

Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel (*)

MONIKA FROMMEL

Múnich (R.F.A.)

I. EL PROBLEMA

Cuando se leen los Tratados clásicos de Derecho penal no sorprenden tanto sus conceptos y argumentos, como la brevedad y simplicidad de su arquitectónica. Así, por ejemplo, sucede con los Tratados de Binding, Beling y von Liszt e incluso con el de Adolf Merkel. En este sentido se puede decir que están más cerca de los famosos Tratados de la primera mitad del siglo XIX que de nosotros. La sistemática y la terminología sólo en parte corresponden a los usos actuales. Especialmente de un modo evidente se muestra el Derecho penal receptivo a las influencias del momento histórico. El esquema estructural que hoy es usual se encuentra ampliamente modificado. Sólo en la posguerra, con la polémica entre finalismo y causalismo, se impuso el sistema de estudiar el dolo en el tipo subjetivo antes que la antijuricidad y la culpabilidad. Pero estas modificaciones del esquema estructural no justifican en modo alguno que se diga, a la hora de exponer las fases de desarrollo de la moderna teoría del delito, que la teoría del delito de Welzel «inició una nueva época» («epochmachende Bedeutung») o que supuso la «superación del neutralismo valorativo» («Überwindung des Wertneutralismus») que supuestamente había dominado hasta los años 30 o que los mismos resultados dogmáticos se pueden conseguir también, aunque no se siga la explicación filosófica valorativa del concepto juridicopenal de acción (1).

(*) Traducción de Francisco Muñoz Conde, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Sevilla (España). La versión original de este artículo forma parte del libro *Strafjustiz und Polizei im Dritten Reich*, editado por Reifner/Sonnen, Campus 1983. El título original es: *Welzels Finale Handlungslehre, Eine Konservative Antwort auf das nationalsozialistische Willensstrafrecht oder die Legende von der «Überwindung des Wertneutralismus» im Strafrecht* (La teoría final de la acción de Welzel. Una respuesta conservadora al Derecho penal de voluntad del nacionalsocialismo —o la leyenda de la «superación del neutralismo valorativo» en Derecho penal).

(1) JESCHECK, 1978, § 22 IV 1.

Que esto es posible lo demuestra ya la Teoría del delito de Graf zu Dohna aparecida en 1936 (2), es decir, también en los años 30 (algo que se dice frecuentemente, al parecer sin segunda intención). Con sobriedad y sin el «pathos» habitual en la bibliografía de la época cuando habla de «eticización del Derecho penal» (3), Dohna define el dolo como consciencia de realizar el tipo delictivo con una acción y lo estudia como elemento del tipo subjetivo tras analizar el tipo objetivo (4).

En cambio, Welzel (5) no pretende resolver cuestiones estructurales o concretos problemas jurídicos, sino una nueva fundamentación metadogmática de la teoría del delito, cuya realización se presenta motivada ideológicamente no sólo por su relación temporal con la bibliografía renovadora de la época.

Si se leen los Estudios sobre el Sistema de Derecho penal aparecidos en 1939 con la esperanza de efectuar un trabajo dogmático sobre el concepto de delito, inmediatamente más de uno se sentirá irritado y se preguntará cuándo ha sido dominante en Derecho penal un «pensamiento causal-naturalista» y hasta qué punto puede la polémica contra una dirección de pensamiento o, en su caso, contra el establecimiento de otra de carácter filosófico valorativo, ayudar directamente a la solución de cuestiones dogmáticas juridicopenales. En el texto mismo se remite al lector de hoy a la explicación de la referencia histórica, invitándolo a investigar la significación de este trabajo dirigido más a la «búsqueda de sentido» (Sinnstiftung) que a la solución de cuestiones jurídicas prácticas.

Esta referencia se pone de relieve, si se leen estos Estudios sobre el Sistema de Derecho penal, no sólo en relación con los resultados

(2) GRAF ZU DOHNA, 1936 (2.^a ed. 1941) (se trata de unos simples apuntes sin bibliografía).

(3) Como era paradigmático en muchos escritos de la época, véase, por ejemplo, SAUER, WILHEM, 1934 a, p. 177. Sauer pertenecía al consejo editor del Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), que antes de 1933 se llama Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (ARWP), cfr. Frommel, 1984.

