



Revista

ISSN 2007-4700

Terni

MÉXICO

Número 8 • Agosto 2015



La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista*



Francisco Muñoz Conde

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

A mi amigo y maestro, Winfried Hassemer, en el recuerdo.

RESUMEN: La polémica entre Mezger y Welzel sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo centró la atención de muchísimos penalistas del siglo XX. La ciencia se construyó de espaldas a la política criminal, pues mientras los regímenes dictatoriales reprimían a sus pueblos, los profesores se ocupaban exclusivamente de estos problemas abstractos. El pretendido “apoliticismo” de la dogmática no era real, pues muchas de sus construcciones y conceptos se elaboraron en Alemania y en el resto de países para dar forma jurídica a decisiones adoptadas por el régimen político de turno.

PALABRAS CLAVE: Causalismo, finalismo, Hans Welzel, Edmund Mezger.

ABSTRACT: The controversy between Mezger and Welzel about the ontologic concept of action and the systematic position of the mens rea elements was the object of attention of many scholars during the XXth century. The science of criminal law was built ignoring criminal policy. While the people were being repressed by dictatorial regimes, scholars were dealing only with abstract questions. The so-called “apoliticism” was not real. Many of the constructs and concepts, both in Germany and the rest of countries, were elaborated in order to give legal form to decisions taken by the political regime.

KEY WORDS: Theory of causal action, Theory of final action, Hans Welzel, Edmund Mezger.

Rec: 9-9-2014 | Fav: 20-05-2015

* Texto de la conferencia pronunciada en el Congreso sobre el Derecho penal de la posguerra, que tuvo lugar en la Universidad de Huelva del 24 al 26 de abril de 2014.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

1. Hace ya algún tiempo me pidió Juan Carlos Ferré que interviniera en estas jornadas sobre algún tema relacionado con la elaboración doctrinal del Derecho penal español durante la dictadura franquista. En esos momentos me encontraba en Italia, concretamente en la Universidad de Módena, impartiendo un curso doctoral sobre “Política y dogmática penal”, que ya había dictado el año anterior en Curitiba, en la Universidad Federal de Paraná. En ambos cursos me ocupaba, entre otros temas, de la vinculación que tuvo en Alemania la dogmática penal con la política durante el régimen nacionalsocialista (1933-1945).

En realidad, mis conocimientos sobre esta materia tienen su origen sobre todo en la investigación que emprendí, a raíz del Premio Humboldt de Investigación en Ciencias Jurídicas que me concedió la Fundación alemana Alexander von Humboldt en 1999, sobre la vinculación que tuvo con el régimen nacionalsocialista uno de los mejores cultivadores de la dogmática jurídico-penal alemana de la primera mitad del siglo XX, el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Múnich, Edmund Mezger. Como tuve ocasión de descubrir, a medida que avanzaba en mis investigaciones en la biblioteca de la Universidad de Fráncfort del Meno, en la *Nationalbibliothek* de esa ciudad, y en el *Bundesarchiv* de Berlín, Edmund Mezger fue uno de los principales valedores y legitimadores del Derecho penal nacionalsocialista. Y no sólo en los trabajos teóricos de carácter dogmático que publicó en aquella época, en los que desarrolló conceptos como la “culpa por la conducción de vida” o la “ceguera jurídica”, para justificar el castigo con la pena del delito doloso (a veces la de muerte) a los que cometieran “delitos odiosos” (*crimina odiosa*), como, según él, el aborto, el “ultraje a la raza” y la realización de actos homosexuales; sino también como coautor, junto con su colega muniqués Franx Exner, en 1943-1944, de un proyecto para el tratamiento de los que él llamaba “extraños a la comunidad” (*Gemeinschaftsfremde*). En dicho proyecto proponía, entre otras cosas, el exterminio (*Ausmerzung*) mediante su internamiento en campos de concentración de asociales, vagos, delincuentes, y la esterilización o castración de homosexuales.

Para mí fue realmente una sorpresa descubrir que este gran dogmático del Derecho penal, en cuyo *Tratado de Derecho penal* (1931-1933) excelentemente traducido al español por José Arturo Rodríguez Muñoz en 1935, había aprendido, como casi todos los pe-

nalistas de mi generación y de la generación anterior, los fundamentos de la actual teoría del delito, había llegado a colaborar con el régimen nacionalsocialista y a legitimar las peores aberraciones y violaciones de derechos humanos que ese régimen cometió utilizando precisamente para hacerlo el arsenal teórico que le brindaba la dogmática. Pero mi sorpresa fue aun mayor cuando, ya desde las primeras ediciones de mi obra *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo* (Valencia, 2000; 4ª ed., Valencia 2004), en el que edición tras edición fui revelando las vinculaciones que tuvo Mezger con el nacionalsocialismo, empecé a recibir, en España, no en Alemania, ataques brutales e injuriosos de quienes se manifestaban directos discípulos de sus enseñanzas dogmáticas (¿también de su ideología nazi?) y consideraban que poco menos había manchado con mi libro la reputación y la dignidad de este penalista. Tampoco dejó de sorprenderme, incluso hoy en día todavía me asombra, el silencio que durante más de 50 años se postró sobre el pasado nacionalsocialista de quien tras la Segunda Guerra Mundial se destacó sobre todo por su controversia con otro penalista alemán, Hans Welzel, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en la estructura de la teoría del delito; lo que, en su caso, parecía más bien una astuta maniobra de distracción para ocultar su vergonzoso colaboracionismo con el régimen nacionalsocialista. Mi sorpresa (e indignación) fue en aumento cuando fui descubriendo, con documentos que así lo demuestran claramente, que incluso en 1944, tras la aprobación de su Proyecto de tratamiento de los “extraños a la comunidad”, llegó a visitar, con expresa autorización de Sección IV de las SS, los campos de concentración, para observar, según se decía expresamente en el documento de autorización, *in situ* el “tratamiento” al que eran sometidos en dichos campos las personas allí internadas. Al término de la Segunda Guerra Mundial era decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich. Tras ser destituido del cargo, fue sometido a un proceso de desnazificación, en el que en principio fue acusado de ser uno de los principales responsables del aparato de poder nazi, aunque luego fue sólo calificado como *Mitläufer* (“compañero de correrías”) y sancionado con una multa. También durante algún tiempo estuvo detenido como acusado en los Procesos de Núremberg. Sin embargo, tras toda esta odisea regresó sin mayores problemas a su cátedra en la Universidad de Múnich; escribió un

