

LA CRISIS DEL PENSAMIENTO PENAL Y SU SUPERACION

EDGARDO A, DONNA

Profesor adjunto de Elementos de
Derecho Penal y Procesal Penal.

Para poder entender el porqué del pensamiento de HANZ WELZEL, es necesario, a nuestro criterio, retroceder un paso y mirar la crisis del pensamiento positivista; sólo desde este aspecto se entiende la postura del finalismo y en su enclave en el pensamiento jurídico actual.

A nadie se le escapa que el origen del Derecho Penal moderno, llamado por algunos, derecho penal liberal, está en el pensamiento iluminista del siglo XVIII. Cualquier manual de estudios evoca a CESARE BECCARIA como la persona que frente al despotismo y a la inquisición, se levanta con la voz del humanismo. BECCARIA y no es difícil extraer de su obra, referencias concretas al tema que es a nuestro criterio la filosofía que subyace detrás de este autor y de los que le siguen. Es la filosofía del pacto social, del contrato social, o dicho de otra forma del acuerdo de voluntades de los individuos que forman ya el estado, ya la sociedad.

Sintetizando pues, la primera afirmación que hacemos es que detrás del derecho penal, como así detrás de todo el derecho estructurado desde el Código de Napoleón, subyace la idea del contrato social, con todas implicancias del tema.

Es fácil ver en BECCARIA (1738) cómo el problema está latente, cuando por ejemplo: al referirse a la pena de muerte hace alusión concreta al pacto social.

Sería un poco cansador entrar a cotejar textos de los autores contractualistas pero lo que nos interesa demostrar que en un autor alemán como es FRANZ VON LISZT, sobre el que se ha basado gran parte de la escuela positivista del derecho penal existen claras referencias al tema. Cuando se refiere al derecho penal como protección de los intereses expresa en parágrafo 14,2 "La voluntad general, que está por encima de las individualidades..."¹. Cualquier lector que haya entrado en el tema del pacto, se dará cuenta de qué se está hablando.

El tema pues además de apasionante, tiene la mayor de las vigencias, porque, no es que el finalismo venga a romper la línea lógica de los elementos del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) y por ende a crear un desorden que no tiene razón de ser. Quien se tome el trabajo de leer a HANZ WELSEL, en las pocas obras traducidas al castellano que se encuentran en plaza, y las pocas sin traducir que están en nuestro país, podrá observar que la preocupación fundamental no es solamente hacer una dogmática mejor a la anterior, **sino superar al positivismo jurídico**, que está por supuesto inmerso en el problema del pacto social. Por eso el citado autor no cierra la discusión, más aún su pensamiento es un pensamiento abierto, tan abierto que si uno va tomando las distintas ediciones de su derecho penal, verá con asombro que va cambiando, modelando, dando forma a veces nueva a los distintos temas.

De lo que se trata es un desafío a pensar seriamente no sólo la dogmática penal, sino las bases que esta dogmática tiene en el pensamiento, sin caer en lugares comunes y aplicando rótulos que no tienen cabida en una seria discusión científica. Cabe acá recordar las sabias palabras de JIMENEZ DE ASUA cuando en el prólogo al Tº III de su obra afirmaba refiriéndose a este tema: "Es inevitable que, todo aquél que tiene construida una doctrina y adoptada una posición, se sienta chocado cuando irrumpen en la disciplina cultivada novedades o sistemas que pugnan con lo que habíamos adoptado. Esto aconteció con la teoría de la acción finalista. Ocurre con los tejidos extraños que entran en nuestro organismo, que los anticuerpos que formamos tienden a destruirlos; pero hoy se sabe que llegará un día en que los investigadores de Biología lograrán la tolerancia de esos tejidos ajenos, en bien del reemplazo de órganos y en última instancia de la prolongación de la vida humana. El mismo fenómeno ocurre con la creación intelectual. Sólo quienes se han fosilizado en su tesis, seguirán rechazando cuanto de nuevo aparezca en la ciencia que aprendieron y no renuevan"².

