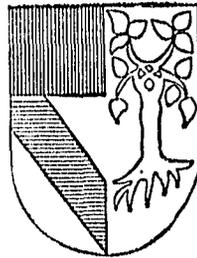


3089.09

40

24



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

EL FUNDAMENTO FILOSOFICO
EN LA CONCEPCION
JURIDICO-PENAL DE HANS WELZEL

TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

SERGIO RAMON URIBE MORALES

DIRECTOR DE TESIS: DR. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO

MEXICO, D. F.

1096

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Con mi más profundo amor
a mi madre, Norma Morales Azpiroz,
ejemplo cotidiano de finura y
cortesía, de fortaleza y entrega a
toda prueba que se traduce en una
palabra: categoría humana*

*A mi abuela
Eva María Azpiroz Huidobro*

*In memoriam
a mi padre,
don Mauricio Uribe Santos*

*A mi abuelo,
don Ramón Morales y Morales*

AGRADECIMIENTOS

El doctor don Rafael Márquez Piñero es el inspirador de este trabajo de investigación. La admiración y el estudio de la obra de Welzel es perfectamente explicable en el maestro hispalense para quienes tenemos la fortuna de experimentar con frecuencia su sensibilidad, especialmente hacia los problemas sociales. La preocupación por estos temas no se queda estéril en la interioridad de quien la siente, sino que es compromiso manifiesto en sus escritos y en su cátedra. Agradezco muy sinceramente a mi maestro sus orientaciones, el haberme permitido tener acceso a su biblioteca, a sus escritos inéditos y, finalmente, su influencia e interés en mi formación humana y jurídica. Esta gratitud la hago extensiva a la familia Márquez Garela, por su acogida y amistad.

Igualmente, al maestro don Demetrio Romano Romano, F. S. C., quien supo inculcarme el "amor a la sabiduría" y cuyas insuperables lecciones en el Bachillerato me permiten hoy emprender consideraciones filosóficas en torno al fenómeno jurídico. A la licenciada Mariatalda Caso del Gállego, quien generosamente cedió muchas horas de su tiempo ayudándome con el alemán y la computadora. Su buen gusto y sus conocimientos se reflejan en la calidad de esta edición.

A todos aquellos amigos y maestros que me estimularon y me enriquecieron con su caudal de experiencias en la realización de este trabajo.

ÍNDICE

Introducción	9
Capítulo I. Ubicación del pensamiento welzeliano	
1. Derecho y filosofía	13
2. Definición y contenido de la filosofía jurídica	20
3. Welzel en el panorama jusfilosófico contemporáneo	25
Capítulo II. Filosofía del derecho en Hans Welzel	
1. Jurnaturalismo y juspositivismo	41
2. Jurnaturalismo, juspositivismo y concepto de derecho en Welzel	57
3. Antecedentes filosóficos en el pensamiento de Hans Welzel	81
Capítulo III. Derecho penal en Hans Welzel	
1. La función ético-social del derecho penal	101
2. El planteamiento de la teoría de la acción finalista	106
3. Dimensión de la teoría de la acción finalista	114
Conclusiones	131
Bibliografía	135

INTRODUCCIÓN

La obra de Hans Welzel, no obstante su importancia y su influencia en los ordenamientos penales, es poco difundida y todavía menos profundizada por el alumno promedio de la licenciatura en Derecho en México. El trabajo de investigación que hoy pongo a la consideración de los lectores, constituye una síntesis del pensamiento del jusfilósofo y juspenalista alemán, pero con la advertencia de que mi interés central consiste en ofrecer mi versión de los antecedentes filosóficos en la doctrina welzeliana. Para este fin expongo una panorámica de las ideas fundamentales a nivel de síntesis, sin ahondar en aspectos que deben reservarse a los especialistas y que rebasan mi conocimiento en la materia.

Mi trabajo queda, pues, delimitado por lo dicho anteriormente, pero también por lo difícil que es el acceso a la información del tópico que ocupa estas páginas. Los escritos del profesor de Bonn traducidos al español son escasos en las bibliotecas públicas y mi conocimiento, también escaso, del alemán, me ha hecho circunscribirme a una parte reducida de las fuentes, más fáciles de hallar en los acervos privados de los bibliófilos, aunque no por reducida poco significativa, sobre todo, habiéndose destacado el modesto alcance de esta investigación.

El espacio tocante a los antecedentes de pensamiento, núcleo de mi estudio, es el más extenso, aún a riesgo de sacrificar cierta proporción en los capítulos. He optado por dejarlo así dejando libertad al pensamiento. También, en el apartado aludido, la disposición es poco usual, pero establecida así con deliberación plena y con una finalidad didáctica, por así decirlo: la de permitir al lector ajeno al tema tener una introducción necesaria para, posteriormente, con un conocimiento suficiente hacerle accesible la comprensión de lo que es, en mi opinión, el sustento de una genial elaboración intelectual desde el punto de vista filosófico y jurídico.

El profesor Hans Welzel nació en Artem (Turingia) el 25 de marzo de 1904. Estudió filosofía y jurisprudencia en las Universidades de Heidelberg y Jena bajo la dirección de los neokantianos Bruno Bauch y Heinrich Rickert. En 1928 presentó en Jena su tesis doctoral sobre la teoría jusnaturalista de Samuel Pufendorf y en 1935 obtuvo, en la Universidad de Colonia, la "habilitación" con su trabajo *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo y Filosofía de los valores en el

INTRODUCCIÓN

La obra de Hans Welzel, no obstante su importancia y su influencia en los ordenamientos penales, es poco difundida y todavía menos profundizada por el alumno promedio de la licenciatura en Derecho en México. El trabajo de investigación que hoy pongo a la consideración de los lectores, constituye una síntesis del pensamiento del jusfilósofo y juspenalista alemán, pero con la advertencia de que mi interés central consiste en ofrecer mi versión de los antecedentes filosóficos en la doctrina welzeliana. Para este fin expongo una panorámica de las ideas fundamentales a nivel de síntesis, sin ahondar en aspectos que deben reservarse a los especialistas y que rebasan mi conocimiento en la materia.

Mi trabajo queda, pues, delimitado por lo dicho anteriormente, pero también por lo difícil que es el acceso a la información del tópico que ocupa estas páginas. Los escritos del profesor de Bonn traducidos al español son escasos en las bibliotecas públicas y mi conocimiento, también escaso, del alemán, me ha hecho circunscribirme a una parte reducida de las fuentes, más fáciles de hallar en los acervos privados de los bibliófilos, aunque no por reducida poco significativa, sobre todo, habiéndose destacado el modesto alcance de esta investigación.

El espacio tocante a los antecedentes de pensamiento, núcleo de mi estudio, es el más extenso, aún a riesgo de sacrificar cierta proporción en los capítulos. He optado por dejarlo así dejando libertad al pensamiento. También, en el apartado aludido, la disposición es poco usual, pero establecida así con deliberación plena y con una finalidad didáctica, por así decirlo: la de permitir al lector ajeno al tema tener una introducción necesaria para, posteriormente, con un conocimiento suficiente hacerle accesible la comprensión de lo que es, en mi opinión, el sustento de una genial elaboración intelectual desde el punto de vista filosófico y jurídico.

El profesor Hans Welzel nació en Artern (Turingia) el 25 de marzo de 1904. Estudió filosofía y jurisprudencia en las Universidades de Heidelberg y Jena bajo la dirección de los neokantianos Bruno Bauch y Heinrich Rickert. En 1928 presentó en Jena su tesis doctoral sobre la teoría jusnaturalista de Samuel Pufendorf y en 1935 obtuvo, en la Universidad de Colonia, la "habilitación" con su trabajo *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (Naturalismo y Filosofía de los valores en el

Derecho Penal). De 1937 a 1952 fue profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Penal en la Universidad de Gotinga. Desde 1952 hasta 1974 ocupó las mismas cátedras en la Universidad de Bonn, ciudad en la que muere a los 74 años de edad'.

La obra de Welzel es importantísima en los campos de la filosofía del Derecho y del Derecho Penal, aunque creo que en México es más conocida su aportación de la teoría finalista de la acción penal que revolucionó la dogmática jurídico-penal predominante hasta la tercera década del siglo XX. Para quien tenga instrucción en este aspecto, será evidente, en la genial obra del maestro, el reflejo de su pensamiento filosófico en sus construcciones jurídico-penales. Cabe, sin embargo, destacar, que está menos difundida su ética jurídica material, la que, en resumidas cuentas se traduce en la aspiración que anima y que es el trasfondo de la idea de Derecho. La importancia del rescate de este tipo de ideas debe enfatizarse decididamente, ya que permiten el progreso y perfeccionamiento de los hombres y de las instituciones, hoy más que nunca, cuando, en medio del avance tecnológico y del materialismo exacerbado, la generalidad considera las disciplinas humanísticas como de "segunda clase", como meras argumentaciones de poca monta.

Este sector tan idealista del pensamiento de Welzel es precisamente el que me agrada más. Pero, como habré de señalar repetidas veces, no se trata de aspiraciones sentimentales, vacías de contenido. Se trata, por el contrario, de propuestas para la búsqueda de la justicia material, es decir, de la justicia que se torna concreta en la praxis, en el ámbito y en el obrar sociales. Dadas las circunstancias actuales de mi país, sería muy significativo el hecho de que semejante búsqueda desembocara en afortunado hallazgo.

Albert Camus, con profundo desencanto por la vida, pero con integridad moral y espíritu de servicio expresó: "El mundo en que vivo me repugna pero me siento solidario de los hombres que sufren en él". El Premio Nobel contribuyó a devolver a los franceses de la posguerra la fe en el hombre y por encima de su pesimismo acertó en la idea clave de la solidaridad humana. Aquellos que hemos tenido el privilegio de acceder a niveles superiores de educación debiéramos, al menos,

* Datos biográficos tomados de Ernesto Garzón Valdés, citado por Luis Recaséns Siches en *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*, 1a. ed. México, Porrúa, 1963; nota de Moisés Moreno Hernández para el artículo de Hans Welzel "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del Derecho Penal", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, N° 1, año 1, enero-junio, 1978; *Enciclopedia Die große Brockhaus*, Wiesbaden, F. A. Brockhaus, 1957, t. 12.

asumir el compromiso de hacer realidad, cada cual en su circunstancia, esta solidaridad que equivale a la *justicia material*, es decir, a la que el mundo reclama

De un antepasado mío, Manuel De Azpíroz, jurista decimonónico distinguido y precursor en México del estudio del Derecho Internacional, se expresó lo siguiente al ser inhumados sus restos en la Rotonda de los Hombres Ilustres: "Fuíste un servidor constante con la espada y la pluma, y consagraste tu vida al servicio de la Patria". Para quien esto escribe y como "nobleza obliga", este trabajo es al mismo tiempo una investigación y un primer paso en el intento por continuar una tradición de servicio familiar, aunque confieso que prefiero quedarme sólo con el empleo de la pluma.

Si traspasando los rigores metodológicos, las citas eruditas y la admiración necesaria que suscita un coloso de la doctrina jurídico-penal y de la jusfilosofía, las ideas de justicia, de dignidad humana, de tolerancia aquí vertidas pudieran despertar las conciencias y propiciar la reflexión y la acción de quienes las lean, con el poder a un tiempo penetrante y suil de la palabra escrita, podré sentirme muy satisfecho.

CAPÍTULO I

UBICACIÓN DEL PENSAMIENTO WELZELIANO

1. DERECHO Y FILOSOFÍA

Siendo la filosofía del Derecho uno de los temas centrales de nuestro trabajo, es necesario referirse al concepto de filosofía general. La definición de filosofía es una cuestión superada, de ahí que nos limitemos a repasar sus elementos constitutivos. Las reflexiones siguientes servirán como instrumentos que nos facilitarán emprender posteriores consideraciones tocantes a los problemas específicos de la filosofía del Derecho.

Nuestro razonamiento seguirá la línea de la mayoría de los tratadistas, analizando paralelamente las relaciones existentes entre filosofía y ciencia, por ser estos conceptos los que hacen surgir los de filosofía jurídica y ciencia jurídica.

La generalidad de los seres humanos suele asustarse ante el término "filosofía". Hay quien lo imagina revestido de densidad y solemnidad, sin tomar en cuenta que el hombre, naturalmente, posee una actitud de búsqueda de la explicación de cuanto le rodea. Debiera recordarse con frecuencia que el hecho de filosofar es, si se nos permite utilizar una expresión de Nietzsche, demasiado humano.

Así, por ejemplo, el genio de Platón expresado en forma dialogada pone en labios de Diótima, la sabia de *El banquete*, la siguiente frase: "...ningún dios filosofa ni desea ser sabio..."¹, significando con ello dos cosas:

a) Una distinción mutua entre la especulación filosófica y otros saberes "definitivos".

b) La filosofía entendida como búsqueda constante de la verdad, cuya posesión nos haría sabios.

Si la filosofía no es, entonces, asunto de los dioses, explicamos la aversión de algunos hacia ella, porque la especulación filosófica sería se enfrenta con algunos problemas. Podemos señalar como uno de ellos la ausencia aparente de un objeto de estudio concreto. Las miras de la filosofía no se dirigen, a diferencia de la ciencia, a una realidad claramente definida; por el contrario, su finalidad radica en obtener una

¹ Platón, *Diálogos*, Barcelona, Ed. Iberia, 1947, p. 128.

visión omnicomprendiva de la realidad. Dicha realidad, como concepto, excede en mucho lo imaginable por su generalidad. Esta "indigencia" en cuanto a la clarificación de su objeto es, paradójicamente, el punto de partida de la filosofía.

Si la delimitación del objeto de la filosofía es lo problemático, no ocurre así con la ciencia, cuyo objeto, aunque problemático —en cuanto que la existencia de la ciencia se justifica para su conocimiento—, está delimitado de manera concreta². Es decir, que la ciencia sabe de antemano cuál es su objeto, aunque ignore, naturalmente, cómo es. La filosofía comienza por ignorar si tiene objeto propio, o por lo menos, no parte de la previa posesión de él³.

Hemos indicado, en lo referente a la extensión de su objeto, una primera diferencia entre ciencia y filosofía. Una segunda diferencia se encuentra en el carácter puramente explicativo del saber científico. El saber filosófico, además, es un saber normativo, puesto que se ocupa del deber ser⁴. El saber científico tendrá a su cargo "lo que es", "aunque pretenda explicarlo"⁵, o en palabras del maestro García Máynez⁶, "el hombre de ciencia demuestra o explica; no hace juicios de valor".

Podemos señalar un cuarto punto en el que difieren ciencia y filosofía: la primera se ocupa de lo que es, no como esencia, sino como realidad fenoménica, como relaciones y leyes que van a quedarse en los datos empíricos, sin inquirir la esencia de lo real. En cambio, la filosofía trasciende ese particular *concretum* para indagar, además, en el *substratum* de la realidad.

Como quinta característica diferencial podemos anotar la siguiente: la ciencia nos ofrece certidumbre. Legaz y Lacambra⁷ dice que "sus conocimientos son seguros". Sin embargo, esta seguridad se nos antoja incapaz de colmar plenamente nuestras inquietudes intelectuales auténticas. Las ciencias nos ofrecen verdades provisionales, que sin dejar de ser verdades no constituyen toda la verdad. Dicho de otra forma, las ciencias no nos ofrecen verdades de carácter absoluto. Las ciencias, como advierte

² Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del Derecho*, 1a. ed., México, Ed. Trillas, 1990, p. 12.

³ Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, 5a. ed., Barcelona, Bosch, 1979, p. 15.

⁴ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 39a. ed., México, Ed. Porrúa, 1988, p. 116.

⁵ Márquez Piñero, Rafael, *Ibidem*, p. 13.

⁶ García Máynez, Eduardo, *Ibidem*, p. 117.

⁷ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 16.

Mario Bunge⁸ conforman un sistema de ideas establecidas provisionalmente, lo que posibilita, al mismo tiempo, una actividad productora de nuevas ideas, es decir, la investigación científica.

Es evidente, por tanto, el carácter provisional de las ciencias particulares. Basta con mirar en torno a los adelantos tecnológicos, al progreso científico. Dicho progreso implica una característica fundamental en la concepción actual de la ciencia: su falibilidad.

Así, por ejemplo, ante el incontenible avance científico, el hombre se asombra al contemplar la pérdida de vigencia de técnicas, métodos, prescripciones, etc., considerados como válidos en un pasado, quizás cercano. Tal vez fuera el hecho de la vertiginosa evolución científica lo que llevara a Einstein a concebir la ciencia como reformulación del pensamiento cotidiano y al mismo tiempo —para sorpresa de quienes lo tildaron de materialista y para enfatizar la idea de la provisionalidad de la ciencia— asegurar que un enigma del mundo físico apunta a otro misterio aún más lejano, llegando incluso a admirar la sensación de lo místico⁹.

Fuera de dudas queda la afirmación de que las ciencias particulares tienen que ver absolutamente con la búsqueda de la verdad. En ello coinciden con la filosofía. El maestro Preciado Hernández, siguiendo la línea del realismo moderado sustentado por la filosofía aristotélico-tomista señala que considerada la filosofía como grado supremo del saber, se entiende que las ciencias particulares sean autónomas (sin confundir esta autonomía con el hecho de ser suficientes *per se*, como verdades absolutas) por operar dentro de un sector de la realidad —lo que constituye su objeto material— pero contempladas desde la perspectiva de su objeto formal, es decir, de sus principios próximos¹⁰, conservando la filosofía su carácter de “ciencia de la verdad” en sentido estricto, según lo afirmaba Aristóteles¹¹.

Lo que distinguirá a la filosofía de las ciencias particulares será su objeto formal. La filosofía se ocupa de los primeros principios o causas últimas; las ciencias

⁸ Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1978, p. 9.

⁹ Barnett, L., *El Universo y el doctor Einstein*, 1a. ed., en español, 9a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 95 y ss.

¹⁰ Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del Derecho*, 1a. ed., México, UNAM, 1982, pp. 16-17.

¹¹ Pieper, Josef, *Defensa de la Filosofía*, trad. Alejandro Esteban Lator Ros, 5a. ed., Barcelona, Herder, 1982, p. 63.

particulares se ocupan de los principios próximos. El criterio de distinción no será, por tanto, el objeto material, puesto que la totalidad de las cosas les es común.

La única manera de captar la totalidad de las cosas será aceptando la cooperación de las diferentes ciencias particulares. El filósofo no se refiere a una realidad distinta de la del científico. Pero cada ciencia se delimita en razón de un aspecto concreto y particular, en "una exigua sección del mundo, pero con la mayor exactitud posible"¹².

Para el maestro Preciado, no serán saberes opuestos e independientes, sino dos etapas de la inteligencia en la búsqueda de la verdad¹³.

Filosofía y ciencia jurídica estudian, en el caso que nos ocupa, una realidad idéntica: el Derecho, aunque contemplado desde planos distintos. La filosofía, genéricamente considerada, aborda los problemas surgidos en la elaboración de las descripciones científicas y, a su vez, los saberes científicos incorporan a su haber criterios filosóficos, consideración que fortalece sus vínculos y puede atenuar su rígida separación.

Habiendo caracterizado a la ciencia y a la filosofía anotando sus relaciones y diferencias, que, salvo algunas variantes mínimas, son aceptadas por los tratadistas, podemos, según el consenso mayoritario describir a la ciencia con las palabras de Bunge¹⁴ como "...un cuerpo de ideas... que puede caracterizarse como conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente, falible", o bien, como "ensayos de explicación parcial de lo existente"¹⁵.

La filosofía puede ser definida según la clásica fórmula, como ciencia de todas las cosas, por sus últimas causas y a la luz natural de la razón, como visión omnicomprendiva de la realidad "con vistas a descubrir su última razón y sentido"¹⁶.

Las anteriores definiciones pretenden sintetizar lo dicho hasta aquí, sin pretensiones de originalidad pero sí con el propósito de revisar los términos que al trasladarse al terreno de lo jurídico posibilitan el surgimiento de los conceptos de filosofía jurídica y de ciencia jurídica. Las consideraciones tocantes al primero merecen un espacio aparte.

¹² Pieper, Josef, *Ibidem*, p. 21.

¹³ Preciado Hernández, Rafael, *Ibidem*, p. 17.

¹⁴ Bunge, Mario, *Ibidem*, p. 9.

¹⁵ García Máynez, Eduardo, *Ibidem*, p. 116.

¹⁶ Pieper, Josef, *Ibidem*, p. 72.

La noción de ciencia jurídica presupone lo siguiente: que el Derecho en su realidad, es objeto de la ciencia. Y al igual que las demás ciencias, la consideración de ese objeto científico, requiere que sea, al mismo tiempo, un objeto de experiencia¹⁷, algo que se nos enfrente, algo con lo que nos hallemos, que se nos presente —nada más ilustrativo que la propia etimología— como *obiectum* (*ob*=delante de, frente a; *iacio-iactum*= lanzar).

Esto ocurre precisamente con el Derecho, cuya realidad es innegable. Legaz y Lacambra señala algo que viene muy a cuento después de lo dicho acerca de “lo que se nos presenta”, y es que *real* es todo aquello con lo que “hay que contar”... y hay que contar “con todo aquello con lo que de un modo u otro se encuentra uno en la vida... deseos, pensamientos, ‘las cosas’, ‘los otros’, la vida social”¹⁸.

Esto nos permite emprender no sólo una consideración empírica del Derecho como objeto de la ciencia jurídica, (que siempre cuenta con objetos de experiencia, como la legislación) sino también armonizarla con una visión *supraempírica*, posibilitada por los planteamientos de la ontología moderna. Dicha ontología trasciende la experiencia meramente sensible, propia de las ciencias naturales, para llegar a otro nivel de conocimiento, para determinar la estructura óntica de todos los sectores de la realidad. Es válido hablar, por tanto, del ser de los números, de los valores, de las ideas o conceptos, etc., todos con su peculiar modo de ser, en éste caso, un modo de ser no sensible. El Derecho tocará, según las circunstancias, las esferas del mundo sensible y del no sensible.

El pensamiento jurídico ha colocado al Derecho unas veces en el sector del mundo no sensible, otras en el sector del mundo sensible; de aquí la ambivalencia de la realidad jurídica proyectada en una doble dimensión, por un lado, como un modo de ser de una vida social, por otro, como parte integrante del “mundo cultural-espiritual histórico”¹⁹.

Es fácil advertir la complejidad de la realidad jurídica. Por ello existe dificultad para definir lo que podría constituir la experiencia de lo jurídico. Si cabe en la conceptualización de la ciencia jurídica lo dicho al respecto de las ciencias particulares, el hecho de que la ciencia jurídica se base en la experiencia, concluiremos que la ciencia jurídica tiene la finalidad de conocer el contenido de su objeto (el Derecho

¹⁷ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 39.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

¹⁹ Márquez Piñero, Rafael, *Ibidem*, p. 29.

en su totalidad) y no precisamente llegar, como señala el maestro Márquez, con frase precisa, a la "esencialización del jus"²⁰ —cometido de la jusfilosofía, como más adelante se verá—, aunque esta búsqueda no se deja de lado puesto que el contenido verdadero de la realidad del Derecho determinará lo que éste sea en realidad²¹.

Al expresarse el deber ser de la conducta humana por medio de normas se estructura la realidad jurídica. Sin embargo, dicha realidad trasciende los meros encasillamientos normativos, puesto que nos encontramos en el terreno íntimo de las comunidades y los pueblos, quienes formulan según sus valores propios, o valoraciones fundamentales ese deber ser que se traduce en un conjunto de "significantes de justicia"²². El conocimiento de esa realidad será objeto de la ciencia jurídica, que mediante normas, valora las conductas.

El problema de la realidad del Derecho es, como se verá, el problema de la filosofía del Derecho. La ciencia jurídica, entendida como conocimiento de lo jurídico, tiene el cometido de estudiar la compleja realidad del Derecho. De la experiencia de lo jurídico puede emprenderse una reflexión sobre lo que el ser del Derecho es, (aspecto filosófico) o bien, trasladarlo al campo de la denominada ciencia jurídica dogmática o técnica (aspecto dogmático-positivo) que estudia las normas de un sistema determinado de derecho positivo vigente; esto es, el contenido del Derecho en una sociedad específica, llamada también jurisprudencia técnica (ciencia jurídica en sentido restringido) y como ya lo afirmaba Rudolf Stammler, con la misión de exponer el contenido especial de los ordenamientos jurídicos concretos²³.

Resumiendo: la realidad jurídica constituye la experiencia de lo jurídico, verdadero objeto de la ciencia del Derecho en su dimensión filosófica y en su dimensión dogmático-positiva.

En lo relativo a la jurisprudencia (entendida aquí como ciencia jurídica dogmática o técnica) creemos oportuno consignar la polémica existente en lo que a su cientificidad se refiere. Los que niegan su carácter científico han suscitado controversia. La corriente denegatoria de dicho carácter tiene sus orígenes en el Renacimiento. Fue manifiesta la antipatía hacia los juristas en los escritos de

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 27.

²² *Ibidem*, p. 32.

²³ Preciado Hernández, Rafael, *Ibidem*, p. 20.

Petrarca, Vives y Erasmo de Rotterdam. A idéntico estado de animadversión pertenecen las sátiras de Quevedo y las críticas de Montaigne, Uhland y Pascal. Ya en el siglo XIX, Julius Hermann Von Kirchmann, *Staatsanwalt* (procurador del rey de Prusia), dictó una conferencia (*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*) desatadora de violentas reacciones, puesto que desde su título afirmó la tesis de que la jurisprudencia no es ciencia, apoyada en la idea de la contingencia del objeto mismo de dicha jurisprudencia: el Derecho²⁴ para Kirchmann, carente de validez universal por ser variable en el contenido —si bien sabemos perfectamente que en el Derecho no todo es contingencia—. En el mismo contexto del pensamiento decimonónico la posición contraria es sostenida de manera destacada, por John Austin, entre otros, quien afirmó la tesis de que todo Derecho posee una estructura formal idéntica, susceptible de conocimiento científico, aunque su contenido sólo pueda ser objeto de un conocimiento particularizado²⁵.

De esta forma procedió el citado Austin a caracterizar a la jurisprudencia como ciencia que expone principios, nociones y distinciones comunes a todos los sistemas jurídicos —entendidos como estructura permanente de todo orden jurídico y no en el sentido de Savigny, como forma concreta de un Derecho determinado—. Así por ejemplo, son necesarios y comunes a todo sistema las nociones de Derecho, deber, pena, libertad, resarcimiento, las distinciones entre derecho escrito y no escrito, entre derechos oponibles erga omnes, o bien, sólo contra determinadas personas, la distinción entre las distintas fuentes obligacionales, etc.

Las anteriores justificaciones sobre la científicidad de la jurisprudencia son perfectamente explicables puesto que tratan de defender la trascendencia de la actividad jurisprudencial, además, el calificativo de ciencia aplicado a alguna actividad cualquiera, le confiere una dignidad, una categoría especial. Esta significación, para algunos honorífica, es conferida porque pueden anotarse dos significados del término “ciencia”, según lo expresa Carlos S. Nino²⁶: uno cognoscitivo o descriptivo y otro de carácter emotivo.

²⁴ Cfr. Kirchmann, Julius Hermann Von, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. Antonio Truyol Serra, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

²⁵ Cfr. Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicén, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

²⁶ Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1a. ed., 1a. reimp., México, UNAM, 1989, pp. 12 y 13.

Queda abierta la polémica, no sin antes señalar que ésta se extiende al ámbito de otras disciplinas encargadas del estudio del Derecho, como es el caso de la historia del Derecho, cuya cientificidad es puesta en tela de juicio por algunos y defendida por otros muchos.

La controversia causada por la audaz afirmación de Von Kirchmann no puede sino reducirse a una mera cuestión verbal²⁷, ya que la disputa en torno al carácter científico de la jurisprudencia está limitada por la circunstancia de que "ciencia" según hemos anotado, no es un término unívoco sino equívoco.

Nos hemos referido al Derecho como un objeto de conocimiento en sus aspectos filosófico y dogmático-positivo, omitiendo adrede cualquier tipo de definición. La dificultad se plantearía del mismo modo que al hablar de ciencia, precisamente por ser idéntico el obstáculo que se ofrece ante la no univocidad del término "Derecho". La ambivalencia de la realidad del término hacen sumamente difícil definirlo de tal manera que se comprendan en pocas palabras los elementos constitutivos de su realidad.

Cualquier definición se quedaría corta. Sin embargo es posible vislumbrar aspectos fragmentarios del ser del Derecho al aislarse en palabras sus múltiples acepciones, *verbi gratia*, al hablar de derecho en sentido subjetivo u objetivo, al hablar de derecho vigente y derecho positivo, derecho natural, etc.

La tarea de esclarecimiento del concepto universal del Derecho, es misión propia de la filosofía del Derecho y de ello nos ocuparemos en el inciso siguiente.

2. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Existen varias disciplinas que se encargan de estudiar la compleja realidad del Derecho. Se denominan tradicionalmente "disciplinas jurídicas auxiliares" por ayudar al jurista en sus estudios acerca del Derecho.

Los autores coinciden en señalar como las más importantes a la Sociología Jurídica, la Historia del Derecho, el Derecho comparado y la Filosofía del Derecho.

²⁷ *Ibidem*, pp. 15 y 114.

Como advierte Radbruch²⁸ algunas de estas disciplinas —como la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho y la psicología del Derecho—, pretendieron hacer las veces de una auténtica filosofía jurídica en la época del positivismo, aunque salta a la vista la imposibilidad de estas suplencias por la rigurosa diferenciación que puede establecerse entre cada una en razón de sus propósitos y métodos.

A grandes rasgos podríamos caracterizar estas disciplinas diciendo, por ejemplo, que el sociólogo del Derecho, describe desde su punto de vista a la realidad jurídica como hechos sociales, como fenómenos que se dan en la realidad de la vida social como vínculos interhumanos en interacción con otras formas colectivas²⁹.

El historiador del Derecho comparte esta intención no práctica de descripción de realidades en lugar del hallazgo de soluciones, quien se limita a relatar cómo era un orden jurídico determinado, vigente en el pasado, o dicho con mayor amplitud, a estudiar los fenómenos jurídicos pretéritos relevantes de manera crítica, sistemática e interpretativa³⁰.

Sería inútil caracterizar las restantes disciplinas auxiliares, basten los comentarios anteriores a manera de ejemplo, pero nótese que son ramas o aspectos de otras ciencias consideradas de manera genérica. Así, por ejemplo, la sociología jurídica constituye una parte de la Sociología general, la Historia del Derecho un capítulo de la Historia genéricamente considerada, etc.

Utilizando nuevamente, la terminología propia de la filosofía aristotélico-tomista, podríamos repetir que la distinción radica en el objeto formal, no así en el material, ya que la totalidad de la realidad jurídica, como objeto de estudio, es común a todas las disciplinas auxiliares.

Llegados a este punto podríamos preguntarnos si la filosofía del Derecho es una disciplina o una ciencia jurídica. La respuesta es afirmativa para ambos casos, pero precisando en el segundo, que sólo puede ser ciencia en sentido lato, ya que no puede contarse a la jusfilosofía entre las ciencias jurídicas particulares o especiales.

²⁸ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, pp. 14, 17 y 20.

²⁹ Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Sociología*, 20a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 581.

³⁰ Soberanes y Fernández, José Luis, *Historia del Sistema Jurídico Mexicano*, 1a. ed., México, UNAM, 1990, p. 10.

Según la opinión de Preciado Hernández³¹ la jusfilosofía tiene el rango de ciencia jurídica suprema, conferido por su estudio de los primeros principios del Derecho (su objeto formal) y cumpliendo respecto de las ciencias jurídicas particulares una función semejante a la efectuada por la filosofía general con respecto a todas las ciencias.

La filosofía del Derecho es precisamente eso, filosofía, ya que no quiere saber qué sea el Derecho respecto de la vida jurídica, sino respecto de toda la vida para comprender por qué aquel existe en ella³².

Heinrich Henkel³³ opina que la jusfilosofía puede cultivarse de dos formas:

a) La primera, como rama de un sistema filosófico general, al lado de la filosofía del Arte, de la Historia, de la Religión, etc., con antecedentes en Kant y Hegel.

b) La segunda, según el citado autor, de quienes afirman su independencia frente a la Filosofía general y la presentan como rama de la ciencia jurídica.

No creemos, según la segunda posibilidad apuntada por Henkel, que la jusfilosofía pueda ser vista como rama de la ciencia del Derecho, aunque sea éste su objeto de estudio, ya que se distinguen por sus respectivos métodos y por el particular enfoque de sus problemas (objeto formal) como ya quedó asentado.

El maestro Recaséns es invocado en apoyo de nuestro aserto, ya que él afirma que el jurista al trabajar se vale de conceptos puros, es decir, de un caudal de nociones irreducibles en cuya ausencia no podría entenderse un orden jurídico cualquiera. Estos son los llamados conceptos jurídicos fundamentales, como la noción de derecho, persona, relación jurídica, deber, etc.³⁴.

Por todo esto, la filosofía del Derecho asignará a las ciencias jurídicas particulares su objeto propio, dando unidad al pensamiento jurídico, estableciendo la validez de los conceptos jurídicos fundamentales, comunes a todas las disciplinas jurídicas especiales³⁵.

La explicación de tales supuestos y conceptos corresponde a uno de los temas o partes de la filosofía del Derecho, llamada "teoría fundamental del Derecho". En otras palabras corresponde a ésta el esclarecimiento de la noción de lo jurídico.

³¹ Preciado Hernández, Rafael, *Ibidem*, p. 20.

³² Piovani, Pietro, *Linee di una filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1958, p. 15.

³³ Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Taurus, Madrid, 1968, pp. 18-21.

³⁴ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, p. 580 y García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p. 119.

³⁵ Preciado Hernández, Rafael, *op. cit.*, pp. 20-21.

A la teoría jurídica fundamental pertenecen dos ramas de reciente creación³⁶: la ontología formal del Derecho, encargada del estudio de las conexiones formales esenciales entre las diversas manifestaciones de conductas jurídicamente reguladas: la obligación y lo potestativo, lo permitido y lo prohibido.

En segundo lugar, la lógica jurídica que estudia la forma de las ideas, juicios y raciocinios jurídicos³⁷.

La segunda parte de la filosofía jurídica consiste en descubrir los valores propios del Derecho, o en otras palabras, lo que el orden jurídico debe realizar. En suma, la investigación sobre la idea de justicia y los valores que son implicados por ella³⁸.

Otros valores ideales del orden jurídico son también la seguridad jurídica y el bien común, existiendo una polémica respecto a la jerarquía de estos valores. Algunos sostienen la preeminencia del bien común y la seguridad jurídica.

Esta parte de la filosofía jurídica ha recibido varias denominaciones: axiología jurídica, estimativa jurídica, doctrina de los valores jurídicos, teoría del derecho justo, e incluso se le acepta como una de las múltiples acepciones de la expresión "derecho natural".

Compartimos la opinión que considera como problemas jusfilosóficos centrales los relativos a la conceptualización del Derecho y a la idea de justicia.

Con respecto a lo que el maestro Márquez Piñero denomina "la conceptualización del *jus*"³⁹ es obvio que todas las consideraciones de orden ontológico, de sustentación metafísica, de valoración axiológica y de índole teleológica, no son sino caminos hacia la determinación del concepto del Derecho. Actualmente, esta prioridad en la búsqueda de la conceptualización del *jus* es sostenida, de manera destacada, por los llamados analistas del lenguaje, entre los que puede citarse a Glanville Williams y a H.L.A. Hart⁴⁰.

Históricamente, la prioridad en la conceptualización del *jus* tiene su mejor momento en la filosofía del Derecho de inspiración neokantiana, especialmente con Rudolf Stammler y Giorgio del Vecchio, quienes sostienen que la determinación conceptual del Derecho es previa a la indagación de cualquier aspecto de la experiencia jurídica.

³⁶ García Máynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1989, pp. 16-17.

³⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción... op. cit.*, p. 119.

³⁸ Recaséns Siches, Luis, *Ibidem*, p. 581.

³⁹ Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, *vide supra* n. 2, p. 22.

⁴⁰ Hart, H. L. A., *El Concepto del Derecho*, trad. Genaro R. Carrio, 2a. ed., México, Editora Nacional, 1978.

Ambos jusfilósofos proceden de Kant, pero mientras que Stammler pertenece a la "Escuela de Marburgo" y se adhiere estrictamente a Kant, admitiendo la existencia de un elemento a priori en el Derecho, sintetiza reafirmando lo fundamental en la opinión jusnaturalista con la expresión celebrísima: "Derecho natural de contenido variable".

Del Vecchio, influido por la *philosophia perennis*, tiende, lógicamente, a ser más jusnaturalista que formalista y expresa que, ante todo, la filosofía del Derecho será conocimiento de lo jurídico en sus aspectos universales⁴¹.

Volviendo al segundo tema central de la filosofía del Derecho, es evidente lo necesaria que resulta la inclusión de un tema ético respecto del derecho por estar éste dirigido a la realización teleológica de ciertos valores, por hacer referencia a "criterios racionales éticos"⁴² y de manera primordial a la idea de justicia, cuya noción reviste modos diversos que, en definitiva, se refieren a la concepción clásica de igualdad⁴³ enlazada con la cuestión del Derecho natural a cuyos múltiples sentidos nos hemos referido.

El jusnaturalismo no puede caracterizarse con generalidad amplísima, ya que, como adelante se verá, la doctrina del Derecho natural presenta muchas y complejas variantes.