resumen (*Studienbuch*) de su Tratado, que se convirtió en la obra estándar en la que se formaron multitud de jóvenes juristas alemanes hasta bien entrados los años setenta; recibió un libro homenaje en 1953 con motivo de su jubilación y fue vicepresidente de la Comisión para la Reforma del Derecho Penal.

Pero sobre todo en los años cincuenta se hizo famoso por su polémica con Hans Welzel sobre el concepto ontológico de acción y sus consecuencias para el sistema de la teoría del delito. También recibió varios doctorados *honoris causa*, en Tubinga y Coimbra, e incluso en plena dictadura franquista llegó a España, impartiendo dos conferencias, una en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y otra en el Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid.

Murió en 1962, sin que se sepa que se hubiese arrepentido o al menos en algún momento admitido o confesado su vergonzoso pasado nazi, y sin que nadie, al menos en el ámbito de los penalistas hispanohablantes, ni entonces ni hasta que publiqué mi libro sobre él, conociera su pasado nazi, o, si lo conocía, hablara de él.¹

2. La polémica sobre el concepto de acción como fundamento de una teoría del delito y las consecuencias sistemáticas que del mismo se derivaban dominó la ciencia alemana del Derecho penal en los años cincuenta y sesenta y hasta bien entrados los setenta del siglo XX, y todavía hoy sigue siendo uno de los temas que se discuten a la hora de exponer en los tratados y manuales el concepto de acción del que se parte como fundamento de la teoría del delito. Esto se puede ver claramente en los tratados de Derecho penal que se publican en Alemania y en los países de

habla hispana, donde todavía se dedica gran espacio a la polémica sobre el concepto causal y final de acción, con frecuentes citas y referencias a los principales protagonistas de ese debate: Edmund Mezger y Hans Welzel. Durante mucho tiempo, esta deliberación se convirtió en una especie de guerra civil entre los penalistas, quienes veían en ella una válvula de escape para no tener que enfrentarse con otros problemas que planteaba la realidad del Derecho penal de sus países. Ello sucedió sobre todo en España durante la dictadura franquista, en la que durante un tiempo esta polémica dogmática fue el banco de prueba por el que tenía que pasar todo joven penalista que aspirase a alcanzar el más alto grado de la carrera académica: la plaza de catedrático de Derecho penal. ¡Ay de quien por aquel entonces no dominase (o al menos fingiera que dominaba) los más complicados vericuetos y entresijos del idioma alemán y de las construcciones más complejas de la dogmática jurídico-penal alemana en relación con el concepto de acción y sus consecuencias en la teoría del delito! Y ¡ay también de quien, confesadamente causalista, tuviera la mala suerte de tropezarse en un concurso u oposiciones a una cátedra con un finalista, o a la inversa (por supuesto, en estas aparentes enemistades dogmáticas había también mucho de enemistades personales e ideológicas, que eran las que verdaderamente decidían el concurso académico)!

La discusión sobre la posición sistemática del dolo en el sistema de la teoría del delito se convirtió así en los países de nuestro entorno lingüístico, pero también en Portugal y Brasil, menos en Italia,² en la polémica penal por excelencia. Es evidente que esto permitía también evitar el compromiso político en contra de

¹ Para más detalles sobre todo esto, me remito a mi libro *Edmundo Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia, 2004, y a los capítulos en los que se recoge el texto del Proyecto para el tratamiento de los “extraños a la comunidad”, con los dictámenes que escribió Mezger para este mismo, las pruebas documentales de su visita al campo de concentración de Dachau en 1944, y su posterior proceso de *desnazificación* y regreso a su cátedra de Derecho penal.

² Respecto de Italia, es muy interesante e ilustrativa la monografía de Franco Bricola, *Teoria Generale del Reato*, publicada originariamente en el *Novissimo Digesto Italiano*, volumen XIX, recientemente traducida por Diana Restrepo Rodríguez, con una interesante Introducción de Massimo Donini: *Teoría general del delito*, Montevideo/Buenos Aires, 2012. En esta monografía Bricola explica (pp. 81 y ss.) que el apego que tuvo la doctrina italiana durante el régimen fascista a un tecnicismo jurídico formalista, patrocinado por Arturo Rocco, se debió sobre todo a que al tener ya desde 1930 un Código Penal conforme a los postulados ideológicos del régimen fascista, no era necesario desarrollar nuevas teorías, sino simplemente extraerlas del propio Código; mientras que los alemanes, al no tener todavía un Código Penal adaptado al régimen nacionalsocialista, tuvieron que elaborar teorías que no estaban recogidas en el Código Penal vigente desde 1870 (en realidad, el Proyecto de Código Penal elaborado durante la etapa nacionalsocialista, en cuya redacción participó Mezger, no llegó nunca a aprobarse. Sin embargo, sí se aprobaron y entraron en vigor leyes de carácter penal que reflejaban claramente la ideología racista nazi, como la Ley del Delincuente Habitual, el delito de ultraje a la raza en las Leyes de Núremberg, y algunas leyes de excepción aprobadas durante la Guerra). En otro lugar me he ocupado de las relaciones entre el Derecho penal nacionalsocialista y el Derecho penal fascista, reflejadas en el libro que los máximos representantes de ambas formas de entender el Derecho penal, Mezger y Grispiigni, escribieron conjuntamente (*Il diritto penale nacionalsocialista*, Milán, 1943). Sobre la vinculación de Grispiigni con el Derecho penal nacionalista, véase también mi artículo en *Revista Penal*, núm. 33, 2014.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