(4) GRAF ZU DOHNA, 1936, p. 14. No sorprende que Graf zu Dohna se limite sólo a realizar algunas modificaciones lógicas del esquema clásico sin referirse para nada a las ideas del momento. Ya en su discutido trabajo sobre la antijuricidad de 1905, en el que mantiene la teoría de los elementos negativos del tipo, se muestra bastante distanciado de los juguetos conceptuales ajenos a los problemas jurídicos, siguiendo un método que evita la ideologización, al dejar abierto el ámbito de aplicación (valor cognitivo práctico) de los esfuerzos juridicoteóricos y dogmáticos. Cfr., por ejemplo, la estructura de su obra anteriormente citada: I. Métodos. II. Aplicación de los métodos. Ciertamente intentó Sauer en 1931 rentabilizar el trabajo de Dohna de 1905 como demostración del cambio, que según él, se operó en la dogmática juridicopenal desde una concepción formal hacia una material de la antijuricidad, cfr. SAUER, 1931, p. 171, nota 13. Pero esta construcción surgió más de la necesidad de elaborar una tradición ética ya a finales del siglo pasado que de una exposición de formaciones teóricas absolutamente heterogéneas.

(5) WELZEL, 1931, 703; también en *Studien zum System des Strafrechts*, 1939, p. 491. Recogido en la recopilación de sus trabajos en 1975.

y polémicas de la Dogmática juridicopenal, sino teniendo en cuenta también la forma de proceder de Welzel, y si se analizan los fragmentos del texto que se dedican a la legitimación metadogmática, desde el punto de vista del sustrato social que, claramente encubierto, va a ser legitimado.

En la bibliografía jurídica la exposición de la teoría del delito está, como ha señalado Marxen (6), muy lejos de comprender su tradición en el respectivo contexto histórico. Algunas muestras de un replanteamiento de esta postura se pueden observar, pero aún no se ha puesto en marcha la discusión sobre las particulares diferencias materiales y metódicas que se derivan desde una perspectiva cambiante por principio (7). Hay que esperar que en el futuro los bosquejos históricos que acogen acriticamente la terminología de Welzel, como por ejemplo el reproche de «naturalismo», pierdan fuerza de convicción, porque no puede uno declararse partidario ingenuamente de la «superación del neutralismo valorativo» (Jescheck), cuando está claro que la tendencia, que favoreció tal «superación», comenzó en los años 30 (8) (sin perjuicio de otras eticizaciones del Derecho penal más antiguas, pero que quedaron aisladas).

Partiendo de estas reflexiones voy a exponer ahora las teorías del delito que dominaron el panorama dogmático juridicopenal en los

(6) MARXEN, 1983, *el mismo*, 1975. Lógicamente, esto vale no sólo para la Dogmática juridicopenal, sino en general para todos los procesos de filtro a que están expuestos los tópicos jurídicos tradicionales, y para las explicaciones históricas; cfr., sobre esto, NAUCKE, 1981; *el mismo*, 1982; *el mismo*, 1982 a, p. 525.

(7) Parece, por tanto, recomendable un cierto escepticismo frente al intento de Naucke de oponerse a la instrumentalización del Derecho penal para fines políticos, reformulando el rechazo de base procedente de Kant de las consideraciones utilitaristas políticas (cualesquiera que éstas sean). Marxen trasplanta estas ideas a la teoría del delito y propone, en lugar de la clásica división entre las etapas clásica, neoclásica y finalista, una división entre modelos formales y finales, recomendando la exclusión de consideraciones «politicocriminales» intuitivas orientadas a la imposición de necesidades de pena prejurídicas. Este planteamiento conlleva importantes consecuencias que se podrían evitar si este rechazo de explicaciones «politicocriminales» intuitivas, es decir, no aseguradas científicamente, se limita a la solución jurídica del caso, pero incluyendo la Política criminal como objeto de la Ciencia del Derecho penal. Este desplazamiento de perspectiva conduciría a relevantes modificaciones del modelo propugnado por Naucke y Marxen. No es éste el lugar para explicitar dicho planteamiento. Basta sólo con remitir a la diferente valoración de las relaciones entre Dogmática y Política criminal en el Programa de Marburgo (cfr. NAUCKE, 1982 a, p. 525). Sobre esto existen todavía muchas cuestiones sin responder.

