

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

Rafael Márquez Piñero

Sumario: I. Los fundamentos de la concepción welzeliana de la Filosofía del Derecho; II. Influencias de Kant en la concepción del Derecho de Hans Welzel; III. El neokantismo de Hans Welzel; IV. La aparición de la teoría de la acción finalista; V. Consideraciones finales.

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA CONCEPCIÓN WELZELIANA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La irrupción del Maestro Hans Welzel dentro del panorama jurídico universal (Welzel no es un autor nacional, aunque lo sea, sino que su dimensión es mucho más amplia), supuso una conmoción grande en el ámbito de la dogmática jurídica general, y muy específicamente de la dogmática jurídico penal.

El autor de la teoría de la acción finalista tan alejada en el tiempo de su primera formulación, pero tan actual y tan viva, si atendemos a las pasiones y controversias que todavía desata, es uno de esos genios del pensar jurídico, que nacen muy de cuando en cuando y que constituyen verdaderos hitos, faros, o guías del pensamiento relacionado con el Derecho.

Partiendo de una muy especial posición en relación con el Derecho natural, Welzel al indagar la esencia misma del jusnaturalismo, trata de detectar el motivo principal del Derecho natural, y siguiendo esa trayectoria lo ubica como la problemática de la *ética jurídica material*. Tal cuestión la enlaza con la averiguación de los principios materiales de un recto obrar social, considerando el autor germánico que, en

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

ese *recto obrar social*, se encuentre el núcleo de la evolución histórica del Derecho natural.

El Derecho natural, en esta indagación filosófica de Welzel, ha constituido una especie de nomenclatura común, bajo cuya denominación se han dilucidado —con carácter unitario— todas las cuestiones éticas y jurídicas, hasta que —en un momento histórico relativamente cercano— se produjo la separación de lo ético y de lo jurídico, acontecimiento que no resultó beneficioso en un buen número de ocasiones.

No hay duda de que para Welzel el problema del recto obrar social se encuentra estrechamente conectado con los aspectos éticos y jurídicos, se trata de una interrelación objetiva entre las cuestiones morales y los problemas jurídicos. Ese entrelazamiento entre la Moral y el Derecho, en tanto que ambos comportan valores de las conductas humanas, tiene su lado objetivo y su lado subjetivo.

El *perfil objetivo* alude a las finalidades del obrar moral o jurídico, a lo que es exigido o permitido moral o jurídicamente. La indagación se avoca al conocimiento del sector *material* de la Moral y del Derecho, quedando unidos entrañablemente ambos campos axiológicos ¹.

Lo que el Derecho exige rectamente no puede diferir, por principio, de lo que también rectamente exige la Moral, pues, si esto no fuera así, se abriría una brecha insalvable en los principios fundamentales de la conducta humana en relación con uno y el mismo objeto, es decir los fines del obrar social, que haría imposible —sustancialmente y *prima facie*— el comportamiento humano en su dimensión unitaria.

¹ González Vicen, Felipe, «El derecho de resistencia en Kant», en *Kant después de Kant*, Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, pp. 15-16.

Hay un cierto aroma kantiano en estas consideraciones, a *grosso modo*, ya que para Kant la libertad supone tanto como que el hombre ha de poder cumplir los fines que él mismo se propone racionalmente, en otras palabras, que la libertad es en cierto modo un postulado de la razón. Ahora bien, si la voluntad no determinada racionalmente, o sea, si el mero arbitrio se opone a la realización de la libertad, ¿en qué situación nos encontramos?, nos encontramos en el supuesto, y aquí Welzel parece parafrasear a Kant, de que hace su aparición el Derecho ².

El problema material del recto obrar social, o sea, de los fines justos del obrar social, por la razón aludida, ha de plantearse —en principio— de la misma forma para la Moral y para el Derecho. La *ética jurídica material*, una verdadera teoría de la justicia, constituye una parcela de la ética social material. Precizando el alcance de los vocablos resulta conveniente utilizar, en lo relativo al sector material de la Moral, la palabra *ético*, para poder diferenciarlo, lingüísticamente, del aspecto subjetivo de la Moral o *moralidad*.

El perfil subjetivo hace referencia a la relación de la voluntad con las finalidades materiales, jurídicas o éticas, del obrar. Por consiguiente, la pregunta es obvia: ¿qué estructura ha de tener el acto moral o jurídico en relación con estos fines? En el frecuente dualismo entre moralidad y legalidad se produce la máxima separación de la Moral y el Derecho, cuando menos en lo que se refiere a la proyección interna del individuo.

Parece marcarse, en el mismo Kant y en los neokantianos de la escuela de Marburgo, una concepción de que al ser la libertad un postulado de la razón, y al estar la razón fundamentada en que la ley moral pueda ser cumplida, se infiere que el mero arbitrio, es decir, la mera voluntad aún no determinada idealmente, tenga la consecuencia

² *Ibidem*.

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

de que el arbitrio sea limitado para que la propia libertad sea. Y es por esa razón que el mismo Kant definiera el Derecho como aquel:

«... conjunto de condiciones en cuya virtud el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás según una ley general de libertad».

La noción del Derecho, entendida así por Kant ³, supone *en primer lugar* que no concierna más que a la relación exterior y aún práctica de una persona con otra, en cuanto sus acciones como hechos pueden tener una influencia (mediata o inmediata), sobre otras acciones. Sin embargo, *en segundo lugar*, esta concepción no implica la relación del arbitrio con la simple necesidad de otro (como los comportamientos de pura beneficencia o de crueldad), sino únicamente la relación del arbitrio del agente con el arbitrio de otro. Finalmente, *en tercer lugar*, en esta relación mutua de arbitrios, no se toma en cuenta la *materia* del arbitrio, o sea, el fin de cada uno se propone. No se cuestiona más que la *forma* en la relación del arbitrio de los intervinientes, desde la perspectiva de la *libertad*. En resumen, lo importante es saber si la acción de uno de ellos constituye o no un obstáculo a la libertad del *otro*, según una ley general.

¿Con qué actitud interna tienen que cumplirse los fines materiales ética o jurídicamente rectos? ¿Moralmente o legalmente? Otra es la cuestión respecto al problema de la conciencia, es decir, del conocimiento de los fines justos del actuar. Igualmente en la Moral que en el Derecho, la persona tiene a este respecto que esforzarse, con idéntico afán, en el conocimiento de los fines justos del obrar, y como lógica consecuencia de ello, el problema de la culpa se plantea —en principio— de forma parecida en la Moral que en el Derecho ⁴.

³ Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, selección, prólogo y notas de Amaldo Córdova, México, UNAM, 1968, pp. 32-33.

⁴ Welzel, Hans, «Das Gesinnungsmoment im Recht», en la *Festschrift für Julios von Gierke*, 1950, p. 290 y ss.

En estas condiciones, la problemática histórica del Derecho natural se concentra, primordialmente y *prima facie*, en torno al viejo problema ético-material del recto obrar social. En el Derecho natural figuran en primer lugar, del lado objetivo, el problema ético-material de los fines justos del obrar social, y del lado subjetivo el problema de conciencia de la posibilidad del conocimiento de aquellos fines. El Derecho natural, y con él el problema de la ética jurídica material, han planteado al espíritu humano una tarea que éste ha intentado resolver en un diálogo de mucho más de dos milenios y medio de duración.