1 Tratado de Derecho Penal, Tº XI, 2da. Edición - Ed. Reus - Madrid 1927, pág. 3.
2 Tratado de Derecho Penal, Tº III, Ed. Lozada - Buenos Aires 1965 - pág. 7.

Antes de seguir con el tema vamos a hacer una aclaración que es fundamental. Para explicar la teoría de la acción finalista hemos de ceñirnos casi con exclusividad al pensamiento de WELZEL, ya que es posible encontrar algunas diferencias con otros autores que siguen la misma línea, y que pensamos podrían dificultar a esta altura de nuestra reflexión a la misma.

Cuando empezamos diciendo que lo que se trata es de superar el positivismo jurídico, queremos dejar claro que no vamos a entrar en polémica con esta teoría. Queremos solamente exponer la base teórica de nuestro derecho y luego empezar a pensar nuevamente una salida a nuestro problema.

Cuando nos referimos al positivismo, se entiende que se engloba dentro de este término aquello que JUAN DEL ROSAL decía: "Hubo un tiempo, en nuestra ciencia, parejo al de las demás disciplinas del saber humano, en que se quisieron explicar las razones profundas de sus objetos — delito, pena y delincuente— echando mano de la realidad táctica! en que se nos presentan estos conceptos" y agregaba "Así, no media más que un pequeño salto desde el año 1870 en que por obra de LOMBROSO, se intenta dar una explicación científico-causal del delito, si bien sólo sea desde la confusa y siempre descarnada orilla de lo empírico,; hasta las ramificaciones más agudas y más penetrantes con que se sobrecarga nuestra ciencia en sus más diversas manifestaciones de puro positivismo, ora sea naturalista, ora sea sociológico o jurídico, y con cuyo lastre se agrieta la auténtica reciedumbre de la casa solariega de nuestro derecho"³.

Para entender el problema del positivismo jurídico es necesario seguir cierto orden en la exposición. Vamos a tomar la exposición que sobre el tema hace el propio WELZEL en dos obras traducidas al castellano: "Más allá del derecho natural y del Positivismo jurídico" y la "Introducción a la Filosofía del Derecho". En ambas obras se dibuja con bastante claridad cuál es la problemática del positivismo.

Decía RADBRUCH en su Filosofía del Derecho: "La justicia es sólo la misión secundaria del derecho, la seguridad jurídica es la primaria. Quien pueda imponer el derecho demuestra de esta manera que es quien está llamado a dictar el derecho"⁴.

Y decía Bokelmann "que aun bajo la vigencia del Derecho del Nacional Socialismo la muerte de un detenido o de un enemigo político,

3 Política criminal, Ed. Bosch - Barcelona - España, 1944 - págs. 15-16.

4 Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, cit. por WELZEL, pág. 12

cualquier paliza, etc., constituía una acción penal tipificada y antijurídica, homicidio, lesiones, injuria, delito contra la propiedad. La arbitrariedad estatal no consistió en la suspensión del orden jurídico, sino en la corrupción de las autoridades encargadas de vigilar por su ejecución" ⁵.

Sin embargo el positivismo no ha desarrollado ninguna teoría sobre sí mismo, llegando a afirmar WELZEL "el positivismo es la ocupación práctica con el derecho mismo, aquí se agota" ^{5bis}. Para explicar este problema nuestro autor toma como base el problema sumamente antiguo que afronta la filosofía entre lo universal y lo particular, que en el derecho o en la filosofía del derecho se traduce en la problemática del derecho natural y del derecho positivo. Hay dos autores fundamentales en este proceso, del paso de lo universal a lo particular que son JUAN DUNS y GUILLERMO DE OCKAM. "Frente a la exaltación de lo universal de la teoría idealista del derecho natural DUNS luchó por el derecho de lo particular, de lo individual, de lo histórico y descubrió la contingencia de los contenidos éticos, es decir, la imposibilidad de su deducción racional a partir de conceptos esenciales, universales y su condicionalidad histórica" ⁶.