(8) Especialmente sorprendente es la aceptación acritica que hace Bush, 1949, de algunos términos emocionalmente cargados, véase, por ejemplo, lo que dice en la p. 36: «La teoría final de la acción ofrece, además, el único fundamento para esa concepción de lo injusto que afecta a las raíces del Derecho penal, y que se ha venido destacando cada vez con mayor fuerza en la disensión científica de los últimos 15 años (es decir, desde 1934): Derecho penal de resultado, Derecho penal de voluntad, lesión del bien jurídico, infracción del deber...»: también a remolque de Welzel se mueve la exposición histórica de v. Bubnoff de 1966, que, comparada con la de Radbruch de 1904, señala de qué forma tan distinta puede construirse el mismo objeto histórico dogmático. Sobre la importancia historicodogmática de los trabajos de Bush y v. Bubnoff, cfr. JESCHECK, 1978.

años 30, centrándome sobre todo en la teoría de Welzel que es, además de la más importante, la que más influencia ha ejercido. La elección de este autor no se debe a que se le considere un ejemplo de la reacción de la Ciencia del Derecho penal a la toma del poder por los nacionalsocialistas, sino porque aquí nos enfrentamos con un intento, que también se tomó en serio en el ámbito jurídico, de compaginar los cambios políticos con los modelos de la argumentación dogmática característicos del Derecho penal. Además debe tenerse en cuenta que, sobre todo después de 1945, la teoría final de la acción ha dominado la disensión como un desarrollo apolítico de la teoría del delito, uno de los temas preferidos en los libros 'homenajes' (9). Esto provoca la cuestión de su continuidad, situándole al mismo tiempo en un plano que por su lejanía de la praxis nos obliga a determinar la relevancia de la elaboración teórica del Derecho penal.

II. EL DELITO COMO INFRACCION DE UN DEBER

Esta revolucionaria concepción de la, no precisamente cercana a la praxis, teoría general del delito, adoptó en la nueva doctrina científica a veces derroteros voluntariosos. Así, por ejemplo, decía Von Gemmingen en 1935 (pp. 105 y ss.), a la sazón un esperanzado joven docente universitario, con toda seriedad, que «la antijuricidad de la tentativa y ciertamente de la tentativa completamente inidónea es el problema del presente». Pensada como inmanente consecuencia de un «Derecho penal de la voluntad», esta tesis en favor de una «renovación revolucionaria del Derecho penal», como ya anuncia Von Gemmingen de entrada, no carece de lógica interna, ya que la completa ausencia de un resultado observable en el mundo social era idealmente la culminación extrema de un Derecho penal de la actitud interna o, en su caso, de la puesta en peligro, que debería dirigirse a la «voluntad criminal» como tal y no al resultado lesivo social en el mundo externo.

Inequívoco es, sin embargo, el carácter puramente académico de tales esfuerzos bibliográficos —a pesar de su coincidencia con los reclamos de la propaganda nacionalsocialista—. Pero esto no es casual y se puede constatar matizadamente en conjunto en la bibliografía jurídica de la época. Los modelos utilizados por los Catedráticos de Derecho penal y por los que aspiraban a serlo, filtraban los conteni-

(9) En el tema aquí elegido parece reinar una mala ironía. Justamente en 1980 planteaba Lüdersen la tradicional cuestión sobre el contenido real de alternativas tan capciosas como desvalor de acción y/o desvalor de resultado desde el punto de vista sociológico, lo que realmente produce perplejidad. Baumann, en una recensión de 1981, indica que estas viejas disputas están vinculadas desde 1930 al finalismo. Debe además añadirse que en 1933 tales discusiones se politizaron y que, entre tanto, la moderna discusión se ha hecho verdaderamente inextricable.

dos políticos. La función legitimadora de algunos escritos es relativamente limitada. Pero el hecho de que autores nacionalsocialistas, tras los cambios políticos de 1933, pudieran afirmarse en la cúspide de la reputación científica, confirió incluso a exageraciones dogmáticas tan chocantes como las citadas anteriormente, una función legitimadora también para la cada vez más inhumana praxis. Lo que se dice en las tesis académicas fácilmente se puede transplantar a los escritos abiertamente propagandísticos. Así, por ejemplo, el alto «status» dentro del aparato de la Administración de Justicia de Freisler garantizaba la relevancia del Derecho penal de la voluntad que él propugnaba (10). En cambio, sólo por la frecuente cita de los jóvenes penalistas de mayor éxito, Dahm y Schaffstein (11), incluso entre los autores conservadores más escepticos (12), se puede deducir la aceptación cada vez más extendida de la ideología nacionalsocialista dentro de la Ciencia del Derecho penal.

