹²⁵ Aun cuando este autor adopte una posición muy crítica respecto de las posiciones finalistas. Así, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963. Más claramente, RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, "Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre"? *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, págs. 379 y ss. Sobre las líneas básicas que sigue el autor, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal...*, cit., pág. 186.

¹²⁶ CARLOS MARÍA LANDECHO, *Derecho penal español*, parte general, 2 tomos, 2ª ed., Madrid, 1991. El autor mantiene las líneas básicas del finalismo, pero no llega al punto, como muchos otros de sus seguidores, de escindir la teoría jurídica del delito.

El primero se encuentra dentro de una concepción neoclásica del delito en tanto que parte del concepto de tipo como tipo de injusto ("el conjunto de características de la acción prohibida que fundamentan su antijuridicidad")¹²⁷, es decir, valorativo y objetivo. No obstante, así entendido, este concepto de tipo sigue contemplándose como *indicio* de la antijuridicidad y no como *esencia* de la misma¹²⁸. La antijuridicidad, al igual que hiciera MEZGER, se concibe como un juicio de desvalor impersonal-objetivo que deriva de la infracción de la norma como norma objetiva de valoración. Admite también, claro está, la existencia de elementos subjetivos del injusto¹²⁹. Aunque el autor solo ha llegado a desarrollar la teoría del delito hasta el momento de la antijuridicidad, se deduce de la colación de diversos países que entiende la culpabilidad como juicio de reproche y que integra en la misma tanto el dolo como la culpa¹³⁰. La sistemática de RODRÍGUEZ MOURULLO, finalmente, se completa con el postulado básico de la comprensión del concepto general de acción, como pilar fundamental de la construcción jurídica del delito, precisamente bajo los presupuestos de la teoría social de la acción¹³¹.

Como neoclasicismo avanzado se puede también definir la sistemática que corresponde con la obra de la parte general de COBO y VIVES. El planteamiento básico en virtud del cual se califica la estructura del delito fundamentalmente como neokantiana no es muy diferente del que se ha expuesto con carácter general ni del señalado respecto del autor anterior. De ahí que, para evitar absurdas reiteraciones, nos limitemos a señalar las peculiaridades propias de su modelo teórico en diferencia con estos otros señalados líneas atrás¹³².

Los mentados autores parten de un presupuesto metodológico totalmente deontológico, es decir, "...el análisis de la infracción no adoptará una configuración

¹²⁷ GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general, Madrid, 1977, págs. 239 y 240.

¹²⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 261.

¹²⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 327 y ss.

¹³⁰ "En la culpabilidad radica el juicio de desvalor que el ordenamiento jurídico *pronuncia sobre el autor*. Se le reprocha personalmente que haya ejecutado la acción injusta cuando debía y podía omitirla, es decir, que haya obrado contra el derecho cuando pudo y debió obrar conforme a derecho" (*Derecho penal*..., cit., págs. 194 y 195). "La presencia de tales características fundamentales de la antijuridicidad no prejuzga aun la presencia de otros elementos esenciales del delito. Por ejemplo, la culpabilidad. Para saber si quien ha matado, encerrado o detenido a otro, o destruido cosas ajenas, actuó culpablemente, hay que tomar en cuenta nuevas características" (imputabilidad del sujeto, dolo o culpa, exigibilidad de conducta adecuada a la norma). *Derecho penal*..., cit., pág. 240.

¹³¹ "En sentido jurídico-penal, llamamos aquí acción a todo comportamiento socialmente relevante dependiente de la voluntad humana". *Derecho penal*..., cit., pág. 209. Su concepto social de acción pretende que "la existencia de una determinada acción no pueda hacerse depender exclusivamente ni de la causación de un determinado resultado ni de una determinada finalidad subjetiva del autor" (pág. 212). De esta forma, el prestigioso penalista intenta superar con su concepto objetivo-social de acción tanto la concepción exacerbadamente naturalista del causalismo como el excesivo subjetivismo de la tesis finalista. De ahí que, frente a la clasificación de PERRON (*Literaturbericht*..., cit., pág. 546), cabe dudar de la clasificación de esta obra como tratado con estructura causal del delito.

¹³² En relación a las características más destacables de la propuesta de COBO y VIVES, el reciente trabajo de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, "Falsas antimonías en la teoría del delito", *ADPCP*, tomo XLIV, 1991, págs. 791 y ss.