En el fondo del pensamiento de Hans Welzel, en relación con la Filosofía del Derecho, existe un fuerte componente jusnaturalista, ligado a la Escuela Neokantiana de Marburgo que —como ha quedado puesto de relieve— puso especial empeño en distinguir, dentro de todo conocimiento, el elemento formal y el material. Se advierte una influencia, no desdeñable de la dirección neokantiana del Maestro Rudolf Stammler ⁵.

Característico de esta dirección es el dualismo entre «concepto del Derecho» e «idea del Derecho», formulado por vez primera por Stammler. El concepto del Derecho contiene los rasgos constitutivos, («las formas de pensar permanentes»), que producen de un contenido concreto un contenido jurídico, mientras que la idea jurídica, por otra parte, representa la «medida», el «canon», el «criterio» para juzgar el Derecho, el cual no pierde su sustancia de Derecho, aun cuando sea injusto o revista el carácter de la arbitrariedad. El concepto del Derecho es *constitutivo*, la idea del derecho, «sólo» *regulativa*.

Con las expresiones *medida* y *criterio* reaparece, de nueva cuenta, la cuestión aporética del contenido material de la justicia. Welzel participa, en alguna medida, de este planteamiento de Stammler, al decir

⁵ Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Nacional, 1947, p. 180 y ss.

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

que (como lo hacía el gran jusfilósofo), la cuestión de la medida o del criterio del derecho positivo habría de tener una respuesta inevitablemente insatisfactoria. Hasta aquí llega Welzel, pero Stammler va más allá, y para él la idea del Derecho es el *proceso* por el cual se juzga de manera incondicionalmente igualitaria, o es también una «forma pura de ordenación». El dilema se encuentra en que con «puras formas de ordenación» no puede *medirse*, ni con meras formas de procedimiento puede *juzgarse*.

II. INFLUENCIAS DE KANT EN LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO DE HANS WELZEL

¿Es Welzel, en realidad, un jusnaturalista?, en un sentido estricto de la palabra no podría afirmarse tal cosa, aunque tampoco se trate de un positivista. El jusnaturalismo de Welzel se encuentra matizado por las influencias kantianas y, desde luego, por el impacto que Hans Kelsen ⁶, a través de su metodología del análisis de la norma jurídica, ha ejercido y sigue ejerciendo sobre todos los juristas modernos.

¿Es Welzel un positivista?, tampoco podría afirmarse tal cosa en estricto sentido. Welzel es un jurista, un gran penalista, un excepcional Maestro, pero —dentro de su formidable estructura mental— Welzel habría de sentirse atraído lo mismo por el jusnaturalismo que por el positivismo. La dogmática jurídica, dice el creador del finalismo, es la *explicación sistemática* de los principios jurídicos, que se encuentran en la base de un orden jurídico o de alguna de sus partes, utilizando la concepción proporcionada por Rothacker ⁷.

⁶ Kelsen Hans, *Teoría pura del Derecho*, trad. Mario de la Cueva, 2ª. ed., México. UNAM, 1983, *passim*.

⁷ Rothacker E., «Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus», en *Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz*, 1954, pp. 253-254, y ss.

Así, por ejemplo, cuando hablamos de «culpa y pena», «propiedad pública» y «propiedad privada», «Estado de Derecho», etc. Estos principios jurídicos se apoyan en últimos y originarios «proyectos de sentido» para la estructuración de la vida social de un pueblo en una época determinada. La dogmática jurídica aísla los principios jurídicos, ínsitos en un orden jurídico, explica los distintos preceptos jurídicos como componentes o consecuencias de estos principios, y propicia —de este modo— el entendimiento del orden jurídico o de sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto con una determinada pretensión de verdad.

El método de la dogmática jurídica no consiste en la explicación causal, sino más bien en la comprensión de sentido, ya que únicamente *así* puede ser entendida una estructura de sentido como lo es, o lo pretende ser, un *sistema jurídico*, pero hay quienes como Von Kirchmann⁸, niegan al positivismo la posibilidad de ser la metodología adecuada para la observación de los hechos y de su conexión causal, y esos juristas verán cómo el objeto de su estudio se les escapa de entre las manos, y cómo —en lugar del Derecho— les aparecerá «el mecanismo jurídico», es decir, el acontecer externo y visible, que tiene verificativo en la realización del Derecho, y en lugar de la Ciencia del Derecho, tendremos la *sociología jurídica*.

Aunque la realidad, para la agudeza crítica de Welzel, es que la posición del antiguo ministerio fiscal prusiano contiene todavía mucha «Metafísica», ya que en ella se elogia como verdadero Derecho al Derecho «natural», tal como vive en el pueblo, es decir, que el concepto del Derecho de la Escuela Histórica se había transfigurado en Derecho natural en 1818, año por otra parte, de grandes acontecimientos como la aparición del *Manifiesto de Partido Comunista* de Marx y Engels.

⁸ Von Kirchmann, Julius H., *La jurisprudencia no es una ciencia*, trad. Truyol Serra, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección Civitas, 1983, pp. 5, 6 y 7 y ss.

De esta manera entendía Von Kirchmann que no había ninguna posibilidad de hacer ciencia del Derecho:

«En tanto que la ciencia del Derecho hace de lo casual su objeto, ella misma se convierte en algo casual; tres palabras correctoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado».

Efectivamente, el positivismo no ha conseguido sustituir la dogmática jurídica por la sociología jurídica, pero sí ha logrado conmover —profundamente— la creencia en el carácter científico de la dogmática. Rothacker ⁹, fue el primero que mostró, con claridad, que la forma de pensamiento dogmática constituye «un modo de investigación de primera línea, que arroja resultados científicos permanentes», resaltando su función indispensable como «fuente de nuestro saber espiritual material».

Lo que sí logró el positivismo, en cambio, fue imponer su «concepto estricto del Derecho». Para muchas generaciones de juristas ha constituido una verdad inquebrantable:

«... que el poder jurídico o, según otras terminologías, el legislador, el Estado, el poder soberano, pueden promulgar como tal cualquier proposición jurídica».

Incluso la expresión más sublimada del positivismo (la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen), mantiene que «todo posible contenido puede ser Derecho», añadiendo que no existe ninguna conducta humana que —como tal— y por razón de su contenido, no pueda ser objeto de una norma jurídica, ya que la validez de esta última no puede ser afectada, porque su contenido entre en contradicción con otra norma ajena al orden jurídico ¹⁰.

⁹ Rothacker, E., *Ibidem*.

¹⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 70, 71 y ss.

Del mismo modo, la Filosofía del Derecho que resurge en la década final del siglo anterior (la filosofía del Derecho neokantiana), adopta este concepto del Derecho. No obstante, tras la ilusionada esperanza del renacer neokantiano, resultó inevitable que comenzara, una vez más, la búsqueda de formulaciones ciertas sobre el contenido de la justicia. Empero, tras la aparición de la conciencia histórica y el desmoronamiento de la filosofía de la historia *a priori*, esta búsqueda era considerablemente más dificultosa que en la época del Derecho natural, con tal de cerrar los ojos a aquéllas dos nuevas experiencias.