Por lo que se refiere al efecto legitimador, tanto el Derecho penal de la voluntad como la teoría de los tipos de autor de la Escuela de Kiel (13) pueden considerarse como una unidad ideológica, cuya intención era lograr una subjetivación, relativización y anticipación de la intervención del Derecho penal (14). Estas teorías trajeron a la Dogmática de la teoría general del delito un sistema monista, que sustituyó la clásica separación entre tipicidad, antijuricidad y culpabilidad por un pensamiento unitario sintético y que, con la conversión del tipo tradicional en un tipo de autor, dejó la puerta abierta a un

(10) Ya, desde muy pronto, se observa esta tendencia en la Memoria del Ministro prusiano de Justicia Kerrl (siendo Secretario de Estado Freisler) de 1933. El estilo en esta primera etapa del dominio nacionalsocialista era verdaderamente marcial, aunque aparece menos acentuado en el trabajo de Freisler en 1934. El mismo estilo aparece también en la fundamentación oficial del Ministerio de Justicia de 1936, igualmente propugnando un Derecho penal de voluntad eticizante, véase Gürtner/Freisler (esp. pp. 33 y ss.).

(11) Un enorme éxito tuvo la coproducción de estos dos autores que se perfilaban como los representantes de la nueva generación, DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, aparecida en 1933, pero concebida en 1932. Véase también DAHM, *Verbrechen und Tatbestand*, 1935; y SCHAFFSTEIN, 1935.

(12) Por ejemplo, ZIMMERL/SCHWINGE, 1936; SCHWINGE, 1938. Igual que Heck, ambos autores aseguraban que con el método teleológico «en verdad» podrían ser mejor realizados los intereses del legislador, lo que nadie les discutía, cfr. DAHM, 1938, pp. 225 y ss.

(13) Representada por diversos autores, incluso no penalistas, tales como: Dahm, Huber, Larenz, Michaelis, Schaffstein, Siebert, 1935.

(14) La acogida tan rápida que tuvo esta dirección en los sectores políticos no se puede explicar por su naturaleza de medidas a largo plazo de tipo político-personal provenientes del exterior. Así, por ejemplo, según las Estadísticas, la jurisprudencia utilizó desde el primer momento la Ley sobre el Delincuente Habitual de 1933 con la aprobación expresa del Tribunal Supremo (RG). Igual sucedió con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (RG) sobre la protección de la sangre, que se dio bajo la presidencia de Bumke, véase la biografía de Bunke escrita por Dieter Kolbe, 1975. Muy expresivo es también el análisis que hace Hans Robinson, 1977, de la jurisprudencia de los Tribunales de Instancia.

juicio global de reproche (comprendido tanto de la antijuricidad como de la culpabilidad). Los elementos retóricos de la «nueva teoría del delito» son inequívocos. Desde luego también se hubieran podido conseguir los mismos resultados dogmáticos a través de una ampliación del concepto de bien jurídico hipervalorando los intereses sociales, pero esto hubiera estado en contradicción abierta con el estilo de eliminación de los enemigos científicos (en parte, inventados) y de lucha contra formas de pensamiento supuestamente inevitables (un estilo cuya fuerza movilizadora no debe ser subestimada). En esta lucha fueron «aplastados» los defensores del llamado pensamiento del bien jurídico a pesar de haberse declarado muchos de ellos partidarios del nacionalsocialismo, y del mismo modo fue aplastada también su congruencia metódica, «el pensamiento teleológico».

Desde luego, tanto uno como otro, tal como, por ejemplo, se encuentran desarrollados en el Tratado de Mezger (1933, p. 200), hubieron podido ser también instrumentalizados. Así, por ejemplo, mantenía Klee (15) un concepto de bien jurídico tan nebuloso como el de Mezger, y proponía considerar las «condiciones de vida del pueblo» como «intereses» legítimos, es decir, como bienes jurídicos; una reformulación del concepto de bien jurídico que ya había criticado von Liszt fuertemente a Binding —si bien en unas circunstancias políticas distintas—. Efectivamente, von Liszt criticó, en un importante trabajo, posteriormente ignorado por la doctrina penal, este concepto central del sistema de Binding, que lo describía como un «estado» (16) en el que no era necesario «ninguna modificación visible del mundo externo, ningún cambio en las personas o cosas, ninguna alteración de las leyes causales que rigen la naturaleza». La consecuencia de este «irreal» concepto de bien jurídico es, en última instancia, que «todo» lo que a los ojos del legislador aparece como valioso, por las razones que sean, se convierte en objeto de ataque y en bien jurídico de la respectiva norma penal.