El tema ha sido aportado por la conciencia jurídica de la humanidad, desde la filosofía presocrática, por la especulación de la filosofía cristiana, por la herencia del racionalismo de los siglos xvii y xviii y por las ideologías revolucionarias y humanistas del siglo xix, habiendo recibido como herencia la crítica del Derecho natural llevada a cabo por el pensamiento jurídico a partir de la Escuela Histórica, si bien ha aminorado por la decepción sufrida como consecuencia del positivismo y de las exigencias de la conciencia jurídica de la humanidad en pro de los derechos humanos⁴⁴.

Al calificar de centrales en la filosofía del Derecho los temas relativos a la determinación conceptual y a la axiología jurídica, no hemos de pasar por alto el tema capital del problema ontológico del Derecho.

⁴¹ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 34.

⁴² Preciado Hernández, Rafael, *Ibidem*, p. 21.

⁴³ Cesarini Sforza, Widar, *Filosofía del Derecho*, trad. de Marcelo Cheret, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 29.

⁴⁴ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 35.

El problema del "ser del Derecho" también ha sido suscitado por las direcciones neokantianas que insertan al Derecho en el ámbito de lo puramente ideal-normativo⁴⁵.

Por otra parte, el hombre contemporáneo ha desplazado de su mente la preocupación por los problemas especulativos hacia el campo de la estrategia científica, indagando respuestas verificables y concretas.

Así, una nutrida rama de la filosofía ha derivado de una corriente surgida a partir de uno de los más grandes pensadores del siglo xx: Ludwig Wittgenstein. Las tesis centrales de su *Tractatus* pueden sintetizarse en las siguientes frases: que el recto método del filosofar consiste en no decir nada más de lo que puede decirse, esto es, las proposiciones de las ciencias naturales; y por otra parte, que algunas tesis filosóficas deben ser claras a uno, como resultado único de la actividad filosófica⁴⁶.

Esta última tesis tiene por objeto el resaltar una diferencia fundamental entre ciencia y filosofía, tema correspondiente al primer inciso de este capítulo y en el que no ahondaremos por no ser objeto de nuestro trabajo el descubrir si Wittgenstein quiso aquí decir que el quehacer de la filosofía consiste en esclarecer lógicamente las tesis en que las ciencias formulan sus resultados. Pero al llegar a este punto hemos creído oportuna la referencia al genial pensador austríaco.

Otro de los problemas esenciales en la filosofía del Derecho es como ya se mencionó, el problema ontológico, ya que debe resolver la cuestión de la "realidad del derecho"⁴⁷. La cuestión sobre lo que el Derecho es "en realidad" puede abordarse desde una triple perspectiva: desde un plano normativo, desde un plano subjetivo (noción personalista del Derecho) o bien, desde una dimensión axiológica⁴⁸.

La postura normativista concibe el Derecho como un sistema de normas positivas, vigentes.

La concepción subjetivista o personalista tiene como antecedentes a Hegel y a Rosmini, quienes atribuyen a la voluntad humana el fundamento del Derecho, con profunda raigambre en la concepción jurídica germánica.

La noción axiológica identifica al Derecho con lo justo (*id quod iustum est*) y la misma concepción ha tenido vigencia a lo largo de una tradición que data desde la

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. de Tierno Galván, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1957.

⁴⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁴⁸ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 32.

antigüedad, descansando sobre el antagonismo entre naturaleza y convención (Aristóteles)⁴⁹, pasando también por Platón y Santo Tomás de Aquino.

Tampoco podemos soslayar la compleja problemática metodológica tocante a la filosofía del Derecho. Como advierte García Máynez⁵⁰ los autores, a principios del siglo xx abandonaron los métodos de las escuelas anteriores con el renacer de las especulaciones filosóficas, dedicándose a buscar una metodología idónea para desarrollar los estudios sobre el Derecho. Sin embargo, son más las discrepancias que los puntos de contacto. A lo sumo, existe consenso con respecto a la repulsa de trasladar el método científico-empiriológico al campo del Derecho.

El citado autor agrupa las corrientes principales en dos escuelas: la primera, es el formalismo, representado por Rudolf Stammler y Hans Kelsen, la segunda es la llamada filosofía de los valores, entre cuyos defensores encontramos a Emil Lask, Franz Brentano, Radbruch, etc.

Hemos caracterizado los principales temas de la filosofía del Derecho según nuestro personal punto de vista. Las opiniones varían según los autores quienes, aunque modifican las jerarquías, contemplan, más o menos, los mismos temas. Según Fichte se hace filosofía según la clase de hombre que se es, razón que explica el porqué del predominio de alguno de estos temas sobre otros en el panorama jusfilosófico. De aquí la referida orientación neokantista hacia el problema del concepto universal del Derecho, la orientación cientista hacia los problemas gnoseológicos, el predominio de los temas éticos en las concepciones que aceptan datos metaempíricos, etc.

Existe una doble dimensión condicionadora del saber del jurista. El inciso primero de este capítulo aludía a una experiencia que trasciende del *concretum* hacia el *substratum* de la realidad. Por ello opinamos que el problema de la realidad jurídica ofrece dos dimensiones, la una, como ya lo decíamos ultraempírica y la otra, de carácter ontológico.

Con estas ideas podemos afirmar que la filosofía del Derecho estudia al Derecho en su realidad, repetimos, no entendida desde el punto de vista de los fenómenos (φ αἴτιον= mostrar), como ya había sido advertido, no significando "lo que es" lo mismo

⁴⁹ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, *vide supra* n. 28, p. 24.

⁵⁰ García Máynez, Eduardo, *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 122-123.

que “lo que se nos presenta” sino como el ser del Derecho que es la realidad del Derecho, o dicho de otra forma, “el ser es la realidad”⁵¹.

La filosofía del Derecho es para del Vecchio “la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico, y lo valora según el ideal de justicia trazado por la pura razón”⁵².

Si la filosofía es el conocimiento de lo universal, la jusfilosofía es el conocimiento de lo jurídico en sus aspectos universales, o expresado de otra manera, una aplicación de la especulación filosófica al campo del Derecho. De manera análoga, Stammler entiende por filosofía del Derecho aquéllas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto⁵³ y para Cesarini Sforza, “aquella parte de la filosofía que estudia la experiencia jurídica en su universalidad, como acto vital”⁵⁴, es decir, en términos más sintéticos y simples —aunque no por ello desprovistos de significado—, la jusfilosofía es “contemplación total del Derecho”⁵⁵, que ahonda en su esencialidad tratando de encontrar conexiones entre diversos fenómenos y la realidad jurídica.

Envueltos, como lo estamos, en la maraña tecnológica, consumista, de injusticias y profundos problemas sociales, parecería injustificable el quehacer filosófico; un lujo, sin duda, discutir sobre cuestiones que según un sentir muy extendido, no tienen respuestas definitivas, mientras el mundo se afana en la lucha contra el hambre y la miseria. *Primum vivere, dein philosophari...*

No podía ser mejor esa definición de la filosofía jurídica como “contemplación total del Derecho”, que trasladada al ámbito de la filosofía general podría traducirse como “contemplación de la realidad, o contemplación total de la realidad”, siendo el término *contemplación* la traducción latina del griego *eis theorian*, enormemente significativo.

Al iniciar nuestros razonamientos en torno al Derecho y la Filosofía afirmábamos que, la actitud de búsqueda, de indagación, es espontánea y natural en el hombre, aunque, paradójicamente y de ordinario, no se halle éste en actitud propicia para

⁵¹ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 38.

⁵² Del Vecchio, Giorgio, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1969, p. 279.

⁵³ Preciado Hernández, Rafael, *Ibidem*, p. 20.

⁵⁴ Cesarini Sforza, Widar, *op. cit.*, *vide supra* n. 43, p. 16.

⁵⁵ Henkel, Heinrich, *op. cit.*, *vide supra*, n. 33, p. 18.

filosofar, absorbida su atención en el empeño de realizar un trabajo, manejar un automóvil, someterse a un examen, diseñar un proyecto, etc.

En una palabra, el hombre no está en disposición de hacer filosofía en tanto su atención y su inteligencia se hallen acaparadas por el logro de objetivos prácticos inmediatos, como lo marcan las exigencias para las soluciones técnicas para la protección del medio ambiente, la distribución de materias primas, la lucha por atenuar el abismo que separa a ricos y pobres, para satisfacer la demanda de modelos operativos e instrumentos que afronten la crisis económica mundial sin pérdida de puestos de trabajo, sin consecuencias caóticas para la seguridad social y para los países subdesarrollados, todo lo anterior sin llegar al logro de éxitos completos, pero sí con la exigencia de prontas soluciones y decisiones inmediatas.

La enumeración anterior se nos antoja abrumadora y eso que nos faltaría mencionar otro tipo de problemas como los educativos, por ejemplo, el contradictorio panorama pedagógico-cultural por la discrepancia entre lo enseñado por las escuelas y la realidad, con teorías a menudo ajenas a la vida y con necesidades y exigencias crecientes, causando en los educandos apatía, indiferencia y desagrado. No es, por tanto, tan sorprendente, el hecho de que el mundo en que vivimos se halle plagado de criterios pragmáticos y mentalidades utilitaristas.

Ante esta perspectiva desoladora, mal librada sale la especulación filosófica. Incluso todavía más si aceptamos que este quehacer no sirve *para nada*. Inútil rebatir esta premisa que ya apuntara Martín Heidegger en su *Einführung in die Metaphysik*.

Sin embargo, la *theoria philosophica* está exenta de ciertas categorías tales como "la productividad", "la competitividad", "la eficiencia" o "el rendimiento". Esta teoría contemplativa se justifica con el argumento de que, efectivamente, no sirve para nada en sentido pragmático-utilitarista, pero que tiene sentido en sí misma⁵⁶.

El formulador de esta atinadísima expresión es Pieper, un estudioso del *Doctor Angelicus*, quien en brillante alegato señala que tener sentido en sí mismo significa lo mismo que ser bueno para algo en la totalidad de la existencia humana y no en "ser útil para un fin"⁵⁷.

No obstante, no nos contentaremos con este argumento. Es posible encontrarle a la filosofía una posibilidad pragmática, de servicio.

⁵⁶ Pieper, Josef, *op. cit.*, *vide supra*, n. 11, *passim*.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 65, 66 y 67.

La consideración omnicomprendensiva de la realidad con miras a indagar por su sentido último lleva en sí el germen de actividad, de búsqueda dinámica en contraposición a la pasividad teórica que hasta aquí hemos manejado. Al hablar de "tener sentido en sí mismo" se manifiesta un cierto paralelismo, ya que la *theoria philosophica* capacita para una apertura en relación con el mundo circundante. Es esta actitud o disposición la que otorga a la filosofía en general y a la filosofía jurídica, en particular, una importancia mayúscula y una misión práctica indiscutibles. El hombre y las instituciones crecen y progresan, en última instancia, movidas por sus *ideas*

El hombre y las instituciones, jurídicas en este caso, deben, idealmente, inspirarse en los criterios éticos y racionales que rigen las conductas.

También, como señala el maestro Preciado, la jusfilosofía ofrece soluciones adecuadas a los problemas que implica la formulación de un ordenamiento jurídico, en lo social y en lo político. Es obvia, por tanto, la importancia de la filosofía del Derecho en la formación de los juristas, cuya profesión tiene una función social concreta y repercusiones en el ámbito moral, inclusive⁵⁸.

Además de los aspectos deontológicos resalta el carácter interpretativo de la jusfilosofía que capacita a los estudiosos para desentrañar el significado de la realidad jurídica, concibiéndola, en circunstancias espacio-temporales concretas, no como resultado del azar, sino como producto de una herencia histórica y de pensamiento filosófico que anima la evolución de los sistemas jurídicos, siendo los pretéritos antecedentes de los postreros.

Sin duda, todo lo anterior permite a juristas filósofos interpretar cabalmente y de manera omnicomprendensiva, totalizadora, la realidad de los fenómenos jurídicos, por no mencionar el papel de la filosofía del Derecho como elemento indispensable de cultura jurídica en los aspirantes al ejercicio de la abogacía.

Tómese en cuenta, además, la tarea de esclarecimiento de los conceptos jurídicos fundamentales, que no repetiremos por haberse abordado de manera suficiente en páginas anteriores, al tratarla como parte esencial de la misión de la filosofía jurídica. A dichas páginas remitimos al lector.

Según el pensamiento del multicitado maestro de Zaragoza, Luis Legaz, la filosofía del Derecho surge en el pensamiento moderno como sustitutivo de la *juris*

⁵⁸ Preciado Hernández, Rafael, *Ibidem*, pp. 29-30.

naturalis scientia de la antigüedad, derivando de tres supuestos histórico-conceptuales:

- a) La laicización del pensamiento jurídico como obra del protestantismo;
- b) La separación de los conceptos de Derecho y moral en el pensamiento secularizado del racionalismo; y
- c) La ontologización del derecho positivo efectuada por la Escuela Histórica y el positivismo⁵⁹.

Dentro del primer supuesto, es necesario recordar la conexión estrecha entre la antigua jusfilosofía y la teología. Llegados a este punto, el referido autor se adhiere a la observación de Zubiri, quien consideró a Francisco Suárez como el responsable de elevar a la metafísica al rango de disciplina filosófica independiente, poniéndose fin a la corriente nacida con Aristóteles con la formulación luterana.

Según el reformador alemán, el *status corruptus* de la naturaleza humana, consecuencia del pecado original la hace no apta para conocer y realizar por sí misma la justicia⁶⁰. En otras palabras, los seres humanos, como resultado de su *natura corrupta*, están incapacitados para conocer el orden ético universal, quedándose tan solo en el conocimiento de las normas de conducta externa en este mundo.

Hemos hecho referencia a la separación de la metafísica y de la teología con Francisco Suárez. Toca, de igual manera, a un jurista español, Vázquez de Menchaca, desligar la doctrina del Derecho natural de la metafísica⁶¹, señalando en sus *Controversiae Illustres* la existencia en el hombre de una razón justa creada por Dios e idéntica al Derecho natural. Esta separación sería consumada posteriormente con Pufendorf.

Nótese que nos referimos precisamente a la separación del problema del Derecho desligado de la metafísica, en cuanto objeto de conocimiento puesto que es claro que ya desde la Baja Edad Media encontramos antecedentes de secularización, tocantes a los ámbitos de lo social y lo político —presupuestos necesarios de la realidad del *jus*—, a partir del resquebrajamiento de la autoridad del Papado y del Imperio como instancias rectoras de la Cristiandad.

⁵⁹ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 25.

⁶⁰ Verdross, Alfred, *La Filosofía del derecho en el mundo occidental*, 2a. ed., México, UNAM, 1983, pp. 141-143.

⁶¹ *Ibidem*, p. 143.

naturalis scientia de la antigüedad, derivando de tres supuestos histórico-conceptuales:

- a) La laicización del pensamiento jurídico como obra del protestantismo;
- b) La separación de los conceptos de Derecho y moral en el pensamiento secularizado del racionalismo; y
- c) La ontologización del derecho positivo efectuada por la Escuela Histórica y el positivismo⁵⁹.

Dentro del primer supuesto, es necesario recordar la conexión estrecha entre la antigua *jusfilosofía* y la teología. Llegados a este punto, el referido autor se adhiere a la observación de Zubiri, quien consideró a Francisco Suárez como el responsable de elevar a la metafísica al rango de disciplina filosófica independiente, poniéndose fin a la corriente nacida con Aristóteles con la formulación luterana.

Según el reformador alemán, el *status corruptus* de la naturaleza humana, consecuencia del pecado original la hace no apta para conocer y realizar por sí misma la justicia⁶⁰. En otras palabras, los seres humanos, como resultado de su *natura corrupta*, están incapacitados para conocer el orden ético universal, quedándose tan solo en el conocimiento de las normas de conducta externa en este mundo.

Hemos hecho referencia a la separación de la metafísica y de la teología con Francisco Suárez. Toca, de igual manera, a un jurista español, Vázquez de Menchaca, desligar la doctrina del Derecho natural de la metafísica⁶¹, señalando en sus *Controversiae Illustres* la existencia en el hombre de una razón justa creada por Dios e idéntica al Derecho natural. Esta separación sería consumada posteriormente con Pufendorf.

Nótese que nos referimos precisamente a la separación del problema del Derecho desligado de la metafísica, en cuanto objeto de conocimiento puesto que es claro que ya desde la Baja Edad Media encontramos antecedentes de secularización, tocantes a los ámbitos de lo social y lo político —presupuestos necesarios de la realidad del *jus*—, a partir del resquebrajamiento de la autoridad del Papado y del Imperio como instancias rectoras de la Cristiandad.

⁵⁹ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, p. 25.

⁶⁰ Verdross, Alfred, *La Filosofía del derecho en el Mundo occidental*, 2a. ed., México, UNAM, 1983, pp. 141-143.

⁶¹ *Ibidem*, p. 143.

En lo anterior concurren factores varios. Destaca entre ellos el surgimiento de un espíritu nacional. La fórmula "el rey es emperador en su reino" es fortalecida por diversas tesis que, en medio de paulatina disolución de las ordenaciones tradicionales a lo largo del siglo XIV, contribuyen a la vigorización de los reinos nacionales de espíritu particularista, fenómeno impulsado, indudablemente, por la filosofía nominalista, negadora de los conceptos generales, universales.

El exponente más destacado del nuevo espíritu secularizador en los ámbitos de lo político y lo jurídico es Marsilio de Padua cuya obra *Defensor Pacis* fue objeto de una condena pontificia⁶².

Pasando al tercer supuesto comentamos que la ontologización del derecho positivo es llevada a cabo por la Escuela Histórica del Derecho, que si bien, en sus inicios, fue un brote de la Metafísica romántica, degeneró en puro empirismo. El historicismo trató de demostrar que sólo el derecho positivo tiene entidad ontológica jurídica y que sólo la positividad es la única posibilidad para la edificación de una nueva ciencia.

Esto no debe entenderse literalmente en el sentido de que la ciencia del derecho en el mundo occidental haya nacido con el positivismo, ya que su origen se remonta, cuando menos, a los glosadores del *Corpus Iuris Civilis*, evolucionando posteriormente, del método exegético a la exposición sistemática de las grandes "Summas" de la escolástica, que anotaban los aciertos y los desatinos de las *quaestiones disputatae*.

El método escolástico, aunque dogmático, no es ciencia en el sentido moderno, pero sí es ciencia para los claustros escolares medievales; fue la ciencia de la Edad Media.

Como señala el maestro Recaséns⁶³ lo más granado del mundo de los juristas de la segunda mitad del siglo XIX rechazaba categóricamente cualquier postura ultraempírica, o francamente filosófica. Para el positivismo hay sólo el derecho positivamente dado.

⁶² Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 7a. ed., Alianza Editorial, Madrid, 1982, t. I, pp. 390-405, 409-413.

⁶³ Recaséns Siches, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, México, Ed. Nacional, 1981, p. 11.

Aparecen en esta época sustitutivos empiristas de una filosofía jurídica, que aunque ricos en ideas, no merecen la denominación anterior por estar desprovistos de consideraciones supraempíricas, o sea, de índole valorativa, ontológica, etc.

Para llegar a una definición de lo jurídico —repetimos, tema capital de la jusfilosofía— los escritores influidos por el positivismo y el vertiginoso progreso científico, específicamente Bergbolm, Merkl y Bierling, trazaron un programa denominado “Teoría General del Derecho”, sirviéndose del método inductivo (que parte de juicios particulares a conclusiones generales) como en el caso de las ciencias naturales.

Sin embargo, como advierte García Máynez, el anterior programa fracasó ya que, para abstraer las notas comunes de determinados fenómenos jurídicos, es necesario conocer de antemano la esencia del Derecho, o de lo contrario resultaría imposible escoger los datos base de la inducción⁶⁴.

La corriente antifilosófica positivista quedaría superada finalmente a partir de 1870⁶⁵ con la famosa “vuelta a Kant”, sobre la que hemos adelantado algunas consideraciones y en la que profundizaremos.

Explicados los supuestos histórico-conceptuales que hacen factible el surgimiento de una filosofía del Derecho propiamente dicha, es nuestra intención dar una breve visión de conjunto en torno a las corrientes que configuran el horizonte de la contemporánea filosofía jurídica, a fin de alcanzar una mejor comprensión del pensamiento de Hans Welzel, materia central de nuestro trabajo.

Antes de proceder al cometido propuesto permítasenos una palabra conclusiva: Hemos presentado una serie de distinciones en torno a las misiones específicas del Derecho y la filosofía, hemos delimitado sus campos de acción, pero también hemos establecido sus relaciones con el propósito de atenuar diferencias puesto que, en última instancia, según nuestra opinión, no debe existir separación tajante entre la especulación filosófica y el fenómeno jurídico que, como ente normativo referido al deber ser tiene un objetivo anejo a la explicación última de la realidad.

3. WELZEL EN EL PANORAMA JUSFILOSÓFICO CONTEMPORÁNEO

⁶⁴ García Máynez, Eduardo, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 121.

⁶⁵ Recaséns Siches, Luis, *Direcciones...*, *op. cit.*, *vide supra*, n. 63, pp. 15 y 16.

El estudio próximo, aislado de cada doctrina filosófico-jurídica produce la impresión de hallarnos ante un cúmulo de opiniones contradictorias entre sí. Por el contrario, una visión de conjunto nos proporciona algo más que una sucesión anárquica y arbitraria de posturas inconexas.

La contemplación desde la perspectiva panorámica de la historia de la filosofía jurídica va más allá de la exposición de su devenir para adentrarse en su interpretación global. De esta manera la sucesión confusa de opiniones se transforma en un *coloquio*—como diría el propio Welzel— que se realiza a través de los siglos y que confiere a la historia de la humanidad, en todos sus aspectos, un carácter unitario.

El coloquio comienza con la aparición en el hombre de un sentimiento o conciencia de lo jurídico, fenómeno cuya génesis es más compleja de lo que parece, puesto que va unido a la conciencia individual propiamente dicha y ligado con una conciencia *colectiva o de grupo*, puesto que al ser humano siempre se le encuentra como perteneciente a uno o varios grupos sociales, de lo que se deriva la aspiración a la seguridad y al orden de la comunidad que le es propia.

La complejidad de la génesis de la conciencia de lo jurídico se incrementa si se advierte su unidad con diversas manifestaciones éticas, además de la posibilidad de enfrentamiento entre el individuo y el orden social.

El enfrentamiento apuntado se encuentra latente en el ser humano, en sus constitutivos íntimos. El hombre no es un ser social del todo, sino que debemos añadirle un componente individual con un cúmulo de talentos, aptitudes y predisposiciones innatas que aporta a su entorno comunitario y que explican también a las sociedades, donde los individuos deben encontrar su cabal desarrollo, al menos esto es lo deseable, el desarrollo armónico de la sociabilidad entre los hombres, sin menoscabo de su individualidad desde que es asequible para cada uno de ellos, en palabras de Giorgio del Vecchio⁶⁶ un “derecho a la soledad”, es decir, el goce de una autonomía inviolable de la persona. Esta libertad en el ámbito de la acción personal reclama la protección jurídica y se piensa principalmente como un estar libre de la intromisión de los poderes públicos en el campo que se reputa como perteneciente a la decisión personalísima, v.gr. los derechos y libertades fundamentales del hombre.

⁶⁶ Del Vecchio, Giorgio, *La justicia*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1952, p. 154.

Es tal la importancia que reviste este aspecto que se le considera como un principio del orden político⁶⁷.

Es difícil determinar el momento exacto de la aparición por la preocupación de nocificar lo jurídico, circunstancia que supone un cierto grado de evolución cultural. En los pueblos más primitivos algunos han querido encontrar la presencia de una concepción jusnaturalista subyacente en las instituciones de la monogamia, la propiedad privada, etc., testimonios valiosos que no sustituyen, con todo, a la fundamentación filosófica de la realidad jurídica que, al menos en lo que a Occidente se refiere, tiene su mayor impulso en la Grecia antigua, tierra clásica de la Filosofía en general, que en un principio se encontraba más ocupada en la consideración de la naturaleza física desligada de los problemas éticos o propiamente jurídicos.

La mayoría de los tratadistas de historia de la filosofía del Derecho tienen por ello su punto de partida en Grecia. Con frecuencia nos olvidamos de la concepción jusfilosófica oriental, pero esto se debe al predominio de un espíritu dogmático que piensa en el Derecho como objeto de fe y no de ciencia.

Sin embargo, debe recordarse que algunos de estos pueblos orientales han brindado a los estudios filosófico-jurídicos notables aportaciones que, según el sentir de Del Vecchio⁶⁸ se presentan fundamentalmente en la enunciación de máximas morales.

Volvamos a Occidente para intentar otorgar al lector una idea aproximativa de la contemporánea filosofía jurídica, si bien estamos conscientes de lo ambicioso que sería, en breves líneas, sintetizar más de dos siglos de doctrinas jurídico-filosóficas.

Nuestro propósito es hacer especial énfasis en la jusfilosofía de nuestro tiempo, pero debemos hacer referencia, aunque sea de manera muy escueta, a la historia de la filosofía del Derecho desde los griegos, ya que como señala Alfred Verdross⁶⁹, las corrientes filosóficas de nuestro siglo están relacionadas íntimamente con doctrinas anteriores a nuestros tiempos, de tal forma que podemos hablar, si bien es cierto que de forma restringida, de un renacimiento de la vieja filosofía.

⁶⁷ González Uribe, Héctor, *Teoría política*, 6a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 606-607.

⁶⁸ Del Vecchio, Giorgio, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. revisada por Luis Legas y Lacambra, 2a., ed., Barcelona Bosch, 1964, p. 2.

⁶⁹ Verdross, Alfred, *op. cit.*, *vide supra*, n. 60, p. 301.

Negando incluso tal aseveración, no puede dejar de afirmarse que todos los momentos de la humanidad están marcados con la impronta de los hechos pretéritos.

Podemos describir a grandes rasgos la trayectoria filosófico-jurídica de la humanidad en Occidente a partir de la primigenia concepción griega, que no distinguía radicalmente la conducta del ser humano del orden cósmico.

La conducta del hombre se encontraba en las mismas leyes de la naturaleza. Posteriormente, esta concepción transita hacia la radical separación entre regulación humana de la conducta y leyes de la naturaleza, impulsada por la sofística, con lo que se verifica una primera oposición entre ordenamiento positivo y un Derecho natural⁷⁰ entre φυσικς y νομος (Physis y nómos), originándose con ello una tensión que va a ser constante en la Historia de la filosofía del Derecho.

Dicha oposición sería superada por Platón, Aristóteles y la Stoa, a quienes se debe la armonización, la síntesis, entre idea del Derecho, el Derecho natural y el Derecho positivo.

Transcurridos algunos siglos, la filosofía cristiana del Derecho, especialmente los Padres de la Iglesia, retoman el pensamiento antiguo, transformándolo al moldearlo según el ideal cristiano de la vida. La culminación de la jusfilosofía cristiano-medieval tiene su realización en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, el doctor Angélico quien adopta a su concepción jurídica la idea de la entelequia aristotélica, es decir, admitió la idea de un "deber ser" desprendido de la propia idea del Derecho y del τελος (finalidad) del hombre, que requiere una determinada conducta.

Esta será la ley fundamental del universo para el Doctor Angélico, la aspiración a un fin o finalidad, en contraposición a la ley de causalidad que rige a los seres irracionales impedidos para conocer sus fines. Los seres racionales no sólo pueden sino que deben conocer su finalidad y procurar alcanzarla.

En el inciso anterior señalábamos cómo la permanencia de la concepción filosófico-jurídica en la teología fue sacudida por el espíritu voluntarista, superado después por los teólogos juristas españoles quienes no admitieron pugna alguna entre razón y voluntad, sino que los consideraron armónicos en cuanto que ambos eran, en la mentalidad española, elementos constructores del Derecho.

⁷⁰ Cfr. Verdross, Alfred, *op. cit.*, *passim* y Welzel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho, Derecho natural y justicia material*, trad. Felipe González Vicén, 2a. ed., 3a. reimp., Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1979, pp. 3-16.

La antigua oposición *nómos* y *physis*, es decir, la pugna de las dos grandes directrices de la filosofía del Derecho, resurge en la Edad Moderna con nuevos bríos y en planos más profundos: por un lado tenemos el positivismo y en el otro extremo nos encontramos con el jusnaturalismo con toda su gama de variantes, aunque todos agrupados en un mismo seno. La reseña de estas diferenciaciones se consignará en el capítulo siguiente, no sin adelantar que el desarrollo de las doctrinas jusnaturalistas llega hasta nuestros días, aunque silenciado en el siglo pasado, por el positivismo.

El positivismo hace su aparición oponiéndose a cualquier postura auténticamente filosófica, a cuanto implicase especulaciones supraempíricas. El positivismo se limitó al estudio de las formas jurídicas generales.

Resurge, sin embargo, la idea de un Derecho natural cuando la mentalidad crítica comienza a discutir la cuestión relativa a los fundamentos del derecho positivo. El positivismo se ve obligado a aceptar la existencia de normas suprapositivas, única solución viable para justificar la obligatoriedad de las normas jurídicas promulgadas por los titulares del poder.

Recordamos en el apartado precedente la superación que del empirismo jurídico supone la renovación del pensamiento filosófico general, después de 1870. Nuestro siglo se caracteriza por una total restauración de los temas filosófico-jurídicos. La contemporánea filosofía jurídica no se conforma con el puro *factum* del derecho positivo, sino que, como señala Verdross¹¹, penetra la entraña misma del orden jurídico positivo.

El mismo autor opina que son tres los supuestos que fundamentan el viraje de pensamiento explicado¹².

- a) El retorno a la ontología.
- b) El retorno a la teleología.
- c) El retorno a la metafísica.

El retorno a la ontología está referido a la reacción contraria a la corriente iniciada con la filosofía cartesiana y que desemboca en el conocimiento como producción o creación de un objeto.

Destaca entre sus opositores la posición de Nicolai Hartmann, de la escuela de Marburgo con su tesis de que cada conocimiento es un "captar algo" que antes era con independencia de todo conocimiento.

¹¹ *Ibidem*, pp. 405.

¹² *Ibidem*, pp. 301-305.

Con ello, Hartmann inició una filosofía cuyo objeto material es el conocimiento del mundo real, es decir, una filosofía del ser, ontológica, que se contraponen a los subjetivismos e idealismos críticos.

También en Descartes se origina una contemplación mecanicista de la realidad. Hans Driesch señaló que los procesos vitales no pueden entenderse sin la ayuda del principio de "tendencia a un fin" (teleología). También la obra del profesor muniqués Aloys Wenzl señala la existencia de principios finalistas en la cultura y en la acción humana.

Con estas ideas es fácilmente observable que la nueva filosofía es metafísica, no contentándose en concebir a la realidad como suma de fenómenos, sino como una unión entre los fenómenos y el ser oculto tras ellos, como reminiscencia del viejo aforismo heraclítico, que afirmaba que el ser gustaba de ocultarse.

El panorama de las doctrinas jusfilosóficas contemporáneas no estaría completo si nos olvidáramos de hacer mención de la filosofía de los valores, preocupada por el conocimiento de lo bueno, lo bello y lo justo, con expositores tan distinguidos como Lotze, Windelband, Rickert, Brentano, Scheler, Meinong y el citado Hartmann.

Tampoco olvidaremos hablar sobre el neoescolasticismo, corriente que refuerza la idea del Derecho natural. La consagración definitiva del movimiento neo-escolástico se debe al Papa Pecci, mediante la encíclica *Aeterni Patris*, del 4 de Agosto de 1879. Estimula el documento de León XIII el estudio de las obras de Santo Tomás. A este impulso se debió el resurgimiento de las cátedras de filosofía neoescolástica en los grandes centros culturales y universitarios. Transcurrido algún tiempo, sobre todo después de las atrocidades de la época nazi, se reprocha a los juristas su incapacidad de reaccionar en nombre de principios superiores a la exigencia del precepto *dura lex sed lex*. De ahí la importancia que alcanzó en Alemania el renacer jusnaturalista.

Ocupa también un lugar importante en nuestro siglo la filosofía existencial, con múltiples formas de aplicación al campo del Derecho. La mayoría parte de una valoración peyorativa de la vida social por considerarla "inauténtica". Otros, como es el caso de Maihofer⁷³, tratan de salvar la autenticidad del Derecho aceptando la autenticidad del ser humano en su "mismidad" y en sus roles sociales, en su *Selbstein* y su *Alssein* ("ser como"), según la terminología del propio Maihofer (como hijo, como vecino, como padre de familia, etc.).

⁷³ Maihofer, W., *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt a.M., pp. 97 y ss., 117 y ss.

Destaca una de las vertientes de la jusfilosofía existencialista de pura cepa argentina, la concepción egológica del Derecho, obra, principalmente del filósofo-jurista Carlos Cossío⁷⁴.

Hemos destacado el renacimiento de una idea del Derecho natural, idea que ocupará más detallados comentarios en el siguiente capítulo, pero para efectos de nuestra visión panorámica sólo mencionaremos que dicha corriente jusnaturalista presenta, al igual que otras concepciones, variantes complejas.

Hay que distinguir el Derecho natural cristiano en sus versiones protestante y católica-escolástica, que a pesar de la crítica ha demostrado vigencia ante determinados problemas contemporáneos.

Fuera del campo escolástico es decisiva la presencia del enorme Giorgio del Vecchio en Italia; en Alemania, como ya lo mencionamos, el despertar del jusnaturalismo propiciado por la caída del nazismo, es destacada la consideración que de los derechos humanos es realizada por Helmut Coing, sin olvidarnos de Fechner, Kauffman y otros muchos y distinguidos juristas.

Otro punto de acceso a la doctrina del Derecho natural lo constituye la corriente de la "naturaleza de la cosa" como base para la afirmación de un *derecho natural concreto* tiene su manifestación en la expresión de los principios extraídos de la naturaleza ética del ser humano.

Legaz y Lacambra⁷⁵ señala que la expresión "naturaleza de la cosa" fue introducida por J. F. Runde y por Gustav Radbruch.

Maihofer y el propio Hans Welzel sostienen que ciertos aspectos de la realidad constituyen una fuente de Derecho a la que el ordenamiento positivo debe adecuarse. Welzel habla de que existen "objetividades ónticas y "estructuras objetivas"⁷⁶ en cuya indagación y descripción las teorías jusnaturalistas han sido fecundas, no así en sus esfuerzos por llegar al descubrimiento de principios axiológicos materiales del obrar social. El legislador se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física y a estructuras lógicas objetivas, los principios a los que el legislador quiere atenerse y que una vez establecidos son decisivamente

⁷⁴ Cfr. Cossío, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.

⁷⁵ Legaz y Lacambra, Luis, *Ibidem*, pp. 201-211.

⁷⁶ Welzel, Hans, *op. cit.*, *vide supra* n. 70, pp. 257 y ss.

vinculantes. Pero no haremos más comentarios al respecto por ser éste tema objeto de nuestro análisis en lo tocante a la filosofía jurídica welzeliana.

La anterior explicación se orienta sólo a la ubicación del pensamiento del gran profesor de Bonn, quien tiene acceso a la temática jusnaturalista por la mencionada vía de la doctrina de la "naturaleza de la cosa", lo que sitúa a su pensamiento en el ámbito de lo concreto en cuanto que acepta la presencia de "objetividades" con las que deben contar los juristas científicos.

El excepcional pensador objeto de nuestro trabajo encuentra así cabida en esta corriente alemana del siglo XX.

Lo que hemos dicho sobre la vigencia del jusnaturalismo no debe hacer pensar que éste constituye una orientación dominante y exclusiva, si bien es cierto que el Derecho natural reaparece de continuo siempre vigoroso.

Sin embargo, también es cierto —haciendo nuevamente uso de una frase de Nietzsche— que puede hablarse del "eterno retorno" del Derecho natural de la misma forma que puede aplicarse esta idea al juspositivismo. En efecto, el positivismo se hace presente en nuestro tiempo, si bien es cierto que con algunas matizaciones interesantes, siendo hoy uno de sus más destacados representantes Norberto Bobbio.

El juspositivismo al igual que su contraparte (el jusnaturalismo), presenta direcciones múltiples que serán explicadas en el siguiente capítulo. Para finalizar, volvemos a hacer mención de los analistas del lenguaje por el importante lugar que ocupan entre la jusfilosofía contemporánea, estrechamente emparentados con el neopositivismo y el positivismo lógico, pues su origen es común en los hombres de Ludwig Wittgenstein y Bertrand Russell.

Hecha esta revisión puede afirmarse que las doctrinas descritas tienen su origen, en última instancia, en un concepto determinado y peculiar de lo que es el ser humano y del que parten las singulares condiciones de valoración del fenómeno jurídico, según el pensamiento de que se trate, puesto que, repetimos, el modo de hacer filosofía depende del modo de ser.

La retrospectiva que hemos ofrecido aquí nos hace pensar en un desarrollo dialéctico de la historia de la filosofía jurídica. Creemos, en efecto, que existe una pugna constante, una oposición entre φύσις y νόμος, entre voluntad y razón, entre naturaleza social e individual, entre la idea de libertad y la sujeción a las leyes.

Algunas de las oposiciones descritas han sido superadas con el paso del tiempo y la evolución en el pensamiento jusfilosófico. Podemos afirmar que se han superado las contradicciones aparentes insertas en la polémica de la doble naturaleza del hombre, social e individual. Hoy se acepta sin más la doble procedencia del Derecho y su noble misión derivada de este origen⁷⁷:

a) Aseguramiento de los derechos del hombre enraizados en su naturaleza individual.

b) Creación de condiciones para que el hombre pueda conducir una existencia en armonía con su dignidad, la protección fomento y desarrollo de los derechos individuales y sociales.