En contraposición al formalismo metódico de Stammler ¹¹, las teorías jurídicas relativistas de Gustav Radbruch y de Max Ernesto Mayer (ambas íntimamente ligadas al neokantismo sudoccidental de Windelband y Rickert), pretenden encontrar, nuevamente, el camino hacia determinaciones axiológicas de contenido, aunque renunciando a la validez absoluta de estos contenidos. Surge, de este modo, una especie de «Derecho natural de contenido variable» ¹².

Radbruch ¹³, intenta «trazar una tópica de las posibles concepciones jurídicas dentro del marco de una tópica de las posibles concepciones del universo».

Estas posibles concepciones del Derecho y del Estado son tres: la supraindividualista y la transpersonal, de acuerdo con que tengan como valor supremo, bien al hombre individual, bien a las personalidades colectivas, (así, el Estado), o bien a la cultura.

Un juicio «científico» sobre la justeza objetiva de cualquiera de estas actitudes, señala Welzel, es prácticamente imposible: los juicios de valor no son objeto del conocimiento, sino de una profesión de fe.

¹¹ Stammler, Rudolf, *op. cit.*, p. 184 y ss.

¹² Mayer, Max Ernesto, *Der Allgemeine Teil Des Deutschen Strafrechts*, Lehrbunch, 2a. ed., 2a. reimpression, Heildeberg, Carl Winters, Universitalbuchhandlung. 1923, pp. 37-38 y ss.

¹³ Radbruch, Gustav, *Ibidem*.

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

El orden de la convivencia humana no puede, naturalmente, quedar entregado a las diversas concepciones jurídicas de los individuos, sino que ha de ser establecido —inequívocamente— por una instancia supraindividual. Ahora bien, como, según la concepción relativista, ni la razón ni la ciencia pueden realizar esta misión, resulta preciso encomendarla a la voluntad y al poder.

El poder se legítima, pues, por su capacidad para imponer el Derecho, con lo que «quien es capaz de imponer el Derecho, prueba con ello que está llamado a establecer el Derecho». De esta manera, el relativismo conduce —indefectiblemente— a la entrega del Derecho al poder, con los riesgos que tal situación comporta no sólo para la democracia, sino para la misma seguridad de la convivencia social, y para el respeto de los derechos humanos.

Tras relatar, con toda objetividad lo anterior, Hans Welzel ¹⁴, formula una severa crítica a tan extremoso relativismo señalando: que del mismo modo que el relativismo se anula si se aplica a sí mismo, la democracia se anula, si se relativiza entendiéndose a sí misma como tolerancia de *todo* punto de vista; es decir, si se muestra dispuesta a «entregar la dirección del Estado a *toda* concepción política capaz de alcanzar una mayoría». El gran penalista teutón estaría pensando en el trágico error de su propia patria al permitir llegar al poder —por la vía democrática— a los sanguinarios asesinos nazis al mando del patético Hitler.

Continuando por decir que: así como la duda acerca de si una proposición es verdadera no puede ni debe llevar nunca a cuestionar la verdad misma, ya que ésta es la presuposición para formular en absoluto una proposición como algo dotado de sentido, del propio modo, la duda acerca de si una estructura social es o no justa no puede ni debe llevar nunca a poner en duda la justicia misma, ya que ésta es la precondition necesaria para poder ordenar con sentido la vida social.

¹⁴ Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. González Vicen, 2a. ed., 3a. reimpresión, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, pp. 196, 265.

Cuando el relativismo es llevado a estos extremos, lo que se hace es entregar a la decisión del poder la polémica espiritual en torno a la verdad y a la justicia.

Sin duda la posición de Welzel, ante el Derecho, está imbuida de un aspecto valorativo con fuertes reminiscencias kantianas que, a su vez, reflejan un parentesco evidente con las tesis de Juan Jacobo Rousseau. Trataremos de aclarar esto brevemente, teniendo en cuenta la índole del presente trabajo. Evidentemente Rousseau ¹⁵, no puede ser encasillado en la mera continuación del jusnaturalismo iluminista, ya que no obstante representar el decantamiento y la afinación de muchos de sus puntos, y la superación de muchos de sus errores, también supone la aportación de muchas novedades radicales.

El contrato social, en realidad, es una idea regulativa de la razón para juzgar sobre la justicia o la injusticia de un régimen jurídico. Rousseau, en su famosísima obra, no se cuestiona el proceso histórico del surgimiento del Estado, sino más bien las razones que podrían justificar las normas e instituciones de un orden jurídico, las cuales implican restricciones de la libertad y desigualdades civiles.

A este planteamiento ¹⁶, le aplica el siguiente criterio resolutivo: el orden jurídico positivo debe ser de tal modo que los derechos naturales del hombre, o sea los derechos establecidos por la razón como esenciales al ser humano, sean conservados en la organización social. Para ello, el orden estatal jurídico debe estar constituido de tal manera que pueda ser concebido como si se hubiese producido mediante un contrato de aseguramiento de la libertad de todos, mediante el poder de todos reunidos.

¹⁵ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969, *passim*.

¹⁶ Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 9a. ed., México, Porrúa, 1986, pp. 435-439.

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

La «voluntad general» no es ningún hecho empírico de voluntad, no es una voluntad real, sino que es la expresión de la síntesis organizada de todas las libertades de todos; es el principio de la coexistencia armónica de las libertades de todos según principios racionales. El respeto de las libertades ajenas comporta la salvaguarda de la propia libertad, ya que racionalmente una misma ley debe aplicarse a todos. Se trata del principio de reciprocidad.

La totalidad o cuerpo político no es una realidad empírica. Las ideas del ciudadano, como ente puramente racional, y de la voluntad general supusieron —seguramente— fuentes inspiradoras para la Filosofía moral kantiana. La libertad civil es la expresión de la ley nacional aplicada al campo de la sociedad política. La idea de la voluntad general no pone de manifiesto *lo que es* sino de *lo que debe ser*: es la voluntad racional, la voluntad dirigida por principios racionales, que son principios generales. No es la voluntad que responde a apetitos personales, a impulsos específicos, a intereses concretos, sino que refleja lo que es común a todos; ahora bien lo que es común a todos es precisamente lo racional, los principios racionales. Por consiguiente, la voluntad general o voluntad racional es la que sirve al bien común.

Pero el bien común debe ser entendido como los intereses que son *necesariamente* comunes a todos, a todos sin excepción, con independencia de los que —en cada momento determinado— pueda pensar cada sujeto:

«... los intereses que son objetiva y necesariamente comunes a todos los hombres, a saber: razones por las cuales han formado la sociedad política, o diciéndolo con más rigor, las razones por las cuales la sociedad política se justifica».