De este modo, el concepto de bien jurídico pierde sus contornos, quedando libre el pensamiento político-criminal para cualquier tipo de especulaciones sobre lo que puede definirse como digno de protección. Por más que también se puedan formular objeciones contra las ideas preventivas patrocinadas por von Liszt, marcadas por el sello de la época (17), no por eso dejan de ser actuales sus críticas

(15) KLEE, 1936, p. 1; en contra, SCHAFFSTEIN, 1935 a, p. 97.

(16) VON LISZT, 1905, pp. 226 y 228. La definición en Binding se encuentra en la edición de sus *Normen* en 1872 y todavía en su *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, AT (1907), p. 113. La misma línea siguen MEZGER y KLEE, cfr. MONIKA FROMMEL, 1984 a.

(17) En contra de lo que piensa NAUCKE, 1982 a, p. 325, debe hacerse notar que la discusión en el ámbito del Derecho penal hasta la 1.ª Guerra Mundial no solía utilizar los datos estadísticos como se utilizaron después, así que los paralelismos entre esta época y la posterior a 1933 en relación con un ámbito tan abstracto como el del «Derecho penal de voluntad» sólo serían convincentes si existiera una función com-

al concepto de bien jurídico de Binding, anticipando la cuestionable evolución que luego tuvo este concepto central del pensamiento juridicopenal. Lo interesante es que la doctrina nacionalsocialista, al atacar el pensamiento del bien jurídico —con todas las transformaciones operadas en éste, tanto antes como después de 1933—, atacaba también el núcleo racional de un pensamiento basado en la verificación empírica de los resultados externos socialmente dañosos. Las razones de este proceder pueden verse claramente en la ley promulgada en 1935 (paralelamente a la supresión de la prohibición de la analogía), sobre «protección de la sangre y el honor alemán».

Por supuesto, que ni Klee, ni Mezger tenían nada, ni desde el punto de vista ideológico, ni desde el dogmático, contra un bien jurídico como el de la «pureza de la sangre alemana». Pero era, sin duda, más impactante flagelar, no sólo la lesión de un «bien jurídico», sino la actitud reprochable antisocial, sobre todo si era la de los judíos, castigados de un modo especialmente duro. Como indicio de «antisocialidad» se consideraba además toda acción que pudiera interpretarse sexualmente —en lo que los jueces alemanes eran puntillosos en extremo—, lo que ciertamente en el marco de tales superbienes jurídicos o cuasi bienes jurídicos puede llegar a ser también una rutina jurídica teórica y práctica, pero más necesitada de fundamentación que la solución del reproche.

La principal peculiaridad de la doctrina nacionalsocialista fue su carácter *etizante*, lo que en la estructura del concepto del delito condujo a un sistema *monista* que pretendía unificar los diversos grados del concepto clásico. La culminación de todo esto fue el *Derecho penal de autor*, sobre todo a partir de 1933 (18), combinado con el *juicio de reprochabilidad o desvaloración*, auténtica declaración de guerra a «los criminales». Esta teoría juridicopenal venía, en definitiva, a *legitimar los cambios reales* que en aquel momento se estaban produciendo.

III. LA TEORIA FINAL DE LA ACCION

Contra el modelo monista del «Derecho penal de voluntad» y de la Escuela de Kiel, Welzel intentó en 1939 seguir manteniendo el esquema tripartito tradicional. De las cuestiones dogmáticas que de ello se derivan no nos vamos a ocupar aquí.

parativa en el sistema y una relevancia siquiera análoga para la concepción politicocriminal. Sobre el empobrecimiento del pensamiento politicocriminal, véase PILGRAUN, 1980, p. 81.

(18) Sólo en 1940, entendido en el sentido del llamado concepto normativo de autor, cfr. DAHM, 1941, y además MEZGER, 1941, p. 353, en un informe sobre una reunión de penalistas en la que se trató del tema.