Es claro que esto requiere más aclaraciones, pero creemos que bastan estas breves explicaciones para entender lo que sigue. Cuando este problema del nominalismo es trasladado por TOMAS HOBBS (siglo XVII) al estado, va a nacer la teoría que la ciencia anda buscando al positivismo. HOBBS va a sostener que el derecho positivo es un presupuesto constitutivo de todo orden real en el mundo humano ⁷. Esto en base a dos fundamentos: **el primero es la contingencia**, es decir la imposibilidad racional del contenido ético de las normas. "La afirmación de que la recta razón nos permite reconocer proposiciones concretas del derecho natural, es considerada por HOBBS como un error fundamental que ha costado muchas vidas", porque "lo que generalmente se califica como recta razón es en caso de conflicto la propia razón de cada uno. Las más sangrientas enemistades no surgen de la lucha por lo mío y lo tuyo, por la posesión exterior, sino por el concepto de lo bueno y lo malo, es decir, por concepciones éticas fundamentales, o expresado en términos modernos, por concepciones del mundo. Lo insoportable para el hombre no es la lucha, sino la falta de adhesión de los demás" ⁸. De modo que si se quiere solucionar este problema al no poderse deducir de una manera racional y para evitar la guerra crear una "instancia suprema que decida autorita-

5 WELZEL, Hans, El problema de la validez del derecho, Aguilar, Madrid, 1971, pág. 74-75.

5 bis) Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, pág. 19.

6 Op. cit.; pág. 25.

7 Op. cit.; pág. 26.

8 Op. cit. pág. 26-27

riamente acerca de los criterios que deben tener validez en el actuar social y que deben ser derecho" ⁹.

El segundo fundamento que HOBBS trae a colación en la **dinámica de la naturaleza humana**. Oponiéndose a la teoría aristotélica HOBBS va a sostener que el hombre es un ser instintivo, peligroso, lobo del otro hombre. "Para un ser de este tipo ya no es suficiente un orden ideal racional que simplemente completa aquello a que aspira su naturaleza sino que se necesita un orden real que con poder y fuerza contenga sus impulsos peligrosos y destructores. El derecho tiene que ser un orden real y efectivo que supere y excluya el caos de la guerra de todos contra todos. El más ideal de los órdenes concebibles que carezca de esta fuerza de conformación de la realidad no es derecho" ¹⁰. Y termina WELZEL analizando el positivismo afirmando que "la teoría del Estado de Hobbes contiene la justificación más profunda que se haya hecho positivo, significa la justificación iusnaturalista del derecho positivo" ¹¹. Se podría seguir avanzando en este tema pero creemos útil terminar esta especie de radiografía del positivismo con las palabras de SOMLO en Teoría Jurídica fundamental: Tiene valor de verdad incontestable de que el poder jurídico (el legislador, el estado, el soberano) puede establecer cualquier contenido jurídico". O cuando KELSEN sostiene que todo posible contenido puede ser derecho" ¹².

Sintetizando lo afirmado por WELZEL "El positivismo jurídico es la teoría de la omnipotencia jurídica del legislador. En este sentido es una parte de la teología jurídica o sea de la transmisión de propiedades divinas al legislador terrenal. La teoría de la omnipotencia jurídica del legislador es el verdadero pecado original del positivismo jurídico" ¹³.

Estamos pues en el centro del problema, desde acá y sólo desde acá se empieza a comprender la posterior elaboración de WELZEL y de la teoría de la acción finalista. Frente a este problema, sumamente encadenado al de la aplicación del método de las ciencias físico-matemáticas al derecho, reducción a lo extenso y medible, se plantea el cómo superarlo, sin caer en lugares comunes, o dicho en otra forma sin caer en el problema del derecho natural, de la naturaleza del hombre, etc.

WELZEL afronta el problema partiendo de una base indiscutible: "Pertenece a la esencia del derecho el ser real" ¹⁴ ...resulta que el de-

9 Op. cit.; pág. 26-27.

10 Op. cit.; pág. 28-29.

11 Op. cit.; pág. 29.

12 Introducción a la filosofía jurídica, pág. 195.

13 Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, WELZEL, pág. 35.

