

## PRINCIPIOS PENALES Y DOGMÁTICA PENAL

*Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)*

**Tomás Vives Antón** \*

---

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LAS DOGMÁTICAS CAUSALISTAS. III. EL FINALISMO. IV. LAS DOGMÁTICAS POST-FINALISTAS. V. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de un nuevo Código Penal es un momento inmejorable para llevar a cabo una reflexión acerca de los principios que, según se acepta generalmente desde la Ilustración, *debieran* inspirar el ordenamiento punitivo. Esa reflexión habría de proyectarse sobre dos objetos: de una parte, sobre el análisis del texto de la ley, para determinar si y hasta qué punto el legislador se ha inspirado en ellos al configurar los presupuestos de la infracción punible y los ha respetado al definir las distintas figuras de delito; y, de otra, sobre las construcciones dogmáticas que sirven de canon al entendimiento de unos y otras – presupuestos de la infracción y concretas figuras de delito– y predeterminan el modo en que van a ser interpretados y aplicados, para comprobar si, en efecto, las pautas que establecen son trasunto de dichos principios o, por el contrario entran en pugna con ellos.

Esa reflexión ha de tomar, sin duda, como eje el principio de legalidad. Pues, en primer término, el principio de legalidad, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido (1), constituye la base de "la libertad de los modernos" (2), que descansa sobre la seguridad jurídica, esto es, sobre la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes cursos de acción (3). Pero, además, es el de legalidad una suerte de "principio de principios". De modo que, en tanto se afirma en las sociedades modernas la legalidad como una esfera pública autónoma e independiente de la moralidad individual (4), el principio de legalidad comporta una delimitación de lo que puede llegar a prohibirse: bajo la vigencia del principio de legalidad no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de la prohibición, sino que la ingerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad. El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" representa, pues, no sólo un límite formal del poder punitivo del Estado, sino también uno

---

\* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia.

material que dimana del proceso de diferenciación del Derecho moderno, a lo largo del cual éste se independiza de las concepciones morales y religiosas y se ciñe a castigar las perturbaciones de la vida en sociedad. Y, así, puesto que la pena se concibe como un mal necesario para reprimir esas perturbaciones, del principio de legalidad deriva naturalmente otro de *intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio* (5).

A tales consideraciones es necesario, todavía, añadir una precisión de la mayor importancia: "legalidad" es, en nuestro lenguaje actual, una expresión anfibológica, que remite a dos clases de leyes: las leyes de la naturaleza, que explican los hechos del mundo, y las leyes de la ciudad, que rigen la conducta de los hombres. Hablamos, pues de una legalidad natural, que desentraña las causas de lo que sucede, y de una legalidad jurídica, que expresa las reglas de acción a las que una comunidad cualquiera juzga oportuno someterse. Se trata de dos sentidos antitéticos: una misma palabra encubre la contraposición entre *regularidades* –que son inexorables– y *reglas* –que pueden seguirse o infringirse– (6). Cuando invocamos el principio de legalidad hablamos de legalidad sólo en el ámbito normativo, como conjunto de reglas que deben de seguir las acciones y en virtud de las cuales pueden imputárseles determinadas consecuencias, y, por lo tanto, hacer a sus autores responsables de que las cosas hayan ocurrido de un cierto modo y no de otro – algo que, abandonada la visión antropomórfica del universo, no tiene sentido en el reino de la naturaleza–. Presuponemos, pues, que a los hechos ciegos, que generan inevitablemente lo que sucede en el mundo físico, se oponen las acciones videntes que conforman el mundo social a tenor de las intenciones, deseos, propósitos, etc. de sus autores. Que un hecho natural produzca determinadas consecuencias no permite, sin embargo, atribuir responsabilidad alguna por ellas al elemento activo que lo originó, pues las consecuencias no están, de ningún modo, a su merced, sino que dependen de la estructura objetiva de la naturaleza. Sin embargo, las consecuencias de las acciones sí que se hallan, en mayor o menor medida, libradas a los designios del autor y, por consiguiente, en esa medida –y sólo en esa medida– es posible sancionarle por ellas, de donde se sigue que el principio de legalidad, entendido como principio de regulación por medio de *normas*, contiene, al menos, en germen, el de culpabilidad (7).

Justificado, con arreglo a lo dicho anteriormente, que la exposición de los principios penales discorra en torno al de legalidad, queda por ver cómo podría, desde él, articularse una reflexión crítica sobre las diversas categorías dogmáticas y por qué, en mi opinión, esa reflexión habría de *preceder* al examen de las diversas figuras de delito desde las exigencias que dicho principio proyecta sobre cada una de sus definiciones concretas.

Para afrontar esos problemas hay que dejar sentado que el principio de legalidad es una *norma objetiva* de la Constitución, que tasa las fuentes del Derecho Penal reduciéndolas a la ley –"praevia, scripta et stricta"– y, a la vez, un derecho fundamental, o sea, una *garantía* del ciudadano, que no puede ser castigado sino en virtud de una ley de esas características (8).

Que la fuente de las reglas de enjuiciamiento de la conducta desde la perspectiva del Derecho Penal haya de ser una ley presupone, según se ha expuesto, que la conducta ha de ser juzgada por lo que significa como acción, no como mero acontecimiento natural; y que ha de ser juzgada, no para obtener una explicación acerca de cómo pudo ocurrir, sino para atribuir una responsabilidad a su autor y, en última instancia, para imponerle un castigo. De modo que, desde esta perspectiva, la vigencia del principio de legalidad conduce, por sí sola, a dos de los momentos categoriales básicos de toda construcción dogmática: acción y responsabilidad.

Y, de otra parte, la garantía en que el principio de legalidad, a la vez, consiste se halla ligada al significado de las palabras en el uso común del lenguaje. Los derechos a la libertad y a la seguridad, que el principio de legalidad tutela, descansan sobre la base de que la ley penal se halle formulada con toda la precisión que el lenguaje común permite (9); pero, comporta también ciertos requerimientos en orden a la interpretación. El aplicador del derecho no puede entender la ley penal del modo que le venga en gana. Ni siquiera cumple su cometido de modo *constitucionalmente legítimo* con remitirse a cualquier clase de entendimiento no arbitrario; sino que ha de partir del uso común del lenguaje y el sentido común (10), para, *después*, efectuar una delimitación más precisa conforme a las exigencias materiales (11) que derivan, nada más y nada menos, del hecho de que, en la correcta aplicación de la ley penal está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales del ciudadano.

El Código Penal no es sólo –como afirmara VON LISZT (12)– la *Magna Charta* del delincuente. Su proyección general le convierte, para todos los ciudadanos, en *Magna Charta libertatis*, una suerte de "Constitución negativa" (13) que, precisamente en función de esa negatividad, ha de ser rigurosamente interpretada.

Pues bien: para lograr esa interpretación segura y rigurosa, para conseguir que el castigo se imponga donde la ley así lo ha establecido y –"más allá de toda duda razonable"– sólo donde la ley así lo ha establecido, los penalistas "teóricos" han levantado trabajosamente un edificio conceptual, la "dogmática", cuya aplicación a las operaciones de subsunción habría de despejar las dudas y vacilaciones que surgen del hecho de que la ley esté formulada a través de ese vehículo impreciso que es el lenguaje ordinario.

Al decir eso no hago sino recordar lo que el propio VON LISZT –el gran maestro de la sistemática (14)– afirmara: mediante la construcción sistemática de conceptos ha de facilitarse y asegurarse la aplicación de las proposiciones jurídicas a los supuestos de hecho de la vida judicial (15).

Las páginas siguientes tratarán, por lo tanto, de analizar en qué medida cumplen ese objetivo las dogmáticas usuales que, de modo tan despreocupado como autocomplaciente, se califican de científicas.

Dicho esto, la respuesta a la cuestión planteada inicialmente parece clara: el análisis de las categorías con las que llevamos a cabo la determinación del sentido de los textos de la ley ha de preceder al de las concretas configuraciones legales.

## II. LAS DOGMÁTICAS CAUSALISTAS

En los orígenes mismos del impulso sistemático cuya onda expansiva ha llegado hasta nuestros días late un deslumbramiento ante la ciencia. El balance final de la filosofía kantiana se redujo a esto: que la ciencia dice todo lo que podemos *saber* y, por consiguiente, que no hay más razón que la razón teórica. La razón práctica se tenía por una leyenda condescendiente, encaminada a complacer al viejo LAMPE. Con esa deferencia hacia su criado y hacia los hombres como él –dice HEINE– KANT demostró que era, no sólo un gran filósofo, sino también una buena persona (16). La filosofía positivista invadió toda la escena de la reflexión (17). Y, lógicamente, la sistemática penal no pudo sustraerse a su impacto.