Welzel restauró el concepto de acción, aunque más fuertemente vinculado a la voluntad criminal que al resultado externo, que en su terminología se consideraba «naturalista», un pensamiento contra el que Welzel a su modo también polemizó en artículos que, a pesar de su tono moderado, pueden considerarse como bibliografía «de lucha» (19). La acogida de estos trabajos fue mejor en lo que se refieren a la crítica al «naturalismo» y al supuesto «positivismo» de von Liszt y sus seguidores, que en relación con las consecuencias dogmáticas juridicopenales, que Schaffstein, en una recensión muy indicativa de la reputación de Welzel (20), consideró ambivalentes. Para Schaffstein, el planteamiento de Welzel era —desde el punto de vista de la Escuela de Kiel— demasiado «filosófico y metodológico», cuestionando hasta qué punto «traspasaba la maraña conceptual característica del pasado». De todos modos, la misma fecha de aparición del trabajo, demuestra que Welzel estaba más bien en la retaguardia de los que aspiraban a una «renovación jurídica». En 1939 los procesos judiciales estaban siendo sustituidos o superados por la intervención policial directa (21).

En lógica correspondencia con ello en esa época estaba muy relativizada la importancia legitimadora de las teorías jurídicas, que habían sido más importantes en 1932-1933 e incluso todavía en 1934, por tratar de tender un puente con las fuerzas conservadoras y obtener su apoyo. Pero en 1939 este proceso había concluido. La teoría de Welzel se presenta así vista como una cauta modificación de la concepción dogmática juridicopenal de la fase inicial. *Cauta*, en tanto que la fundamentación filosófica valorativa apenas afectaba a la polémica contra la idea de bien jurídico, ni a la, al mismo tiempo, subjetiva y ontológica concepción de la acción, auténticos pilares de la «renovación jurídica», sino que las resaltaba filosóficamente. *Modificación*, en tanto que Welzel no adoptó el sistema monista, sino que siguió diferenciando entre injusto y culpabilidad, que no debían ser confundidas en una comprobación global de la reprochabilidad, aunque, eso sí, manteniendo el carácter etizante.

(19) WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935, recogido también en la recopilación de 1975. Este trabajo de Welzel fue citado elogiosamente, por ejemplo, por GALLAS en *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 55 (nota 13). Es digno de resaltar el paralelismo destacado por Gleispach entre «pensamiento jurídico liberal» y «pensamiento jurídico naturalista» o «positivista» (nota 14). Desde luego, quien polemizaba en 1935 contra la «ideología» del «naturalismo», tenía que ser consciente de las consecuencias políticas que esto tenía, pues el lenguaje de la época era inequívoco.

(20) SCHAFFSTEIN, 1937, p. 112. Igualmente ambivalentes, MEZGER, 1935, p. 1394, y VON GEMMINGEN, 1937/1938, p. 244. Ambos estaban de acuerdo con la tendencia básica, aunque no con la forma de su realización, lo que demuestra que Welzel en el Tercer Reich sólo en parte pudo imponer su teoría, que, sin embargo, se impuso rotundamente sin apenas modificaciones tras 1945.

(21) Véase el trabajo de Helmut Mayer igualmente publicado en este colectivo (*Reifen/Sonne, Strafjustiz im Dritten Reich*, 1983).

Un último dato de referencia es la teoría de los tipos de autor formulada en 1940 por Dahm (22) y frecuentemente utilizada en el Derecho penal de guerra. Lo característico de esta teoría es que aparentemente está basada en la Criminología, pero en el fondo es puramente normativa.