El maestro Recaséns⁷⁸ opina que el pensamiento actual ya no se preocupa tanto de la posibilidad de un Derecho Natural o de una teoría del conocimiento jurídico, sino de la discusión entre logicismo y eticismo, es decir, si la filosofía del Derecho se construye con menos ingredientes lógicos, o sobre una base ética irreductible a aquéllos, dejando aparte el gran número de coincidencias entre las doctrinas de uno y otro grupo.

Este ha sido un modesto intento de lograr una visión de conjunto de lo que constituye el panorama filosófico-jurídico actual.

La actitud mayoritaria del filósofo-jurista contemporáneo, es de apertura y tolerancia, presenta, además, dadas las actuales necesidades, una tendencia a la *interdisciplinariedad*, enriquecida con los frutos de ciencias diversas, entre las que ocupa un lugar notable la sociología.

De igual forma, la actual jusfilosofía, en los mejores casos, emprende el vuelo hacia nuevos espacios, liberada de las contradicciones del pasado, según lo establecíamos, y con preocupaciones nuevas y no menos estimulantes.

Las doctrinas jurídico-filosóficas se manifiestan como diversos modos de expresión de una particular idea del Derecho, como intentos de aprehensión de la esencia de todo Derecho.

De ahí resultan los límites permisibles de nuestros anteriores comentarios que no pueden pretender exponer sistemáticamente todas las distintas doctrinas de la

⁷⁷ Pitamic, "Naturanrecht und Natur des Rechts", en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. II, pp. 190-209. Citado por Verdross *op. cit.*

⁷⁸ Recaséns Siches, Luis, *Direcciones...*, *op. cit.*, *vide supra* u. 63, pp. 20 y ss.

justilosophía contemporánea, empresa imposible dado el espacio que tal exposición necesitaría.

En esta tesitura, nos parece oportuno finalizar con las siguientes palabras de Balmes, perfectamente aplicables, en este caso, a la historia de la filosofía jurídica:

“La Historia de la Filosofía es la historia de las evoluciones del espíritu humano en su posición más activa, más agitada, más libre; no hay una sola órbita, sino muchas y muy diversas e irregulares.

Si se les quiere dar contornos demasiado precisos, hay peligro de desfigurarlas. En objeto de suyo expansivos, indefinidos, vagos, retratar con holgura es retratar con verdad”⁷⁹.

⁷⁹ Balmes, Jaime, *Filosofía elemental: lógica, ética, metafísica, historia de la filosofía*, 3a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 291.

CAPÍTULO II

FILOSOFÍA DEL DERECHO EN HANS WELZEL

1. JUSNATURALISMO Y JUSPOSITIVISMO

El pensamiento jusfilosófico del insigne Hans Welzel se centra en el análisis del problema del Derecho natural a lo largo de la Historia, pero lejos de tratarse de un pensador adscrito exclusivamente al jusnaturalismo, con el criterio y la apertura propios de los intelectuales de mayor calibre, el profesor de Bonn no se ciñe, sin más, a una sola postura filosófico-jurídica extrema, sino que opta por un sensato eclecticismo.

Ya analizaremos cómo la formidable mente jurídica de Welzel se encuentra influida por diversas corrientes, pero siendo un problema central en su concepción filosófico-jurídica, como ya dijimos, lo relativo al Derecho natural, consideramos conveniente tratarlo con amplitud en este espacio, a pesar de haberlo esbozado anteriormente, al igual que su confrontación con el juspositivismo, a fin de proceder, con los antecedentes necesarios sobre el conocimiento de los términos a exponer la singular versión del jusnaturalismo welzeliano, matizado, repetimos, por la incidencia de corrientes diversas.

El tema de la doctrina del Derecho natural se enlaza con una serie de conceptos (v.g. la justicia) que adquirirán importancia mayúscula en el pensamiento del jusfilósofo alemán.

De esta manera, las reflexiones que emprenderemos constituyen una introducción necesaria. Es oportuno aquí hacer una advertencia. El lector pudiera extrañarse ante la disposición de este capítulo, habiéndose dejado para el final del mismo lo correspondiente a los antecedentes de pensamiento del jurista que nos ocupa, orden poco usual, que, sin embargo, ha sido preparado intencionalmente persiguiendo un objetivo didáctico: sería poco útil ofrecer nuestra versión de los antecedentes si antes se desconoce el pensamiento de Welzel.

Utilizaremos el siguiente método: expondremos, en primer lugar, los planteamientos de ambas corrientes de pensamiento para luego deducir sus relaciones y diferencias.

Comencemos, pues, con el Jusnaturalismo, objeto de tratamiento constante por parte de los pensadores, unas veces para justificar la existencia de un Derecho natural, y otras para negarla.

Sin afectar este tópico recurrente en la historia de la filosofía del Derecho, debe insistirse en el contenido de la expresión "Derecho natural" que no es el mismo en todos los autores; por el contrario, ofrece variantes múltiples no exentas de complejidad⁸⁰, constituye un resumen de concepciones distintas, con contenidos diversos, resultado todo ello, como lo percibe claramente Henkel⁸¹, de la equívocidad de los vocablos "Derecho" y "natural".

Se concibe generalmente la expresión "Derecho natural", como definitiva exclusiva de un jusnaturalismo teológico, propio del mundo cristiano en sus vertientes de la escolástica católica y de una rama del pensamiento protestante.

En el ámbito católico, la formulación magistral del jusnaturalismo fue elaborada por Santo Tomás de Aquino, y la *philosophia perennis* se muestra intacta en su tradición del Derecho natural a través de los siglos.

Sin embargo, este Derecho natural Cristiano no tiene ni su inicio ni su fin en el pensamiento del *Doctor Angelicus*. Para el Aquinatense existen tres leyes del orden natural universal siguiendo la tradición estoico-agustiniana⁸². Además de la ley divina que señala al hombre su fin sobrenatural y es conocida por la Revelación, tenemos una *lex aeterna*, una *lex naturalis* y una *lex humana seu positiva*.

La ley eterna es para Santo Tomás la ley del gobierno divino universal⁸³, ley del orden divino de la creación; la *lex naturalis* es la participación específica de la criatura racional en la ley eterna⁸⁴ y la ley humana se justifica en tanto que el entendimiento humano no puede conocer toda la ley eterna más que en sus principios generales, y sobre todo, en relación a los casos concretos⁸⁵.

Tomás de Aquino manifiesta que Dios ha ordenado a todas las criaturas, incluido el hombre, al fin último y supremo de todas las cosas. Los seres irracionales son dirigidos al fin para el que fueron destinados por impulsos y fuerzas impresos en la

⁸⁰ Nino, *op. cit.*, *vide supra*, n. 26, p. 21.

⁸¹ Henkel, Heinrich, *op. cit.*, *vide supra* n. 33, p. 645 y ss.

⁸² Welzel, Hans, *op. cit.*, *vide supra*, n. 70, p. 55.

⁸³ Aquino, Santo Tomás de, *Summa Teológica*, II, I, qu. 91, 1, trad. Francisco Barbado Viejo, Madrid, BAC, 1946, p. 52.

⁸⁴ Aquino, Santo Tomás de, *op. cit.*, II, I, qu. 91, 2, p. 55.

⁸⁵ *Ibidem*, II, I, qu. 91, 3, p. 57.

naturaleza de cada ser. Los seres libres dotados de razón son dirigidos a sus fines mediante principios y conocimientos prácticos que les señalan lo que deben hacer u omitir.

La *lex naturalis* o la ley moral natural, contiene en sí al Derecho natural, que se refiere a las relaciones de justicia, lo que le confiere su cualidad de Derecho, ya que éste regula siempre una relación social⁸⁶: "*Cum iustitia ordinatum ad alterum non est circa totam materiam virtutis moralis, sed solum circa exteriores actiones et res*".

A la ley natural cada hombre llega con la ayuda de la luz de la razón, y, en lo esencial, está contenida en el Decálogo. Como lo señalábamos, estas ideas del genio griego de la antigüedad adoptándolas al sentido cristiano de la vida. El problema de la cognoscibilidad del Derecho natural es sintomático de ello.

Según la doctrina estoica, en el caso de las ideas éticas, estas se constituyen en virtud de "analogías extraídas de las experiencias axiológicas sensibles"⁸⁷ en tanto que de éstas, como, por ejemplo, de la experiencia de la salud corporal, se sacan consecuencias dirigidas a las experiencias anímicas, así v.gr., consecuencias tocantes a la "salud" del alma⁸⁸.

En este orden de ideas los presupuestos de estas deducciones por analogía las recibimos de la naturaleza, que no situó en el hombre la ciencia misma pero sí los "gérmenes" de ella (*semina virtutum*)⁸⁹.

Lo anterior fue ampliado por Cicerón, circunstancia sumamente significativa para el ulterior desarrollo del Derecho natural cristiano, sobre todo si tomamos en cuenta la doctrina de San Pablo según la cual, Dios ha escrito en el corazón de los hombres una ley indeleble, válida igualmente para los paganos y para los cristianos que han tenido noticia de la Revelación⁹⁰.

Existe una indiscutible inclusión de criterios subjetivos: el "corazón", la "luz natural", semejantes a las ideas innatas de Platón. En la misma tesitura, San Agustín define la *lex naturalis* como transcripción de la ley eterna en el alma humana, en la

⁸⁶ *Ibidem*, II, 2, qu, 58, art. 8, vol. VIII, p. 286.

⁸⁷ Welzel, Hans, *Ibidem*, p. 42.

⁸⁸ Séneca, Lucio Anneo, Cartas a Lucilio, Libro XX, carta CXX: Noción de lo bueno y de lo honesto, *Obras Completas*, trad. Lorenzo Riber, 3a. ed.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Rom. II, 14 y ss.

razón y en el corazón del hombre⁹¹. Santo Tomás proporcionaría más adelante a estos criterios un matiz objetivo al establecer la primacía del intelecto por encima de la voluntad.

El Derecho natural como parte de la teología tiene su contrapartida en las manifestaciones racionalistas, consecuencia del individualismo nominalista. Pueden advertirse tres manifestaciones del Derecho natural individualista, defensor de una libertad ilimitada en el individuo:

a) La representada por Vázquez, Althusius y Grocio, no desvinculados totalmente de la influencia cristiana de la filosofía del Derecho.

b) La sustentada por Hobbes, Locke, Bentham, Thomasius y Rousseau, llamada por Verdross⁹² "Derecho natural naturalista", quienes, en franca oposición a la filosofía aristotélico-tomista, hacen a un lado las ideas de la naturaleza social del hombre y de su *τελος* y aluden a las pasiones animales del ser humano como base para su nueva elaboración, esto es, se considera *natural* el desarrollo de estas pasiones y se les otorga el calificativo de *Ius naturale*. El Derecho queda reducido a la mecánica de las fuerzas sociales. La reacción contra este naturalismo fue la siguiente:

c) La denominada doctrina racionalista pura del Derecho natural, entre cuyos representantes contamos a Pufendorf, Leibnitz y Wolf, quienes reivindican la legalidad del Derecho frente a la naturaleza. Se apartan de la filosofía cristiana porque la fuente del Derecho será, para ellos, la razón pura no iluminada por la Revelación.

La Escuela Histórica del Derecho reacciona en el siglo XIX en contra de la escuela del Derecho natural individualista. Para la Escuela Histórica el único dato jurídico posible es el dato histórico. Y es fácil notar la tenue separación existente del dato histórico al dato positivo.

Uno de los mejores intentos de salvar el jusnaturalismo católico en el seno de la cultura historicista dominante de la época lo representa el famoso jesuita Víctor Cathrein quien, detrás de los principios formales del Derecho natural sitúa la

⁹¹ Agustín de Hipona, Santo, Epístola 157 Ad Hilarium, Obras de San Agustín, BAC, Madrid, 1953, tomo XI, pp. 396 y 397: "*Proinde quoniam lex est etiam in ratione hominis qui tam utitur arbitrio libertatis, naturaliter in corde conscripta (...)*".

⁹² Verdross, *op. cit.*, vide supra n. 60, *passim*.

doctrina de la "ley natural" como expresión del orden cósmico y del lugar que en éste ocupa el ser humano⁹³.

Al igual que Cathrein, el pensamiento jusnaturalista católico cuenta con distinguidos representantes en todos los lugares, siendo uno de los más caracterizados Johannes Messner. Dicho autor fundamenta el Derecho en la sociedad, constituyendo su obra un auténtico tratado de ética social⁹⁴.

No podemos omitir la mención, en la tradición católica escolástico-tomista, de otros prestigiados exponentes: Verdross, Le Fur, Michel Villey, Mortimer Adler, Hutchins, Galán Gutiérrez, Sancho Izquierdo, Truyol y Serra y muchísimos más, imposibles de nombrar en su totalidad, todos marcan a la doctrina jusnaturalista su personal impronta, con matices variados e interesantes.

La preocupación por el Derecho natural existe también en el pensamiento protestante, destacando el teólogo de Zurich, Emil Brunner, quien opta por abandonar la denominación de Derecho natural, inducido por el moderno uso de la expresión lingüística que tiende a vincularse a un individualismo radical y que, según muchas opiniones, es calificativa de un sistema hostil al Derecho positivo⁹⁵.

Este acercamiento a las ideas jusnaturalistas nos sale al encuentro del lado protestante también con autores como Erik Wolff, Dombos y Rolf Peter Collies.

Fuera del campo escolástico ya se aludió a Del Vecchio, quien, aunque construye una filosofía jurídica bajo el signo de Kant —en tanto postula una noción lógica y universal del Derecho— coincide, a fin de cuentas, con los postulados del Derecho natural cristiano.

Helmut Coing, al igual que Del Vecchio, orienta su doctrina jusnaturalista hacia la consideración de los derechos humanos, basados en una exigencia ética implícita en la idea del Derecho. Merece también atención la obra de Erich Fechner.

En el capítulo precedente se trató, aunque de manera escueta, una vía de acceso alternativa a la doctrina del Derecho natural: la naturaleza de la cosa, que hemos de detallar más adelante.

⁹³ Cathrein, Victor, *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, trad. Alberto Jardón y César Baraja, 7a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.

⁹⁴ Cfr. Messner, Johannes, *Ética general y aplicada. Una ética para el hombre de hoy*, trad. Carlos Baliñas, Rialp, Madrid, 1969. Y *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967.

⁹⁵ Brunner, Emil, *La justicia. Doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. de Luis Recaséns Siches, 1a. ed. en español, México, UNAM, 1961, pp. 107-109.

Llega el momento de ocuparnos del positivismo jurídico. La aparición del positivismo se verificó desde diversos ángulos y en direcciones, por así decir, convergentes: por un lado el empirismo de las ciencias de la naturaleza, carentes del sentido de lo normativo; por el otro lado, el conflicto existente entre la moral y la sociología⁹⁶. Todo lo anterior favorecido por el derrumbe del hegelianismo, que, a decir de varios autores, agotó el espíritu idealista⁹⁷.

En el terreno del positivismo jurídico nos enfrentamos también a la constante de la problemática vaguedad de los términos: la ambigüedad del término "positivismo", al igual que el de Derecho natural es evidente, sobre todo por sus implicaciones filosóficas.

A primera vista es notoria la diferencia existente, por ejemplo; entre el positivismo jurídico y el positivismo de Auguste Comte; la misma expresión "positivismo jurídico" se nos antoja equívoca: a veces muy cercana al sociologismo, a veces cercana al legalismo con tendencias jusnaturalistas o francamente antimetafísicas, sin implicaciones filosóficas de ninguna especie. La ambigüedad del concepto no permite vincularlo sin más, a una dirección de pensamiento determinada, sino que, bajo esa denominación común se encubren corrientes de pensamiento de muy variadas raíces.

La etiqueta "positivista" puede agrupar a los analistas del lenguaje y al realismo jurídico norteamericano, la *Begriffjurisprudenz* y la *Interessenjurisprudenz* la Teoría General del Derecho, etc., para culminar con la más pulida y cabal expresión filosófica del juspositivismo: la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen.

La contemplación positivista del Derecho se escinde, para Henkel⁹⁸, en tres grandes ramas: positivismo naturalista, racionalista y normativo.

a) El positivismo racionalista ve en los *conceptos* los elementos productores del Derecho, de los cuales son deducidas lógicamente las proposiciones jurídicas y de éstas, a su vez, las decisiones para los casos concretos, es decir, el Derecho es una estructura de productos conceptuales. Esta posición es positivista en cuanto que los conceptos son aprehendidos como "realidades lógicas" de las que emana la fuerza

⁹⁶ Rommen, H., *Derecho natural. Historia-doctrina*, trad. francesa del alemán por Emile Marniy, versión castellana de Héctor González Uribe, México, ed. Jus, 1950, p. 109.

⁹⁷ Welzel, Hans, *Ibidem*, p. 191.

⁹⁸ Henkel, Heinrich, *Ibidem*, pp. 627-635.

ordenadora de la vida social. Se sustrae al Derecho de todo tipo de factores extralógicos de su formación, pasando por alto el dato antropológico, el social, etc.

b) El positivismo naturalista excluye toda contemplación metafísica y se atiene a la observación de los "hechos naturales", excluyendo la ponderación valorativa. Este positivismo naturalista presenta, a su vez, tres facetas: el positivismo jurídico sociológico, que fundamenta al Derecho en las reglas de conducta manifestadas fácticamente en sociedad, es decir, en el orden externo fácticamente vivido. Su contrapartida es el positivismo jurídico sociológico que se atiene a los hechos internos, base de la formación jurídica de normas, y como especial variedad de éste tenemos el positivismo jurídico teleológico, que interpreta al Derecho en base a hechos sociales, en base a los *intereses* de las partes en la relación social, que actúan causalmente sobre la norma jurídica.

c) El positivismo normativo se presenta en una gama de numerosas posibilidades, todas de acuerdo en el hecho de que "lo positivamente dado" consiste en las proposiciones jurídicas del derecho vigente, a las que hay que atenerse y a cuyo estudio se limitan. Henkel incluye aquí, como una forma de su manifestación a la Teoría Pura del Derecho kelseniana; en segundo lugar, al positivismo legal (ley=Derecho) moderado o radical, según el cual, el legislador se vincula voluntariamente a la voluntad común, o al orden fundamental de la sociedad, o al *ethos* obligatorio del Derecho, al bien común, etc.; la postura radical excluye toda vinculación del legislador y la ley puede ser susceptible de cualquier contenido.

Con razón se ha visto en esta última dirección de pensamiento "el auténtico pecado mortal del positivismo jurídico"⁹⁹ conocida con la expresión *reducto ad Hitlerum*, consistente en señalar los excesos y tropelías de la época nazi, donde el jurista era incapaz de reaccionar, invocando principios superiores, a la exigencia de *Gesetz ist Gesetz*. No obstante, se ha señalado también que las disposiciones del régimen nazi nunca fueron "ley" en el sentido estricto del positivismo, sino decisiones cuya validez se encontraba en entredicho por originarse en ciertos funcionarios, carentes de la más elemental forma jurídica, carentes, por tanto, de obligatoriedad, aunque con una expectativa o posibilidad de revestir una forma jurídica adecuada, punto débil del positivismo. No debe olvidarse la persecución por

⁹⁹ Welzel, Hans, "NATURRECHT UND RECHTSPOSITIVISMUS", en *NATURRECHT ODER RECHTSPOSITIVISMUS?*, Herausgegeben von Werner Maihofer, Hermann Gentner Verlag, Bad Homburg vor der Höhe, 1962, p. 290.

parte de las autoridades nazis contra los integrantes del famoso círculo de Viena neopositivista.

Franz Wieacker distingue, en este orden de ideas, dos modalidades de juspositivismo¹⁰⁰:

a) Científico.- Es la jurisprudencia que ha llegado a ser autónoma, producto de una gran cultura jurídica, que resulta de la tradición ética, en la mente de los jueces, de los principios fundamentales del Derecho positivo, esto es, la jurisprudencia donde palpita la justicia.

b) Legal o legítimo.- Corriente que declara obligatorio el contenido de la ley, sin importar que contradiga los principios jurídicos fundamentales, surgidos en la formación histórica de la comunidad europea.

Verdross¹⁰¹ distingue dos concepciones positivistas:

a) La radical, que desconoce la existencia de un orden jurídico superior.

b) La moderada, que se propone como tema la ciencia del Derecho (análisis de las normas vigentes) y deja a la ética la consideración de su intrínseca validez.

Norberto Bobbio¹⁰² considera que una caracterización correcta del positivismo jurídico debe llevarse a cabo a partir de una distinción triple:

I.. El positivismo jurídico es, primeramente, una manera de abocarse al estudio del Derecho.

II.. El positivismo jurídico representa, en segundo término, una concepción específica del Derecho.

III.. En tercer lugar, el positivismo jurídico constituye una ideología *sui generis* de la justicia.

Entre los precedentes aspectos no existe, según el maestro italiano, una relación necesaria, es decir, que como manera de abocarse al estudio del Derecho, no implica, indefectiblemente el positivismo jurídico como postura doctrinal, ni se halla ésta, a su vez y a *fortiori*, relacionada con la ideología que se atribuye a los doctrinarios positivistas sobre la justicia.

Como manera de emprender el estudio del Derecho, tal posición equivale a diferenciar el "derecho que es" del "derecho que debiera ser", o lo que es lo mismo,

¹⁰⁰ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Hernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 378, y ss., 404-416.

¹⁰¹ Verdross, *Ibidem*, pp. 398 y 399.

¹⁰² Bobbio, Norberto, *Giustnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 104.

positivista será quien, frente al Derecho, se base en datos *verificables* para distinguir los preceptos jurídicos de los que no lo son. El positivista, en la esfera jurídica, no desconoce necesariamente que exista un derecho ideal; simplemente niega que sea derecho en el mismo sentido que el positivo¹⁰³. Y refiriéndose al Derecho natural en especial, el profesor de Turín señala que no se trata de un Derecho con el mismo título que el Derecho positivo porque carece del atributo de la eficacia¹⁰⁴.

En cuanto al positivismo como teoría podemos decir, en palabras del maestro italiano, que es cierto que el Derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que son formuladas y hechas valer por el Estado, en forma directa e indirecta¹⁰⁵, esto es, que esta teoría liga el Derecho a la formación del Estado, capaz de establecer sanciones, o lo que es lo mismo, el Derecho se compone primordialmente por preceptos legislativos, normas promulgadas por órganos centralizados, ignorando la costumbre y jurisprudencia.

Como ideología, el positivismo jurídico consiste en atribuir al Derecho “que es”, por el hecho de existir, un valor positivo, con independencia de consideraciones en torno de su correspondencia con un orden justo. Aunque para la atribución de dicho valor se recurre al argumento según el cual el Derecho positivo, por el hecho mismo de su positividad (el haber emanado de una voluntad soberana) es justo.

Semejante aserto es rechazado por Norberto Bobbio y, al respecto... ya hemos comentado, puesto que en Henkel el positivismo ideológico recibe el nombre de positivismo normativo radical.

El positivismo ideológico se atribuye comúnmente a todos los positivistas, generalización inadmisiblemente irresponsable, fruto de la ignorancia y con el objetivo, sobre todo, de “hacer cargar a los positivistas con el sambenito de la justificación de regímenes dictatoriales o totalitarios (...) Ni Bentham, ni Austin, ni Hart, ni Ross, ni Bobbio, ni el propio Kelsen han mantenido esto”¹⁰⁶.

En efecto, y para ejemplificar, Kelsen anotaba lo siguiente: “Una teoría positivista del derecho, y con ello quiere decirse realista, no pretende negar la existencia de la justicia —es preciso insistir en esto— (...) no niega que la elaboración de un ordenamiento jurídico positivo puede estar determinada, y de hecho lo está

¹⁰³ *Ibidem*, p. 107.

¹⁰⁴ Bobbio, “Algunos argumentos contra el derecho natural”, en *Crítica al Derecho natural*, trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966, p. 236.

¹⁰⁵ Bobbio, *Giustnaturalismo...*, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁶ Márquez Piñero, *op. cit.*, *vide supra* n. 2, p. 46.

generalmente, por la representación de una de cualquiera de esas normas de justicia”¹⁰⁷.

En el mismo sentido, Bobbio expresa: “Desearía que quedase bien claro que las dudas aquí formuladas no afectan en modo alguno a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas ni tampoco al contenido de las mismas, sino únicamente, a su motivación”¹⁰⁸.

Este abanico de posibilidades que ofrece la conceptualización del juspositivismo es amplísimo y no puede agotarse en estas reflexiones. Semejante diversidad encuentra, para Welzel, su razón de ser en que el positivismo jurídico no ha desenvuelto aún su propia teoría, por lo que ni ha tratado de autojustificarse ni de fijar las fronteras que le corresponden. La explicación de esto ha sido la multireferida “naturaleza de las cosas”, pues lo que se llama positivismo no es sino la ocupación práctica con el Derecho. En el caso jusnaturalista ocurre lo contrario, puesto que esa postura aparece “como reflexión filosófica” o teoría “en el sentido eminente de esta voz”. “La teoría es su fuerza, la práctica, su debilidad (...) Esto explica que contemos con una infinidad de doctrinas sobre el derecho natural y no tengamos ninguna teoría acerca del positivismo”¹⁰⁹.

La afirmación welzeliana es realmente exagerada desde el punto de vista del maestro García Máynez¹¹⁰ pues es evidente la preocupación de los autores por un serio cometido de establecer los límites, justificación y postulados esenciales del positivismo.

Existen, pues, teorías numerosas relativas al jusnaturalismo y al positivismo jurídico. Tal aseveración nos plantea una ineludible cuestión ¿será posible entender ambas posturas, a menudo consideradas antitéticas, como corrientes de pensamiento unitarias? Creemos que, pese a las discrepancias gestadas en el propio seno de ambas posiciones doctrinales, existe un común denominador que aglutina todas las posibles versiones.

¹⁰⁷ Kelsen, Hans, “Justicia y Derecho Natural”, en *Critica al Derecho Natural*, trad. Elias Diaz, Madrid, Taurus, 1966, pp. 100-102.

¹⁰⁸ Bobbio, Norberto “Algunos argumentos contra el derecho natural, en *Critica...op. cit.*, p. 237.

¹⁰⁹ Welzel, Hans, *Naturrecht... op. cit.*, vide supra n. 100, p. 235.

¹¹⁰ García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, 2a. ed., México, UNAM, 1977, p. 127.

El elemento unificador de las posturas jusnaturalistas se concreta en las siguientes tesis, tomadas del profesor Márquez¹¹¹:

a) La que sostiene la existencia de principios morales y de justicia válidos y asequibles a la razón.

b) La que señala, en lo relativo a la definición del concepto de Derecho, que una norma o un sistema normativo no serán "jurídicos" en tanto contradigan los citados principios morales o de justicia.

Ahora bien, en estos principios éticos se encuentra un punto de divergencia entre los autores, que si bien aceptan las dos tesis anteriores de manera unánime, disienten en lo relativo al origen de estos principios y no se ponen de acuerdo acerca de cuáles sean, así como de la definición de una justicia en sentido absoluto. En otras palabras, no obstante la multitud de criterios con los que se ha abordado el estudio de la realidad del *jus*, desde la perspectiva jusnaturalista, hay de común en todas estas teorías la idea de una justicia objetiva, "que el derecho vale y consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido"¹¹².

Precisamente, el Derecho natural surge como una respuesta racional a la exigencia de una justicia objetiva que evite el hacer depender a ésta de la voluntad de un legislador, no siempre adecuada, o a menudo, caprichosa.

El elemento común de las posiciones juspositivistas se concreta en la tesis de que el concepto de Derecho debe caracterizarse basándose sólo en su facticidad, en su descriptividad no valorativa.

La variedad de opiniones jusnaturalistas y positivistas reside en la cuestión manejada por nosotros de forma reiterativa, sobre la equívocidad semántica de los vocablos naturaleza, Derecho, justicia, positividad, etc., que, en no pocas ocasiones se sustentan en meros convencionalismos sin un sustrato ontológico auténtico.

De las precedentes ideas se deduce que un positivismo radical, dogmático o ideológico (sea cual sea el adjetivo preferido) se opone abiertamente a la doctrina del Derecho natural. Una posición tan radical y categórica es inaceptable por igual para jusnaturalistas y positivistas ideológicos. Para el jusnaturalismo, porque si el juez está moralmente obligado a desconocer una norma, ésta no será jurídica. Para el

¹¹¹ Márquez Piñero, *op. cit.*, pp. 45 y 51.

¹¹² García Máynez, *Positivismo...op. cit.*, p. 128.

positivismo, porque si la norma jurídica es injusta, el juez está obligado a aplicarla ineludiblemente.

La crítica del Derecho natural se realiza también a otros niveles, por ejemplo, la doble dirección existente según se aluda a un Derecho natural desde un punto de vista ontológico ("ser" del Derecho) o que el Derecho natural sea observado desde un plano deontológico ("deber ser" del Derecho).

Perelman, Passerin D'Entreves, Bertrand de Jouvenel y Prelot, admiten la expresión "Derecho natural" reconociendo, sin embargo, las exigencias de positividad del Derecho y, aparentemente se adhieren más a una concepción deontológica del mismo, a un conjunto mínimo de valores que debieran servir al Derecho positivo como parámetro de valoración y orientación¹¹³.

Bobbio es quien mejor resume, sin duda, el problema¹¹⁴. El catedrático de Turín señala que "las viejas y nuevas críticas al Derecho Natural pueden ser clasificadas en dos grupos según se refieran al sustantivo (sic) o al adjetivo, es decir, según que nieguen que el Derecho Natural sea Derecho, o que el Derecho sea natural. Los juristas se han centrado sobre todo en la primera crítica y los filósofos en la segunda".

Un positivismo jurídico moderado se limita al análisis de las normas jurídicas positivas sin ponderar su justificación o injustificación. Un representante de esta tendencia puede negarse a obedecer una norma jurídica positiva si su contenido contradice principios éticos y un jusnaturalista puede reconocer que una norma es *socialmente efectiva*, no obstante su contradicción con un principio ético. El Derecho natural es una forma *posible* de vida social e informando los comportamientos sociales puede actuar como forma *efectiva* de vida social, aún sin convertirse formalmente en derecho positivo.

La oposición entre el Derecho natural y el Derecho positivo no es, en todo caso, necesaria. El Derecho natural aspira a encarnarse en una formulación positiva (*Positivierung*), aunque no deje de ser, ni aún en el momento en que lo realiza, la medida y la línea directriz de la filosofía positiva¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. Kelsen, Bobbio, et. al., *Crítica al derecho natural*, op. cit., *passim*.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 221.

¹¹⁵ Rommen, op. cit., p. 204.

El concepto de Derecho, en general, implica una dimensión de positividad y eficacia o efectividad, en un sentido más amplio que el implicado por la consideración positivista legalista.

Las posturas jusnaturalistas y juspositivistas poseen, como toda doctrina filosófica, aciertos y desatinos, ventajas y desventajas. El jusnaturalismo aporta los elementos valorativos, el positivismo la seguridad jurídica¹¹⁶. Así contempladas las cosas, podemos afirmar que hay más lazos de unión que oposiciones. No existen, como se ha pretendido, dos sistemas jurídicos contrapuestos, uno de Derecho natural y otro de Derecho positivo, sino sólo uno que “es al mismo tiempo positivo o técnico y natural o racional, ya que en él se conjugan una técnica positiva y unos fines racionales”¹¹⁷. De igual manera, el jusnaturalismo debe conocer, ante todo, el Derecho positivo, pues únicamente puede valorarse lo que es previamente conocido.

Debe dejarse de contraponer el Derecho natural al positivo cual si se tratase de una disyuntiva ineludible, pues lo que constituye la estructura ontológica real del Derecho, es la conjunción de jusnaturalidad y positividad, como acertadamente lo afirma el maestro García Máynez, siguiendo las ideas de Kaufmann¹¹⁸ quien concebirá esta relación como de complementación y como productora de un sistema jurídico genuino. En efecto, Kaufmann, quien se propuso superar la antítesis establecida por la mayoría, afirmó que un enlace entre positividad y jusnaturalidad constituye una *conditio sine qua non* de la existencia del Derecho, porque equivale a decir lo mismo que una conjunción de esencia y de existencia de lo jurídico.

Las dificultades surgen irremediablemente cuando un precepto formalmente válido carece de validez intrínseca puesto que, en dicho supuesto, los órganos estatales no pueden sacrificar el criterio oficial en aras de un parecer distinto.

Es el maestro García Máynez quien simplifica el problema de manera importante, desde un punto de vista filosófico muy bien fundamentado. Nos referimos, desde luego, a su conocida teoría de los tres círculos. Por su enorme utilidad, nos permitimos consignar en estas páginas dicho planteamiento¹¹⁹.

El referido profesor anota que, el admitir a un mismo tiempo, un orden positivo y uno natural conduce a una contradicción con el principio de *unidad del fundamento*

¹¹⁶ Márquez, *Ibidem*, p. 51.

¹¹⁷ Preciado Hernández, *op. cit.*, *vide supra* n. 10, p. 243.

¹¹⁸ Citado por García Máynez en *Positivismo jurídico... op. cit.*, p. 150.

¹¹⁹ García Máynez, *Positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 161 a 176.

de validez, esto debido a que las notas de validez extrínseca (formal, en sentido positivo) y de validez *material* (axiológica, de contenido) derivan de distintos criterios y, por tanto, no se implican entre sí, ya que una norma jurídica puede poseer una de estas notas, pero al mismo tiempo, puede carecer de la otra, aunque nada impida que puedan coincidir ambos aspectos en un mismo precepto jurídico.

La validez extrínseca depende de su procedencia de las fuentes formales y de su coherencia con preceptos de rango superior; la intrínseca, a su vez, deriva de la bondad o justicia de los dichos preceptos ordenan hacer u omitir. Es decir, ambas notas de validez no se implican necesariamente, pero tampoco necesariamente se excluyen. Además debe añadirse a la validez extrínseca, el atributo de la eficacia.

Cuando se les refiere a la totalidad del sistema normativo, los atributos de validez extrínseca y eficacia no pueden ser separados, lo que no significa que se confundan o que coincidan necesariamente en todas las normas que componen dicho sistema. La eficacia se refiere al cumplimiento, por parte de los destinatarios, de un precepto específico, sea éste espontáneo o impuesto por los órganos de poder público.

La validez extrínseca (vigencia) de un sistema de normas jurídicas en su totalidad, se ve condicionada por la eficacia normal de aquéllas, circunstancia que puede faltar en disposiciones aisladas, y no por tal carencia dejarán de ser normas.

Existe la posibilidad de que, lo que a juicio de los partidarios del jusnaturalismo sea Derecho, no lo sea para los órganos del poder público. La ley vigente puede no ser eficaz y a la inversa: cuando la costumbre eficaz no se halla oficialmente reconocida.

El examen de las relaciones anteriores (que pudo haber sido ubicado perfectamente en el primer capítulo de nuestro trabajo) demuestra la dificultad para establecer a final de cuentas, un concepto de Derecho. Los autores se refieren a aspectos distintos de una misma realidad: el Derecho vigente, el Derecho intrínsecamente válido y el Derecho eficaz.

A fin de aclarar un poco más las ideas desarrolladas, creemos oportuno resumir lo siguiente:

a) Derecho vigente, en sentido jurídico positivo, es el sistema de reglas de conducta que, en determinadas circunstancias espacio-temporales, la autoridad considera como jurídicamente obligatorias.

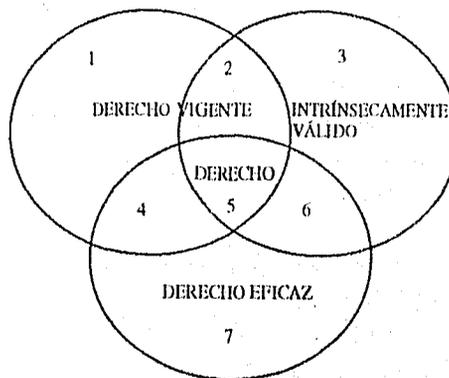
b) Derecho intrínsecamente válido, en sentido axiológico-material, es la regulación justa de la vida de una comunidad en circunstancias determinadas.

c) Derecho eficaz, es el conjunto de reglas que rigen efectivamente una comunidad específica, en circunstancias históricas concretas.

Es claro que, independientemente de la perspectiva que prefiera utilizarse, el Derecho, cualquiera que sea su ámbito de regulación según los incisos precedentes, es ante todo un conjunto de normas. A los tres conceptos mencionados el maestro García Máynez añade la característica de bilateralidad, que es esencial en la relación jurídica y que, el mismo tratadista define, en otro de sus trabajos, como *correlatividad*, es decir, que “las normas jurídicas imponen deberes correlativos de facultades, o conceden derechos correlativos de obligaciones”¹²⁰.

Según la teoría de los tres círculos, las realidades del Derecho eficaz, vigente e intrínsecamente válido pueden combinarse entre sí y dar lugar a una serie de relaciones que pueden ser fácilmente advertidas con ayuda del diagrama sugerido por el propio autor.

El diagrama descubre siete posibilidades diferentes¹²¹:



- 1) Normas extrínsecamente válidas carentes de eficacia y valor intrínseco.
- 2) Preceptos vigentes, intrínsecamente válidos pero ineficaces.
- 3) Normas intrínsecamente válidas, carentes de efectividad y vigencia.
- 4) Preceptos vigentes y eficaces pero injustos.

