

absolutamente desconocidos para el saber antiguo. En este ensayo se muestra el fondo genuinamente católico del pensador italiano, que en sus expresiones se movía más bien dentro de corrientes más o menos ajenas a este espíritu.

JOSÉ M.^a DÍEZ-ALEGRÍA, S. I.

WELZEL, Hans: *La teoría de la acción finalista*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.

Este libro, como ya se advierte al lector en su pórtico, es la fusión hecha por Carlos Fontán Balestra de diversos artículos publicados por el profesor alemán Hans Welzel sobre la teoría de la acción finalista. No constituye, desde luego, una exposición exhaustiva de la misma, pues en tan breves páginas no es posible abordar las innumerables repercusiones de la nueva teoría sobre la dogmática tradicional. Pero el libro no pretende tal cosa. Su propósito, plenamente conseguido, es solamente dar a conocer los rasgos fundamentales de una teoría cuyo valor no se puede hoy desconocer, porque, se acepte o se rechace constituye tal vez la más importante aportación del pensamiento contemporáneo a la teoría jurídica del delito.

Por otra parte, la bibliografía en lengua hispana, carente casi por completo de contacto con el tema, se hallaba muy necesitada de una obra de esta naturaleza, en la que se expusiera el nuevo concepto de la acción de un modo objetivo y sin otra crítica que la puramente constructiva de su propio autor.

La teoría de la acción finalista, desenvuelta por Welzel a través de una serie de artículos y libros publicados en Alemania desde 1928 y cuyo apretado y acertado resumen se contiene en el libro que comentamos, surgió de un esfuerzo enderezado a superar el concepto puramente naturalístico de la acción que imperaba a la sazón. Su origen se encuentra en Hegel y en los penalistas hegelianos (Abegg, Berner, Köstlin). A ellos corresponde, como dice Radbruch, el mérito de haber materializado el concepto de acción, que antes deambulaba como un espíritu sin nombre y sin forma a través del sistema penal. Mas el concepto de acción elaborado por los penalistas hegelianos (acción es imputación) tuvo que ser abandonado, porque resultaba lógicamente incompatible con el castigo de los delitos culposos —acuciante exigencia de una realidad imposible de desconocer—, siendo sustituido por un concepto naturalista desprovisto de todo carácter valorativo. Este fracaso no fué, sin embargo, definitivo, porque años más tarde, cuarteado y en crisis ya el mecanicismo naturalista, Larenz intentó resucitar el concepto hegeliano de la acción, esencialmente valorativo, y ya en esta línea, aunque tratando de superar los errores que habían hecho infructuosas anteriores tentativas, se construye por Welzel en 1928 su teoría de la acción finalista.

El verdadero sentido de la teoría, como expresa el propio Welzel,

consiste en el restablecimiento de la función ético-social del derecho punitivo y la superación del naturalismo y el utilitarismo en la ciencia del derecho penal. Frente a las teorías relativas, que ven en el fin el fundamento de la pena y hacen de la prevención, fundamentalmente de la especial, el soporte radical del derecho penal, Welzel proclama, recogiendo en este punto una tendencia con importantes raíces en Alemania, que la pena no es un medio, sino un fin en sí misma, que la utilidad debe quedar subordinada a la ética y que la culpa, no la peligrosidad, constituye la medida de la pena, esencialmente retributiva. Ahora bien; la teoría preventiva pudo conformarse con ver en el delito solamente la lesión de los bienes jurídicos y en la acción sólo el efecto causal de la voluntad. Mas para la teoría retributiva, que da extraordinario relieve al elemento ético, pasa al primer plano la naturaleza de la acción, concepto éste que somete a un análisis tan riguroso como profundo.

Siempre se ha reconocido que para que pueda hablarse de acción propiamente dicha es preciso que la conducta humana sea voluntaria y que no hay acción allí donde el hombre actúa al impulso de fuerzas exteriores que no puede resistir o de movimientos reflejos que no puede controlar. Pero la opinión hoy dominante —la teoría causal de la acción según Welzel— distingue cuidadosamente entre esa manifestación de voluntad que va implícita en la acción y el contenido de dicha voluntad (dolo o culpa), el cual es irrelevante para la acción y sólo interesa para el juicio de culpabilidad. La acción es, según esto, efecto causal de la voluntad.