Aunque en cierto modo puede servir para explicar el llamado delincuente habitual peligroso, la propia jurisprudencia acogió con escepticismo el tipo de autor del asesino (cfr. Frommel, 1980, p. 559), quedando finalmente sólo para dar una cierta justificación metódica a las vagas descripciones, tales como «dañoso para el pueblo», que se utilizaban en el Derecho penal de guerra. Welzel reaccionó ante estas exageraciones con teoremas especialmente universalistas, aunque también legitimadores. Así, por ejemplo, se puede leer en su «Personalidad y Culpabilidad» (1939, pero citado por la edición de 1975), tras una extensa descripción de los «momentos esenciales y los principios estructurales de la personalidad según las más recientes aportaciones de la psicología, la antropología y la psicología del carácter» (p. 116), que la teoría del «tipo normativo de autor» dogmáticamente no es más que «el tipo criminológico (mejor caracterológico) de autor, viniendo sólo a poner de relieve la hace ya tiempo conocida tendencia del Derecho penal hacia un concepto personal del delito y destacando la importancia que, sobre todo en el Derecho penal de guerra, tienen los elementos subjetivos que se refieren a la actitud interna del autor» [*ob. cit.*, nota 61 a)]. Y finalmente también en sus estudios «sobre el concepto sustancial de ley penal» (de 1944, pero citado por la edición de 1975) expresa con motivo de la delimitación de la teoría de los tipos normativos de autor «dentro del Derecho penal de guerra», sus especulaciones filosóficovalorativas sobre las estructuras prejurídicas que sirven de base a toda norma (dando por supuesta «la equivalencia entre todos los actos creadores de normas»). El lenguaje se llena de referencias valorativas, «valores de la acción», «valores de la actitud interna», precisamente en el momento final de la barbarie. Después de todo esto más de uno se preguntará cómo pudo alcanzar la teoría final de la acción tanta importancia a partir de 1945; una teoría que originariamente tuvo una función legitimadora, pero que, en su construcción, llegó demasiado tarde y respondía a una concepción filosófica «anticuada».

IV. LA RETORICA DE EFICACIA DE LA LUCHA CONTRA EL DELITO

Una explicación de la recepción ingenua o, por lo menos, aséptica de la teoría después de 1945 puede ser la forma en que se fue elabo-

(22) Cfr. la, por lo demás extremadamente cauta, crítica de Bockelmann en su escrito de habilitación de 1939/1940.

rando, tanto antes como después de esa fecha. En su fase inicial no se era consciente de la función legitimadora del sistema que estaba cumpliendo. Un buen ejemplo de ello es el reproche que Welzel dirige a Radbruch de haber favorecido con su «relativismo» «la entrega del Derecho al poder» (Welzel, 1951, p. 188). Sorprende, sin embargo, el mutismo observado por los partidarios de la «etización» del Derecho penal antes del «desastre» de 1945 (23). Kern (24) citaba, por ejemplo, una memoria que se dirigió en 1944 al Ministro de Justicia, censurando la praxis de la Gestapo imponiendo arrestos preventivos al margen del proceso judicial, y «explica» este evidente recorte de competencia de los jueces en la fase final de la guerra utilizando una conferencia que Hans Frank pronunció en 1942 sobre «Idea del Derecho y comunidad popular» (y que después utilizó en 1953 en su defensa) en la que dicho autor decía: «Creo que la dirección autoritaria del Estado e independencia del poder judicial son compatibles, y que también es posible la seguridad jurídica en un Estado autoritario. La mayor parte de los jueces realizan extraordinariamente bien su labor. Sólo a través de una decisión judicial pueden limitarse la libertad, el honor, la vida o una propiedad justa y adquirida honradamente» (Kern, 1954, p. 282). Por muy indignante que pueda parecer esta «justificación» del nacionalsocialismo en un manual de 1954, utilizando tópicos como «Idea del Derecho y comunidad popular», tanto más gráficamente se expresa la incapacidad de muchos juristas en los años 50, e incluso en los 60, para constatar algo más que una simple pérdida de competencias de los jueces o incluso el fallo de algunos. Esto sólo puede significar una revalorización de aquella época, con lo que incluso podríamos, con Kern, destacar el «prestigio de la Administración de Justicia», que él equipara con el «prestigio de los jueces», y seguir considerándola como la «guardadora del Orden jurídico», «portadora de la idea de justicia», devolviéndole «la posición que le corresponde dentro del Estado y el respeto que merece por parte del pueblo» (25). A esta función atribuida por Kern a la Administración de Justicia como guardadora de la seguridad jurídica en el Estado autoritario y, por ello, merecedora de gran «respeto», corresponde una imagen del Derecho penal como eficaz «instrumento de lucha contra el delito», anticipando, subjetivizando y ampliando su «ámbito de protección». Toda esta retórica se expresó del modo más vehe-

(23) Como se ve en la hermética autobiografía de Sauer, 1958, véase, por ejemplo, la p. 159.