En estas condiciones, «la voluntad general es siempre justa y tiene siempre a la utilidad pública». Ello es así, porque la voluntad general constituye la *idea racional* en la que la sociedad política debe inspirarse, es decir, la idea que es la base y la esencia del contrato social. No obstante, la *voluntad general*, en tanto que idea

racional de la síntesis de las libertades de todos, nunca debe ser confundida con el hecho empírico del resultado —en las deliberaciones del pueblo— de las voluntades reales de los hombres.

A estos efectos, Rousseau señala que «a menudo hay gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general», ya que la voluntad general «no atiende sino al interés común». Por el contrario, «la voluntad de todos atiende al interés privado y no es nada más que una suma de las voluntades particulares». Así pues, la voluntad general constituye la razón misma aplicada a la obtención del bien común, en otras palabras, a la consecución del fin esencial del contrato social.

De cualquier manera, el famoso jusfilósofo ginebrino ¹⁷, señala que, aunque es posible que la voluntad mayoritaria, e inclusive la voluntad de todos, cometa errores en algunas ocasiones, ocurre, sin embargo, que prácticamente la voluntad de todos puede y hasta suele ser una herramienta útil para aproximarse, en cada caso, a la voluntad general. El hecho de que esto suceda así es porque, ordinariamente, las particularidades o singularidades divergentes de la voluntad de cada individuo, divergentes de la voluntad general, se nulifican, compensan o equilibran con las particularidades de la voluntad de los demás individuos, de modo que, en el resultado final, es probable que prevalezca lo que sea común a todos, lo que ha de ser algo que esté próximo a la idea de la voluntad general.

En esta tesitura, Rousseau ¹⁸, elabora la continuación de la teoría jusnaturalista liberal, pero —simultáneamente— ofrece la superación de la rígida tendencia racionalista de un Derecho natural como código de razón válido para todos los tiempos y lugares, sustituyéndola por una doctrina de criterio acusadamente formalista.

¹⁷ Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, Madrid, Ed. Tecnos, 1987, *passim*.

¹⁸ Rousseau, Juan Jacobo, *Las confesiones*, Madrid, Espasa-Calpe, 1979, *passim*.

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

Las posibilidades de articulación de un orden jurídico positivo son múltiples y variadas en su formulación justa; empero, para que sea justo, deberá ser de tal forma que pueda ser pensado como si se basara en un contrato social proclamador y salvaguardador de la libertad, en otros términos, pensado como un conjunto de consecuencias racionales de un consenso, referidas a unas circunstancias concretas.

Sin olvidar que el genial ginebrino sitúa su pensamiento, con gran agudeza y visión, en el mismo meollo de la historicidad en cuanto dimensión esencial del hombre, al calificar a éste como un sujeto que al estar facultado para entender a sus semejante, aprende de ellos y — además — es progresivo.

El pensamiento de Rousseau, señala muy acertadamente el Maestro Recasens Siches ¹⁹, tuvo una influencia muy profunda sobre la filosofía ética de Kant, fundamentalmente sobre sus doctrinas jurídicas y políticas.

Tomando el imperativo categórico kantiano «obra de tal manera, que la máxima de tu conducta pueda servir de ley universal para todo ser de razón», e indagando sobre sus consecuencias prácticas, es fácil colegir que se limita a indicar un mínimo de conducta, con matiz predominantemente negativo, es decir, lo que nos está prohibido a todos, robar, matar, etc. Pero esta enunciación del imperativo categórico de Kant viene a constituir una aplicación al campo de la moral, hablando estrictamente, de la idea de la «voluntad general» roussoniana, construida por el ginebrino para el campo de la filosofía política.

Se produce una notable coincidencia entre la idea de la *voluntad general* de Rousseau, en la parcela jurídico-política, y la idea de la *voluntad pura* de Kant en el ámbito moral ²⁰. Si observamos

¹⁹ Recasens Siches, Luis, *op. cit.*, pp. 438-439.

²⁰ Kant, Manuel, *Introducción a la teoría del Derecho*, trad. de González Vicen, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, *passim*.

detenidamente el contenido de la fórmula del imperativo categórico kantiano, hemos de reconocer que se encuentra inspirada en la *idea de la universalidad*, que es la directriz de la famosa voluntad general del autor de «El contrato social» en cuanto requiere obrar «de tal manera que la máxima de tus actos pueda valer como ley universal para todo ser de razón». Por consiguiente, la ética kantiana es formalista, porque no proporciona preceptos de contenido, sino únicamente un laxo criterio universal.

III. EL NEOKANTISMO DE HANS WELZEL

Cuando, en páginas anteriores, hemos referido la definición kantiana del Derecho como «el conjunto de las condiciones por virtud de las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según la ley universal de libertad», indudablemente se hacía patente en el pensamiento jurídico kantiano la latencia roussoniana, en este aspecto, del pensamiento del gran Maestro germano. En esencia, el pensamiento del Maestro de Koenigsberg reproduce en buena medida la teoría del contrato social de Rousseau, proporcionando a ésta una expresión filosófica de mayor rigor, como idea normativa de la razón.

Podemos decir, entonces, que el formalismo kantiano, en este terreno jurídico, al igual que el de Rousseau, permite la estructuración lógica de las variedades y de los cambios históricos con las exigencias de la razón, pues éstas quedan reducidas a criterios meramente formales, ordenadores, armonizadores de las variadas materias sociales. No obstante ²¹, el filósofo prusiano desarrolló, en distintos puntos, ciertas teorías de Derecho racional con contenido, en otras palabras, Kant se distanció de aquella orientación puramente formalista, y

²¹ Kant, Manuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, ya citado, pp. 34-35.

nuevamente se aproximó a la operatividad de la Escuela Clásica del Derecho Natural ²².

Es precisamente aquí donde parece producirse un notable acercamiento entre Welzel y el pensamiento kantiano, a través del formalismo metódico de Stammler, cuando éste se dio a la tarea de intentar restaurar la Filosofía del Derecho, que —de alguna manera— había sido afectada considerablemente por las posturas más extremas, y o diría que *quasi* tiránicas, del positivismo y del naturalismo.

En esta situación, Stammler se encuentra con que, antes de estas rigurosidades extremistas, se enfrentaban dos posiciones doctrinales: por una parte, las distintas manifestaciones racionalistas (todas ellas negando beligerancia a la historia), representadas por el Derecho natural de Iluminismo; y, por la otra, el historicismo romántico, el historicismo hegeliano y el naturalismo, todos los cuales, aunque sensiblemente distintos entre sí, tenían el elemento común de rechazar como no factible, o por lo menos inútil, toda estimativa ideal o racional, sin que ninguna de estas posiciones pudieran aportar soluciones aceptables.

La consecuencia fue clara: así como el neokantismo de la Escuela de Marburgo (bien representado en el campo de la filosofía general por Chohen y Natorp), llenó plenamente su papel histórico de emprender un combate tenaz contra el positivismo, Stammler, por su parte, consiguió lo mismo en relación con la Teoría del Derecho desde la perspectiva empirista y se erigió en el iniciador de la restauración de la problemática.