14 Op. cit.; pág. 34.

recho tiene que ser un orden positivo. Pero ésto no significa de ninguna manera que este orden real pueda tener cualquier contenido"¹⁵.

El legislador está sometido a dos límites que son inmanentes al derecho positivo: **La primera limitación se encuentra en las estructuras lógico-objetivas** que atraviesan integralmente la materia jurídica. Este límite lo obliga lógicamente al legislador. Puede si quiere dejarlas pero su norma no responderá a la realidad de las cosas, de ahí que esta regulación será contradictoria, incongruente, no objetiva.

Es obligación, pues si se quiere entender de que se trata todo este problema, entrar a considerar en forma más detenida el problema de las estructuras lógico-objetivas.

Siguiendo el método que habíamos tomado al principio, vamos a ir directamente a lo que WELZEL manifiesta sobre el tema, sin perjuicio de redondear la idea desde algunos autores que han desarrollado el tema. Sostiene Welzel que las estructuras lógico-objetivas atraviesan íntegramente la materia jurídica, prescribiéndole una regulación a un determinado tipo. Esta limitación obliga al legislador lógicamente, o sea cuando quiere que su regulación responda a la realidad de las cosas"¹⁶. De modo que a la inversa que lo que pretendía el positivismo se le confía a la ciencia y aún al juez la "noble tarea de señalar en la materia jurídica aquellas estructuras lógico-objetivas que están dadas de antemano al legislador"¹⁷. Y agrega a continuación "En las estructuras lógico-objetivas se encuentran limitaciones materiales al legislador inútilmente buscadas por la mayoría de los teóricos del derecho natural. El derecho natural no puede encontrarse fuera o por encima del derecho positivo, sino que está como límite inmanente dentro de él mismo, para verlo basta tener la mirada despejada"¹⁸.

Para concretar nos parece acertada la exposición sintética que Eugenio Zaffaroni trae en su teoría del delito cuando expresa: "La teoría de las estructuras lógico-objetivas, cuya paternidad corresponde a Welzel puede sintetizarse de la siguiente manera: a) Partiendo de que ni el conocimiento ni el método, crean al objeto, tampoco lo crea el juicio de valor y ni siquiera lo modifica, b) La valoración debe respetar la estructura del ser del objeto que valora, pues el desconocimiento de esta estructura hará que la valoración recaiga sobre un objeto distinto o en el vacío, c) Conforme a ello se llaman estructuras lógico-objetivas a las que vincu-

15 Op.cit.; pág. 33.

16 Op.cit.; pág. 36.

17 Op.cit.; pág. 38.

18 Op.cit.; pág. 41.

lan al legislador con el objeto que desvalora, puede relacionarlo, pero no puede alterar su ser¹⁹.

Dentro de estas estructuras lógico-objetivas ya enunciadas se encuentran tal como lo afirma Enrique Ramos Mejía, la acción, la participación y la culpabilidad²⁰.

El segundo principio que pone Welzel como límite al legislador es la autonomía ética del prójimo. "La persona gracias a su autonomía ética posee un valor propio, independiente de toda otra persecución de fines.

tiene que ser respetada en su propio valor por todos los demás. El hombre según Kant no puede ser utilizado como cosa. Allí donde el mandato legal degrada a la persona a simple cosa será fuerza o terror, pero nunca derecho obligatorio, válido".²¹ Este principio según Welzel es un principio material inmanente que ninguna disposición estatal puede violar so pena de volverse inmediatamente nula y perder juridicidad. Este principio, claro, sencillo, además de ser válido en sentido negativo, es decir como límite al arbitrio del poder, es válido positivamente. De él surge que el derecho debe dirigirse a personas libres, o si se quiere es el reconocimiento de la libertad del hombre. Las consecuencias que se derivan de ello serán vistas más adelante, baste decir que el juicio de reproche que el derecho hace en la culpabilidad se asienta fundamentalmente en la libertad del hombre como tal.