los regímenes dictatoriales (en España la dictadura de Franco), y las posibilidades de criticar un Derecho penal vigente que por esa época en España no tenía nada de santo o justo o ni siquiera de mínimamente humano. Ello contribuyó a configurar también en el joven penalista aspirante a la carrera académica una mentalidad que le permitía asumir, por así decir, todo lo que le echaran, sin criticar, protestar o decir nada contra una legislación excepcional que permitía la imposición de penas de muerte por tribunales militares o de excepción, y que violaba claramente derechos humanos fundamentales, convirtiendo en delito el ejercicio de derechos como el de asociación, manifestación o libertad de expresión. En aquella época lo único que podía hacer el penalista, como penalista cultivador único y exclusivo de la dogmática, era analizar si el dolo era un elemento de la tipicidad o de la culpabilidad, o si el concepto de acción base de la teoría del delito debía ser entendido como un concepto causal o como un concepto final. Para quienes creían, bien por oportunismo, bien por convicción científica, que la ciencia del Derecho penal se debía limitar a la elaboración dogmática del mismo, la dogmática jurídico-penal se convertía así en un bastión contra las intromisiones político-criminales. Las decisiones político-criminales se adoptaban en otros ámbitos en los que la dogmática carecía prácticamente de influencia y de los que no tenía por qué ocuparse.

Desde luego, una dogmática basada sólo en pretendidos datos ontológicos podrá ser todo lo neutra ideológicamente que se quiera, pero el objeto de referencia de la misma, el Derecho penal, no lo es en absoluto, sino que, como el propio Welzel reconocía,³ es el sector más ideologizado de todas las ramas del Derecho. Y de ahí siempre surgirá una contradicción difícilmente superable que, en todo caso, impide, a mi juicio, darle a la dogmática jurídico-penal ese valor absoluto o casi exclusivo que tanto Mezger (a partir de 1950)⁴ como Welzel (parece que, en todo caso, no en sus primeros escritos)⁵ pretendían darle, basándola en pretendidas estructuras lógico-objetivas de la acción, sean éstas entendidas de un modo causal (así Mezger) o final (así Welzel). Pero es que, además, con ello surge el peligro de que con unas bases tan evanescentes

y abstractas como las que se derivan de los planteamientos ontologicistas de las teorías causal y final de la acción se puedan hacer todo tipo de valoraciones o asumirse cualquier decisión político-criminal. Algo que a estos autores no parecía ya preocuparles mucho, una vez que, al menos en la República Federal Alemana, se había asentado tras la Segunda Guerra Mundial un régimen ciertamente democrático, pero eminentemente conservador dirigido por el canciller Konrad Adenauer, caracterizado por un anticomunismo feroz y belicista, apoyado por los Estados Unidos de América, con el que muchos prestigiosos juristas alemanes, que habían colaborado abiertamente con el régimen nazi, parece que se sentían satisfechos y en todo caso seguros de que no iban a ser molestados por su pasado colaboracionismo, pues lo importante no era ya que hubieran sido nazis o colaborado estrechamente con el régimen nacionalsocialista, sino que fueran ferozmente anticomunistas (y un verdadero bastión frente a la otra Alemania, la República Democrática Alemana, la Unión Soviética y las tropas del Pacto de Varsovia). Y de eso, en el caso de Mezger, y de tantos otros, no había la menor duda.

3. Por lo demás, la construcción sistemática de la teoría del delito elaborada por la dogmática penal alemana estaba ya estaba perfectamente esbozada antes incluso de la publicación de la primera edición alemana del *Tratado de Mezger* en 1931. Ya su maestro y antecesor en la cátedra de Múnich, Ernst Beling, había desarrollado en su *Die Lehre vom Verbrechen* (1907) una exposición en la que, partiendo del concepto de acción (y omisión), se comprobaba si ésta se adecuaba al supuesto de hecho (*Tatbestand*) descrito en una ley penal como delito, es decir, si era típica. Luego se comprobaba si además de típica era anti-jurídica (*rechtswidrig*), es decir, si estaba amparada o no por una causa de justificación; y finalmente se comprobaba si el autor de la acción típica y antijurídica era culpable (*schuldig*), es decir, si además de ser una persona mentalmente sana o mayor de una determinada edad, había actuado respecto de su acción y al resultado que se derivara de la misma de forma dolosa, con conciencia y voluntad de hacerlo, o impruden-

³ Véase, por ejemplo, su artículo "Zur Dogmatik im Strafrecht", *Festschrift für Reinhard Maurach*, 1973, p. 1.

⁴ En su monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950 (traducción al español de Muñoz Conde, Valencia 2000).

⁵ Sobre las vinculaciones de Welzel con el nacionalsocialismo, véase Monika Frommel, "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción", trad. de Muñoz Conde, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1989.

te, infringiendo el deber de cuidado. La tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad (y en algunos casos el cumplimiento de determinadas condiciones objetivas de punibilidad o procedibilidad) se convertían, así, en el planteamiento de Beling, en las tres categorías fundamentales cuya presencia había que probar para exigir una responsabilidad penal.