Se trataba de conseguir un concepto universal de lo jurídico, que cobijara *todas y cada una* de las manifestaciones del Derecho, sin que

²² Kant, Manuel, *Introducción a la teoría del Derecho*, ya citado, *passim*.

ninguna quedara al margen. La tarea no era fácil, por ello Stammler²³, rechazó que el concepto del Derecho podía elaborarse a partir de la mera experiencia mediante el examen de la mayor cantidad posible de fenómenos jurídicos, induciendo de ellos lo «común de lo diverso» aristotélico. El procedimiento era imposible, porque la experiencia jurídica sólo es tal (por lo menos así era entendido por los participantes de esta visión), conforme al concepto de Derecho que la determina.

En el orden objetivo de la construcción científica (al menos en su dimensión dogmática), hay que señalar que la observación y el estudio del Derecho concreto, suponen, previamente, un concepto de lo jurídico. En otras palabras, para catalogar bien los fenómenos jurídicos hay que saber, con la mayor claridad posible, qué es el Derecho, porque, de lo contrario, ¿cómo podrán llamarse jurídicos a estos fenómenos?

El Derecho no es más que una *forma lógica especial*: un pensamiento unitario que —en contacto con la realidad— determina su ámbito de acción y sus casos particulares. De aquí que el método para dejar claro el concepto del Derecho, no pueda ser otro que el de la *reflexión crítica* sobre la forma en que nuestra vida mental puede ser considerada y dividida.

Para todo cuanto se ofrece a nuestra mente hay una clasificación bidimensional absoluta. Todas las modificaciones, que se nos ofrecen en el mundo, o por mejor decirlo en la conciencia, pueden ser divididas en dos grupos: *percepción* y *voluntad*. Sin embargo, mejor que avizorar divisiones y grupos, sería hablar de dos modos distintos en la concepción de todo cuanto existe y se aparece a nuestra conciencia, ya que un mismo objeto es susceptible de ser colocado bajo estas dos perspectivas.

²³ Stammler, Rudolf, «Sobre el método de la Escuela Histórica, del Derecho», trad. de A. Posadas, en *Documentos para el estudio de la Escuela Histórica*, Madrid, Ed. Victoriano Suárez, s/f, *passim*.

Un mismo objeto puede ser concebido bajo la forma de la *ley de causalidad*, de manera tal que el presente siempre aparece determinado por el pretérito, y —en estas circunstancias— nos encontramos en el reino de la percepción. Pero también, podemos captarlo de forma que el presente aparezca determinado por el porvenir, como un medio para alcanzar algo que se quiere que suceda, es decir, un fin; y —entonces— nos encontramos en el reino del querer, de la *teología* y del *finalismo*. En definitiva, no hay otra forma de conocimiento de los objetos, ya que o los percibimos como efectos de causas anteriores en el tiempo, o los entendemos como medios para la obtención de un fin ubicado en el futuro.

Sin duda estamos en una concepción jurídica cercanísima a la que permitió al genio de Welzel desarrollar su teoría de la acción finalista. A nuestro parecer, la distinción es clara, clarísima, de las que no dejan lugar a dudas. No obstante, la utilización de ciertos modismos terminológicos puede prestarse al equívoco. Esto es exactamente lo que ocurre cuando utilizamos la expresión *¿por qué?* El porqué tiene una significación bivalente, ya que puede referirse tanto a la *causa*, como al *fin*.

El Maestro Recasens²⁴, aclara la cuestión, que acabamos de plantear, en los siguientes términos: el alcance de la doble significación del por qué se ve muy claro, al propio tiempo que se determina la necesidad de precisar siempre, el sentido del cuestionamiento, recordando las situaciones jocosas que se originan cuando la respuesta queda situada en un plano distinto de la interrogante. Así, cuando nos preguntamos, *¿por qué es ahorcado el asaltante?*

Si respondemos que ocurre esto porque la cuerda es demasiado corta. O *¿por qué se enciende un fósforo?* (causa física). Si respondemos porque queríamos luz. En el primer supuesto, estábamos preguntándonos

²⁴ Recasens Siches, Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, vol. México, Porrúa, 1963, pp. 52-53.

por el *fin* y nos explicaron la *causa*; en el segundo, pretendíamos saber ésta (*la causa*) nos contestaron con aquél (*el fin*).

Resulta claro que el medio actúa siempre como *causa* según la *ley de la causalidad*, pero es una *causa elegida* entre otras, *para conseguir* algo que ha sido también elegido entre otros «algos» como *fin*. Aquí reside la característica de la *consideración teleológica*. En cambio, en la Naturaleza no se produce nunca la elección. El *fin* es un objeto a realizar, a producir; el medio es la *causa* a elegir para conseguirlo. La dirección o el tipo, conforme al cual se ordena la conciencia cuando plantea *fin*es y elige medios (*causas*) recibe la denominación del *querer*.

Conviene precisar que Stammler²⁵, entiende por *querer* (*Wollen*), o en otras palabras por propósito, la ordenación de la conciencia conforme a lo fines y a los medios, ya que el vocablo *querer* no tiene, en la concepción jurídica stammleriana, ninguna significación psicológica. El *querer* (*Wollen*) no implica ningún proceso psíquico de voluntad, ningún acto concreto de decisión volitiva, ni tampoco el propio concepto de este fenómeno espiritual.

El *querer* (*Wollen*) supone para el autor citado una simple estructura lógica, o dicho en otros términos, gnoseológica, apartada de toda relación con la vida psíquica real. Constituye una construcción conceptual típica referida a las nociones primarias de fin y de medio; en definitiva, se trata del propósito, de la teleología. Es solamente un método de ordenación. De la misma forma que es independiente de la ley de la causalidad, o de la categoría de causa, el acto de conocimiento, que sobre la misma haya tenido o tenga cualquiera que piense sobre ellas, así también el *querer* es una estructura, una ordenación lógica, totalmente independiente de cualquier acto volitivo específico de una psique real.

²⁵ Stammler, Rudolf, *Economía y Derecho*, Madrid, Ed. Reus, 1929, *passim*.

El *querer* (*Wollen*) no es sino un modo final, teleológico, de concebir determinados datos de conciencia. Se trata de *planteamientos de fines y elección de medios*. Sin forzar las cosas, estamos cerca, muy cerca de esa triple dimensión del finalismo penal de Welzel de:

1. Fijación de los objetivos.
2. Elección de los medios para conseguirlos.
3. Aparición de las consecuencias secundarias.

Naturalmente todo esto en un plano filosófico que, en nuestra particular opinión, va a servir de base a la posterior formulación jurídico penal.

Basta recordar también la luminosa aportación del Maestro Zaffaroni ²⁶, cuando, al tratar del dolo, habla del «acto de acción» y del «acto del pensamiento», señalando que sólo analíticamente cabría separarlos, ya que la conducta humana constituye una unidad que es inescindible. Por consiguiente, nos encontramos con un *querer*, que no es sino una estructura conceptual presidida por las nociones de fin y de medio, es decir, *ordenada teleológicamente*.

Para terminar este apartado hay que señalar (como una víspera alborozada del finalismo welzeliano), que para Bréhier ²⁷, la Escuela de Marburgo considera la noción de dato puro como ilegítima, ya que como señala Liebert (*El problema de la validez*, 1906), la Filosofía más que buscar el ser, lo que pretende es desentrañar su valor y ese valor consiste en no admitir ningún planteamiento del ser que no se realice dentro de un orden sistemático, como integrante de una serie.