Retrocedemos nuevamente hacia las estructuras lógico-objetivas que ya se han explicado. Cuando se quiere poner un ejemplo de ellas el profesor de Bonn, trae el de la estructura de la acción. **Sobre ella va a basar todo el esquema de su Doctrina.** En el prólogo a la cuarta edición del libro²² "El nuevo sistema del Derecho Penal", libro que es una recapitulación de la 7ª edición de 1960 de su Derecho Penal, Welzel explica los orígenes de su doctrina, especialmente a quienes debe la fuente del mismo. En esa obra explica, contra todos los autores que han querido explicar la fuente del finalismo que no es Hartmann, sino de Richard Hönigswald en su obra "Fundamentos de la Psicología del Pensamiento", así como de otros psicólogos como Karl Buhler, Theodor Erisman, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P.F. Linke y Alexander Pfander, trabajos publicados en el año 1920 a 1930.

El esbozo de la obra data del año 1930 en un trabajo titulado "Causalidad y Acción". Posteriormente y siempre en base al mismo se am-

19 Teoría del delito, E. ZAFFARONI, Ed. Ediar - Bs. As. 1973.

20 Revista de Derecho Penal y Criminología, año 1970 - pág. 505.

21 Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, WELZEL, pág 42-43.

22 Ariel Barcelona - 1964.

plía y se perfecciona la teoría, pero basada en el fondo en aquellas ideas.

En este prólogo ya citado podemos leer un párrafo que a nuestro juicio no tiene desperdicio. Dice allí Welzel: "Por lo que respecta a las estructuras lógico-objetivas, que pertenecen a este lugar (el tipo) y especialmente la afirmación de que el derecho penal está vinculado a la estructura final de la acción, necesito sólo referirse a un hecho conocido por todos: del mismo modo que el derecho no puede ordenar a las mujeres que aceleren el embarazo y que a los seis meses traigan al mundo, niños viables, no puede prohibírseles tampoco que tengan abortos. Puede exigirles en cambio, que se comporten de modo que no se produzca ningún aborto y puede prohibirles que provoquen abortos. Las normas del derecho no pueden ordenar o prohibir meros procesos causales sino sólo actos dirigidos finalmente (por consiguiente acciones) o la omisión de tales actos. De este hecho, a mi juicio difícilmente discutible, se deriva todo lo demás por sí mismo. El substrato de la regulación del derecho es desconocido completamente si se considera primero a la acción como mero proceso causal ciego y se añade sólo después (en la culpabilidad) la voluntad, donde ésta puede ser sólo un fenómeno subjetivo acompañante, un reflejo, pero no puede ser ya un factor configurante de la acción"²³.

Este y no otro es el punto de partida de la teoría Welzeniana. Quien no entienda lo hasta aquí explicado no podrá entender luego la dogmática que se estructura en la Ciencia penal.

O como el mismo Welzel sostiene "quien quiera imponer normas a la acción, tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano; ningún legislador puede modificarla. Sobre esta estructura se puede, desde luego, formular declaraciones de validez universal, especialmente en lo que se refiere a su legalidad final. De aquí surgen determinadas consecuencias dogmáticas con respecto a los elementos singulares de la acción y a la recíproca posición de los mismos entre sí. Sobre todo en lo que se refiere a la función y posición de la voluntad en la estructura de la acción. Aquí se acierta o se fracasa"²⁴.

Es acá donde se empieza con todo el esquema de la estructura finalista. Frente al concepto mecanicista de acción que había sido la base del sistema penal de la teoría psicologista se vuelve acá a la mejor tradición ontológica de la filosofía occidental y se estructura la misma de acuerdo a la finalidad. Dejemos hablar al mismo Welzel: "La acción hu-

23 WELZEL, op. cit.; pág. 14-15.

24 WELZEL, op. cit.; pág. 39.

mana es ejercicio de actividad final. La acción es por lo tanto un acontecer final y no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal puede preveer, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello vidente, la causalidad ciega" ²⁵.