En esta construcción belingniana, enriquecida con las aportaciones posteriores de Frank –con su concepto normativo de culpabilidad– y de Max Ernst Mayer, se apoyó Mezger para elaborar su *Tratado de Derecho penal*, que apareció en 1931: dos años antes del ascenso al poder del nacionalsocialismo, que coincidió con la aparición de la segunda edición del *Tratado* y con el traslado de Mezger a la Universidad de Múnich, como sucesor de su maestro Beling. A partir de entonces Mezger no volvió a ocuparse de su *Tratado*, sino que inmediatamente publicó en octubre de 1933 una especie de *Tratado de Criminología*, en el que ya desde el Prólogo, firmado el 15 de octubre de 1933 –el mismo día que cumplía 50 años y era nombrado miembro de la Comisión para la Reforma del Derecho Penal–, planteaba la necesidad de adaptar esta rama del Derecho al nuevo Estado, basándolo en las ideas de “pueblo” y “raza”.⁶ Prácticamente, a partir de ese momento y hasta 1945 se esforzó sobre todo en elaborar un Derecho penal acorde con esas ideas, y no volvió a ocuparse de la dogmática en la que había basado su *Tratado* de 1931-1933.

Fue a partir de su monografía *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*,⁷ publicada en 1950, inmediatamente después de su reincorporación a su cátedra de Múnich, que al mismo tiempo debía servir como complemento o apéndice a una tercera edición de su *Tratado*, idéntica a la segunda de 1933, que Mezger retomó el camino de la dogmática tradicional, a la que él tanto había aportado con sus trabajos anteriores a 1933. De forma bastante cínica decía ya en la primera página de esta monografía que “en los últimos años la dogmática penal había quedado ensombrecida por su más mundana hermana, la política criminal” (paradójicamente, ése era el título de su *Tratado de Criminología* de la época nazi), pero que ya había llegado el momento de ocuparse cuestiones más profundas. Y una de estas últimas era, en su opinión, el concepto de

acción, que recientemente había sido puesto en circulación por su más joven colega Hans Welzel con su teoría final de la acción.⁸

Pero ¿cuáles eran las diferencias entre ambas teorías y por qué tanta pasión en defender una u otra?

En el sistema causalista de Mezger, la acción se entendía como una conducta humana voluntaria que causaba un resultado tipificado en la ley penal como delito: por ejemplo, la muerte de un ser humano como consecuencia de un disparo. Luego se examinaba si concurría alguna causa que justificara ese hecho y excluyera su antijuricidad, por ejemplo, porque hubiera legítima defensa. Y finalmente se procedía a analizar si el que había causado la muerte con el disparo estaba en pleno uso de sus facultades mentales, había actuado dolosa o imprudentemente, es decir, si era culpable del hecho típico y antijurídico que había cometido y en una situación en la que le era exigible que se comportara conforme a derecho.

La teoría final de Hans Welzel no discute esa tripartición de los elementos del delito, sino el contenido de los mismos. Para ello parte de un concepto ontológico final de acción, en el que ésta no sólo es un movimiento corporal voluntario, sino ese comportamiento va dirigido a un fin, y, por tanto, debe incluirse también en el concepto de acción esa finalidad.

Efectivamente, tiene razón Welzel en lo que se refiere a la necesidad de tener en cuenta la finalidad del autor de la acción en la interpretación del significado de la misma. Si ahora mismo oímos un disparo en la habitación de al lado o fuera de este edificio, en pleno *campus*, no podemos darle ningún significado y, por tanto, ninguna relevancia penal si no conocemos cuál es la finalidad del autor del disparo, si era una competición deportiva, una cacería o un intento de homicidio. Otra cosa es que esa relevancia de la finalidad se derive necesariamente de un concepto ontológico de acción, como Welzel pretendía, o se pueda fundamentar de cualquier otra manera, incluso desde el punto de vista de las necesidades prácticas de la administración de justicia. Pero ésa es una cuestión de la que ahora no podemos ocuparnos.

En todo caso, según Welzel, si se parte de que el concepto ontológico de acción es un concepto de acción final, habrá que admitir que el legislador –a la

⁶ Mezger, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlagen*, 1934.

⁷ *Op. cit.*, en nota 5.

⁸ *Lug. cit.*

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

hora de tipificar las acciones criminales— está vinculado a esa estructura final y que, por tanto (y ahí es donde empieza la discusión con Mezger), el dolo, que a grandes rasgos coincide con la finalidad de la acción, debe ser tenido ya en cuenta a la hora de tipificar la acción como una penalmente relevante. Por tanto, en la construcción de Welzel, el dolo, por imperativo del concepto final ontológico de acción, al que el legislador está vinculado, pasa de ser un elemento de la culpabilidad, como mantenía Mezger, a un elemento de la tipicidad, constituyendo así una buena parte de lo que se llama el tipo subjetivo. Y desde luego, lo mismo habrá que decir de otros muchos hechos cuya relevancia penal sólo puede entenderse teniendo en consideración la finalidad del sujeto que los realiza: tocar los genitales de otra persona lo mismo puede ser objetivamente considerado un delito de abuso sexual, que una exploración médica urológica o ginecológica. Utilizar un coche ajeno sin la voluntad de su dueño, lo mismo puede ser objetivamente un hurto propio que una utilización indebida temporal del vehículo. Una palabra o expresión peyorativa sobre las cualidades de otra persona lo mismo puede ser una injuria que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o información. En todos estos casos, la mera constatación de que existe una conducta voluntaria, sin referencia a la finalidad del autor de esa conducta, carece de trascendencia o significado penal.