¹²⁰ García Máynez, *Introducción...*, *op. cit.*, *vide supra*, n. 4, p. 15.

¹²¹ García Máynez, *Positivismo*, *op. cit.*, pp. 167 y ss.

5) Normas jurídicas en las que coinciden los tres atributos: eficacia, vigencia y validez intrínseca.

6) Principios eficaces e intrínsecamente válidos, pero sin vigencia.

7) Normas eficaces sin validez formal ni valor objetivo.

Los positivistas aceptan las normas jurídicas que estén de acuerdo con los requisitos de la ley fundamental de un sistema jurídico eficaz. Es decir, con las posibilidades 1, 2, 4 y 5, aunque en el caso 1 y 2, carezcan de eficacia.

Una postura jusnaturalista extrema adoptará sólo los sectores 2, 3, 5 y 6.

Las posibilidades 4 y 5 serán aceptadas por quienes opinan que el Derecho no es otra cosa que creación judicial (al estilo del realismo jurídico norteamericano y de la escuela de Upsala), lo que supone en la aplicación de la norma jurídica la concurrencia de vigencia y eficacia.

La postura de Kaufman, para quien la estructura ontológica del Derecho depende de la concurrencia de los tres atributos, le merece al profesor García Máynez una opinión favorable; la califica de certera, filosóficamente hablando. Semejante posición queda ilustrada en el diagrama con el número 5, que ofrece la representación del *caso ideal* de la realización de la justicia, lo que merecerá la aceptación tanto de los filósofos jusnaturalistas, los juristas dogmáticos positivistas y de los partidarios del realismo sociológico. La razón es sencilla: para los primeros, realiza los ideales jurídicos, los valores sociales; para los segundos, procede de las fuentes formales, y para los terceros, existe una eficaz ordenación en la interrelación humana.

La coincidencia del triple supuesto de validez, circunstancia, por lo demás, muy satisfactoria para cualquier corriente de pensamiento jurídico, es, desgraciadamente un deber ser, un noble ideal y una edificante aspiración; un anhelo que debiera concretarse en las circunstancias históricas, posibilidad utópica.

En medio de estas disputas una cosa nos queda bien clara: que la competencia entre jusnaturalismo, positivismo y, de manera secundaria, aunque no menos importante de otras muy numerosas doctrinas, más que cuestionarse un problema de fondo, radica en la dificultad, como lo advertimos al principio de esta disertación, de esclarecimiento del concepto de Derecho. La disputa presenta una dimensión lingüística, semántica, ahí donde los términos, meros hechos sensoriales constituidos de sonidos y símbolos, son expresiones equívocas en un buen número de casos con significados basados en convencionalismos.

Cada doctrina jusfilosófica tendrá su concepto de Derecho, aunque, como quedó demostrado, todos los conceptos permiten su combinación y su utilización alternativa¹²². El profesor García Máynez logra una síntesis magistral de las posturas jusnaturalistas, positivistas y del realismo sociológico con su Teoría de los Tres Círculos, a la que nos adherimos plenamente y la que ofrecemos al lector como conclusión de este apartado.

2. JUSNATURALISMO, JUSPOSITIVISMO Y CONCEPTO DE DERECHO EN WELZEL

Para Welzel, el tratamiento del problema del Derecho natural es materia de muchos de sus escritos. De dichos estudios se desprende con facilidad el concepto de Derecho para el insigne pensador, destacan de entre sus ensayos en torno al jusnaturalismo un breve escrito titulado "Sobre la conciencia errónea"¹²³, así como el incluido en un volumen colectivo editado por Werner Maihofer con el título de *Naturrecht und Rechtspositivismus*, traducido al español en una colección argentina de ensayos del profesor alemán¹²⁴.

Creemos, sin embargo, que la síntesis de su pensamiento jusfilosófico se plasma claramente en la clásica obra *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit* multicitada en este trabajo.

Según las palabras introductorias del mencionado libro, el autor señala, como propósito esencial de su estudio, la investigación del motivo principal del Derecho natural, motivo que designa como el problema de la ética jurídica material¹²⁵.

Bajo la denominación común de "Derecho Natural" se ha estudiado, en momentos diversos, la congerie de cuestiones morales y jurídicas con una pretensión unitaria, posibilitada, según el autor, por la íntima conexión existente entre Derecho y Moral. Esta idea constituye un punto de partida para Welzel quien advierte, en esta unidad

¹²² Márquez Piñero, *Ibidem*.

¹²³ Citado por Schmidt, Eberhard en *Derecho injusto y derecho nulo*, trad. José María Rodríguez Paniagua, 1ª. ed., Madrid, Aguilar, 1971, p. 50.

¹²⁴ Welzel, Hans, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico* Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1962.

¹²⁵ Welzel, *Introducción... op. cit.*, vide supra n. 70, p. IX.

aludida de un orden ético —por ser lo moral y lo jurídico valores propios del obrar práctico— un aspecto doble:

a) El aspecto *objetivo*, referido al contenido y fines del obrar moral o jurídico. Es decir, la cuestión *material* de estos campos axiológicos que aparecen, en la referida cuestión, indisolublemente unidos. El problema material del recto obrar social se plantea, entonces, de la misma manera para la Moral y para el Derecho, ya que si ambos exigieran cosas distintas, la contradicción obstaculizaría un obrar unitario respecto de un mismo objeto: los fines justos del obrar social¹²⁶.

b) El aspecto *subjetivo* se referirá a “la relación de la voluntad con los fines materiales, jurídicos o éticos del obrar”¹²⁷; la estructura del acto jurídico o moral en relación con estos fines, así como a la posibilidad de conocimiento de los fines justos del comportamiento.

En la problemática histórica del Derecho natural, figuran primordialmente, para Welzel, del lado objetivo, el problema ético material del recto obrar social —¿qué es lo bueno? ¿qué es lo justo? ¿Existen contenidos materiales que señalen al hombre un criterio firme para pronunciarse en sus *decisiones concretas*?— y del lado subjetivo, el problema (de conciencia) del conocimiento de los fines socialmente justos.

Las anteriores formulaciones pueden ser fácilmente desglosadas encontrando, en cada término, tópicos de interesantísimo tratamiento. Para comenzar, el problema de la ética jurídica material se nos ofrece como consideración en torno a la justicia, por ser su teoría, un sector perteneciente a la ética social material, o bien, en palabras de Del Vecchio: “la justicia no es otra cosa que el perfil social de la ética”¹²⁸.

El tema de la justicia, como es bien sabido, ha sido objeto de innumerables tratados que, a lo largo de la Historia, han sido poco útiles en la dilucidación del tema de lo justo *material*.

Es innegable, que la justicia está presente en el hombre como “oscuro sentimiento”, ‘vaga idea’ (...) enraizada en el propio espíritu¹²⁹; como una “vivencia (...) más conectada con el sentimiento y la emotividad que con la razón”¹³⁰ y que, sin

¹²⁶ *Ibidem*, pp. X, 174-175.

¹²⁷ *Ibidem*, p. X.

¹²⁸ Del Vecchio, “Derecho, Política y Justicia”, trad. de Luis Dorantes Tanayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XIX, núms. 75-76, Julio-Diciembre 1969, p. 719.

¹²⁹ *Idem*, *Dos Ensayos*: 1. El Homo Juridicus y la Insuficiencia del Derecho como norma de vida. 2. Justicia y Derecho, trad. José Camer, México, Cla. General Editora, 1943, colección Monografías Jurídicas, núm. 5, p. 69.

¹³⁰ Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, 1a. ed., México, Jus, 1979, p. 10.

embargo, no se queda en el dato psicológico, ya que si "la justicia fuera sólo una vivencia subjetiva a la que no corresponde nada objetivo, entonces las soluciones jurídicas no pueden invocar lo justo como un criterio válido para todos"¹³¹. Si esto fuera así, las consecuencias no podrían ser peores. La atroz realidad sería lo enseñado por Gorgias, Trasímaco, Calicles y Tucídides, identificadores de Derecho y fuerza, o lo que es lo mismo, postuladores de una ley del más fuerte.

A pesar del desacuerdo existente en el hecho de que cada hombre puede tener una concepción propia de justicia, se entiende de cualquier forma que se acepta la necesidad, por parte de todos, de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos que determinen lo que consideran ser la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social¹³².

Los sabios se pronuncian de forma unánime por la caracterización de la justicia con adjetivos generales: la armonía, la proporción, la igualdad¹³³, todos ellos conformadores de una noción *abstracta*, aunque no por *abstracta* carente de importancia, la que le confiere el ser una aportación cardinal de la cultura.

Ya para los Pitagóricos, y en general en toda la antigüedad clásica, la justicia era concebida esencialmente como una igualdad¹³⁴, concepción determinada por Aristóteles de manera paradigmática, incluso con las objeciones que pudieran plantearse a su teoría, distinguiendo un sentido de justicia como *virtud*¹³⁵ y dos modalidades principales de la justicia particular: la conmutativa y la distributiva.

Para el Estagirita, justicia significa igualdad; no tratamiento igual para todos, sino aplicación de una igual medida. En la medida en que hechos y hombres difieran, será también diferente el tratamiento que no será absoluto sino proporcional. En esto consiste lo justo distributivo.

La justicia conmutativa será la justicia distributiva aplicada a hombres considerados como iguales, es decir, cuyas efectivas desemejanzas se consideran como no existentes¹³⁶. Comentando estas distinciones enseña Radbruch¹³⁷ "que es

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. Ma. Dolores González, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 21.

¹³³ Del Vecchio, *Dos Ensayos...* Loc. cit.

¹³⁴ *Ibidem*; cfr. también Cesarini Sforza, *Filosofía del derecho*, op. cit., *ut supra*, n. 43.

¹³⁵ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro V, II, versión española de Antonio Gómez Robledo, 12a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 59-61.

¹³⁶ *Ibidem*, Libros III a VII, pp. 61-67.

preciso entender por equidad una justicia que tiene en cuenta la particularidad más individual del caso dado, pero aun bajo esta forma, la más especializada, la justicia sigue siendo esencialmente la aplicación de una medida general". Presupone sujetos y circunstancias más o menos semejantes, abstrayendo su más profunda individualidad y es entonces donde hace su aparición la idea de proporcionalidad.

La relación pomenorizada de la evolución del concepto de justicia no puede consignarse aquí por merecer espacios aparte. Las que sí pueden ser invocadas por nosotros son, a semejanza de un artículo del maestro Preciado¹³⁷ ciertas definiciones de justicia, no sólo consideradas como clásicas, sino en lo que a nosotros respecta, como clave en la clarificación del concepto. Remontándonos a la Antigüedad, no podemos pasar por alto la tradicional fórmula "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" —con la polémica del "*suum cuique*", o determinación de "lo suyo". ¿Cómo saber lo que es *lo suyo* en cada persona, o lo que cada persona tiene derecho a llamar 'suyo' y a determinarlo como tal?¹³⁸— seguida muy de cerca por aquélla otra fórmula de Cicerón: "*Iustitia est habitus animi, comuni utilitate conservata suum cuique tribuens dignitatem*".

Dando un enorme salto en la Historia, cualesquiera fueren las definiciones escogidas, no podría coronarse mejor un conjunto tal más que con los conceptos hermosísimos de Kelsen, autor que, con su característica elegancia de estilo considera que la Justicia es la cualidad posible de un orden social¹⁴⁰ cuya búsqueda equivale a la "eterna búsqueda de la felicidad humana"¹⁴¹, finalidad que el individuo no encuentra en sí mismo y que, por tanto, busca en sociedad. La idea de felicidad individual adquiere categoría social cuando el hombre satisface necesidades socialmente reconocidas¹⁴². Y añade el maestro vienés que un orden social justo es aquél donde puede progresar la búsqueda de la Verdad¹⁴³.

¹³⁷ Radbruch, et. al., "El Fin del derecho", en *Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad*, trad. Daniel Kuri Breña, México, Jus, 1944, pp. 108-109.

¹³⁸ Cfr. Preciado Hernández, "Reflexiones sobre la diversidad de ideas acerca de la Justicia" en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XXIII, núms. 91-92, Julio-Diciembre 1973, pp. 499-515.

¹³⁹ Castán Tobeñas, José, *La idea de justicia. Su Trayectoria Doctrinal y la Problemática de sus Contenidos*, Madrid, Reus, 1968, p. 25.

¹⁴⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, 1a. ed., Barcelona, Ariel, 1982, p. 36.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴² *Ibidem*, p. 38.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 63.

Al iniciar nuestros razonamientos resaltamos la importancia de la inclusión de criterios éticos en el Derecho y de su resultante —la estimativa jurídica—, dentro de la cual aparece la justicia como uno de los valores preeminentes, sin excluir otros valores jurídicos. La dirección que viene a considerar a la justicia como un *valor* está hoy muy defendida y liga de ahí, el problema de la justicia a la cuestión general de los valores jurídicos, estando llena de dificultades la discriminación entre el jusnaturalismo restaurado y la filosofía de los valores¹⁴⁴. Así, por razones obvias es en Alemania muy acusada la reafirmación de una estimativa jurídica sobre la base del jusnaturalismo cristiano.

El maestro Recaséns¹⁴⁵ plantea en los países de habla española, de manera muy temprana, el problema de la estimativa jurídica o axiología jurídica, prefiriendo, a semejanza de Brunner¹⁴⁶ estas expresiones a la de Derecho natural, aunque liava reconocido posteriormente que, en el fondo, su estimativa jurídica estaba bastante próxima a una concepción jusnaturalista depurada y que, por otra parte, “en los últimos tres lustros los recelos frente a la denominación “Derecho natural”, han ido desvaneciéndose.

Frente a una noción abstracta de justicia habría de surgir necesariamente la cabal exigencia del esclarecimiento del concepto en sus dimensiones materiales o de contenido —lo que Welzel denomina ética jurídica material—; es decir, una justicia material o concreta¹⁴⁷. La estimativa jurídica apuntada ha aportado puntos de vista que *parecen* aclarar la idea de justicia y sobre todo, han traído una contribución valiosísima al reconocimiento y estudio de dicha justicia en sus contenidos materiales.

Welzel dice que sólo la ética material de Scheler y Hartmann —en medio del formalismo e historicismo de la filosofía del Derecho neokantiana, incapaces de lograr la superación de la reducción del Derecho al poder, consecuencia de la teoría de las ideologías y del positivismo— era el camino más adecuado para llegar a principios jurídicos materiales que no se redujeran a un contenido trivial¹⁴⁸, aunque no deja de reconocer ciertas insuficiencias en esta teoría ética.

¹⁴⁴ Castán Tobeñas, *op. cit.*, p. 110.

¹⁴⁵ Recaséns Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, 1a. ed., México, Porrúa, 1963, T. I, pp. 522 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. Brunner, *Entil*, *op. cit.*, *vide supra* n. 95, loc. cit.

¹⁴⁷ Welzel, *Introducción...op. cit.*, *passim*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pp. 230-231.

Para Castán Tobeñas¹⁴⁹ no se trata propia y objetivamente de dos clases de justicia, sino de dos aspectos o elementos que pueden diferenciarse conceptualmente, pero que vienen a integrar, a la postre, su realidad.

La justicia, (hemos repetido hasta la saciedad) según los autores, se encarga de la regulación de las relaciones de los hombres entre sí; de ahí que no pueda prescindirse de ella en una preceptiva jurídica para que tales relaciones se mantengan tan cercanas como sea posible a un plano de perfección humana¹⁵⁰. Si es el objetivo de la justicia ese recto obrar social, no puede separarse la justicia material del problema axiológico de contenido del Derecho, donde nos sale al paso, forzosamente, el tema de la ley natural¹⁵¹. “La historia del Derecho natural es, según Welzel, el desarrollo continuo de ese fecundo diálogo entre dos posturas radicalmente diferentes, una idealista y otra existencial, que buscan temáticamente la solución del problema de la ética jurídica material”¹⁵².

En efecto, Welzel distingue los conceptos integrantes de esta antítesis, en primer lugar, el derecho natural ideal que considera la determinación de la esencia del hombre partiendo de la razón del *λογος*, es decir, que considera al hombre como un ser “*rationale et sociale*”. En cambio, para el segundo elemento, el Derecho natural existencial, el hombre no es primariamente racional sino un ser determinado por impulsos de naturaleza prerracional, impulsos y actos volitivos. “Para la doctrina ideal del Derecho natural, éste es un orden ideal, eternamente válido y cognoscible por la razón; para la doctrina existencial del Derecho natural, en cambio, éste se basa en decisiones condicionadas por la situación concreta dada o en la afirmación vital de la existencia”¹⁵³.

Desde el supuesto metodológico de que la historia del Derecho natural no constituye un encadenamiento de opiniones arbitrarias, sino que se trata de un *coloquio* de dos milenios y medio de duración en el cual los problemas planteados por los intentos de solución de una época son aprehendidos y desarrollados por las generaciones postreras¹⁵⁴. Por ello, “Derecho Natural y Justicia Material” se aboca a

¹⁴⁹ Castán Tobeñas, *op. cit.*, pp. 26-28.

¹⁵⁰ Novoa Monreal, Eduardo, *¿Qué queda del Derecho natural?*, Buenos Aires-Santiago de Chile, Depalma-Benavides López, 1967, p. 296.

¹⁵¹ Castán, *Ibidem*, p. 26.

¹⁵² Garzón Valdés, Ernesto, citado por Recaséns en *Panorama del pensamiento jurídico...* op. cita., *vide supra*, n. 146, T. II, p. 922.

¹⁵³ Welzel, *Introducción...* *Ibidem*, p. 5.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. X

subrayar la aportación de cada singularidad histórica a la solución del problema de la ética jurídica material. Nos limitaremos a resumir ciertas ideas welzelianas en torno a su visión de la historia del Derecho natural.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, el problema de la justicia material es tan antiguo como el de la justicia general. Es, según el propio Welzel, muy significativo el hecho de que el Derecho natural existencial de la sofística, haya sido propiamente iniciador de esta preocupación jusnaturalista, que en los sofistas se dirigió a la consideración del hombre empírico como medida de todas las cosas según la proposición fundamental de Protágoras¹⁵⁵.

Posteriormente, la figura crítica y reflexiva de Sócrates representaría un hito decisivo en el desarrollo de las doctrinas jusnaturalistas.

En la tesis antes descrita, Sócrates se preocupó igualmente por los problemas éticos subjetivos, que por los contenidos ético-materiales de lo bueno, lo justo, lo valiente, lo piadoso, etc.¹⁵⁶. Desde luego, todos los diálogos socráticos son una búsqueda por la definición de lo justo, lo bello, lo piadoso, etc., con el propósito de superar el relativismo sofista para la determinación indiscutible de ciertos conceptos.

Platón y Aristóteles sentarán, en el otro extremo de la tensión, los fundamentos del Jusnaturalismo idealista. La recepción cristiana de las ideas antiguas, especialmente del estoicismo, llevarán al intelectualismo griego a la cima en el pensamiento tomista, enfrentándose a su aristotelismo el franciscano escocés Juan Duns Escoto. Independientemente del posterior Renacimiento y de la Reforma religiosa, la escolástica habría de sostenerse a través de los siglos, pero ya se gestaban los caracteres de un Derecho natural moderno por el impulso de las nuevas ciencias naturales exactas y sus métodos; en ningún otro ejemplo aparece más claramente, como en el caso de Galileo, la oposición entre la nueva investigación matemático-causal de la naturaleza y la cosinovisión teleológica de Aristóteles y Santo Tomás. El descubrimiento de Galileo es para Welzel paradigmático para la nueva metodología jusnaturalista, por no decir decisivo en el pensamiento universal¹⁵⁷.

En esta conexión ha de considerarse el desarrollo de la teoría del Derecho natural moderno. Se desplaza al teólogo por el jurista filosofante y el filósofo politizante, no

¹⁵⁵ "Παντων χρηματων μετρον ανθρωπος..." *Ibidem*, pp. 6 y 55.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 13-16.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 107-116.

sólo por la secularización del Derecho natural, sino por haberse utilizado en muchas ocasiones como un medio de lucha religiosa, lo que les restó prestigio y credibilidad.

Como las polémicas religiosas no se quedaron en el plano ideológico, sino que se convirtieron en cruentas luchas, era menester buscar los fundamentos para lograr un suelo común donde pudieran coexistir lo mismo el católico que el reformado, o el luterano, lo mismo que el cristiano y el pagano.

El racionalismo influido por las ciencias naturales y el método cartesiano es el impulso motor de la teoría del Derecho natural profano¹⁵⁸. Entre los grandes pensadores que han construido la filosofía moderna contamos a Descartes y a Leibniz, Bacon, Hobbes, Locke, Grocio y Pufendorf en el ámbito jurídico, y algunos otros extendiéndose a las más diversas ramas del saber, por la consideración que en esta época subsistía de la filosofía como "madre de las ciencias". Los genios aquí mencionados recibieron formación escolástica aunque después se volvieron violentamente en contra de ella, mantuvieron, en mayor extensión de lo que se cree, conexión con ideas escolásticas¹⁵⁹.

La cuestión material de los contenidos del obrar justo que se plantea de igual manera para la ética que para el Derecho había sido tratada secularmente bajo el rubro de "Derecho natural". Al subrayar, sin embargo, Hobbes, con gran precisión el elemento real del Derecho, había de aparecer con más fuerza la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo. En efecto, Hobbes, ante su momento histórico percibió la necesidad de poner fin a las luchas entre los pueblos y las confesiones, o al menos, darles un cauce jurídico, por medio de un Derecho natural que constituyera una *fuera conformadora efectiva de la realidad*¹⁶⁰.

Pufendorf, por su parte, ya había separado moralidad y legalidad, su discípulo, Thomasius, va más allá en esta superación. Con estas distinciones se abren paso las dos ideas determinadoras de la época siguiente: de un lado, la estricta diferenciación entre Derecho y Moral, y de otro, la negación del carácter jurídico del Derecho natural y el conocimiento de la positividad de todo derecho¹⁶¹.

El siglo XVIII es para Welzel el siglo del Derecho natural, que, en este tiempo alcanzó esa fuerza conformadora de la realidad preconizada por Hobbes, al penetrar

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 110-116.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 113.

¹⁶¹ *Ibidem*, pp. 172-173.

las declaraciones de los derechos del hombre en Virginia y Francia, así como los códigos austríaco, prusiano y francés¹⁶². Datan de esta época los *elementos* esenciales de lo que todavía hoy tenemos en nuestra vida por digno de ser vivido: la idea de la dignidad humana, de la *humanitas*, de la libertad personal, de la igualdad ante la ley, de la tolerancia recíproca, del derecho a la felicidad individual. Y también sus consecuencias para el orden político: los principios de la separación de poderes, de la colaboración de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, el principio del Estado de Derecho, del bienestar general, de la publicidad de la justicia penal, de la humanidad en la ejecución de la pena, y en último término, la abolición de la tortura y de la persecución hasta la hoguera de las brujas¹⁶³.

Por mucho que pueda aducirse contra los fundamentos teológicos y filosóficos de este siglo del Derecho natural, a él corresponde, en palabras de Franz Wieacker, el haber hecho posible el siglo de oro de la cultura jurídica europea¹⁶⁴.

El idealismo posterior, con su pretensión de construir todo *a priori*, labró su propio debilitamiento y a mediados del siglo XIX se gesta la autodestrucción de la razón por cuatro vías: el positivismo, la doctrina de las ideologías, el vitalismo y el existencialismo¹⁶⁵, todos "arrojados al crisol de un nihilismo"¹⁶⁶.

El formalismo y el historicismo no fueron capaces de evitar la reducción del Derecho al poder, consecuencia del positivismo y la teoría de las ideologías y resuena con mayor fuerza la apelación a principios jurídicos materiales y permanentes, sobre todo, como se ha dicho bastante, entre el período que abarca de 1933 a 1945¹⁶⁷, con notorios intentos de solución en las teorías de Scheler y Hartmann, así como en el renacimiento del jusnaturalismo católico y protestante¹⁶⁸.

De todo lo anteriormente expuesto por Welzel de manera convincente, la existencia de principios evidentes de Derecho natural, evidentes y accesibles a cualquiera, sin más, y sustraídos a los errores de los hombres no pasa de ser una utopía. Sólo en el caso de que contáramos con una ética material de los valores que pudiera darnos una respuesta general, plena de contenido a la cuestión sobre los

¹⁶² *Ibidem*, pp. 170.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 248-249.

¹⁶⁴ Wieacker, Franz, *op. cit.*, *vide supra* n. 101, p. 152.

¹⁶⁵ Welzel, *Introducción...Ibid.*, p. 190.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 230.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 231.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 234-247.

contenidos justos de nuestras acciones y de las acciones prescritas por las leyes, estaríamos en condiciones de poder conocer en concreto si un principio legal es "inmoral" o "contrario al Derecho natural". Además de la disyuntiva entre lo justo y lo injusto nos enfrentamos de igual forma, a otra disyuntiva, la de un caso dado, en la opción de utilización de varias alternativas justas ¿cuál será la más justa para semejante caso concreto?

Lamentablemente está muy lejos de construirse esa ética *material* valorativa de validez general, y aplicada al Derecho, lo cual queda demostrado en el referido ámbito jurídico, por ser "el Derecho de cada momento el Derecho que se aplica al mismo tiempo que se transforma con esa aplicación"¹⁶⁹. Dicha transformación se realiza en primer término por medio de la Jurisprudencia, que concreta los principios jurídicos abstractos y con ello, por una parte, los acomoda a las nuevas condiciones" de la realidad efectiva, y, por otra, los dota de una nueva interpretación de acuerdo con las concepciones valorativas en vigor"¹⁷⁰.

Resalta Welzel el hecho de que el Derecho no ha sido siempre el mismo, ejemplificando con la historia alemana donde las normas más frágiles han sido las referidas a la institución misma del poder: las normas constitucionales. Más estables han sido las regulaciones de las condiciones de la sociedad, p. e., el Derecho civil y el Derecho penal¹⁷¹.

Dicho más claramente, Welzel niega una ética material válida para *todas* las situaciones *concretas* de la vida social, niega valores de auténtica eficacia *independientes de toda condicionalidad histórica*.

Nunca terminará la polémica en torno al suministro de conclusiones decisivas sobre lo que en una determinada situación histórica es el orden social justo, así como no terminará la lucha por lograr la configuración justa de las relaciones sociales¹⁷². Resulta difícil hasta para el más sentimental utópico no rendirse ante la evidencia. Si se lograra la configuración justa de la vida social no habría mayores conflictos en esta nuestra terrena existencia espacio-temporal. Ese prometedor "cielo en la tierra" es una situación que, al menos, desde el aquí y el hoy no parece ni con mucho, cercana. Las milenarias luchas del espíritu humano por encontrar paliativos contra

¹⁶⁹ Welzel, "El problema de la validez del Derecho", en *Derecho Injusto y Derecho nulo*, op. cit., vide *supra* n. 124, p. 90.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 90-91.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁷² *Ibidem*, p. 112.

los efectos del mal en el mundo, y sus conquistas en el logro de hacer la vida más cómoda, más "humana", perderían de pronto todo sentido. Más razonable, en tal caso, hubiera sido aguardar en pasiva expectación el advenimiento de la justicia a la tierra y con ella, de la felicidad plena. La certeza de este destino hubiera impedido el que la vida fuera más llevadera; el sentirse ya en posesión de la felicidad no hubiera producido en el ser humano los recurrentes anhelos de plenitud y de develación del misterio de su existencia sobre la tierra así como la del proceso histórico.

¿Hemos de dejar todo por terminado en una duda nihilista y darlo todo por perdido? La contingencia del contenido material de los valores hace necesaria la *positividad* del Derecho. Si entre las posturas de Derecho natural ideal y de Derecho natural existencial existe una complementación recíproca que otorga a la historia del Derecho natural el carácter de un proceso unitario donde cada solución es asimilada y reactualizada con la mira puesta en la resolución definitiva del problema, no será posible volver sobre nuestros pasos, manteniendo una ya muy gastada y estéril oposición entre jusnaturalismo y positivismo.

De esta manera Welzel queda localizado en esta corriente de franca superación del positivismo propia de la Alemania de la posguerra, partiendo de los puntos de vista de la filosofía de la existencia. Pero el profesor de Bonn, va más allá, pretendiendo superar ciertos aspectos jusnaturalistas. A continuación veremos como se lleva a cabo semejante superación.

Bajo la denominación de un Derecho natural puede entenderse lo que se quiera, en ello va implícita la idea de que el Derecho no es idéntico al simple mandato de un poder dado¹⁷³. No obstante, es evidente que "al Derecho le es de esencia el elemento del poder; el Derecho ha de tener poder, a fin de crear un orden verdadero, ya que en otro caso, no es auténtico Derecho. Ahora bien todo aquéllo que tiene fuerza bastante para crear un orden real ¿es también Derecho independientemente del contenido de este orden?"¹⁷⁴.

Después de la caída del nazismo se buscó la medida ideal que pudiera decidir cuándo constituyen Derecho *obligatorio* las disposiciones eficaces en la práctica emanadas del supremo poder estatal¹⁷⁵. El Derecho no puede ser puro *factum* que se nos impone por la fuerza prepotente, por muy *efectivo* que pueda ser. Y aquí nos

¹⁷³ *Idem*, Introducción... Ibid., p. 249.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 218-219.

¹⁷⁵ *Idem*, El problema...Ibid., p. 73.

encontramos con el problema de la definición de la *validez* del Derecho, es decir, de establecer los criterios de su realidad, es decir, de su efectividad o positividad, aunque, por otra parte haya que hacer referencia a otro tipo de factores, ya que de lo contrario no agotaríamos el concepto de Derecho. De los factores de la positividad (facticidad), que corresponden a la validez jurídica, se extrae sólo un aspecto parcial del referido concepto. Debe diferenciarse al derecho de los puros actos de fuerza o coacción, reconociendo, no obstante, que el Derecho debe contar con este elemento de fuerza o coacción¹⁷⁶.

Surgido el problema de la validez (¿de qué depende la fuerza de obligar de las disposiciones jurídicas?) aparece el problema de la *legitimidad*: ¿Por qué el Derecho que ha logrado la validez positiva en un Estado debe ser acatado también por aquellos que no lo aprueban, por qué debe valer, por razón de que otros lo acaten, una norma respecto a mí?¹⁷⁷.

Dos momentos advierte Welzel en la producción del Derecho positivo: el doble acto del legislativo (establecimiento de la norma) y el del reconocimiento de la norma. Este acto doble ha de ser interpretado en ambas fases como un intento de crear *en el tiempo* un orden *obligatorio* para la convivencia de un grupo humano¹⁷⁸. Aclaremos el sentido de estas frases.

El hecho de ser considerado *obligatorio* hace al Derecho ser tal no sólo ni siquiera porque sea capaz de imponerse. Se hace demasiado énfasis en el hecho de la coacción por parte, sobre todo de los positivistas antes de la conflagración mundial. Welzel señala que el cambio puede establecerse muy claramente en el caso de Gustav Radbruch, quien en 1932, un año antes de ser despojado de su cátedra por el nacionalsocialismo, había consagrado en una fórmula famosísima el concepto del positivismo estricto: "quien es capaz de imponer el derecho, prueba con ello que está llamado a imponerlo". En 1947, escribiría cómo se imponía al Derecho la necesidad de meditar de nuevo sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, "con el cual la injusticia sigue siendo injusticia aunque revista la forma de ley, y ante la cual la sentencia pronunciada de acuerdo con esta ley injusta no es Derecho,

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 84; cfr. también, del mismo autor, "Derecho y poder" en *Más allá del Derecho natural...op. cit.*, *vide supra* n. 125, p. 51.

¹⁷⁷ *Ibidem*, pp. 94-95.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 109-110.

sino lo contrario del Derecho”¹⁷⁹. Y posteriormente, en su *Vorschule des Rechtsphilosophie* de 1948 apuntaba: “Las manifestaciones de voluntad del Estado, cuando carezcan de uno de estos requisitos no serán más que afirmaciones de poder carentes de significación jurídica. Por consiguiente, cuando reniega deliberadamente, por ejemplo, del carácter general del Derecho, cuando ni siquiera se pretenda hacer justicia, las órdenes que el Estado dé serán emanaciones de su poder, pero no verdaderas normas jurídicas.

Así, el Estado que sólo reconoce la legalidad de un partido, excluyendo a las demás organizaciones del mismo carácter, el ‘Estado unipartidista’ no es nunca un Estado de Derecho, como no es una verdadera norma jurídica la ley que sólo reconoce los derechos humanos a ciertos y determinados hombres. “Estamos, pues, ante una nítida y rigurosa línea divisoria entre lo que es Derecho y lo que no lo es, al paso que los linderos entre la injusticia legal y el Derecho válido son (...) cuestión de grado”¹⁸⁰.

Se refiere Radbruch a los requisitos de *realidad*, es decir, positividad, presentando la forma empírica de una ley o una costumbre; *normatividad* (por elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad) y por último el requisito de *carácter social* (por proponerse la realización de la justicia y que dicha aspiración revista un carácter general). Por todo esto, el Derecho será para Radbruch el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social¹⁸¹.

¿Puede un Derecho que no obliga dictar normas? Está superada la cuestión de que lo más trascendente en el campo jurídico no es su ejecución por medios coactivos sino su “función ordenadora de la vida social”¹⁸², o en palabras de uno de los juristas más finos y agudos de Alemania, el conde Alexander Zu Dohna, los contenidos del Derecho no han de servir de “meros instrumentos formalísticos de dominación sino para una reglamentación y formación objetiva y justa de la convivencia humana”¹⁸³.

Al referirse a los fundamentos del Derecho natural moderno y específicamente a la jufilosofía de Hobbes, afirma Welzel que las teorías trascendentes del Derecho

¹⁷⁹ *Rechtsphilosophie* (1932) y *Die Erneuerung des Rechts* (1947), citados por Welzel en *Introducción...* Ibid., p. 230 in fine, y en “*El problema de la validez...*” Ibid., p. 102.

¹⁸⁰ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, op. cit., vide supra n.28, p. 47.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Filosofía y filosofía del derecho*, Bogotá, Ed. Temis, 1985, p. 207.

¹⁸³ Dohna, Alexander, Graf Zu, *La ilicitud*, trad. Faustino Ballvé, 1a. ed., castellana, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, col. Estudios de Derecho penal, no. 1, p. 4.

natural de la época relativizaron la fuerza vinculatoria de los órdenes positivos: "El orden más ideal carece de valor, si no tiene la fuerza de superar la lucha de todos contra todos (...)" ; la idea del orden conformador de la realidad es la idea de la seguridad jurídica. Aunque Hobbes cayó en ciertas tesis extremas, ello no obsta para que en opinión de Welzel, su teoría jusnaturalista sea la teoría existencial más importante, a la vez que complementaria de la congerie de teorías idealistas del Derecho natural¹⁸⁴.

Aceptado ya el valor del Derecho positivo como conformador efectivo de la vida social hemos de referirnos a dos concepciones que discuten entre sí lo relativo a la interpretación de esta posibilidad de la realidad de una norma. Según la primera concepción, superada desde luego, la validez del Derecho depende exclusivamente de la coacción a él vinculada y lleva su propia limitación al escalar la cima de la organización estatal. "*Quis custodiet custodes ipsos?*" y más aún, no puede imponerse por la coacción que esta se aplique¹⁸⁵.

La segunda teoría de la validez consignada por Welzel es la teoría del reconocimiento en sus dos modalidades: individual y general.

Las teorías del reconocimiento individual tienen su antecedente más remoto en los escritos juveniles de Carlos Teodoro Welcker, quien se anticipó a su época y a las teorías relativistas¹⁸⁶. Dichas teorías parten del punto de cada una de las normas del orden jurídico debería ser conocida y reconocida por la voz de la conciencia individual dirigida por los sentimientos y el conocimiento de cada uno, idea con la que no podía llegarse a la afirmación de un orden exterior a la conducta. Esto se mantuvo en la doctrina gracias a múltiples ficciones hasta que se encargaron de este problema Adolf Merkel y Hermann Heller quienes llegaron a la conclusión de que no se trata del reconocimiento de las normas jurídicas una por una, sino del reconocimiento de los principios jurídicos fundamentales. El conde Dohna enseñó que no importa en el reconocimiento tanto el acuerdo en cada caso con el contenido jurídico, como la no impugnación del dominio del Derecho¹⁸⁷. Esta indicación resalta "la significación de la institución de un poder jurídico supremo cuyos mandatos traen consigo la presunción de su fuerza de obligar tan pronto como ese poder ha

¹⁸⁴ Welzel, *Introducción...* Ibid., p. 118-119.

¹⁸⁵ Welzel, *El problema...* Ibid., p. 87.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 78.

¹⁸⁷ Citados por Welzel en *El problema de la validez...* Ibid., p. 89.

logrado el reconocimiento general como poder jurídico. Sin embargo, dicha presunción necesita a la larga de una confirmación incluso en cuanto al contenido (de las normas jurídicas fundamentales)¹⁸⁸.

El reconocimiento general con sustrato sociológico no está exento de dificultades cuando se le identifica con la "común convicción jurídica", conciencia general del Derecho", con "los contenidos espirituales comunes en la conciencia de una pluralidad de individuos: un grupo o una mayoría o la totalidad de un pueblo" y con la expresión hegeliana de "espíritu objetivo"¹⁸⁹.