En el caso de VON LISZT, la profundidad de ese impacto es patente. Para que la

construcción dogmática pueda proporcionar la seguridad interpretativa que se espera de ella, nada mejor que desentrañar las categorías básicas siguiendo la metodología científica, esto es, haciéndolas girar sobre el eje inmovible de la explicación causal (18).

Y, así, el concepto de causa pasa a erigirse en la materia prima con la que elaborar todos y cada uno de los diversos estratos del sistema: la *acción* –definida como causación o no evitación de un resultado externo(19)–; la *antijuridicidad* caracterizada materialmente por la virtualidad antisocial de ese resultado (20)–; la *culpabilidad* –entendida como expresión de la naturaleza propia y estable del autor y, por consiguiente, determinada por ella (21)–; y, desde luego, la pena, concebida como *pena final*, esto es, como un *medio* adecuado, desde una perspectiva causal, para luchar contra la criminalidad (22).

Me he ocupado en otro lugar (23) de poner de manifiesto algo parcialmente destacado por otros autores (24): que el sistema de VON LISZT es incongruente porque concibe la dogmática como una especie de arte –el arte de conciliar principios y fines–; pero, si no se abandona la "ciencia de las causas" no es posible hablar de arte alguno. No se trata, pues, sólo de que descansa sobre una contraposición entre dogmática y política criminal: esa antinomia, en la que se centra la crítica "constructiva" de ROXIN (25), se halla, tal vez, formulada por VON LISZT de modo demasiado tajante; pero, no comporta ninguna clase de contradicción, sino que expresa un dualismo irreductible entre la eficacia y los derechos (26). El problema, como se verá inmediatamente, es aún más profundo.

La crítica al papel que el concepto de causa desempeñaba en la sistemática de VON LISZT –y, ulteriormente, en las dogmáticas neokantianas– fue llevada a cabo, en los años 30, por Ernst BELING.

En un breve artículo (27), cuya importancia y singular clarividencia han pasado casi desapercibidas, comienza BELING afirmando que "la ciencia penal acentúa oportunamente que el principio *nulla poena sine lege poenali* representa para el individuo la *Magna Charta* que lo protege contra cualquier extralimitación del poder estatal" (28). Pero, dice, con ello sólo se destaca el lado negativo (no hay pena sin ley). Sin embargo, los ilustrados conectaron también al principio de legalidad exigencias positivas en torno al *quomodo* de la ley penal. De ese lado positivo derivan, según BELING, importantes consecuencias para la *metodología jurídica* (29).

Efectúa luego un análisis –que denomina *formal*– de las leyes penales. Prescindiré al exponerlo de sus concretas construcciones conceptuales; pero quiero destacar que el centro del análisis se halla en la concepción de los tipos como "caracterizaciones del actuar humano" (30).

Pues bien: a todo ese preámbulo sigue una implacable crítica de la dogmática causal. La causalidad se concibe como parte constitutiva del concepto del delito; pero, ¿es correcto ese modo de concebirla? Y ¿pueden cumplirse desde una sistemática prefigurada por el dogma causal las exigencias del principio "*nullum crimen, sulla poena sine lege*"?

Para responder a esa pregunta, alude BELING a la teoría de la equivalencia de las condiciones y a sus opuestas y expone las distintas consecuencias que comportan en orden al modo de concebir la ejecución y la participación delictiva. Para los partidarios de la teoría de la equivalencia, la realización de cualquier condición del resultado es ya ejecución y, por consiguiente, no están en condiciones de distinguir entre autores y partícipes mas que en el plano subjetivo. En cambio, para los seguidores de las tesis opuestas, la ejecución sólo comienza cuando se realiza la condición *decisiva, eficaz, adecuada*, etc., pues sólo ella es causal, criterio que comporta una distinción objetiva entre autor y partícipe: el autor pone la

causa, el partícipe una mera condición del resultado. Todo eso parece a BELING un castillo edificado en el aire, que nada ofrece al jurista (31).

Veamos, sucintamente, sus razones.

El principio de legalidad exige tomar como punto de partida el texto de la ley. De modo que "solo en el caso de que el legislador hubiese adoptado para *todos* los tipos de delito la fórmula estereotipada: *el que causa éste o aquel efecto....*, se plantearía el problema de si por causa deben entenderse todas las condiciones o sólo algunas particulares" (32).

Pero, el legislador no ha procedido siempre así, aunque haya podido hacerlo algunas veces. Dejando a un lado aquellos delitos que consisten sólo en la ejecución de una acción, sin que comporten consecuencia material alguna (en los que es manifiesto que la categoría de la causalidad resulta impertinente), analiza BELING los delitos de resultado.

El legislador –dice– caracteriza las acciones por medio de verbos. De modo que si habla de "dar a luz", "viajar", "operar", "matar" o "robar" no se refiere a cualquier condición del nacimiento (el padre no da a luz), el viaje (el que compra el billete aún no viaja), la operación (la enfermera no opera), la muerte (el que procrea no mata) o el robo. De modo que, en tales casos, el que entiende los tipos según la teoría de la equivalencia de las condiciones, se desvía de la ley. Pero, lo mismo le sucede al que sustenta una teoría opuesta, si el legislador, en el concreto tipo que analiza, ha equiparado explícitamente las condiciones.

Así pues, la utilización de un concepto general de causalidad es incompatible con el principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*".

La función de garantía de la ley penal resulta, por consiguiente, incompatible con su interpretación en base a una previa categoría genérica, sea filosófica o científica, como la de causa. Pues lo que importa es determinar el *significado de las palabras* de la ley.

Para llevar a cabo esa determinación, subraya BELING, no debe dejarse de lado el uso cotidiano del lenguaje. "Debe excluirse" –dice– que el legislador "pueda conscientemente prescindir de los hábitos del uso general del lenguaje, pues hacerlo así entrañaría *"un procedimiento desleal. un engaño del pueblo"* (33).

Tras haber extraído esas consecuencias metodológicas del principio de legalidad, BELING intenta responder a dos posibles objeciones.

La primera de ellas es la de que a partir de su "approach" metodológico, la Parte General se desvanece como el humo. La respuesta de BELING es, quizás, insatisfactoria, porque lo que aduce es que se ha limitado a remitir a la filosofía los problemas que le pertenecen, dejando en el campo del derecho todas las "doctrinas generales" que puedan extraerse *inductivamente* de una visión comparativa de los tipos de delito.

Desde luego, dejar que la filosofía se las entienda con la posibilidad de un concepto *general* de causa parece una buena idea. Pero, si se examina la cuestión más de cerca, no lo es tanto. Porque ¿cómo seguir defendiendo el uso común del lenguaje y, con él, las descripciones de las distintas conductas que la ley lleva a cabo si en filosofía, es decir, donde se dice la última palabra sobre el modo de concebir el mundo, todo (incluidas las acciones) se reduce a causas y efectos? BELING hubiera debido mostrar que la causalidad no es una ley lógico-científica ni una ley de la naturaleza, sino un simple hábito de la mente, que se halla inevitablemente unido a nuestras prácticas, a la forma que tenemos los seres humanos de vivir en el mundo modificándolo según nuestros intereses, para lo que necesitamos establecer conexiones legaliformes.

Así hubiera podido defender metodológicamente que el único uso legítimo del concepto de causa es, precisamente, el que lleva a cabo el lenguaje común. Lo que en el lenguaje común llamamos "causa" no es, en realidad, un concepto, sino un conjunto de usos emparentados por un cierto "aire de familia" (34): no empleamos causa de un modo unívoco cuando nos referimos, con ese mismo término, a lo que producen por sí las acciones y a lo que cabe atribuir a las omisiones, al desencadenamiento de consecuencias y a la persecución de objetivos, a la realización de valores, a la producción de cambios en el mundo y a la influencia directa o indirecta sobre la conducta de otras personas.

Y tampoco hablamos de causa en el mismo sentido cuando establecemos una conexión entre el movimiento corporal y un resultado sobre el que reposa su caracterización como acción (porque entonces establecemos entre ellos una conexión interna o gramatical) que cuando conectamos mediante leyes dos fenómenos naturales, que se relacionan entre sí de modo puramente externo y son lógicamente independientes (35).