Frente a la teoría causal de la acción levanta Welzel la teoría finalista de la acción. La acción humana es, afirma, un acontecimiento «finalista» y no solamente «causal». *Omne ens intelligens agit propter finem*. El hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever dentro de ciertos límites las posibles consecuencias de una actividad, proponerse objetivos y dirigir su conducta según un plan tendente a conseguirlos. La finalidad es, pues, un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad es la simple resultante de los componentes o factores circunstancialmente concurrentes. Por eso, expresa Welzel con frase gráfica, la finalidad es «vidente», la causalidad es «ciega».

Esta voluntad consciente del objetivo que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista. La acción no es ya un ciego proceso causal; es un proceso finalista, y como tal consciente. Pero entonces —y aquí está seguramente la afirmación nuclear de la nueva teoría— la voluntad finalista, como factor que conforma objetivamente el acontecimiento real, pertenece también a la acción. Ya no se integra en ésta una simple manifestación de voluntad desprovista de contenido; se integra también el contenido de esa voluntad, es decir, el dolo o la culpa.

En realidad este trasplante del dolo y la culpa desde el plano subjetivo de la culpabilidad al plano objetivo de la acción o la antijuridicidad, no es nuevo. Desde hace tiempo, y como reacción contra el exceso analítico que, a partir de Beling, había llegado a atomizar los

elementos del delito, haciendo de ellos compartimientos estancos, se vienen formulando diversas teorías coincidentes en reducir la artificiosa separación de aquellos elementos. Pueden ser citadas en este sentido la teoría de los elementos subjetivos de la antijuridicidad (Hegler, Finger, Mayer, Mezger), la teoría de los imperativos (Thön, Ferneck) y la escuela de Kiel, con su derecho penal de la voluntad (Dahm, Schaffstein). Ahora bien; entre todas estas teorías y la de la acción finalista existen importantes diferencias. La teoría de los imperativos y el derecho penal de la voluntad llegan a la confusión de los elementos culpabilidad y antijuridicidad, mediante la absorción de la segunda en la primera. Van, pues, más lejos que la teoría de Welzel, la cual mantiene la separación entre los distintos elementos del delito. En cuanto a la teoría de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, se limita a integrar en el injusto determinados móviles del sujeto, dejando fuera el dolo. Como afirma Welzel, el desarrollo de la teoría del injusto está caracterizado por el hecho de que partiendo originariamente 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.

La teoría de la acción finalista afirma rotundamente que no sólo la especial intención o motivación del autor, sino todo el dolo, debe pertenecer al injusto, pues la intención, por ejemplo, de apropiarse de una cosa ajena (elemento subjetivo de la antijuridicidad en el hurto) sólo puede tenerla el que proceda dolosamente hacia esta dirección. Ahora bien; si el dolo pertenece a la antijuridicidad y, ello no obstante, el elemento culpabilidad subsiste con independencia, ¿cuál será su contenido?

La teoría psicológica de la culpabilidad había hecho consistir ésta en la relación psíquica entre el agente y su acto. Un individuo era culpable por haber querido su acto (dolo directo o de propósito), o haberlo previsto y aceptado a título de mal necesario o posible (dolo eventual), o haberlo podido y debido prever (culpa). A partir de Frank, al elemento natural (lazo psíquico) se superpone un elemento normativo (reproche). Es la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, Goldschmidt, Freudenthal). Un individuo es culpable porque debía haber evitado (reprochabilidad) un resultado que ha querido o ha previsto o ha debido prever (dolo o culpa). Así, pues, cuando Welzel, con aire taumáturgico, extrae el dolo y la culpa de la culpabilidad, este elemento no queda vacío. Queda en él el juicio normativo: la reprochabilidad.

De este modo la acción finalista, integradora del dolo, recibe el doble reproche de la antijuridicidad y la culpabilidad. El juicio de la antijuridicidad es: «Tú has actuado contrariamente a la norma.» Aunque en este juicio va implícita la existencia de un resultado objetivamente contrario a la norma jurídicopenal (antijuridicidad), que ha sido querido o previsto (acción finalista), todavía no es posible afirmar la responsabilidad penal, ya que puede ocurrir que no haya sido

exigible otra conducta. Es preciso añadir el reproche de la culpabilidad: «Tú hubieras debido actuar conforme a la norma, porque hubieras podido actuar conforme a la norma.» El delito continúa siendo la acción típicamente antijurídica y culpable, pero la culpabilidad ha quedado reducida al juicio de reprochabilidad, mientras su tradicional contenido psicológico ha pasado a la acción, que ya no es causal, sino finalista.

