

Carpzovius por superar la dualidad técnica del Derecho civil y el canónico, que fué asimismo principio básico en Covarrubias. Muy española fué también la afirmación de la racionalidad de la ley, alabándose por Brederode en su edición de la *Opera omnia* de Covarrubias (de Francfurt, 1592) la doctrina de la *ratio quae anima legis est*. El predominio de los conceptos de equidad y de voluntarismo, pues Von Weber califica el Derecho penal español clásico como predominantemente voluntarista, son otras importantes aportaciones doctrinales que sirven para perfilar la teoría del dolo, singularmente la del indirecto, tan brillante en Covarrubias y Gómez. Profundizan con agudeza los españoles, y de ellos toma buena parte la doctrina de Carpzovius, el dogma de la culpabilidad, cristalizado en el de "no hay delito sin culpa", de donde se deducen trascendentales consecuencias en la estimativa de circunstancias, notablemente en la del estado de necesidad. Respecto a tal causa de justificación, Covarrubias debe ser considerado como fundador de su recta teoría diferencial, justificativa en el hurto pero no en la fornicación ni en el homicidio. A este propósito cita el autor un interesante proceso de sacrificio de vida ajena por hambre, caso de antropofagia de guerra, visto por el tribunal de escabinos de Leipzig en 1533, en el que no se admitió la excusa triunfando en la sentencia condenatoria, dice, el espíritu de Covarrubias contra el parecer del propio Carpzovius.

A. Q. R.

WELZEL, Hans: «LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA».—Editorial Depalma.—Buenos Aires, 1951.—44 páginas.

La doctrina del finalismo, notablemente, en la dirección propugnada por su máximo definidor Han, Welzel es, sin duda, de todas las ofrecidas por la ciencia penal post-positivista, la que más apasionadas polémicas suscita en los círculos de la alta especulación, a la vez que ve engrosar continuamente sus filas con nombres del mayor prestigio dentro y fuera de Alemania. Ocurre, sin embargo, que dicha doctrina, como tantas otras de las ciencias germánicas, es de especial sutileza y dificultad, radicante ésta, más bien que en los conceptos, en la terminología, a menudo mal comprendida y aun tergiversada en lenguas que, como la española, no conocen de Welzel más que versiones fragmentarias y de segunda mano las más, careciendo de una saludable visión directa de conjunto sobre lo que el finalismo welzeliano sea en realidad. Y en esto, como en tantas otras cosas, la verdad dividida y transmitida por otros puede inducir a error, haciéndose sentir la precisión de una visión esquemática, pero íntegra en lo capital del pensamiento del maestro de Gotinga, tan interesante y seductor como poco conocido y mal conocido, que es mucho peor que el desconocimiento absoluto. A falta de una traducción íntegra de Welzel, o al menos de sus *Grundsätze*, el gran penalista argentino Dr. Fontán Balestra (que al parecer la prepara también), ha realizado en el marco limitado de un folleto de 44 páginas la labor increíblemente ímproba en su pequeñez de resumir lo más vital y típico de la teoría welzeliana bajo el título "La teoría de la acción finalista", que no es una mera versión de *Um die finale Handlungslehre*, sino

más bien una fusión o *digesto* de diversos artículos modernos del maestro, de carácter divulgador más bien y, como tales de máxima claridad. "La teoría de la acción finalista", "La acción finalista", "La teoría causal de la acción", "En cuanto a los tipos del Derecho penal", "En cuanto a la antijuridicidad" y "En cuanto a la culpabilidad" son los títulos de los seis capítulos de la obra, que resulta insustituible introducción a la dogmática welzeliana en su estadio más evolucionado y logrado, esto es, el de superación de los valladares que a su desarrollo imponían los férreos cánones del Derecho penal nacionalsocialista. Seguramente no es lo menos interesante del libro, y rigurosamente nuevo en él, el criticismo a que Welzel somete dicho Derecho del nazismo, tachado con sobrada razón de "utilitario" y "naturalista", mientras que el finalismo aparece henchido programáticamente de esencias éticas y axiológicas, cuyo binomio fundamental es el de "culpabilidad-retribución". De este modo, la filosofía del finalismo arraiga en tradiciones de clasicismo y aun de iusnaturalismo que Welzel no rehuye, en un bello alarde de tradición y revolucionarismo "muy antiguo y muy moderno a la vez", como los versos del supremo vate hispánico. Tradicional en lo fundamental, en el esquema de la responsabilidad, es revolucionario el tecnicismo, pues finalismo es, antes que nada, eso, una técnica, que no tiende tanto a resolver los problemas como a plantearlos despojados de la hojarasca sociologizante del positivismo y mostrándolos tal como son en su esquemática desnudez. Tal es probablemente su mayor valor universal y no el de mera doctrina dogmática a añadir a las tentas ya existentes, valor que resalta con singular vigor en obritas esquemáticas, como las que nos ocupa, mejor que en las de investigación y polémica en que priman las preocupaciones de partidismo y escuela. Otro mérito más a añadir al tacto seleccionador de Fontán Balestra, seguramente querido por su sagacidad de jurista, vivo enemigo de vacuos doctrinarismos.