Pasa luego a explicar cuáles son los componentes o las fases de la dirección final de la acción. **Una primera fase transcurre en la esfera del pensamiento** y se subdivide en: a. Anticipación del fin que el autor quiere realizar; b. A partir del fin propuesto el autor selecciona los medios necesarios para la realización de ese fin. Es decir desde el fin determina el acontecer causal de modo que sirvan a ese fin; c. También debe considerar los efectos concomitantes que van unidos al proceso causal. Aquí el paso es hacia adelante. Para eso puede evitarlos o seguir el curso de los mismos.

El segundo paso es llevar adelante, luego de ver el fin, los medios y efectos concomitantes **su acción en el mundo real. Pone en movimiento el plan establecido**²⁶.

Esta estructura de la acción no es nueva. Ya Aristóteles la había sostenido al afirmar: "Por lo demás no deliberamos acerca de los fines a alcanzar, sino sobre los medios de alcanzar estos fines. El médico no se pregunta si se propone curar o no la enfermedad, ni el orador si se propone persuadir, o el político si se propone una buena legislación, y así en todo lo demás en que el fin no es cosa cuestionable. Pero una vez que ha sido determinado el fin, uno examina cómo y por qué medios se alcanzará; si este fin parece, debe ser conseguido por medio de varios recursos, se busca el medio más fácil y mejor; si no hay más que uno, se busca cómo alcanzar este medio y aún otro por medio de éste, hasta llegar a la causa primera, que es lo que se halla en último lugar" y concluye: "Toda deliberación es una búsqueda y el resultado último del análisis es el primero en el orden de los hechos" ²⁷.

25 Nuevo sistema de Derecho Penal, WELZ EL, pág. 25.

26 WELZEL; op. cit.; pág. 26-27.

27 Ética nicomaquea, Lib. III, Cap. 3º, pág. 1199, Ed. Aguilar, Madrid 1967. SAMARANCH.

Creemos haber sido claros en haber explicado el fundamento de esta escuela penal. Pero si es tan claro, por qué no se acepta este punto de vista y se sigue insistiendo en que el derecho es libre en elegir sus conceptos, y aún más en hacer sus conceptos? Juan Córdoba Roda explica este problema con meridiana claridad. En su libro "Una nueva Concepción del Delito (Ariel Barcelona 1963) nos dice: "La confusión de la razón pura con la razón humana ha llevado a Rickert y, en general, a la escuela sudoccidental alemana, a concebir la realidad como un caos que es ordenado por el entendimiento del hombre. La realidad caótica se transforma, por el hombre, en la esfera conceptual de la ciencia. De ahí la afirmación particularmente de interés en el Derecho Penal, de que corresponde a la razón humana enlazar causalmente los fenómenos" ²⁸ . Cuáles son las consecuencias dogmáticas que esta teoría trae en el ámbito del Derecho Penal, y cuáles, por ende las modificaciones que van a irse dando en el famoso esquema tipo, antijuridicidad, culpabilidad, pena? Es claro que ver esto obliga a llevar un tratado de la parte general que obligue a ser consecuente en todos los temas a tratar, con los principios antes enunciados. Pero como es necesario reducir conceptos vamos a tomar solamente algunos conceptos relativos a tres puntos, problema de la tipicidad, de la culpabilidad y la pena. Para ello y siguiendo el método antes propuesto, volvamos a recurrir al autor de la teoría para ver en la misma fuente el cambio dogmático que se ha producido.

En cuanto a los tipos del derecho penal se incluyen en ellos lo que la teoría psicológica y aún la normativa dejaba en la culpabilidad: el dolo y la culpa, entendiendo por el primero "aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo injusto" (La teoría de la acción finalista, pág. 27) y entendiendo por el segundo "en determinadas lesiones causales de bienes jurídicos, ocasionadas por aquellas acciones que no llevan consigo la cantidad de diligencia necesaria en el intercambio de dirección finalista", o "lesiones imprudentes o negligentes de bienes jurídicos" (op. cit. pág. 28). Es decir que cuando se estudie el tipo penal sistemático, es decir el tipo de la adecuación típica, como elemento general del delito deberá incluirse en él tanto "al tipo objetivo como al tipo subjetivo" (dolo, elementos subjetivos) ²⁹.