Welzel opina que en general eso no se hace, sino que por espíritu objetivo no se entiende lo real sin más (constitución espiritual de un pueblo con la inclusión de sus terribles errores), sino lo auténticamente *real* que es la vida ética de un pueblo. Welzel ejemplifica diciendo que hasta la época del Imperio alemán, inclusive, subsistió la aspiración de que el Derecho fuera expresión y contenido no de la constitución espiritual de un pueblo, sino del espíritu objetivo rectamente entendido. Las terribles experiencias vividas por el pueblo teutón demuestran la fatal equivocación que significó la elevación a la categoría de lo recto-normativo, de lo objetivo valioso, de espíritu objetivo al fundamento sociológico del reconocimiento general (común convicción jurídica), ya que si bien, todo mandato *legal* que encuentra reconocimiento general se convierte en Derecho positivo, el reconocimiento no deja de ser sólo *uno* de sus presupuestos para el nacimiento del Derecho positivo; la propiedad de validez positiva no puede negarse a ciertas normas injustas que han sido aplicadas en diversos momentos históricos "a pesar de lo limitado del papel del reconocimiento general, éste tiene, no obstante una importancia fundamental: las "leyes a punta de bayoneta", es decir, los mandatos del supremo poder estatal que ni siquiera pretenden lograr el asentimiento general, pueden ciertamente imponerse si se encuentran con súbditos bastante dispuestos, pero no llegan a alcanzar la validez positiva ni a ser Derecho positivo. Y si contradicen a normas jurídicas positivas (reconocidas), son mandos contrarios al Derecho"¹⁹⁰.

La recepción del Derecho legislado por el gobernante tiene que encontrar reconocimiento en la conciencia jurídica del pueblo, para convertirse dicho

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 91-92.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 94.

reconocimiento, en Derecho positivo, teniendo cuidado, repetimos, de no legitimar cualquier espíritu histórico, de no elevar a la categoría de lo justo-objetivo más que a un *deber ser verdaderamente vinculante*.

La conciencia jurídica de un pueblo puede, ciertamente, constituir un influjo correctivo de las decisiones equivocadas de los gobernantes, en

contraste con lo dicho anteriormente. Son las dos caras de la moneda e incluso, refiere Welzel, Hitler, con certero instinto, no daba más que como órdenes secretas, los mandatos de eutanasia o eliminación, por considerar “inmadura” para tales efectos, a la conciencia jurídica de su pueblo. Pero la conciencia jurídica del pueblo, evidentemente, como lo referimos, no lleva consigo la justicia por el mero hecho de existir, sino que es sólo un ensayo o intento de formular en el tiempo lo que es justo. Por ello, esta conciencia no puede ser absolutizada, ni condenada la minoría que se aparte de ella¹⁹¹.

Volviendo al deber ser vinculante “El Derecho no puede ser el resultado del poder de cada momento, sino que, al margen de cualquier condicionamiento por el poder triunfante, tiene que estar vinculado únicamente por la verdad (...) Incluso el nihilista teórico de los valores vive, en último término, de la libertad que le confiere su íntima vinculación con la verdad”¹⁹².

Todas las teorías fácticas de la validez aclaran un hecho real: por qué la norma ha sido efectiva (a causa del reconocimiento), pero no por qué deben ser obedecidas. Las llamadas teorías fácticas de la validez ignoran el problema mismo de la validez del Derecho. Las teorías de la coacción se refieren a un “tener que”; las del reconocimiento se refieren a un “querer”, pero ninguna de ellas contiene un “deber ser”. El Derecho como poder *coacciona*, pero no *obliga*.

Para retomar el hilo de nuestros razonamientos resumiremos lo expuesto hasta aquí: el Derecho positivo que depende del doble acto de su promulgación por el legislador y de su recepción o reconocimiento ha de ser interpretado en ambas fases como un intento de crear en el tiempo, un orden *obligatorio* para la convivencia de un grupo humano. Es sencillo deducir, con estos antecedentes, el concepto de Derecho en Hans Welzel. No hay que esperar a redactarla en nuestras propias palabras, el propio autor lo expresa de la siguiente manera: “El Derecho es un complejo de proyectos de orientación del orden de la vida social que, sobre la base

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁹² *Ibidem*, p. 108.

de formaciones institucionales tradicionales y bajo las condiciones concretas del presente, en parte se continúan y en parte se reformulan o se establecen de nuevo. En esto ha participado el trabajo de la legislación así como también su recepción y su ulterior elaboración en la conciencia jurídica, sobre todo en el ámbito de la jurisprudencia y de la doctrina jurídica¹⁹³. Todo esto, es necesario repetirlo, bajo la aspiración de encontrar en el tiempo un orden justo.

La aspiración de un orden justo, este debe ser auténticamente valioso y vinculante para la ordenación jurídica es el nexo con el concepto welzeliano de *obligatoriedad*, que trasciende un simple "querer" y un simple "tener que". La verdadera obligación que no surge de la coacción queda expresada magistralmente con la siguiente fórmula: "la coacción fuerza pero no obliga; obligar sólo puede obligar lo valioso"¹⁹⁴.

Siguiendo a Rothacker, Welzel¹⁹⁵ toma el concepto de "últimos y originarios 'proyectos de sentido'" que conforman la vida social de los pueblos en un determinado momento y en los que descansan los principios base de todo orden jurídico. De igual manera, los contenidos de deber ser vinculante en el campo ético-social propuestos por las doctrinas jusnaturalistas, extraídos de fuentes múltiples, constituyen, por su parte, auténticas estructuras de sentido interpretativas, formuladas en el tiempo y conviviendo con muchas otras¹⁹⁶. Los contenidos del deber ser no se identifican con el capricho o la arbitrariedad de los grupos humanos, por las mencionadas ideas de vinculación a la verdad, por ser ensayos de interpretación de ese deber ser trascendente, "o lo que es lo mismo, que es el deber ser lo que exige del hombre una estructura de sentido para su existencia, una exigencia, que no puede eludir en absoluto"¹⁹⁷.

El hombre es en este contexto sujeto que orienta conscientemente, a través de decisiones íntimas, desde lo más profundo de su psique y su manera de ser personal, de la conciencia y de la circunstancia de cada cual, la elección del propio destino, sustrayéndolo de la calificación de objeto del acontecer natural.

Son variadas, es cierto, las opiniones que consideran la incapacidad de demostración de enunciados del deber ser, pero aclara Welzel que semejantes tesis no se refieren en absoluto a la existencia del deber ser, sino tan sólo a su contenido.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 110.

¹⁹⁴ *Idem*, *Introducción...* *Ibid.*, p. 174, in fine.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 193.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 255.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 256.

La existencia del deber ser es un presupuesto axiomático para quienes así opinan, como un dato último; lo que se niega es la posibilidad de realizar afirmaciones racionales sobre su contenido.

Que estas teorías traten de este deber ser como un axioma no tiene que extrañar ya que "de hecho es un dato último, desde el cual puede procederse a una prueba, pero que, en sí mismo, no puede ser probado. Lo que sí puede hacerse desde luego, es mostrar fenómenos que lo evidencian y que hacen verosímil su contenido (...) en primer lugar la voz de la conciencia"¹⁹⁸.

La adnoción del deber ser es perceptible en la conciencia moral que se dirige a nosotros solicitándonos en nuestro ser íntimo y nos obliga en consecuencia: "La designación como 'axioma' debe servir para expresar que el 'deber ser' es algo más que un mero sentimiento subjetivo, que como cualquier otro axioma, está sustraído a una demostración inmediata pero que es posible formular *afirmaciones racionales sobre las consecuencias de su negación* (...) lo que permite extraer conclusiones sobre el hecho de su existencia *objetiva*"¹⁹⁹.

Las estructuras de sentido lógico-objetivas se convierten en otro coto de limitación intrínseca del Derecho positivo, al tiempo que gozan también las estructuras, de fronteras immanentes que son propiamente las "objetividades ópticas"²⁰⁰ preliminares a toda interpretación de sentido, delimitadoras de sus marcos y en cierta forma, conformadoras de sus contenidos.

Se aprecia aquí, con toda claridad la interdependencia entre el elemento de la facticidad y el elemento de la idealidad correspondientes ambos, a la esencia del Derecho²⁰¹. La superación del positivismo no se encuentra, pues, en la pura remisión a un Derecho suprapositivo, sino en la elaboración de las estructuras lógico-objetivas: en el ámbito de las estructuras de sentido, lo hemos dicho, las objetividades ópticas salvan del capricho y la arbitrariedad humana. La tarea futura de la filosofía jurídica consiste no en la búsqueda de contenidos axiológicos idealistas, sino en el análisis ontológico de las instituciones concretas: "El concepto de institución debería limitarse a estas unidades sociales indispensables para la

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 250.

¹⁹⁹ *Idem*, *El problema...* *Ibid.*, p. 107.

²⁰⁰ *Idem*, *Introducción...* *Ibid.*, pp. 256-257 y ss.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 219.

existencia humana (...) Se trata de unidades vitales supraindividuales en las que se especifica históricamente para la existencia humana el deber ser trascendente”²⁰².

Nuevamente penetramos en el ámbito de la naturaleza empírica. Welzel menciona como ejemplos la estructura de la culpa en el Derecho penal. Ninguna norma jurídica o moral puede preceptuar que las madres den a luz hijos viables a los seis meses en lugar de a los nueve. Esta y otras proposiciones semejantes se deben a que las normas referidas sólo pueden estar dirigidas a *actos*, distintos de la causalidad natural, por el momento de la dirección consciente a un objetivo (recuérdese lo dicho con respecto a la admonición de la conciencia). He aquí el núcleo de una idea clave en la justilosophía welzeliana, que ha de trasladarse al terreno de la dogmática jurídicopenal: el finalismo, el mundo de lo teleológico: “la estructura de la acción humana es el presupuesto de posibilidad para valoraciones de una acción tales como (...) la ilicitud y la culpa”²⁰³. En el terreno de lo empírico “nos enfrentamos con los tres aspectos ónticos elementales, sin los cuales no es pensable ninguna estructura social: la indigencia física del hombre, su diferenciación en sexos y su ‘socialidad’; es decir, su necesidad de otros hombres y su dependencia de ellos. En el principio de todas las estructuras sociales humanas se encuentran, por eso, las instituciones de la propiedad, del matrimonio (familia) y de la comunidad política (el Estado). Aquí, empero, la uniformidad del título no debe ocultarnos que la conformación concreta de cada una de estas instituciones depende de toda una suma de condiciones empíricas y variables históricamente”²⁰⁴.

Se trata siempre de integrar los datos empíricos del mundo en transformación como constitutivos de una conexión de sentido de la existencia humana. “Como medios auxiliares para ello, el hombre dispone tan sólo de su razón y de su conciencia”²⁰⁵.

“Al hombre le es impuesto de modo ineludible el cometido de dar expresión al deber ser trascendente bajo los presupuestos y las condiciones cambiantes de su existencia histórica y de hacerlo en la forma de estructuras sociales dotadas de sentido. En la solución de este cometido no hay ningún aseguramiento contra el error ni contra el fracaso. La corrección de faltas no es posible ni echando mano de

²⁰² *Ibidem*, p. 257.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 257-258.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 259.

lo absoluto ni apelando al poder, sino sólo por medio de la discusión y la argumentación²⁰⁶. El papel ético-social del Derecho positivo pone de manifiesto que existe una interdependencia entre la situación de éste y la verdadera vida ética de un pueblo.

La lucha por la configuración de las relaciones sociales deberá llevarse y mantenerse en un plano que permita una “discusión espiritual”²⁰⁷ “entre ideas” (...) y no se trate de poner fin a ella por el sometimiento (...) o la aniquilación del hombre por el hombre²⁰⁸.

Sin embargo, la determinación de estas estructuras lógicas, por más completa que sea, no puede solucionar por sí sola todos los problemas de una ordenación justa. Por eso recurre Welzel a un principio que considera permanente y universalmente válido: la autonomía ética del ser humano.

En la pretensión de hacer realidad lo justo bajo los presupuestos de una circunstancia espacio-temporal dada, el Derecho deberá contentarse con ser un *mínimo ético*, deberá limitarse a los rasgos fundamentales de las instituciones sociales²⁰⁹, a un “marco” de legalidad que no se quede en regulaciones axiológicamente neutras, pero que posibilite “a los que sostienen otras convicciones hacer valer su propia manera de pensar”²¹⁰.

La autonomía ética es lo que transforma al individuo en *persona*, y sobre todo en *persona responsable*. La consideración del hombre en tanto persona (*fin en sí ético*) responsable es el “presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si éste no quiere forzar simplemente por su poder sino obligar en tanto que Derecho”²¹¹ precisamente por virtud del deber ser trascendente y decisivamente vinculante. El estar obligado incondicionadamente es “el núcleo y contenido de verdad permanente del Derecho natural”²¹², todo esto en relación con lo dicho sobre la consideración del hombre como ser colocado continuamente ante la situación de tener que elegir entre

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 263-264.

²⁰⁷ *Idem*, El problema... *Ibid.*, p. 112.

²⁰⁸ *Idem*, Introducción...*Ibid.*, p. 267; cfr. también p. 265 a fin de evitar el calificativo de “relativistas” para estas posturas. Recuérdese lo dicho al respecto del reconocimiento general. Welzel no entiende por tolerancia la aceptación de todo punto de vista como si la dirección estatal recogiera toda concepción política capaz de alcanzar una mayoría.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 266.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 250.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

sus posibilidades vitales, es decir, en ejercicio de su libertad. Y con estas ideas creemos cerrar el círculo del esquema jusfilosófico welzeliano que une, con un razonamiento finísimo, positividad e idealidad, facticidad y nota axiológica, el dato de eficacia y el elemento *ideal normativo*. "Sin positividad el Derecho es simple abstracción o aspiración ideal de un orden posible; sin su nota axiológica fundamental es mera fuerza incapaz de cumplir con el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano"²¹³.

Los cuatro elementos básicos de la concepción jusfilosófica welzeliana —deber ser incondicionado, sujeto responsable, el carácter ordenado del obrar ético-social (a la vez ético y jurídico) y la concordancia de los órdenes ético-sociales (que sus normas, reglas y órdenes se encuentran en conexión interna que posibiliten una vida unitaria plena de sentido)— son el presupuesto de posibilidad de todo orden ético-social, nociones supratemporales, independientes del contenido de estos órdenes y que, a fin de cuentas, han sido las aportaciones más duraderas de las doctrinas del Derecho natural²¹⁴.

Este reconocimiento de Welzel hacia la aportación del Derecho natural —recuérdense las elogiosas observaciones del autor que nos ocupa en torno a las aportaciones del siglo XVIII— nos hacen ver con cierta reticencia las opiniones que consideran a este pensador como un franco escéptico o un feroz anti-jusnaturalista. Así, por ejemplo, el profesor Novoa Monreal²¹⁵, enuncia dos frases que, sacadas fuera de contexto pueden llevar al neófito en la materia a equívocos terribles: "Para Hans Welzel, la fuerza al servicio de las normas es requisito indispensable para el derecho. Esta es una de las razones que lo llevan desconocerle valor como Derecho al Derecho Natural"²¹⁶. Y más adelante: "De aquí que Welzel no obstante su anti-jusnaturalismo, repudie también el positivismo jurídico"²¹⁷. Habría que precisar contra qué Derecho natural se rebela Welzel, y en todo caso, debieran usarse con mayor cuidado calificativos tan categóricos como los de repudio, etc. Se ha mencionado, no hace mucho, la inclusión del elemento axiológico y de factores aportados por las doctrinas jusnaturalistas en la obra de Welzel, y, en la misma medida, de datos aportados por la tradición positivista.

²¹³ Garzón Valdés, citado por Recaséns en *Panorama del pensamiento...op. cit.*, p. 926.

²¹⁴ Welzel, *Introducción...Ibid.*, p. 253.

²¹⁵ Novoa Monreal, *op. cit.*, *vide supra*, n. 151.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 198.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 275.

Es importantísimo entender la posición welzeliana en torno a ciertas cuestiones desde su contexto histórico, como ocurre con cualquier pensador. El profesor de Bonn vivió en carne propia las aberraciones del abominable régimen nacionalsocialista (sus escritos contienen múltiples referencias a esta etapa alemana). Welzel ha advertido la facilidad de caer en fanáticas posiciones extremas, en totalitarismo despóticos, se trate de orientaciones de derecha o de izquierda. Semejantes regímenes radicales han generado los capítulos más vergonzosos y absurdos de la historia humana. De aquí la cautela de Welzel ante las posturas que, sintiéndose depositarias absolutas de la verdad, tratan de recurrir a una presuntuosa “coacción para el bien”, ignorando el lado subjetivo de la moralidad, el valor que se encuentra *per se* en el libre cumplimiento del deber, así como el ejercicio responsable de la libertad. Piénsese por ejemplo de aquellos postulados que pretenden aprehender directamente desde la trascendencia, ciertas reglas de comportamiento social, como es el caso de los reyes filósofos de Platón, capaces de una contemplación directa de las esencias, o como —en el pasado próximo e incluso en el presente— la directiva del partido comunista, capaz de una interpretación infalible del proceso histórico científicamente cognoscible²¹⁸. Se trata de posiciones extremas, cerradas, que creen tener la certeza absoluta de que la estructura de sentido que extrae de sí o cuya necesidad afirma, es la *única justa* es una situación histórica dada.

Muchas de ellas, lamentablemente, apelan al concepto de naturaleza, manipulándolo. Welzel considera que la “naturaleza” es un concepto tan maleable que, no hay nada que no pueda ser introducido en él y luego extraído de allí en forma de argumento, lo que se pone de manifiesto en los primeros tiempos del Derecho natural, paradigmáticamente en el hecho de que con la misma corrección metódica se extrae de la “naturaleza humana” la igualdad y la desigualdad de los hombres²¹⁹, partiendo algunos pensadores de los caracteres peculiares de todo hombre y otros, de los caracteres peculiares de cada individuo concreto para la determinación del concepto de naturaleza. Afirma Welzel que lo único que puede considerarse como “naturaleza racional” (...) “es el correlato personal del deber ser incondicionado; es decir, el sujeto responsable”²²⁰.

²¹⁸ Welzel, *Introducción...Ibid.*, p. 256.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 5 y 10-12.

²²⁰ *Ibidem*, p. 254.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Contra la utilización y manipulación del concepto de naturaleza como instrumento de lucha se pronuncia el maestro alemán, bien que se refiera al ataque o a la defensa, lo que no quiere decir que no exista parte de verdad en los contenidos de estas posturas beligerantes; lo reprochable es *hipostasiar*, (en una expresión utilizada para criticar duramente a Helmut Coing), "los deseos político-jurídicos de su época o de su persona en proposiciones eternas de Derecho natural"²²¹, precedidas de decisiones axiológicas primarias, es decir, arraigadas en diversas estructuras de sentido en las que se trata de interpretar el "sentido de su existencia explicitándole en fines vinculantes del obrar"²²².

La genial síntesis lograda por el profesor de Bonn entre facticidad e idealidad en el Derecho, es de aquellas propuestas propias de los hombres que tienen "la cabeza en el cielo, pero los pies bien plantados sobre la tierra" porque la rosada y flotante aspiración abstracta de una regulación justa dejará de ser un vehemente sentimiento teniendo en cuenta las circunstancias empíricas temporalmente condicionadas. Pertenece a la esencia del Derecho el ser real, porque en el Derecho la existencia corresponde a la esencia, lo que trae, en Welzel, la unión de lo ideal normativo con la positividad o facticidad; el Derecho que se desentiende de las estructuras lógico-objetivas es ineficaz.

Tal aportación supera las falsedades de las posturas antitéticas y recoge lo mejor de cada una, siempre desde un punto de vista *estrictamente filosófico*. Los grandes misterios de la existencia del hombre sobre la tierra, siempre que tratan de ser develados con las solas luces del entendimiento, suelen toparse con muros infranqueables; así entendidas las cosas, es mayor el mérito del jusfilósofo que nos ocupa, y que ha percibido tan acertadamente la trascendencia desde la propia inmanencia: "la voz de la conciencia es la percepción de la trascendencia en la inmanencia (...) y en el problema del Derecho el hombre se ve situado ante esta alternativa entre inmanencia y trascendencia de una manera tan directa e ineludible que tiene que hacer frente a su decisión con toda su existencia física y espiritual: si no hubiera trascendencia (...) entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior (...). Esta significación realmente *existencial* del problema jurídico ha llevado a conciencia, en todos los tiempos, la idea del Derecho natural

²²¹ *Idem*, "Derecho natural y positivismo jurídico", en Más allá del Derecho natural... *op. cit.*, p. 18.

²²² *Idem*, *Introducción...* *Ibid.*, p. 254.

(...) la existencia de un deber ser trascendente a la existencia y vinculante es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido”²²³.

Con pretensiones de superación de teorías pasadas se reafirma el contenido ético o enfoque valorativo del Derecho. En este intento es clara la inclusión de los puntos de vista de la filosofía de la existencia y, por otra parte, la admisión de estructuras ónticas es, para los autores, signo inequívoco de un tema manejado en la doctrina de “la naturaleza de las cosas”. Dejaremos la explicación de estas ideas en el inciso correspondiente a los antecedentes de pensamiento del genial profesor alemán.

La concepción jusfilosófica welzeliana nos habla, sobre todo, de una finísima sensibilidad en su progenitor, de unos ideales elevados y nobilísimas aspiraciones que no se quedan, estériles, en la intimidad del sujeto que las siente, sino que se inquietan en la búsqueda de soluciones y de honestas sugerencias prácticas para el logro, no de una tensa convivencia pasivamente tolerante, sino de una genuina paz en un campo donde el Derecho, por encima de las polémicas y las divergencias sea válido, en tanto que sus normas son válidas para todos, sin excepción, no “*qua* cristianos, sino *qua* hombres”²²⁴, un Derecho donde sea factible la convivencia del modo de pensar del judío, del indígena, del ortodoxo, del europeo, del demócrata, del budista, etc., por limitarse a los rasgos fundamentales de las instituciones sociales. “El orden jurídico del matrimonio basado en el principio de la paridad de derecho no impide a los cónyuges vivir según principios patriarcales; el matrimonio civil obligatorio no elimina el matrimonio religioso, de la misma manera que el hecho de la licitud del divorcio civil no impide a los cónyuges mantener el principio de la indisolubilidad del matrimonio. Cuanto más intensamente, en cambio, el Derecho impone por medio de la sanción una cierta concepción del mundo, tanto más intensamente entrará también en conflicto con la conciencia del individuo”²²⁵.

Los vínculos entre el individuo y el orden social son tema de capital importancia dentro de las reflexiones filosófico-jurídicas. El hombre aparece en primer término como individuo, ente cerrado que constituye un “yo” para sí mismo, “yo” que se conserva inalterado a lo largo de la vida en su estructura fundamental, vida que se despliega en formas de actividad múltiples, traspasando el hombre los umbrales de

²²³ *Ibidem*, p. 251.

²²⁴ Pufendorf, Samuel, barón Von, *Etis Scandica*, citada por Welzel en *Introducción...Ibid.*, p. 113.

²²⁵ *Ibidem*, p. 266.

su propio yo por la recíproca tendencia del "necesitar" y "ser necesitado". El individuo despliega su acción como ciudadano, como contribuyente, como vendedor, maestro, padre, médico, comerciante, etc. En estos diversos "roles", papeles o figuras sociales el hombre no es, según la terminología de Werner Maihofer, a quien Henkel sigue en este punto, un "ser en sí mismo" (*Selbstein*) sino un "ser como" (*Alssein*)²²⁶.

Aquí es contemplada la medida y la delicadeza del profesor Welzel, quien con gran tino logra intersectar los ámbitos del mundo jurídico y del mundo moral, dando a cada uno de los constitutivos humanos el lugar que le corresponde, sin exagerar la nota social en menoscabo de la unicidad, identidad y exclusividad de su ser personal.

3. ANTECEDENTES FILOSOFICOS EN EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL

Resalta, en primer término, al revisar lo expuesto en torno a la filosofía jurídica de Hans Welzel, el problema de la ética jurídica material, donde la íntima conexión entre los problemas morales y jurídicos, en principio, se plantea de igual forma para el Derecho que para la Moral. Ha querido verse, en múltiples casos, una separación tajante entre los mencionados ámbitos, atribuyendo al Derecho lo puramente externo y a la Moral lo interno, circunstancia no siempre provechosa para los dos campos. La afirmación de que el Derecho se ocupa solamente de los actos exteriores humanos y que a la Moral le está reservado el conocimiento de los actos interiores, no es exacta. Mejor sería decir que el Derecho se interesa, principal, aunque no exclusivamente, por lo externo del obrar.

El Derecho no prescinde de lo interno o anímico, así como tampoco la Moral descarta las acciones externas. Sin embargo, el Derecho mira preferentemente los actos humanos desde el punto de vista de su trascendencia *externa*, es decir, que las valoraciones jurídicas parten de dicho elemento externo y desde allí abordan el momento psíquico interno.

²²⁶ García Máynez, Eduardo, "El derecho en el orden del ser y como sector del orden social", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XIX, Núms. 76-76, julio-diciembre 1969, pp. 536-537.

Lo anterior queda advertido con particular relieve en el campo del Derecho penal, en el cual, si bien subsiste la sentencia de Ulpiano: "*Cogitationis poenam nemo patitur*", la disposición anímica del infractor de la norma (culpabilidad) es determinante para la fijación de la punibilidad.

El Derecho civil también hace acopio de elementos predominantemente subjetivos: también toma en consideración al dolo (*dolus bonus, dolus malus*), la buena o mala fe contractual, etc.

La ética parte precisamente del elemento aportado por la psique, no obstante la circunstancia de que pueda llegar a alcanzar una externa realización. Se trata, según Novoa Monreal, de un punto de partida o de preponderancia²²⁷.

En este punto, puede considerarse como antecedente la fórmula del maestro de Coimbra, *Doctor Eximius*, Francisco Suárez, quien distingue dos aspectos de un mismo orden ético universal: la moral *stricto sensu* y el Derecho (natural o humano)²²⁸, identificando al Derecho con la justicia externa "*externa iustitia*".

A propósito de la justicia, encontramos un buen pretexto para afirmar que, en lo relativo al obrar social justo, Verdross²²⁹ nos remonta a sus expositores más antiguos. Hesíodo y Solón, por ejemplo, ya conciben la idea de los "males sociales": reyertas, guerra civil, engendrados por ciertas acciones de los hombres. El anónimo Jámblico (escrito procedente de la época de la guerra del Peloponeso, descubierto por Blase, escrito por el neoplatónico Jámblico), dice que el hombre, conforme a su naturaleza, no está en condiciones de vivir aislado, sino que, obedeciendo las leyes de la naturaleza, se ha unido con los otros puesto que toda su conducta parte, para los griegos, del supuesto de la vida comunitaria, que, sin leyes, es inimaginable; el imperio del Derecho no puede renunciarse por estar establecido por la naturaleza. A esta idea se opondrá más adelante la sofística.

Verdross incluye en su relación a Demócrito de Abdera, quien atribuye a la armonía social el ser inmanente a la comunidad: cada ciudadano en franca disposición hacia la paz y el respeto a las leyes.

²²⁷ Novoa, *op. cit.*, p. 199.

²²⁸ Suárez, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore*, trad. Gladys L. Williams, Washington, Carnegie Endowment for International Law, The Classics of International Law, #20 of the series, pp. 13-17, 36-50.

²²⁹ Verdross, *op. cit.*, p. 13 y ss.

El inigualable Sócrates llega incluso a identificar justicia con legalidad, destacando las obras del buen ciudadano²³⁰. El conocimiento, como base y fundamento del buen obrar, es un producto genuinamente socrático y se liga a la cuestión de los contenidos materiales que Sócrates no pasó por alto en aras de los problemas ético-subjetivos. Tal como lo decíamos, los diálogos de Sócrates, registrados por Platón y Jenofonte, son la indagación de la definición de lo bello, lo justo, lo valiente, lo útil, lo prudente, lo piadoso, etc. En ese sentido, en la búsqueda por el concepto y la definición, Sócrates puede ser considerado como un antecedente de Hans Welzel: "saber qué es cada uno de los seres"²³¹.

El mismo Platón, muy criticado por su teoría de los estamentos, acepta en su *Politeia* la necesidad del concurso de muchos para satisfacer el hombre sus necesidades. Juntamente con la cuestión relativa a las normas sociales, comenzó a desenvolverse la doctrina del Estado: Platón abandona la idea de los estamentos para en "Las Leyes", aceptar la democracia e identificar a la justicia como el orden natural existente en el hombre y en el Estado. Este concepto en Platón no es puramente formal, sino que su contenido material queda determinado por la naturaleza objetiva y por las aptitudes del hombre²³².

En Aristóteles, el Derecho de la *polis* es la síntesis del Derecho natural y del Derecho positivo. El hombre es por naturaleza (*φύσις*) un animal sociable. La ciudad es el fin (*τέλος*) al que aspira el hombre por su naturaleza, pues en ella es donde puede alcanzarse la vida perfecta, mediante el desenvolvimiento cabal de sus aptitudes²³³. El hombre es además, en este sentido, por su naturaleza, un animal político²³⁴.

Una relación detallada de la continuidad de estas ideas en la época de la Patrística, nos la ofrece igualmente, Verdross²³⁵. Así, por ejemplo, San Ambrosio de Milán, en armonía con Cicerón y Séneca, opina que el Derecho nos obliga hacia la humanidad (*adstringit ad humanitatem*) así como prescribe no dañar a los demás

²³⁰ "φημι γαρ εγω το νομιμον δικαιον ειναι ..." *Jenofonte, Recuerdos de Sócrates*, Libro IV, 4, 12 y IV, 6, 14, versión directa de Juan David García Bacca, México, UNAM, 1946, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, pp. 309 y 399.

²³¹ "ειδοτας τι εκαστον ειη των οντων", *Ibidem* IV, 6, 1, p. 237.

²³² Welzel, *Introducción...* *Ibid.*, pp. 16-23.

²³³ Aristóteles, *Política*, Libro I, versión española de Antonio Gómez Robledo, 12a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 157-159.

²³⁴ *Ibidem*, p. 158.

²³⁵ Verdross, *op. cit.*, pp. 98-108.

bajo ninguna forma. La justicia, para el obispo, es una virtud social cuyo contenido consiste en servir a la comunidad. Según Verdross, con San Ambrosio comenzó a independizarse, aunque relativamente, la consideración de las normas sociales junto con las morales, sin perder, no obstante, su relación con la ética. A semejanza de Ambrosio, diversos escritores cristianos siguieron sosteniendo la tesis de que el hombre es un ser social naturalmente, y resaltan el papel de un recto obrar comunitario: desde Clemente de Alejandria, Orígenes, Lactancio, San Basilio, hasta Gregorio Nacianceno y San Agustín²³⁶ quien en su monumental obra *De Civitate Dei*, define: "*Pax est ordinata concordia*"²³⁷. Esto es, que las relaciones de los hombres entre sí están reguladas por la naturaleza, ya que por esta naturaleza son impulsados a la unión con sus semejantes, a fin de poder conducir una vida ordenada y pacífica, sociedad que supone la existencia de una autoridad, de la misma manera que la paz en casa es resultante del mandar y obedecer de sus moradores, así en el Estado, la concordia se deriva del mandar y obedecer de sus ciudadanos y miembros²³⁸.

Santo Tomás, tal como fue advertido, delimita el concepto de justicia como no abarcadora de la totalidad del orden ético universal, (moral *lato sensu*) sino sólo las acciones humanas externas (*solium circa exteriores actiones et res...*). El Derecho, por ello, regulará siempre una relación social: "*Iustitia est alterum*".

En cuanto a los contenidos del obrar social recto, pudiera considerarse el pensamiento tomista como antecedente de Welzel en el sentido de la limitación de los rasgos fundamentales de las instituciones sociales, hablando de la cognoscibilidad de un Derecho Natural. El Aquinate tuvo el mérito grandísimo de haber limitado la evidencia inmediata del Derecho Natural a sus principios supremos reconociendo, respecto a las conclusiones, la posibilidad de error no culpable; sólo en relación con los *principia practica comunissima*, esto es, en relación con el imperativo "haz el bien y evita el mal", sostuvo el doctor Angélico una tesis semejante a la de las ideas innatas de Cicerón, cognoscibles o conocidas por todo hombre y designando esta facultad como "sínderesis". En las conclusiones de los supremos principios al caso concreto, en cambio, hay posibilidad de error, tanto más

²³⁶ *Ibidem*, p. 100.

²³⁷ Agustín, San, *La ciudad de Dios*, Libro XIX, 8a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 482.

²³⁸ *Ibidem*.

fácilmente cuanto más larga es la cadena deductiva debida a los casos más especiales²³⁹.

Esta idea la concreta aún más, en el marco de su "teoría del Estado", Georg Jellinek, quien en su concepción del Derecho opina que éste debe contentarse con ser un *Minimum ético*, es decir, un mínimo de actos morales que la sociedad exige de sus miembros. La fórmula del mínimo ético, acuñada por Jellinek en un trabajo de 1878, ha tenido grandísimo eco. Nos referimos a *Die Sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (La significación ético-social del Derecho, de la iniuria y de la pena)²⁴⁰, enmarcada en su preocupación por la Etica Social, sin la cual no sería posible la vida en sociedad, porque tiene como supuesto la solidaridad de los miembros de la comunidad y se propone de manera cada vez más apremiante, como fin moral, al individuo, quien se propone como fin moral, a su vez, a la comunidad²⁴¹. La Etica Social en Jellinek es dinámica por ser el Derecho el *minimum ético* que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo. En la doctrina jurídico-penal, la expresión "mínimo ético" ha sido empleada por Vincenzo Manzini.

Retrocedamos en el tiempo con Grocio, quien reafirma la naturaleza social del hombre: "*naturalis juris mater et ipsa natura humana quae nos(...) ad societatem mutuam appetendam ferret*"²⁴². Grocio, al intentar acceder al problema de las proposiciones jurídicas materiales y a fin de dar fuerza convincente a su Derecho natural, aglomera testimonios de la Biblia, de la Historia y la literatura, lo que lo hace rico en contenido.

Muy importantes son también los principios materiales sustentadores del Derecho natural de Pufendorf, que encuentran expresión en el concepto de la *socialitas*: son la idea de libertad e igualdad de todos los hombres.

En concordancia con Grocio, la naturaleza humana quedó caracterizada como equivalente a un "ser social". El principio de la *socialitas* se desarrolla al realizar los

²³⁹ Cfr. *Summa Theologica* II, I, qu. 94,6; y 99,2 ad 2, citada por Welzel en su *Introducción...Ibid.*, p. 62.

²⁴⁰ Citada por Fernando de los Ríos en el prólogo de Jellinek, *Teoría general del estado*, trad. de la 2a. ed. alemana por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, ed. Albatros, 1978, pp. XXIII.

²⁴¹ González Uribe, *op. cit.*, p. 37.

²⁴² Grocio, Hugo, *De Jure Belli Ac Pacis libri tres*, Prolegomena § 16, trad. Francis W. Kelsey et. al., Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, The Classics of International Law, #3 of the series, p. 15.

seres humanos sus propios intereses sin que resulte dañosa tal realización a la vida social²³.

La influencia de Pufendorf nada tiene de extraña dado que el maestro Welzel lo estudió a fondo. El título de su tesis doctoral fue nada menos que *La teoría jusnaturalista de Samuel Pufendorf*.

Pasando a otro aspecto de la jusfilosofía welzeliana, notamos dos influencias importantísimas: Hobbes y Duns Escoto. Welzel, si bien niega la existencia de valores independientes de toda condicionalidad histórica, no deja de reconocer la limitación intrínseca del Derecho como configurador efectivo de la realidad.

La positividad cobra en Duns un aspecto relevante al contraponer a las proposiciones formales vacías de contenido, unos principios de Derecho natural concordantes o *consonantes* con el imperativo del amor a Dios, en el pensamiento del franciscano escocés, única proposición del Derecho natural dotada de necesidad lógica. El Derecho natural pierde con Duns el carácter estático, propio de las concepciones del Derecho natural ideal; este principio de consonancia permite una mayor adecuación a las situaciones concretas de la vida social. Las proposiciones del Derecho no sólo son firmes e inmutables sino que varían según las circunstancias y son aceptables siempre que sean *consonantes* con los principios supremos del Derecho.

Hobbes, por su parte, fundamenta la nota esencial del Derecho como poder conformador de la realidad, es decir, estructurador de la vida social. Al Derecho, como establecimos, no le bastará la aspiración de Justicia por sí sola, sino que deberá afanarse en el logro de su cometido principal, a saber, según Hobbes, la creación no de un orden ideal, sino real de la convivencia²⁴. Este momento real en el Derecho fue ignorado por las doctrinas anteriores, descuidando las exigencias planteadas por la época, como, por ejemplo, la estructura del Estado y la precedencia del poder temporal sobre el espiritual. Incluso, para Hobbes, se ha relativizado la fuerza vinculatoria del Derecho por ocuparse en hallar un orden axiológicamente por encima del derecho positivo. El orden más ideal carece de valor en Hobbes si no tiene la fuerza para superar la lucha de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), mientras que, el orden más imperfecto si supera, al menos,

²³ Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium*, II, 3, § 16, citado por Welzel en *Introducción...* Ibid., cfr. pp. 133-149.