Ya el propio Mezger, en un trabajo de 1924,⁹ que sirvió de base a su *Tratado* de 1931, frente a la concepción estrictamente objetiva de la tipicidad de su maestro Beling, había admitido que en muchos delitos la tipicidad sólo podía determinarse mediante la constatación de determinados elementos subjetivos trascendentes al dolo, como el “ánimo lascivo” en los delitos sexuales, o el “ánimo de apropiación” en el hurto; pero sólo en esos casos, considerando que el dolo en general seguía siendo un elemento de la culpabilidad en todos los delitos. Y lo mismo siguió manteniendo en su *Tratado*. En su antes citada monografía de 1950, *Moderne Wege*, Mezger llegó a admitir que el dolo es un elemento de la tipicidad de la tentativa del delito, pero que luego se convierte en elemento de la culpabilidad una vez que el delito se ha consumado.¹⁰

Sin embargo, ya para entonces parece que, por lo menos desde el punto de vista sistemático, el sistema causalista de la teoría del delito había perdido la batalla frente al finalista, y mayoritariamente los penalistas alemanes y los del ámbito de influencia de la dogmática alemana empezaron a admitir que por lo menos en la tipicidad de los delitos dolosos hay que distinguir entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo; sistema que ya acogí en mi tesis doctoral *El delito de alzamiento de bienes* (Barcelona, 1971; 2ª ed., Barcelona, 1996) y sobre el que luego construí la exposición sistemática de mi *Derecho penal, Parte especial*, desde su primera edición en 1975 hasta la 19ª de 2013. Un sistema que por lo demás en poco se distingue de la adoptada por los penalistas de los países del *common law*, que distinguen entre *actus reus* y *mens rea*, para comprobar luego si concurre o no alguna eximente de la responsabilidad criminal, que en el ámbito anglosajón se llaman “*excuses*”; sobre todo, a partir de la aportación fundamental de George Fletcher,¹¹ quien, siguiendo el modelo dogmático alemán, separa las “*excuses*” entre “*Justification and excuse*”, es decir, entre “Justificación y exculpación” (*Rechtfertigung und Entschuldigung*, en alemán), que es la base del sistema alemán de la teoría del delito.

Prácticamente a esto ha quedado reducida la polémica entre causalismo y finalismo, si bien hay que reconocer que la misma produjo un refinamiento de la sistemática de la teoría del delito, contribuyendo a posteriores matizaciones y distinciones, sobre todo en el ámbito del tratamiento del error (distinguiendo entre “error de tipo” y “error de prohibición”, distinción bastante sutil y difícil de aplicar en algunos supuestos de error sobre los presupuestos de las causas de justificación y de error sobre elementos normativos de la tipicidad en algunos delitos económicos y medioambientales) y en la configuración del concepto de autor, por lo menos en los delitos de dominio, con la teoría del dominio (final) del acto. Y en el fondo, no deja de ser sintomático, y bastante cínico por lo demás, que en uno de sus últimos trabajos sobre esta polémica dijera Mezger que, en definitiva no eran más que “*Übungen am Phantom*”, es decir, “fantasmagorías”.¹²

⁹ *Die subjektiven Unrechtselemente, en Gerichtssaal*, 1924.

¹⁰ Mezger, “*Moderne Wege*”, *op. cit.*

¹¹ Fletcher, George, “*Rethinking Criminal Law*”, 1979.

¹² Mezger, *Festschrift für Rittler*, 1957.

4. Parece, desde luego, visto desde el momento actual, algo surrealista que en las etapas más duras de la dictadura franquista, en el que el Derecho penal podía bien calificarse como un “derecho de sangre y de lágrimas”, en el que todas las injusticias sociales y políticas tenían su asiento, los profesores de Derecho penal, y precisamente los más cualificados o de más alto nivel académico, se ocuparan sobre todo del concepto ontológico de acción y de la posición del dolo en el sistema de la teoría general del delito. Sin embargo, hay que reconocer que en el panorama curo y desolador del mundo universitario del Derecho penal durante la dictadura franquista, a la que, como ha quedado patente en este Congreso, sobre todo en los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo no le faltaron apoyos legitimadores por parte del algún catedrático de la época, la polémica sobre la teoría causal y la final de la acción permitió que, como vamos a ver en seguida, los profesores de mayor nivel intelectual y formación jurídica escribieran también importantes aportaciones sobre la misma que sirvieron de base al posterior desarrollo de la dogmática penal en España.

Entre estos profesores destaca sobre todo el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, José Arturo Rodríguez Muñoz, quien en 1952, en su lección inaugural del curso 1952-1953, expuso con gran profundidad no sólo las principales características de la nueva teoría final de la acción, sino también las objeciones que, a su juicio, podían oponerse a la misma en la versión patrocinada en Alemania por Hans Welzel.¹³ No sobra destacar que este profesor había sido en 1935 el traductor del *Tratado de Derecho penal* de Edmund Mezger, al que había añadido unas valiosas notas que fueron, sin duda, el comienzo de la elaboración dogmática del Derecho penal español. También conviene destacar que en 1941 tradujo la *Kriminalpolitik* del propio Mezger, en la que este autor exponía una criminología trufada de la ideología nazi, a la que, sin embargo, sintomáticamente Rodríguez Muñoz no añadió ninguna nota, ni comentario. Un *no comment* que habla por sí mismo del alejamiento que sentía Rodríguez Muñoz por esta criminología filonazi de un autor al que, sin duda, había admirado y seguido en los planteamientos dogmáticos expuestos en el *Tratado*.