Para terminar con este tema debemos distinguir entre finalidad y dolo. Como bien dice Zaffaroni "en tanto que la finalidad se encuentra en todas y cada una de las conductas humanas, el dolo no es otra cosa que la captación que eventualmente hace la ley de esa finalidad para

28 Juan CORDOBA RODA, Una nueva concepción del delito", pág. 39, Ariel Barcelona, 1963.

29 Tipo y error, BACIGALUPO, Pág. 71, Cooperadora de Derecho y Cs. Sociales. Bs. As. 1973.

individualizar una conducta que prohíbe. En los tipos dolosos, el dolo es la finalidad tipificada".

Hechas estas **aclaraciones vamos a pasar al problema de la culpabilidad**. Vamos a seguir el mismo método que hasta ahora, es decir preguntarle al creador de la teoría qué ha pasado con la culpabilidad. Dice Welzel: "La teoría de la acción finalista alcanza por fin el concepto unitario de culpa, tanto tiempo buscado. No hay nada más desacertado que reprochar a la teoría de la acción finalista el hacer imposible un concepto unitario de la culpa. Todo lo contrario ello posibilita ahora un concepto unitario de culpa que ha quedado negado a la teoría reinante. Estableciendo la teoría de la acción finalista, la relación psíquica del autor con el hecho (el dolo), con la acción y con el tipo del injusto, se queda solamente en el elemento normativo, la reprochabilidad, exigibilidad, por un hacer doloso y por una causación no dolosa"³⁰.

Acá hay que hacer la aclaración que la teoría de la acción finalista no viene sino a poner el punto final del desarrollo de la teoría del injusto y de la culpa. Sostiene Welzel que "El desarrollo de la teoría del injusto está caracterizado por el hecho de que, partiendo originalmente de un concepto puramente objetivo, se fueron incluyendo cada vez más los elementos subjetivos psíquicos, mientras que el desarrollo de la teoría de la culpa está caracterizado por el hecho de que del concepto de la culpa se sacaron cada vez más los elementos psíquicos. Así la teoría finalista de la acción no se imagina de ninguna manera haber introducido algo fundamentalmente nuevo en la dogmática, sino solamente haber colocado la piedra final a la que ha aspirado la doctrina reinante"³¹.

Qué es pues la culpabilidad para el finalismo? Es el juicio de reproche que se formula al autor por no haber adaptado su conducta a la norma a pesar de que estaba en situación de hacerlo. Con la antijuridicidad concluye el juicio sobre el hecho; la culpabilidad constituye el juicio **sobre el autor, en especial sobre su proceso de motivación**. La inclusión de la finalidad en la acción, y la del dolo en el tipo, priva a la culpabilidad de todos sus elementos psicológicos. Sus componentes son ahora puros procesos de valoración: la imputabilidad constituye el juicio sobre la general capacidad de motivación del sujeto; de la posibilidad del conocimiento del injusto se extrae la conclusión de que el autor imputable pedía, también en caso concreto, conocer el carácter antijurídico de su hacer,- por último, la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma, pone de manifiesto que no concurre en favor del sujeto situación coactiva alguna"³².

30 Teoría de la acción finalista, WELZEL, pág. 34.

31 WELZEL, op. cit.; pág. 35.

32 CORDOBA RODA, op. cit.; pág. 49.

Nos queda por analizar más a fondo este problema. La culpabilidad fundamenta "el reproche contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque, él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. El hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. **En este poder en lugar de ello del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad: allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica**".³³

Acá vuelve otra vez a estar en todo su esplendor la teoría de la acción, ya que como es a "través de la voluntad el autor hubiera podido dirigir de acuerdo a la norma su conducta, el objeto primario del reproche de culpabilidad es la voluntad y sólo a través de ella toda acción"³⁴, **por ello Culpabilidad es reprochabilidad de la configuración de la voluntad**"³⁵.