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"¹³³. La estructura bipartita de COBO y VIVES representa, frente a la doctrina tradicional en nuestro país (que adoptaba un sistema trío tetrapartito), un criterio identificativo de su concepción del hecho punible. Este seccionamiento del ilícito penal en dos partes no tiene su origen, como ocurriese en Italia, en la distinción del elemento objetivo y el elemento subjetivo (pues se reconocen, valga la redundancia, los elementos subjetivos del injusto). Su razón de ser radica, como se ha señalado, en la concepción de la norma penal (concepción mezgeriana de la doble función de la norma jurídica, como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de determinación) y del propio entendimiento del tipo de injusto.

En este segundo plano, dos son también las características que diferencian la propuesta sistemática de COBO y VIVES de otros modernos modelos con base en una concepción neokantiana del derecho penal. En primer lugar, el tipo ya no es un mero indicio de la antijuridicidad, o *ratio cognoscendi* sino que, por el contrario, en la tipicidad radica precisamente toda la carga valorativa de la antijuridicidad, es decir, que aquella representa la *ratio esendi* de esta¹³⁴. La segunda peculiaridad en este ámbito consiste en que, también frente a lo que es regla general en la doctrina penal neoclásica española, los autores no fundamentan la base de la teoría general del delito en el concepto general de acción (el cual es rechazado por no cumplir, en ninguna de sus versiones, las cuatro funciones designadas por MAIHOFFER), que es sustituido por la categoría del comportamiento típico, siendo este reconducible en última instancia al tipo del injusto¹³⁵. De ahí que esta sistemática no pueda ser ya calificada como "causalista"¹³⁶.

Hemos señalado que se admiten los elementos subjetivos del injusto, pero además, en el apartado de la justificación, también se admiten los componentes anímicos

¹³³ COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 210.

¹³⁴ "La realización del tipo es, en cambio, desde un punto de vista material, mucho más que un simple indicio de la antijuridicidad. Desde el momento en que el tipo se concibe como tipo de injusto, su realización comporta la concurrencia del desvalor expresado en la figura legal correspondiente. El tipo es así «portador del injusto». Entendido de este modo no será tan solo indicio de la antijuridicidad, su simple *ratio cognoscendi*, sino su misma esencia, es decir, su *ratio esendi*, con la salvedad de que no se compruebe algunas de las llamadas «causas de justificación»". *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 244.

¹³⁵ "La teoría del delito no gira en torno al concepto de acción, que juega, a lo sumo, un papel meramente negativo... El contrato de la teoría del delito se haya, pues, en la doctrina del tipo". *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 291.

¹³⁶ En contra, PERRON, *Literaturbericht*..., cit., pág. 545.

en las diferentes causas de exclusión de la antijuridicidad, incluso optando en favor del criterio decisivo que otorga el carácter de justificado a la conducta típica la virtualidad *ex ante* de la acción justificante sin necesidad de que se produzca el resultado de salvamento del bien jurídico de mayor relevancia¹³⁷. Se ha de señalar, finalmente, que la culpabilidad se concibe también como juicio de reproche cuya estructura viene integrada por los momentos de capacidad de culpabilidad (imputabilidad), formas de culpabilidad (dolo y culpa), exigibilidad y, en algunos supuestos, especiales características de la culpabilidad¹³⁸.

En resumen, las actuales tendencias valorativas y objetivistas de la teoría del delito en España toman como punto de partida la estructura neoclásica del hecho punible, pero añaden elementos diferenciadores sustanciales para acomodar el modelo tanto a los planteamientos básicos del correspondiente autor, como por propias exigencias del ordenamiento positivo. Sin embargo, existe un componente añadido que no es muy común en las diversas concepciones germánicas, cual es este que viene representado por la importancia otorgada a los principios básicos que inspiran el derecho penal (principio de legalidad, de intervención mínima, de culpabilidad, etc.), especialmente en su relación derivada con la Constitución. Al igual que ocurrese en Italia, las sistemáticas valorativas conectan estos postulados fundamentales con los diferentes componentes esenciales de la estructura del delito, especialmente con su objeto, el bien jurídico, superándose así un excesivo formalismo achacable a ciertos planteamientos germánicos.

C) *El moderno funcionalismo. El postfinalismo español*

Hemos señalado con anterioridad que, aun cuando el finalismo no ha tenido muchos seguidores en nuestro país, algunas de sus consecuencias fundamentales, sin embargo, han sido aceptadas por un importante sector doctrinal en España que constituyen en la actualidad una corriente, con diversas tendencias, mayoritaria. Vamos a exponer, seguida y separadamente, alguna de las posiciones más relevantes de las que se encuentran en esta dirección.