(24) KERN, 1954, pp. 244 y ss.: la situación real de la Administración de Justicia bajo el nacionalsocialismo.

(25) EBENDA, pp. 282-283. Como se puede ver en sus respectivas biografías, tanto el Ministro de Justicia Gürtner como el Presidente del Tribunal Supremo Bumke consideraban más importantes los conflictos de competencia que los contenidos. El escrito de Kern es, por tanto, una buena muestra de esta actitud (véase la biografía de Gürtner, en KOLBE, 1975, y la de Bumke, en EKKERHARD REITTER, 1976).

mente en 1932 por Dahm y Schaffstein que pedían mayor dureza y fue, más que ninguna otra, la fórmula ideal para legitimar el nuevo sistema.

Las estadísticas oficiales, que ya en 1933 reflejan un aumento en la dureza de las penas y, con excepción de los delitos sexuales, un retroceso en el número de condenados, fueron utilizadas como una prueba del «éxito» del nuevo sistema; pero lo que en realidad indican es la pérdida de funciones de la Justicia —cosa que, por lo demás, corresponde a la lógica interna de la llamada eficacia—. Hablar de «éxito» en la «lucha contra la criminalidad» significa, estadísticamente, bajar las cifras de condenados, lo que necesariamente pasa por una mayor selección de lo que se define como criminal y, en un modelo represivo, por la ejemplaridad del castigo; a diferencia de lo que ocurre en el modelo liberal, que castiga mucho más suave y matizadamente. Así empezó la praxis a partir de 1933 a castigar ejemplarmente algunos tipos de criminalidad.

Pero este «éxito» no conllevó una siquiera parcial descriminalización en otros ámbitos de criminalidad, que, de todos modos, junto con los enemigos del Estado y los llamados asociales, fueron controlados directamente por la policía, con todas las consecuencias derivadas de un sistema así estructurado.

A la Ciencia del Derecho y a las teorías dogmáticas del Derecho penal le correspondía legitimar esta selección con imágenes del enemigo que fueran plausibles. Y aunque efectivamente se dio está legitimación con modelos matizados, la verdad es que no tuvieron la menor importancia dado el creciente poder de la Gestapo. Nadie fue, sin embargo, consciente de ello, porque se vivía en un mundo puramente ideológico en el que actuaba una única voluntad estatal con los medios de la Administración de Justicia y conforme a reglas jurídicas, aunque, en realidad, había una auténtica lucha de competencias (26).

Por lo demás, la retórica de la eficacia en la lucha contra el delito ha sobrevivido evidentemente al nacionalsocialismo; pero en 1933 se apoyaba ideológicamente en una «etización» del Derecho penal, sin darse cuenta de que su principal particularidad era una actuación ciega y, por tanto, desconocedora de las circunstancias reales.

Las ideas que he expuesto anteriormente pueden servir para analizar más detalladamente la relación existente —y no sólo en 1933— entre el clima político-criminal y la elaboración de las teorías dogmáticas en Derecho penal. El Derecho penal siempre refleja la imagen de la sociedad a la que sirve y no puede prescindir de las necesidades prejurídicas que reclaman el castigo. Vistas así las cosas, el «Derecho penal de voluntad» y la fundamentación filosófico-valorativa que Welzel propugnaba en 1935, no eran más que la última consecuencia de un clima politicocriminal que reclamaba «mayor dureza», ignorando las consecuencias que estas posturas podían tener. Habrá quien consi-

dere que, en todo caso, estas consecuencias no incumben al «jurista». Desde luego, la Ciencia alemana del Derecho penal era en los años 30 bastante enemiga de los conocimientos empíricos. La polémica de Welzel contra «las bases ideológicas de la Ciencia del Derecho penal», que en 1935 sólo podían referirse al «positivismo naturalista» de von Liszt, expresan claramente esta actitud contraria a los hechos empíricos. El que Welzel, a pesar de ello, pudiera convertirse en el Larenz de la Ciencia del Derecho penal de los años 50, prueba una vez más que la ignorancia que muchos juristas tenían de la investigación científica de las consecuencias politicocriminales había cambiado poco. La situación, entre tanto, ha ido mejorando, aunque existe todavía en Alemania una especial inclinación por valorar exageradamente las teorías expuestas en los libros y escasamente basadas en datos empíricos; una tendencia que desde luego tiene efectos negativos para la Política criminal.