Pero ¿cuáles fueron las observaciones más importantes que hizo Rodríguez Muñoz a la teoría final de la acción? Para este autor dicha teoría no cuadra con la naturaleza del delito culposo o imprudente, en el que el fin pretendido por el autor es generalmente irrelevante desde el punto de vista del Derecho penal. Al Derecho penal lo que realmente le interesa es la forma en que el sujeto quería conseguir el fin, y esto es ya el resultado de una valoración que nada tiene que ver con el dato ontológico de la finalidad. Para decirlo con un ejemplo: si un alumno conduce su coche a más velocidad de la permitida para llegar a tiempo a un examen, el fin en sí mismo es irrelevante o incluso loable, pero si en la conducción a más velocidad de la permitida provoca un accidente en el que resulta herido o muerto un peatón, esta conducción imprudente es lo que realmente resulta relevante desde el punto de vista de una posible responsabilidad penal.

En definitiva, señalaba Rodríguez Muñoz, en el delito culposo la finalidad es irrelevante, lo importante es la forma en que se quiere conseguir el fin; por tanto, en la acción final hay que introducir un elemento valorativo, normativo, identificado como la “infracción del deber de cuidado” objetivamente establecido por normas de cuidado basadas en la experiencia o en una regulación jurídica de carácter extrapenal.

Lo mismo ocurre con la omisión, en la que una consideración puramente ontológica (un “no hacer”) no dice nada sobre su relevancia penal. Omisión es un no hacer, pero inmediatamente hay que preguntar qué es lo que se omite y, sobre todo, si el que omite está obligado a hacer algo; por tanto, de nuevo un elemento normativo que hay que añadir al puramente ontológico. Ahora mismo estoy omitiendo hacer infinidad de cosas: estar en mi casa, o en la playa; pero lo que importa es si omito lo que en este momento estoy obligado o me he comprometido a hacer: dar esta conferencia. Si no hubiera venido, ustedes podrían decir, con razón (y quizás con alivio), que he omitido dar esta conferencia. Obviamente también hay un componente ontológico en la omisión, y éste no es otro que la posibilidad de poder actuar. La omisión, antes que la omisión de una *acción esperada*, es la omisión de una *acción posible*. En este momento, no estoy omitiendo salvar a alguien que se esté ahogando en el mar Caribe, simplemente porque eso no está dentro de mis

¹³ Véase Rodríguez Muñoz, *La teoría de la acción finalista*, 2ª ed., Valencia, 1978.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

posibilidades. Pero este dato ontológico de la omisión apenas tiene relevancia penal y casi podemos darlo por supuesto.

A pesar de estas objeciones de fondo que Rodríguez Muñoz realizó, ya al final de su vida, en un momento en el que ni siquiera pudo leer su “lección inaugural”, tarea que, aquejado de una grave enfermedad, tuvo que delegar en otro colega, la doctrina final de la acción fue calando paulatinamente entre los jóvenes penalistas españoles con mayores pretensiones científicas y académicas. En este sentido destacan los primeros trabajos del profesor José Cerezo Mir,¹⁴ que estudió directamente con Welzel en Bonn a finales de los años cincuenta y llegó a traducir su monografía *El nuevo sistema del Derecho penal*,¹⁵ una breve pero brillante y clara exposición del sistema finalista de la teoría del delito. Y también las monografías del profesor Juan Córdoba Roda,¹⁶ quien tradujo el *Tratado de Derecho penal* de Reinhard Maurach, al que, siguiendo el modelo de Rodríguez Muñoz, añadió valiosas notas muy útiles para interpretar y resolver conforme a los planteamientos de Maurach los problemas dogmáticos que planteaba el Código Penal español.¹⁷

A ellos siguieron (y ya en este caso puedo decir también “seguimos”) otros penalistas españoles (y por supuesto, también de los países americanos hispanohablantes), cuya influencia y prestigio determinaron que en los años posteriores las aportaciones de la dogmática penal alemana, enriquecida sobre todo con los planteamientos del más importante penalista alemán del siglo XX, mi maestro Claus Roxin,¹⁸ se convirtiera en la piedra de toque y en la base de la formación de la mayoría de los penalistas de habla española. Pero eso ya no es historia, sino actualidad. La recuperación de la democracia en España a partir de la muerte del dictador Francisco Franco, en 1975, tras la aprobación de la Constitución, dio lugar a su-

cesivos proyectos y reformas del Código Penal que cuajaron en el Código Penal de 1995-1996, que se beneficiaron en parte del alto nivel alcanzado por la dogmática penal española en aquellos años, pero también de la preocupación y el compromiso con otros valores y problemas característicos de un Estado de Derecho, que ya desde los inicios de la etapa democrática mostraron la mayoría de los profesores españoles de Derecho penal. No puedo comprobar en este momento si ese alto nivel alcanzado por la dogmática penal española, que algunos, exageradamente en mi opinión, califican como superior en algunos aspectos al de la propia dogmática penal alemana,¹⁹ ha dado lugar a un Derecho penal más justo, eficaz y humanitario.

Lo que sí queda claro es que la dogmática penal alemana, calificada recientemente por Silva Sánchez como “la gramática más profunda y elaborada de la imputación penal”,²⁰ por sí sola no es más que un instrumento para la interpretación y sistematización del Derecho penal, pero no el único ni el más importante; y en todo caso, como ya dijo con claridad Fletcher, en un Congreso de Derecho penal celebrado en Berlín en octubre de 1999, “los alemanes sólo tienen que echar un vistazo al otro lado del Rin para percibir que algunas culturas europeas de alto nivel atribuyen valores más elevados a su cocina que a su ciencia jurídica penal. Y quizás con razón y buen gusto”.²¹ Y desde luego, no deja de ser digno de reflexión el que, como también dijo Fletcher en esa ocasión, esa dogmática haya tenido particular éxito en países en cuya tradición histórica abundan los regímenes políticos autoritarios muy influidos por el pensamiento más reaccionario y conservador de la Iglesia católica, como España, Portugal y la práctica totalidad de los países latinoamericanos. Desde luego, la dogmática penal alemana puede ser, como dice Silva Sánchez, “la gramática más profunda y elaborada de la imputación

¹⁴ Recogidos en Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982.