²⁴ Hobbes, *Levlathan*, citado por Welzel, *Introducción...* Ibid., pp. 117 y ss.

el caos del estado de naturaleza y establece un orden real, posee el valor jurídico decisivo de aseguración de la existencia, esto es, la seguridad jurídica, Welzel opina que el propósito de Hobbes no es "traer del cielo la justicia eterna, sino simplemente constituir un orden verdadero en la tierra que, al menos, asegure la existencia de todos" o dicho de otra forma, Hobbes "trata de fundamentar el Derecho positivo por medio del Derecho natural. Hobbes acierta en la demostración de un orden que asegure la existencia aunque fracase en la enunciación para la determinación concreta y justa de este orden"²⁴⁵.

Más cercano a nosotros cronológicamente que Hobbes, es precursor de Welzel, Alexander Graf Zu Dohna, no sólo en el ámbito de la ciencia jurídico-penal. El profesor de Bonn recibe otras ideas del conde alemán, quien inspirado en el *Esprit des Lois* de Montesquieu, según las cuales una institución jurídica, históricamente dada, no puede ser juzgada con un criterio general y abstracto, sino solamente considerando las circunstancias políticas y económicas dadas en el lugar y en el tiempo determinados²⁴⁶.

Según el conde, en ello radica tanto el atractivo como la dificultad de todo enfoque social: en que se imponen a nuestro conocimiento los factores constantes así como los factores variables²⁴⁷.

Si el Derecho no ha de fallar en su misión ordenadora de la convivencia social, ha de tomar en cuenta ambos factores. Estamos en presencia, nuevamente, de aquellas síntesis magistralmente logradas por nuestro jurista: idealidad y positividad, trascendencia e immanencia, etc. La aceptación por parte de Welzel de la relación estrechísima entre los valores jurídico-sociales con las circunstancias concretas, no implica de ningún modo, una caída en el relativismo; sino que dicha circunstancia es salvada del relativismo por la irrupción en el pensamiento de Welzel de su concepción *finalista*, dirigida a la base objetiva esencial de las valoraciones penales y que, en última instancia, descanza en la tesis, también welzeliana de la comprensión de sentido, sentido que el agente imprime a su conducta²⁴⁸.

²⁴⁵ Welzel, *Introducción*...Ibid., pp. 119 y 126.

²⁴⁶ Dohna, Alexander, Graf Zu, *op. cit.*, vide supra n. 184, p. 39.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 4.

²⁴⁸ Márquez Piñero, "El fundamento filosófico del pensamiento de Hans Welzel y su teoría de la acción *finalista*", en Homenaje a Don Celestino Porte-Petit Candaudap, ensayo que se encuentra todavía en prensa. Agradezco al autor por permitirme conocer el original antes de su publicación, cfr. p. 31 del original.

Esta perspectiva teleológica arranca de una antigua tradición desde que el relativismo de la sofística fuera refutado por Platón, para quien la naturaleza es dinámica, aunque no ciega ni carente de finalidad. El perfeccionamiento al que aspiran los seres no es otro que su *idea*. En el caso del hombre, éste ha de esforzarse por alcanzar su idea, capacitado para ello por la virtud ἀρετή. Es en última instancia el τέλος del hombre el que impone determinada conducta, idea retomada por Aristóteles y completada por Santo Tomás, quien otorga a la aspiración a un fin (movimiento a un fin) la categoría de ley fundamental del universo, por encima de la ley de causalidad (causa-efecto). La dirección de los seres a un fin según su naturaleza constituye su conservación, progreso y perfeccionamiento (*perfectio*). Sobresale, para efectos de la dogmática penal, y la exposición aristotélica de la estructura de la acción y su imputación. Aristóteles distingue entre hechos imputables y realizados con o sin reflexión racional. Los actos irreflexivos pueden ser acciones emocionales o hechos impremeditados: el autor obra, en el primer caso, consciente pero impremeditadamente, haciendo así algo injusto, pero sin ser el hombre mismo un hombre injusto²⁴⁹. En el seno de la doctrina jurídico-penal, la definición de acción (*Handlung*) elaborada por Karl Wolff²⁵⁰, profesor de Innsbruck, es un anuncio definitivo del advenimiento del finalismo wetzeliiano. El jusfilósofo austriaco distingue claramente las nociones de acción (*Handlung*), actividad (*Tätigkeit*), aspecto táctico (*Tatseite*) y hecho (*Tat*). La acción se diferencia por ser un movimiento corporal, espontáneo y consciente, que persigue un fin o resultado.

La consideración teleológica de la actividad humana dirigida a la realización de los fines impuestos a la naturaleza humana es una constante en las doctrinas jusnaturalistas que renacen después de 1945 junto con ciertas corrientes fenomenológicas, sobre todo en la aplicación a la ética a través de Scheler y Hartmann y con las corrientes existencialistas.

La indagación socrática parece tener resonancia hasta fines del siglo XIX y principios del XX con la filosofía de los valores, doctrina que hace suya también la preocupación por lo bueno, lo justo y lo bello. Esta corriente de pensamiento se manifiesta preferentemente en la escuela neokantiana de Baden y en la escuela austriaca de los valores con Brentano y Meinong, pero destacando Scheler en la

²⁴⁹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, op. cit., Libro V, VIII, p. 67-70.

²⁵⁰ Wolff, Karl, *Verbotenes Verhalten*, 1923, citado por Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal*, Parte General, 2a. ed., México, Trillas, 1990, pp. 157-158.

concepción welzeliana de la ética jurídica material. La ética material de los valores es creación de Scheler y fue desarrollada por Hartmann, de la escuela neokantiana de Marburgo. Ambos exponentes se lanzaron a la empresa de reconquistar una esfera de valores absoluta. En el caso particular de Scheler, partiendo de "las tendencias modernas cuyo punto de partida en la argumentación ética es un valor material básico, como la vida, el bienestar, etc."²⁵¹ y que han contribuido en gran manera a la aclaración de valores morales concretos.

Scheler intenta sintetizar y conciliar una ética material con una ética formal, sobre todo la de pura cepa kantiana, ya que "Toda ética material debe, en último término, colocar el fundamento de las valoraciones éticas en el egoísmo instintivo de la organización de la naturaleza humana y sólo la ética formal puede fundamentar una ley moral independiente de todo egoísmo y de toda peculiar organización de la naturaleza humana, ley generalmente válida para todo ser racional"²⁵².

Intenta también Scheler jerarquizar todos los valores, para él presentados en cuatro modalidades: sensibles, vitales, espirituales y axiológicos, jerarquía que en Scheler constituye el *a priori* material de nuestro conocimiento de los valores y de nuestra preferencia respecto a ellos. Y si realmente pudieran hacerse "indicaciones concretas sobre las relaciones jerárquicas entre los valores, habríamos dado un paso decisivo en la cuestión acerca de los fines rectos del obrar"²⁵³.

En lo tocante a las corrientes existencialistas, éstas rara vez se ocuparon de los temas jurídicos, no tanto desde el punto de vista de ideas eternas y trascendentes, como desde la existencia del hombre y su fundamento en el ser.

Recaséns, Castán, Rodríguez Arias y Garzón Valdés son sólo algunos de los autores que consideran que la jusfilosofía de Welzel parte de postulados de origen existencialista. Intentaremos dar una versión del por qué de esta consideración.

Hans Welzel, tan respetuoso de la libertad humana destaca la responsabilidad ante una instancia que se nos enfrenta desde fuera: se trata de la percepción de la trascendencia en la inmanencia a través de la conciencia.

Desde la perspectiva teleológica que le caracteriza, Welzel enseña que el hombre sólo es comprensible como un ser dirigido a la trascendencia: sus reglas de

²⁵¹ Scheler, Max, *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético.*, trad. Hilario Rodríguez, Madrid, Revista de Occidente, 194 t. I, p. 32. Se trata de la traducción española de la clásica obra: *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik.*

²⁵² *Ibidem*, p. 33.

²⁵³ Welzel, *Introducción...* *Ibid.*, p. 231.

comportamiento le son dadas como cometido vinculante y de ahí la alternativa a la que ha de hacer frente con toda su existencia física y espiritual²⁵⁴. Recuérdese al respecto que en Welzel, el presupuesto de posibilidad de una existencia humana dotada de sentido es el de la existencia de un deber ser vinculante y trascendente a la existencia, siendo la persona responsable el correlato del mismo deber ser.

Si revisamos el contenido de las doctrinas existencialistas nos toparemos con que uno de los postulados de la filosofía de la existencia consiste en elaborar el sentido de la vida en la realización existencial de las decisiones humanas. "En las expresiones más radicales de este pensamiento se espera la solución de la decisión humana con respecto a las situaciones históricas que hay que dominar²⁵⁵. El sujeto debe adoptar siempre una actitud valorativa crítica frente a la situación real y concreta en que debe pronunciarse²⁵⁶. No valores abstractos sino bienes concretos constituyen los fines materiales del obrar social. Welzel parece evocar a Sartre: "cuando decimos que el hombre es responsable de sí mismo no queremos decir que el hombre es responsable de su estricta individualidad, sino que es responsable de todos los hombres. Hay dos sentidos de la palabra subjetivismo y nuestros adversarios juegan con los dos sentidos (...). Cuando decimos que el hombre se elige, entendemos que cada uno de nosotros se elige, pero también queremos decir con esto que al elegirse elige a todos los hombres. En efecto, no hay ninguno de nuestros actos que al crear al hombre que queremos ser, no cree al mismo tiempo una imagen del hombre tal como consideramos que debe ser²⁵⁷.

En segundo lugar, notamos la impronta existencialista en la reiterada idea de la positividad del Derecho, que implica su afán de realizarse en la existencia. Nos dice

²⁵⁴ Welzel, *Introducción*, *ibid.*, p. 251.

²⁵⁵ Württenberger, Thomas, citado por Recaséns en *Panorama...op. cit.*, p. 909.

²⁵⁶ Fuera del contexto propiamente existencialista, aunque en estrecha relación, merecen atención las ideas de Max Weber, especialmente un artículo de 1904, "La objetividad del conocimiento de las ciencias sociales y políticas, en el que señala que aunque los juicios de valor escapan a la discusión científica, sí podemos establecer con validez científica las consecuencias de nuestra decisión valorativa, incluso la falta de actuación supone en sus consecuencias una toma de posición a favor de determinados valores o contra otros. Se trata no sólo de alternativas sino de una lucha a muerte, ya que, si la vida ha de ser dirigida conscientemente, el alma, a través de decisiones últimas va eligiendo su propio destino, el sentido de su ser y su obrar. Citado por Welzel en *El problema...ibid.*, pp. 100-103.

²⁵⁷ Sartre, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, 11a. reimp., México, Ediciones Quinto Sol, pp. 34-35.

Legaz y Lacambra²⁵⁸ que por positividad se entiende la realidad sociológicamente vivida así como las formas vivibles de comportamiento social. Welzel, por su parte, al concebir la existencia de estructuras objetivas de razón y valor pertenecientes a la naturaleza de la vida humana, afirma el presupuesto de posibilidad de un contenido valorativo del Derecho, su elemento *ideal-normativo*. Esta concepción existencial del hombre lo presenta como ser que realiza su esencia, en frase sartriana, a partir de la "suma de relaciones en que vive", con el objeto de aproximar cada vez más las relaciones entre los hombres al arquetipo de un orden en el que reine la *mayor libertad* posible con la mayor seguridad posible. Esta imagen viene a reivindicar al hombre en su dimensión de persona, pero se supera la visión individualista a base de contemplar al sujeto encuadrado en "una serie de instituciones y comunidades que le imprimen arraigo y le sirven de coraza protectora: v.gr. la familia, el municipio, el derecho de asilo"²⁵⁹.

La concepción welzeliana alcanza el equilibrio logrando una intersección del mundo moral y el jurídico como consecuencia de la inserción del hombre individual en la vida colectiva, en la medida que se aprecia la salida del sujeto de la esfera de su mundo interior, el de sus deseos, pensamientos y sentimientos, penetrando como actuante en un mundo que se encuentra ya ordenado y, para el despliegue de su existencia como persona, tiene que insertarse en las conexiones de dicho mundo, aunque sin ser aplastado por ellas. Repetimos, pues, que lo que confiere al hombre un grado de libertad frente al orden social es su actuación como persona responsable.

La idea de libertad nos da una perfecta oportunidad para ocuparnos de Kant como antecedente del creador del finalismo. La libertad es fundamento de la autonomía de la voluntad y de la ley moral. Estamos frente a la consideración de la persona y de su libertad como soportes del orden ético universal. De aquí la conocida fórmula que define al Derecho como: "conjunto de las condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad"²⁶⁰. De esta definición se deriva el principio universal del Derecho en los siguientes términos: "es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la

²⁵⁸ Legaz y Lacambra, *op. cit.*, pp. 302-305.

²⁵⁹ Rodríguez-Arias Bustamante, *op. cit.*, pp. 231-232.

²⁶⁰ Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, citada por Cathrein, *op. cit.*, *vide supra*, n. 93, p. 79 y por Márquez Piñero, *El fundamento filosófico...* *op. cit.*, pp. 4 y 19.

conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales” y la ley universal así: “obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal”²⁶¹.

Según opinión del profesor Márquez Piñero²⁶², estas consideraciones aluden claramente al mencionado perfil objetivo del entrelazamiento welzeliano entre la Moral y el Derecho, según el cual lo que el Derecho exige rectamente no puede diferir de lo rectamente exigido por la Moral para hacer posible un comportamiento humano unitario. Para Kant —explica el maestro sevillano— la libertad supone que el hombre ha de poder cumplir con los fines que él mismo se propone racionalmente, esto es, que la libertad, como postulado de la razón, para ser, hace que el mero arbitrio (voluntad no determinada racionalmente) sea limitado en consecuencia.

La libertad humana, no obstante, implica riesgos. “El Hombre —dice Kant en su ensayo “Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita”—²⁶³ es un animal que necesita de la existencia de un gobernante cuando vive entre sus semejantes pues, por regla general, hace mal uso de su libertad (...). De ahí que necesite un gobernante que rompa su voluntad empírica y le fuerce a obedecer a una voluntad universal, haciendo así posible la libertad de todos”. Esta dualidad, denominada por Kant “insociable sociabilidad” (*Ungesellige Geselligkeit*), hace indispensable la vigencia del Derecho.

La doctrina kantiana del Estado (también lo advierte el profesor Márquez)²⁶⁴ se inspiró en el pensamiento de Jean Jacques Rousseau, puesto que el solitario de Koenigsberg sostuvo que el acto que da nacimiento al Estado es la idea de un contrato originario según el cual todos entregan al pueblo su libertad externa para recibirla posteriormente como miembros de un ente común que es el pueblo concebido como Estado. Se inspiró también Kant en Rousseau cuando dice que el poder legislativo corresponde a la voluntad unida del pueblo y que de ella toma su origen todo el Derecho²⁶⁵.

Kant, en efecto, al aceptar la autonomía moral del individuo, afirma el principio de la voluntad libre como ley fundamental del mundo moral. Sin embargo, este

²⁶¹ Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1968, pp. 32-33.

²⁶² Márquez Piñero, *El fundamento filosófico...* Ibid., pp. 2-4.

²⁶³ Citada por Verdross, *op. cit.*, p. 231-232.

²⁶⁴ Márquez, *El fundamento...* *op. cit.*, pp. 13-18.

²⁶⁵ Cfr. Verdross, *op. cit.*, p. 234.

principio presupone un "orden de las cosas" ético material objetivo, con el que la voluntad ha de coincidir si ésta ha de someterse en virtud de su propia convicción, esto es, libremente. Kant, tan incomprendido por muchos, está muy lejos de ser representante de un puro subjetivismo ético, tal como se le ha interpretado por el neokantismo y por ciertas teorías existencialistas²⁶⁶. Tampoco se queda Kant en la mera necesidad de una obligación coactiva impuesta por el Derecho, porque "la moral hace de la obligación a la vez el motivo del obrar", mientras que el Derecho "permite también otro motivo que la misma idea de la obligación"²⁶⁷. De aquí la conexión interna entre Moral y Derecho en relación con el contenido de la obligación y su importancia para la ética jurídica material. De aquí precisamente abreva Welzel para afirmar que el problema material de los contenidos del recto obrar social se plantea, en principio, igual para la ética que para el Derecho, a fin de posibilitar el obrar social unitario dotado de sentido. Entre Derecho y Moral existen a la vez conexión y distinción, consistiendo la última en que el Derecho tiene que contentarse con la legalidad, mientras que la moralidad exige cumplimiento externo e interno, esto es, un obrar por razón de que la obligación surgida de la coacción es una contradicción en sí misma, puesto que, recuérdese, obligar sólo lo puede lo valioso²⁶⁸.

Es cierto que las máximas kantianas del imperativo categórico: "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se tome como ley universal"²⁶⁹, "obra como si la máxima de tu acción debiera tomarse, por tu voluntad, ley universal de la naturaleza", nos proporcionan sólo criterios éticos formalistas que por ser "armonizadores de las variadas materias sociales" nos permiten "la estructuración lógica de las variedades y los cambios históricos con las exigencias de la razón"²⁷⁰, por un lado y por otro, la aproximación a una orientación jurídica de contenido.

En este sentido opina también Agustín Pérez Carrillo para quien, al hacerse mención de la naturaleza "no significa con ello que se refiera a la naturaleza regida por la causalidad, sino a la existencia de todas las cosas que se rigen por leyes

²⁶⁶ Welzel, *Introducción...* ibid., p. 177.

²⁶⁷ Kant, *Metaphysik der Sitten*, citada por Welzel en *Introducción...* ibid., p. 176.

²⁶⁸ Cfr. en este capítulo, el inciso anterior, especialmente nota 194.

²⁶⁹ Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, prólogo e introducción por Francisco Larroyo, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, pp. 39 y 40.

²⁷⁰ Márquez Piñero, *El fundamento...* ibid., p. 19.

universales y por supuesto, en la presente fórmula, la naturaleza racional”²⁷¹. Explica el mismo autor que de lo que antecede se deriva que el hombre moral está por encima de cualquier otra realidad y es digno. Así se llega a otra fórmula de la moralidad: “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre como un fin al mismo tiempo y nunca como medio”²⁷².

Kant, al referirse a las máximas, en “La Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, establece cuáles son los elementos que las integran, de los cuales deriva que no se trata de una ética vacía y formalista, pues expresa que las máximas tienen efectivamente²⁷³:

1. “Una forma que consiste en la universalidad (...) como si debieran valer de leyes universales naturales”, es decir, para todos los seres racionales.

2. “Una materia, esto es, un fin (...) que el ser racional debe servir como fin por su naturaleza y, por tanto, como fin en sí mismo”.

3. “Una determinación integral de todas las máximas por medio de aquella fórmula, a saber: que todas las máximas, por propia legislación, deben concordar en un reino posible de los fines, como un reino de la naturaleza”.

Pérez Carrillo opina que Kant no atribuye carácter formal a sus máximas ya que si nos quedáramos en el primer elemento, el formal, se llegaría al absurdo de la moral arbitraria, porque cualquier deber tendría cabida en dicha moral. Son los elementos segundo y tercero los que hacen de la moral kantiana una moral de contenido²⁷⁴.

Queda clarísimo que Kant basa su doctrina moral en la consideración del hombre como fin en sí mismo²⁷⁵ y se recordará con esta idea nuevamente, el correlato de la obligación y de persona responsable (*fin en sí ético*) como presupuesto mínimo del orden social. Cuando el hombre es considerado como medio se rebaja su dignidad. La influencia de Kant en el pensamiento de Welzel es evidente y no deja lugar a

²⁷¹ Pérez Carrillo, Antonio, “Los conceptos de moral y derecho en Kant”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XIX, núms. 75-76, julio-diciembre 1969, p. 602-604.

²⁷² Kant, *Fundamentación...* *op. cit.*, pp. 44 y 45.

²⁷³ *Ibidem*, p. 49.

²⁷⁴ Pérez Carrillo, *op. cit.*, p. 603.

²⁷⁵ Kant, *Fundamentación...* *Ibid.*, *passim*, especialmente, pp. 44-46, Cfr. también *Crítica de la razón práctica*, introducción por Francisco Larroyo, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, *passim*.

dudas. Lo anterior constituye otro argumento en contra de los detractores de Kant, quienes lo consideran exclusivamente formal.

La jusfilosofía welzeliana, como es natural, recibe el pensamiento kantiano matizado por los enunciados de los neokantistas. Márquez apunta que esta aproximación de la ética kantiana de contenido a Welzel, se realiza a través del formalismo metódico de Stammler, fundador de la filosofía neokantiana del Derecho²⁷⁶.

El pensamiento neokantista de la Escuela de Marburgo —cuyos jefes fueron Natorp y Colten— fue más lejos que el filósofo de Königsberg, pues no solamente no se conformó con la declaración de la incognoscibilidad de la “cosa en sí”, sino que arrojó por la borda ese concepto: La “cosa en sí” —dijeron los filósofos de Marburgo— no es captada sino creada por nuestro intelecto; y como la manera de ser del objeto depende del método mediante el cual lo estudiamos, la Escuela de Marburgo sacó la conclusión de que el método es el que crea al objeto, con lo que alcanzó su más alta formulación la epistemología cartesiana.

El propósito principal de Stammler consistió en la búsqueda de las categorías que deben imponerse a la materia jurídica a fin de determinar qué es el Derecho. Según el pensamiento del profesor de Berlín, la categoría jurídica fundamental es “el querer entrelazante, autárquico e inviolable”²⁷⁷. Este querer (*wollen*) “constituye una construcción conceptual típica, referida a las nociones primarias de fin y de medio; en definitiva se trata del propósito de la teleología”²⁷⁸. Este planteamiento de fines y elección de medios, constituye para el profesor andaluz la cercanía más obvia con el finalismo penal de Welzel, que, como se verá, consiste precisamente en un triple objeto: fijación de objetivos, elección de medios para su consecución y aparición de consecuencias secundarias²⁷⁹.

La escuela “logicista” de Marburgo pone empeño en la distinción del elemento formal y el material en todo conocimiento. La ética marburguense es puramente formal pero está permeada de un fuerte carácter social.

Stammler estima que el concepto de Derecho es como la norma reguladora de todas las relaciones sociales y tiende a un estado ideal, en el que cada uno hace

²⁷⁶ Márquez Piñero, *El fundamento...* Ibid., p. 20.

²⁷⁷ Stammler, Rudolf, *Theorie der Rechtswissenschaft*, citado por Verdross *op. cit.*, p. 286.

²⁷⁸ Márquez, *El fundamento...* Ibid., p. 24.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 25.

suyos los fines de los demás, siempre que estos se hallen plenamente justificados objetivamente²⁸⁰.

El concepto de Derecho desempeña en sociedad un papel semejante al de los conceptos que, en el mundo físico, integran todos los hechos en un sistema. Existe en esta idea un alejamiento del positivismo. Por ello, afirma Welzel, siguiendo a Rothacker²⁸¹ que la dogmática jurídica es la explicación sistemática de los principios jurídicos que se encuentran en la base de un orden jurídico o alguna de sus partes, v.gr. "propiedad privada", "culpa y pena", "Estado de Derecho", etc., principios que descansan en *proyectos de sentido*, últimos y originarios, que permiten la conformación de la vida social en un momento dado. El método de la dogmática jurídica es, por tanto, *finalista*, porque busca la comprensión de sentido y no la explicación causal. El método positivista consiste precisamente en la observación de los hechos y su conexión causal. La dogmática jurídica aísla los diversos principios jurídicos como componentes o consecuencia de estos principios y permite así entender el orden jurídico y sus partes como una estructura de sentido de carácter concreto y con una determinada pretensión de verdad.

También surgido de la Escuela de Marburgo, nos encontramos con Nicolai Hartmann, desarrollador de la ética de Scheler, quien opuso a la concepción cartesiana la tesis de que si bien cada objeto contemplado es primariamente un objeto pensado por nuestra conciencia, la imagen que nos formamos tiende hacia un objeto independiente de dicha conciencia. Su filosofía es, por tanto, realista, su materia la constituye el conocimiento del mundo real. Su filosofía es predominantemente ontológica y sigue a Kant en la consideración preeminente de la autonomía de la voluntad, aunque llevándola al extremo. Muy significativa en el pensamiento de Welzel nos parece su exposición relativa a la posibilidad y efectividad del ser, al igual que la consideración de las maneras de ser (idealidad y realidad)²⁸² de igual forma que lo relativo a la "causalidad de lo muerto y finalidad

²⁸⁰ Stammler, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, trad. Garzón Valdés, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1958, *passim*.

²⁸¹ Welzel, *Introducción...* Ibid, p. 193.

²⁸² Cfr. Hartmann, Nicolai, *Ontología*, trad. José Gaos, 1a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. VII, 61-68, 357-361.

de lo vivo". El propio Welzel afirma que tomó de Hartmann el concepto de finalismo, aunque no la cuestión²⁸³.

Welzel tampoco es ajeno a la influencia de la escuela "axiológica" de Baden, aún cuando comparte esta última con la de Marburgo, las ideas fundamentales del neokantismo, se aparta esencialmente en muchos aspectos.

Hemos de señalar tan sólo, lo relevante en cuanto al pensamiento de Welzel se refiere. La escuela de Baden centra su interés además de en las ciencias de la naturaleza, en las ciencias de la cultura que contemplan la realidad del punto de vista de los valores, en profunda relación con el espíritu que anima la filosofía de los valores, de la cual los filósofos de Baden pasan a ser fundadores como disciplina filosófica, especialmente con Windelband y Rickert. Ellos, aceptando la validez absoluta de los valores, establecen que los valores no existen, sino que valen y que pueden dividirse en tres clases principales: valores de verdad, morales y estéticos²⁸⁴. Es evidente, pues, la influencia de las dos escuelas del neokantismo en Welzel, según opina Márquez Piñero, más acusadamente, de la escuela "lógicista" de Marburgo²⁸⁵.

Un último comentario está destinado al tema de la "naturaleza de las cosas", como elemento constitutivo del pensamiento de Welzel. En la filosofía jurídica coincide su vigor con el renacimiento de la teoría de los valores en sus diferentes orientaciones, una de ellas, la de la "naturaleza de las cosas" especialmente grata a algunos pensadores que rechazan una doctrina general jusnaturalista: Duguit, Edmund Kahn, Engisch, Ilmar Tammelo, etc.²⁸⁶.

La referida "naturaleza de las cosas" como teoría no es tan novedosa — recuérdese, por ejemplo, la frase de Suárez "*natura juris ab hominis repetenda natura*" o la "*ratio summa insita in natura*" de Cicerón, que alude al orden que penetra todas las cosas del mundo social, o la finalidad impresa en cada ser y en

²⁸³ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 58.

²⁸⁴ Bochensky, *La filosofía actual*, trad. Eugenio Imaz, 2a. ed., 7a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1977, pp. 117-118. Welzel participa de las dos principales direcciones de las siete escuelas neokantianas, siendo las cinco restantes, a saber: la fisiológica (Helmholtz), la metafísica (Liebmann), la realista (Alois Riehl), la relativista (Simmel) y la psicológica (Cornelius), también mencionadas por Bochensky en esta obra, pp. 111-119.

²⁸⁵ Márquez Piñero, Rafael, "*El fundamento...*", *Ibid.*, p. 28.

²⁸⁶ Recaséns Siches, Luis, "El problema de la naturaleza de las cosas", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXII, núms. 87-88, julio-diciembre 1972, p. 643.

cada institución por Dios, y que constituye el objeto de lo suyo, a la manera de Tomás de Aquino— sino que viene a significar un auténtico *Leitmotiv* en la filosofía.

Se ha encasillado a Welzel también dentro de esta corriente por su original aportación de las objetividades ónticas y estructuras lógico-objetivas. Algunos han pretendido ver en esta aportación un jusnaturalismo de tono menor²⁸⁷ pero lo que en realidad persigue Welzel es la superación de la búsqueda de un Derecho natural por encima o por fuera del Derecho positivo. Tal Derecho natural se encuentra, ya lo hemos visto, como límite inmanente, dentro de sí mismo. Welzel considera que no se logra un legítimo Derecho natural cuando proyectamos nuestros deseos en un reino ideal, sino cuando descendemos a las estructuras lógico-objetivas. La violación a estas estructuras no significa que la regulación no sea válida, sino que el Derecho no logrará su fin. El Derecho que se desentiende de las estructuras refridas es ineficaz, puesto que nadie puede modificar la naturaleza de las cosas. Este es el fenómeno denominado por Márquez Piñero “*ontologismo eticista*”²⁸⁸ lo que confirma una metodología opuesta a la del neokantismo, según la cual, el objeto a investigar crea el método, conclusión revolucionaria en el ámbito del Derecho Penal, ya que, la realidad, el comportamiento jurídicamente relevante, tiene una eticidad inmanente, “con reflejo estructural legal y consecuentemente jurídico”²⁸⁹ de donde deriva la noción penal de la acción de Welzel como ejercicio de la actividad final humana.

Para algunos, la naturaleza de la cosa viene a ser un concepto intermediario por el que se pasa del Derecho racional abstracto de los siglos anteriores a las construcciones contemporáneas, cuyo principal objeto de estudio es la realidad existente. Este *Leitmotiv* ha hecho referencia al mismo tiempo, a la naturaleza humana, con su natural constitución, su teleología, además de la mencionada legalidad objetiva, propia de los distintos ámbitos de actividad y de convivencia humanas.

El concepto debe emplearse con cautela ya que, la *vis* normativa de ciertos hechos no reside en la mera naturaleza fáctica, la que no suministra ningún programa para la

²⁸⁷ Novoa Monreal, Eduardo, *Qué queda del derecho natural... op. cit., passim.*

²⁸⁸ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, 1a. ed., México, UNAM, 1986, pp. 37-38.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 37.

configuración del Derecho, antes bien, como apunta Recaséns, deriva de la conexión de tales hechos con criterios axiológicos ideales²⁹⁰.

La consideración finalista hace su aparición en la naturaleza de las cosas en su definición como "expresión de cómo debo realizar un determinado propósito humano, inspirado en una cierta valoración de acuerdo con la esencia de esa finalidad, y al mismo tiempo, tomando en cuenta las leyes fácticas de los hechos o materiales con los que debe actuarse u operarse"²⁹¹.

Por tanto, si algunos hechos parecen poseer rigor normativo, éste no deriva de los meros hechos como tales, sino de su inserción en esquemas axiológicos o de finalidad²⁹². La semejanza con las estructuras de sentido welzelianas es más que notable.

²⁹⁰ Recaséns Siches, Luis, *El problema de la naturaleza...*, op. cit., pp. 644-645.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 647.

²⁹² *Ibidem*, pp. 650-651. Cfr. también a este respecto la siguiente nota: "Non si tratta nè di individuare nove vie di accesso al giusnaturalismo, nè di scoprire un nuovo, singolare, aspetto del rapporto intercedente tra essere e dover essere nella sfera della validità assiologica del diritto. Si tratta molto più modestamente di ricordare che il diritto come valore implica sempre, nella qualificazione dei comportamenti l'accertamento dei fini metagiuridici della volontà dei soggetti.

Il rispetto della verità costituisce per il diritto come d'altra parte per la stessa idea della Giustizia un presupposto necesario dal quale l'esperienza giuridica non può prescindere". Opocher, Enrico, *Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato della nozione di "natura della cosa"*, *Rivista Internazionale di filosofia del Diritto*, XLIV, fascicolo III, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, pp. 597.

CAPÍTULO III

DERECHO PENAL EN HANS WELZEL

1 LA FUNCIÓN ÉTICO-SOCIAL DEL DERECHO PENAL

La concepción jurídico-penal elaborada por Welzel no es, sin más, un cómodo traslado de categorías filosóficas al campo del Derecho Penal. Por el contrario, se trata, empleando la terminología welzeliana, de una elaborada y congruente "creación de sentido" (*Sinngelbilde*). Estamos ante la presencia de un pensamiento unitario cuyo sólido basamento filosófico tiene consecuencias para el ámbito jurídico-penal. Lo anterior es explicable si asumimos la relevancia social del Derecho Penal, siendo el fenómeno jurídico perteneciente al perfil social del universo ético. Y no sólo esto. Zaffaroni refiere que la consideración de la filosofía como fuente del Derecho Penal es una constante en la mayoría de los autores del siglo pasado. Es obvia la imposibilidad de extraer todo un sistema de derecho punitivo pasando por alto la legislación positiva, si bien el conocimiento de lo jurídico-penal debe nutrirse, al igual que cualquier otro objeto de conocimiento, de una ontología fundamental, ya que "la pregunta sobre cualquier ente tiene un doble sentido: sobre el *ser* del ente y sobre el *qué* del ente, de eso que es. De lo segundo se ocupa la ciencia; de lo primero la filosofía"²⁹³. De igual manera, el Derecho Penal, al ocuparse de la regulación de conductas humanas, no debe desligarse de lo propiamente humano. La necesidad de un sustento antropológico es clarísima.

La realidad del Derecho puede ser explicada válidamente de la misma forma que los demás productos de la vida colectiva, como un fenómeno social que hacia lo social se dirige. La realidad de lo social presenta manifestaciones evidentes que nos permiten conocer su existencia. Dichas manifestaciones de tipo social se dan en la convivencia humana y consisten en la conservación y defensa de un orden externo, sin el cual no podría darse una convivencia armónica entre los hombres. La vida social debe ser vida ordenada que posibilite el progreso humano (la perfección de las estructuras permanentes de toda sociedad), mediante lo que afirmaba Comte, un gobierno y dominio de las pasiones contrarias de toda sociedad.

²⁹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*. Parte General, 1a. ed., México, Cárdenas Editor, 1988, t. I, pp. 30-31.

Las personas individualmente consideradas palpan la experiencia de lo social en la convivencia humana, en el hecho de que la existencia de otras personas constituye a la vez, una serie de limitaciones para determinados comportamientos y una determinada presión para obrar de determinada manera, esto es, que el orden en la convivencia humana se realiza mediante normas determinadas por otros y con autoridades establecidas por dichas normas. Nuestra conducta está controlada socialmente por estas normas y autoridades que tienden a lograr comportamientos adecuados a determinados tipos adoptados por el grupo.

Los grandes tratadistas, especialmente en el campo del Derecho Constitucional y Administrativo clasifican en dos grupos las tareas de la autoridad: el gobierno de los hombres y la administración de las cosas. El gobierno tiene manifestaciones en muy diversos campos: social, económico y político. Pero es en el fondo y muy esencialmente de carácter jurídico y ético. Se gobierna mediante preceptos y órdenes (normas jurídicas) que por estar dirigidas a seres racionales y libres, afectan primariamente al fuero de la conciencia y crean un deber ético de obedecer. A esto se añade la obligación jurídica que trae aparejada una sanción exterior para el caso de incumplimiento. Sería una ingenuidad pensar que los seres humanos puedan prescindir de esta autoridad para cooperar espontáneamente y sin coacciones a la realización de los fines sociales, con todo el respeto que nos merecen los pensadores utópicos, desde Platón a Tomás Moro, Bacon, Owen y Fourier, quienes concibieron regímenes ideales de convivencia en los que desaparecen violencias y coacciones.

La idea de Derecho implica también la idea de conformación y reglamentación de la vida social. Se desprende de las anteriores ideas que el Derecho se orienta hacia un fin último que no puede ser otro distinto al de la recta convivencia social realizada de manera eficaz mediante un recto obrar social.

La idea de recto obrar social constituye en el pensamiento welzeliano el trasfondo subyacente en el pensamiento jurídico universal. La caracterización del Derecho como instrumento de control social es aún más evidente en el ámbito jurídico-penal. En la consecución de una *ética jurídica material*, el Derecho penal como instrumento de control social compartirá este cometido con la ética y la moral, aunque sin identificarse con éstas. La diferencia radica, a decir de Bacigalupo²⁹⁴ en la manera formal en que se aplica la sanción o castigo del Derecho Penal para la

²⁹⁴ Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal*. Parte General, Bogotá, Editorial Temis, 1989, pp. 1-2.

reparación del equilibrio quebrantado por el delito, considerado por las tendencias doctrinales actuales como núcleo de la justicia penal y fundamento jurídico de la pena. En concordancia con estas ideas, el delito, en la concepción de Welzel, será una acción u omisión intolerable para la comunidad jurídica por su reprobabilidad ético-social²⁹⁵.

La trascendencia del Derecho Penal deriva precisamente de la protección que esta rama del Derecho presta a los bienes esenciales para el ser humano, que por su importancia alcanzan un rango social: la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad, el patrimonio, etc. "Bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente (...) todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones"²⁹⁶.

La lectura de las ideas de Welzel nos muestra su intención de enfatizar la función ético-social del Derecho Penal. Los ejemplos son numerosos, comenzando por la categórica afirmación de que "La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético-social, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares"²⁹⁷.

En este caso, los valores de conciencia deben entenderse como aquellos valores del actuar conforme a Derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica, que constituyen el trasfondo ético-social de las normas jurídico-penales.

Sin embargo, la misión del Derecho Penal no presenta únicamente una pauta de mera protección de bienes jurídicos "de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica"²⁹⁸.

Dos ideas fundamentales se desprenden del párrafo citado. En primer lugar, la superación de un Derecho Penal de función exclusivamente preventiva. Mientras que la función protectora de los bienes jurídicos es ampliamente reconocida como

²⁹⁵ Welzel, *Derecho penal alemán, op. cit., vide supra*, n. 283, p. 30.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 15.