De este modo resultan perfectamente ensambladas todas las piezas que componen el delito. Mas pese a tan satisfactoria apariencia no todo en el sistema es armonía. Ciertamente que, como afirma su autor, la teoría de la acción finalista alcanza por fin un concepto unitario de la culpa, pero ello es a cambio de renunciar a un concepto unitario de la acción. Como para Welzel la acción finalista sólo comprende el objetivo que se quiere alcanzar (dolo directo), los medios que se emplean para ello y las consecuencias secundarias necesarias o posiblemente vinculadas con el empleo de los medios (dolo eventual y culpa consciente), los casos en que el resultado no ha sido previsto pudiendo serlo (culpa inconsciente) quedan necesariamente fuera del concepto de la acción finalista. Quiere esto decir que en los delitos culposos la acción no es finalista, sino ciegamente causal (aunque relacionada con la finalidad en cuanto el resultado era evitable mediante una actividad regulada de modo finalista). Esto hace imposible una doctrina de acción común a las infracciones dolosas y culposas, y obliga a separar desde el primer momento la acción dolosa (finalista) de la culposa (causal), mientras que la teoría dominante sólo establece diferencias en el momento de la culpabilidad. Pero esta concepción dualista de la acción, impuesta por las exigencias estructurales de la teoría, viene a ser precisamente su talón de Aquiles, pues impide llevar a sus últimas consecuencias los principios de que parte su autor en orden al contenido de los diversos elementos del delito.

Es posible, en efecto, en los delitos dolosos despojar a la culpabilidad de su contenido psíquico sin que por ello se resienta este elemento de la infracción, que encuentra un nuevo y suficiente contenido en el juicio de valor sobre aquel lazo psíquico. Ello se debe a que una conducta objetivamente antijurídica puede ser dolosa (querida) y sin embargo irreprochable, por no ser exigible otra. Mas en los delitos culposos (al menos cuando se trata de la culpa inconsciente) no es posible tal escisión. Si una conducta es culposa tiene que ser al mismo tiempo reprochable y tiene que ser reprochable precisamente por ser culposa. Cuando no quepa hacer ningún reproche al sujeto por un resultado no previsto, debemos hallarnos necesariamente ante un caso fortuito. Vemos, pues, que en los delitos culposos, culpa y reprochabilidad vienen a ser las dos caras de un mismo elemento. Y este elemento es inescindible, puesto que no hay reprochabilidad sin culpa ni culpa sin reprochabilidad. Como en estos delitos la acción es ciegamente causal, irrelevante para el derecho, el fundamento de la responsabilidad ha de estar en la falta de diligencia, o, como dice Welzel, en no haber obrado con la dirección finalista que el intercambio impone, pues esto es lo que hace en estos casos

reprochable la conducta. Pero como Welzel lleva al tipo esta falta de dirección finalista, podemos legítimamente preguntarnos: ¿cuál será en estos delitos el contenido de la culpabilidad?

En este punto se ve obligado Welzel a hacer concesiones que restan homogeneidad a su teoría. Y es que, como dice José A. Rodríguez Muñoz, la pretensión de construir una «acción culposa» sin que ya en tal acción, por virtud del predicado, no aparezca de lleno y de golpe toda la valoración que la culpabilidad culposa representa, es pretensión vana, que siempre fracasará. Si a la culpa le sustraemos lo normativo, no queda nada con valor para el derecho. Por eso reconoce Welzel en su *Compendio* de 1940 que en los delitos culposos carece de objeto y es naturalmente imposible la distinción entre anti-juridicidad y culpabilidad. Queda pues rota, cuando de los delitos culposos se trata, aquella eutimia que resplandecía en la configuración de los distintos elementos del delito doloso.