¿Cuáles son dentro de esta teoría los elementos o presupuestos de la reprochabilidad?: Según Welzel son dos: 1. Que el autor es capaz atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la imputabilidad); y 2. Que él está en situación de motivarse de acuerdo a las normas en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto)³⁶.

Corresponde analizar previo a **esto el fondo de lo que significa Reprochabilidad**. Ante todo se debe aclarar que la reprochabilidad, no es el reproche mismo, "sino el conjunto de caracteres que una conducta presenta para que le sea reprochada a su autor. Por ello la reprochabilidad es una característica de la conducta, que no se halla en cabeza de nadie, sino en la conducta misma".³⁷ . O dicho de otra forma: "Reprochabilidad no es el reproche, el juicio de desvalor, mismo, sino el conjunto de características que fundan el desvalor, en tanto que reproche es el desvalor mismo. Esta reprochabilidad se compone de características que a veces están expresamente determinadas, y otras, se determinan conforme a criterios que la ley da"³⁸ . Esto es explicado también por Welzel al decir: "**La esencia de la culpabilidad** puede ser definida del modo más exacto, mediante la palabra, no muy bella estilísticamente, de reprocha-

33 Derecho Penal. WELZEL, pág. 198 y 19.

34 WELZEL, op. cit.; pág. 198.

35 WELZEL, op. cit.; pág. 198.

36 WELZEL, op. cit.; pág. 201.

37 ZAFFARONI, op. cit.; pág. 520.

38 ZAFFARONI, op. cit.; pág. 521.

bilidad. Al representarse aquí el ordenamiento jurídico personificado por el legislador o el juez, se denomina también, muchas veces, a la reprochabilidad reproche de la culpabilidad y a la culpabilidad juicio de culpabilidad. Esto no es nocivo si se tiene siempre presente el carácter metafórico de estas expresiones y se recuerda que la culpabilidad es una cualidad negativa de la acción.

Hecho este somero análisis de la culpabilidad, se debe aceptar que este concepto de culpabilidad exige un fundamento antropológico. "El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad del hombre", afirma Joschek, con certeza³⁹. Es decir desde el momento que el legislador "reprocha a un individuo su conducta es porque le reconoce su carácter de ente responsable (personal) y queda vinculado a ello por una estructura lógico objetiva o lógico real"⁴⁰. Es claro acá que vuelven a aparecer las estructuras lógico objetivas de que hemos hablado anteriormente.

Hemos insistido en este problema de la culpabilidad, a raíz de que no siempre se entendió la cuestión de esta forma. La tentativa más concreta de desconocer este principio proviene del positivismo. Para esta teoría la pena va a servir como prevención general, y lo que le interesa no son valoraciones, sino evitar el peligro y el daño que el delito implica para la sociedad. De ser esto así, es claro, que si el hombre está determinado a delinquir, la sociedad debe defenderse, y la responsabilidad fundarse en la disposición interna antisocial. Por eso el positivismo va a renunciar a la culpabilidad como reproche, para acentuarla en la suma de características subjetivas para la imputación del hecho⁴¹. Y atención que esto no sólo está en un Ferri, o Lombroso, sino en forma más refinada en Liszt y en la escuela neokantiana. Por eso la insistencia de Welzel y sus seguidores en insistir sobre pautas filosóficas. Porque mal que les pese a muchos, si la base es falsa, el resto será falso.

Conclusión.

La Teoría de Hanz Welzel, surge como una respuesta al positivismo jurídico. Debemos preguntarnos si la misma ha cumplido su cometido. Es claro que es una teoría que está, por lo menos, en nuestro país en desarrollo. En parte cumplió su cometido, en parte mostró la nota de volver a las grandes tradiciones filosóficas de Occidente.

Queda como enseñanza, pues, que no hay ciencia del derecho posible que no se afirme en una auténtica filosofía. Encontrar ésta, y desde allí caminar el obligado trayecto del cansado hombre de Occidente, perdido entre tanta ideología, legalismo y por último tan vacío de Ser.

39 ZAFFARONI, op. cit.; pág. 525.

40 Ibidem; pág. 525.

41 Ibidem; pág. 531.