²⁹⁷ *Ibidem.*

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 13.

objetivo del Derecho Penal, es notoria la sobreacentuación del resultado, circunstancia que en Welzel se traduce en la consecuencia de las tendencias utilitaristas y naturalistas, según las cuales la justicia o injusticia de una acción se determina conforme al grado de alcance de provecho o daño social²⁹⁹.

Welzel rescata el carácter positivo ético-social de la misión del Derecho Penal frente a las medidas meramente preventivas, aunque aceptando su utilidad para los casos en que la norma penal carezca de eficacia³⁰⁰ ya que la función ético-social concierne a los hombres capaces de vinculación ético-social. El caso de quienes están imposibilitados para vincularse a este compromiso se refiere:

a) A los delinquentes denominados por Welzel, "por estado en sentido estricto" (criminales habituales) entre quienes el delito se encuentra enraizado: antecedentes familiares de criminalidad o psicopatías.

b) En segundo término, están imposibilitados para toda vinculación ético-social los enfermos mentales peligrosos y los toxicómanos. En ambos supuestos, en sustitución de las penas, han de aplicarse las medidas de seguridad, y ambos casos explican, a su vez, la razón de ser de las teorías naturalistas-utilitaristas³⁰¹.

En segundo lugar, se advierte en el pensamiento del autor que nos ocupa que el Derecho Penal tiende al permanente respeto por parte de los ciudadanos. "Así, detrás de la prohibición de matar está primariamente la idea de asegurar el respeto por la vida de los demás (...). Sólo puede ser suficientemente garantizada la seguridad de todos cuando independientemente del valor actual de la vida individual se asegura el respeto por la vida ajena (...). Sólo asegurando los elementales valores sociales de acción se puede lograr una protección de los bienes jurídicos realmente duradera y eficaz"³⁰².

Se adivina en estas consideraciones uno de los medios primordiales de los mecanismos de control social: la educación. El Derecho penal queda así encargado de la formación ética del ciudadano, destinada a que estos realicen conductas socialmente adecuadas según los valores predominantes de una determinada conciencia jurídica, lo que se hace patente de forma señalada en los tipos penales.

²⁹⁹ *Ibid*, p. 14.

³⁰⁰ *Ibid*, pp. 17-21.

³⁰¹ Márquez Piñero, Rafael, "La Estética en la teoría finalista de la acción penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLII, núms. 183-184, mayo agosto 1992, separata, p. 105.

³⁰² Welzel, Hans, *Derecho penal... op. cit.*, p. 14.

El Derecho circunscribe ciertos modelos seleccionados de acción en tipos, y los vincula a consecuencias jurídicas específicas elevándolos al ámbito de las valoraciones jurídicas, no fabricándolas o inventándolas, sino decidiendo "autoritativamente entre las distintas valoraciones prejurídicas de la vida social (...)" elevando a algunas de ellas al rango de normas obligatorias de conducta, lo que constituye el "sentido social del suceder típico"³⁰³. Los tipos penales señalan las conductas que se apartan gravemente de los "órdenes históricos de la vida social"³⁰⁴, es decir, que la conducta socialmente adecuada será aquella considerada como "normal" en el marco de un orden social determinado; conductas que se "mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social"³⁰⁵. La siguiente cita nos ayudará a una mejor comprensión de estas tesis:

Ciertamente, el Derecho Penal es sólo un factor entre las innumerables fuerzas que imprimen la concepción ética de una época, pero entre ellas una de importancia decisiva. Al hacer patente ante todo la validez inquebrantable de los elementales deberes ético-sociales, proscribiendo y castigando su lesión, modela y refuerza eficazmente el juicio ético y la conciencia jurídica de los ciudadanos. La firmeza del juicio ético-social del individuo dependen esencialmente de la firmeza con que el Estado manifiesta e impone sus juicios de valor (...). Cuando por una administración de justicia penal insegura en sí misma se torna vacilante la vigencia de los deberes sociales elementales, la conmoción no se reduce a los elementales deberes ético-sociales, sino que sacude todo el mundo del valor ético. En esto reside el profundo alcance del Derecho Penal: en tanto cuanto limita sus normas a los elementales deberes ético-sociales, establece el fundamento para la constitución de todo el mundo del valor ético para una época³⁰⁶.

Todo lo anterior es perfectamente explicable dada la inserción del Derecho Penal, en específico, y de todo el Derecho en general, en el marco cultural de una época y un lugar dados.

³⁰³ *Idem*, "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del Derecho Penal" en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, trad. Moisés Moreno, núm. 1 año I, enero-junio 1978.

³⁰⁴ *Idem*, *Derecho penal...* *Ibid.*, p. 83.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 85.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 17.

Esta función ética del Derecho Penal no desplaza en modo alguno la protección de los bienes jurídicos fundamentales o la prevención de la criminalidad, por el contrario, constituye una seria propuesta para atacar de raíz estos eventos antijurídicos desde su origen. Tampoco son ignorados los planos de acción propios de las reglas jurídicas como queda demostrado en frases contundentes, como la siguiente:

En tanto se justifique la pena, desde un punto de vista ético, sólo como retribución justa -incluso en manos del Estado-- no es función del Estado intervenir en la realización de la justicia en el acontecer del mundo. Independientemente de lo que sea necesario para su propia existencia como comunidad jurídica. El Estado no castiga a fin de que exista justicia en el mundo, sino para que haya juridicidad en la vida de la comunidad (validez y observancia de su orden jurídico)³⁰⁷.

La idea de justicia consustancial al Derecho como motor del pensamiento jusfilosófico welzeliano es innegable, pero estamos ahora ante el científico del Derecho Penal, ante el jurista que se ubica con toda propiedad ante un apartado del Derecho tan técnico como sin duda lo es el Derecho Penal y que se ve precisado a manejarse en consecuencia.

Los partidarios de Welzel pueden sostener que el autor en comentario no defiende la idea de penar los puros pensamientos (*cogitationis poenam nemo patitur*) y que tampoco acepta el hecho de que la ley penal penetre en la interioridad del hombre, no manifestada con acciones externas, o bien que pueda prescindirse de la exteriorización de la acción en el ámbito penal. Se resalta, sin convertir al Derecho en moral, la relación entre ambos componentes del universo ético, en estrecha conexión objetiva por referirse a valores del comportamiento práctico, tal como lo habíamos acordado en el capítulo precedente.

2 EL PLANTEAMIENTO DE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 329.

La consecuencia fundamental del pensamiento jusfilosófico welzeliano es, en el ámbito estricto del Derecho Penal la teoría de la acción finalista, cuya necesaria introducción es un ontologismo eticista.

Dicho ontologismo eticista es una expresión acuñada por el juspenalista sevillano Rafael Márquez y se refiere al problema de la naturaleza de las cosas: será el objeto a investigar el que determine el método en oposición a la postura neokantista, lo que supone un cambio radical en la dogmática penal a partir de 1930³⁰⁸. Esta cuestión ha sido suficientemente tratada en el plano filosófico. Welzel afirma que para él constituye la premisa fundamental desde el punto de vista metodológico: que el Derecho está permeado de estructuras ontológicas o lógico-objetivas dadas de antemano al legislador, vinculándolo y fijando los límites de su actividad³⁰⁹.

Las estructuras aludidas son lógicas porque su inobservancia implica contradicción interna y falta de unidad en el orden jurídico; son objetivas porque existen independientes de su aceptación o rechazo una vez conocidas. El pasar por alto estas estructuras implica la creación de un Derecho ineficaz. En pocas palabras, hay ciertos aspectos de la realidad que poseen fuerza normativa en conexión con criterios axiológicos ideales, es decir, por hallarse enmarcados en esquemas de finalidad o "proyectos de sentido".

En el ámbito jurídico-punitivo, al igual que la realidad y los objetos, la conducta humana penalmente relevante posee eticidad inmanente. La consecuencia de este ontologismo eticista es doble:

a) Para la dogmática jurídico-penal, su afirmación como proyecto de sentido en los que descansan los principios fundamentales de todo orden jurídico, con la resultante conexión interna de las normas legales, posibilitándose un menor riesgo de lagunas y oscuridades. "Factum y consecuencia jurídica se enlazan a través de un criterio valorativo (...)"³¹⁰.

El sistema conceptual no es sólo un medio para la comprensión de una realidad independiente, sino que posee sustancialidad propia y es, en última instancia, criterio absoluto de la realidad jurídica. Una relación y

³⁰⁸ Jiménez de Asúa, Luis, "La Vuelta de Von Liszt" en *La idea de fin en el derecho penal*, 1a. reimp., México, UNAM-Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 30.

³⁰⁹ Welzel, Hans, "Il nuovo volto del sistema penale", *Jus, Rivista de Scienze Giuridiche*, trad. Cesare Pedrazzi, 1952, Milano, p. 32.

³¹⁰ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*, op. cit., vide supra, n. 288, pp. 38 y 96.

una norma revisten carácter de jurídicas sólo en la medida en que pueden ser incluidas, con corrección lógico-formal, en el sistema general de conceptos de la dogmática de un Derecho positivo. Si no encaja en él hay una imposibilidad lógica que impide el acceso a la existencia jurídica³¹¹.

Las estructuras de sentido, delimitadas por las estructuras ónticas hacen factible la conexión interna de las normas jurídicas en un todo unitario y confieren al Derecho permanencia en medio del cambio. Welzel construye toda una sistemática sólida en torno a esta concepción, no obstante la reticencia a aceptarse un carácter científico de la dogmática, objeción producida por el positivismo. Entre los autores hay quienes afirman que se trata de una *forma lógica especial*, aunque no deben ignorarse las críticas de quienes afirman que el lenguaje del discurso jurídico es incluso paralógico o meramente argumentativo. Una forma lógica especial se refiere a "un pensamiento unitario que —en contacto con la realidad— determina su ámbito de acción y sus casos particulares"³¹².

El Derecho Penal se perfila aquí como un producto espiritual humano, lo que es perfectamente aceptable con toda su carga de proposiciones apriorísticas al igual que otras realidades conceptuales necesarias como la de los números³¹³ cuya validez y sustancialidad es, sea o no abarcada o aprehendida por el ser humano, coherentes únicamente en el campo de la fenomenología jurídica conceptual (nos referimos al caudal de conceptos puros de los que se vale el Derecho).

En resumen, las estructuras lógico-objetivas tienen en la praxis la tarea de condicionamiento en la interpretación y la creación del Derecho. Como se verá, la estructura ontológica de la acción, por ejemplo, no puede ser contrariada por los legisladores e intérpretes sin provocar contradicción e inseguridad.

Este intento por el hallazgo de asideros es una reacción que contrarresta expresiones como la celeberrima de Kirchmann, según la cual tres palabras correctoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papel mojado³¹⁴ tesis que concede a la dogmática, a lo sumo, el carácter de un lenguaje argumentativo. Se trata nuevamente de encontrar puntos firmes en la realidad del Derecho, por indagar cuál

³¹¹ *Idem*, "El fundamento filosófico, *op. cit.*, *vide supra*, n. 248, p. 22.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ Reinach, Adolf, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, trad. Álvarez, Barcelona, Bosch, 1924, *passim*.

³¹⁴ Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia*, *op. cit.*, *vide supra*, n. 24, pp. 5, 6, 7 y ss.

es el elemento intemporal y, en última instancia, por lograr una definición de justicia material.

b) El sistema elaborado por Welzel se halla condicionado por una dogmática basada en los planteamientos axiológicos y ontológicos anteriormente descritos. La dogmática welzeliana se construye estrictamente sobre la base del derecho penal alemán, pero su fundamento en la ontología y la axiología le permiten trascender las fronteras de su patria.

El giro ontológico impreso en las consideraciones welzelianas en torno al Derecho Penal nos obliga a enfrentarnos a las estructuras lógicas. El Derecho Penal se enfrenta, en primer lugar y como regulador de conductas, a la estructura ontológica de la acción humana. La acción, la conducta, es el elemento central, el sustrato necesario del concepto de delito: "la estructura de la acción humana es el presupuesto de posibilidad para valoraciones de una acción tales como (...) la ilicitud y la culpa"³¹⁵. Quien quiera normar acciones debe observar la estructura ontológica de la acción.

La teoría de la acción finalista se entiende dentro del contexto de crítica a las posturas utilitaristas y naturalistas del Derecho Penal. En la circunstancia del profesor de Bonn, la "ortodoxia" de la sistemática penal estaba constituida por el causalismo dominante. Sus adeptos entienden que la acción es conducta humana que causa una modificación en el mundo exterior, es decir, se trata de un evento causal.

La teoría de la acción finalista parte de la premisa contraria, lo que Aristóteles estableció como la supremacía de la finalidad sobre la ley de la causalidad (causa-efecto). La teoría causalista de la acción mantuvo a la conducta situada dentro del plano físico, mientras que el finalismo integra dentro del concepto de acción a la voluntad, ingrediente psíquico, lo que diferencia a la acción humana de un mero proceso natural.

"Acción humana es un ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer *final*, no solamente *causal*"³¹⁶.

La finalidad de la acción se basa en que el hombre puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de sus actos; puede proponerse por ello fines diversos. Acción final es "un obrar orientado conscientemente desde el fin", por contraposición al acontecer causal. Existen innumerables ejemplos de acciones

³¹⁵ Welzel, Hans, *Introducción...*, *op. cit.*, p. 257.

³¹⁶ Welzel, *Derecho penal...*, *op. cit.* p. 53.

finales: jugar, hacer gimnasia, inyectar, etc.³¹⁷. De ahí la gráfica afirmación de que la causalidad es "ciega" y la finalidad es "vidente". Semejante aserto se clarifica con el siguiente ejemplo:

...Cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica que llevó a la descarga. Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente en las acciones humanas: Quien quiere asesinar a otro elige conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para la consecución del fin: compra del arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo: todos estos son actos dirigidos a un fin, que están sujetos a un plan de conjunto³¹⁸.

Hay dos fases de la conducta para el finalismo welzeliano³¹⁹: La primera es interna, se opera en la esfera del pensamiento del agente y consta de tres pasos:

- a) El proponerse el fin a conseguir.
- b) La selección de medios de acción para la consecución del fin.
- c) La consideración de los efectos concomitantes que van unidos a la consecución del fin.

Así por ejemplo, matar a una persona sería ejemplo de la anticipación del fin. Si para lograrlo elegimos una bomba habremos seleccionado los medios y por último, si nos representamos la destrucción de la casa del sujeto pasivo, habremos considerado las consecuencias secundarias vinculadas necesariamente al empleo de los medios.

La segunda fase consiste en que el agente realiza la acción en el mundo real de acuerdo con los tres presupuestos de la voluntad finalística, esto es, que desencadena

³¹⁷ *Idem*, "La Doctrina de la acción finalista, Hoy" en *Revista Jurídica Veracruzana*, trad. Cerezo Mir, t. XXI, núm. 2, abril-mayo-junio 1970, Jalapa, pp. 51-52.

³¹⁸ *Idem*, *Derecho penal...* loc. cit.

³¹⁹ *Ibid.*, pp. 54-55; cfr. también *Il nuovo volto...* ya citado, p. 33.

o pone en movimiento los medios de acción (factores causales) elegidos previamente y obteniendo como resultado al fin junto con las consecuencias concomitantes esperadas con seguridad.

Las precedentes líneas nos proporcionan claramente el concepto de conducta óptica que el finalismo adopta para su consideración en Derecho penal. El Derecho penal regula conductas y como cualquier técnica no puede desconocer la naturaleza de lo que pretende regular. Repetimos, por tanto, que el legislador y los intérpretes de la ley quedan vinculados a esta estructura lógico-objetiva. He aquí una premisa fundamental: que la conducta en la doctrina de la acción finalista es óptica y jurídicopenalmente la misma: un hacer voluntario dirigido finalmente. La ordenación teleológica de la acción implica que por teleología "no se entiende un simple punto de vista, sino el nexo de la acción fundado intencionalmente"³²⁰.

El Derecho no puede dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones, porque las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final.

Paralelamente al concepto de acción encontramos un concepto social de acción. El concepto social de acción welzeliano es explicado con claridad por el profesor Márquez: "El que la acción produzca una modificación en el mundo exterior no tiene importancia, lo esencial es *tan sólo que implique una relación valorativa con el mundo social circundante* (...). Acción, es en definitiva es la causación de un resultado socialmente relevante desde la perspectiva jurídico-penal, es la causación de un resultado típico"³²¹.

El sentido social de esa acción típica se traduce en la valoración negativa de la acción desde el punto de vista comunitario. Welzel expresa que el Derecho exige al hombre, en el ámbito de la convivencia social, efectuar un mínimo de dirección finalista adecuado en sus manifestaciones exteriores de voluntad a fin de evitar el daño o la puesta en peligro de los bienes jurídicos³²².

Mediante la dirección finalista del acontecer causal, el hombre ordena sus acciones de manera congruente con las pautas ético-sociales de la vida comunitaria. Sin embargo, la dirección de los factores causales *per se*, puede revestir al mismo tiempo valores socialmente deseables e indeseables, o sea que esta puede dirigirse

³²⁰ *Idem*, "Causalidad y acción", trad. Courado A. Finzi, en *Cuadernos de los Institutos*, N° 126, 1975, Córdoba, Argentina, p. 211, in fine.

³²¹ Márquez Piñero, Rafael, "La estética..." *op. cit.*, p. 109.

³²² Welzel, "La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione" *Rivista Italiana di Diritto penale*, trad. Ernest Heinitz, anno IV, enero-abril 1951, pp. 15 y 55.

hacia la consecución finalista de objetivos socialmente positivos o negativos. El Derecho Penal entra en acción prohibiendo la concreción de los últimos³²³. Las acciones finalistas dirigidas a un resultado negativo-social son aquellas que el ordenamiento jurídico prohíbe en los tipos de los delitos dolosos. Es indiferente que la producción del resultado socialmente no deseado se refiera al fin, los medios o las consecuencias secundarias concomitantes. "He aquí el momento en que una acción se convierte en delito: la acción infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad (...). La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito"³²⁴.

El Derecho Penal se ocupa también de establecer para acciones no dolosas, una exigencia de dirección final a fin de salvaguardar el conjunto de los bienes jurídicos. Es decir, que el ordenamiento jurídico se ocupa de acciones finales no tanto respecto del fin, "sino en cuanto el actor confie en la no producción de determinados resultados socialmente no deseados o no piense en ellos"³²⁵.

El ordenamiento jurídico espera que el agente emplee un mínimo de dirección final en la elección y aplicación de los medios, "el cuidado requerido en el ámbito de relación", a efecto de impedir la producción de consecuencias concomitantes socialmente indeseables, lo que produce la prohibición de acciones carentes del cuidado requerido en el ámbito de relación, imponiéndoles pena en el supuesto de la producción del resultado no querido. Estamos ante la caracterización del delito culposo.

Para efectos de una mejor comprensión del concepto de delito culposo consignamos el siguiente ejemplo:

...si con ocasión de limpiar un fusil, que el agente *imprecavidamente* no había descargado, éste se le dispara y resulta muerto un tercero, habrá que afirmar que la muerte de esta persona es la consecuencia ciega de la conducta imprudente, negligente de limpiar el arma. El acontecimiento no está dirigido a una meta, sino que es causal-ciego; sin embargo, lo que eleva a este suceso por encima de un simple proceso natural ciego, es la circunstancia de ser

³²³ Márquez, *El tipo...op. cit.*, p. 165.

³²⁴ Welzel, *Derecho penal... op. cit.*, p. 73.

³²⁵ *Ibid.*, p. 59.

evitable finalmente. Este suceso es en verdad causal-ciego, pero está referido a la finalidad (...). Por ello, la acción culpable, *in omittendo*, es más que caso fortuito ciego: es genuina acción³²⁶.

En menor proporción, prosigue Welzel, el Derecho Penal manda la realización o ejecución de ciertas acciones para la conservación de un estado deseado socialmente (bien jurídico) castigando con pena la omisión de semejantes acciones preceptuadas.

Hasta aquí llega nuestra exposición sintética de la teoría finalista de la acción tal como fue concebida por el enorme Hans Welzel. El finalismo suscitó y sigue despertando adhesiones. Sus partidarios han pretendido mejorar la doctrina de su maestro con acusado matiz crítico. El examinar las revisiones efectuadas “desde dentro” de las filas finalistas excedería el límite de nuestra investigación. Las consecuencias del finalismo welzeliano serán abordadas en el siguiente apartado.

Antes de proceder a dicha disertación, recordaremos que en el ámbito estrictamente jusfilosófico se ha señalado como antecedente de pensamiento del juspenalista alemán a la tradición que arranca con Aristóteles, pasando por Santo Tomás, Pufendorf y que desemboca, según opiniones autorizadas, en Hegel. En el campo del Derecho Penal hemos aludido a Karl Wolff, maestro de Innsbruck, quien, para el profesor Márquez, anticipa la doctrina de la acción finalista al afirmar que la acción busca o persigue un fin y hecho es el acto consumado³²⁷.

Por último, una aclaración necesaria. La teoría de la acción finalista no sólo fue revisada por los partidarios de Welzel, sino por él mismo, tratando, justamente, de superar las críticas que, “desde dentro”, le formularon sus discípulos, lo cual, lejos de descalificar su trascendental elaboración intelectual, hace patente una honestidad poco común. La primera y fundamental labor de lo que habría de denominarse finalismo aparece con su trabajo monográfico de juventud *Kausalität und Handlung*, cuando Welzel se desempeñaba como asistente en el Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Colonia a la edad de veintisiete años. El finalismo se afianza en 1938 con la publicación del artículo “La estructura fundamental de la acción delictiva”, seguida por su visión omnicompreensiva del Derecho Penal en su obra “Derecho Penal Alemán”, de 1940, rectificadas oportunamente en ocasiones

³²⁶ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 4a. ed., Berlin, 1947, pp. 22, 23, 28 y ss., citado por Márquez en *Derecho penal. Parte general*, México, Trillas, 1990, p. 161.

³²⁷ Márquez, “La estética...” *ibid.*, pp. 107-108; *Derecho penal... op. cit.*, p. 158.

diversas, no sólo en lo tocante al tratamiento de la acción culposa, sino en lo relativo a las reformas del Derecho penal sustantivo, hasta la edición undécima.

La teoría finalista varió sucesivamente en su denominación. Fue en un primer momento bautizada como *teleológica* y posteriormente *intencionalidad de acción*³²⁸ para quedarse con el rótulo definitivo de *finalista*. Incluso este nombre pudo haberse modificado si así lo hubiera deseado su progenitor. En la década de los setenta, durante una conferencia dictada en Argentina, el maestro Welzel confesó que a la luz de la ciencia más moderna la titularía *cibernética*, término "resucitado" desde 1948 por Norbert Wiener y ya empleado por Platón, puesto que en su última reformulación, Welzel plantea que el objetivo puede ser irrelevante jurídicamente, no así la dirección y el encauzamiento de la acción³²⁹. Cibernética, en este sentido, es una palabra más apropiada para señalar esta dirección con mayor precisión que el término *Finalität*, que implica la referida peculiaridad de la actividad humana de anticipar mentalmente objetivos, elegir los medios para lograrlos y después, conforme a su plan, ponerlos al servicio de la realización de los fines.

3. DIMENSIÓN DE LA TEORÍA FINALISTA DE LA ACCIÓN

Pretendemos a continuación ofrecer una síntesis de las objeciones formuladas, en general, a las consecuencias derivadas de la teoría de la acción finalista.

Reseñamos en primer lugar las referentes al tema de la naturaleza de las cosas. La denominación "naturaleza de las cosas" puede revestir sentidos muy diversos, como los ha significado en la serie larguísima de invocaciones expresas desde el Derecho Romano a nuestros días. Para el caso específico que nos ocupa, puede significar desde una relación general del Derecho con la realidad hasta la dependencia de la normación jurídica, de previas estructuras objetivas.

Según se deriva de la tesis de Welzel, la regulación de las conductas por parte del Derecho Penal, queda limitada por las estructuras lógico-objetivas. Tanto la existencia de estas estructuras como su relevancia en la normación jurídica es puesta

³²⁸ Prólogo del Dr. Humberto S. Vidal para el artículo "Causalidad y Acción", ya citado, *vide supra* n.

³²⁹ Welzel, "La dogmática en el Derecho Penal", trad. Conrado A. Finzi, *Cuadernos de los Institutos*, N° 116, 1972, p. 34.1.

en tela de juicio por muchos, como bien afirma Stratenwerth³³⁰, refiriéndose a los reparos formulados por Engisch y Scheuner, en el sentido de que consideran respectivamente que las estructuras lógico-objetivas son sólo algo previamente dado desde el punto de vista del lenguaje, o bien, sólo juicios lógicos integrantes de un determinado sistema conceptual.

Las objeciones relativas a la existencia misma de las aludidas estructuras, son justificadas en el caso de Engisch en cuanto trata de precaver la confusión de peculiaridades lingüísticas con estructuras objetivas, pero pueden también ser entendidas en el sentido de que sólo el lenguaje cree los nexos lógico-objetivos, tesis inaceptable.

En el caso de aceptar el punto de vista de Scheuner, las estructuras perderían su *objetividad* al perder correlación con estructuras *ónticas*.

Al respecto aclara Stratenwerth³³¹, que sólo las afirmaciones sobre las estructuras lógico-objetivas pueden considerarse como juicios lógicos y que, el negar de las conexiones lógico-objetivas su carácter objetivo, implica la negación previa de los entes ideales —tesis no sustentada por Scheuner—. El conocimiento de las estructuras lógico-objetivas se basa en los fenómenos.

En relación con las objeciones dirigidas a negar relevancia a las estructuras lógico-objetivas para el Derecho positivo, se puede afirmar, en resumen, que éstas se basan en la libertad del legislador al determinar el objeto de la valoración, así como al elegir, valorando, las características lógico-objetivas que sean esenciales en cada caso.

Así, por ejemplo, si como afirmó Welzel, el carácter finalista de la conducta humana puede sólo vincular a la regulación legal si han de desprenderse de la acción consecuencias jurídicas, la previa determinación de la posibilidad o imposibilidad de este desprendimiento, podrá realizarse únicamente a la vista de la configuración concreta de la regulación legal.

En el segundo caso, ejemplificando también con la acción, es un problema del Derecho positivo el cómo ha de valorarse la finalidad característica de dicha acción. Según lo anterior, la regulación normativa podría prescindir o bien, en la

³³⁰ Stratenwerth, Günter, "El problema de la 'naturaleza de las cosas' en la teoría jurídica", trad. Cerezo Mir, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. VIII, N° 19, 1964, pp. 7-31.

³³¹ *Ibid.*, p. 12.

determinación del injusto de la finalidad, o ignorar, junto a los fines y medios, las consecuencias secundarias de realización necesaria.

Las dudas aquí consignadas no pueden disiparse con la demostración de que las conexiones lógico-objetivas son independientes de toda valoración del Derecho positivo en su sustrato óntico. No basta, pues, caracterizarlas como datos ónticos — aunque lo sean, por supuesto— sino que requieren de vinculación a una determinada perspectiva.

Las estructuras lógico-objetivas son, por tanto, “datos ónticos que se destacan como esenciales desde un determinado punto de vista”³³² y el punto de vista al que reiniten es siempre, en el caso de nuestro estudio, el hombre en su dimensión de persona. Desde este ángulo se vinculan indisolublemente las estructuras lógico-objetivas: el que reconoce, por ejemplo, como esencial la estructura de la acción humana, no puede considerar como inesenciales las circunstancias concomitantes separadas de los objetivos y de los medios, sin entrar en contradicción con el primer postulado de la teoría finalista, “contradicción que no sería lógica, sino lógico-objetiva (...) porque no infringiría una deducción conceptual, sino la identidad del criterio rector”³³³, criterio fijador de los elementos esenciales.

El Derecho positivo en su función descriptiva de conductas jurídicamente relevantes tiene que partir de determinados criterios rectores “mediante los cuales selecciona los caracteres esenciales. El proceso óntico, al que se refiere la valoración jurídica, no es comprendido nunca como un conglomerado de datos causales, sino siempre como un contexto de circunstancias valorativamente relevantes. En este sentido los criterios rectores son *criterios valorativos*”. Y en el terreno jurídico-penal especifica más Stratenwerth: “La valoración jurídica no empieza (...) en el plano de la antijuridicidad o de la culpabilidad de modo que se adscriban a posteriori predicados ónticos valorativamente indiferentes, sino que empieza ya con la formulación del tipo, en el que —al menos es lo que se pretende— se recogen sólo aquellos caracteres que son esenciales para la valoración”³³⁴.

No cabe prescindir de las estructuras lógico-objetivas con el argumento de que sean meras relaciones ónticas de las que pudiera disponerse libremente en nombre de la valoración jurídica. El Derecho positivo y en concreto, el penal, ¿deberán

³³² *Ibid.*, p. 18.

³³³ *Ibid.*, p. 19.

³³⁴ *Ibid.*

adoptar necesariamente la perspectiva que une las estructuras lógico-objetivas? En los ejemplos dados, ¿será necesaria la *consideración del hombre como persona*? El citado maestro, discípulo de Welzel aclara que la historia del Derecho Penal es la historia de la progresiva precisión de estos conocimientos lógico-objetivos que, de modo implícito se han contenido en la dogmática jurídico-penal, desde hace siglos. La necesidad de este punto de vista puede no ser decisivo para algunos, pero, si el Derecho positivo adopta en la descripción de conductas jurídico-penalmente relevantes, el criterio que da unidad a las estructuras lógico-objetivas “no puede negarlo después, en otro lugar, sin provocar un conflicto insoluble de los criterios valorativos rectores”³³⁵.

Resumiendo: la libertad del legislador en la elección de objetos sometidos al Derecho no es lo mismo que la libertad de partir de criterios valorativos cambiantes, sino que debe atenderse al contexto de la regulación jurídica por la exigencia de acoplar en un *todo pleno de sentido*, el complejo de normas positivas, lo que disipa las dudas en cuanto a la determinación de estructuras lógico-objetivas esenciales e inesenciales.

Tales estructuras son, recordémoslo, esenciales en relación al criterio valorativo, cuya relevancia se ha aceptado con su adopción por la ley. “La decisión valorativa fundamental no sigue al conocimiento lógico-objetivo, sino que le precede”³³⁶. La mayor parte del tiempo no somos conscientes de los criterios valorativos determinantes de nuestros puntos de vista y sólo los percibimos mediante la reflexión.

Las valoraciones no son caprichosas. Es fácil pensar en la imposibilidad de prescindir de estas conexiones esenciales, las concepciones ético-sociales de una época determinan los valores y su jerarquía en el marco del ordenamiento jurídico-positivo, los bienes que los ordenamientos aludidos han de tutelar. Esto nos conduce a aceptar que la vinculación del Derecho positivo a las conexiones lógico-objetivas depende de la vigencia del criterio valorativo correspondiente y que cada sector del Derecho es un todo pleno de sentido que no admite la transferencia de sus propios criterios lógico-objetivos hacia otros campos. Esta dependencia de criterios valorativos rectores y conexiones lógico-objetivas salva de la objeción que afirma que las meras estructuras ónticas son susceptibles de cualquier valoración jurídica.

³³⁵ *Ibid.*, p. 21.

³³⁶ *Ibid.*

La dogmática jurídica se vincula al Derecho positivo, pero, por su vinculación a las estructuras lógico-objetivas —que no son vacías abstracciones sino nexos enraizados en las cosas—, se libera de las “lagunas, oscuridades y contradicciones de la ley”³³⁷.

La consecuencia para el finalismo, es, como se dijo, que el concepto de acción equivale a una conducta óptica por ser la que se da en la realidad. La acción, ejercicio final, para convertirse en delito debe revestir, además, las características de *típica, antijurídica y culpable*, en consonancia con los autores modernos, ya pertenezcan a la vertiente causalista o a la final. Este es el sistema clásico del delito con su división en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Es clara, al respecto, la necesidad de un señalamiento preciso entre las conductas humanas que importan una violación de las normas jurídicas, de cuáles ameritan una sanción con pena por especiales razones de interés social. El señalamiento previo y preciso de estas acciones en tipos, es una exigencia del principio de legalidad: *nullum, crimen, nulla poena sine lege*, además de garantía de libertad, igualdad y seguridad jurídica.

Por otra parte, los conceptos centrales de antijuridicidad y culpabilidad, constituyen exigencias valorativas de fondo en la teoría del delito. Mientras que la antijuridicidad (lo opuesto a la norma cultural, protegida por el Estado) está estrechamente ligada a la concepción del fin último del Derecho dentro de la sociedad, la culpabilidad se liga a la disposición personal del agente del delito. La culpabilidad (responsabilidad personal por el hecho antijurídico), presupone la antijuridicidad del hecho, la cual, a su vez, debe concretarse en el tipo: “tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad están relacionadas lógicamente, de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior”³³⁸.

Hasta 1867, el interés principal de la dogmática fue el de “Imputación”, cuando Rudolf Von Ihering introduce dentro de esa amplia imputabilidad, una contrariedad de la acción con las normas jurídicas (antijuridicidad) y una censura a la disposición anímica del sujeto (culpabilidad).

³³⁷ *Ibid.*, p. 31.

³³⁸ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo...*, *op. cit.*, p. 166.

La elaboración del concepto de tipicidad de Beling origina los tres grados del sistema clásico. Sin embargo, para Welzel, dicha estructura del delito no agota el contenido del Derecho Penal.

Se debió en gran medida a Von Liszt la importancia del criterio de protección de bienes jurídicos. Hans Welzel considera que la concepción de dichos bienes trajo consigo el criterio del fin, iniciándose de esta manera la consideración teleológica del Derecho, para contrarrestar los efectos de la imperante concepción lógico-formal. La tercera década del siglo XX será pues, decisiva para el desarrollo del concepto teleológico del Derecho Penal, que el Tercer Reich combatió, pero que logró sobrevivir como parte obligatoria para la interpretación de tipos penales existentes y criterio material para la confección de normas penales³³⁹.

El sistema causal de Liszt-Radbruch-Beling, también denominado clásico, parecía satisfacer mejor las exigencias de la dogmática en cuanto se refiere a antijuridicidad y culpabilidad. Si la acción del sistema clásico se escindía por un lado, en el proceso causal (externo) y por otro, en el contenido (interno) de la voluntad, podía referirse la antijuridicidad a lo objetivo externo y la culpabilidad a lo anímico-subjetivo-interno³⁴⁰.

Las objeciones planteadas a la teoría finalista son más fácilmente comprensibles si se confrontan las sistemáticas causalista y finalista.

Para el causalismo basta con la conducta voluntaria que es un hacer que prescinde del fin. Se refiere a un movimiento corporal, "inervación muscular", según dicen algunos, que genera un cambio en el mundo exterior. La acción queda definida como la causación de un resultado típico en el ámbito penal.

La consideración teleológica de la acción, tal y como fue concebida por Welzel, (ejercicio final), trae como consecuencia que el dolo (voluntad de realización dirigida a la producción de un hecho socialmente reprochable) pase a formar parte del ilícito, de la acción, dando lugar a un tipo "subjetivo", complementario de un "tipo objetivo", y dejando de ser una especie de la culpabilidad, según los cauces tradicionales de la teoría del delito. La voluntaria concreción del socialmente negativo —el fin doloso—, pertenece al aspecto subjetivo del tipo. El resultado, los medios, pertenecen al aspecto objetivo. En conclusión, el dolo está en el tipo subjetivo. El dolo finalista abarca el conocimiento del aspecto objetivo del tipo, pero

³³⁹ *Ibid.*, p. 33.

³⁴⁰ Welzel, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

no requiere que sea consciente de la antijuridicidad del hecho, porque la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

El dolo no puede alcanzar el puro ánimo *cogitationis poenam nemo patitur* y el dolo será penalmente irrelevante como una mera resolución. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne asume relevancia jurídico-penal.

Por todo ello, el juspensalista hispalense Márquez Piñero³⁴¹, advierte que el tipo se transforma en un fenómeno complejo, integrado por una parte objetiva y otra subjetiva. La subjetiva forma su componente penal, mientras que la parte objetiva es la componente causal, conminada y dirigida por la componente final³⁴².

Las ideas precedentes permiten extraer para el concepto de injusto (conducta típica y antijurídica) las consecuencias siguientes:

Para el Finalismo:

- a) El tipo es un fenómeno complejo, a la vez subjetivo y objetivo.
- b) El dolo es voluntad penal típica y conocimiento del tipo objetivo.
- c) El dolo es trasladado al tipo subjetivo.
- d) El conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

Para el Causalismo:

- a) El tipo es objetivo.
- b) El dolo es conocimiento del tipo, de la antijuridicidad y voluntad del fin.
- c) El dolo está en la culpabilidad.
- d) El conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo.

Al mismo tiempo se deduce una consecuencia de lo anterior para la problemática de la culpabilidad (juicio de reproche que se hace al agente por haber actuado antijurídicamente, pudiendo haber actuado de otra manera): que ésta queda conformada por la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la posibilidad del conocimiento de la prohibición.

Córdoba Roda³⁴³ advierte en relación con esta misma problemática:

- a) La consecuencia aludida de la inclusión del dolo en el tipo derivada del concepto de ejercicio de la actividad final humana.

³⁴¹ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo... Ibid.*, p. 241.

³⁴² Maurach, Reinhart, "El concepto final de acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VI, N° 3, diciembre 1965, Bogotá, pp. 313 y ss.

³⁴³ Córdoba Roda, Juan, *culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977, pp. 17-18.

b) La consideración del delito culposo como una forma de acción necesitada de un tratamiento sistemático independiente.