Si BELING hubiera afrontado el reto metodológico que se le planteaba, hubiera podido mostrar que la generalización "filosófica" llevada a cabo en torno a la causalidad carecía de consistencia, que no era más que un uso abusivo del lenguaje, es decir, un sinsentido (36). Y, de ese modo, la "desentronización" del concepto de causa y su consiguiente remisión al seno de las distintas acciones típicas (esto es, a la Parte Especial) hubiera quedado justificada, no sólo desde la perspectiva del principio de legalidad, sino también metodológicamente. Pero no lo hizo, probablemente porque un penalista alemán de su época no podía hacerlo. Y el problema se arrastra hasta nuestros días.

La segunda es la objeción de *formalismo*, basada en la enorme importancia que se concede a las palabras de la ley. BELING podría haber contestado diciendo, sencillamente, que son tan importantes porque expresan las valoraciones materiales del pueblo, como había manifestado anteriormente (37). Sin embargo, añada algo más: que la importancia que atribuye a las palabras no comporta que deban entenderse de un modo meramente literal, que desconozca la función que cumplen y que, de otra parte, es acorde con las exigencias de determinación propias del Derecho Penal.

También aquí como se aprecia a simple vista su respuesta es insuficiente. Intentaré, sin embargo, desarrollarla más adelante.

### III. EL FINALISMO

El contundente alegato de BELING contra las sistemáticas causalistas dejaba, sin embargo, como acaba de exponerse, un *vacío metodológico*: entre los modos de concebir el mundo –que aparecen como el suelo en que se apoya toda forma de pensamiento– y la apelación al uso común (general, ordinario) de las palabras –en que se resuelve su propuesta– mediaba un abismo, de cuya atracción no iba a quedar libre la dogmática con sólo remitir las cuestiones últimas –causalidad, acción, etc.– a la filosofía.

Eso se puso de manifiesto en las construcciones de los neokantianos que, en vez de renunciar a la causalidad como categoría básica, intentaron complementarla con una –imposible– *teoría* de los valores. No voy a ocuparme aquí de ellas en la medida en que, puesto que constituyen la continuación histórica de la sistemática lizztiana, se hallan directamente aludidas por las objeciones de BELING (38).

El finalismo cambia radicalmente de método; y, si el abismo a que se acaba de hacer referencia entre formas de concebir el mundo y el lenguaje ordinario se abre en dos vertientes, una relativa al correlato objetivo de las palabras (39) y otra al origen del significado (40) trata, como ha sugerido acertadamente JAKOBS (41), de cerrarlo en ambas.

La respuesta a cada una de las dos cuestiones planteadas viene de la mano de una nueva doctrina de la acción, la doctrina final. Según ella, la esencia de la acción, lo que la diferencia de los hechos naturales que concebimos como causas y efectos, radica en la finalidad. La finalidad no es solo el impulso de la voluntad ("Willensimpuls") sino también su contenido ("Willensinhalt"), que no es ya, como entre los neokantianos, un simple modo de comprender y atribuir un suceso determinado causalmente, sino que, utilizando el orden natural de las causas, anticipa y prefigura el acontecimiento. La acción radica, así, en esa "supradeterminación final del acontecer causal": nuestra realidad corporal hace que participemos en el curso de la naturaleza, regido por leyes causales; pero, es nuestra voluntad la que, mediante la actuación de sus distintos contenidos posibles, nos permite dirigir el acontecer natural conforme a fines y, por consiguiente, transformarlo en acción capaz de contravenir o adecuarse a las normas (42).

El contenido de la voluntad es, pues, a la vez, el correlato objetivo de los predicados de valor –el "objeto de la valoración", imprescindible para que pueda hablarse de una "valoración del objeto" (43)– y la fuente de la que dimana el sentido de las proposiciones normativas –pues sería absurdo intentar regir mediante normas meros acontecimientos causales que se hallan gobernados por leyes *externas* a ellos y son, por eso, *ciegos*, es decir, incapaces de tomar por sí una u otra dirección–.

El lenguaje ordinario, en el que se hallan expresadas las leyes y que describe las distintas acciones típicas, resulta así inteligible en la medida en que su significado se halla esclarecido por un contenido de la voluntad al que corresponden las distintas configuraciones legales (matar, robar, levantar falso testimonio, etc.). En ese contenido de la voluntad (y no en el acontecimiento natural) radica, pues, el significado y, por lo tanto, también lo que resulta relevante desde la perspectiva de la ley penal –el injusto o, lo que es lo mismo, la contradicción de la dirección final de la voluntad con el mandato normativo que expresa la voluntad ordenadora de la comunidad (44)–.

El banco de pruebas de la bondad de esa concepción es la tentativa y, especialmente, la tentativa imposible. Pues, en ella, el contenido de la voluntad (el dolo) determina inexorablemente tanto la acción que se realiza cuanto el injusto de esa acción sin que pueda entenderse cómo el factor determinante del sentido de acción y del injusto en el estadio de la tentativa quede, con el paso a la consumación, desplazado hacia la culpabilidad (45).

En la tentativa imposible resulta, según WELZEL (46), especialmente evidente el fracaso de las dogmáticas objetivistas (causalistas). Pues, en cualquier tentativa, dado que *no* ha habido causación, el injusto o ha de quedar excluido en todo caso o sólo puede fundamentarse en términos subjetivos. Por eso, desde la perspectiva finalista, los criterios de exclusión de la punibilidad de la tentativa inidónea formulados en términos objetivos (inidoneidad absoluta, ausencia de tipo) han sido abandonados. Y, en cambio, subsisten los que pueden ser concebidos subjetivamente –tentativa irreal o supersticiosa, o casos de error burdo–.

WELZEL se expresa literalmente, en los siguientes términos:

«En todo caso, para la relación de desvalor entre la tentativa inidónea e idónea, rigen los mismos principios que para la relación de desvalor entre tentativa en general y consumación: así como la extensión de la realización del hecho, por principio, es una medida para la intensidad de la voluntad delictiva, también lo es la idoneidad de la tentativa dentro del marco de la tentativa. Mientras más idónea es la

tentativa, más intensa es, también por principio, la energía delictiva. De ahí que cuando la acción tentada pierda toda base de realidad como, p. ej., en *la tentativa imaginaria, en tal caso a la voluntad le falta todo merecimiento de pena*. Tal voluntad no puede conmover la realidad del derecho como poder espiritual» (47).

El "núcleo duro" de la doctrina finalista –dejando de lado, por el momento, los "sesgos convencionales" (48) que fue adoptando ulteriormente para ir salvando las objeciones que se le iban oponiendo– se centra en el delito doloso de comisión y puede resumirse, pues, en estas dos afirmaciones:

a) El significado de las palabras, con las que los tipos penales describen las distintas acciones, viene dado por el contenido de la voluntad, esto es, por la finalidad que orienta el acontecer causal hacia metas determinadas. "Matar", "robar", etc. no son meros procesos causales, sino procesos causales sobredeterminados por la finalidad que los transforma en acciones.

b) Ese "contenido de la voluntad", o sea, (la voluntad final de realización y no el mero acontecimiento externo, constituye, a su vez, en la medida en que resulta portador del sentido de acción de las diversas conductas típicas, el *objeto de la valoración* jurídica: en él radica, como no puede ser de otro modo, la esencia del injusto.

Una y otra proposición encuentran en la tentativa (y, especialmente, en la tentativa inidónea) su banco de pruebas.

Pues, en el plano del significado, ¿cómo podría ser la tentativa de homicidio la acción que es de no ser por la finalidad que se materializa v.g., en el acto de apuntar con una pistola? ¿Cómo podríamos hablar de tentativa de homicidio si la intención de matar no estuviese allí dando sentido a lo que decimos?

Y, pasando al plano de la valoración ¿cómo podríamos conminar con pena el puro movimiento externo, consistente en que un determinado artefacto se desplaza en cierta dirección? Y, más aún, ¿cómo podríamos conminarlo con pena, en el caso de la tentativa imposible, aunque en esa dirección, pese a la errónea representación del autor, no haya nada a lo que el disparo del arma pudiera dañar? ¿Qué otra cosa queda, sobre la que pueda posarse el juicio de desvalor, sino una voluntad de realización jurídicamente desaprobada?

Y ¿cómo van a cambiar las cosas por el hecho de que la tentativa se consume? ¿Cómo, por la realización del resultado, va a desplazarse el significado de la voluntad final al suceso externo que, despojado de ella, es un puro acontecer causal carente de toda virtualidad significativa? Y ¿cómo va el desvalor jurídico, que no es sino un desvalor *normativo*, a desgajarse del contenido del querer que lo sustentaba, para posarse sobre un resultado que no es sino un simple hecho de la naturaleza, es decir, algo que se produce al margen de toda ordenación y de toda valoración?