²⁶ Zaffaroni, E. R., *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 258-259.

²⁷ Bréhier, Emile, *Historia de la Filosofía*, T. II, trad. Pérez Millán y Morán, Madrid, Ed. Tecnos, 1988, p. 608.

No obstante, la visión socio-jurídica stammleriana estima que el concepto de derecho debe desempeñar en la sociedad un papel semejante al de los conceptos que, en el mundo físico, integran todos los hechos en un sistema; el Derecho es como la forma o la norma que regula todas las relaciones sociales y tiende hacia un estado ideal en el que cada uno haga suyos los fines de los demás, siempre que estén objetivamente justificados ²⁸.

IV. LA APARICIÓN DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

Sin duda, Hans Welzel es un jusfilósofo que, lejos de adscribir totalmente a una postura o doctrina filosófica, se proyecta —con ribetes de gran originalidad— en una concepción propia, que al desarrollarse en la famosa teoría de la acción finalista produce un cambio de rumbo en el Derecho Penal.

Hay quienes opinan que Welzel es factible de ser ubicado en las corrientes metodológicas del neokantismo de la Escuela de Marburgo, otros —los menos— opinan que tampoco es ajeno a ciertas influencias, aunque sea a través de la crítica, de la Escuela neokantiana sur-occidental, o también Escuela de Baden, que tomó de Kant el concepto de realidad como resultado de las síntesis categorial de las percepciones sensoriales; la realidad entendida de esta forma, es para Kant la única. Aunque esta realidad pueda ser considerada desde dos perspectivas distintas, según que se atienda a lo general y uniforme, o a lo especial e individual.

En el *primer caso*, la realidad es considerada como *naturaleza*. En el *segundo supuesto*, la realidad es entendida como *cultura*, conforme

²⁸ Stammler, Rudolf, *La Esencia del Derecho y de la Ciencia del Derecho*, trad. Garzón Valdés, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1958, *passim*.

a la concepción de Rickert ²⁹. No obstante, el destacar lo especial y lo individual demanda un *principio selectivo*, que se obtiene con la *referencia de la realidad a valores absolutos*, que tienen un valor más allá de la realidad independiente de ella. Los valores no inciden en la realidad, sino que se encuentran adheridos a ella, de forma tal que una determinada realidad significa un valor determinado, constituyendo —de tal modo— el soporte de un *sentido* y apareciendo —con ello— referida a un valor. En estas condiciones, la ciencia cultural es consideración de la realidad con referencia a valores.

Por consiguiente, la ciencia cultural ha de habérselas con la realidad, pero con la realidad en cuanto referida a valores. En cambio, los valores —como tales— son objeto del conocimiento filosófico. A través de esta concepción de la noción de valor, la Escuela Sur —occidental— alemana evadió la problemática estrictamente gnoseológica, rasgo propio de la Escuela de Marburgo, iniciando el camino hacia una nueva filosofía de la cultura y, también, hacia una nueva metafísica.

La concepción welzeliana de la acción finalista, a mi juicio, participa del sedimento filosófico de ambas escuelas, aunque —más acusadamente— quizás de la Escuela de Marburgo. La noción de la acción finalista pone en movimiento, en movimiento jurídico-penal claro está, todo este complejo bagaje filosófico, del que tampoco son ajenas algunas dosis de la noción weberiana de los hechos o actos sociales y hasta de la fenomenología jurídica material.

El Profesor Adolf Reinach ³⁰, discípulo de Gerhart Husserl, publicó al comienzo de la segunda década de nuestro siglo [XX], una obra bajo la rúbrica de *Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil*, que supuso un intento exitoso de aplicación de la

²⁹ Rickert, Heinrich, *Ciencia Natural y Ciencia Cultural*, Madrid, Ed. Calpe, 1922, *passim*.

³⁰ Reinach, Adolf, *Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil*, trad. Álvarez, Barcelona, Ed. Bosch, 1934, *passim*.

filosofía fenomenológica a la parcela jurídica. La investigación de Reinach no pretendió ser ni una afirmación apriorística de algún precepto jurídico, ni un sistema de Derecho Natural, ni un criterio normativo para la evaluación crítica del Derecho positivo, ni la noción de factores causales de las reglas positivas, ni siquiera una teoría general del Derecho, entendida como una sistemática de los conceptos integrantes toda ciencia jurídica, cuyos efectos fueran comunes a todos los regímenes en todas las épocas.

Los productos conceptuales, señala Reinach ³¹, designados como jurídicos poseen un ser objetivo ni más ni menos que los números, las casas, los árboles, etc., y dicha sustancialidad es independiente de que sean o no concebidos por los hombres, e independiente —por consiguiente— de todo Derecho y anterior a él. No obstante, en relación con estas formaciones conceptuales de tipo jurídico, son válidas proposiciones *a priori*, entendiéndose por *a priori* toda forma de ser que en el *sentido dado* (contemplado por la mente), resulta general y necesario.

Hay que aclarar que estas proposiciones *a priori* —en relación con Derecho— pueden, sin mayores obstáculos, no ser realizadas en el Derecho positivo, y que mucho menos establecen el ideal de justicia. Se trata de simples *conexiones de sentidos o significados*, a las cuales corresponde carácter universal y necesario, independientemente de que el legislador la traduzca en sus normas, o de que puedan constituir un bien o un mal desde la parcela ética.

Las mencionadas proposiciones tienen una validez absoluta, independiente por completo de las mentes que las piensan y de su concreta realización en el Derecho positivo. Éste puede acogerlas dentro de él, así como también ignorarlas, o inclusive entrar en contradicción con ellas, pero siempre quedan inafectadas en su esencia. Son leyes

³¹ Reinach, Adolf, *ibídem*.

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

a priori de índole sintética. Junto a la ciencia natural pura, también hay una *doctrina jurídica pura*, que, como aquella, sirve de fundamento a otras disciplinas científicas.

Ahora bien, las proposiciones de esa *doctrina jurídica pura* no son aceptadas por las disciplinas jurídicas empíricas íntegramente, como ocurre con las de la matemática respecto de las ciencias sobre ella basadas. Las proposiciones de la doctrina jurídica pura sólo modificadas y reformadas entran en el ámbito de la Ciencia jurídica positiva.

Reinach llega a afirmar que todas las parcelas del Derecho (privado, político, administrativo, penal, etc.), admiten y necesitan un fundamentación fenomenológica, aunque la obra del Profesor alemán, que hemos utilizado como base de este razonamiento, se refiere más específicamente, aunque no exclusivamente, al ámbito del Derecho Civil. Cuando Welzel construye su doctrina penal en torno al concepto de acción como una actividad humana llena plenamente de sentido y dirigida a un fin, nosotros entendemos que está utilizando una buena parte, o al menos un parte, de ese fundamento filosófico que acabamos de exponer brevísimamente.