¹⁵ Hans Welzel, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. y notas de José Cerezo Mir, Barcelona, 1964.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Córdoba Roda, *Una nueva concepción del delito, la doctrina finalista*, Barcelona, 1963.

¹⁷ Véase Reinhard Maurach, *Tratado de Derecho penal*, dos tomos, traducidos y anotados por Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962.

¹⁸ Fundamental en la orientación hacia una nueva visión de la dogmática penal fue su monografía *Sistema del Derecho penal y política criminal*, trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.

¹⁹ Así, por ejemplo, lo dice Ricardo Robles Planas en su Presentación al libro colectivo *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*, Montevideo/Buenos Aires, 2014.

²⁰ En la presentación de un número de la revista *Goltdammer's Archiv*, 11, 2013, en el que se contienen diversas contribuciones de penalistas españoles.

²¹ Véase Fletcher, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *El Derecho penal en el cambio de milenio*, versión española realizada por diversos autores, de las ponencias presentadas al Congreso de Berlín celebrado en octubre de 1999 bajo dicho título, coordinada por Francisco Muñoz Conde. La traducción del artículo de Fletcher es de Pastora García Álvarez.

penal” (que, por cierto, no es el único problema del que tiene que ocuparse el Derecho penal), pero, desde luego, dista mucho de ser la única de las posibles, como lo demuestra el que muchos penalistas, sobre todo los de los países regidos por la tradición del *common law* (Inglaterra, USA, Canadá, Australia, etc.), la ignoren por completo y sigan siendo tan felices.²²

Pero si volvemos a lo que muchos consideran una de las grandes virtudes de la dogmática penal: su pretendido “apoliticismo”, una cualidad que según sus principales propugnadores es lo que le permite ser utilizada en cualquier país, por encima de su régimen político, y con independencia de si éste es un régimen dictatorial o democrático, inmediatamente vemos que en la propia evolución de la dogmática penal, sobre todo en Alemania, muchas de sus construcciones y conceptos se elaboraron para legitimar y ofrecer una base jurídica a las decisiones que en materia penal adoptaba el régimen político en turno. Y no me refiero exclusivamente a la etapa nacionalsocialista, en la que la llamada Escuela de Kiel o el propio Mezger propusieron doctrinas y teorías afines al régimen nacionalsocialista, sino incluso a otras construcciones dogmáticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en las que teorías como la subjetiva de la participación se utilizaron para calificar como meros cómplices, y, por tanto castigarlos con penas leves, a sujetos que habían participado directamente en el Holocausto o en la ejecución de miles de personas con los medios más crueles; y también para que luego, por medio de una reforma legal de las reglas de la participación en los delitos especiales (entonces parágrafo 50.2, ahora

el 28.2 del Código Penal alemán) se pudieran declarar prescritos esos crímenes entendiendo que no eran asesinatos (los cuales tardaban más en prescribir o incluso después se declararon imprescriptibles), porque faltaba en aquellos sujetos el elemento subjetivo del “móvil bajo” (racista) que sólo tenían Hitler, Himmler y Heydrich, calificando sus hechos todo lo más como homicidios simples (que prescribían a los 15 años; por tanto, en 1960).²³ Realmente no deja de ser todo esto una versión aberrante de la dogmática en una época en la que la discusión dogmática principal en Alemania seguía siendo el concepto ontológico de acción.

5. Para terminar, permítanseme unas breves palabras sobre otro de los grandes mitos de la dogmática penal alemana a la que posposamente se denomina en Alemania como *Strafrechtswissenschaft* (ciencia del Derecho penal). ¿Es la dogmática penal realmente una ciencia, o la única posible ciencia del Derecho penal?, o ¿es simplemente un método para analizar sistemáticamente el Derecho penal, para hacer clasificaciones y subclasificaciones, y reducir su complejidad de una manera que la haga fácilmente inteligible y utilizable en la praxis de los tribunales de justicia?

Hace ya un siglo el gran renovador del pensamiento y el arte musical, Arnold Schönberg, criticó las pretensiones científicas de la teoría de la armonía tradicional, a la que consideraba una mera técnica artesanal, que debía ser conocida y dominada por el músico lo mismo que el ebanista o cualquier otro artesano tenía que dominar las reglas de su oficio.²⁴ También otro gran músico contemporáneo de Schönberg, Paul

²² Desde luego, tampoco los penalistas alemanes, con algunas excepciones, han mostrado el menor interés en las construcciones jurídicas que se hacen en otros países, incluyendo a los que siguen fielmente sus postulados, lo cual refleja un cierto provincianismo jurídico, difícilmente compatible con su pretensión de “universalidad”, salvo que se entienda por tal un “imperialismo dogmático alemán”, que puede ser incluso ofensivo para los penalistas de otros países. Con gracia describe Fletcher esta actitud cuando dice que la sección dedicada al Derecho penal extranjero (*Auslandsteil*) en la revista más prestigiosa de la dogmática penal alemana, la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), le parece como el “Oscar a la mejor película extranjera” que otorgan en Hollywood (y lo mismo dice respecto de las exageraciones imperialistas americanas en el ámbito deportivo cuando hablan de la World Cup en las competiciones donde sólo intervienen los equipos norteamericanos). (véase Fletcher, *op. cit.*)

²³ De las razones por las que se mantuvo la teoría subjetiva de la participación que determinó la calificación como cómplices de verdaderos autores materiales de los crímenes cometidos por los nazis, y de la crítica que hizo a esta teoría Roxin en su monografía *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburgo, 1962, y en un artículo sobre el tema publicado en *Goldammer's Archiv*, 1963, me he ocupado expresamente en mi artículo “La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, *Revista Penal*, núm. 32, 2013, y la versión alemana “Die mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtaapparate als Instrument der juristischen Aufarbeitung der Vergangenheit”, *Festschrift für Wolter*, 2013. De la reforma del parágrafo 50 del Código Penal alemán, en el que en 1968 se introdujo un párrafo para rebajar la pena a los partícipes en los que no concurrían los elementos subjetivos que concurren en el autor, y su utilización para evitar la calificación de asesinato a los que habían contribuido a los asesinatos cometidos en los campos de concentración nazis y poder aplicarles en consecuencia la prescripción que ya era aplicable al simple homicidio, me he ocupado brevemente en mi artículo para el *Festschrift für Schönemann*, “Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in der modernen Strafrechtsgeschichte und dem strafrechtlichen Zeitgeschehen”, 2014.