La réplica de MEZGER –la "objetivación" de los tipos en el transcurso de la consumación (49)– no puede, tal como este autor la expone, convencer. Es una afirmación que, de hecho, no se sustenta en razones; y, más aún, que si se parte, como hace MEZGER, de que la esencia de la acción consiste en el gobierno del suceso *externo* por un acto *interno*(50), no puede hallar razones que la fundamenten.



Sin embargo, es preciso analizar más atentamente cada una de las dos proposiciones en que se resume –quintaesenciada– la doctrina finalista.

El carácter central del argumento de la tentativa pone de manifiesto que, para WELZEL, toda acción empieza por un intento y que, por consiguiente, antes de ser esta o aquella acción acabada, comienza siendo una tentativa. Y, si eso es así, su significado de acción debía estar ya presente cuando sólo era una tentativa, con lo que sólo cabría residenciarlo en el contenido de la voluntad final, único momento que, desde el principio hasta el fin de la acción permanece invariable.

Pero, esa operación, aparentemente tan incontestable, sugestiva y simple ha de rechazarse porque, si se analiza más de cerca, resulta ser *lógicamente imposible*.

Pues, en su aparente inocuidad, lo que esa operación presupone es la *concepción cartesiana de la mente*, esto es, una concepción de la mente según la cual esta vendría a ser un espacio inextenso en el que unos extraños objetos internos –sensaciones, creencias, deseos, voliciones– se hallarían instalados del mismo modo que los objetos externos lo están en el espacio físico. Como éstos, tendrían propiedades directamente perceptibles –por introspección– para el afortunado propietario de tal mente; sin embargo, para los demás sólo resultarían accesibles por inducción de lo que sucede en sus propias mentes. De modo que el significado de las acciones –y, con él, el de las palabras que las describen– podría descansar sobre las distintas configuraciones de alguno de esos objetos mentales, entre los que, generalmente, se prefieren los actos de voluntad. He dedicado bastantes páginas a mostrar que esa concepción de la mente –que RYLE ha caracterizado jocosamente como la de un fantasma dentro de una máquina (51)— está *gramaticalmente desenfocada* y esto quiere decir: ni da ni puede dar cuenta del significado de nuestras acciones y sus descripciones lingüísticas, sino que lo distorsiona y saca de quicio(52). Me permitiré, sin embargo, describir sucintamente su núcleo, utilizando a tal fin, como punto de partida, la exposición de MELDEN (53).

Para MELDEN, el problema de situar la esencia de la acción en los actos volitivos que, según una concepción muy extendida, la preceden y determinan causalmente es que no disponemos de un criterio intrínseco para distinguir unos actos volitivos de otros: los distinguimos por los diferentes movimientos corporales que, por hipótesis, provocan. Pero, si levanto el brazo, y digo que eso sucede a causa de que he tenido la volición de levantar el brazo; y si, después, al sentarme, digo también que lo he llevado a cabo merced a que he tenido la volición de sentarme, debería disponer de algún medio para poder establecer la diferencia entre una y otra volición.

"Esta es, pues, –dice MELDEN– la incoherencia lógica que entraña la doctrina de los actos volitivos. Se pretende que los actos volitivos son las causas directas de ciertos fenómenos corporales (no viene al caso que éstos sean acontecimientos cerebrales, como supone PRICHARD o movimientos musculares, como lo hemos estado suponiendo para los fines de esta discusión), exactamente igual como estos últimos son las causas de que levantemos el brazo, ya que según se alega, movemos los músculos mediante la volición de esos movimientos, precisamente igual como alzamos los brazos por medio de movimientos musculares. Pero ninguna explicación de las supuestas voliciones es inteligible si no contiene una referencia a los movimientos corporales pertinentes. Y ninguna causa interna ni mental ni fisiológica puede tener esta característica lógica de los actos volitivos. Supóngase que el suceso interno al que se llama "acto volitivo" es mental o físico

(no entraña diferencia alguna causal que sea lo uno o lo otro), luego deberá ser lógicamente distinto de su pretendido efecto: ésta es sin duda una lección que puede derivarse de una lectura de la discusión de HUME sobre la causalidad. Sin embargo, nada puede ser un acto volitivo si no está lógicamente vinculado con el objeto de la volición. Sólo es inteligible el acto volitivo concebido como acto volitivo dirigido a un objeto, cualquiera que éste sea. En suma, no podía haber sucesos internos del tipo del acto volitivo, ya que (aquí se recuerda la célebre observación de WITTGENSTEIN sobre el significado) no sería posible que algo interno tuviera las consecuencias lógicas requeridas» (54).

Una necesaria precisión: WITTGENSTEIN –a quien MELDEN remite al final de la nota– no iba tan lejos como él. Pues no negaba en absoluto lo interno (55), sino que con lo interno pudiese usarse el lenguaje –*cualquier* lenguaje, natural o científico– aplicando la técnica "objeto-designación", dado que, como objeto, lo interno, puesto que no puede en modo alguno ser intrínsecamente conocido, equivale a la nada (56).

Las objeciones a que se acaba de aludir impiden considerar que el contenido de la voluntad determina el sentido de los actos externos. Lo que puede afirmarse es, justamente, lo contrario: que ese contenido está predeterminado por ellos, que depende lógicamente de ellos, del mismo modo que el contenido del deseo *depende lógicamente* del objeto que ha de darle satisfacción (57).

A partir de estas consideraciones puede enjuiciarse la doctrina finalista que, al situar el significado de las distintas acciones en el contenido de la voluntad de realización, hace girar el sentido en torno a la tentativa –donde aparece ya completo– y, consiguientemente, también articula en torno a ella el juicio de desvalor general en el que la antijuridicidad, según el finalismo (58), consiste. Este subjetivismo (59), inferior, desde luego, al de las antiguas doctrinas subjetivas, que tanta acogida tuvieron y siguen teniendo en la práctica– porque descansa en la intención, esto es, en la voluntad (exteriorizada) de realización y no en los meros deseos o propósitos (60), se basa en una gramática inadecuada o, dicho de otro modo, construye la voluntad de realización como un algo con un contenido propio e independiente de la realización misma, construcción que, a tenor de lo expuesto, es *lógicamente incorrecta*.

"El *error central* en la doctrina de que toda acción consiste en un intento" dice DUFF, comentando las opiniones que, en el Derecho Penal anglosajón, adoptan posiciones paralelas al finalismo– es que "pone el carro delante de los bueyes" (61). "La clave" (para comprender el significado de intentar) –añade–, es comprobar que "intentar funciona *adverbialmente*", más bien cualifica o modifica la (lógicamente anterior) descripción de la acción de "hacer X" (62).

Ese funcionamiento meramente adverbial de intentar indica que existen dificultades para realizar la acción, o dudas acerca de si podrá o no realizarse o, simplemente, que se ha fallado en su ejecución. Pero, pone de manifiesto que no es posible analizar la acción en términos de intento. Si se analiza "A hizo X" como "A intentó hacer X y X sucedió", se enajena al autor de su propio cuerpo, se presentan sus movimientos corporales como extraños a él. Si alguien levanta el brazo, (a menos que se trate de un parapléjico o de que pretenda gastar una broma) no puedo describir su acción diciendo: intentó levantar el brazo y lo consiguió, pues la idea misma de acción comporta que los hombres pueden mover el cuerpo y que, al hacerlo, expresan intenciones.

Pero, esas intenciones subjetivas no tienen un contenido interno autónomo, independiente de los movimientos corporales externos en los que se plasman. Porque esos movimientos *siguen reglas*, porque adoptan formas preestablecidas, podemos dotar de contenido a las intenciones subjetivas. Y es por esa referencia a *prácticas externas regulares* por la que las acciones primero y las palabras después (63) adquieren significado. Así como sólo se puede hablar un lenguaje cuando se conocen las reglas del uso de sus palabras y oraciones, sólo se puede saber lo que se quiere y llevarlo a cabo si se vive en una sociedad cuyas costumbres se conocen. Por eso decimos a menudo de los niños que "no saben lo que hacen", porque la conducta adquiere los distintos significados que la transforman en esta o aquella acción a través de hábitos y estereotipos sociales que un niño no puede conocer.

Dicho de otro modo: la finalidad opera ya en la naturaleza, en el seno del mundo orgánico, como expuso magistralmente KANT en la "Crítica del juicio". Pero sólo en el seno de la sociedad humana, merced a la objetivación de la persecución de fines comunes en prácticas regulares, en *reglas*, se producen las condiciones objetivas y externas sobre las que descansa el significado de las acciones y el de las palabras que las sustituyen (64), de una parte, y el contenido de las intenciones subjetivas, de otra (65).