No se trata de creer que la teoría de la acción finalista se alinea con unas u otras de las posturas filosóficas expuestas, pretendemos más bien destacar el fundamento filosófico de la misma. Podrá argumentarse, y se hará bien, que la *ética material de los valores*, creada por Max Scheler³² y desarrollada por Nicolai Hartmann³³, era el conducto más adecuado para llegar a principios jurídicos materiales que no se redujeran a un contenido trivial.

En el fondo, la posición de la ética de los valores de Scheler y Hartmann tiene su causa más profunda en la llamada ética *material*

³² Scheler, Max, *Der Formalismus in der Ethik*, 2ª. ed., Berlín, Ed. Halle, 1922.

³³ Hartmann, Nicolai, *Ethik*, 4a. ed., Berlín, De Gruyter, 1962.

de los valores, y en la relatividad de dicha postura, que en buena parte tiene su origen en Kant y en su denominada ética material de los valores ³⁴.

Por último, también hay una relación entre el fundamento del pensamiento de Welzel y la metodología sobre el análisis de la interpretación del sentido de los hechos humanos sociales del gran Max Weber ³⁵. El sociólogo alemán alude a que el objeto de la sociología es el entendimiento del *obrar social*, interpretando su sentido y, a través de ello, explicando lógicamente su desarrollo y sus efectos. Weber entiende que el sujeto agente del obrar social proporciona a éste un sentido, consistente en tomar en consideración las conductas de otras personas.

De lo anterior se deduce que lo relevante es el *sentido*, que anima a la conducta, y que ha sido realmente pensado por el autor de ésta. No resulta aventurado considerar la relación que existe entre este *sentido*, dado por su agente a la conducta humana, y esa *finalidad* última proporcionada a la acción por el sujeto activo de una conducta penal, aunque esto sea sólo una referencia y no el desarrollo en profundidad del tema.

Hans Welzel ³⁶, en su famosa teoría de la acción finalista señala que misión principal del Derecho Penal no era, como se había creído en las teorías anteriores, de índole preventiva, sino ético-social. Entendía el ilustre penalista teutón que más esencial que el amparo de los bienes jurídicos particulares concretos, es la misión de asegurar en los ciudadanos permanente acatamiento legal ante los bienes jurídi-

³⁴ Kant, Manuel, *Crítica de la Razón Pura*, trad. García Morente y Fernández Núñez, México, Porrúa, 1987, pp. 101, 102 y ss.

³⁵ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, trad. Medina Echevarría y otros, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 5-45.

³⁶ Welzel, Hans, *La Teoría de la Acción Finalista*, trad. Fontán Balestra y Friker, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1951, pp. 12 y ss.

cos. En otras palabras, la fidelidad frente al Estado y el respeto de la persona, que implica el de vida ajena, la salud, la libertad, la dignidad, etc.

Estos *valores del sentir* son el verdadero fundamento sobre el cual se erigen el Estado y la Sociedad. El mero amparo de los bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial-preventivo, en tanto que la misión sustancial del Derecho Penal es de naturaleza positiva ético-social, es decir, se trata de asegurar el cumplimiento de un *recto obrar social*, lo que enlaza directamente con la cuestión de la *ética jurídica material* y de ahí las concepciones más modernas del Derecho natural.

En esta función ético-social reside la misión más trascendente del Derecho Penal, por eso debe expresar, de manera precisa y concreta, esta función en su estructura. Ha de hacer lo más clara posible esta funcionalidad frente a las medidas con objetivos puramente preventivos. En otras palabras, la pena debe aplicarse solamente contra acciones reprobables desde el ángulo ético-social y no abusando de ella para la consecución de fines políticos, aunque estos fines pudieran incluso ser de política criminal.

El auténtico y único presupuesto de la pena debe ser la culpabilidad, cuanto reproche social, y no la peligrosidad del autor, éticamente neutral. Fiel a su fundamento filosófico, Hans Welzel entiende que la pena debe ser medida según la magnitud de la culpabilidad, y no una medida finalista preventiva, establecida según la duración de la peligrosidad del autor.

Únicamente donde la función ético-social del Derecho Penal carece de alguna eficacia, se debe recurrir a la función meramente preventiva de precaución; así respecto a las personas que no son capaces de un compromiso ético-social, que dejan de serlo o que no lo son en escala suficiente; en otros términos: en enfermos mentales y en graves criminales habituales. Para el grupo, relativamente pequeño de los criminales habituales —caracterológicamente— la mayoría de las

veces gravemente degenerados y los trastornados mentales peligrosos, deben aplicarse, en lugar de las penas y las medidas preventivas de seguridad, las medidas preventivas de precaución.

Welzel ³⁷, estima que, dentro de este desgraciado grupo humano, las teorías naturalistas utilitarias pudieron tener, si no completamente, en buena parte su razón de ser. Pero el afán represivo desfiguró totalmente la perspectiva, cuando se consideró que el Derecho Penal —por principio— habría de adoptarlo, dada su aplicabilidad, a los criminales habituales, olvidándose la misión ético-social del Derecho Penal, que rige para la gran masa de los ciudadanos, capaces de un compromiso social.

Frente a este desenfoque, nuestra misión hoy es poner nuevamente en el punto central, en el meollo del Derecho Penal, su función ético-social y elaborar sus consecuencias dogmáticas. Únicamente de esta forma cabe incluir —con la racionalidad exigible— en el Derecho Penal todas las exigencias de un «Estado de Derecho». Pues mientras que las medidas preventivas de seguridad indefectiblemente han de operar con el genérico concepto apreciativo de la peligrosidad social, la función ético-social del Derecho penal exige tipos claros bien definidos, con la concreción de los modos socialmente intolerables de acción en una forma *determinada* y no paralizando con su indeterminación, la libertad social del individuo.

En tanto que la duración de las medidas de protección dependen de la incierta duración de la peligrosidad del autor, la pena ha de estar bien especificada mediante la medida de la culpabilidad. Aquí, límites claros y precisos, allá, contornos borrosos e imprecisos. *Dentro de estas tendencias que aspiran a reponer en su lugar la función ético-social del Derecho Penal y a extraer sus consecuencias*

³⁷ Welzel, Hans, *ibídem*.

dogmáticas, debe considerarse la estructuración de la teoría de la acción finalista ³⁸.

La teoría preventiva, para la cual la pena constituía una simple medida de social frente a la amenaza de lesión de bienes jurídicos por parte de personas estimadas como peligrosas, pudo conformarse con considerar al delito solamente como una lesión de los bienes jurídicos, y —de ese modo— ver en la acción únicamente el efecto causal de la voluntad.

Pero si el Derecho Penal tiene una específica función ético-social, y de conformidad con ello se encuentran en primer plano los modos ético-socialmente intolerables de conducta, entonces no basta, estima el gran Welzel, para elaborar el concepto de lo injusto, la situación creada por el resultado, sino que pasa a constituirse en el meollo del interés penal la naturaleza de la acción intolerable ³⁹.