Las tendencias funcionalistas o racionalistas en relación al fin son las más importantes dentro de aquellas sistemáticas que aceptan las consecuencias fundamentales del finalismo, si bien desde un punto de vista metodológico totalmente distinto. El examen de los diversos componentes de la estructura del delito se realiza, no en atención a elementos valorativos que derivan de la consideración del objeto de protección de la norma (metodología teológico-valorativa), o con base en un concepto ontológico y final de acción (metodología finalista), sino en referencia a la respectiva función que representa cada componente del ilícito, poniendo el acento en los fines que persigue la respectiva norma penal o su consecuencia jurídica fundamental: la pena.

Desde estas premisas básicas, construye GIMBERNAT su sistema de derecho penal. Ahora bien, frente a las concepciones funcionalistas germánicas que se apoyan (sobre todo las más radicales) en la teoría sociológica de los sistemas, la propuesta del autor español se desarrolla en atención a ciertas consideraciones científicas derivadas de las tesis del moderno psicoanálisis postfreudiano¹³⁹. De esta forma, se pretende fundamentar racionalmente la función que cumple la institución de la pena, que ya no puede ser la justa retribución por el mal causado, sino, por el contrario, "la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitorio de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos los controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento"¹⁴⁰. La pena es concebida así 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. La gravedad de la pena, a su vez, se determinaría en atención a la entidad del bien jurídico, cuestión que parece resolverse considerando la conmoción social que produce el ataque antijurídico, y según que la modalidad de la agresión sea dolosa o culposa¹⁴¹. La función de la pena, pues, consiste básicamente en mantener la prevención general, en evitar la comisión futura de delitos para preservar la convivencia social ante la inseguridad que supone un alto índice de criminalidad. Criterio rector de todo su sistema es también, en otro plano, la consideración de que la actividad represiva del poder público tiene un límite en el Estado de Derecho, y este reside en que la pena solo puede imponerse, en la medida en que implica un notable sacrificio de derechos del individuo, en tanto y en cuanto su aplicación sea necesaria para prevenir el delito. La necesidad de pena se constituye así en principio general de toda la construcción sistemática del autor citado.

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 cuál es la conducta que el legislador quiere evitar"¹⁴². De ahí se sigue que,

¹³⁹ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 64 y ss. Existe una tercera edición de esta obra Madrid, 1990, en la que también se contiene este, págs. 140 y ss. y otros artículos que mentaremos ulteriormente. Pero, dado que el contenido de los mismos no ha variado, seguiremos citando la primera edición.

¹⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática...?", cit., págs. 70 y 71.

¹⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática...?", cit., págs. 73 y ss.

¹⁴² 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 cuál es el tipo 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.

¹³⁷ COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 356 y 357.

¹³⁸ COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 424 y 425.

si el legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objeto de 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"¹⁴³. 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 —solo 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, solo 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 se impone por falta de tipicidad"¹⁴⁴. 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 tipo¹⁴⁵.

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 esta 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 exculpación¹⁴⁶. 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 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

¹⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de derecho penal en la actualidad...", cit., pág. 95.

¹⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de derecho penal en la actualidad...", cit., págs. 97 y 98, nota 40.

¹⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, pág. 34.

¹⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, "Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., págs. 116 y ss.

penal, y con ello, haber sido susceptible de ser influido por esta¹⁴⁷. La ausencia de pena en los supuestos de falta de "culpabilidad" (y se entrecorrima 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 general¹⁴⁸. La imputación subjetiva (equivalente a lo que la mayoría de la doctrina denomina juicio de reproche) quedaría así a dos momentos fundamentales: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad¹⁴⁹.

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 acción 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 alternando los procesos causales o dejando que estos sigan su curso o que no se inicien)"¹⁵⁰.

Entre la tesis funcional-psicoanalítica de GIMBERNAT y las teorías racional-valorativas se encuentra la concepción de GÓMEZ BENÍTEZ. El autor, sin embargo, supera las barreras del finalismo, sustituyendo el concepto ontológico de acción final, como piedra angular de la teoría del delito, por el concepto de tipicidad. Esta idea, claro está, no es nueva, pues se haya muy extendida entre nuestra doctrina. Lo que sí representa una novedad en la sistemática española es la consideración del tipo fundamentalmente en base a la imputación objetiva de una acción y, ocasionalmente, de un resultado, descrito por la ley, a un determinado autor¹⁵¹. Por

¹⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, "Estudio de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Estudios de derecho penal...*, cit., págs. 114 y ss.

¹⁴⁸ Son muchos los pasajes en la obra de GIMBERNAT en los que directamente se conecta 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.