Descartada, así, la prioridad lógica y ontológica de los procesos internos, la *posición central* del finalismo (la pertenencia de la voluntad final de realización a la acción –y, consiguientemente, al tipo– de los delitos dolosos de comisión, parece falta de fundamento).

Y, a la inversa, la respuesta de MEZGER cobra un sentido que, desde sus propios presupuestos (también "finalistas") no podía tener.

Pues, para definir una determinada acción (v.g., la de apuntar con una pistola) como tentativa de otra (v.g., la de matar a un hombre) necesito apreciar una intención que no aparece enteramente expresada en el suceso externo. Pero, cuando este ocurre, la acción queda definida por él, sin necesidad de la interposición de una tercera entidad (el contenido de un acto volitivo) (66) de la que nada podemos decir y que, para nosotros, sólo consiste en la relación que, a partir de lo acaecido (67), establecemos entre el autor y la acción.

Aplicando tales premisas al ámbito de la tentativa imposible, aparece ahora con claridad algo que, tanto la dificultad del problema como la sutileza de WELZEL al exponerlo, ocultaban.

La "irrealidad" de la tentativa en los casos de tentativa imaginaria no reside en un déficit de la "voluntad", en virtud del cual le falta a ésta todo merecimiento de pena. Al contrario, la resolución delictiva puede ser –y, pese a las dificultades probatorias, puede llegar a mostrarse que es– tan robusta o más que la concurrente en la tentativa idónea. Ciertamente que cuando "más idónea es la tentativa más intensa es, por principio, la energía delictiva". Pero, cabría apostillar a WELZEL, la energía delictiva del hecho externo, no la del ánimo del autor. La exclusión del merecimiento de pena tiene lugar, pues, no en el plano del querer "final", sino en el de la idoneidad "causal" (68). Y, si ello es así, nuestro recorrido ha terminado. Pues no se ve bien por qué habría de limitarse, en principio, la ausencia de merecimiento de pena a los supuestos de tentativa supersticiosa o error burdo (69) y entenderse, en cambio, acreedores del castigo los de inexistencia –no simple ausencia– o inidoneidad típica del objeto, excluidos históricamente del ámbito de lo punible con el consenso de todas las corrientes del Derecho Penal liberal (70).

Quizás el legislador pueda discriminar entre las tentativas inidóneas determinando que sólo algunas queden excluidas del castigo. Ese es un problema constitucional que, por

razones obvias, no deseo abordar. Pero aun si esa posibilidad se admitiese, lo que, en nombre de ningún principio ni en nombre de ninguna "ciencia" cabe excluir es que haga, precisamente, lo contrario.

Eso es, justamente, lo que sucedió en el Código Penal de 1870, se perpetuó en el de 1932 y quedó en tela de juicio en el de 1944, merced a la inclusión de un precepto (art. 52) en el que se castigaba el delito imposible.

No obstante, aún bajo la vigencia de éste, el pensamiento garantista, al que se hallaba anclada una parte de la doctrina y de la jurisprudencia, seguía interpretando en términos objetivos el injusto de la tentativa.

Sirva de ejemplo la STS de 23 de abril de 1962 (y aquí el ponente es importante: fue D. Julio CALVILLO, magistrado liberal cuando serlo no era fácil), que aborda el (entonces importante) problema del deslinde entre tentativa y frustración, en orden al que, tras dejar constancia de que puede resolverse adoptando una teoría subjetiva u otra objetiva, resuelve lo siguiente:

«Que la primera teoría no tiene encaje en nuestra ley penal, como lo demuestra: 1º. El texto del art. 3º, párrafo segundo, que describe la acción frustrada sin hacer la más mínima concesión al factor anímico y que con los términos "deberían producir como resultado el delito", a la par que remite implícitamente la solución del problema al campo de la causalidad material, conecta el modo potencial del verbo, no al plan criminal que se trazó el agente, sino a los actos de ejecución en sí, es decir, a sus condiciones ontológicas, apreciadas impersonal y objetivamente. 2º. El contraste del texto en vigor procedente del Código de 1870, a través del de 1932, con el correlativo del Código, de 1848, reformado en 1850, que al decir que "hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad", acentuaba determinados matices subjetivos que se han volatilizado en el vigente. 3º. La naturaleza de la norma relativa a la frustración, puesto que ya se la concibe cual una norma jurídica autónoma, como quiere cierto sector de la doctrina, o como una de las causas de extensión de la punibilidad y, por lo tanto, de la tipicidad, como permite inducir el art. 3º, párrafo 1º, de nuestro Código, la aceptación de aquella teoría significaría una *desorbitada e inadmisibile subjetivación del contenido del injusto*, el remitir los grados de la tentativa, entendida ésta en sentido amplio, a la arbitraria y difícilmente controlable imagen representativa del autor sobre el curso causal en cada situación concreta de las innumerables de la vida real, y lo que es todavía más absurdo, significaría fundar el contenido del injusto en un juicio erróneo por definición, pues es bien sabido que en la acción frustrada el autor siempre se equivoca acerca del curso regular de la relación causal».

Cuanto en esa sentencia se dice, aplicado al Código Penal de 1944, resulta, con mayor razón, predicable, del de 1995 que, además de prescindir de toda referencia al delito imposible, determina que la relación entre el intento y el resultado ha de establecerse "objetivamente" (art. 16.1).

Empeñarse en entender el intento en términos subjetivos no es sino una muestra de la confusión categorial que, procedente del finalismo, aún pervive (pues sólo si el significado

radicase en la intención podría propugnarse un entendimiento de la ley tan incompatible con su historia y expresión textual) y muestra la contraposición entre la dogmática finalista y el principio de legalidad, pues el contenido de la voluntad, erigido en categoría básica obliga a atribuir al ánimo lo que la ley predica de la realidad exterior.

Y no se crea que el problema se ciñe al ámbito de la tentativa. Pues la tentativa, por imperativo legal, se proyecta generalmente sobre los tipos. El modo en que el legislador diseña la tentativa determina cómo ha de concebirse la autoría, de qué forma ha de entenderse el peligro en los delitos de esta índole, etc.

De manera que, desde la perspectiva finalista u otra equivalente, la ley en su conjunto habría de entenderse en una clave subjetiva que implica partir de una previa (y nada idónea) opción político-criminal (71).

Ejercitar esa opción es, en sí mismo, legítimo; pero, si –como en España resulta ser, según hemos visto, el caso– sucede que el legislador ha optado por otra, conduce a arrojar por la borda el principio de legalidad.

#### IV. LAS DOGMÁTICAS POST-FINALISTAS

Si me he detenido en la exposición del causalismo y del finalismo es porque, en mi opinión, con ellos termina el papel de la "gran teoría" en Derecho Penal, esto es, el papel de los sistemas levantados sobre grandes categorías prejurídicas, sean científicas u ontológicas (72), y derivadas lógicamente de ellas.

El causalismo y el finalismo han muerto, por así decirlo, de viejos. Sus tesis centrales –el carácter lógico u ontológico de la causalidad y la determinación del significado de las acciones a través de la voluntad final– no han sido abandonadas ni refutadas: simplemente, han pasado a un segundo plano.

Tanto causalistas (ENGISCH, Eberhardt SCHMIDT, MAIHOFFER, Arthur KAUFMANN) como finalistas (NIESE, MAURACH, Armin KAUFMANN, GALLAS) van desplazando el centro del sistema del delito doloso al imprudente y de la comisión a la omisión. El causalismo había fracasado en la omisión (73) y el finalismo en la imprudencia (74). Pues bien: justamente tomándolas como base se va a elaborar la nueva dogmática, tanto desde la perspectiva de la acción (75) como desde la del injusto, del que, como se admitía ya generalmente para los delitos imprudentes y omisivos, la *infracción del deber* pasa a ser el *momento central*, cualquiera que sea el papel que se asigne al resultado.

Y esa nueva orientación no se detiene ante el delito de comisión doloso, sino que penetra decididamente también en él. Pues, como puntualiza ZIELINSKI "en el plano ontológico y psicológico no hay ningún criterio material para establecer en qué medida deben ser incluidas en la conexión final las relaciones de valor" (76).

El contenido del dolo viene, así, determinado por el sistema normativo y es el "deber" normativo (cualquiera que sea la forma en que se afirma que lo hace) el que determina el entendimiento de la acción.