Es precisamente esta circunstancia la más criticada en el sistema welzeliano. El profesor de Bonn fracasa en el intento de elaborar una teoría unitaria de la acción, no abarcando en el todo de su sistema final, tanto las acciones dolosas como las culposas. El tratamiento del dolo y la culpa se desarrolla en Welzel, a pesar de sus intentos, como dos formas distintas de acción. El tratamiento del fenómeno de los delitos dolosos parece satisfacer a los críticos de Welzel, pero no sucede así en lo relativo a la culpa, cuya concepción fue modificada a menudo por el autor en sus diversos trabajos y tratando de resolver las objeciones planteadas, quizá con mayor fuerza, por sus propios seguidores. De entre los juicios críticos formulados contra la concepción welzeliana de la culpa, destaca la revisión llevada a cabo por el maestro Rodríguez Muñoz.

El citado juspenalista hispano distingue con claridad los siguientes momentos en las rectificaciones welzelianas en torno a la culpa³⁴⁴.

Fue esta concebida, primeramente, como forma "minuciada", "defectuosa" de la actividad dolosa. La segunda fase rectifica lo anterior para convertir a la acción culposa en una forma de acción independiente, por completo, de la acción dolosa, con la pretensión de salvar la unidad interna del concepto, mediante la referencia de las dos formas de acción al carácter común de finalidad.

En los delitos dolosos la actividad final es actual y real. En los delitos culposos existe una causación que era evitable mediante una actividad final. A dicha actividad final real y actual se contraponen una actividad final meramente posible; "en la acción culposa, en tanto que *actividad finalista posible* es sólo un momento de referencia (finalidad potencial)"³⁴⁵. La finalidad de la esfera ontológica a la normativa, puesto que la evitabilidad finalista del resultado no puede, así, fundamentarse en el plano ontológico (en el que todo resultado sería evitable) sino, por el contrario, en el plano del deber.

Para Welzel, los delitos culposos comprenden las acciones que, respecto de sus consecuencias causales, no presentan el mínimo de dirección final exigida

³⁴⁴ Rodríguez Muñoz, "La doctrina de la acción finalista", en *Anales de la Universidad de Valencia*, T. XXVII, 1, citado por Cerezo Mir, José, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 15 y ss.

³⁴⁵ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo...Ibid.*, p. 247.

jurídicamente en cada situación concreta para evitar la lesión de bienes jurídicos³⁴⁶, es decir, se impone la observancia de la diligencia requerida en el ámbito de relación social. En estos tipos, las *consecuencias de la acción son irrelevantes jurídico-penalmente* y no están descritas, por ello, en el tipo. El delito culposo consistirá pues, en esta segunda fase de elaboración de la doctrina finalista de la culpa, en la acción o puesta en peligro producidos de modo causal, por una acción que no presenta la medida de dirección final exigida en el tráfico jurídico.

Dicho de otro modo, la teoría finalista de la acción partió de la idea de que el resultado era el aspecto jurídico-penalmente esencial del hecho culposo producido por causación causal-ciega, teniendo que ampliar el concepto de acción, añadiendo a la finalidad, la finalidad potencial³⁴⁷.

Es evidente, para Rodríguez Muñoz, que en el delito culposo hay también una acción final, pero cuyos elementos ontológicos integrantes son irrelevantes para el Derecho punitivo. En el delito culposo, el sujeto activo es castigado por el resultado causado, aunque dicha causación no es acción y al igual que en la acción causalista, no se exige más que el origen volitivo de la conducta del sujeto.

En una nueva elaboración nos dice Welzel que las acciones culposas son aquellas acciones penales que tienen consecuencias accesorias no penales (puramente causales) que pueden evitarse con una mejor dirección final de la acción en la elección y aplicación de los medios.

En la acción culposa el fin es jurídico-penalmente irrelevante. "Lo que importa es si los autores al realizar las acciones que han elegido y que llevan a cabo para conseguir sus fines, han observado o no el cuidado necesario en el tráfico"³⁴⁸. El contenido de la voluntad en relación con los medios empleados y su forma de aplicación es, por el contrario, relevante jurídico-penalmente. El autor no considera en la elección y aplicación de medios, una consecuencia causal previsible unida a ellos.

La rectificación es sutil: culpa sera el *defecto de la dirección real de la voluntad en la elección y aplicación de los medios en relación con la medida mínima de dirección final exigida en el tráfico* (con el fin de evitar consecuencias accesorias no

³⁴⁶ Welzel, Hans, *Il nuovo volto... op. cit.*, p. 42.

³⁴⁷ *Idem*, "La doctrina de la acción finalista, hoy", trad. José Cerezo Mir, en *Revista Jurídica Veracruzana*, T. XXI, N° 2, abril-mayo-junio 1970, p. 57.

³⁴⁸ *Idem*, "La doctrina de la acción finalista, hoy", trad. Cerezo Mir, en *Revista Jurídica Veracruzana*, T. XXI, N° 2, abril-mayo-junio 1970, p. 57.

deseadas). "Por consiguiente --aclara Márquez Piñero-- la culpa es la reprochabilidad de las consecuencias no finalistas de acciones finalistas"³⁴⁹.

Añade el profesor hispalense que Welzel resalta que la acción final es una estructura compleja, en la que la meta perseguida es sólo una parte al lado de los medios y de las consecuencias accesorias ligadas a estos. Por ello, se explica la razón de la confesión del creador del finalismo sobre la más acertada denominación de *acción cibernética*, siendo el término más exacto que el de *Finalität*, por implicar la dirección y el encauzamiento. El objetivo puede ser irrelevante jurídicamente³⁵⁰, no así la dirección y el encauzamiento. La acción cibernética define por tanto a la acción como el suceso dirigido y encauzado por la voluntad. Así, según Welzel, se comprende tanto la acción dolosa como la culposa, referidas a una dirección jurídicamente relevante. Welzel no rebautizó su concepción juspenalística pero advirtió que "finalidad" debía interpretarse de manera amplia y no literal (sólo considerando el fin) ateniéndose con mayor fineza a las descripciones materiales de la dirección y el encauzamiento de la acción. En otros términos, junto al "disvalor del resultado", puede distinguirse un "disvalor de acción".

Pasando a la omisión pura y simple, no es perceptible un grave enfrentamiento entre finalistas y causalistas en relación a este tópico. Parece, en principio, difícil de entender que un comportamiento omisivo pueda tener dirección final. Welzel entiende que la omisión no es "un mero no hacer nada, sino un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta"³⁵¹, no se trata de un concepto negativo sino limitativo, la omisión de una acción posible. Por tanto, no hay omisión *en sí*, sino referida a una acción determinada.

Así como el hombre puede incurrir en acciones castigadas por el ordenamiento punitivo mediante conductas activas, puede hacerlo de igual forma, mediante abstenciones: no se hizo algo que constituía actividad conforme a las expectativas jurídicas.

Para finalizar, expondremos algunas de las críticas más importantes formuladas de los causalistas a los finalistas y viceversa, sintetizadas magistralmente por el

³⁴⁹ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo... Ibid.*, p. 246.

³⁵⁰ Welzel, Hans, "La dogmática...", *op. cit.*, p. 36.

³⁵¹ *Idem*, *Derecho penal alemán...*, *op. cit.*, p. 277.

maestro Zaffaroni³⁵², añadiendo otras no menos señaladas por los maestros Márquez Piñero³⁵³ y Novoa Monreal³⁵⁴.

a) *El finalismo no explica la culpa.*

Las ideas inmediatamente anteriores son más que suficientes para contrarrestar esta objeción. Al realizar esta investigación nos topamos con la evidencia de que gran número de detractores de Welzel, en este punto, no tienen un conocimiento global de la reformulación de los delitos culposos en la sistemática welzeliana, quedándose, por tanto, en la fase de la finalidad potencial. Si bien, el complejo fenómeno de la culpa ha sido la dificultad más seria para la teoría finalista, origina él mismo dificultades para el concepto causal de acción, ya que, como resalta Cerezo Mir³⁵⁵, la relación del resultado en el delito culposo con el concepto de culpabilidad es problemática.

Tanto si la culpabilidad se concibe como reflejo del injusto en la mente del agente, o como reprochabilidad en la formación antijurídica de la voluntad, no guarda relación con el *resultado* del delito culposo.

La reprochabilidad de la formación antijurídica de la voluntad se da lo mismo si el resultado se produce o no. La causación del resultado no encuentra reflejo en la mente del autor. Esta causación no es querida, a pesar de ni siquiera ser prevista (culpa inconsciente). En el caso de la culpa consciente, el autor ha previsto la posibilidad, que no la *certidumbre* de causación del resultado (porque entonces habría dolo). El resultado real queda, para Cerezo Mir, más allá de la culpabilidad y en este punto sigue a autores tan destacados como Radbruch y Kaufmann, quienes notaron que la producción del resultado en este caso, depende del azar, perdiendo relevancia para la culpabilidad³⁵⁶.

Zaffaroni señala que la característica típica de la conducta culposa es el modo de realización, violatorio del deber de cuidado, lo que, siendo congruentes con lo expuesto, no le quita la naturaleza final.

b) *El finalismo "deja vacía la culpabilidad"*³⁵⁷.

³⁵² Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Acercas del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *Revista Jurídica Veracruzana*, T. XXIV, N° 1-2, enero-junio 1973, pp. 71-78.

³⁵³ Márquez Piñero, Rafael, "La estética...", *op. cit.*, *passim*.

³⁵⁴ Novoa Monreal, Eduardo, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980, *passim*.

³⁵⁵ Cerezo Mir, José, *Problemas fundamentales...*, *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁶ *Ibidem*, in fine.

³⁵⁷ Novoa Monreal, *Causalismo...*, *op. cit.*, pp. 138-141.

Se suele afirmar que al quitarse al dolo de la culpabilidad, ésta queda hueca en su contenido. Hemos analizado que por el contrario, existe un contenido de imputabilidad y de conciencia o conocimiento de la antijuridicidad.

Bacigalupo³⁵⁸ responde a esta crítica afirmando que la teoría causal deja vacía la tipicidad (sin dolo). "Así como nada impide que una teoría del delito opere con una tipicidad vacía (...) tampoco hay obstáculo en que lo haga con una culpabilidad sin dolo, si el dolo sigue siendo, de todos modos, elemento del delito".

c) *El finalismo caracteriza indebidamente al tipo.*

Esta crítica de Novoa Monreal se basa en la inexactitud existente al atribuir al tipo un contenido valorativo³⁵⁹. El autor de esta objeción se ciñe estrictamente al primer esbozo de la tipicidad de Beling de 1906, sin reparar en que esta concepción fue reformulada.

Jiménez Huerta³⁶⁰ distingue dos etapas en la formulación de la teoría del tipo de Beling, la primera, en 1906, donde el tipo es la suma de aquellos elementos materiales que establecen la esencia propia del delito (*Die Lehre vom Verbrechen*).

En el momento segundo (*die Lehre vom Tatbestand*) en el que el tipo se "espiritualiza"³⁶¹, donde los elementos objetivos y subjetivos (como en la culpabilidad) se orientan hacia una "imagen unitaria" que es el tipo, convertido así en la denominada imagen rectora "que norma y preside cada especie delictiva".

El tipo como fenómeno complejo se integra, según el modelo finalista, por una parte objetiva y otra subjetiva. La teoría clásica del delito no pudo reservar todo elemento subjetivo para la culpabilidad y hubo de admitir un querer referido al movimiento corporal, lo que hizo resentirse la armonía de la construcción causal.

En este orden de ideas, Márquez Piñero detecta con suma originalidad la dimensión estética de la teoría finalista³⁶² de mayor simetría. Pero esta visión no se queda en la superficialidad de la construcción conceptual, sino que dicha carga estética se arraiga en los fundamentos filosóficos de la ética jurídica material con su pretensión de justicia. Porque para el maestro hispalense dicha justicia es bella, estética.

³⁵⁸ Bacigalupo, *Manual de derecho penal...*, op. cit., vide supra n. 294, p. 73.

³⁵⁹ Novoa Monreal, *Causalismo...*, op. cit., p. 127.

³⁶⁰ Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, T. I, p. 28.

³⁶¹ Márquez Piñero, Rafael, *El tipo...*, *Ibid.*, p. 160.

³⁶² *Idem*, "La estética...", *Ibid.*, pp. 92-113.

d) *El finalismo provoca una confusión sistemática.*

Dicho planteamiento se basa en que el finalismo es contrario al criterio sistemático "objetivo-subjetivo" (injusto-culpabilidad) aunque muchos sean los causalistas que renuncian a este criterio.

La teoría clásica del delito realiza la siguiente construcción teórica: la conducta como sustrato material se selecciona mediante la tipicidad para ser valorada luego objetivamente conforme al ordenamiento jurídico en la base predicativa de la antijuridicidad para efectuar por último, la valoración de sus aspectos psíquicos en la verificación de la culpabilidad³⁶³.

La teoría de la acción finalista concibe al delito como conducta adecuada a un tipo que comprende dicha conducta en sus aspectos subjetivos y objetivos, individualizándola para someterla luego a una doble valoración: la primera, establecida mediante la comprobación de que la conducta en general contraria a la norma, no se halle amparada por ningún dispositivo permisivo (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho) concluyendo así que la conducta es además antijurídica. La conducta típica y antijurídica (injusto) es sometida a otro juicio por el autor, en esa circunstancia, otra conducta conforme a Derecho. El grado de exigibilidad será el grado de culpabilidad³⁶⁴. De cara a este injusto *reprochable* podemos afirmar que hay *delito*: conducta típica, antijurídica y culpable.

El concepto del delito finalista no se equipara al criterio "objetivo-subjetivo" pero elabora su propio concepto sobre otra base sistemática distinta: individualización de la conducta mediante el tipo, una valoración que concluye que la conducta es además antijurídica y, por último, una comprobación de que al sujeto activo le era exigible una conducta conforme a Derecho, según su circunstancia y características personales.

e) *El finalismo desarticula la teoría del delito.*

Semejante aserto se basa en la supuesta admisión por el finalismo de una deficiente estructura para tipos dolosos y culposos. En general, se afirma que ante este estado de cosas, se destruye la unidad en la elaboración teórica.

Una objeción semejante no es sustancial para un fenómeno tan complejo como es el delito. Este requiere, para su comprensión, un mayor sustento teórico que pueda abarcarlo en toda su complejidad.

³⁶³ Novoa Monreal, *Causalismo...*, op. cit., p. 27.

³⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio, *Acerca del concepto...*, op. cit., p. 75.

Consignamos a continuación algunas críticas elaboradas al causalismo por parte de los finalistas.

a) *El causalismo desnaturaliza la conducta.*

El Derecho Penal en el causalismo considera, por separado, una conducta propia del Derecho Penal y otra de tipo óntico. En el finalismo se parte de la base de que la conducta es real, de que toda conducta ónticamente posee finalidad. Al suprimirse dicha finalidad en su aspecto jurídico-penal, la conducta con la que opera el Derecho penal no es conducta.

El concepto causalista de acción (acción-causación del resultado) no es fundamento sólido en la elaboración de la teoría del delito, desde la perspectiva finalista.

b) *El causalismo hace recaer el desvalor en un proceso causal.*

Sostener la antijuridicidad de un proceso causal es poco coherente. El utilitarismo y naturalismo de esta corriente de pensamiento jurídico-penal fue capitalizado aún sin querer, en provecho de totalitarismos como el nazi en el que Welzel vivió. El nacionalsocialismo, se sustentó en principio tales como "justo es lo útil al pueblo", "la pena es un medio de limpieza biológica del pueblo"³⁶⁵. Welzel debe ser entendido en tal contexto histórico por quienes lo acusan de no comprender el verdadero sentido del concepto de acción causal³⁶⁶.

c) *El causalismo no explica la tentativa.*

La sobreacentuación de la causación de un resultado hace imposible entender la tentativa a no ser que se entienda la acción con referencia a un fin, referencia hallada necesariamente en la conducta en grado de tentativa. Es la tentativa, en nuestra opinión, un gran acierto en la teoría finalista bajo la referencia de la finalidad. Bajo la perspectiva causalista se llega a la conclusión de que el sujeto activo no ha actuado de ninguna manera.

d) *El causalismo no explica la omisión.*

Si acción es causación de un resultado en el sentido de caracterización física, son incomprensibles las omisiones, según se desprende de la premisa que enuncia "de la nada no puede seguirse la nada"³⁶⁷.

³⁶⁵ Márquez Piñero, Rafael, "La estética...", *Ibid.*, p. 103.

³⁶⁶ Cfr. en este sentido, la crítica de Novoa Monreal, *Causalismo...*, *op. cit.*, pp. 56-72.

³⁶⁷ Márquez Piñero, Rafael, "La estética...", *Ibid.*, p. 108.

En ningún modo tenemos la pretensión de criticar a la teoría causalista considerada como "clásica" y que ha despertado adhesiones de juristas respetabilísimos y de gran valía: Cobo del Rosal, Vives Antón, Novoa Monreal, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Rodríguez Ramos, Sáinz Cantero, etc. No puede ocultarse nuestra simpatía, a pesar de todo, por la formulación genial de Welzel. Toda teoría como creación humana es perfectible y susceptible de caer en el error, así como de presentar matices diversos según los expositores adheridos a sus principios. Más aún, en el ámbito del Derecho penal, que a pesar de ser una de las ramas más técnicas y precisas del Derecho, no puede equipararse en frialdad y precisión a las ciencias exactas.

La pretensión de exactitud, sin embargo, debe circunscribirse al contexto de todo saber científico que se refiere —siendo congruente con lo dicho en el primer capítulo de esta obra— al establecimiento de verdades provisionales, reformulables a la par del devenir humano. Por ello, la teoría de la acción finalista de Welzel no ha cesado de desarrollarse por juristas de la talla de Maurach, Niese, Kaufmann, Stratenwerth y de manera más cercana a nosotros, en la realidad iberoamericana y española, por Bacigalupo, Enrique Cury Urzúa, Bustos Ramírez, Cerezo Mir, Frago, Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Quintero Olivares, Zaffaroni, etc., cada uno con sus personales estilos y matices.

En México, Olga Islas y Elpidio Ramírez proponen un modelo lógico-matemático del Derecho Penal, valiéndose de la lógica formal y de la base finalista, además de la "teoría de los modelos en cibernética"³⁶⁸. Rafael Márquez opina que la teoría finalista es desarrollada por el modelo lógico hasta sus últimas consecuencias. El plano normativo (norma general y abstracta) y el plano fáctico (hechos antisociales, concretos y particulares) se intersectan dando lugar al universo del delito. Una vez elaboradas las teorías particulares de cada norma penal, es factible abstraerlas en una teoría general. Este proceso inductivo se sustenta en el intento de hallar "lo común de lo diverso" aristotélico, la "semántica común" de las teorías particulares³⁶⁹. Lo anterior permite el tratamiento informático del lenguaje jurídico, representado por símbolos lógicos y superadas las contradicciones posibles de las teorías particulares. Desde una perspectiva finalista, la abstracción lograda no producirá un esquema alejado de la vida dado que no se tratará de argumentación lógica, sino de un

³⁶⁸ Novoa Monreal, *Causalismo...*, *Ibid.*, p. 15, in fine.

³⁶⁹ Márquez Píllero, *El tipo...*, *Ibid.*, pp. 193-196.

esquema lógico-objetivo, con sustento ontológico, es decir, real. La conducta antisocial —acción real— puede adecuarse al tipo legal fijando la relación lógica de los elementos integrantes del ilícito³⁷⁰.

Todo valor de una doctrina se mide en buena forma por sus consecuencias prácticas (su aplicación a la realidad). Podemos afirmar que indiscutiblemente la teoría de la acción finalista ha inspirado ordenamientos jurídico-positivos. Según noticia de Zaffaroni³⁷¹, el código penal argentino de la década de los setenta, plasmó en su texto la estructura óptica de la conducta. La delimitación de nuestro estudio no nos permite entrar al análisis dogmático de nuestra legislación penal vigente, pero es claro que nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, ha caracterizado varios de sus preceptos según criterios finalistas a partir de las trascendentales reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994.

Las adhesiones suscitadas en torno a la doctrina finalista muestran que, a pesar de las divergencias entre seguidores y opositores, ésta se ha mostrado capaz de revolucionar la tradición causalista (predominante desde fines del siglo pasado) y manteniéndose novedosa y actual, poniendo al descubierto nuevos y estimulantes problemas tocantes, especialmente al campo del Derecho penal.

No pretendemos justificar las divergencias entre los expositores finalistas ni ocultar las lagunas e insuficiencias de la primigenia formulación welzeliana, fallas, al fin, demasiado humanas. Como expresa Márquez, no se trata de una elaboración acabada y perfecta, "sino del atisbo genial del jurista que nos alentó a todos los demás a seguir en nuestra actividad y a superarnos cada cual en la medida de nuestras posibilidades"³⁷². La exposición de esta obra monumental del pensamiento jurídico no merecía concluir con frase menos elocuente.

³⁷⁰ *Ibid.*, pp. 184-185.

³⁷¹ Zaffaroni, Eugenio, "Acerca del concepto finalista...", *op. cit.*, p. 75.

³⁷² Márquez Piñero, Rafael, "La estética...", *Ibid.*, p. 113.

CONCLUSIONES

1. La obra de Hans Welzel se centra en la filosofía jurídica y en el Derecho Penal. La jusfilosofía welzeliana es propiamente el pilar sustentador de su elaboración juspenalística.

2. Nuestra versión sobre los antecedentes de pensamiento del gran maestro alemán ha sido explicada suficientemente en el cuerpo de este trabajo, aunque no queremos dejar de destacar que, en nuestra opinión, Welzel armoniza y sintetiza doctrinas filosóficas consideradas antitéticas a menudo, siendo influido de manera señalada por la tradición jusnaturalista y juspositivista, con ingredientes neokantianos y existencialistas.

3. La magistral síntesis welzeliana en torno a las más diversas doctrinas jusfilosóficas reúne, además, las dos tendencias dominantes en la contemporánea filosofía del Derecho: eticismo y logicismo, demostrando, de paso, la inutilidad de la vieja y estéril oposición entre jusnaturalismo y juspositivismo.

4. De los jusnaturalismos, Welzel toma el propósito de renovación ética, es decir, la nota axiológica que salva al Derecho de convertirse en mera fuerza; en el otro extremo, la positividad del Derecho se hace necesaria en Welzel para convertirlo, de mera aspiración ideal de un orden posible, en ordenación social efectiva para la protección del ser humano.

5. De Kant y los neokantianos, Welzel toma la idea de una noción lógica y universal del Derecho cuyo pretendido formalismo está permeado de un fuerte carácter social y corregido por Welzel mediante la inclusión de la ética jurídica material que transforma esta armazón lógica en una forma con contenido, siendo dicho contenido material mínimo la consideración de la persona como fin en sí ético, clara aportación kantiana.

6. De las filosofías existencialistas, Welzel adopta la consideración de los problemas jurídicos desde el punto de vista de la existencia del hombre y desde el

fundamento del ser: es decir, un análisis no desligado de la realidad social actual. La consecuencia de esto es decisiva en el ámbito del Derecho penal: que la dimensión fáctica (hechos concretos y particulares, los delitos) se intersecta con la dimensión normativa (debe ser, normas penales generales, abstractas e impersonales) lo que permite acceder a la totalidad del universo del delito.

7. La jusfilosofía welzeliana destaca la versatilidad del fenómeno jurídico que, hoy más que nunca, debe abordarse, desde un enfoque interdisciplinario. La realidad jurídica toca aspectos múltiples de la realidad total y puede abordarse desde las perspectivas social, filológica, política, psicológica, etc. Por todo ello no es de extrañar el que Welzel se haya inspirado en la fenomenología (Linke, Pfander, Husserl, Hartmann), la antropología filosófica (el hombre que ejerce su libertad y cuyos actos de decisión implican un proyecto ordenado de fines), la psicología (Bühler, Erismann, Jaensch, Peters) y la historia de la filosofía y la cibernética.

8. La creación jurídico-penal de Welzel revolucionó la dogmática tradicional partiendo del concepto de acción como actividad final humana, por contraposición a la noción causalista de acción como causación de un resultado. No basta la situación producida por el resultado sino que, en el centro o meollo del Derecho Penal se erige la naturaleza de la acción. La obra de Welzel debe entenderse desde el contexto histórico de su génesis y en el afán de rebasar las tendencias naturalistas del Derecho Penal.

9. La inclusión de estructuras lógico-objetivas en el terreno punitivo trae aparejada la contemplación del Derecho desde su dimensión lógica, lo que permite su configuración sistémica. La estructura finalista de un particular sistema de la dogmática de un Derecho positivamente dado, coherente y pleno de sentido, suficientemente desarrollada, hace posible el señalamiento de límites, principios y conceptos fundamentales, facilitando además, una aplicación práctica más segura de un complejo normativo que, por su rigor lógico, deberá estar exento de incongruencias y oscuridades. Subsiste, es cierto, un problema en la infinita potencialidad de acciones humanas concretas e individualizadas, así como en la correcta interpretación de la norma en la práctica judicial dada la posible ambigüedad del lenguaje jurídico. No obstante, la sistematización constituye una

garantía de seguridad jurídica y coherencia, con lo que el margen de improvisación o arbitrariedad se reduce al mínimo. Una elaboración sistémica tal, dista mucho de producir un sistema jurídico abstracto, un Derecho alejado de la vida; por el contrario, en Welzel, su concepción, que no obedece a un raciocinio meramente lógico, sino *lógico-objetivo*, por cimentarse en un ontologismo éticista, hace de todos estos fenómenos, acontecimientos *reales*, con fundamento en el ser.

10. El rescate de la función ético-social del Derecho Penal arraigada en la ética jurídica material trae como resultado un Derecho democrático y social en tanto que protege efectivamente a los miembros de una sociedad, previniendo las acciones que por consenso comunitario se consideran atentatorias ético-socialmente hablando, es decir, de los bienes jurídicos (concretos intereses individuales o colectivos de rango social), en otras palabras, los bienes que una sociedad considera valiosos y dignos de ser tutelados en un tiempo y un lugar determinados. Aquí se enmarca perfectamente la trascendencia del concepto finalista de la acción. La acción ontológica, no se queda en el mundo de las leyes naturales físicas, sino que se convierte en un concepto social que adquiere relevancia en tanto que implica ponderación valorativa del entorno social, presuponiendo, además, la voluntad del agente dirigida a un objetivo. De ahí que la acción finalista sea penal y ontológicamente, la misma.

11. La prístina formulación welzeliana ha sido seguida y desarrollada por muchos juristas llevándola hasta sus últimas consecuencias: baste recordar el modelo lógico del Derecho Penal. La concepción de Welzel continúa inspirando los ordenamientos positivos jurídico-punitivos y es necesaria, al menos en nuestro medio, su mayor difusión y estudio por parte de los catedráticos y de los aspirantes al ejercicio de la abogacía, no sólo en razón de su importancia doctrinal, sino también en atención al valor estético de la obra, con su carga de ideas de justicia, tolerancia, dignidad y libertad, casi extinguidas de la praxis colectiva de este fin de milenio.

BIBLIOGRAFÍA

Aquino, Santo Tomás de, *Summa teológica*, trad. Barbado Viejo, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1946.

Aristóteles, *Ética nicomaquea. Política*, versión española de Antonio Gómez Robledo, 12a. ed., México, Porrúa, 1989.

Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. Felipe González Vicén, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Editorial Temis, 1989.

Balmes, Jaime, *Filosofía elemental: lógica, ética, metafísica, historia de la filosofía*, 3a. ed., México, Porrúa, 1981.

Barnett, Lincoln, *El universo y el doctor Einstein*, 1a. edición en español, 9a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

Bobbio, Norberto, *Glusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

_____, "Algunos argumentos contra el derecho natural", en *Crítica al derecho natural*, trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966.

Bochensky, I. M., *La filosofía actual*, trad. Eugenio Imaz, 2a. ed., 7a. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 1977.

Brunner, Emil, *La justicia, doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, trad. Recaséns, 1a. ed., en español, México, UNAM, 1961.

- Bunge, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1978.
- Castán Tobeñas, José, *La idea de justicia. Su trayectoria doctrinal y la problemática de sus contenidos*, Madrid, Reus, 1968.
- Cathrein, Victor, *Filosofía del derecho. El derecho natural y el positivo*, trad. Alberto Jardón y César Baraja, 7a. ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1958.
- Cerezo Mir, José, *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982.
- Cesarini Sforza, Widar, *Filosofía del derecho*, trad. Marcelo Cheret, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977.
- Cossío, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- Del Vecchio, Giorgio, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. revisada por Luis Legaz y Lacambra, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1964.
- _____, "Derecho, política y justicia", trad. Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XIX, núms. 75-76, julio-diciembre, 1969.
- _____, *Dos Ensayos*. 1. "El *homo juridicus* y la insuficiencia del derecho como norma de vida"; 2. "Justicia y derecho", trad. José Carner, México, Cía. General Editora, 1943, Monografías Jurídicas, núm 5.
- _____, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1969.

_____, *La justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1952.

Die große Brockhaus, Wiesbaden, Alemania, F. A. Brockhaus, 1957, T. 12, p. 452.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 39a. ed., México, Porrúa, 1988.

_____, "El derecho en el orden del ser y como sector del orden social", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XIX, núms. 75-76, julio-diciembre 1969.

_____, *Filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.

_____, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, 2a. ed., México, UNAM, 1977.

González Quintanilla, Jose Arturo, *Derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993.

González Uribe, Héctor, *Teoría política*, 6a. ed., México, Porrúa, 1987.

Graf zu Dohna, Alexander, *La ilicitud*, trad. Faustino Ballvé, 1a. ed. castellana, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959, colección Estudios de Derecho Penal N° 1.

Grocio, Hugo, *De iure Belli ac pacis*, trad. Francis W. Kelsey et. al., Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, the classics of International Law, núm. 3.

Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, 2a. ed., Editora Nacional, 1978.

Hartmann, Nicolai, *Ontología*, trad. José Gaos, 1a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.

Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, Taurus, 1968.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1978.

Jenofonte, *Recuerdos de Sócrates*, versión directa de Juan David García Bacca, México, UNAM, 1946, Bibliotheca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana.

Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, ed. Losada, 1964.

Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1980, t. I.

_____, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, ed. Losada, 1964.

_____, "La vuelta de Von Liszt" en la *Idea de fin en el derecho penal*, 1a. reimpr., México, UNAM-Universidad de Valparaíso de Chile, 1994, p. 30.

Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM, 1968.

_____, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua*, estudio introductivo de Francisco Larroyo, 7a. ed., México, Porrúa, 1990.

Kelsen, Hans, *¿Qué es justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, 1a. ed., Barcelona, Ariel 1982.

_____, "Justicia y derecho natural", en *Crítica al derecho natural*, trad. Elías Díaz, Madrid, Taurus, 1966.

Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del derecho*, 5a. ed., Barcelona, Bosch, 1979.

Mailhofer, Werner, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1954.

Márquez Piñero, Rafael, *Filosofía del derecho*, 1a. ed., México, Trillas, 1990.

_____, "El fundamento filosófico del pensamiento de Hans Welzel y su teoría de la acción finalista", en Homenaje a don Celestino Porte-Petit Candaudap, ensayo todavía en prensa.

_____, "La estética en la teoría finalista de la acción penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XLII, 183-184, mayo-agosto, 1992, separata.

_____, *Derecho penal*, Parte general, 2a. ed., México, Trillas, 1991.

_____, *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*, 1a. ed., 1a. reimpr., México, UNAM, 1986.

Maurach, Reinhart, "El concepto final de acción y sus efectos sobre la teoría de la estructura del delito", en *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VI, N° 3, diciembre 1965.

Messner, Johannes, *Ética general y aplicada. Una ética para el hombre de hoy*, trad. Carlos Balifias, Madrid, Rialp, 1969.

_____, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967.

Mezger, Edmund, "L'importanza della teoria finalistica per i concetti di azione, anti giuridicità e colpevolezza", trad. A. Crespi, JUS, *Rivista di Scienze Giuridiche*, anno III, fasc. IV, Milano, marzo 1952.

- Niese, Werner, "La teoria finalistica dell'azione nel diritto penale tedesco", *JUS, Rivista di Scienze Giuridiche*, anno II, fase II, Milano giugno 1951.
- Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1a. ed., 1a. reimp., México, UNAM, 1989.
- Novoa Monreal, Eduardo, *¿Qué queda del derecho natural? Reflexiones de un jurista cristiano*, Buenos Aires, Santiago de Chile, Depalma-Benavides López, 1967.
- _____, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1980.
- Opocher, Enrico, "Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato della nozione 'natura della cosa'", *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, XLIV, fascicolo III, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967.
- Pérez Carrillo, Antonio, "Los conceptos de moral y derecho en Kant", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XIX, núms. 75-76, julio-diciembre, 1969.
- Pieper, Josef, *Defensa de la filosofía*, trad. Alejandro Esteban Lator Ros, 5a. ed., Barcelona, Herder, 1982.
- Piovani, Pietro, *Linee di una filosofía del diritto*, Padova, Cedam, 1958.
- Platón, *Diálogos*, Barcelona, Iberia, 1947.
- Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del Derecho*, 1a. ed. México, UNAM, 1982.
- _____, "Reflexiones sobre la diversidad de ideas acerca de la justicia", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXIII, núms. 91-92, julio-diciembre, 1973.

Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.

_____, "El fin del derecho", en *Los fines del derecho: bien común, justicia, seguridad*, trad. Daniel Kuri Breña, Jus, 1944, pp. 108-109.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

Recasens Siches, Luis, *Tratado general de sociología*, 20a. ed., México, Porrúa, 1986.

_____, "El problema de la naturaleza de las cosas", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, XXI, Núms. 87-88, julio-diciembre, 1972.

_____, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, México, Ed. Nacional, 1981.

_____, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, 1a. ed., México, Porrúa, 1963.

Reinach, Adolf, *Los elementos apriorísticos del derecho civil*, trad. Álvarez, Barcelona, Bosch, 1934.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, *Filosofía y filosofía del derecho*, Bogotá, Ed. Temis, 1985.

Rommen, Heinrich, *Derecho natural, historia-doctrina*, trad. francesa del alemán por Emile Marmy, versión castellana de Héctor González Uribe, México, Jus, 1950.

San Agustín, *Obras de San Agustín*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1953.

_____, *La ciudad de Dios*, 8a. ed., México, Porrúa, 1985.

- Sartre, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, 11a. reimpr., México, Ediciones Quinto Sol, s/f.
- Scheler, Max, *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, trad. Hilario Rodríguez, Madrid, Revista de Occidente, 1941.
- Séneca, Lucio Anneo, *Obras completas*, trad. Lorenzo Riber, 3a. ed., Madrid, Aguilar, 1957.
- Soberanes y Fernández, Jose Luis, *Historia del sistema jurídico mexicano*, 1a. ed., México, UNAM, 1990.
- Stammler, Rudolf, *La esencia del derecho y de la ciencia del derecho*, trad. Garzón Valdés, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1958.
- _____, *The theory of justice*, trad. Isaac Husik, appendixes François Geny & John C. H. Wu, New York, Augustus M. Kelley, Publishers, 1969.
- Stratenwerth, Günter, "El problema de la 'naturaleza de las cosas' en la teoría jurídica", trad. Cerezo Mir, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. VIII, N° 19, 1964.
- Suárez, Francisco, *De legibus ac Deo legislatore*, trad. Gladys L. Williams, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, the classics of International Law, N° 20.
- Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del estado*, 7a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, 2a. ed., México, UNAM, 1983.
- Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, 1a. ed., México, Jus, 1979.

Von Kirchmann, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. Truyol y Serra, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Welzel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. Felipe González Vicén, 2a. ed., 3a. reimpr., Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1979.

_____, "Derecho y Poder", en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1962.

_____, "El problema de la validez del derecho", en *Derecho injusto y derecho nulo*, trad. José María Rodríguez Paniagua, 1a. ed., Madrid, Aguilar, 1971.

_____, "Il nuovo volto del sistema penale", trad. Cesare Pedrazzi, *JUS, Rivista di Scienze Giuridiche*, anno III, fasc. IV, Milano, marzo 1952.

_____, "La doctrina de la acción finalista, hoy", *Revista Jurídica Veracruzana*, trad. Cerezo Mir, T. XXI, N° 2, abril-mayo-junio, 1970.

_____, "La imprudencia y los delitos de circulación", trad. Josefina Núñez y Jorge E. de la Rúa, *Cuadernos de los Institutos*, N° 84, 1965, Córdoba, Argentina.

_____, "La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione", *Rivista Italiana di Diritto Penale*, trad. Ernst Heinitz, anno IV, enero-abril 1951.

_____, "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, trad. Moisés Moreno, N° 1, año 1, enero-junio, 1978.

_____, "Positivism y neokantismo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, trad. Puy Muñoz, N° 2, fasc. 2, Universidad de Granada, 1962.

_____, *Causalidad y acción*, trad. Conrado A. Finzi, Cuadernos de los Institutos, N° 126, Córdoba, Argentina, 1975.

_____, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 11a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

_____, *La dogmática en el derecho penal*, trad. Conrado A. Finzi, Cuadernos de Institutos, N° 116, Córdoba, Argentina, 1972.

Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. Tierno Galván, Madrid, Revista de Occidente, 1957.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal*, Parte General, 1a. ed., México, Cárdenas Editor, 1988.

_____, "Acercas del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito", en *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XXIV, núms. 1-2, enero-junio, 1973.