¹⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal...*, cit., págs. 69 y ss.

¹⁵⁰ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", *ADPCP*, núm. XL, 1987, págs. 579 y ss. y 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 haría omisión "cuando por incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación era físicamente imposible la ejecución de un movimiento", pág. 606.

¹⁵¹ JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, parte general, Madrid, 1984, págs. 92 y ss.

imputación objetiva se entiende en este caso, la pertenencia objetiva de un hecho descrito en el tipo a su autor. El autor, de esta forma, es el objeto fundamental de referencia de la imputación objetiva, no la acción, "y actúa típicamente toda persona (autor despersonalizado) que realiza de forma objetivamente imputable la descripción típica"¹⁵². De este modo se afirma también que el dolo no forma parte de la acción sino de la tipicidad, en tanto que dota a la misma de específica significación social. Se acepta así el concepto personal de injusto, pero no la acción final como concepto ontológico y fundamental de la teoría jurídica del ilícito¹⁵³.

En efecto, junto a la realización de los elementos objetivos del tipo por parte del autor, se van a reconocer, ya en el injusto, una serie de condiciones relativas al ámbito, finalidad y tendencia del sujeto activo que dotan a esa realización del tipo objetivo de una significación personal, lo que pone de manifiesto que el hecho "no aparece ya como acontecer causal objetivamente probable, sino, además, como obra de una persona que ha conocido y querido su realización, e incluso, con un ánimo específico, en determinados supuestos, o con una componente tendencial en el sujeto"¹⁵⁴. De esta forma se explica, en unión a la teoría de la motivación de la norma penal en relación con la prevención general, una consecuencia coherente con el planteamiento inicial: el desvalor de la acción constituye el fundamento esencial de toda su sistemática. También se comprende ahora que la razón de punición de la tentativa y de la frustración se encuentre en la generación *ex ante* de un peligro para el bien jurídico "pero este peligro hay que entenderlo en un doble sentido: como posibilidad *ex ante* de que se produjese el resultado típico, y como posibilidad de perjuicio de los intereses preventivos generales de la norma, es decir, como perjuicio de la función motivadora a la no comisión de delitos que cumple la norma penal prohibitiva, por su mera existencia dotada de capacidad de ser aplicada"¹⁵⁵. De esta forma, el desvalor del resultado queda relegado a un segundo plano.

En el ámbito de la culpabilidad, en fin, el autor adopta la misma estructura que GIMBERNAT dado que parte de la misma fundamentación¹⁵⁶, si bien es cierto que en varios pasajes de sus trabajos postula en favor de la desaparición de la diferencia entre aquella y el injusto, consecuencia totalmente consecuente en una sistemática estructurada básicamente en torno a elementos personales y subjetivos.

Otro grupo bastante importante de autores españoles, desde diversas perspectivas se acogen (más o menos moderadamente) a las tesis funcionalistas del derecho penal, con bases distintas de la posición adoptada por GIMBERNAT, si bien es cierto

¹⁵² GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 93.

¹⁵³ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 94.

¹⁵⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 205.

¹⁵⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., pág. 258. El autor citado mantiene también planteamientos funcionalistas cercanos a ROXIN en el ámbito de la justificación, pues esta es concebida dentro del marco donde se deben proporcionar soluciones adecuadas a determinados conflictos sociales. En este sentido, PERRON, *Literaturbericht...*, cit., págs. 561 y ss.

¹⁵⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 449 y ss.

que su influencia en alguno de ellos se deja notar. El planteamiento común se encuentra en la consideración de la norma jurídica como una especificación de la norma social, en la que la realización de la conducta prohibida supone la defraudación de una expectativa que provoca una reacción estatal institucionalizada: la pena. Se dice así que las normas penales constituyen un sistema de expectativas en tanto que los ciudadanos esperan y confían que no se realice el comportamiento prohibido por aquellas: y si esto sucede, se crea cierto convencimiento en el sentido de esperar que entre en juego la mentada reacción estatal que impone una solución al conflicto originado¹⁵⁷. Se dirá también que función de la pena es ratificar las normas que han sido vulneradas y reforzar de esta forma la confianza general en las mismas¹⁵⁸. Ahora bien, frente al funcionalismo sistemático, no se renuncia a una crítica del concreto sistema social o a su fundamentación en razón a los principios básicos del Estado social y democrático de derecho.