Ciertamente, es posible situar el núcleo del sistema en la infracción del deber normativo y construirlo, no obstante, de modo vinculado a las exigencias del principio de legalidad. Así lo ha propuesto, expresamente ZIELINSKI:

«Quien, como el legislador –o en abstracto: el ordenamiento jurídico– quiera motivar a

los hombres a acciones descritas en su estructura lingüística, puede hacerlo exclusivamente en este marco de la comunicabilidad de contenidos por medio del lenguaje. Un precepto jurídico, que se exprese en un lenguaje no comprensible, o que atribuya a los símbolos lingüísticos otros contenidos que los que el destinatario del lenguaje asocia a estos caracteres, falla en su función de comunicación: el súbdito del derecho no estará en condiciones de reconocer su proyecto de acción sustancialmente referido por el precepto jurídico, como prohibido por él, y, por eso –aun cuando quisiera orientarse según el precepto jurídico– a omitirlo» (77).

Sin embargo, los juicios de deber comportan una llamada al contenido, esto es, a las distintas opiniones acerca de lo que es materialmente justo. De modo que si el sentido de las proposiciones de la ley se piensa, *prima facie*, en términos de deber, el significado de los textos tiende a disolverse en interpretaciones y reinterpretaciones cada vez más alejadas de su tenor literal: al final, lo que la ley dice se hace, expresamente, a un lado y la seguridad jurídica y, con ella, el principio de legalidad, desaparecen.

Para que el principio de legalidad pueda tener la vigencia que, como norma constitucional, requiere es preciso que haya un núcleo en cada precepto que pueda aplicarse sin necesidad de interpretación, esto es, que incluya claramente unas constelaciones de casos y excluya, también con toda claridad, otras (78).

Pues bien: la dogmática actual se construye en términos tales que destruyen cualquier núcleo fijo de sentido que el legislador, por medio del lenguaje común, quiera atribuir al texto de la ley.

Intentaré mostrar que eso es así evitando hacer un recorrido por las distintas posiciones doctrinales y valiéndome, en cambio, de algunos ejemplos.

Delitos de propia mano son aquellos en los que, para ser autor, hay que realizar la acción típica de modo personal e inmediato, porque así resulta exigirlo el texto de la ley. Por ejemplo, el delito de conducción temeraria (art. 381 del CP de 1995) sólo puede cometerlo quien conduce; y cosa distinta es, por supuesto, que quienes le hayan inducido o ayudado puedan, también, ser responsables de él.

Pero, la categoría, que descansaba en la configuración legal de los tipos "paulatinamente ha ido separándose de aquella fundamentación inicial y formalista para hacerse descansar en criterios materiales" (79).

Desde tales criterios, un requisito típico (la realización de propia mano) se esfuma en una serie de figuras que, tal y como se hallan redactadas por el legislador, lo requieren ("delicta carnis", delitos de conducción, etc.) (80). Claro que no se trata de eliminar caprichosamente un momento de la tipicidad. En absoluto: la exclusión tiene lugar por muy buenas razones, pues se efectúa en nombre de la concepción dominante en materia de autoría, según la cual autor no es, como dice torpemente la ley (art. 28 del Código Penal de 1995) quien realiza la acción típica. Esa es una burda expresión del lenguaje común y del sentido común. Autor es, en cambio, para la doctrina mayoritaria, quien tiene el *dominio del hecho*.

Ese criterio, introducido por WELZEL (de acuerdo con su modo de concebir el significado y el injusto) como *dominio de la voluntad* (81) y, por consiguiente, de modo aún vinculado a la forma del comportamiento descrita por el legislador, se ha transformado, principalmente por obra de ROXIN (82), en un sustitutivo de la tipicidad, al proyectarse

sólo sobre el contenido material de las determinaciones de la ley, sin atenerse a las barreras formales trazadas por el uso del lenguaje que hace el legislador. Ese modo de concebir la autoría "destruye en verdad la función del tipo" (83) y entra en flagrante contradicción con los requerimientos dimanantes del principio de legalidad.

No quisiera –en el marco de una caracterización breve y global del sentido de la dogmática del presente– multiplicar los ejemplos. Pero no me resisto comentar uno, que tomo de REYES ALVARADO:

«En la obra de Gabriel García-Márquez, titulada "Crónica de una muerte anunciada". se relata un caso verídico ocurrido en Colombia a comienzos de este siglo, el cual gira en derredor de un homicidio; una mujer fue retornada por el esposo a su familia después de la noche de bodas al descubrir que ella no era virgen, razón por la cual los hermanos de la desventurada novia sienten el deber de vengar su mancillado honor con la muerte de quien había profanado a la doncella; con excepción de quien habría de morir, todo el pueblo conocía lo que ocurriría y, sin embargo, nadie intervino para impedir la anunciada muerte que a la postre se consumó. Desde nuestro punto de vista no tendría sentido que todos los habitantes hubieran sido procesados por homicidio, ya que, independientemente de los deberes propios de la solidaridad, a ellos no les incumbía esa muerte, excepción hecha de las personas que, como el alcalde, sabían del planeado homicidio y nada hicieron por evitarlo, debiendo haberlo hecho en virtud de las funciones que les correspondía desarrollar dentro de la comunidad social» (84).

No me inspiran simpatía ni los vecinos de ese pueblo ni, menos aún, su alcalde. Pero, jurídicamente hablando, el tipo que cabe considerar respecto a él es el del art. 450.1 del CP de 1995 (omisión del deber de impedir determinados delitos), no los de los arts. 138 y siguientes (homicidio), que REYES ALVARADO propone. Porque, por muy *responsable de la muerte* que le consideremos, no podemos decir que ha *matado* (85).

Pues bien: el caso pone de manifiesto el tipo de "mutatio elenchi" que se ha producido –aquí y allá y en todas partes– en la dogmática actual: la pregunta por la *acción* (la pregunta acerca de si alguien ha realizado o no la acción típica) ha sido, en términos casi generales, sustituida por la pregunta por la *imputación* (¿a quién ha de imputarse lo ocurrido?) (86). Y, así, la *discordancia en las opiniones* acerca de la justicia material desplaza a la concordancia en el lenguaje, la única clase de concordancia que los hombres podemos alcanzar y, de hecho, alcanzamos (87). La ley ya no describe acciones que cualquier ciudadano puede identificar, sino daños y peligros que deben ser evitados. La determinación de cómo y a quién van a ser atribuidos es un lugar vacío, que cada dogmática llena con un esquema conceptual que los ciudadanos y, a menudo, también los profesores que se adscriben a una dirección distinta, ignoran o malentienden (88): donde debería reinar la certeza, se ha instalado la "falta de claridad" característica de nuestro tiempo (89).

## V. CONCLUSIONES

Ciertamente, la "sociedad del riesgo" muestra una fuerte tendencia al aseguramiento de

los bienes jurídicos a costa de la seguridad jurídica (90). Pero, el precio de la desaparición del principio de legalidad penal es demasiado alto. Nada justifica que una sociedad democrática lo pague.

El principio de legalidad y las construcciones dogmáticas entran en conflicto cuanto éstas, en vez de atenerse al texto de la ley, lo deforman o anonadan desde categorías materiales.

El recurso a criterios materiales es, desde luego, legítimo y, a veces, puede ser útil. Pero, ha de respetar el "libro de figuras" escrito por el legislador.

Ciertamente, la plena vigencia de las exigencias dimanantes del principio de legalidad tiene un momento utópico (91). Pero, la realización de esa utopía está a nuestro alcance si, junto al deseable y necesario *disenso* de opiniones (92) sabemos conservar el imprescindible *consenso* en torno al uso del lenguaje.

Esto se predica de la dogmática; pero, con mayor razón, de la jurisprudencia.

Ahora, cuando acaba de entrar en vigor el Código Penal de 1995 –un Código en el que nunca creí, pero que, a fuerza de críticas desmesuradas, empieza a parecerme cada vez más positivo– resulta especialmente importante –para nosotros, los juristas, pero, sobre todo, para la sociedad española en su conjunto– que seamos capaces de entenderlo y aplicarlo conforme a las exigencias constitucionales de las que el principio de legalidad es una suerte de expresión concentrada.