²⁴ Véase Schönberg, *Armonía*, trad. de Ramón Barce, 1962, p. 1.

La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista

Hindemith decía en 1940 que ya era hora de que la armonía tradicional bajara de su pedestal en la que la habían colocado el respeto y la veneración de las generaciones anteriores.²⁵ (No sobra aclarar que ambos, grandes y geniales músicos, murieron en el exilio, huyendo del régimen nacionalsocialista.)

Entre nosotros, el penalista y filósofo del Derecho Penal, Tomás Vives, decía ya en la primera edición de sus *Fundamentos del Derecho penal* que la dogmática penal no puede ser ciencia “porque no se ocupa de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él”.²⁶

Pero sea ciencia o no, lo que en todo caso ha quedado claro tras la polémica iniciada hace ya casi 70 años entre los partidarios de la teoría causal y los partidarios de la teoría final de la acción, es que con los planteamientos puramente ontológicos de los que pretendían partir dichas teorías no se resuelven los verdaderos problemas que tiene planteado el Derecho penal de ayer, de hoy y del futuro. Cuando Welzel decía, por ejemplo, que el Derecho penal puede prohibir que las mujeres provoquen sus abortos, pero no obligarles a tener un hijo a los cuatro meses de embarazo, porque esto iría contra la “naturaleza de las cosas” (*Die Natur der Sache*), un dato ontológico preexistente a cualquier regulación jurídica,²⁷ olvidaba que en el Derecho penal nadie discute ese dato ontológico, pero sí se discute y mucho sobre la licitud de la interrupción voluntaria del embarazo, un problema que desde luego no se resuelve con ningún argumento puramente ontologicista y todavía menos con una concepción causal o final de la acción. De nuevo podría responderse al argumento de Welzel con otra cita de Schönberg, cuando dice que “la naturaleza es tan multiforme que podemos insertar en ella nuestros artificios; y en la naturaleza, sin duda, pueden encontrar su fundamento muchos sistemas diversos. [...] o bien encontrar razones que los invaliden”.²⁸

En la naturaleza específica del ser humano, la convivencia y la comunicación con sus semejantes a tra-

vés del lenguaje, es decir, de un sistema de signos y significados, son la única razón por la que existe el Derecho y, por tanto, el Derecho penal. Por eso, hoy en día me parece más apta para explicar el delito y la reacción social frente al mismo (algo que muchas veces olvida la dogmática de la imputación penal), teorías más acordes con la realidad social y con el Derecho penal que tenemos, como, por ejemplo, la teoría significativa de la acción que propone entre nosotros Tomás Salvador Vives Antón,²⁹ antes que cualquier otro planteamiento basado en pretendidas verdades ontologicistas, previas a cualquier valoración.

Pero la discusión sobre éste y otros temas característicos de la dogmática penal la dejo para otro momento. Lo que en todo caso queda claro es que, como ya indicó Hassemer en el Congreso de Berlín en 1999, “una ciencia como la nuestra no puede escapar a la política, y tampoco permanecer pura a través del silencio. Nuestra ciencia –decía Hassemer entonces– sólo tiene dos opciones: o incluir en sus planteamientos científicos las consecuencias políticas que de ella se derivan y con ello facilitar la discusión, o hacerse la boba ante esas consecuencias”.³⁰ Y no cabe duda de que la hipervaloración del concepto ontológico de acción en la dogmática penal alemana de los años cincuenta y sesenta del pasado siglo contribuyó en España a un desinterés por la cuestiones político-criminales que en la dictadura franquista no fueron otras que la mayor represión posible contra quienes cuestionaran dicho régimen, utilizando para su mantenimiento el Ejército y el aparato policial, y para su legitimación un Derecho penal pervertido, aplicado por una administración de justicia a su servicio y bendecido por el pensamiento más oscurantista y reaccionario de la Iglesia católica, el nacionalcatolicismo. En el fondo, el pretendido “apoliticismo” del Derecho penal académico en aquella época no fue más que lo que Hassemer llama “política por omisión”,³¹ es decir, en palabras de un penalista de entonces, “una dogmática apolítica total, de derechas de toda la vida”.

²⁵ Paul Hindemith, Prefacio a su libro *Armonía tradicional*, traducción del inglés de Emilio Argel, Buenos Aires (la versión original se publicó en Estados Unidos en 1943, y también hay una versión alemana de 1949).

²⁶ Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, p. 488.

²⁷ Cfr. Welzel, prólogo a *El nuevo sistema del derecho penal*, citado en nota 16.

²⁸ Schönberg, lug. *op. cit.*

²⁹ Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, citado en nota 27.

³⁰ Hassemer, en Eser, Hassemer y Burkhardt, *El derecho penal en el cambio de milenio*, citado en nota 22; la trad. del artículo de Hassemer es de María del Mar Díaz Pita.

³¹ Hassemer, *op. cit.*

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal

PGR

PROCURADURÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



INACIPE