Un importante postulado de estas tesis viene apoyado también en la consideración de la función de la norma penal como instrumento apto para incidir en la capacidad de motivación de los individuos en orden a que estos no delinieran, en términos más o menos similares a los señalados por GIMBERNAT. De esta forma, a través de la norma penal, se pone en comunicación la concepción de la pena con la teoría del delito, punto característico de la corriente que estamos examinando¹⁵⁹. Así pues, este otro punto de partida, como inmediatamente se va a tener ocasión de comprobar, incide de forma notable en la propia concepción de la estructura del ilícito¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Se pueden citar, entre otros, a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pág. 25; MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, 1990, pág. 38; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general, 3ª ed., Barcelona, 1989, págs. 12 y 13, 16; ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general, 2ª ed., Madrid, 1990, págs. 10 y 11. La influencia de los trabajos de CALLIES (ROLF-PETER CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974), HASSEMER (WILFRIED HASSEMER, *Fundamentos de derecho penal*. Traducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE y LUIS ARROYO ZAPATERO, Barcelona, 1984) y JAKOBS (*Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit.) se encuentra presente, de distinta forma, en todos ellos, y por supuesto, las tesis de sus predecesores, PARSONS y LUHMANN.

¹⁵⁸ BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general..., cit., pág. 24.

¹⁵⁹ Esta posición se muestra claramente en MIR PUIG: "Entre la pena y el delito es necesario un elemento de enlace: la norma penal. Ella establece la pena, por una parte, y el delito como presupuesto por otra. La concepción de la pena influye en la teoría de la norma y esta en la teoría del delito. Así, el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir a la norma penal un significado *directivo* (en este sentido, «imperativo»), de regulación social, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos". MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 120. Recientemente ha adoptado y desarrollado esta sistemática su distinguido discípulo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho contemporáneo...*, cit., págs. 376 y ss. Este autor lleva a cabo, no obstante, unas interesantísimas aportaciones en la teoría del delito que, debido a la naturaleza del presente trabajo, no podemos examinar ahora.

¹⁶⁰ Dentro de los autores señalados, abogan en favor de la consideración de la función de la norma penal señalada en el texto, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform* en el libro *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln, 1974, págs. 310 y ss. Versión castellana: "Función de la norma penal y reforma del derecho penal". *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 4, 1973. Del mismo,

Esta tendencia tiene también en común el examen de la teoría del delito desde perspectivas postfinalistas, esto es, aceptando las consecuencias fundamentales del finalismo: el dolo se estudia en la tipicidad, el delito se divide en cuatro partes fundamentales: activo, omisivo, doloso y culposo; y, en fin, la culpabilidad queda reducida en sus elementos fundamentales, los argumentos en virtud de los cuales se llega a la señalada comprensión sistemática son diferentes. Así, para MUÑOZ CONDE, el punto de partida es doble: se postula, de un lado, en favor del concepto final de acción, y, de otro, se concibe como una de las funciones del tipo la motivación de los ciudadanos para que se abstengan de realizar conductas antijurídicas. Como consecuencia, el querer del agente se estudia dentro del tipo de injusto doloso¹⁶¹. A esta misma consecuencia llega MIR PUIG, pero por vía distinta. Si la función de la norma penal es evitar la futura comisión de delitos a través de la motivación de los ciudadanos para que obren conforme a derecho, "solo para pretender éxito en relaciones a comportamientos que el ciudadano conduzca finalmente (hacia un fin) y pueda, por tanto, controlar y dejar de realizar"¹⁶². No es, pues, el concepto ontológico de acción el que determina toda la estructura del delito, sino que la exigencia del comportamiento final se deriva de la concepción y de la función de la norma penal, y de ahí la consideración del dolo en el tipo¹⁶³. De igual forma, en la medida en que los fines de la pena informan en algún momento categorías fundamentales del delito, se comprende que los problemas de adecuación al tipo se hayan intentado resolver acudiendo a las modernas teorías de la imputación objetiva, abandonándose así las tesis clásicas de la causalidad¹⁶⁴.

Desde luego, no se puede realizar una completa diferenciación de todas las especificaciones sistemáticas de cada uno de los autores que, de una u otra forma, participan de los postulados fundamentales aquí expuestos. Las relaciones entre tipo y

Introducción al derecho penal, Barcelona, 1975, págs. 50 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático del derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 25 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., pág. 160. Este último autor, sin embargo, sostiene que la función del tipo, y por referencia, la de la norma, es instructiva y no motivadora. En el fondo, no obstante, su posición conduce, de forma paralela a las anteriores, a mantener, en última instancia, la relevancia de la prevención general en el ámbito de la tipicidad.

¹⁶¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989, págs. 25 y ss. y 59 y ss.