A. Q. R.

WELZEL, Hans: «*VON IRRENDEN GEWISSEN. EIN RECHTSPHILOSOPHISCHEN STUDIE* (Del error en conciencia. Un estudio jusfilosófico).—Edit. Mohr Siebeck.—Tubingen, 1949.—28 páginas.

Hans Welzel, siguiendo la tendencia tradicional de los maestros alemanes, agudizada aún en la trasguerra, aparece cada vez más preocupado por las tesis jusfilosóficas que han de servir de asiento profundo a los postulados de su técnica. En preparación un gran Tratado de "Filosofía del Derecho" que se anuncia como un verdadero acontecimiento científico en Alemania, este breve, pero hondo trabajo, es quizá como un anticipo suyo, en que explaya en sus perspectivas filosóficas una de las cuestiones jurídico-penales más debatidas en la doctrina y jurisprudencia actuales, la del error. Con la originalidad y rigor que caracteriza a las obras de Welzel sitúa el problema al margen de la dúplice faceta de "error de derecho" y "de hecho", en lo que él denomina "error en conciencia" (*von irrenden Gewissen*), resucitando así viejos y sutiles tópicos de Derecho natural y Teología moral a la luz de las nuevas técnicas filosóficas.

Los acontecimientos del más reciente pasado, dice, han colocado a la jurisprudencia ante problemas que rebasan con mucho los cauces de la dogmática tradicional. Se ve forzada, por ello, a trascender los márgenes del derecho positivo para buscar en lo suprapositivo materia y medida que sirva a sus juicios valorativos. El retorno puro y simple al antiguo Derecho natural se acredita insuficiente, aun en su fase más moderna y operante de "Derecho natural de contenido variable" (*Naturrecht mit wechselnden Inhalt*) tan propio de nuestro tiempo. Urge la solución del problema, planteado por Radbruch, a quien el librito se dedica, en la doble distinción de la "ley injusta" (*ungerechte Gesetz*) que es, sin embargo, obligatoria, y el "injusto legal" (*gesetzliches Unrecht*), que no posee tal cualidad obligacional. Con ello, no obstante, no se ha andado, según el autor, más que la mitad del camino en la ardua ruta de lo que llama el "Derecho suprapositivo"; la otra mitad se refiere a la aún más espinosa cuestión de la cognoscibilidad de lo injusto legal por parte del que yerra, esto es, el problema básico de la "culpabilidad suprapositiva" (*überpositive Schuld*) parejo al de "injusto suprapositivo". En esta originalísima dimensión sitúa Welzel su doctrina del "error en conciencia".

Históricamente considerado, el asunto radica en la ética kantiana, precisamente en el período medio (entre 1775 y 1780) entre la fase dogmática y crítica del gran filósofo. Kant, en virtud de su subjetivismo y de la categoría imperativa del Yo, rechaza de plano el "error en conciencia", por erigir a ésta en supremo juez moral. En la filosofía anterior, Aristóteles había sentado las bases para la jurídicamente lamentable distinción pauliana entre "error juris" y "facti", y ello en virtud de la diferencia aristotélica entre "desconocimiento de universalía" y de "singularia", esbozada en la "Ética a Nicomaco". Idéntico carácter ofrecen los *prima principia communia* y las *conclusiones principiarum* de Santo Tomás, que acrecienta la doctrina por la cualidad de vencibilidad o invencibilidad del error, de tan alta significación para el Derecho canónico y la Teología moral. En estos terrenos, pensadores poco conocidos hoy, como Juan Crisóstomo Philippinus, de Verona, en "De privilegiis ignorantiae" (Venecia, 1678), contradicen por primera vez la tradición romana y civilista abriendo brecha en pro de la trascendencia exculpatoria del *error juris*. Para aminorar, sin embargo, el sabor revolucionario de la innovación se acostumbra entonces a distinguir entre el fuero externo y el interno o de conciencia, decidiendo en aquél los resultados de la prueba conforme al principio del *error juris nocet*, y en éste los de la verdad real. De los teólogos y canonistas la doctrina rehabilitadora del error en conciencia gana la doctrina de algunos penalistas del antiguo régimen, como Von Böhmér y Kress, pero la falta de formación filosófica de los modernos y la prevalencia de los prejuicios civilistas y romanos llegaron a prevalecer impidiendo una completa evolución de la teoría del error, estancada actualmente en la anquilosada doctrina jurisprudencial (hay que advertir que el libro de Welzel es anterior a las nuevas sensacionales sentencias del Tribunal federal alemán en la materia, luminosamente comentadas por Von Weber en su artículo del Anuario del pasado trimestre).