#### NOTAS

- (1) Von Wright, G.H. *Norma y acción: una investigación lógica*, Madrid, 1970, págs. 102-103.
- (2) Como un ejemplo de esta afirmación, pueden calcularse, v.g. las consecuencias económicas que produciría la negación del principio de legalidad en un país moderno (vid. Elster, J. *Juicios salomónicos*, Barcelona, 1995, págs. 165 y ss.).
- (3) Neumann, F. *El cambio en la función de la Ley en la sociedad moderna*, en *El Estado democrático y el Estado autoritario*, Buenos Aires, 1957, pág. 46.
- (4) Vid. Klug, U. *El concepto de legalidad*, en *Problemas de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1966, págs. 63 y ss.
- (5) Sobre las exigencias materiales del principio de legalidad y sus relaciones con el de proporcionalidad, vid. SSTC 111/1993 (f.j. 9) y 55/1996 (f.j. 3).
- (6) Corbí, J.E. *Insuficiencia del escepticismo: una reivindicación de la actitud ilustrada*, en *Mirar con cuidado. Filosofía y escepticismo*, Marrades-Sánchez Durá (eds.), Valencia, 1994, págs. 250-251.
- (7) Vid. SSTC 254/1988 y 150/1991.
- (8) Vid, sobre la doble dimensión aludida, las SSTC 140/1986, 160/1986 y 17/1987. En cuanto a las exigencias que ha de reunir la formulación de la ley penal, vid. SSTC 62/1982 (f.j.7); 75/1984 (f.j.5); 34/1986 (f.j.5); 133/1987 (f.j.4); 150/1989 (f.j.5); 61/1990 (f.j.7); 111/1993 (f.j.6) y 34/1996 (f.j.5).
- (9) Desde la STC 62/1982 subrayó el TC que el legislador ha de hacer "*el máximo esfuerzo posible*" para que la seguridad jurídica quede salvaguardada.
- (10) Sobre la superioridad del uso común del lenguaje y el sentido común sobre los prejuicios "filosóficos" de que tan colmada está la dogmática, vid. Malcom, N. *Moore y el lenguaje común*, en Chapell, V.C. (dir.), *El lenguaje común*, Madrid, 1971, págs. 17 y ss.
- (11) Vid. STC 111/1993, f.j.9.



- (12) *Ueber den Einfluss der sociologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, en *Strafrechtliche Aufsätze un Vorträge*, vol. II (1905), pág. 80.
- (13) CGPJ: *Anteproyecto del Código Penal 1992 e Informe y votos agregados*, Cuadernos del CGPJ, 11 (1991), pág. 158.
- (14) Así le llama Radbruch (*Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Fest. für R. Frank –reimpr.–*, Aalen, 1969, pág. 160).
- (15) Schmidt, E. *Einführung in die Geschichte del Deutschen Strafrechtsplege*, Göttingen, 1983, pág. 383.
- (16) Heine, H. *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland*, en *Sämtliche Werke*, Otto F. Lachmann (ed.), Leipzig, s.a., vol. III, pág. 80.
- (17) Vid. Kolakowski, L. *La filosofía positivista*, Madrid, 1966, págs. 43 y ss.
- (18) Calvi, A.H. *Introduzione a La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milán, 1962, pág. 15.
- (19) Von Liszt, F. *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª ed. alemana por L. Jimenez de Asúa), Tomo II, Madrid, s.a., pág. 297.
- (20) *Op.cit.*, págs. 336-337. La concepción de la antijuridicidad de von Liszt está influenciada por el comentario de Graf zu Dohna al artículo de Hold von Ferneck "Der Begriff der Rechtswidrigkeit" (ZSTW, Tomo 24 (1904), págs. 53 y ss.).
- (21) *Op. cit.*, págs. 389-390.
- (22) Von Liszt, F. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Frankfurt, 1968, págs. 39 y 40.
- (23) *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, págs. 409 y ss.
- (24) Radbruch, G. *Zur Systematik*, cit., págs. 160-161.
- (25) Roxin, C. *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976, págs. 61 y ss.
- (26) Vid. Rawls, J. *Teoría de la justicia*, Méjico, 1971, págs. 40 y ss.
- (27) *Il significato del principio "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*, en *La Giustizia Penale*, XXVIII (1932), págs. 319-329.
- (28) *Op. cit.*, pág. 319.
- (29) *Op.cit.*, pág. 319.
- (30) *Op.cit.*, pág. 323.
- (31) *Op.cit.*, pág. 324.
- (32) *Op.cit.*, pág. 325.
- (33) *Op.cit.*, pág. 325.
- (34) Hart y Honore: *Causation in Law*, Oxford, 1978, págs. 25 y ss.
- (35) En *Fundamentos*, cit., págs. 183 y ss. he desarrollado ampliamente el argumento que aquí se expone.
- (36) Vid. *Fundamentos*, cit., págs. 301-303.
- (37) *Op. cit.*, pág. 325: "las diferencias de valoración que el pueblo hace respecto al significado de las palabras" .
- (38) Como Radbruch había puesto de manifiesto, movimiento corporal y modificación del mundo exterior (que continúan siendo los momentos definitorios de la acción en los sistemas neokantianos) dejan sin explicar v.g., el sentido lingüístico y el significado social de la injuria (*Zur Systematik*, cit., pág. 161).
- (39) Este problema podría enunciarse así: ¿a qué responden los predicados de valor en un mundo de hechos?

- (40) Esta cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, podría exponerse del siguiente modo: ¿qué es lo que hace que, en un mundo de hechos, las proposiciones no sean meros sinsentidos?
- (41) Jakobs, G. *Der strafrechliche Handlungsbegriff*, Texto mecanografiado de la conferencia pronunciada en el C.U. San Pablo, Madrid, 1992, pág. 2. Vid. Welzel, H. *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona; 1964, págs. 41-42: Nuestros verbos designan no sólo acciones sino también –en sentido figurado– procesos de la naturaleza... Más dudoso es, sin embargo, el que la expresión "acción de matar" pueda ser definida de modo satisfactorio, desde un punto de vista puramente lingüístico, en relación con el resultado producido y no, más bien, primariamente, en relación con la intención del autor.
- (42) Welzel, H. *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11ª ed., Santiago de Chile, 1970, págs. 50-55.
- (43) Vid. Welzel, H. *Ueber Wertungen im Strafrech*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, págs. 24-26.
- (44) Vid. *Naturalismus und Wertphilosophie*, en *Abhandlungen*, cit. pág. 113.
- (45) "Si el dolo pertenece al tipo y no solo a la culpabilidad en la tentativa, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estado de la consumación" (*Derecho Penal*, cit., pág. 90).
- (46) Welzel, H. *Derecho Penal*, cit. pág. 92.
- (47) Welzel, H. *Derecho Penal*, cit. pág. 267.
- (48) Entiendo por "sesgos convencionales" –expresión que tomo prestada a Popper– las modulaciones que adopta una teoría o una doctrina para sortear objeciones que la contradicen, cuando tales modulaciones alteran, de hecho, el núcleo que se sigue presentando como invariable.
- (49) Mezger, E. *Derecho Penal Libro de Estudio P.G.*, Buenos Aires, 1958, págs. 138-141.
- (50) Mezger, E. *Op.cit.*, pág. 91.
- (51) Ryle, G. *El concepto de lo mental*, Buenos Aires, 1967, pág. 19. Es especialmente recomendable leer las páginas 56 a 73 de la obra citada, pues para deshacerse de modos de ver las cosas tan profundamente enraizadas en nuestro ámbito cultural parece conveniente empezar con un tratamiento de choque.
- (52) Vid. Vives Antón, T.S. *Fundamentos*, cit., págs. 143 a 241.
- (53) Melden, A.I. *La volición en La Filosofía de la acción* A.R. White (comp.), Madrid, 1976, págs. 104 a 115.
- (54) Melden, A.I. *Op.cit.*, pág. 112.
- (55) Vid. una exposición más amplia en *Fundamentos*, cit., págs. 249 y ss. Lo que Wittgenstein trataba de mostrar es que la idea de que todas las palabras son nombres y todas las proposiciones descripciones –explícitamente formulada o implícitamente admitida al usar el lenguaje de cierta manera– nace de una *confusión* que se muestra de modo particularmente nítido cuando las expresiones psicológicas se conciben como nombres de estados mentales o experiencias privadas (Baker, G.P.-Hacker P.M.S.: Wittgenstein. *Rules, Grammar and necessity*, Oxford, 1992, págs. 12-14.
- (56) Wittgenstein, L. *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, 1988, n° 304: "Llegas una y otra vez al resultado de que la sensación es una nada. No, en absoluto. ¡No es un algo, pero tampoco es una nada!. El resultado era sólo que una nada presta el mismo servicio que un algo de lo que nada puede decirse. *Rechazamos sólo la gramática que se nos quiere imponer aquí.*"
- (57) Vid. *Fundamentos*, cit. págs. 296-297.
- (58) Welzel, H. *Der. Penal*, cit., pág. 77.
- (59) Shute-Gardner-Horder *Introduction: The logic of Criminal Law*, en *Action and Value in Criminal Law*, Oxford, 1993, pág. 7.