¹⁶² MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 125. Del mismo autor: *Función de la pena...*, cit., págs. 49 y ss. BACIGALUPO, *Principios de derecho penal...*, cit., pág. 112, también considera que la concepción del ilícito determina el concepto de acción, y de ahí que defina la misma, en términos similares a JAKOBS, como comportamiento exterior evitable, que pueden ser traducidos también a conductas finales.

¹⁶³ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., pág. 176 entiende que el dolo se encuentra en la tipicidad porque el sentido y significación social que encierra el tipo penal necesita, para una recta comprensión, del recurso a elementos anímicos del sujeto.

¹⁶⁴ BACIGALUPO, *Principios de derecho penal...*, cit., págs. 121 y ss. MIR PUIG, *Derecho penal...*, cit., págs. 245 y ss. MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 35 y ss.

antijuridicidad, la admisión o rechazo de elementos negativos al tipo o la comprensión del contenido del dolo, es particularmente entendida por cada una de las respectivas perspectivas personales. Por ello nos vamos a limitar a un último punto en el que existe cierta coincidencia, cual es el ámbito de la culpabilidad.

Se rechaza el concepto tradicional de culpabilidad como juicio de reproche dirigido al autor en tanto que, pudiendo actuar en favor del derecho, optó por obrar antijurídicamente. Se rechaza fundamentalmente por considerarse que el libre albedrío es indemostrable y porque semejante entendimiento de la imputación subjetiva recurre a criterios éticos (reprochabilidad) que enturbian peligrosamente la necesaria distinción entre moral y derecho. Sin embargo, se considera conveniente mantener el principio de culpabilidad (por supuesto, con otro contenido), pues en él se concreta, como garantía para los derechos fundamentales del individuo, una barrera infranqueable, aun por razones de eficacia, del poder punitivo del Estado. No se renuncia, pues, a la categoría jurídico-penal de la culpabilidad, tan solo se busca un fundamento distinto del tradicional.

Así, se ha visto una relación entre culpabilidad y prevención general: la exención punitiva de aquellos individuos en quienes concurren determinadas circunstancias (bien permanentemente, bien en el momento de la comisión del hecho) que les conducen a no ser susceptibles de ser motivados por la norma penal en contra de la realización del injusto, no disminuye el nivel de prevención general respecto del resto de los ciudadanos, ni tampoco el sentimiento general sobre la continuidad de la vigencia de la norma jurídica¹⁶⁵. Esta misma posición es defendida por MIR PUIG, pero corregida en el sentido de que también los sujetos que tradicionalmente se hayan amparados por una causa de exculpación son motivables, si bien el proceso de interiorización de la norma directiva es anormal y no despliega toda su intensidad. De otra parte, para el autor citado la culpabilidad no deja de constituir un elemento valorativo que determina cierto límite a la prevención general¹⁶⁶. La imputación subjetiva quedaría así estructurada en varios momentos: capacidad de culpabilidad (imputabilidad), conocimiento de la antijuridicidad y no exigibilidad de una conducta diferente¹⁶⁷.

¹⁶⁵ En este sentido se puede entender la posición de MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 120 y ss. Esta posición es muy similar a la mantenida por GIMBERNAT, pero otorgándole una mayor dimensión garantista a la categoría. Una concepción mixta parecida, que conjuga normalidad de la motivabilidad del sujeto y necesidades preventivo-generales, mantiene SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo...*, cit., págs. 410 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, sin embargo, pese a desarrollar también un concepto social de culpabilidad, reduce el fundamento de esta a la exigibilidad. *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., pág. 327.

¹⁶⁶ MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 586 y ss. Para BACIGALUPO, sin embargo, la fundamentación de la culpabilidad está unida a la posibilidad del autor de motivarse por la norma penal en conexión con criterios de prevención especial (*Principios de derecho penal...*, cit., págs. 176 y 177).

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 124 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, parte general..., cit., págs. 239 y ss. Para MIR PUIG, sin embargo, la posibilidad de conocer el significado del hecho para el derecho condiciona el injusto; y viceversa, la imposibilidad de conocer la prohibición elimina la antijuridicidad del hecho. Coherente con este planteamiento, el error de prohibición impide o disminuye el propio injusto según se trate de error vencible o invencible (*Derecho penal...*, cit., págs. 668 y ss.). La culpabilidad queda así reducida a dos momentos: la imputabilidad y la no exigibilidad.

Finalmente, otro grupo de autores parten de la estructura finalística básica del delito pero sin recurrir ni a la concepción de la acción de aquella doctrina ni a claros criterios funcionalistas, aun cuando se acepten algunos postulados de esta corriente.