Sostiene Welzel que la posibilidad del error en conciencia radica no sólo en la valoración subjetivo-moral de la acción, al modo kantiano, sino también en otra objetivo-ética en que la misma puede ser apreciada como recta o falsa.

Cree posible incluso en el subjetivismo kantiano una tal transposición de valores hacia la objetividad, siquiera en la vía de la razón, estudiando el asunto a la luz de los neokantianos Bauch, Hensel y Medicus. En cuanto al existencialismo, calificado por Welzel como extremo radicalismo del subjetivismo kantiano, por colocar al hombre en un plano absolutamente independiente de todo lo objetivo, acota citas de Sartre y de Heidegger para considerar que el alejamiento de todos los valores materiales no conduce en él a un comportamiento sensualista, sino a la proclamación de la primacía de la existencia sobre la esencia. Ve en el "panresponsabilismo" de Sartre, en que el individuo no es tan sólo responsable por sí mismo, sino por todos los hombres, una cierta posibilidad de restauración ético-jurídica sin explotar aún. Estima que el existencialismo, sin embargo, es incompatible con la doctrina del error en conciencia, que con mayor razón que en Kant no tiene en su subjetivismo razón alguna de ser (es un *Unding*), dado que la idea de la culpabilidad aparece desvinculada de toda ley objetiva. Históricamente enlaza esta posición con el nominalismo de Occam, al que denomina "existencialismo medieval" que, según él, condujo al absolutismo de Hobbes, sustituyendo el *Deus aeternus* por el *deus mortalis*. Prevé el autor parecidos riesgos para el existencialismo moderno, cuyo anhelo de absoluta libertad es susceptible de abocar a un orden supraindividual y a la postre autoritario.

Después de tales consideraciones histórico-filosóficas, Welzel niega la existencia de postulados jurnaturalistas evidentes por sí mismo, y de esta negación deduce que en todas las concepciones éticas son posibles los errores humanos de toda especie, incluso los de conciencia. Dichos errores no excluyen, empero, la culpabilidad en todo evento, lo cual sucede tan sólo en tanto que el error resultare evitable por parte del autor y en vista a sus posibilidades personales. Por ello aparece inexcusable el error en conciencia por falta de la propia conciencia, esto es, en casos de ceguera para percibir la cognoscibilidad del acto. Un presupuesto del error en conciencia, sigue diciendo, es la realidad de valores materiales éticos del obrar, presupuesto que debe hacer cada ética si pretende operar como legítima y no anularse a sí misma. El hombre como persona, esto es, como auto-objetivo moral (*sittliches Selbstzweck*), es el mínimo contenido material de toda ética, sustratum que puede y debe servir para un propio objetivo de certidumbre jurídica y moral. Jurídicamente hablando, ahí radica, según Welzel la línea divisoria entre lo "injusto legal" no obligatorio y la "ley injusta", que es aún vinculatoria. Una norma que no reconozca al hombre su cualidad de persona, degradándola a la especie de cosa (tal como la que desconociese la regla de la responsabilidad sin culpabilidad), no puede ostentar el carácter de obligatorio en derecho, por lesionar el mínimo ético de la comunidad. En cambio existen normas que la respetan, pero que tienden a resolver situaciones históricas dadas (como, por ejemplo, las que desconocen precedentes estrictamente igualitarios), que pueden ser injustas, pero que entrañan, sin embargo, obligación jurídica.