No creemos, sin embargo, que esta peculiaridad de los delitos culposos pueda llegar a constituir un obstáculo insuperable para el posterior desarrollo de la teoría. Es indudable que la especial estructura de esta clase de infracciones ha dificultado los esfuerzos que discontinua, pero pacientemente, se vienen realizando desde el pasado siglo en busca de un concepto valorativo de la acción. Que los penalistas hegelianos fracasasen en tal empeño no nos autoriza a considerar inútil toda tentativa futura de iluminar una ruta que parece ser la única capaz de conducir a una exacta comprensión de esa realidad que el delito es. Tal vez el error de Welzel estribe en introducir la ausencia de dirección finalista (reproche) en el tipo de los delitos culposos, en lugar de reducir el elemento primario del delito a la acción causal-ciega, que luego vendría a ser separada del caso fortuito a través del juicio valorativo de la culpabilidad, en aquellos casos en que ese resultado causado ciegamente por no haber sido previsto, hubiera podido y debido serlo. En definitiva, tampoco la teoría dominante llega a resultados más satisfactorios en su estructuración de la culpa inconsciente, pues en ella el elemento psicológico es puramente negativo y, se incluya en la acción o en la culpabilidad, no puede ser racionalmente separado de su valoración normativa.

Esperemos, pues, que esta tentativa, tan añeja y tan nueva al mismo tiempo, consiga el éxito que no alcanzaron las anteriores y contribuya al perfeccionamiento de la teoría jurídica del delito, iluminando las zonas sombrías que los esfuerzos de la dogmática no han logrado hasta ahora disipar.

ENRIQUE ALVAREZ CRUZ

MATTEUCCI, Nicola: *Antonio Gramsci e la Filosofia della Prassi*. Milano, Dott. A. Giuffrè, Editore, 1951. Seminario Giuridico della Università di Bologna, VIII y 153 págs.

Es un inteligente y cuidado resumen del pensamiento filosófico-político de Antonio Gramsci. En realidad casi una reconstrucción, pues la azarosa vida del dirigente comunista italiano difícilmente le permitió sintetizar su pensamiento. Si se juzga en conjunto este pensamiento político llama poderosamente la atención por la gran dosis de originalidad y personalidad que revela dentro de una línea tan poco propicia a las variaciones personales. A riesgo de insinuar una paradoja cabe pensar que fué afortunado Gramsci al ser encarcelado en Italia por sus adversarios y no en Rusia por sus amigos. El carácter filosófico de su especulación, y sobre todo su fuerte acento «nacionalista» italiano, poco le defenderían ante una rígida «ortodoxia» marxista.

La exposición de Matteucci se divide en dos grandes secciones. La primera contiene el esquema de la actitud crítica de Gramsci respecto a la cultura italiana, centrada especialmente en Benedetto Croce y Maquiavelo por distintos motivos. La siguiente, un resumen de la construcción propia del escritor estudiado. Para comprender el pensamiento de Gramsci en ambas direcciones resultan muy útiles las juiciosas observaciones y notas que acompañan a la mera exposición resumida. Ante todo Gramsci difiere del marxismo usual en la cuestión del método y del supuesto fundamental implícito en su filosofía. El marxismo suele caracterizarse como materialismo o economicismo, mientras Gramsci es principalmente historicista y político. Esto explica el gran interés que otorgó a la filosofía de Croce y su intento de aprovecharla para la propia ideación. Naturalmente, para ello tiene que transformarla, o como él decía «traducirla», a sus necesidades ideológicas. La crítica de Gramsci a la filosofía de Croce se dirige a mostrar los supuestos metafísicos idealistas e incluso teológicos del pensador napolitano, que pretende sustituir por un historicismo completamente vertido al acontecer concreto. De otro lado —y en un marxista era previsible la postura— intenta señalar los ligámenes del Croce político con las tendencias burguesas.

En la obra sobre Maquiavelo, aparecida en 1949, trató Gramsci de aprovechar para su doctrina revolucionaria algunos aspectos de la siempre sugestiva figura del político renacentista. A tal fin establece una interpretación de Maquiavelo como precursor de la Revolución francesa, en especial de los jacobinos, que fueron según él «una encarnación categórica del Príncipe». A pesar de la agilidad mental que pone al servicio de esta explicación resulta monstruosa la concepción del príncipe moderno identificado con el partido comunista, que ha de «prendere il posto nelle coscienze della divinità o dell'imperativo categorico».

Más aprovechable es la posición de Gramsci frente a Bujarin, de