Así, partiendo del concepto de norma penal como norma directiva o imperativa y con base a ciertos preceptos del Código Penal español, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO mantienen que el dolo forma parte del contenido del injusto¹⁶⁸. Esta consideración no implica un abandono de la concepción, en parte objetiva, de la antijuridicidad. Se postula en favor de la relevancia tanto del desvalor de acción como del desvalor del resultado en la fundamentación del injusto para resolver de esta forma lo que se consideran problemas insalvables desde el punto de vista dogmático y político-criminal¹⁶⁹. En fin, en el ámbito de la culpabilidad, en ocasiones se parte, aun sin un claro convencimiento y con una gran dosis crítica, de una concepción normativa de la misma, como es el caso de QUINTERO OLIVARES¹⁷⁰ o de una fundamentación de la atribuibilidad con base en la capacidad de motivación del sujeto, pero sin especial influencia de los criterios de prevención general¹⁷¹.

Queda por hacer una resumida valoración del estado actual de la ciencia penal española. Se puede decir, tras esta breve exposición de los planteamientos dogmáticos fundamentales, que la influencia de la doctrina alemana ha sido decisiva en la configuración de las principales corrientes del pensamiento jurídico-penal que se han desarrollado en los últimos tiempos. Esto no quiere decir, ni mucho menos, que no exista originalidad en las propuestas sistemáticas que han ido apareciendo a lo largo de los últimos años. Pero, salvo alguna importante excepción, cada concepción del ilícito representa, con mayores o menores rectificaciones, el reflejo de un modelo, o de una conjugación de modelos, cuyo origen se encuentra en el país

¹⁶⁸ EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO-SUSANA HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general. *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Madrid, 1986, págs. 119 y ss.

¹⁶⁹ OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general..., cit., pág. 171, GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, parte general, Barcelona, 1986, págs. 299 y ss. Este autor determina este carácter dualista de la fundamentación del injusto con base a dos criterios fundamentales: de una parte, a raíz de una concepción mixta de la norma, como juicio de valor y como norma de determinación, que implica que, la antijuridicidad, como su contradicción en conjunto, tenga en cuenta los dos momentos. Y, en segundo lugar, al poner como punto de referencia de su construcción sistemática el primado de la antijuridicidad, la afección al bien jurídico que determina el contenido material de aquella se determina también, además de por la entidad objetiva del ataque, por la específica forma de perpetrarse el mismo por parte del sujeto.

RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de derecho penal*, parte general, 3ª ed., Madrid, 1986, págs. 172 y ss., aun cuando sostiene un concepto esencialmente objetivo de la antijuridicidad, sitúa el dolo en la conformación del injusto y admite así, junto al desvalor del resultado, el desvalor de acción.

¹⁷⁰ El autor, con gran sentido crítico, parece adoptar la estructura del juicio de culpabilidad propia del finalismo: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y no exigibilidad. QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal*, parte general..., cit., págs. 381 y ss.

¹⁷¹ OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, parte general. *Teoría jurídica del delito...*, cit., págs. 294 y ss. Los autores denominan a la culpabilidad atribuibilidad y configuran su estructura con base a tres momentos: conocimiento de la antijuridicidad, imputabilidad y exigibilidad.

germánico. Esto no ocurre con tanta nitidez en Italia, en donde un importante sector doctrinal (que normalmente gira en torno a la concepción bipartita del delito) desarrolla sus teorías sobre el ilícito desde una tradición autóctona.

El magisterio ejercido por JIMÉNEZ DE ASÚA, tanto en España como en el exilio, así como sus obras dogmáticas (especialmente a raíz de su lección inaugural del curso académico 1931-1932 en la Universidad de Madrid), constituyen un punto de referencia clave para el entendimiento del ulterior desarrollo de la ciencia penal española. La corriente clásica o neoclásica que se desenvuelve a partir de los años cuarenta es un reflejo de las concepciones metodológicas que algunas décadas anteriores se habían originado en tierra alemana. Pero basta leer los postulados básicos de cada una de las obras de la época para poder observar que en la estructura fundamental de las mismas se encontraba, directa o indirectamente, ideas y modelos teóricos de JIMÉNEZ DE ASÚA.