Las reflexiones anteriores, entiende Welzel, han resultado necesarias para situar la teoría de la acción finalista en el sistema al cual pertenece. El propio autor alemán indica que *cuando —en 1928— se le ocurrió por primera vez la idea de la teoría de la acción finalista, lo impulsaron exclusivamente ideas filosóficas, con el propósito de vencer el naturalismo en el Derecho Penal.*

«El verdadero sentido de la teoría de la acción finalista, como debía demostrar todo cuanto antes hemos expuesto, aspira al restablecimiento de la función ético-social del Derecho Penal y a la superación de las tendencias naturalistas-utilitaristas en la Ciencia del Derecho penal», en palabras literales del autor germano.

Y sigue indicando Welzel: con esta caracterización de la esencia de la acción humana, nos incorporamos a una gran tradición filosófica.

³⁸ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grudezügen*, 6a. ed., Berlín, Walter D. Gruyter, 1958, pp. 28, 29 y ss.

³⁹ Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, trad. Bustos Ramírez y Yañez Pérez, 11ª. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 53 y ss.

Desde que Aristóteles mostrara la estructura de la acción, por vez primera a través de la finalidad, esta comprensión se impuso en la Edad Media (sobre todo por la obra de Santo Tomás), y quedó reconocida generalmente hasta Hegel. Solamente a finales del siglo XIX, cuando las ciencias mecánicas naturales invaden el campo del derecho, se trató de hacer también de la acción un proceso causal exterior.

Obviamente no basta, por consiguiente, conocer sólo el viejo adagio «*Omne ens intelligens agit propter finem*», sino que hay que comprender también que él tiene determinadas consecuencias sumamente concretas para la dogmática del Derecho Penal, y añade esto, por desgracia, nos es totalmente sobrentendido. La acción humana es el ejercicio de la actividad final ⁴⁰.

La acción es, por lo tanto, un acontecimiento «finalista» y no solamente «causal». Sobre la base de su conocimiento causal previo, el ser humano está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de forma tal que encauza el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. La actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, señala gráficamente Welzel, la finalidad es «vidente», la causalidad es «ciega».

Como no se trata de exponer la teoría de la acción finalista en su dimensión penal sino del fundamento filosófico del pensamiento welzeliano en relación con dicha teoría, entendemos que aquí sólo cabe añadir ya que las filosofías de Kant, Reinach, Rickert, el neokantismo, la fenomenología, etc., se encuentran latentes en la mismísima base del pensamiento del autor germano, constituyendo una apasionante combinación acreditativa de una inteligencia filosófico-jurídica fuera de lo común.

⁴⁰ Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 53.

V. CONSIDERACIONES FINALES

El finalismo se ha abierto paso en el campo del Derecho Penal, sigue siendo aún una doctrina sumamente discutida, pero precisamente esa discusión es acreditativa del alto valor atribuido a la misma. El Derecho Penal era uno antes de la aparición de Hans Welzel y es otro después de la formulación finalista del gran Maestro.

Tal vez lo que mejor puede indicarnos la solidez jurídico-filosófica de la teoría de la acción finalista es que generó seguidores de tan alta alcurnia como Niese, Busch, Armin Kaufmann, Stratenwerth, Maurach y un larguísimo y brillantísimo etcétera, no únicamente en su país, sino también en otras naciones y en nuestra Latinoamérica, contándose entre sus precursores Von Weber, Graf Zu Dohna (Bonn) y Helmut Mayer (Kiel) desde luego el pensamiento filosófico al que ya hemos aludido en otros apartados de este trabajo.

Welzel formula su teoría en base a su pensamiento jusfilosófico que, en esencia, constituye un *ontologismo eticista*, que hunde sus raíces en el concepto de la *ética jurídica material*. Nada más, pero también nada menos.

En realidad, puede decirse que una buena parte de los autores considera que la base de la teoría finalista de la acción penal tiene su fundamento, o al menos una relación muy estrecha, con el sistema filosófico de Nicolai Hartmann. Sin desmerecer, en absoluto, la categoría filosófica de Nicolai Hartmann, el propio Welzel aclara la situación.

Fue Engisch quien —en el año 1944— señaló a Hartmann *en una relación de garante* con Welzel. En este sentido, Hall también se refirió a Hartmann como el Maestro filosófico de los finalistas. Además, Würtenberger estima que el sistema finalista constituye una *aceptación acrítica* de las doctrinas de Hartmann. Por su parte, Klug entiende constitutiva de una *tesis clásica del finalismo*, que la inclusión del dolo en el tipo tiene su origen en la ontología de Hartmann.

Finalmente, Welzel⁴¹, señala que Oehler entiende la separación del dolo y la culpabilidad, como una lógica resultancia de la admisión welzeliana de la doctrina de los valores de Hartmann. En esta tesitura, el propio creador del finalismo señala que —durante cierto tiempo— guardó silencio ante las referencias al origen de su teoría finalista, apoyándose en que, en la ciencia, tiene importancia solamente el contenido de verdad de una afirmación y no la causación de la misma.

Welzel deja claro que —en efecto— no habría ningún motivo avergonzarse de que el origen de su doctrina se encontrara en la filosofía de Nicolai Hartmann, cuando ello fuera cierto, pero no lo es. Para el Profesor alemán las inducciones, en relación con la formulación de la doctrina de la acción finalista, no se encuentran en Hartmann, sino en la Psicología del Pensamiento, y la primera de ellas, precisamente, en el texto *Fundamento la Psicología del Pensamiento (Grundlagen der Denkpsychologie)*, del filósofo Richard Hönlswald.

Otros antecedentes proceden de los trabajos de los psicólogos Karl Bühler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P. F. Linke y Alexander Pfänder, entre otros autores. El conjunto de estos trabajos, que se publicaron en la década de 1920 a 1930, dieron lugar a la ruptura con la antigua psicología mecanicista, de elementos y asociaciones, y pusieron de manifiesto una forma de ejecución de los actos anímicos que no era causal-mecánica.

Welzel indica:

«En mi primer artículo llamé a esta forma de realización *intencional de sentido* y la seguí desde la *acción interna*, de los *actos del pensamiento*, en los

⁴¹ Welzel, Hans, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1964, específicamente en el «Prólogo del autor a la edición española».

EL FUNDAMENTO FILOSÓFICO DEL PENSAMIENTO
DE HANS WELZEL Y SU TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

que había sido manifestada por los trabajos de aquellos autores, hasta los *actos voluntarios y la realización de la voluntad*, es decir, hasta la *acción externa*»⁴².

Por consiguiente, estima Welzel, hasta aquí ninguna influencia de Hartmann. Éste era considerado un neokantiano evolucionando, bajo la influencia de la fenomenología, hacia un realismo crítico. No obstante, su análisis, sumamente claro, de la estructuración de la acción en la *Ética* y en su *Problema del Ser Espiritual*, me inclinó a reformular mi pensamiento en mi libro *Naturalismo y Filosofía de los Valores en el Derecho Penal* (1935) y a utilizar el término de *finalidad*, en vez de *intencionalidad*. Al propio tiempo, señalé —sin la menor duda— que la ley estructural de la «intencionalidad de sentido» seguía siendo la base esencial de la «finalidad».

⁴² Welzel, Hans, *op. cit.*, Prólogo a la Cuarta Edición.