- (60) Vid. *Fundamentos*, cit., págs. 224-229.
- (61) *Acting, Trying and Criminal Liability*, en *Action*, cit., pág. 68.
- (62) *Op. cit.*, pág. 99.
- (63) Wittgenstein, L. *Observaciones*, pág. 63: el lenguaje es un refinamiento, "en el principio era la acción".
- (64) Vid. Mead, G.H. *A behaviouristic Account of Significant Symbol*, en *Selected Writings*, Chicago, 1964, pág. 244.
- (65) El significado es pues, un proceso, en que a la convergencia de conductas dirigidas a fines y a su institucionalización en prácticas sigue la formación de intenciones subjetivas, que pueden, luego, expresarse en gestos o palabras. Después, el signo se objetiva y su significado ya no depende de ni tiene que coincidir con la intención de quien lo usa (Vid. *Fundamentos*, cit., págs. 223-224). La concepción del significado que aquí se expone es, con diversas variantes, la que predomina en la filosofía actual (Vid., v.g., Fish, S. *Práctica sin teoría: retórica y cambio en la vida institucional*, Barcelona, 1992, págs. 46 a 104; del Castillo, R. *Conocimiento y acción. El giro pragmático de la filosofía*, Madrid, 1995) aunque quizás en Alemania, por diversas razones, haya tenido una recepción adecuada (Vid. Wellmer, A. *Finales de partida: la modernidad irreconciliable*, Valencia, 1996, págs. 255 y ss.).
- (66) Vid. Prades Celma - Sanfelix Vidarte: *Wittgenstein: Mundo y lenguaje*, pág. 185.
- (67) Acerca de esa conexión y de cómo podemos establecerla, vid. Prades-Sanfelix, *op. cit.*, págs. 178 y ss. Por lo que al Derecho Penal respecta, vid. *Fundamentos*, cit., págs. 233 y ss.
- (68) Así parece reconocerlo Farré Trepal, E. al hablar de que la punibilidad debiera quedar circunscrita a los supuestos de inidoneidad relativa, que comportan cierta posibilidad de producción del resultado (*La tentativa de delito*, cit., Barcelona, 1986, págs. 371-397).
- (69) Admitir, como hace Torío, una desvinculación de los principios generales en el ámbito de la tentativa inidónea (*Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Prof. J. M. Rodríguez Devesa*, vol. II, Madrid, 1989, pág. 415) basada en la alarma –o, lo que es lo mismo, en que pueden minar el sentimiento de seguridad de la comunidad (Jescheck, H.H. y Weigend, T. *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1996, pág. 530)– es apelar a un criterio constitucionalmente dudoso, como se muestra en el hecho de que, pese a que lo consigna la LECrim, utiliza como parámetro de la constitucionalidad de la medida de prisión (vid. STC 128/1995).
- (70) Vid. Groizard y Gómez de la Serna, A. *"El Código Penal de 1870. concordado y comentado"*, vol. I, Madrid, 1902, págs. 105 a 107; Silvela, L. *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874, vol. I, pág. 152.
- (71) Vid. Marxen, K. *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, 1975, págs. 77 y ss. y 218 y ss.; Würtemberger, T. *La situazione spirituale de la scienza penalistica in Germania*, Milán, 1966, págs. 77 y ss. y 131 y ss.
- (72) Ejemplos: "Una teoría penal tiene la pretensión –decía Max Grünhut– de ser una teoría científica" (*Methodische Grundlagen der heutigen strafrechtswissenschaft, F. für Frank*, cit., pág. 29. "Los tipos pueden sólo reflejar este material ontológico previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los reflejos conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una estructura esencial, ontológica, del elemento material mismo" (Welzel, H. *El nuevo sistema*, cit., págs. 13 y 14). Hoy, si llegan a hacerse afirmaciones de ese calibre, es sólo para darse ánimo. De modo que cuando, v.g., Jakobs dice que su "Lehrbuch" (Tratado) lo es porque expone una "Lehre" (teoría) sabe que habla, no de una auténtica teoría científica y, menos aún, de una gran concepción ontológica; sino sólo del funcionalismo sistémico (vid. *infra*, n. 88).
- (73) Vid. Radbruch, G. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das strafrechtssystem*, Darmstadt, 1967, págs. 132 y ss.

- (74) Vid. Rodríguez Muñoz, J.A. *La doctrina de la acción finalista*, Valencia.
- (75) *Fundamentos*, cit., págs.
- (76) Zielinski, D. *Desvalor de acción y desvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990.
- (77) Zielinski, *op. cit.*, pág. 122.
- (78) Wittgenstein, L. *Inv. Fil.*, cit. 201: "Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde se deduce que no habría un desacuerdo".
- "Con ello mostramos que hay una captación de la regla que *no es interpretación*, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos "seguir la regla" y en lo que llamamos "contravenirla"".
- Vid. también Davidson, D. *A Nice Derangement of Epitaphs*, en Grady-Warner (eds.) *Philosophical Grounds of Rationality*, New York, 1988.
- (79) Maqueda Abreu, M.L. *Los delitos de propia mano*, Madrid, 1992, págs. 68-69.
- (80) Vid. Maqueda Abreu, *op. cit.*, págs. 102-103.
- (81) Welzel, H. *Der. Pen.* cit., pág. 145.
- (82) Su monografía *Täterschaft und Taherrschaft* alcanzó, en 1990, la quinta edición.
- (83) Welzel, H. *Der. Pen.*, pág. 153.
- (84) Reyes Alvarado, Y. *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, ADPDP, Tomo XLV (1992), pág. 950.
- (85) La cláusula del art. 11 del Código Penal de 1995 es, sobre todo a causa del segundo inciso que se añadió en el Senado, técnicamente muy defectuosa. Pero, junto a sus diversos defectos –que no voy a analizar aquí– tiene la virtud de exigir, que, para que la omisión pueda ser castigada como acción positiva, equivalga a ella "según el sentido del texto de la ley" (vid. Vives Antón, T.S. –coord.–) *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, págs. 83-87.
- (86) En el ámbito de imprudencia, ese proceder sofisticado alcanza tintes dramáticos. ¡El Derecho civil ha sido desplazado por el penal! (vid., v.g., Luzón Peña, D.M. *La "determinación objetiva del hecho"*. *Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, ADPDP, Tomo XLII (1989), págs. 901-902.
- (87) Wittgenstein, L. *Investigaciones*, cit. 241: "Los hombres concuerdan en el lenguaje. Esta no es una concordancia de opiniones, sino de forma de vida".
- Vid. Corbí, J.E. *Op.cit.*, págs. 251-252; Sánchez Durá, N. *Miradas fulgurantes y traductores caritativos*, en *Mirar con cuidado*, cit., págs. 273-274; Backer-Hacker, *op.cit.*, págs. 256 y ss.
- (88) La renuncia a los significados dimanantes del uso común del lenguaje y su sustitución por imputaciones "normativo-sistémicas" puede hallar "justificación" filosófica. Así, v.g., para Lugmann entre los hombres, como sistemas psíquicos autorreferentes que son, no hay un tercero común, excepto el *sistema social*: el lenguaje no puede proporcionar algo así como un significado idéntico (vid. Habermas, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, págs. 448-449). No pretendo discutir aquí las ideas de Luhmann (vid. *Fundamentos*, cit., págs. 455 y ss.; McCarthy, Th., *Ideales e ilusiones*, págs. 165 y ss.). Pero, parece claro que, en la medida en que usa el lenguaje común y lo usa, además, de modo argumentativo, espera, no sólo que entendamos lo que dice (esto es, transmitimos un "significado idéntico") sino, más aún, que lleguemos a estar de acuerdo con él, con lo que parece que se autorrefuta. Dicho de otro modo, su "teoría" sólo puede ser una "teoría" y un mero conjunto de gestos sustituidos por palabras porque es *errónea*: la idea de que se puede trascender el lenguaje no es más que una *confusión*. "Sujeto" y "objeto", "sistema" y "entorno" se constituyen como tales dentro de la acción y del lenguaje, no antes ni fuera de ellos.

- (89) Habermas, D. *Die Neue Unübersichtlichkeit*, págs. 141 y ss.
- (90) Beck, U. *Risikogesellschaft*, págs. 59-61; Denninger, E. *Der Präventions-Staat* en *Kritische Justiz*, 1988, págs. 1-15.
- (91) Schmidhäuser, E. *Staatgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, en: *Gedächtnisschrift für W. Martens*, Berlin, 1987, págs. 231-247.
- (92) cuerda Riezu, A. *El legislador y el derecho penal*, Madrid, 1991, págs. 106-107.