Con posterioridad, la disciplina jurídico-penal se va desarrollando con cierta autonomía pero siguiendo de cerca las tendencias y debates metodológicos que se producen en Alemania. De esta forma, se fue imponiendo el método teleológico valorativo propio de la teoría neoclásica del delito como corriente mayoritaria hasta los años setenta. Junto a esta concepción aparecieron algunos modelos sistemáticos que partían de los presupuestos fundamentales del finalismo (representados principalmente por CEREZO MIR y CÓRDOBA RODA), y que constituían todavía una opinión muy minoritaria. Sin embargo, la estructura tripartita del delito, como hecho típico, antijurídico y culpable, estaba prácticamente generalizado en la doctrina española.

Durante la segunda mitad de los años setenta y principios de los ochenta, surgen o se desarrollan, según los casos, dos tendencias diferenciadas a partir de las cuales se puede comprender el actual panorama de la dogmática penal española. De una parte, las concepciones neoclásicas del delito van a completar su sistemática con los principios constitucionales que informan el nuevo Estado de Derecho. Los criterios dogmáticos se guían ahora por nuevas exigencias constitucionales derivando ello en una nueva inspiración más valorativa y teleológica de los nuevos postulados metodológicos. Y en este contexto se pueden entender las sistemáticas neoclásicas avanzadas de RODRÍGUEZ MOURULLO y COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. Evidentemente, la importante influencia del texto fundamental no va a reflejarse exclusivamente en esta concepción. Desde otro punto de vista totalmente diferente, MIR PUIG, por ejemplo, lleva a cabo ya en 1979 una propuesta sistemática que se construye bajo las bases fundamentales del Estado social y democrático de derecho.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, la estructura tripartita del delito va cediendo en favor de una consideración bipartita del mismo. Ello se debe, fundamentalmente, al progresivo abandono de la acción como piedra angular de la elaboración del modelo teórico en favor de la cada vez mayor aceptación de tomar como punto de partida la norma jurídica, deduciéndose de la misma la existencia de dos juicios o dos partes fundamentales: la antijuridicidad y la culpabilidad. Este criterio también se está generalizando con independencia de la elaboración teórica que se presente.

Pero otro factor fundamental que va a influir de forma decisiva en la moderna doctrina penal viene determinado por la irrupción del funcionalismo a principios de los años sesenta. En este plano, dos autores van a tener una gran relevancia. De una parte el pensamiento jurídico-penal del profesor alemán CLAUS ROXIN llega a penetrar, unas veces directamente, otras a través de la traducción de sus obras fundamentales con gran fuerza en nuestro país. Las relaciones entre las diversas categorías del delito y la política criminal constituirán, como no, un importante punto de consideración en los nuevos planteamientos.

Pero de otra parte, es GIMBERNAT quien impondrá una pauta metodológica de gran importancia psicoanalítica a través de la motivación de la norma y la explicación con base en la misma de todos los momentos de configuración del ilícito penal. El moderno postfinalismo español, especialmente aquel que participa de una concepción funcionalista del derecho penal, no se puede entender sin acudir a las fuentes dogmáticas de la tesis motivacional, tanto en la versión original de GIMBERNAT como en el ulterior desarrollo realizado por MUÑOZ CONDE.

Y llegamos así al momento presente, dominado, al igual que en Alemania, por concepciones sistemáticas construidas desde los fines de la pena por medio del puente que representa la norma penal, que adoptan consecuencias derivadas del finalismo y que recurren en la fundamentación de algunas de sus categorías fundamentales (especialmente en el ámbito de la culpabilidad) a la teoría de la motivación de la norma. Las sistemáticas causalistas y finalistas, si bien minoritarias, siguen manteniéndose por maestros y discípulos. Punto común a todo el derecho penal español sigue siendo (al igual que ocurre en Italia, pero no tanto en Alemania) la construcción del sistema a partir de los principios constitucionales que emanan directamente de la moderna configuración del Estado de Derecho. También se está imponiendo como criterio común la estructura bipartita del delito, pero, como se ha establecido líneas atrás, por razones muy diferentes a las acontecidas en la doctrina italiana (que dividía el ilícito en elemento objetivo y elemento subjetivo, claro está, aquellos que mantienen una conformación dual del ilícito). La teoría de la norma jurídica vuelve, como antiguo, a determinar la estructura básica del sistema.

Las actuales tendencias dogmáticas en España, no se puede negar, tienen una representación paralela en Alemania. Sin embargo, cuando se examinan más de cerca los fundamentos metodológicos que las sustentan, se observa que su configuración global no responde, ni mucho menos, a una copia de las de aquel país. Se puede seguir hablando pues, por esta y otras razones ya señaladas, de la existencia de una auténtica ciencia española de derecho penal.

DERECHO PROCESAL PENAL